

**ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ
ТРУДОВЫХ ОТНОШЕНИЙ
В ЕВРОПЕ и ЦЕНТРАЛЬНОЙ АЗИИ:**

Руководство к Рекомендации № 198

Департамент управления и трипартизма

Международное бюро труда, Женева

Европейская сеть трудового права (European Labour Law Network, ELLN)

Март 2014

Copyright © Международная организация труда, 2014
Первое издание 2014

Публикации Международного бюро труда охраняются авторским правом в соответствии с Протоколом 2 Всемирной конвенции об авторском праве. Тем не менее краткие выдержки из них могут воспроизводиться без получения разрешения при условии указания источника. Для получения прав на воспроизведение или перевод следует обращаться по адресу: ILO Publications (Rights and Permissions), International Labour Office, CH-1211, Geneva 22, Switzerland, либо по электронной почте: pubdroit@ilo.org. Международное бюро труда приветствует такие обращения.

Библиотеки, учреждения и другие пользователи, зарегистрированные в организациях интеллектуальной собственности, могут делать копии согласно лицензиям, выданным им для этой цели. Для того, чтобы найти организации интеллектуальной собственности в вашей стране, посетите сайт www.ifrro.org.

Правовое регулирование трудовых отношений в Европе и Центральной Азии: Руководство к Рекомендации № 198 /
Международное бюро труда, Департамент управлению и трипартизма. – Женева: МБТ, 2014.

Regulating the employment relationship in Europe and Central Asia: a guide to Recommendation No. 198 /
International Labour Office, Governance and Tripartism Department. - Geneva: ILO, 2014

ISBN 978-92-2-426315-6 (print)
ISBN 978-92-2-426316-3 (web pdf)

Трудовые отношения/трудовое право/права работников/социальный диалог/регулирование трудовых споров/юридические процедуры/Рекомендация МОТ/Европа/Центральная Азия

Employment relationship/labour law/workers rights / labour relations / social dialogue / labour dispute settlement / judicial procedure / ILO Recommendation / Europe/Central Asia

Названия, соответствующие практике, принятой в Организации Объединенных Наций, и изложение материала в настоящей публикации не являются выражением какого-либо мнения Международного бюро труда ни о правовом статусе какой-либо страны, района или территории, или их властей ни о делимитации их границ.

Ответственность за выраженные в подписных статьях, исследованиях и прочих произведениях мнения лежит исключительно на их авторах, и факт публикации не означает, что Международное бюро труда поддерживает излагаемые мнения.

Упоминание названий фирм, коммерческих изделий и процессов не означает их одобрения Международным бюро труда, так и отсутствие упоминания конкретной фирмы, коммерческого изделия или процесса не свидетельствует об их неодобрении.

Посетите наш вебсайт: www.ilo.org/publns

Отпечатано в Швейцарии

Содержание

Причины подготовки Руководства	v
Национальные эксперты в области права, которые внесли вклад в подготовку аннотированного Руководства.....	vii
I. Национальная политика, направленная на защиту трудящихся в трудовых отношениях	11
1. Применение национальной политики	11
Примеры законодательства.....	11
Коллективные договоры и соглашения	14
Судебная практика	15
Кодексы практики и административные директивы	16
Исследования, обзоры и доклады	18
Комбинированный подход	19
2. Ссылка на иные международные трудовые стандарты.....	20
3. Социальный диалог (консультации и коллективные переговоры).....	20
Роль социального диалога и социально-партнерских соглашений в определении трудового отношения	20
Роль профсоюзов при представительстве отдельных категорий работников	22
Иные элементы социального диалога	25
4. Особые мероприятия в рамках национальной политики	29
Четкие рекомендации сторонам	29
Наличие нескольких сторон	32
Проведение надлежащей и адекватной подготовки кадров	36
5. Защита отдельных категорий работников.....	36
Уязвимые группы (женщины, молодые/пожилые, инвалиды, неформальная экономика и мигранты).....	37
6. Трудовые отношения и подлинные гражданско-правовые и коммерческие отношения	41
II. Определение существования трудового отношения	48
A. Практические методы	49
1. Правовая презумпция	49
<i>Презумпция, установленная законом</i>	49
<i>Судебная практика</i>	52
2. Определение того, являются ли соответствующие группы трудящихся (например, по отраслям) наемными работниками или самостоятельно занятыми	53
3. Обязанность работодателя информировать об условиях найма	55
4. Приоритет фактов.....	56
V. Критерии установления факта наличия трудового отношения	59
1. Подчинение или зависимость.....	62
2. Контроль за выполнением работы и указания.....	64
3. Интегрированность трудящегося в деятельность предприятия	68
4. Работа выполняется исключительно или главным образом в интересах другого лица....	69

5. Выполнение работы лично трудящимся	70
6. Выполнение в определенные часы или в согласованном месте	72
7. Наличие определенной продолжительности и непрерывности	74
8. Необходимость нахождения трудящегося в пределах досягаемости	75
9. Предоставление инструментов/материалов по просьбе физического лица, требующего выполнения работы	75
10. Периодические выплаты трудящемуся	76
11. Данное вознаграждение является единственным или основным источником дохода	77
12. Оплата в натуральном выражении	78
13. Признание прав	80
14. Оплата поездок лицом, требующим выполнения работы	81
15. Отсутствие финансового риска для трудящегося	81
16. Взаимность обязательств	83
17. Прочие критерии	84
III. Принятие мер для обеспечения соблюдения положений	85
1. Надлежащие механизмы разрешения споров: недорогие, быстрые, справедливые и эффективные процедуры	85
2. Роль трудовой инспекции	89
3. Правоприменение в секторах с высокой долей работающих женщин	92
4. Механизмы, способствующие сокрытию трудового правоотношения	92
5. Бремя доказывания	97
IV. Реализация и мониторинг	97
Приложение I	100
Приложение II	107
Приложение III	108
Приложение IV	116
Приложение V	126

Причины подготовки Руководства

Преамбула к Рекомендации 198:

**Защита работников
является стержнем
мандата
Международной
организации труда и
соответствует
принципам,
заложенным в
Декларации МОТ 1998
года об
основополагающих
принципах и правах в
сфере труда, а также
в Программе
достойного труда.**

*Законодательство и
нормативные правовые
акты, а также их
толкование должны
соответствовать целям
обеспечения достойного
труда, поскольку они,
помимо прочего, должны
быть направлены на
разрешение проблем,
которые могут
возникать в силу
неравного положения
сторон трудового
правоотношения в ходе
переговоров между ними.*

Защита прав работников в трудовом законодательстве, нормативных правовых актах и коллективных соглашениях в основном зависит от существования трудового отношения между работодателем и работником. Вопрос о том, кто является и кто не является работником, в последние десятилетия стал вызывать сложности вследствие существенных изменений в организации труда, а также в связи с тем, насколько достаточными были изменения законодательства при адаптации этих изменений.

В ходе своей 95-ой сессии (2006 г.) Международная конференция труда утвердила Рекомендацию о трудовом правоотношении, 2006 г. (№198), которая охватывает следующие вопросы:

- Формирование и применение национальной политики для пересмотра через определённые интервалы и, в случае необходимости, прояснения и адаптации рамок соответствующего законодательства и нормативных правовых актов, с тем, чтобы гарантировать эффективную защиту трудящимся, выполняющим работу в рамках трудового отношения;
- Определение – через перечисление соответствующих критериев - наличия такого отношения, на основании фактов, относящихся к выполнению работы и получению за нее вознаграждения трудящимся, вне зависимости от того, как это правоотношение характеризуется в любого вида соглашениях, заключенных между сторонами;
- Создание надлежащего механизма, либо использование существующего механизма для мониторинга изменений на рынке труда и в организации труда, позволяющих формулировать рекомендации в отношении принятия и внедрения мер, касающихся трудового отношения.

Рекомендация признает, что существуют основания для международных ориентиров в отношении государств-членов в достижении защиты, в равной мере доступной мужчинам и женщинам, посредством национального законодательства и практики.

С целью обеспечения контроля за реализацией Рекомендации, Международному бюро труда было поручено содействовать заинтересованным сторонам в разработке национальной политики и внедрении механизмов мониторинга и реализации, а также в продвижении на национальном и международном уровнях успешной практики, касающейся определения и применения трудового отношения.

Реализуя это решение, в 2007 г. Международное бюро труда разработало аннотированное Руководство по применению Рекомендации №198, опираясь на материалы, подготовленные группой экспертов из разных стран мира, собравших примеры того, как различные положения Рекомендации применялись во многих странах в разных регионах.

В течение последних лет на европейском уровне произошли значительные изменения, касающиеся трудового отношения, в законодательстве, судебной практике, коллективных соглашениях и «мягком» праве. В связи с этим МОТ, и в особенности Департамент по вопросам производственных и трудовых отношений (DIALOGUE) установил стратегические партнёрские отношения с Европейской сетью трудового права (European Labor Law Network, ELLN), объединяющей независимых экспертов в области права из всех государств – членов Европейского союза и Европейской экономической зоны. Целью проведенной работы было обновление и выпуск новой версии аннотированного Руководства 2007 г., в которой акцент был сделан на европейских странах.

Европейская сеть трудового права была основана в 2005 г. по инициативе Профессора Гууса Хеерма ван Восса (Guus Heerma van Voss, Университет Лейдена) и Бернда Вааса (Bernd Waas, Университет Франкфурта-на-Майне), ставшего редактором настоящего Руководства. Членами Европейской сети трудового права являются независимые эксперты в области права из всех стран – членов Европейского союза и стран Европейской экономической зоны. В декабре 2007 года Европейская сеть трудового права подписала в Брюсселе договор с Генеральным директором по вопросам занятости, социальной политике и инклюзии Европейской Комиссии в Брюсселе (ранее – Генеральный директор по вопросам занятости, социальной политике и равным возможностям) и, под именем «Европейской сети экспертов в области трудового права, работающих с вопросами и индивидуальными, и коллективных прав/аспектов», стала официальным консультативным органом Европейской комиссии по вопросам, связанным с развитием индивидуального и коллективного трудового права. В частности, в 2009 г. Сеть подготовила тематический доклад «Характеристики трудового правоотношения». Данное Руководство основывается на обновленной информации, проанализированной в ходе этого исследовательского проекта. (Более подробную информацию см.: <http://www.labourlawnetwork.eu>).

В 2013 году, Международное бюро труда обратилось к российским специалистам в области трудового права, – доцентам Е.С. Герасимовой (НИУ ВШЭ), Н.Л. Лютову (МГЮА имени О.Е. Кутафина, НИУ ВШЭ) и Д.В. Черняевой (НИУ ВШЭ), – с просьбой подготовить русский перевод Руководства и дополнения его материалами в отношении государств Восточной Европы и Центральной Азии.

Департамент МОТ по управлению и трехстороннему сотрудничеству приветствует результаты этого плодотворного сотрудничества с ELLN и особенно благодарит профессора Вааса (Bernd Waas, Университет Франкфурта-на-Майне), редактора Руководства, профессора Гууса Хеерма ван Восса (Guus Heerma van Voss, Университет Лейдена), всех экспертов сети ELLN, внесших вклад в Руководство, а также Корин Варга (Corinne Vargha) и Анжелику Мюллер (Angelika Muller), которым принадлежит идея создания этой публикации. Анжелика Мюллер координировала подготовку версии на русском языке.

Мы надеемся, что европейский опыт в отношении практики и юридических рамок трудовых отношений докажут свою полезность сторонам трехсторонних отношений в ходе их работы по реализации положений Рекомендации №198 о трудовом правоотношении.

Национальные эксперты в области права, которые внесли вклад в подготовку аннотированного Руководства

Бельгия, проф. Вилфред Роуз (Wilfred Rauws), Свободный университет Брюсселя, юридический факультет

Болгария, проф. Красимира Средкова (Krassimira Sredkova), Софийский Университет Св. Климента Охридского, кафедра трудового права и социального страхования

Великобритания, проф. Кэтрин Барнард (Catherine Barnard), Кембриджский университет, Тринити Колледж

Венгрия, проф. Георгий Кисс (György Kiss), Университет г. Печ, юридический факультет, Будапешт

Германия, проф. Бернд Ваас (Bernd Waas), Университет Франкфурта, юридический факультет

Государства СНГ, подготовка текста на русском языке – к.ю.н. Герасимова Е.С., доцент кафедры трудового права НИУ ВШЭ, Москва

Государства СНГ, подготовка текста на русском языке – д.ю.н., доц. Лютов Н.Л., доцент кафедры трудового права и права социального обеспечения МГЮА имени О.Е. Кутафина, Москва

Государства СНГ, подготовка текста на русском языке – к.ю.н. Черняева Д.В., доцент кафедры трудового права НИУ ВШЭ, Москва

Греция, проф. Костас Пападимитриу (Costas Papadimitriou), Университет Афин, юридический факультет

Дания, проф. Йенс Кристиансен (Jens Kristiansen), Университет Копенгагена, юридический факультет

Кипр, Доктор Никос Тримиклиниотис (Nilos Trimikliniotis), Университет Никозии, Кипрский центр ПРИО

Ирландия, Энтони Керр (Anthony Kerr), Университетский колледж Дублинской школы права

Исландия, проф. Элин Блёндаль (Elín Blöndal), Университет Бифрёст, юридический факультет

Испания, проф. Хоакин Гарсия Мурсия (García Murcia), Университет Овьедо, юридический факультет

Италия, проф. Эдуардо Алес (Edoardo Ales), Университет Кассино Южного Лацио, кафедра экономики и права

Латвия, доктор Кристина Дупате (Kristīn Dupate), Латвийский университет, юридический факультет, Рига

Литва, доктор Томас Давулис (Tomas Davulis), Вильнюсский университет, юридический факультет

Лихтенштейн, проф. Вольфганг Портманн (Wolfgang Portmann), Университет Цюриха, Институт права

Люксембург, Жан-Люк Путц (Jean-Luc Putz), судья Люксембургского окружного суда

Мальта, доктор Лорна Мифсуд Качиа (Lorna Mifsud Cachia), юрист, Валетта

Мальта, доктор Габриелла Пасе (Gabriella Pace)

Нидерланды, проф. Гуус Хеерма ван Восс (Guus Heerma van Voss), Университет Лейдена, кафедра трудового права и права социального обеспечения

Нидерланды, доцент Баренд Барентсен (Barend Barentsen), Университет Лейдена, кафедра трудового права и права социального обеспечения

Норвегия, доктор Хельга Ауне (Helga Aune), Университет Осло, Институт права

Польша, доктор права Лешек Митрус (Leszek Mitrus), Ягеллонский Университет (Краков), факультет права и управления

Португалия, проф. Жозе Жоао Абрантес (José João Abrentes), Новый Университет Лиссабона, юридический факультет

Португалия, доктор Рита Канас да Сильва (Rita Canas da Silva), юридический факультет Нового университета Лиссабона

Румыния, проф. Ралука Димитроу (Raluca Dimitriu), Бухарестская Академия экономических исследований, юридический факультет

Словакия, проф. Роберт Шронк (Robert Schronk), Университет Коменского, г. Братислава, Университет Матия Бела, юридический факультет

Словения, проф. Полонка Кончар (Polonka Končar), Университет Любляны, юридический факультет

Финляндия, Матлеена Ингблом (Matleena Engblom), LL.Lic., Финский профсоюз металлистов, юрист в Турку

Франция, проф. Франсис Кесслер (Francis Kessler), Университет Парижа 1, Сорбонна, юридический факультет

Чешская республика, Доктор наук Петр Хурка (Petr Hůrka), Карлов университет, Прага, юридический факультет

Швеция, проф. Миа Рённмар (Mia Rönnmar), Университет Лунда, юридический факультет

Эстония, доктор Гаабриэль Тавитс (Gaabriel Tavits), Университет Тарту, юридический факультет

I. Национальная политика, направленная на защиту трудящихся в трудовых отношениях

1. Применение национальной политики

***Р. 198, п. 1:
Государства-члены
должны
разрабатывать и
применять
национальную
политику,
направленную на
пересмотр через
надлежащие
периоды времени и,
в случае
необходимости, на
внесение ясности в
сферу применения
законодательства
и нормативных
правовых актов и
их адаптацию,
чтобы
гарантировать
эффективную
защиту
работников,
выполняющих свою
работу в условиях
индивидуального
трудоустройства.***

Существует широко распространенное понимание того, что все большее количество работников не защищены нормами трудового права, и что имеется острая необходимость выработки политики в этом отношении. Приведенные ниже примеры национальной политики, проводимой органами власти и социальными партнерами в Европе и Центральной Азии, предоставляют информацию о смысле этой политики и об уроках, которые можно извлечь из опыта ее применения. Эти примеры показывают, как национальная политика вырабатывается с помощью законодательства, социально-партнерских соглашений (СПС),¹ кодексов практики, исследований, правоприменительной практики и т.д. Они также демонстрируют, как правительства реагируют на изменяющиеся условия путем законодательного установления соответствующей политики, и как трудовое право может обновляться с целью защиты трудящихся.²

Примеры законодательства

Бельгия – Закон о работе на дому от 6 декабря 1996 г. Работа на дому в течение долгого времени существовала параллельно с трудом на территории предприятия. До недавнего времени она в основном была связана с ручным трудом. Однако с развитием новых технологий домашняя работа стала применяться в новых видах деятельности, таких как обработка текстов, переводы, работа с данными и со счетами, и стала привлекать к себе существенное внимание. Учитывая растущее количество домашних работников, а также понимание того, что их защита на практике была редкой и недостаточно единообразной, было признано необходимым инициировать новую политику, которая учитывала бы факт их существования и обеспечивала бы уровень защиты, который предоставляется другим работникам. В связи с этим правительство приняло решение о необходимости разработки (или принятия) законодательства, касающегося факторов, определяющих наличие трудового правоотношения с участием домашних работников. Закон 1996 г. о работе на дому расширил применение Закона о трудовых договорах от 3 июля 1978 г. в отношении домашних работников. Два фактора отличают трудовой договор домашних работников от стандартного договора: (i) работа

¹ В трудовом праве стран, входивших ранее в СССР, распространено разделение на коллективные договоры, заключающиеся на локальном уровне и соглашения на более высоких уровнях социального партнерства. В странах ЕС и ЕЭЗ такого разделения нет. Поэтому в примерах, касающихся стран ЕС и ЕЭЗ, далее используются термины «соглашение», «социально-партнерское соглашение», «коллективное соглашение» вне зависимости от уровня соглашения, а в отношении Беларуси, Казахстана, Киргизии, России и Украины термины «коллективный договор» и «соглашение» разделены. *Прим. перев.*

² Читателям следует обратиться к Глоссарию (Приложение III) для лучшего понимания различия между терминами «трудящийся» (англ. – “worker”) и работник (англ. – “employee”).

выполняется на дому или в любом ином месте – по усмотрению работника и (ii) отсутствует прямой контроль в отношении работника. Помимо Закона 1996 г. на телеработников (т.е. лиц, выполняющих работу на дому или в любом ином месте с использованием информационных технологий) распространяются специальные нормы Национального коллективного соглашения №85 о телеработе, подписанного 9 ноября 2005 г. и введенного в действие Королевским указом от 19 июня 2006 г. Коллективное соглашение дополняет Закон 1996 г. определением статуса телеработников и регулированием условий их труда.

Бельгия – в соответствии с Программным законом от 27 декабря 2006 г. Король имеет право утверждать перечень особых факторов, определяющих факт существования трудовых отношений в конкретной отрасли в отношении одной или более профессий. Эти факторы направлены на то, чтобы дополнить общие критерии юридической субординации, т.е. факта выполнения работы под контролем другого лица, для чего в Законе даются понятия «работник» и «самостоятельно занятое лицо». Факторы в большей степени имеют отношение к экономической зависимости, нежели к юридической субординации и могут включать, помимо прочего, такие условия как возможность трудящегося нанимать персонал, владение помещением и/или использование собственных рабочих материалов, инвестирование капитала, существенное участие в прибыли и убытках компании или право принятия решений в отношении инвестиций. Социальные партнеры в совместном комитете, учреждаемом для каждой отрасли промышленности, вместе с Национальным советом по труду имеют совещательные права в отношении установления Королем специальных критериев (ст. 336).

Болгария – поправки к Кодексу о труде, принятые в 2011 г., прямо предусматривают, что надомная работа, телеработа и работа в агентствах по найму временного персонала осуществляются на условиях, применимых к трудовым правоотношениям (ст. 107б–107ф Кодекса о труде).

Чехия – до 2007 г. легальное определение понятия «работник» распространялось на физическое лицо, выполнявшее определенные «задания». После поправок, внесенных в Трудовой кодекс в 2007 г., понятие «работника» теперь основывается не на «заданиях», выполняемых работником, а скорее на «характере работы» (зависимом или независимом).

Венгрия – действовавший ранее Трудовой кодекс [закон XXII 1992 г.] не содержал легального определения понятия «работник». Новый Трудовой кодекс, вступивший в силу 1 июля 2012 г., в ст. 34 предусматривает, что термин «работник означает любое физическое лицо, которое работает по трудовому договору». В ст. 42(2) 2 указывается, что «по трудовому договору: а) работник выполняет работу в соответствии с указаниями работодателя; б) работодатель обязуется обеспечить работника работой и выплачивать заработную плату».

Польша – положения о телеработе (ст. 675– 6717 Трудового кодекса) были приняты в 2007 г. По смыслу Трудового кодекса, термин «телеработник» применяется в отношении работника, который

регулярно выполняет работу вне помещения работодателя, используя средства электронной телекоммуникации. Телеработники имеют право на равное обращение, аналогично работникам, выполняющим свои обязанности в помещении работодателя. Телеработа должна осуществляться только по соглашению сторон. Несмотря на то что работодатель может поручать работнику различные типы работ в течение трех месяцев в году, он не имеет права в одностороннем порядке поручать ему выполнение телеработы даже в течение этих трех месяцев.

Португалия – трудовые отношения регламентируются Трудовым кодексом, утвержденным Законом №7/2009 от 12 февраля. Термин «телеработа» применяется в отношении деятельности, осуществляемой в условиях юридической субординации, как правило, вне предприятия и с помощью информационных и коммуникационных технологий (ст. 165 Трудового кодекса). Договор о телеработе заключается в письменной форме (п. 4 ст. 166 Трудового кодекса). Телеработник обладает теми же правами и обязанностями, что и иные работники, в особенности, в отношении производственного обучения и карьерного продвижения, максимальной продолжительности рабочего времени и других условий труда, а также охраны труда (п. 1 ст. 169 Трудового кодекса). Предусмотрены специальные нормы в отношении защиты частной жизни работника и права на коллективное представительство (ст. 170 и 171 Трудового кодекса). По общему правилу телеработа осуществляется по соглашению между работником и работодателем.

Россия – трудовое законодательство России традиционно регулировало труд надомных работников. Согласно ст. 310 Трудового кодекса, надомниками считаются «лица, заключившие трудовой договор о выполнении работы на дому из материалов и с использованием инструментов и механизмов, выделяемых работодателем либо приобретаемых надомником за свой счет». В Трудовом кодексе также указывается, что надомник может выполнять работу с участием членов своей семьи. При этом трудовые отношения между членами семьи надомника и работодателем не возникают. На самих надомников распространяются общие нормы трудового законодательства. Важнейшее исключение – возможность сторон трудового договора установить дополнительные основания для увольнения.

В 2013 г. были приняты поправки в Трудовой кодекс, предусматривающие регулирование труда дистанционных работников. Согласно ст. 312.1 Трудового кодекса, дистанционной работой признается «выполнение определенной трудовым договором трудовой функции вне места нахождения работодателя (...), вне стационарного рабочего места, территории или объекта, прямо или косвенно находящихся под контролем работодателя, при условии использования для выполнения данной трудовой функции и для осуществления взаимодействия между работодателем и работником по вопросам, связанным с ее выполнением, информационно-телекоммуникационных сетей общего пользования, в том числе сети "Интернет"». На таких работников также распространяются нормы трудового законодательства. В статьях 312.1-2 Трудового кодекса рассматриваются вопросы, связанные с

оформлением трудовых отношений путем обмена электронными документами, облегчаются некоторые формальности, связанные с оформлением трудовых отношений. В ст. 3123 ТК РФ работодатель освобождается от большинства обязанностей, связанных с охраной труда дистанционных работников, за исключением обязательного социального страхования от несчастных случаев на производстве и профессиональных заболеваний и некоторых других. В ст. 3124 ТК РФ снимаются ограничения, связанные с рабочим временем дистанционных работников, за исключением отпусков. Так же как и надомников, дистанционных работников также можно уволить по основаниям, предусмотренным в трудовом договоре, в отличие от подавляющего большинства других категорий работников.

Казахстан – в Трудовом кодексе Казахстана также как и России, содержатся две главы, посвященные, соответственно надомным и дистанционным работникам, причем глава о дистанционных работниках была принята в 2012 г.. Дополнительной возможности для увольнения надомных работников в Трудовом кодексе не предусмотрено, однако режим рабочего времени и времени отдыха, особенности контроля работодателя за соблюдением работником режима рабочего времени, условия обеспечения охраны труда для работника, выполняющего работу на дому, определяются в трудовом договоре. Нормы о дистанционном труде в Казахстане предусматривают, что работодатель предоставляет работнику средства связи и несет расходы по их установке и обслуживанию. В случае, когда работник использует собственные средства коммуникаций на постоянной основе работодателем выплачивается компенсация, размер и порядок выплаты которых устанавливается по соглашению с работником (ст. 2122 Трудового кодекса). Кроме того, в законе указывается, что способы и периодичность рабочих контактов работника с работодателем определяются в трудовом договоре. Нормы о рабочем времени дистанционных работников предусмотрены те же, что и для обычных работников, а особенности учета рабочего времени так же, как и условия по обеспечению охраны труда определяются в трудовом договоре.

Коллективные договоры и соглашения

Европейский союз – Рамочное европейское соглашение о телеработе от 16 июля 2002 г. направлено на установление общих принципов на уровне ЕС, подлежащих применению подписавшими его сторонами (Европейской конфедерацией профсоюзов (ETUC), и объединениями работодателей на уровне ЕС – UNICE/UEAPNE и CEEP) в соответствии с национальными процедурами и практикой, относящимися к вопросам управления и труда.

В ст. 3 Рамочного соглашения указывается: переход к телеработе как таковой, не затрагивает статуса телеработника в соответствии с трудовым законодательством постольку, поскольку он только изменяет способ, которым выполняется работа. Отказ работника перейти к телеработе не может считаться сам по себе основанием для изменения или прекращения трудовых правоотношений с данным работником.

Италия – во многих коллективных соглашениях предусматривается создание постоянных центров мониторинга, которые осуществляют

Поскольку легальные определения, если они вообще существуют, не могут охватить понятия трудового правоотношения во всей его полноте, задача по его определению была предоставлена и судам. В результате национальные суды выработали различные критерии, индикаторы или тесты для определения того, можно ли считать ту или иную договоренность порождающей трудовые правоотношения или трудовой договор.

Исландия – в Исландии не существует легального определения трудового отношения. Определение того, кто признается работником и, соответственно, находится в трудовых отношениях с работодателем, оставлено для судебной практики. В Верховном Суде рассматривались многочисленные споры по поводу факта наличия трудовых правоотношений. Характеристика сторон и их намерений не является определяющей при принятии решения о юридическом статусе их отношений. В большей степени это определяется фактическим характером самих отношений. Признается, что трудовое правоотношение основывается на трудовом договоре, обычно определяемом как соглашение между работником и работодателем, в соответствии с которым работник обязуется выполнять работу для работодателя и под его контролем, а работодатель обязуется выплачивать ему за это заработную плату. Оно может основываться как на формальном договоре, так и на менее формализованных договоренностях, когда физическое лицо начинает работать для работодателя, который устанавливает и выплачивает ему заработную плату. В принципе, устная договоренность рассматривается судебной практикой как равная по силе письменному договору. Действующий трудовой договор может быть заключен без юридического оформления сторонами. Для определения того, является ли отношение между сторонами трудовым, суды принимают во внимание различные факторы. Они включают в себя такие как: продолжительность работы, затраты на заработную плату, помещения, обеспечение оборудованием и материалами, ответственность и бремя несения рисков, отношения между договаривающимися сторонами, принадлежность к профсоюзу, тип вознаграждения, оплату больничных, личное выполнение работы, независимость, оплата отпусков, налоговые платежи, контроль за осуществлением работы, рабочее время.

Россия – в п. 1 Постановления Пленума Верховного суда от 17 марта 2004 г. №2 указывается, что, при возникновении спора по поводу неисполнения либо ненадлежащего исполнения условий трудового договора, носящих гражданско-правовой характер (например, о предоставлении жилого помещения, о выплате работнику суммы на приобретение жилого помещения), несмотря на включение в трудовой договор, такие условия по своему характеру являются гражданско-правовыми обязательствами работодателя.

Ирландия – в связи с обеспокоенностью по поводу количества лиц, признающих «самостоятельно занятыми», которых, при оценке с помощью применимых индикаторов, правильнее было бы считать «работниками», в рамках Программы для процветания и справедливости (Programme for Prosperity and Fairness) была создана Группа по трудовому статусу (Employment Status Group). Эта Группа, назначаемая Правительством Ирландии, состояла из представителей различных министерств и организаций работников и работодателей. Группа посчитала нецелесообразным уточнение законодательства в отношении того, кого следует считать работником. Вместо этого Группа рекомендовала принять Кодекс практики для определения статуса работника или самостоятельно занятого лица. Мониторинг Кодекса практики (с поправками 2010 г.) осуществляется самой Группой. Кодексом введены критерии, которые облегчают разграничение самостоятельно занятых лиц и работников «с целью устранения ошибок и внесения ясности». Статус работающего определяется на основе критериев Кодекса с учетом контекста и целостной оценки работы, а также реалий отношений. Хотя Кодекс и не имеет юридической силы, он обладает весом в силу того, что он одобрен при взаимном согласии представительных органов работодателей и работников, а также компетентных властей.³

Кодекс практики для определения статуса работника или самостоятельно занятого лица Программы для процветания и справедливости (июнь 2010 г.) содержит следующие критерии:

Работники	Самостоятельно занятые
Физическое лицо, как правило, считается <u>работником</u>, если оно: - находится под контролем другого лица, которое указывает ему как, когда и где должна выполняться работа; - предоставляет только свой труд; - получает фиксированную почасовую/понедельную/помесечную заработную плату; - не может перепоручить выполнение работы другому лицу. Если работа может быть перепоручена и оплачена перепоручающим лицом, отношение между работником и работодателем может быть просто перенесено; - не поставляет материалов для	Физическое лицо, как правило, считается <u>самостоятельно занятым</u>, если оно: - владеет своим бизнесом; - несет финансовый риск как обязанность компенсировать недоделки, либо ненадлежащим образом выполненную по договору работу; - несет ответственность за инвестирование и управление предприятием; - имеет возможность получить доходы в результате качественного менеджмента при распределении поручений

³ См. также Доклад V(1) 95й сессии Международной конференции труда «Трудовое отношение» С. 33 и далее.

работы; ▪ не предоставляет оборудования, кроме мелких приспособлений или оборудования для торговли. Предоставление оборудования и материалов не может иметь существенного значения при определении статуса работника с учетом всех обстоятельств дела; ▪ не несет личного финансового риска в отношении выполнения работы; ▪ не несет ответственности за инвестирование и управление бизнесом; ▪ не получает доходов в результате качественного менеджмента при распределении поручений или при выполнении порученных заданий; ▪ работает установленное количество часов в неделю или в месяц; ▪ работает на одно лицо или бизнес; ▪ получает компенсационные платежи за понесенные расходы и/или командировки; ▪ имеет право на оплату сверхурочных.	или при выполнении порученных заданий; ▪ принимает решения в отношении того, как, когда и где выполняется работа, а также личного характера ее выполнения; ▪ имеет право нанимать других лиц для выполнения оговоренной работы на самостоятельно определяемых условиях; ▪ может оказывать одни и те же услуги в отношении более чем одного лица одновременно; ▪ обеспечивает материалы для работы; ▪ предоставляет оборудование, помимо мелких приспособлений или оборудования для торговли, предоставление которых не может иметь существенного значения при определении статуса работника с учетом всех обстоятельств дела; ▪ имеет собственное место для ведения бизнеса, где могут храниться материалы, оборудование и т.п.; ▪ оценивает и согласовывает цену работы; ▪ обеспечивает собственную страховку; ▪ контролирует рабочее время при выполнении своих обязательств.
---	--

Венгрия – в Венгрии в 2005 г. была принята совместная административная директива Министерства труда и Министерства финансов. В этом документе установлены общие главные и второстепенные критерии для определения факта наличия трудовых правоотношений. К главным критериям относятся: обязательство работника лично выполнить работу; обязательство работодателя предложить работу; включение в хозяйственную деятельность, организационную структуру и рабочий процесс, организованный работодателем; субординация. К второстепенным критериям относятся: право давать указания; определение времени выполнения

работы графика рабочего времени; определение места работы; выплата в натуральной форме (защита заработной платы); выполнение работы в рамках инфраструктуры работодателя (использование средств производства); обеспечение охраны труда; письменная форма договора. Эта административная директива утратила силу после вступления в силу нового Трудового кодекса в 2012 г. [Закон I 2012 г. о Трудовом кодексе], но его основные принципы сохранили свое значение.

Исследования, обзоры и доклады

В 2000 г. Европейская Комиссия подняла вопрос об экономически зависимой работе в ходе консультаций с социальными партнерами по модернизации и улучшению трудовых отношений. Социальные партнеры и Комиссия пришли к соглашению о том, что необходима дополнительная информация и исследования. Европейский Парламент также призвал Комиссию организовать проведение углубленного исследования в отношении экономически зависимых работников. После этого Комиссия инициировала исследование «Экономически зависимая работа/парасубординация: юридические, экономические и социальные аспекты» (“Economically dependent / quasi-subordinate (parasubordinate) employment: legal, social and economic aspects”) под руководством Адальберто Перулли (<http://ec.europa.eu>).

В 2009 г. Европейская сеть трудового права (European Labour Law Network) подготовила подробный доклад «Характеристики трудового правоотношения» (“Characteristics of the Employment Relationship”) (<http://www.labourlawnetwork.eu>).

Наконец, были проведены исследования статуса занятости (см., в особенности Берчел, Дикин и Хани «Статус занятости физических лиц при нестандартной занятости» (Burchell, Deakin, and Honey, “The Employment Status of Individuals in Non-standard Employment”, Department of Trade and Industry Report, 1998, URN 98/943). Научные исследования проводятся также в **Великобритании**, в частности, проф. М. Фридлендом, с целью выработки нового определения трудового отношения и основания его на «личном трудовом договоре» во избежание использования искусственных классификаций «работник/трудоустроенный» и т.д. (Freedland, The Personal Employment Contract Oxford, 2005 and Freedland and Kountouris, The Legal Construction of Personal Work Relations, Oxford, 2011).

Во **Франции** проф. Ссибера и Антонматтеи представили в 2008 г. уполномоченному министру исследование, касавшееся условий самостоятельно занятости во Франции, и предложили меры по улучшению положения лиц, считающихся самостоятельно занятыми. В докладе также рассматривалось существование «серой зоны» между прямыми трудовыми отношениями и самостоятельностью и было предложено новое разграничение между этими двумя понятиями и использование понятия «экономически зависимый работник».

В **Испании** было проведено много исследований, посвященных определению элементов трудового отношения и отграничения его от

других видов правоотношений. Некоторые из этих исследований были рассмотрены правительством с целью подготовки соответствующего законодательства (например, Закона о самостоятельно занятости 2007 г.).

В **России** за последнее время вышло достаточно большое количество публикаций, связанных с проблемами разграничения гражданско-правовых и трудовых отношений. Среди таких публикаций стоит отметить работы профессоров Л.Ю. Бугрова, С.Ю. Головиной, А.М. Лушникова и других авторов.

Комбинированный подход

В **Великобритании** применяется смешанный подход, в соответствии с которым для адаптации к вызовам, связанным с возникновением новых типов работы, используются законы, постановления и судебная практика. В некоторых делах судьи демонстрировали юридическую изобретательность касательно применения трудовых договоров к отношениям между компанией-пользователем и временным (заемным) работником. Например, в деле *Dacas v. Brook St Bureau* [2004] ICR 1437, суд признал, что «по общему (но не абсолютному) правилу для целей трудового права временный работник, направленный агентством клиенту-пользователю, будет считаться работником клиента, т.е. ни самостоятельно занятым лицом, ни работником агентства». Более того, он указал, что определяя статус кого-либо, работающего по договору об оказании услуг (в противопоставлении трудовому договору) для агентства занятости, трудовой трибунал должен рассмотреть возможность существования подразумеваемого трудового договора между работником и клиентом агентства. Однако более поздние прецеденты показали, что такой подход – это исключение, а не правило, и обычно заемный работник не будет признан работником клиента агентства (*James v. Greenwich LBC* [2008] IRLR 302).

В дополнение к этому министрам были предоставлены полномочия наделять трудовым статусом лиц, выполняющих работы для работодателя (вне зависимости от того, как он именуется), с тем, чтобы эти лица рассматривались как сторона трудового договора, а также для определения того, кто именно должен признаваться работодателем:

Закон о трудовых отношениях 1999 г., с изменениями 2004 г., ст. 23:

... (2) Государственный секретарь имеет право издавать приказ о наделении правами лиц, которые обладают указанными ниже признаками. (...) (4) Приказ, принимаемый в соответствии с настоящей статьей, может: (a) предусматривать, что лица рассматриваются как стороны договоров о работе (*worker's contracts*) или трудовых договоров (*employment contracts*); (b) содержать положения о том, кто признает работодателями данных лиц; (c) содержать положения, которые изменяют осуществление любых прав, предоставленных в соответствии с приказом; (d) включать такие сопутствующие, исключительные или дополнительные положения, которые Государственный секретарь посчитает необходимыми.

Тем не менее эти полномочия никогда не были использованы.

2. Ссылка на иные международные трудовые стандарты

Некоторые примеры политики основываются на существующих международных трудовых стандартах. Как указывается в Рекомендации №198, «все соответствующие международные трудовые нормы, и в частности те из них, которые затрагивают особое положение женщин, а также те, которые включают вопросы, касающиеся рамок трудового правоотношения», должны быть источником для определения направления политики. Соответствующие международные трудовые стандарты, включенные в Приложение IV, содержат полезные указания, которые могут использоваться для формирования национальной политики в отношении работников, нуждающихся в защите, поскольку их трудовая правовая статус не ясен или намеренно маскируется.

3. Социальный диалог (консультации и коллективные переговоры)

Рекомендация МОТ №198 рассматривает социальный диалог как идеальный способ достижения согласия на национальном уровне в отношении вопросов, касающихся содержания трудовых правоотношений. Настоящий раздел на конкретных примерах показывает пользу трехстороннего социального диалога и коллективных переговоров в определении и применении национальной политики. Он также предназначен для распространения удачных образцов.

Примечание: необходимым условием для успешного социального диалога является существование сильных, независимых и автономных организаций работников и работодателей.

Рекомендация №198 предусматривает, что наиболее представительные организации должны участвовать на равноправной основе в любой национальной системе. С ними должны проводиться консультации с целью наблюдения за рынком и организацией труда. Этот процесс включает в себя установление и укрепление механизмов диалога и связей между участниками, а также создание альянсов и партнерских отношений, направленных на улучшение работы с комплексом вопросов, связанных с трудовым отношением.

Роль социального диалога и социально-партнерских соглашений в определении трудового отношения

Лишь в меньшинстве стран социально-партнерские соглашения играют роль в определении факта наличия трудового отношения/трудового договора (Нидерланды, Швеция, Дания). В Нидерландах механизмы социального диалога и коллективных переговоров могут иметь значение для установления факта наличия трудовых отношений путем закрепления в тексте соглашений понятия трудового отношения. В Швеции дополнения и уточнения общего понятия «работник», обычно используемые в какой-либо отрасли или закрепленные в коллективных соглашениях, учитываются трудовыми судами при

определении статуса того или иного лица. Механизмы социального диалога и коллективных переговоров особенно важны для **Дании**. Стороны коллективного соглашения самостоятельно определяют круг сторон трудового договора с учетом условий труда. Таким образом, возможны ситуации, когда лицо рассматривается в качестве работника с точки зрения конкретного соглашения, но не трудового законодательства.

В большинстве стран ни механизмы социального диалога, ни коллективные переговоры не имеют значения для определения факта наличия трудовых отношений или трудового договора (**Австрия, Беларусь, Бельгия**, за исключением совещательных полномочий социальных партнеров в рамках Совместного отраслевого комитета и Национального совета по труду, **Болгария, Великобритания, Венгрия, Германия, Греция, Исландия**, за исключением развлекательного сектора и журналистов, **Испания, Ирландия, Италия, Казахстан, Кипр, Кыргызстан, Латвия, Лихтенштейн, Литва, Люксембург, Мальта, Норвегия, Польша, Португалия, Румыния, Россия, Словакия, Словения, Украина, Финляндия, Франция, Чехия и Эстония**). Тем не менее стоит отметить, что хотя в **Великобритании** соглашения не касаются индивидуальных трудовых правоотношений, британские профсоюзы активно добиваются закрепления трудовправового статуса за заемными работниками, поскольку их нынешний статус неясен. В некоторых странах (**Австрия, Беларусь, Болгария, Греция, Испания, Казахстан, Кыргызстан, Лихтенштейн, Норвегия, Польша, Португалия, Россия, Украина и Франция**), сторонам коллективных соглашений не предоставлено право определять признаки трудовых отношений или трудового договора.

Дания – по общему правилу стороны соглашения определяют понятие сторон трудового договора с целью применения к ним условий труда, закрепленных в данном соглашении. Как следствие, возможно признание лица работником в рамках коллективного соглашения, даже несмотря на то, что он или она не считается работником с точки зрения применимого трудового законодательства. Например, во многих средствах массовой информации заключаются соглашения с профсоюзами, распространяющиеся на внештатных сотрудников, таких как фотографы и журналисты, нанимаемых ежедневными газетами и вещательными компаниями. Некоторые из таких внештатных сотрудников могут не признаваться в качестве работников по трудовому законодательству.

Нидерланды – механизмы социального диалога и коллективных переговоров могут иметь значение при установлении соответствующих определений трудового отношения в соглашениях. В таких соглашениях применяются собственные определения, разъясняющие, на каких работников они распространяются. Так, в соглашении «Графмедиа», которое распространяется на издателей, указывается, что оно распространяется и на надомников, которые лично выполняют свои обязанности, даже если они не работают под контролем работодателя.

В **Испании** роль соглашений в данной области весьма ограничена. Тем не менее в некоторых соглашениях работодателям предписывается нанимать работников напрямую, не прибегая к аутсорсингу своей

деятельности путем передачи работы другим компаниям или самостоятельно занятым лицам.

Швеция – «шведская модель» социально-трудовых отношений характеризуется значительной степенью автономии социальных партнеров, высоким уровнем членства в профсоюзах (около 73 процентов на момент написания) и использованием коллективных переговоров в качестве главного средства регулирования условий труда и трудовых отношений. Легального понятия термина «работник» не существует. Вместо этого суды разработали многофакторный тест с целью определения того, признается ли то или иное лицо работником. Этот тест направлен на учет общей ситуации, касающейся соответствующего лица, и на выявление признаков стандартного работника или стандартного самостоятельно занятого лица. При применении данного теста решение Трудового суда будет в значительной степени зависеть от обычной практики трудовых отношений в конкретной отрасли хозяйства, либо от положений коллективных соглашений, в которых указывается, кто считается работником (например, соглашений о внештатной работе и внештатных сотрудниках, заключенных Шведским профсоюзом журналистов с соответствующими объединениями работодателей и работодателями).

Роль профсоюзов при представительстве отдельных категорий работников

В большинстве европейских стран профсоюзы не имеют полномочий или не представляют отдельные категории трудящихся, не являющихся работниками. Отдельные категории трудящихся, такие как внештатные сотрудники, некоторые категории самостоятельно занятых лиц и экономически зависимых трудящихся, имеют минимальное представительство, если вообще его имеют. Это означает, что на эти категории трудящихся социально-партнерские соглашения по большей части не распространяются.

Австрия – соглашения заключаются только в отношении работников (Ст. 1(1) Закона о труде). То же правило действует и в отношении производственных соглашений между производственными советами и работодателями, и вообще в отношении представительства работников на уровне предприятия. Производственные советы представляют только работников, и только работники могут избираться в качестве представителей работников. Тем не менее на экономически зависимых самостоятельно занятых лиц, положение которых, по сути, близко к положению работников (так называемые «лица, схожие с работниками») распространяются некоторые нормы трудового законодательства. Кроме того, они могут быть членами Палаты работников – государственного органа, который представляет интересы работников и тесно сотрудничает с профсоюзами.

Коллективные соглашения не распространяются на лиц, схожих с работниками. Однако в отношении некоторых подгрупп таких лиц, например, домашних работников и журналистов, действуют положения так называемых «полных» соглашений. Порядок заключения и содержание данных соглашений регулируется законодательно утверждаемыми кодексами и строится по модели

социально-партнерских соглашений. В результате, лица, схожие с работниками, обладают правом на минимальный размер оплаты труда и другими правами.

Дания – по общему правилу, только профсоюзы имеют право проводить коллективные акции и заключать соглашения от имени работников. Это ограничение основывается на запрете на коллективные соглашения между самостоятельно занятыми лицами. Тем не менее в соответствии с неписаными принципами трудового права, профсоюз имеет право проводить коллективные акции в поддержку коллективного соглашения в отношении всех типов работ, выполняемых на основе найма. Трудовым судам предоставлено право определять, выполняется ли работа на условиях трудовых отношений или самостоятельно занятости, а концепция трудового отношения, разработанная судами, достаточно расширительно его понимает. Так, например, Трудовой суд предоставил профсоюзам право проводить коллективные действия в поддержку требований по соглашению, которое затрагивает внештатную работу в СМИ. Данное Решение от 24 августа 2007 г. (A2007.293) воспроизвело подход, отраженный в решении Бюро по конкуренции, указавшего, что такой тип работы не может признаваться выполняемым на основе самостоятельно занятости. Поскольку многие «атипичные» работники и самостоятельно занятые лица входят в состав профсоюзов, большое количество социально-партнерских соглашений заключено профсоюзами от имени атипичных работников, т.е. лиц, работающих не на основании обычного бессрочного трудового договора, например, работников с неполным рабочим временем, срочными трудовыми договорами, «заемных» работников, а также внештатных сотрудников.

Лихтенштейн – коллективное соглашение может распространяться на внештатных сотрудников и отдельные категории самостоятельно занятых лиц, если стороны соглашения имеют соответствующие полномочия на основании своих уставов. Однако поскольку профсоюзы и объединения работодателей имеют право принимать обладающие юридической силой положения лишь в отношении трудовых договоров, (п. 1173а ст. 105(1) Гражданского кодекса), прямых правоотношений между внештатным сотрудником/самостоятельно занятым лицом и заказчиком на основе коллективного соглашения не возникает.

Литва – ст. 1 Закона о профсоюзах предоставляет право создавать и присоединяться к профсоюзам не только работающим по трудовому договору, но и лицам, на которых не распространяется Трудовой кодекс, таким как государственные служащие, внештатные сотрудники и иные самостоятельно занятые лица. Кроме того, литовское право позволяет профсоюзам объединять своих членов в рамках какой-либо профессии или по любому другому критерию. Тем не менее право профсоюзов представлять своих членов с целью заключения коллективных соглашений или объявлять забастовки предоставляется лишь профсоюзам, объединяющим работников на основании Трудового кодекса, либо профсоюзам государственных служащих – на основании специальных норм Закона о государственной службе. В связи с этим, если на членов профсоюза не распространяется трудовое законодательство, у такого профсоюза нет права ведения

коллективных переговоров от имени своих членов.

Украина – согласно ст. 1 Закона о профессиональных союзах, их правах и гарантиях деятельности от 15.09.1999 г., профсоюзы могут объединять не только работников, а вообще «граждан». Тем не менее участвовать в социально-партнерских отношениях могут только профсоюзы работников. Аналогичное правовое регулирование существует в **Беларуси** и **России**.

Нидерланды – права внештатных сотрудников и отдельных категорий самостоятельно занятых лиц могут быть закреплены в коллективных соглашениях. Однако, как правило, профсоюзы представляют работников. Тем не менее некоторые профсоюзы представляют отдельные категории самостоятельно занятых работников. Так, профсоюз *Alternatief voor Vakbond* и Профсоюз независимых работников (*FNV zelfstandigen*) представляют, помимо прочего, внештатных сотрудников или «гибких работников», т.е. лиц, работающих на основании срочных трудовых договоров. Эти профсоюзы испытывают трудности в связи с недостаточным количеством членов и существенной разницей интересов у различных категорий работников.

Румыния – Статья 40(1) Конституции предусматривает, что «граждане имеют право на свободу объединения, включая политические партии, профсоюзы, объединения работодателей и любые иные формы ассоциации». Свобода объединения в профсоюзы не ограничивается конкретными категориями работников или государственных служащих. Однако ни ранее действовавший Закон о профсоюзах, ни нынешний закон (Закон №62/2011 о социальном диалоге), не предоставляют права на создание профсоюза самостоятельно занятым лицам.

Испания – коллективные соглашения распространяются лишь на работников, получающих заработную плату. Тем не менее на основании Закона о самостоятельной занятости, вступившего в силу в 2007 г., особые профсоюзные организации могут представлять самостоятельно занятых лиц и заключать особые соглашения от их имени – так называемые «соглашения по профессиональным интересам».

Швеция – самостоятельно занятые работники стали чаще участвовать в профсоюзах. В некоторых профсоюзах существенная доля членов состоит из самостоятельно занятых работников, причем значительное увеличение самостоятельно занятых членов произошло в последнее время в профсоюзах «белых воротничков». Шведская модель социально-трудовых отношений позволяет профсоюзам привлекать новые категории работников. Закон о совместном принятии решений (1976:580) предусматривает общее право на переговоры для всех профсоюзов, которые имеют хотя бы одного члена на конкретном предприятии, а дополнительные права на переговоры и совместное принятие решений представляются профсоюзам, заключившим коллективный договор с работодателем.

Польша – в Законе о профсоюзах указывается, какие категории работающих лиц могут быть членами профсоюзов. Таким правом обладают работники, члены сельскохозяйственных кооперативов и

лица, работающие по агентским договорам. Соглашения заключаются от имени всех работников, занятых у работодателей, на которых распространяются его положения (ст. 239(1) Трудового кодекса). Соглашение может применяться в отношении лиц, выполняющих работу на основании договоренностей иных, нежели трудовой договор (ст. 239(2) Трудового кодекса). Таким образом, права и обязанности лиц, работающих по гражданско-правовым договорам, либо лиц, работающих совместно с работодателем, могут определяться нормами коллективного соглашения. Однако коллективные соглашения не могут заключаться исключительно для защиты интересов лиц, работающих по гражданско-правовым договорам. Коллективные соглашения регулируют отношения с участием работников, а иные категории работающих входят в предмет регулирования соглашений лишь субсидиарно.

Ирландия – важнейшее препятствие для предоставления особым категориям работников, таким как самостоятельно занятые лица, права на ведение коллективных переговоров представляет собой Закон о конкуренции 2002 г. В последнем социально-партнерском соглашении Правительство приняло на себя обязательство принять законодательство, исключающее озвучивающих актеров, внештатных журналистов и сессионных музыкантов из сферы применения данного Закона. Однако на момент написания такое законодательство не было принято.

Люксембург – правом на коллективные переговоры с работодателем обладают только работники. Не существует юридических норм о включении в этот процесс самостоятельно занятых работников и внештатных сотрудников.

Иные элементы социального диалога

Во многих европейских странах социальные партнеры играют важную роль при принятии законодательства и/или участвуют в принятии решений судами. Это иллюстрируется приведенным ниже перечнем примеров, который не является исчерпывающим.

Австрия – социальный диалог играет косвенную роль при определении трудово-правового статуса по отдельным судебным делам. Составы судов по трудовым и социально-обеспечительным делам частично формируются из членов, представляющих социальных партнеров (судьи-заседатели), причем один из них всегда представляет сторону работников, а другой – работодателей. Составы Суда первой инстанции (*Landesgericht*, в Вене – *Arbeits – und Sozialgericht*) образуются из одного профессионального судьи в качестве председателя и двух судей-заседателей. Составы Суда второй инстанции (*Oberlandesgericht*) образуются из трех профессиональных судей и двух судей-заседателей; Большая коллегия, разрешающая особо важные дела, образуется из семи профессиональных судей и четырех судей-заседателей. Судьи-заседатели выбираются из состава соответствующих организаций социальных партнеров. Срок их полномочий составляет пять лет. Судьи-заседатели обладают той же независимостью при осуществлении своих полномочий, что и профессиональные судьи. Несмотря на то что судьи-заседатели в принципе обладают теми же правами и обязанностями, что и

профессиональные судьи, на практике они играют минимальную роль при разрешении конкретных дел. Органы социального обеспечения управляются социальными партнерами. Таким образом, социальные партнеры косвенно обладают полномочиями при установлении статуса работника по законодательству о социальном обеспечении. Социальные партнеры или производственные советы имеют право подачи иска об установлении статуса работника в отношении определенного количества трудящихся (см. ст. 54 Закона о трудовых и социальных судах).

Бельгия – консультации между правительством и социальными партнерами, представленными в Национальном совете по труду, стали устоявшейся практикой, особенно, в начальной стадии законодательного процесса. Кроме того, составы судов по трудовому праву и праву социального обеспечения частично образуются из членов социально-партнерских организаций.

Болгария – социальные партнеры играют важную роль при подготовке законодательства. В соответствии со ст. 3 Кодекса о труде, «государство определяет регулирование трудовых и непосредственно связанных с ними отношений, отношений по социальному страхованию, а также вопросы жизненного уровня, осуществляя сотрудничество и консультации с представительными организациями работников и работодателей». Для выполнения указанных задач был создан Национальный совет, а также советы для трехстороннего сотрудничества на отраслевом, региональном и местном уровнях, в которых на равноправной основе представлены наиболее представительные организации работодателей и профсоюзы.

Дания – не существует юридически закрепленного обязательства проводить консультации с социальными партнерами перед принятием законодательства, связанного с рынком труда. Тем не менее существует длительная традиция осуществления таких консультаций при разработке как законодательства, так и подзаконных актов. Более того, социальные партнеры играют важную роль при применении этого законодательства, например, путем участия в административных бюро и трибуналах.

Франция – во Франции социальный диалог играет важную роль при разработке законодательства. В соответствии со ст. L. 1 Кодекса труда, правительство обязано проводить предварительные консультации с социальными партнерами на национальном уровне до начала осуществления любой реформы, касающейся индивидуальных и коллективных трудовых отношений, занятости и производственного обучения. Выполняя эту задачу, правительство готовит документ, адресованный социальным партнерам, в котором дается оценка текущей ситуации, описываются цели реформы и основные способы ее осуществления. В случае если социальные партнеры соглашаются принять участие в переговорах, они уведомляют правительство о сроках, которые необходимы им для этого.

Ирландия – в период с середины 1990-х по середину 2000-х гг. социальный диалог оказывал решающее влияние на содержание трудового законодательства. Например, Пересмотренный закон о защите материнства 2004 г. был принят во исполнение рекомендаций Рабочей группы по пересмотру и улучшению законодательства о

защите материнства, созданной в результате договоренностей в рамках Программы для процветания и справедливости. Аналогичным образом, Пересмотренный закон о родительских отпусках 2006 г. был принят во исполнение рекомендаций социальных партнеров. Любые возражения против пересмотра законодательства, согласованного социальными партнерами, безусловно отклонялись. Однако после ослабления социального партнерства в 2009 г. маловероятно, что профсоюзы и работодатели будут обладать теми же возможностями в отношении влияния на законодателя.

Италия – Консультации между правительством и социальными партнерами стали устоявшейся практикой. Многие законы стали результатом такого диалога и содержат прямые указания на то, что отдельные вопросы должны регулироваться социальными партнерами. Тем не менее, эта тенденция ослабла в последнее время в результате экономического и финансового кризиса, который привел к радикальным изменениям в регулировании отношений в сфере труда, не всегда поддерживаемым социальными партнерами, в особенности, профсоюзами.

В **Латвии** любое изменение трудового законодательства требует согласия социальных партнеров в рамках трехсторонних встреч. В **Финляндии** и **Норвегии** все важнейшие комитеты и рабочие группы также строятся на трехсторонней основе. Соответственно социальные партнеры имеют широкие возможности влияния на имеющее к ним отношение законодательство, по крайней мере, теоретически.

Люксембург – консультации между правительством и социальными партнерами стали устоявшейся практикой. В 1970-е гг. в течение «стального кризиса» был создан специальный трехсторонний комитет для решения проблем на рынке труда, с которыми столкнулся Люксембург в это время. С тех пор для правительства и социальных партнеров регулярные встречи на трехсторонней основе для обсуждения реформ трудового и социального законодательства стали обычной практикой. В случае достижения соглашения часто принимается законодательство. Однако недавний финансовый кризис внес изменения в эту практику, поскольку социальные партнеры не могли прийти к соглашению между собой. В результате правительство вынуждено было проводить отдельные двухсторонние встречи с профсоюзами и объединениями работодателей.

Мальта – на основании Закона №15 2001 г. был учрежден Мальтийский совет по экономическому и социальному развитию в качестве структуры для социального диалога на национальном уровне. Значение Закона №15 2001 г. заключается, прежде всего, в признании со стороны государства структуры, отвечающей за развитие социального диалога и достижения согласия между социальными партнерами и представителями гражданского общества по ряду экономических и социальных вопросов. Совет действует в качестве национального механизма социального диалога и консультаций между правительством, работодателями и профсоюзами в течение ряда лет. Первая формальная попытка такого рода проявлялась ранее в виде соглашения о политике в области доходов на период 1990-1993 г.

Нидерланды – с социальными партнерами проводятся консультации

по поводу законопроектов по социальным вопросам перед их рассмотрением Парламентом. Более того, социальные партнеры могут оказывать существенное влияние на содержание новых законопроектов. Самое существенное недавнее изменение законодательства об увольнениях, внесенное Законом о гибкости и стабильности 1999 г., стало результатом соглашения между социальными партнерами.

Польша – в соответствии со ст. 19 Закона о профсоюзах, профсоюзные организации национального уровня имеют право на выражение своего мнения в отношении проектов юридических актов, касающихся сферы их деятельности (т.е. по поводу трудового законодательства и законодательства о социальном обеспечении).

Румыния – в соответствии с румынским законодательством любая законодательная инициатива в области трудового права должна предварительно обсуждаться в рамках Экономического и социального совета, в который входят представители объединений работодателей, профсоюзов и гражданского общества. Тем не менее на практике эти консультации носят формальный характер. Например, недавний Закон о социальном диалоге №62/2011 был принят, несмотря на возражения социальных партнеров.

Россия – в соответствии со ст. 4 Федерального закона от 01.05.1999 г. №92-ФЗ, Российская трехсторонняя комиссия по регулированию социально - трудовых отношений (РТК), представляющая Правительство и наиболее представительные объединения работников и работодателей, имеет право проводить с федеральными органами власти консультации по вопросам, связанным с разработкой и реализацией социально - экономической политики, а также разрабатывать и вносить в федеральные органы власти предложения о принятии федеральных законов и иных нормативных правовых актов в области социально - трудовых отношений. Фактически сложившаяся практика взаимоотношений РТК и органов власти состоит в том, что все законопроекты, затрагивающие вопросы труда, вне зависимости от того, кем они разработаны, проходят обсуждение в рамках РТК, до рассмотрения их законодательными органами.

Беларусь – для рассмотрения проектов нормативных правовых актов по трудовым и социально-экономическим вопросам, а также внесения предложений по их совершенствованию учрежден трехсторонний Национальный совет по социальным и трудовым вопросам, учрежденный на основании Указа Президента от 01.05.1999 г. №252.

Кыргызстан – согласно Закону «О социальном партнерстве в области трудовых отношений» от 25 июля 2004 г. №154, Республиканская трехсторонняя комиссия участвует в разработке и принятии проектов законов и иных нормативных правовых актов по вопросам социально-трудовых и связанных с ними экономических отношений.

Словакия – социальные партнеры играют важную роль при подготовке законодательства. Консультации между правительством и социальными партнерами регламентируются Законом №103/2007. В соответствии с данным Законом был учрежден Экономический и социальный совет на национальном уровне – в качестве консультативного и согласующего органа правительства и социальных

партнеров. Однако переговоры в рамках Совета нередко оказываются тяжелыми. Так, в 2011 г. социальным партнерам не удалось достичь согласия в отношении нового уровня минимальной заработной платы.

Испания – социальный диалог («социальное партнерство») – это традиционная и хорошо развитая практика в Испании. Несмотря на то что не существует соответствующего требования по закону, правительство обычно организует диалог между профсоюзами и организациями работодателей, которые регулярно оказывают влияние на принимаемое законодательство. Помимо этого, действует так называемый Экономический и социальный совет, представляющий, в том числе, профсоюзы и объединения работодателей, и обладающий полномочиями совещательного характера в отношении правительства. Самостоятельно занятые лица имеют право вступать в профсоюзы работников. Крупные профсоюзные объединения стремятся представлять всех трудящихся, включая самостоятельно занятых лиц, при проведении переговоров с правительством.

Великобритания – социальные партнеры имеют право отвечать на просьбы о консультациях со стороны правительства, но помимо применения двух Директив ЕС об информировании и консультациях, их влияние существенно меньше, чем в других странах ЕС. Однако, несмотря на то что коллективные соглашения оказывают весьма незначительное влияние на определение понятия трудового правоотношения, профсоюзы активно отстаивают обеспечение трудовых прав для тех лиц, чей статус неясен с точки зрения трудового права, т.е. работников агентств по найму временного персонала.

4. Особые мероприятия в рамках национальной политики

В докладе МБТ о трудовых правоотношениях, опубликованном в 2005 г., представлены тенденции и обоснование для особого внимания к некоторым аспектам национальной политики, таким как всеобщее признание приоритета фактических обстоятельств по сравнению с формальностями, увеличение опоры на законодательное регулирование, облегчение бремени доказывания для работников, точное определение сферы трудовых правоотношений, разграничение границ зависимого и независимого труда, специальное регулирование отдельных типов труда, а также распространение сферы трудового законодательства в отношении трудящихся, сходных с работниками. Следующий раздел показывает с помощью примеров, из чего может состоять национальная политика в данном отношении.

Четкие рекомендации сторонам

Как следует из приведенных ниже примеров, в некоторых странах четкость и ясность достигается с помощью судебной практики, а в других она обеспечивается за счет определений – широких или очень конкретных – в законодательстве или кодексах практики. В отдельных странах также используется административный подход или разъяснение с помощью пособий и комментариев.

Германия – в отношении права социального обеспечения в ст. 7а

Социального кодекса IV содержится административная процедура, в соответствии с которой стороны отношений могут обратиться к административному органу с целью определения факта наличия трудовых правоотношений. В дополнение к этому, уполномоченный налоговый орган имеет право сам инициировать подобное разбирательство. Общая цель ст. 7а заключается в том, чтобы обеспечить быстрый и прямой механизм определения факта наличия трудовых правоотношений. Его основным преимуществом является то, что он, в общем, снижает риски, связанные с ошибочной классификацией имеющихся правоотношений.

Бельгия – Федеральное министерство труда Бельгии выпустило в электронном виде брошюру о ключевых элементах трудового договора (<http://www.emploi.belgique.be>, “contrats de travail”). Основная цель публикации заключается в том, чтобы бороться с маскировкой трудовых отношений и влиять на соответствующую судебную практику.

Италия – в ст. 75 Законодательного указа №276 2003 г., принятого в рамках «реформы Бьяджи» (*Riforma Biagi*) предусматривается процедура «сертификации договоров», направленная на снижение количества трудовых споров. В ходе процедуры сертификации определяется, что входит в предмет договорного регулирования, и насколько договор отвечает формальным требованиям, закрепленным в законе. Эта процедура может осуществляться Бюро труда, так называемыми «органами равного представительства», управляемыми представителями работников и работодателей, а также специальными комиссиями, учрежденными университетами и их кафедрами/секторами трудового права. Сертификация договоров – это добровольная процедура, инициируемая на основании письменного запроса сторон договора. Акт о сертификации должен прямо содержать указание на последствия сертификации с точки зрения гражданского, административного, налогового права и права социального обеспечения. В ст. 81(1) содержится разъяснение относительно статуса трудовых правоотношений: «органы сертификации осуществляют консультации и оказывают помощь сторонам договора в отношении заключения трудового договора, его содержания и порядка изменения, в частности, в отношении прав сторон и четкой категоризации трудовых договоров». На практике сертификация имела очень ограниченное значение. Тем не менее данная процедура была доработана в 2010 г., в результате чего ожидается, что работодатели станут часто прибегать к сертификации в будущем.

Нидерланды – налоговые органы имеют право сертифицировать гражданско-правовой договор. Отношения между физическим лицом (исполнителем) и его заказчиком не могут рассматриваться как трудовые, если исполнитель обладает декларацией статуса независимого подрядчика (ст. 6(1)(e) Закона о социальном страховании). Декларация действует в течение одного года и может обновляться ежегодно. По истечении трех лет эта декларация начинает автоматически обновляться, за исключением случаев, когда ситуация изменяется.

Ирландия – в Кодексе практики трудового права указывается,

что в случае неясности в отношении того, следует ли считать лицо работником или самостоятельно занятым, необходимо связаться с Местной налоговой службой, либо отделением Департамента по социальным и семейным вопросам (SCOPE). После установления всех имеющих отношение к делу фактов принимается письменное решение в отношении правового статуса. Хотя это решение имеет юридическую силу только в отношении социального обеспечения, оно дает информацию о статусе работника.

Румыния – после регистрации в Реестре работников (REVISAL), договор считается трудовым для целей налогообложения в отношении платежей по социальному обеспечению, а также для определения полномочий трудовых судов в случае возникновения споров. Таким же образом регистрация договора в Румынском торговом реестре создает презумпцию заключения гражданско-правового договора. На практике юридические споры по поводу природы возникших правоотношений возникали между сторонами только в случае отсутствия письменного договора и неосуществления его регистрации. Однако в мае 2011 г. Трудовой кодекс был изменен таким образом, что трудовой договор теперь может заключаться только в письменной форме, а устный договор считается ничтожным.

В **Испании** трудовая инспекция имеет право инициировать судебное разбирательство с целью признания трудящегося работником. Работник может запросить соответствующие разъяснения у трудовой инспекции и, в случае возникновения спора, обратиться в суд. Работодатели также имеют право запрашивать разъяснения у трудовой инспекции.

Великобритания – крупное кадровое агентство Мэнпауер (Manpower) выпустило «Пособие работнику» (“Employees Handbook”). Это пособие – добровольная мера со стороны агентства, направленная на внесение ясности в отношении трудовых отношений между агентством и нанимаемыми им работниками. В Пособии неоднократно указывается, что лица, работающие для агентства, считаются его работниками даже в ситуациях, когда они направляются на работу на предприятия клиентов агентства.

Европейский союз – На уровне ЕС в ст. 4 Директивы Совета ЕС 91/533/ЕЕС от 14 октября 1991 г. предусматривается обязательство работодателя информировать работников об условиях, применяющихся в отношении трудового договора или трудового правоотношения. Цель Директивы заключается в том, чтобы предоставить работникам бóльшую защиту, избежать неясности в отношении условий трудового правоотношения и обеспечить увеличение прозрачности. Для достижения этой цели в Директиве указывается, что каждому работнику должен быть предоставлен документ, в котором содержится информация о ключевых элементах трудового договора или трудового правоотношения. Тем не менее государства-члены имеют право установить, что Директива не будет применяться в отношении работников, трудовой договор или трудовое правоотношение которых: (а) имеет срок менее одного месяца и/или рабочая неделя не превышает восьми часов; либо (b) носит разовый или специфический характер при условии, что неприменение Директивы в этих случаях будет обосновано

объективными соображениями (ст. 1(2) Директивы).

Наличие нескольких сторон

Учитывая, что трудовое право всегда сталкивалось с ситуациями, когда договорные нормы могут приводить к лишению работников полагающейся им защиты, а также обращая внимание на тот факт, что Рекомендация №198 не затрагивает положений Конвенции №181 о частных агентствах занятости, настоящий раздел содержит примеры соглашений, затрагивающих более двух сторон.

В 2008 г. в **Европейском союзе** была принята Директива о временных работниках и работниках агентств, которая должна быть имплементирована государствами-членами до 5 декабря 2011 г. Директива направлена на обеспечение защиты трудящихся, нанятых через агентства по предоставлению временного персонала, путем обеспечения применения к ним принципа равного обращения.

Статья 3– Определения:

(1) Для целей настоящей Директивы:

(а) «работник» означает любое лицо, которое обладает правовой защитой как работник согласно национальному трудовому праву соответствующего Государства-члена;

(b) «агентство по предоставлению временного персонала» означает любое физическое или юридическое лицо, которое в соответствии с национальным правом заключает трудовые договоры или начинает трудовые отношения с работником, нанятый через агентство по предоставлению временного персонала, с целью направления их для работы на предприятия-пользователи под контролем и управлением этих пользователей;

(с) «работник, нанятый через агентство по предоставлению временного персонала» означает работника, занятого по трудовому договору или в рамках трудового правоотношения с агентством по предоставлению временного персонала, с целью направления на предприятие-пользователь для работы под временным контролем и управлением этих пользователей;

(d) «предприятие-пользователь» означает любое физическое или юридическое лицо, для которого и под контролем и управлением которого временно работает работник, нанятый через агентство по предоставлению временного персонала; (...).

Данная Директива так же, как и другие Директивы ЕС, не может противоречить национальному законодательству в отношении определений заработной платы, трудового договора, трудового правоотношения и работника. Однако государства-члены ЕС не имеют права исключать из сферы применения Директивы работников, трудовые договоры и трудовые правоотношения только в связи с тем, что они связаны с работниками, занятыми на условиях неполного рабочего времени, срочными трудовыми договорами, либо работниками, заключившими трудовой договор или вступившими в трудовые отношения с агентством по предоставлению временного персонала по смыслу Директивы (ст. 3(2) Директивы). В соответствии со ст. 5(1), пар. 1 Директивы, «основные условия труда и найма работников, нанятых через агентство по предоставлению временного персонала, в течение их направления на предприятие-пользователь

должны быть не хуже, чем если бы они были непосредственно наняты предприятием-пользователем для выполнения той же работы».

Германия – Ст. 9 п. 1 Закона о труде в агентствах по предоставлению временного персонала:

Договоры между агентствами по предоставлению временного персонала и предприятиями-пользователями недействительны, если агентство по предоставлению временного персонала не обладает разрешением, требуемым согласно ст. 1.

Ст. 10(1), п. 1 Закона о труде в агентствах по предоставлению временного персонала:

В случае если договор между агентством по предоставлению временного персонала и предприятием-пользователем недействителен в соответствии со ст. 9, п. 1 настоящего Закона, между предприятием-пользователем и работником агентства по предоставлению временного персонала (...) признается факт существования (...) трудового отношения.

Ст. 28е(2), п. 1 Социального кодекса IV:

В отношении обязательств по выплате заработной платы агентство по предоставлению временного персонала признается основным гарантом на случай недействительности договора между агентством по предоставлению временного персонала и его работниками (...) постольку, поскольку работники были наняты агентством по предоставлению временного персонала на возмездной основе.

Вместо использования работников агентств по предоставлению временного персонала, компании часто склоняются к аутсорсингу своей деятельности, заключая договоры об оказании услуг с другими компаниями, которые используют своих собственных работников. В соответствии с правовой доктриной, существование труда в агентстве по предоставлению временного персонала признается только в тех случаях, когда право давать указания принадлежит предприятию-пользователю, а не агентству. Однако на практике очень трудно разграничить труд в агентстве по предоставлению временного персонала и договоры об оказании услуг, поскольку затруднительно определить, существует ли право давать указания в достаточной степени.

Люксембург – в ст. 133-2 Трудового кодекса указывается:

(1) Договор, в соответствии с которым работник нанимается для направления на предприятие-пользователь в нарушение ст. L. 133-1 [случаи, когда допускается заключение таких договоров], признается недействительным. (2) В случае, указанном в п. (1), признается факт заключения бессрочного трудового договора между предприятием-пользователем и работником, начинающегося с момента начала выполнения работы.

Тем не менее работник имеет право в любой момент без предупреждения и выплаты компенсаций расторгнуть трудовой договор с предприятием-пользователем.

Ирландия – работники агентства «признаются» работниками с точки зрения трудового законодательства и законодательства о социальном обеспечении. В некоторых случаях (незаконное увольнение) они признаются работниками клиента; в других случаях (организация рабочего времени) они признаются работниками агентства.

Португалия – в случае если у агентства по предоставлению временного персонала отсутствует лицензия, в ст. 173., п. 1 и 3 Трудового кодекса Португалии предусматривается, что труд выполняется для агентства по предоставлению временного персонала на основе бессрочного трудового договора. Однако в этом случае в адрес агентства издается приказ о временном закрытии (ст. 192, п. 3 Трудового кодекса), а соответствующее правонарушение считается очень серьезным (ст. 173, п. 7).

Закон **Словении** о трудовых отношениях от 1 января 2003 г. с поправками 2007 г. предусматривает четкие разъяснения сторонам для определения их взаимных прав.

Статья 61. (Соглашение между пользователем и работодателем, направление работника). (1) До начала осуществления работы пользователь обязан проинформировать работодателя относительно всех условий, которые должны быть выполнены работником для обеспечения работы, а также предоставить работодателю оценку риска травм и повреждений здоровья. (2) До начала выполнения работы работодатель и пользователь обязаны заключить письменное соглашение, в котором должны быть более детально закреплены взаимные права и обязанности, а также права и обязанности работника и пользователя. (3) В соответствии с соглашением между работодателем и пользователем, работник должен быть письменно проинформирован об условиях труда у пользователя, а также о правах и обязанностях, которые непосредственно связаны с выполнением работы.

Статья 62. (Права, обязанности и ответственность пользователя и работника). (1) Работник обязан выполнять работу в соответствии с указаниями пользователя. (2) В течение срока работы для пользователя, пользователь и работник обязаны учитывать положения настоящего Закона, коллективных договоров, распространяющихся на пользователя и/или локальных актов пользователя в отношении прав и обязанностей, которые прямо относятся к выполнению работы. (3) В случае если пользователь нарушает обязательства, указанные в предыдущем пункте, работник имеет право отказаться от выполнения работы. (4) В случае если работник нарушает обязательства согласно п. 1 настоящей статьи, он может быть привлечен к дисциплинарной ответственности или уволен. (5) Работнику предоставляется ежегодный отпуск, предусмотренный соглашением между работодателем и пользователем.

Нидерланды – по состоянию на январь 2010 г., предприятие-пользователь, нанявшее работника агентства по предоставлению временного персонала с помощью незарегистрированного агентства, обязано выплатить работнику минимальную заработную плату, а агентство – полное вознаграждение. Таким образом, у работника агентства имеется два должника.

В **Испании** по закону допустимо нанимать работника на условиях субподряда, причем обе компании несут солидарную ответственность в отношении заработной платы и платежей по социальному страхованию. Из одной компании в другую переводить работников запрещено. Тем не менее перевод через официально зарегистрированное агентство по предоставлению временного персонала допустим. Если агентство по предоставлению временного персонала не выполняет требований, предусмотренных законом, оно может быть лишено права переводить работников. В таком случае трудовые отношения устанавливаются между работником и

предприятием-пользователем.

Болгария – новые статьи 107н—107т Кодекса о труде, внесенные в 2011 г., урегулировали труд в агентствах по предоставлению временного персонала. Работники агентства по предоставлению временного персонала могут рассматриваться в качестве сторон трудового правоотношения. В ст. 107р (1) Кодекса о труде указывается, что «трудовой договор с компанией, обеспечивающей временную работу, должен предусматривать, что соответствующий работник направляется на временную работу на предприятие-пользователь, причем данная работа осуществляется под контролем и наблюдением предприятия-пользователя».

Россия – в настоящее время трудовое отношение может быть только двухсторонним, хотя на практике деятельность частных агентств занятости, командирующих работников для выполнения работы у третьих лиц, достаточно распространена. Имеются примеры заключения трудовых договоров с работниками не от имени непосредственного работодателя, например, крупной компании, а от имени другого юридического лица, принадлежащего работодателю («подставной компании»), с целью уклонения от предоставления работникам льгот, полагающимся работникам «основной компании». Теоретически, работники в таких случаях могут в судебном порядке требовать признания факта существования трудовых отношений с «основной компанией» на основании фактического допущения к работе (ч. 3 ст. 16 Трудового кодекса). Однако вероятность того, что суд признает факт существования трудовых отношений с иным юридическим лицом при условии наличия трудового договора с «подставной компанией», близка к нулю. Последние десять лет ведется оживленная дискуссия по поводу легализации так называемого «заемного труда». В настоящее время на рассмотрении Государственной Думы находится законопроект, предусматривающий по общему правилу запрет «заемного труда» за исключением его ограниченного использования в ряде случаев (так называемый проект Исаева-Тарасенко). Однако перспективы принятия соответствующего закона на момент написания не были ясны.

Украина – с 1 января 2013 г. вступил в силу новый Закон о занятости населения от 05.07.2012 г. №5067-VI. В ст. 39 закона регламентируется деятельность «субъектов хозяйствования, которые нанимают работников для дальнейшего выполнения ими работы у иных работодателей». Такого рода деятельность на рынке труда осуществляется с разрешения органов исполнительной власти. В этой же статье закона предусматриваются гарантии в отношении таких работников:

Ст. 39, ч. 1: Субъекты хозяйствования – работодатели, которые нанимают работников для дальнейшего выполнения ими работы в Украине у другого работодателя, направляют работников при условии, если это предусмотрено коллективным договором такого работодателя, и при наличии согласия первичной профсоюзной организации и обязаны:

- 1) заключить договор с работодателем о применении труда работника
- 2) выплачивать работнику заработную плату в размере не ниже, чем

размер минимальной заработной платы, установленной законом, и заработной платы, которую получает работник у работодателя за выполнение такой же работы

3) обеспечивать работнику время работы и отдыха на условиях, определенных для работников работодателя, что предусмотрено условиями коллективного договора и правилами внутреннего трудового распорядка

4) начислять и уплачивать единый взнос на общеобязательное государственное социальное страхование в пользу работника в соответствии с классами профессионального риска производства, к которому отнесено работодателя, применяющего труд работника

5) не препятствовать заключению трудового договора между работником и работодателем, у которого им выполнялись работы.

Субъекту хозяйствования запрещено направлять работников на рабочие места к работодателю, у которого: 1) в течение года сокращена численность (штат) работников; 2) не соблюдены норматива численности работников основных профессий, задействованных в технологических процессах основного производства; 3) привлекаются работники для выполнения работ во вредных, опасных и тяжелых условиях труда, а также работ по основным профессиям технологического процесса основного производства.

Проведение надлежащей и адекватной подготовки кадров

Подготовка кадров – как первоначальная, так и в рамках повышения квалификации – это способ распространения информации об изменяющихся аспектах трудового отношения и разъяснения национальной практики по данному вопросу. Различные страны проводят профессиональную подготовку и повышение квалификации трудовых инспекторов, арбитров, судей и иных служащих, связанных с управлением вопросами труда.

Иные лица, отвечающие за разрешение споров и за применение трудового законодательства и стандартов, такие как омбудсмены и комиссары по правам человека, также часто извлекают пользу из курсов тренинга в области трудовых прав. Выполняя рекомендации Венской декларации и Программы действий, принятых на Всемирной конференции по правам человека в 1993 г., многие страны создали национальные механизмы защиты прав человека, которые отдельные лица могут использовать для подачи жалоб на нарушения в области прав человека, включая трудовые права.

Обучение особенно важно для органов, отвечающих за отношения в сфере труда, поскольку низкий уровень управления в этой области во многих странах приводит к заметным задержкам в принятии и применении трудового законодательства для защиты работников.

5. Защита отдельных категорий работников

Исследование деятельности органов по управлению вопросами труда в **неформальной экономике** показывает, что условия труда хуже, чем закрепленные в правовых нормах, могут представлять собой проблему:

Несмотря на отсутствие общего определения, существует много правовых актов, относящихся к неформальному сектору, хотя эти акты носят скорее описательный, нежели предписывающий характер в отношении создания административных органов или общественных структур, которые имеют дело с какими-либо аспектами неформальности. С учетом того, что неформальные производственные единицы могут совпадать с тем, что часто называется микро-предприятиями, в некоторых случаях проводится разница между теми из них, которые обеспечивают человеческое существование, и предприятиями, зарабатывающими прибыль. В отношении условий труда ясно, что не существует правового регулирования, применимого в отношении самостоятельно занятых работников, по таким вопросам как заработная плата, которая может быть ниже юридически закрепленного минимума для лиц, работающих для других. Такие вопросы, как рабочее время и время отдыха также не урегулированы для независимых трудящихся в трудовом законодательстве, хотя к ним могут применяться нормы о времени открытия и закрытия торговых и промышленных предприятий, издаваемые органами власти, не связанными с вопросами труда. Нормы о рабочем времени и времени отдыха работников существуют, но с большой вероятностью не соблюдаются по причине незнания или недостаточного контроля.⁴

Уязвимые группы (женщины, молодые/пожилые, инвалиды, неформальная экономика и мигранты)

В таких областях труда, где большинство работников составляют женщины, например, в домашней работе, недостаток юридической защиты увеличивает уязвимость работников, которые и без того не воспринимаются как «настоящие работники» во многих социальных и культурных контекстах. Поскольку они работают в частных помещениях, их работа фактически невидима. Притом что многие современные нормы трудового законодательства не исключают домашних работников из своей сферы, специфика их трудовых отношений, как правило, не учитывается. Их условия труда остаются, по сути, неурегулированными, причем эта проблема осложняется для иностранных домашних работников, на которых может не распространяться трудовое законодательство, либо они не могут требовать реализации своих прав, работая без необходимых разрешительных документов. Нижеприведенные примеры показывают те меры, которые государства предпринимают для защиты таких уязвимых групп.⁵

⁴ Daza, J.-L.: "Informal economy, undeclared work and labour administration", DIALOGUE Working Paper No. 9, ILO, Geneva, June 2005. (Даза, Ж.-Л. «Неформальная экономика, недеклалируемый труд и управление вопросами труда», Рабочий документ DIALOGUE, №9. МБТ, Женева, июнь 2005).

⁵ Blackett, A.: Making domestic work visible: the case for special regulation, Geneva, ILO, 1998. (Блэккетт, Э. Делая домашний труд видимым: причины для специального регулирования, Женева, МБТ, 1998). Для дополнительной сравнительной информации в отношении домашней работы см.: Effective Protection of Domestic Workers: a guide to designing labour laws, ILO, May 2012. (Эффективная защита домашних работников: пособие по подготовке трудового законодательства. МБТ, май 2012 г.)

Европейский союз – во вступном примечании 9 Директивы Совета ЕС 1999/70/ЕС от 28 июня 1999 г. относительно Рамочного соглашения о временной работе предусматривается: «Поскольку более половины временных работников в Европейском союзе – это женщины, настоящее соглашение может внести вклад в улучшение предоставления равных возможностей **женщинам** и мужчинам». В ст. 4 Рамочного соглашения устанавливается так называемый «принцип недискриминации». В ст. 4(1) указывается: «В отношении условий труда временным работникам не должно предоставляться менее благоприятное обращение, нежели постоянным работникам, только на том основании, что с ними заключен срочный договор, за исключением случаев, когда различное обращение оправдывается объективными основаниями». Аналогично, в ст. 4(1) Директивы Совета 97/81/ЕС от 15 декабря 1997 г. относительно Рамочного соглашения о работе на условиях неполного рабочего времени указывается: «В отношении условий труда работникам на условиях неполного рабочего времени не должно предоставляться менее благоприятное обращение, нежели сравнимым с ними работникам с нормальной продолжительностью только на основании их неполного рабочего времени, за исключением случаев, когда различное обращение оправдывается объективными основаниями». В связи с этим необходимо отметить, что около 80% рабочих мест на условиях неполного рабочего времени в Европе занято женщинами.

В дополнение к этому, в Директиве 2000/43/ЕС от 29 июня 2000 г. о реализации принципа равного обращения вне зависимости от расового или этнического происхождения, а также Директиве 2000/78/ЕС от 27 ноября 2000 г., устанавливающей общую систему равного обращения в сфере труда и профессиональной деятельности, запрещается дискриминация проживающих в Европейском союзе лиц по признакам **расы и этнического происхождения, религии или убеждений, инвалидности, возраста или сексуальной ориентации**. Эти две Директивы устанавливают набор принципов, предоставляющих всем лицам, проживающим в ЕС, минимальный уровень юридической защиты от дискриминации. Свободное перемещение работников – это одна из фундаментальных свобод, предоставляемых в соответствии с Договором о Европейском союзе. Директива 96/71/ЕС Европейского Парламента и Совета от 16 декабря 1996 г. относительно командирования работников в рамках оказания услуг гарантирует, что права и обязанности **командированного работника** (работника, в течение ограниченного срока выполняющего свою работу на территории государства-члена, иного, нежели того, где он или она обычно проживает) защищены на территории всего Европейского союза. В связи с этим в праве ЕС установлены базовые обязательные правила относительно условий найма работника, командированного из одного государства-члена ЕС в другое. Эти правила отражают стандарты, применимые к местным работникам в принимающем государстве. Тем не менее в соответствии с решениями Европейского суда справедливости, государства-члены не имеют права настаивать на установлении условий найма, которые бы выходили за рамки базовых обязательных правил. Защита таких работников должна быть сбалансирована в отношении фундаментальных свобод, предоставляемых Договором.

Германия – оппозиционные партии в Федеральном Парламенте не так давно требовали принятия законодательства, запрещающего работодателям предлагать **молодежи** работу на условиях стажировки вместо «обычных» трудовых договоров. В частности, они требовали установить нормы о «справедливом» вознаграждении для дипломированных стажеров, о письменной форме заключения ученического договора, а также о частичном перенесении бремени доказывания с тем, чтобы стажерам было легче доказать в суде, что ученичество носило фиктивный характер, а на самом деле они работали по трудовому договору.

В **Нидерландах** работники «по вызову» - это, в основном, **женщины**, работающие в магазинах, ресторанах, больницах, пищевых производствах и т.д. Они выполняют ту же работу, что и обычные работники, но на других условиях. С ними либо вообще не заключается трудовой договор, поскольку они имеют право отказаться от вызова на работу, либо заключается так называемый «договор с нулевой нормой рабочего времени», который, по сути, является договором без какого-либо содержания. После некоторой неопределенности в 1990-е гг. было принято законодательное решение проблемы. С января 1999 г. в том случае, если занятость такого работника носит регулярный и продолжающийся характер, бремя доказывания переносится, и работодатель обязан доказывать, что такое лицо не является работником. Кроме того, в законе установлена еще одна презумпция, касающаяся объема работы во избежание злоупотреблений, связанных с «договорами с нулевой нормой рабочего времени». Если договор заключен на срок не менее трех месяцев, подразумевается, что объем согласованной работы по договору в конкретный месяц составляет среднюю месячную продолжительность за три предыдущих месяца. Еще одно правило заключается в том, что в случае отсутствия четкого учета рабочего времени в течение менее чем 15 часов в неделю, работник имеет право на оплату, исходя не менее чем из трех часов за один вызов. Кроме того, было ограничено количество последовательно заключаемых срочных трудовых договоров, а срок перерыва между их заключением увеличен до трех месяцев. В результате, такого рода договоры стали заключаться реже.

Норвегия – работа на условиях «au-pair»⁶ законодательно определяется как сочетание культурного обмена и домашней работы. Соответственно такие лица не признаются ни работниками, ни самостоятельно занятыми.

Испания – испанская система предусматривает меры для поддержки занятости женщин, молодежи, инвалидов и пожилых работников (особенно путем уменьшения взносов по социальному страхованию). В отношении всех этих категорий испанское право предусматривает также специальные меры по безопасности и гигиене труда. Работники моложе 18 лет работают в режиме сокращенного рабочего времени. Пожилые работники имеют возможность раннего выхода на пенсию и частичного увольнения (обычно – с 61 года), хотя испанская система

⁶ Буквально – «в обмен» (фр.). Подсобная работа по домашнему хозяйству или по уходу за детьми, выполняемая иностранным работником, обычно девушкой, с целью изучения языка страны пребывания.
Прим. перев.

также предоставляет и стимулы для продолжения работы после достижения пенсионного возраста. Выполнение домашней работы за заработную плату регулируется специальными трудовыми нормами, которые близки по содержанию к общему трудовому законодательству. Иностранцы с видом на жительство обладают теми же правами, что и испанские работники. Существуют различные виды помощи, направленной на социальную интеграцию иммигрантов. С целью борьбы с нелегальной занятостью Правительство периодически принимает социальные планы, предусматривающие меры по мониторингу и контролю.

Беларусь – в Трудовом кодексе содержатся специальные нормы, касающиеся **домашних работников**. Согласно ст. 308 Трудового кодекса, домашними работниками признаются лица, выполняющие по трудовому договору работу в домашнем хозяйстве граждан, оказывающие им техническую помощь в литературной, иной творческой деятельности и другие виды услуг, предусмотренные законодательством, кроме лиц, ухаживающих за инвалидами. Трудовой договор с домашним работником не заключается, если работа носит краткосрочный характер (до 10 дней в общей сложности в течение месяца). Заключенный трудовой договор с домашним работником должен быть зарегистрирован в местном органе исполнительной власти. В отношении домашних работников действует специальное правило о прекращении трудового договора по соглашению сторон с предупреждением об этом другой стороны за три дня (ст. 311 Трудового кодекса), а также возможность предусмотреть в договоре дополнительные основания для его прекращения по основаниям, предусмотренным в его тексте. Режим рабочего времени и времени отдыха регулируется по договоренности между сторонами при условии соблюдения общей нормы о 40-часовой рабочей неделе и ежегодном отпуске не менее 24 календарных дней. На домашних работников распространяется государственное социальное страхование.

Казахстан – Трудовой кодекс содержит главу, посвященную **домашним работникам**. Согласно ст. 214 Трудового кодекса, домашними работниками признаются работники, выполняющие работы (услуги) в домашнем хозяйстве у работодателей — физических лиц. В отношении этой категории работников предусмотрена упрощенная процедура оформления трудовых отношений (не делаются записи в трудовую книжку), на усмотрение сторон трудового договора оставлены основания расторжения трудового договора, сроки предупреждения об увольнении и размеры компенсаций при увольнении, режим работы, порядок предоставления выходных дней, оплачиваемых ежегодных трудовых отпусков, привлечения к сверхурочным работам, к работе в ночное время, выходные и праздничные дни, порядок применения и снятия дисциплинарных взысканий. В отношении большинства других аспектов трудового правоотношения к домашним работникам применяются общие нормы трудового законодательства.

Отдельная глава Трудового кодекса (глава 24) посвящена **инвалидам**. Инвалиды имеют право заключать трудовые договоры с работодателями на общих основаниях, либо в специализированных организациях, применяющих труд инвалидов. Для инвалидов

установлена сокращенная продолжительность рабочего времени (не более 36 часов в неделю и не более 7 часов в день), время отпуска определяется по согласованию с работником, запрещается работа на тяжелых работах и работах с вредными и опасными условиями труда, а также предусмотрены некоторые иные специальные нормы.

Кыргызстан – предусмотрены специальные нормы в отношении **лиц с ограниченными возможностями здоровья** (глава 25 Трудового кодекса). Для таких работников предусмотрено квотирование рабочих мест (не менее 5% от численности работающих, если число работающих не менее 20 человек). Работодатели обязаны создавать в счет квоты рабочие места для трудоустройства лиц с ограниченными возможностями здоровья. Лицам с ограниченными возможностями здоровья при приеме на работу не устанавливается испытание, предусмотрена сокращенная продолжительность рабочего времени (36 часов в неделю, а для инвалидов I и II групп – не более 7 часов в день) с запретом применения суммированного учета рабочего времени. Существенно ограничено право работодателя увольнять инвалидов по своей инициативе, а также предусмотрены некоторые другие специальные нормы. Существуют нормы-льготы в отношении **работников до 18 лет** (глава 23), **женщин и лиц с семейными обязанностями** (глава 24).

Украина – Кодекс законов о труде (главы 12-14) предусматривает ряд норм-льгот в отношении **работающих женщин, молодежи**, а также лиц, **совмещающих работу с обучением**.

Россия – в Трудовом кодексе содержатся специальные главы, посвященные гарантиям и компенсациям для **лиц, совмещающих работу с обучением** (глава 26), нормы-льготы, связанные с трудом **женщин и лиц с семейными обязанностями** (глава 41), **несовершеннолетних работников** (глава 42). Специальных норм, посвященных **домашним работникам**, не существует, однако есть нормы, касающиеся работы у работодателей – физических лиц (глава 48), включая работу у физических лиц, не являющихся индивидуальными предпринимателями. Согласно ч. 5 ст. 20 Трудового кодекса, работа для таких работодателей может осуществляться «в целях личного обслуживания и помощи по ведению домашнего хозяйства». В отношении таких трудовых отношений главой 48 предусмотрен ряд более гибких норм, направленных на облегчение оформления отношений и их прекращения по инициативе работодателя. Однако на практике, за исключением случаев найма домашних работников через кадровые агентства, трудовые отношения с участием домашних работников практически никогда не оформляются по закону. Для **инвалидов** в Трудовом кодексе предусмотрен ряд норм-льгот. Кроме того, действует Закон «О социальной защите инвалидов», касающийся специальных норм в отношении труда инвалидов и предусматривающий систему квотирования рабочих мест.

6. Трудовые отношения и подлинные гражданско-правовые и коммерческие отношения

В тех случаях, когда осуществляются попытки скрыть трудовое правоотношение, работники могут быть лишены защиты, которая им полагается. Доверие к правовой системе может быть подорвано в том случае, если национальная политика не может эффективно разграничивать недобросовестную практику и подлинные гражданские и коммерческие правоотношения. Более того, приспосабливаясь к современным изменениям в организации труда, некоторые европейские системы разработали новые концепции, такие как «парасубординированные» или получающие «квази-заработную плату» трудящиеся (**Италия, Германия**) для описания лиц, работающих вне традиционных рамок трудового правоотношения, однако нуждающихся в защите.

Польша – Ст. 22, п. 1 – 1²Трудового кодекса:

Вступая в трудовое правоотношение, работник обязуется выполнять определенный вид труда за вознаграждение и под управлением работодателя, а работодатель обязуется нанять работника в обмен на вознаграждение. Труд в соответствии с условиями, указанными в статье 1, считается выполняемым в рамках трудового правоотношения вне зависимости от наименования договора, заключенного сторонами. Не допускается замещение трудового договора гражданско-правовым в тех случаях, когда условия работы отвечают признакам, указанным в ст. 1.

Россия – ст. 15 Трудового кодекса:

Трудовые отношения – отношения, основанные на соглашении между работником и работодателем о личном выполнении работником за плату трудовой функции (работы по должности в соответствии со штатным расписанием, профессии, специальности с указанием квалификации; конкретного вида поручаемой работнику работы), подчинении работника правилам внутреннего трудового распорядка при обеспечении работодателем условий труда, предусмотренных трудовым законодательством и иными нормативными правовыми актами, содержащими нормы трудового права, коллективным договором, соглашениями, локальными нормативными актами, трудовым договором.

Ч. 4 ст. 11 Трудового кодекса (в редакции от 28 декабря 2013 г.):

Если отношения, связанные с использованием личного труда, возникли на основании гражданско-правового договора, но впоследствии в порядке, установленном настоящим Кодексом, другими федеральными законами, были признаны трудовыми отношениями, к таким отношениям применяются положения трудового законодательства и иных актов, содержащих нормы трудового права.

Словения – Ст. 11(2) Закона о трудовых отношениях:

В том случае если наличествуют элементы трудового правоотношения в соответствии со статьей 4, [содержащей понятие трудового правоотношения], работа не может осуществляться на основе гражданско-правовых договоров, за исключением случаев, указанных в законе.

Австрия – Закон определяет особую категорию зависимых трудящихся, так называемых «лиц, схожих с работниками». Соответствующие законодательные положения применяются в отношении лиц, которые выполняют работу или услуги за счет другого лица, не заключая трудового договора, но признаются лицами, схожими с работниками, в силу своей экономической зависимости. Критерии, по которым устанавливается такая экономическая зависимость, включают: работу для одного или очень ограниченного количества заказчиков, неиспользование собственных

производственных ресурсов, а также зависимость от вознаграждения для обеспечения своего существования. Такие лица не считаются нуждающимися в равной с «подлинными работниками» социальной защите. К ним применяется ограниченное количество норм трудового права, закрепленных в отдельных постановлениях, например, касающихся трудовых судов, работы в агентствах по найму временного персонала, ответственности работников и запрета дискриминации. Кроме того, некоторые нормы, такие как безопасность и гигиена труда, постольку, поскольку они не подразумевают личной субординации, применяются судами. Таким образом, важные аспекты трудового права (в особенности, нормы о защите от увольнений, оплачиваемых выходных и пособиях по нетрудоспособности) не применяются в отношении лиц, схожих с работниками.

Бельгия – «лица, схожие с работниками» (или квази-работники) также признаются в Бельгии с целью применения законодательства о социальном обеспечении (Королевский указ от 28 ноября 1969 г.). Эти лица не находятся в юридическом подчинении, как работники, но «экономически зависимы».

Германия – «лица, схожие с работниками» (Arbeitnehmerähnliche Person) или квази-работники также признаются в Германии. Такие лица не «лично зависимы» или «подчинены», как «работники», но находятся лишь в «экономической зависимости» (Решение Федерального трудового суда от 15.11.2005 г. – 9 AZR 626/04). Лица, которые относятся к данной подкатегории, считаются нуждающимися в большей защите, чем предоставляется большинству самостоятельно занятых лиц. Соответственно некоторые элементы юридической защиты, полагающиеся работникам, распространяются на лиц, схожих с работниками. Лица, схожие с работниками, имеют право на ежегодный отпуск и на защиту от дискриминации. Кроме того, трудовые суды обладают юрисдикцией в отношении лиц, схожих с работниками, а общие условия их договоров могут быть предметом юридического контроля. Наконец, лица, схожие с работниками, обладают правом на участие в коллективных переговорах. Основные признаки категории лиц, схожих с работниками, законодательно закреплены в ст. 12а Закона о коллективных соглашениях.

К этим критериям относятся:

- (1) экономическая зависимость (противопоставленная личной зависимости или субординации);
- (2) нуждаемость в социальной защите по причине того, что:
- (3) работа выполняется лично, по существу без помощи подчиненных работников;
- (4) работа в основном выполняется для одного лица, либо трудящийся рассчитывает на одно лицо в качестве источника более половины своего общего дохода.

Тем не менее необходимо отметить, что содержание термина «лицо, схожее с работником» незначительно различается в различных правовых актах, и только отдельные нормы трудового права применяются к квази-работникам путем использования аналогии. Таким образом, трудовое право по общему правилу не применяется в их отношении (Решение Федерального трудового суда от 8 мая 2007 г. – 9 AZR 777/06). В частности, ни защита от увольнений, ни

юридическая защита в случае передачи предприятия к ним не применяется.

Украина – в Кодексе законов о труде нет прямого упоминания недопустимости маскировки трудовых отношений с помощью гражданско-правовых. В ранее действовавшем Генеральном социально-партнерском соглашении между Правительством и всеукраинскими объединениями профсоюзов и работодателей содержалось указание на недопустимость практики замещения трудовых договоров гражданско-правовыми. Но в настоящее время новое Генеральное соглашение не согласовано социальными партнерами. Судебная практика исходит из того, что если в договоре, названном сторонами гражданско-правовым, присутствуют все признаки трудового договора, закрепленные в ст. 21 КЗоТ, такой договор считается трудовым.

Франция – в соответствии со ст. L 7321-1 Кодекса труда, некоторые лица, владеющие предприятием, включающим одного человека, получают защиту по Кодексу труда. Критерии для включения в эту категорию, по большей части, экономические: исключительная или почти исключительная деятельность в пользу доминирующей компании, которая устанавливает цены, выплачиваемые предприятию, включающему одного человека. Эти положения позволяют применять Кодекс труда в случае отсутствия безусловной субординации. Примеры такого применения включают управляющих бензоколонок, лицензиатов, эксклюзивных дистрибьюторов и, с недавнего времени, держателей франшизы.

Греция официально не признает существования экономически зависимых трудящихся, за исключением указанных в трудовом законодательстве случаев, когда: (а) лицо выполняет работу в основном или исключительно для одного заказчика, т.е. когда оно экономически зависимо (см. ст. 1 Закона 1876/1990. Правило относительно презумпции зависимой работы содержится в ст. 1 Закона 2639/1998 с дополнениями ст. 1 Закона 3846/2010); и (б) экономически зависимые работники имеют право заключения коллективных соглашений. На момент написания данное право не использовалось на практике.

Италия – правоотношения по использованию труда экономически зависимых трудящихся по большей части включают в себя отношения, по которым трудящийся выполняет «координируемую работодателем внештатную работу» или «работу по проектам» (см. Законодательный указ №276 2003 г. и ст. 409 Гражданско-процессуального кодекса). Плата таким работникам должна быть пропорциональной количеству и качеству выполненной работы и отражать уровень заработной платы за аналогичный труд в рамках трудовых правоотношений, характеризующихся субординацией, в соответствии с национальными социально-партнерскими соглашениями (ст. 1, п. 772 Закона № 296 2006 г.).

Португалия – Трудовой кодекс предусматривает специальные правила для ситуаций, эквивалентных трудовым договорам («contratos equiparados»). В ст. 10 указывается, что «юридические правила в отношении личных прав, равенства и запрета дискриминации, безопасности и гигиены труда применяются в случаях, когда

профессиональная деятельность осуществляется одним лицом для другого в отсутствие юридического подчинения, но исполнитель признается экономически зависимым от доходов, получаемых от этой деятельности». Это положение действует применительно к надомной работе (“trabalho no domicílio”), регулируемой Законом №101/2009 от 8 сентября 2009 г. Эти нормы применяются к работникам, которые осуществляют свою деятельность с помощью членов семьи по месту своего проживания, либо, если работа в силу требований безопасности и гигиены труда должна выполняться вне места проживания, в помещении заказчика (ст. 1, п. 3). Помимо прочего, специальные правила действуют в отношении охраны частной жизни и времени отдыха (ст. 4), безопасности и гигиены труда (ст. 5), производственного обучения (ст. 6), вознаграждения (ст. 7), отпусков (ст. 8), а также приостановления, изменения и прекращения договора (ст. 9-11). Кроме того, в отношении трудящегося и заказчика применяются общие правила социального страхования, касающиеся зависимых работников, установленные специальным законодательством. В соответствии с данными нормами, трудящийся и заказчик рассматриваются, соответственно, как выгодоприобретатель и страхователь для целей платежей по социальному страхованию (ст. 15).

Испания – отдельная категория экономически зависимых самостоятельно занятых трудящихся была предусмотрена законодателем в Статуте об автономном труде 2007 г. Закреплены следующие основные признаки этой категории экономически зависимых самостоятельно занятых трудящихся: (а) выполнение профессиональной деятельности лично и в первую очередь для одного клиента, на регулярной основе и за вознаграждение; (б) экономическая зависимость от этого клиента, подразумевающая получение не менее 75 процентов всех доходов от профессиональной деятельности, осуществляемой в пользу этого клиента. Чтобы быть признанным экономически зависимым, трудящийся не должен: нанимать работников; перепоручать работу третьим лицам; он или она не должны выполнять те же работы, что и работники клиента; трудящийся должен иметь свое собственное рабочее место, оборудование и материалы; осуществлять деятельность под собственным управлением; получать оплату в соответствии с достигнутыми результатами и нести соответствующие риски; не должен открывать собственный офис или помещение, доступные для публики или осуществлять деятельность как юридическое лицо. Несмотря на то что коммерческие агенты прямо исключены из сферы действия трудового права в связи со своей «автономностью», трудящиеся, которые признаются «экономически зависимыми» по приведенным выше критериям, получают ту же правовую защиту, что и «работники». Экономически зависимые самостоятельно занятые трудящиеся (TRADE) обладают теми же правами, что и работники (включая ежегодный отпуск, отпуска в связи с исполнением семейных обязанностей, либо выходные пособия), хотя объем этих прав зависит от соглашений, содержащихся в договоре. Они также обладают правом на организацию и на коллективные акции. Помимо этого, их условия труда могут быть закреплены в коллективных соглашениях («соглашениях о профессиональных интересах»).

Швеция — закон выделяет категорию зависимых подрядчиков, основываясь на признаке экономической зависимости применительно к коллективному трудовому праву. В соответствии со ст. 1(2) Закона о совместном принятии решений (1976:5 80), «термин “работник” [...] также включает любое лицо, которое выполняет работу для иного лица без осуществления найма, однако занимает позицию, по сути сходную с позицией работника. При таких обстоятельствах лицо, для которого выполняется работа, признается работодателем». Однако значение этого указания уменьшается с учетом того, что само понятие «работник» достаточно широко. Трудовые суды чувствительно относятся к попыткам неприменения трудового законодательства и регулярно принимают решения, подтверждающие факт наличия трудовых отношений, если лицо изначально было работником у работодателя, а потом стало «предполагаемым» самостоятельно занятым трудящимся.

В **Великобритании** в праве различается пять категорий: (1) работники (employees), (2) трудящиеся (workers), (3) профессионалы (professionals), (4) зависимые предприниматели (dependent entrepreneurs) и (5) самостоятельно занятые лица (self-employed persons). Легальное определение «трудящегося» (ст. 230(3) Закона о трудовых правах 1996 г.) шире понятия «работника» (ст. 230(1) Закона о трудовых правах 1996 г.), которое сводится к лицу, «которое заключило трудовой договор или работает, либо (если трудовое отношение прекратилось) работало по трудовому договору». Понятие «трудящегося» касается не только работников, но и тех, кто работает по договору личного найма (contract of personal service), не осуществляя своих услуг в качестве профессиональной или независимой деятельности. Такие трудящиеся часто называются «зависимыми самостоятельно занятыми» — категория, которая может включать внештатных сотрудников, единоличных торговцев, домашних работников и лиц, выполняющих разовую работу. Основные права «трудящихся» связаны с минимальной заработной платой, рабочим временем, работой на условиях неполного рабочего времени, а также нормами о защите для подающих жалобы. Поскольку категория трудящихся включает и работников, права, которыми обладают трудящиеся, имеются и у работников. Понятие «профессионал» включает в себя работников, трудящихся, а также лиц, оказывающих личные услуги в качестве профессионала (например, юристы). Профессионалы обладают правами в области законодательства о равных возможностях. «Зависимые предприниматели» также обладают рядом прав, в частности, по законодательству о безопасности и гигиене труда, в соответствии с которым зависимыми предпринимателями признаются те лица, которые выполняют работу или получают вознаграждение на иных основаниях, нежели трудовой договор, вне зависимости от того, нанимают ли они работников. Работники определяются в законе через указание, что они работают по договору найма (contract of service), в то время как самостоятельно занятые лица заключают договоры об услугах (contract for services).

Румыния — до вступления в силу нынешнего Трудового кодекса в 2003 г. практика заключения гражданско-правовых договоров с целью маскировки трудовых отношений была настолько широко

распространена, что это стало актуальным социальным феноменом. В ответ на это законодатель предпринял настолько серьезные меры для ограничения заключения гражданско-правовых договоров (договоров об оказании услуг), что они были практически запрещены. Кроме того, в Налоговый кодекс в 2010 г. были внесены поправки, в соответствии с которыми налоговыми органам были предоставлены полномочия удостоверяться в подлинности гражданско-правовых договоров для борьбы с маскировкой трудовых отношений. Новые налоговые постановления, принятые в 2010 г., (Экстренные правительственные ордонансы №58 и 82) содержат критерии, которые могут использоваться налоговыми органами: субординация, использование только оборудования, принадлежащего работодателю, выплата ежедневной компенсации в случае временного отстранения, оплата выходных и пособия по временной нетрудоспособности. В случае наличия какого-либо из данных критериев, налоговые органы имеют право признать гражданско-правовой договор трудовым и потребовать от сторон выполнить налоговые обязательства, возникающие из трудовых отношений, в том числе за предшествующий период.

С другой стороны, Трудовой кодекс **Словакии** прямо позволяет работодателям заключать так называемые «соглашения о выполнении работ» для выполнения задач за пределами трудового правоотношения. Такие договоры заключаются для регулирования труда, когда работа оценивается по ее результатам (договоры о заданиях), либо для выполнения разовой деятельности, в течение которой выполняется какой-либо тип работы (соглашение о трудовой деятельности, соглашение о временной работе для студентов). Работодатель имеет право заключить «соглашение о выполнении работ» в том случае, если ожидаемое время выполнения работы не превышает 350 часов в течение календарного года.

Венгрия – ранний проект нового Трудового кодекса содержал правила в отношении лиц, обладающих статусом, сходным с работниками. Проект нормы был сформулирован следующим образом:

С учетом всех обстоятельств дела, лицо, которое не работает для другого на основании трудового договора, будет считаться лицом, обладающим статусом, сходным с работником (трудящимся) если: а) оно работает для другой стороны лично, за вознаграждение, регулярно и на долгосрочной основе, а также б) с учетом предмета договора, от него нельзя ожидать участия в любой иной приносящей доход деятельности.

Изначальным намерением законодателя было предоставить лицам, обладающим статусом, сходным с работниками, права, связанные с отпусками, предупреждениями, выходными пособиями, материальной ответственностью и минимальной заработной платой. Однако этот проект был отклонен и объединениями работодателей, и профсоюзами.

7. Транснациональное оказание услуг

Свободное перемещение работников предусмотрено ст. 45 Договора о функционировании Европейского Союза и основывается на

производных нормативных актах ЕС, а также на актах Европейского суда справедливости. В отношении «командированных работников» (т.е. работников, которые выполняют в течение ограниченного периода работу на территории государства-члена ЕС иного, чем то, где они обычно работают) применяется Директива Европейского парламента и Совета 96/71/ЕС от 16 декабря 1996 г. относительно командирования работников в рамках оказания услуг. Эта Директива установила ряд обязательных правил в отношении условий найма, применяющихся к командированным работникам. Их основная идея заключается в том, что в случае, если государство-член ЕС установило определенные минимальные нормы в отношении найма в трудовом законодательстве или в социально-партнерских соглашениях, эти нормы должны применяться и в отношении работников, командированных в данное государство. Тем не менее работодателю не запрещено применять условия, улучшающие положение работника.

Статья 3: Условия найма

1. Государства-члены обеспечивают, что вне зависимости от того, какое право применяется к трудовому правоотношению, предприятия, указанные в статье 1(1), гарантируют работникам, командированным на их территорию, применение условий найма в отношении указанных ниже вопросов, по которым в Государстве-члене, где выполняется работа, они закреплены путем:

- закона, постановления или административного установления и/или
- коллективных соглашений или арбитражных решений, которые были признаны универсально применимыми в значении пар. 8, постольку, поскольку они касаются деятельности, указанной в Приложении:
- (a) максимальная продолжительность рабочего времени и минимальная продолжительность времени отдыха;
- (b) минимальные ежегодные оплачиваемые отпуска;
- (c) минимальные уровни оплаты, включая сверхурочную работу; данный пункт не применяется к дополнительным пенсионным схемам, связанным с увольнением;
- (d) условия найма работников, в частности, предоставление работников предприятиями по найму временного персонала;
- (e) безопасность и гигиена труда;
- (f) охранительные меры в отношении условий труда беременных женщин и женщин, недавно родивших ребенка, а также детей и молодых людей;
- (g) равенство обращения в отношении мужчин и женщин и иные антидискриминационные нормы.

Для целей данной Директивы понятие минимальных уровней оплаты, указанное в п. 1(c), определяется национальным законодательством и/или практикой государства-члена, в которое командирован работник.

II. Определение существования трудового отношения

Приведенные ниже примеры из законодательства и практики

демонстрируют, как устанавливается трудовое отношение, однако их перечень не является исчерпывающим. Первая группа примеров (Практические методы) объединяет в себе методы, используемые сегодня в большинстве случаев для установления факта наличия трудового правоотношения. Вторая группа примеров (Критерии установления трудового отношения) описывает конкретные индикаторы, использованные в различных национальных условиях.

А. Практические методы

1. Правовая презумпция

Ряд правовых систем установили презумпции относительно существования или отсутствия трудового отношения. Однако при этом были использованы различные подходы. Так, может существовать широкая презумпция того, что все отношения являются трудовыми отношениями и что от трудящегося, подающего иск, не требуется представлять доказательства существования трудового отношения (Нидерланды). С другой стороны, правовые нормы могут устанавливать один или несколько индикаторов для случаев, когда заявитель стремится доказать существование трудового отношения. Некоторые страны применяют установленные законом презумпции об отсутствии трудового договора.

Презумпция, установленная законом

Во многих странах действуют установленные законом презумпции существования трудового отношения. В других странах установленные законом презумпции применяются для определения отсутствия трудового договора.

В **Нидерландах** существуют широкие презумпции наличия трудового отношения. Две правовые презумпции были включены в Закон о гибкости и защите, принятый 14 мая 1998 г. в целях укрепления правового статуса трудящихся, работающих на гибких условиях. Если работник трудится на работодателя на регулярной основе в течение трехмесячного периода (еженедельно или, по крайней мере, 20 часов в месяц), законодательство автоматически презюмирует существование трудового договора. Если нет особого соглашения по рабочему времени, в качестве количества часов, установленных в трудовом договоре, принимается количество часов, отработанных в течение месяца за предшествующий трехмесячный период. Если работодатель не согласен, он вправе представить доказательства обратного в отношении обеих презумпций.

Португалия – Статья 12 Трудового кодекса устанавливает опровержимую презумпцию заключения трудового договора:

... существование трудового договора презюмируется тогда, когда в отношении между лицом, осуществляющим деятельность, и другим (или другими), извлекающими из нее пользу, обнаруживаются некоторые из следующих элементов: а) деятельность осуществляется в месте, принадлежащем лицу, извлекающему пользу из данной деятельности, или в месте, им определенном; б) оборудование и орудия труда

принадлежат лицу, извлекающему выгоду из данной деятельности; с) лицо, осуществляющее деятельность, соблюдает определенное время начала и окончания ее предоставления, установленное лицом, получающим выгоду от данной деятельности; d) осуществляющему деятельность выплачивается сумма с определенной регулярностью, в обмен на выполненную деятельность; e) осуществляющий деятельность исполняет управленческие или руководящие функции в компании.

Испания – опровержимая презумпция применяется в отношении трудоустроенного статуса лица, предоставляющего услуги в обмен на вознаграждение, под управлением и в рамках организационной сферы другого лица, принимающего на себя риски и извлекающего выгоду из этих услуг (статья 8(1) Статута трудящихся, *Estatuto de los Trabajadores*, RDLeg. 1/1995, 24 марта 1995 г). В 2007 г. Испанское законодательство ввело определение самостоятельно занятых трудящихся как лиц, на регулярной основе, непосредственно и лично осуществляющих профессиональную деятельность или ведущих бизнес на свой собственный риск, вне пределов управления и организационной сферы другого лица и в обмен на вознаграждение, независимо от того, привлекают ли они работников (статья 1 Трудового кодекса).

Относительно слабая презумпция трудового отношения существует в **Словении**. Законодательство прямо устанавливает, что в случаях споров относительно существования трудового отношения между трудящимся и работодателем, презюмируется, что отношение является трудовым, если оно обладает базовыми характеристиками трудового отношения.

В **Эстонии**, согласно Статье 1(2) Закона о трудовых договорах, презюмируется, что лицо работает по трудовому договору, если он или она выполняет такую работу на другое лицо, и исходя из имеющихся условий, может предполагаться, что работа осуществляется только за вознаграждение. Однако эта норма о трудовых договорах не применяется к договорам, когда лицо, выполняющее работу, в значительной степени независимо в выборе способа, времени и места выполнения этой работы (Статья 1(4)).

В **Румынии** согласно последним изменениям законодательства действительность трудовых договоров обуславливается их заключением в письменной форме. Несмотря на то, что по этому вопросу пока нет аналитических исследований, вероятно, что теперь уже невозможно будет устанавливать наличие трудового отношения в отсутствие письменного договора.

Мальта – Нормативное уведомление № 44 от 2012 г. с поправками, внесенными Нормативным уведомлением № 110 от 2012 г., вступившими в силу 31 января 2012 г. рассматривает трудоустроенный статус самостоятельно занятых лиц и определяет количество критериев, которые должны указывать на существование трудового отношения. Данный акт предусматривает, что если пять из следующих восьми условий выполнены, физическое лицо будет считаться работником с сопоставимыми условиями труда. Установлены следующие критерии:

(a) это физическое лицо извлекает по меньшей мере 75% своего

дохода в год из одного источника;

(b) тип и объем работы определяется лицом, для которого предоставляются данные услуги;

(c) инструменты, оборудование и материалы, необходимые для работы, обеспечиваются лицом, получающим данные услуги;

(d) это физическое лицо подчиняется графикам рабочего времени или минимальным периодам работы, установленным лицом, получающим данные услуги;

(e) это физическое лицо должно оказывать услуги самостоятельно и не может нанимать вместо себя других лиц;

(f) это физическое лицо интегрировано в производственные процессы или организацию труда или иерархию организации, заказывающей данные услуги;

(g) деятельность, осуществляемая данным физическим лицом, представляет собой ключевой элемент организации и процесса достижения целей лица, для которого предоставляются данные услуги;

(h) это физическое лицо выполняет задачи, сходные с задачами имеющихся работников, или – если работа выполняется в режиме аутсорсинга – с задачами бывших работников.

Азербайджан – Трудовой кодекс Азербайджана в статье 5 устанавливает, что его нормы распространяются на «...государственных служащих, а также служащих органов прокуратуры, полиции и других правоохранительных органов с учетом особенностей, определенных в нормативно-правовых актах, регулирующих их правовой статус». Нормы Кодекса, регулирующие трудовые, социальные и экономические права таких служащих, применяются к ним в том случае, если данные права не охвачены полностью указанными нормативно-правовыми актами.

Армения – Трудовой кодекс Республики Армения регулирует трудовые (служебные) отношения «...лиц, занимающих политические, дискреционные или гражданские должности, а также гражданских служащих, служащих других установленных законом государственных (специальных) служб и органов местного самоуправления, а также работников Центрального банка Республики Армения» в том случае, если соответствующими законами не установлено иное (пункт 7 статьи 7 Кодекса).

Беларусь – Трудовой кодекс Республики Беларусь применяется к трудовым и связанным с ними отношениям отдельных категорий работников «...в случаях и пределах, предусмотренных специальными законодательными актами, определяющими их правовой статус» (статья 5).

Казахстан – статья 27 Трудового кодекса Республики Казахстан, устанавливая отличительные признаки трудового договора, по сути, описывает и критерии отнесения работающих лиц к категории наемных работников (работающих по трудовому договору:

Отличительными признаками трудового договора от иных видов

договоров является наличие в нем одного из следующих условий:

- 1) выполнение работником работы (трудовой функции) по определенной квалификации, специальности, профессии или должности;
- 2) выполнение обязательств лично с подчинением трудовому распорядку;
- 3) получение работником заработной платы за труд.

Сходным образом данный вопрос решается и в Трудовом кодексе Республики Туркменистан, где в статье 17 при установлении отличительных признаков трудового договора также описываются, в основном, признаки, характеризующие наемных работников:

Отличительными признаками трудового договора от иных видов договоров являются:

- 1) выполнение работником трудовой функции по определенной профессии, специальности, квалификации или должности в соответствии с должностными инструкциями;
- 2) выполнение обязанностей с подчинением внутреннему трудовому распорядку предприятия;
- 3) получение работником заработной платы в соответствии с количеством и качеством труда, сложностью выполняемой работы;
- 4) наличие условий труда, предусмотренных трудовым законодательством Туркменистана.

Россия – Согласно статье 11 Трудового кодекса Российской Федерации, особенности правового регулирования труда отдельных категорий работников (руководителей организаций, лиц, работающих по совместительству, женщин, лиц с семейными обязанностями, молодежи и других) устанавливаются в соответствии с Кодексом. При этом на государственных гражданских служащих и муниципальных служащих действие трудового законодательства и иных актов, содержащих нормы трудового права, распространяется с особенностями, предусмотренными федеральными законами и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации, законами и иными нормативными правовыми актами субъектов Российской Федерации о государственной гражданской службе и муниципальной службе.

Украина – по смыслу части 2 статьи 3 Кодекса законов о труде Украины гарантии занятости, охраны труда, труда женщин, молодежи, инвалидов предоставляются в порядке, предусмотренном законодательством о труде, в том числе, членам кооперативов и их объединений, коллективных сельскохозяйственных предприятий и фермерских хозяйств.

Судебная практика

Даже если никаких установленных законом презумпций не существует, что характерно для многих европейских стран, существование определенных факторов может побуждать национальные суды принимать решения о том, что рассматриваемое отношение является трудовым. В целях улучшения правового

положения лиц, утверждающих, что они являются работниками, в ряде стран суды в целом, как представляется, склоняются к освобождению их от доказывания при определенных условиях.

В **Дании**, например, договор, рассматриваемый его сторонами как трудовой договор в отношении подоходного налога, суды также считают трудовым по нормам трудового права.

Тем не менее, в других странах определенные факторы могут привести суды к предположению, что никакого трудового договора не существует. Если, например, в отношении налоговых вопросов с лицом обращаются как с самостоятельно занятым, суды в **Румынии** вряд ли сочтут это правоотношение трудовым.

2. Определение того, являются ли соответствующие группы трудящихся (например, по отраслям) наемными работниками или самостоятельно занятыми

Определение того, являются ли соответствующие группы трудящихся работниками или самостоятельно работающими, может достигаться несколькими путями. Например, законодательство может предоставлять министру общую свободу установить определенный трудовправовой статус отдельной группы или групп (а именно, наемный работник или самостоятельно занятый), либо определенный статус отдельной группы или групп трудящихся может быть напрямую установлен законом. Такие установления трудовправового статуса подчиняются определенным условиям и предварительным требованиям. В качестве альтернативы, юридические решения могут привести к всеобщему признанию определенной группы трудящихся наемными работниками или самостоятельно занятыми для целей трудового права.

Во **Франции** Кодекс труда предусматривает применение положений Трудового кодекса к трудящимся, работающим не по трудовому договору. Трудовой кодекс прямо определяет любое соглашение, на основании которого профессиональные журналисты, актеры-исполнители, модели и торговые представители предоставляют свои услуги в рамках трудового договора. Например, соглашения между торговыми представителями (внештатными сотрудниками) и их «клиентами» считаются трудовыми договорами, если соблюдаются определенные условия их деятельности. Каждый договор между торговым представителем и одной или более организациями, соблюдающими установленные условия, считается трудовым договором. Возможности отменить эту презумпцию, доказав, что не было отношений, связанных с подчинением, не существует (Кодекс труда, Статья 7311-1 и 7311-3):

Кодекс труда, Статья L. 7311-1

Положения настоящего Кодекса применяются к коммивояжерам, представителям и страховым брокерам, подчиняющимся особым положениям настоящего титула.

Кодекс труда, Статья L. 7311-3:

Коммивояжер, представитель и страховой брокер, - это лицо, которое: (1) трудится на одного или более работодателей, (2) трудится исключительно и непрерывно в сфере представительства, (3) не ведет никакой торговой

деятельности за свой собственный счет, (4) связан со своими работодателями обязательствами относительно природы предоставляемых услуг или предлагаемых к продаже или к покупке товаров, региона, где они должны вести свою профессиональную деятельность, категорий клиентов, с которыми они должны контактировать или ставки вознаграждения.

Кроме того, во **Франции** Верховный суд рассматривал дело лица, управлявшего такси на основании автоматически обновлявшегося месячного договора (Решение Кассационного суда № 5371 от 19 декабря 2000 г.). В этом деле договор водителя такси упоминался как «договор лизинга транспортного средства, оснащенного как такси», а выплаченная сумма описана в договоре как «плата за аренду». Несмотря на эти договорные термины, Суд постановил, что этот договор скрывал трудовой договор, поскольку водитель такси был связан множеством жестких обязательств относительно пользования и обслуживания транспортного средства и находился в ситуации подчинения. В Решениях № 5034, 35 и 36 от 4 декабря 2001 г. Верховный суд рассматривал случай с трудящимися, занятыми доставкой и сбором посылок в соответствии с договором франшизы. «Франшизополучатели» забрали посылки из помещения, арендованного «франчайзером», и доставили их согласно графику и маршруту, определенному последним. Кроме того, размеры оплаты были установлены предприятием, которое собирало оплату непосредственно с потребителей. Верховный Суд рассматривал случай с тремя «франшизополучателями» по трем отдельным делам и в тот же день объявил три решения, в соответствии с которыми положения Кодекса труда применялись к лицам, деятельность которых, по существу, сводилась к сбору заказов или получению подлежащего обработке, хранению или транспортировке от имени отдельного промышленного или торгового предприятия, при том, что, что эти лица выполняли свою работу в помещениях, предоставленных или одобренных этим предприятием, на условиях и по ценам, установленным тем предприятием, без необходимости устанавливать подчиненное отношение. Этот подход трактуется как распространяющий область действия Кодекса труда на определенных трудящихся – «франшизополучателей».

Испания – торговые агенты могут или работать по агентскому договору, или по трудовому договору. В принципе, стороны свободны выбирать любой из договоров. Однако если деятельность удовлетворяет признакам Статута трудящихся, будет признан факт заключения трудового договора, даже если стороны утверждают иное. С другой стороны, если трудящийся выполняет работу «автономно» (например, трудящийся сам определяет свое рабочее время) и отвечает за результат работы, этот договор считается агентским договором. Профессиональные атлеты и актеры-исполнители считаются работниками во всех случаях, когда они работают в клубе или компании, которая им платит (Статут трудящихся 1995 г., Раздел 2 (1) (d) и (e), а также испанский Королевский декрет № 1438/1985, регулирующий особые трудовые отношения профессиональных атлетов и актеров-исполнителей).

В **Греции** существует две специально выделенные группы лиц, которые юридически считаются зависимыми работниками, - а именно,

туристические гиды и механики в кинотеатрах и теле-радиовещании. Законодательство устанавливает, что они считаются нанятыми по трудовому договору, независимо от особенностей выполняемой ими работы (см. Статью 37 греческого Закона № 1545/1985, Статью 2(1) греческого Закона № 358/1976 и Статью 6(5) греческого Закона № 1597/1986).

В ряде стран, таких как **Люксембург**, суды в целом определяют, что определенные виды работ, например, уборка, выполняются на основании трудового договора. Таким образом, факт наличия трудового договора устанавливается исходя из характера выполняемой работы.

В **Великобритании**, Раздел 23 Закона о трудовых отношениях 1999 г. уполномочивает министра издавать постановления, предоставляющие трудовые права физическим лицам, отвечающим определенным требованиям. В то же время, это положение до момента написания данного Руководства не применялось.

3. Обязанность работодателя информировать об условиях найма

Еще один практический способ более достоверно убедиться в наличии трудового отношения – наложение на работодателя обязанности в письменном виде сообщать работникам условия, применимые к их договорам. Эта обязанность может быть исполнена путем предоставления письменного договора, письма о приеме на работу или других документов, указывающих на существенные аспекты трудового договора или трудового отношения.

Эта обязанность прямо сформулирована в нормах ЕС:

Директива № 91/533/ЕЕС от 14 октября 1991 г.⁷: Статья 2 (1) – Обязанность предоставлять информацию: «Работодатель должен быть обязан уведомить работника, к которому применима данная Директива, именуемого в дальнейшем “работник”, о существенных аспектах договора или трудового отношения».

Статья 3 – Способы информирования: (1) информация, упомянутая в Статье 2 (2), может быть передана работнику не позже двух месяцев с момента начала трудовых отношений в форме: (a) трудового договора в письменной форме; и/или (b) письма о приеме на работу; и/или (c) одного или более других письменных документов, при том, что один из этих документов содержит, по крайней мере, всю информацию, упомянутую в Статьях 2 (2) (a), (b), (c), (d), (h) и (i).

Франция – в Решении Палаты по социально-трудовым вопросам Кассационного суда 23 марта 2011 г. № 09-68.078 суд счел, что работодатель обязан сообщить работнику о применимом коллективном соглашении. Если коллективное соглашение упомянуто в расчетном листе работника, это конкретное соглашение считается применимым, и данный работник имеет право потребовать его

⁷ Директива ЕС № 91/533/ЕЕС от 14 октября 1991 г. об обязанности работодателя информировать работников об условиях, применимых к договору или трудовому отношению (Council Directive 91/533/EEC of 14 October 1991 on an employer's obligation to inform employees of the conditions applicable to the contract or employment relationship (*OJ L 288, 18.10.1991, p. 32-35*).

реализации.

4. Приоритет фактов

Почти во всех европейских странах практическое исполнение трудового договора его сторонами имеет решающее значение для его юридической классификации. Установление факта существования трудовых отношений определяется тем, что *фактически* было согласовано и исполнено сторонами, а не тем, как одна из сторон или обе стороны определяют эти отношения. Согласно принципу приоритета фактов, договор оценивается на основании независимой углубленной судебной экспертизы фактической сути отношений. В результате стороны договора не могут избежать применения трудового законодательства, выбирая для своего договора другую «этикетку». Почти во всех странах суды все же проводят самостоятельную классификацию договоров, хотя и не всегда последовательно. В некоторых странах суды могут прийти к заключению, что договор был неявно изменен сторонами, если практическое исполнение договора отличается от положений, использованных сторонами в договоре.

Италия – согласно широко известному судебному прецеденту, в случае спора о характеристике трудовых отношений суды должны оценивать факты, относящиеся к выполнению работы.

Польша – согласно Разделу 11 Статьи 22 Трудового кодекса, под наймом понимается найм на условиях трудового отношения, независимо от наименования договора, заключенного сторонами. Согласно Разделу 12 Статьи 22 Кодекса, не допускается заменять трудовой договор гражданско-правовым.

Ирландия – дело *Henry Denny & Sons Ltd. против министра социального обеспечения (Henry Denny & Sons Ltd. v. Minister of Social Welfare [1998] 1 I.R.34)*: в деле рассматривался вопрос о том, был ли ассистент магазина работником. При рассмотрении данного дела Верховный Суд подтвердил, что фактическая сущность отношения перевешивает заявления относительно вида отношения, которые предполагалось установить договором, заключенным с этим трудящимся. Среди таких заявлений были, в том числе, следующие: «*Вы считаетесь независимым подрядчиком*»; «*В ваши обязанности входит уплачивать и отчислять такие налоги и платы, которые на основании такой оплаты могут подлежать выплате Уполномоченным по доходам или иным образом*»; «*Согласовано, что положения Закона о несправедливых увольнениях 1977 г. не должны применяться и т.д.*»; «*Вы не будете работником этой компании*»; и «*Вы будете отвечать за свою собственную налоговую декларацию*». Верховный суд расценил эти заявления скорее не как определяющие трудовую правовую статус лица, занятого по данному договору, а как «выражающие юридический вывод о последствиях данного договора между сторонами». В данном качестве они не были действующими договорными условиями и не влияли на фактическую сторону отношения, которая, как было установлено, носила трудовой характер.

В **Великобритании** договор автоматически считается трудовым договором, если его практическая реализация сторонами указывает на

существование трудового договора. Существует достаточно широкая практика использования нескольких договорных способов (включая оговорки об изменении вида договора), направленных на то, чтобы избежать отнесения его к трудовым. Оговорка может устанавливать, например, что «для предотвращения неопределенности, эти условия не должны порождать трудовой договор [...] и поэтому у [трудящегося] не будет законодательно установленных прав, предоставляемых работникам». Суды будут выяснять, действительно ли эти оговорки отражают фактическую сторону ситуации (*Protectacoat Firthglow v. Szilagyi* [2009] IRLR 365; *Autoclenz v. Belcher* [2011] UKSC 41). Это включает рассмотрение внедокументарных и преддокументарных аспектов того, что стороны сказали и сделали как в то время, когда они находились в отношениях, так и впоследствии, включая доказательства того, как эти они понимали эти отношения (см. *Raymond Franks v. Reuters Limited* [2003] IRLR 423, Para. 12; per Mummery LJ).

Нидерланды – в деле *Groen/Schoevers* (HR 14 November 1997, NJ 1998, 149, JAR 1997, 263), истец первоначально согласился быть самостоятельно занятым, однако позднее заявил о трудовом статусе, ходатайствуя о мерах трудовой защиты. Верховный Суд постановил, что цели сторон при заключении данного договора, включая способ, с помощью которого они вырабатывали это соглашение, может быть решающим фактором в вопросе определения правового статуса отношений по труду. Однако этим целям может противоречить существование зависимых отношений такой формы и степени, что, несмотря на ранее обнаруженные аспекты рассматриваемого дела, необходимо прийти к заключению о существовании трудового договора. В данном деле Суд исследовал социальное положение трудящегося.

Люксембург – суды исследуют лишь фактическую реализацию рассматриваемого договора. Договор или отношение между двумя сторонами могут, таким образом, быть переклассифицированы судом тем или иным способом. Суды очертили несколько критериев, определяющих наличие или отсутствие трудового договора и подходящих для использования в качестве индикаторов. Решения судов основываются на этих множественных индикаторах. Такие индикаторы могут включать: нормальную продолжительность рабочего времени, отсутствие собственности на орудия труда, постоянное место работы, подчинение власти другого лица, выдачу работодателем точных указаний, обязанность выполнять работу лично, фиксированную оплату труда, регулярное вознаграждение, наличие расчетных листов, регистрацию в качестве работника в системе социального обеспечения, отсутствие финансового риска, ссылки на положения и правила трудового законодательства и т.д.

Франция – дело Cass. Soc. 19 May 2009 No. 07-44.759: «Существование трудовых отношений зависит не от воли сторон договора и не от наименования этого договора, а от условий, в которых выполняется работа (...)».

Принцип приоритета фактов существует также в **Германии**. Однако он применяется только в пользу работника. Следовательно, если стороны договора относят его к категории «трудовых», обычно предполагается

существование этого договора, даже если практическая реализация этого договора указывает на существование иного вида отношений (Решение Федерального трудового суда от 12.09.1996 – 5 AZR 1066/94). К тому же немецкое право прямо устанавливает, что в отсутствие соответствующего соглашения, и если невозможно было бы ожидать, что работа, выполненная одной из сторон, могла быть выполнена без вознаграждения, такое вознаграждение считается установленным сторонами в соответствии с фактическими обстоятельствами отдельного дела:

Раздел 612 Германского гражданского уложения: (1) Вознаграждение считается неявно согласованным, если обстоятельства таковы, что следует ожидать предоставления данных услуг только за вознаграждение. (2) Если размер вознаграждения не определен, но существует тариф, тарифное вознаграждение считается согласованным; если не существует никакого тарифа, согласованным считается обычное вознаграждение.

Болгария – «Приоритет фактов» является общим принципом договорного права. Статья 20 (1) Закона об обязательствах и договорах гласит: «Фактическая общая воля сторон должна устанавливаться исходя из интерпретации договоров. Отдельные условия должны интерпретироваться с точки зрения их взаимосвязи, и каждое из них должно интерпретироваться в пределах значения, следующего из договора в целом, с учетом цели договора, его применения и принципа добросовестности».

Исландия – при проведении разграничения трудовых отношений и самостоятельной занятости определяющим фактором является не наименование договора, а скорее природа или сущность отношения. Этот вывод основывается на общей оценке содержания договора в целом. Одним из примеров может служить решение Верховного Суда по делу № 381/1994, в котором рассматриваемый трудовой договор определенно устанавливал, что истец считался самостоятельно занятым подрядчиком. Независимо от положений данного договора, Верховный Суд посчитал истца работником на основании получения тем фиксированной ежемесячной оплаты, которая менялась в соответствии с применимыми коллективными договорами, а также установления в договоре не определенной задачи, подлежащей выполнению, а скорее определенных видов задач, которые истец был обязан выполнить лично в данной фирме.

Венгрия – Раздел 75а ранее действовавшего Трудового кодекса устанавливал:

- (1) Вид договора, лежащего в основе трудового отношения, не обязательно должен выбираться в целях ограничения или нарушения положений, обеспечивающих защиту правомерных интересов работника.
- (2) вид договора, независимо от наименования, должен выбираться таким образом, чтобы наилучшим образом охватывать все применимые обстоятельства, такие как предшествующие переговоры сторон и заявления, сделанные ими во время заключения договора или во время выполнения работы, природа выполняемой работы, права и обязательства, установленные согласно Разделам 102-104.

Новый Трудовой кодекс не содержит подобных норм, однако вышеупомянутые правила все еще применяются в судебной практике. Значение принципа приоритета фактов подчеркивалось судами в различных случаях, например в деле № BH2002.04, в котором суд

постановил, что «договоры следует рассматривать на основании их содержания, а не наименования». В деле № ВН2003.432 суд постановил, что «если трудовое отношение существовало на основании содержания договора, заключенного работодателем и физическим лицом, невозможно изъять его из сферы действия трудовых норм». К тому же суд определил, что свобода договора распространяется только на определение содержания договора сторонами, не охватывая право свободной категоризации договора путем присвоения ему определенного наименования.

Бельгия – в Бельгии также существует принцип приоритета фактов, однако там он не играет столь существенной роли, как кажется на первый взгляд. Согласно известному прецедентному решению бельгийского Кассационного суда от 23 декабря 2002 (*JTT* 2003, 271; Cass. 28 April 2003, Cass. 3 May 2004, Cass. 17 December 2007, Cass. 23 March 2009, Cass. 25 May 2009), отправной точкой для определения истинной природы трудовых отношений является классификация, осуществленная сторонами договора. Судья может переqualифицировать трудовое отношение только в том случае, если исполнение договора находится в явном противоречии или несоответствии с этой квалификацией. Это прецедентное решение было включено в Программный закон от 27 декабря 2006 (Статьи 331 и 332).

В. Критерии установления факта наличия трудового отношения

Критерии установления трудового отношения могут варьироваться, и критерии, указанные ниже, нельзя считать исчерпывающими. Значение, придаваемое критериям, также может варьироваться в зависимости от их применимости или соответствия определенному виду трудовых отношений. Однако перечень важнейших критериев включает: контроль, интегрированность, зависимость, финансовый вклад или риск, а также взаимность обязательств.

Чтобы определить, является ли физическое лицо работником, суды всесторонне оценивают ситуацию, принимая во внимание все соответствующие обстоятельства конкретного дела.

В **Германии**, например, термин «работник» считается не более чем ссылкой на определенный вид трудовых отношений. Следовательно, законодательство предполагает, что конкретный случай не обязательно должен отвечать всем требованиям, предъявляемым к «трудовому отношению». На основе этого «типологического метода» суды на самом деле пришли к утверждению о том, что во множестве критериев, подлежащих применению в процессе, не существует единого ключевого критерия, который мог бы считаться абсолютно необходимым. С точки зрения судов, даже подчинение не является обязательным требованием (решения Федерального трудового суда от 15.03.1978 – 5 AZR 819/76 – и от 13.01.1983 – 5 AZR 149/82). Вместо этого в качестве критериев, указывающих на существование трудового отношения, используются различные критерии. Этот подход основывается на «общей оценке», означающей применение судами «комплексного подхода» (см., например, решение Федерального

трудового суда от 23.04.1980 – 5 AZR 426/79).

В **Греции** суды подчеркивают важность «качественной» оценки отношений по труду. В таком контексте центральным вопросом является вопрос о том, требует ли характер отношений и зависимости трудящегося «обеспечения защиты нормами трудового права» (см. решения Верховного суда № 28/2005 (Пленум) и № 1688/2007).

В **Португалии** суды применяют систему «фактических индексов», согласно которой необходимо проводить всестороннюю оценку фактов.

Армения – определяя как «незаконную» всякую работу, которая выполняется без заключения трудового договора, несмотря на наличие признаков такового (статья 102 Трудового кодекса Республики Армения), Кодекс косвенно презюмирует трудовую характер отношений в том случае, когда выполняемая работа обладает «признаками трудового договора», установленными ст. 83 Трудового кодекса Республики Армения:

Трудовой договор – соглашение между работником и работодателем, согласно которому работник обязуется выполнять для работодателя работу по определенной специальности, квалификации либо оказывать определенные услуги при соблюдении установленной в месте работы трудовой дисциплины, а работодатель обязуется предоставлять работнику определенную договором работу, выплачивать оговоренную заработную плату за выполненную им работу и обеспечивать условия труда, предусмотренные законодательством Республики Армения, иными нормативными правовыми актами, коллективным договором, соглашением сторон.

Трудовые кодексы **Кыргызстана, Молдовы, России и Туркменистана** устанавливают применимость трудового законодательства к случаям, когда доказано фактическое существование трудовых отношений. Так, часть 3 Статьи 6 Трудового кодекса **Республики Кыргызстан** устанавливает применимость положений трудового законодательства в случаях, когда «...в судебном порядке установлено, что договором гражданско-правового характера *фактически* регулируются трудовые отношения между работодателем и работником». Часть 3 статьи 2 Трудового кодекса **Республики Молдова** гласит, что положения трудового законодательства применяются в случаях, когда «...судебная инстанция определяет, что гражданским договором *фактически* регулируются трудовые отношения между работником и работодателем». Часть 4 статьи 11 Трудового кодекса **Российской Федерации** устанавливает применимость трудового законодательства и иных актов, содержащих нормы трудового права, в тех случаях, когда «...судом установлено, что договором гражданско-правового характера *фактически* регулируются трудовые отношения между работником и работодателем». Этот подход поддержан и Верховным судом (абзац 3 пункта 8 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 17 марта 2004 г. № 2). Пункт 5 статьи 5 Трудового кодекса **Республики Туркменистан** устанавливает применимость трудового законодательства Туркменистана в тех случаях, когда «...договором гражданско-правового характера *фактически* регулируются трудовые отношения между работником и работодателем» (не упоминая при этом способы установления

соответствующих фактов).

Кроме того, Конституционный Суд **Российской Федерации** в своем Определении от 19 мая 2009 г. № 597-О-О указывает судам общей юрисдикции, разрешающим споры о характере фактически сложившихся отношений по труду на необходимость «...не только исходить из наличия (или отсутствия) тех или иных формализованных актов (гражданско-правовых договоров, штатного расписания и т.п.), но и устанавливать, имелись ли в действительности признаки трудовых отношений и трудового договора, указанные в статьях 15 и 56 Трудового кодекса Российской Федерации». Конституционный Суд подчеркивает, что «...из приведенных в этих статьях определений понятий "трудовые отношения" и "трудоустройство" не вытекает, что единственным критерием для квалификации сложившихся отношений в качестве трудовых является осуществление лицом работы по должности в соответствии со штатным расписанием, утвержденным работодателем», отмечая, что «...наличие именно трудовых отношений может быть подтверждено ссылками на тарифно-квалификационные характеристики работы, должностные инструкции и любым документальным или иным указанием на конкретную профессию, специальность, вид поручаемой работы». Таким образом, Конституционный Суд заключает, что по смыслу статей 11, 15 и 56 Трудового кодекса Российской Федерации во взаимосвязи с положением части второй статьи 67 названного Кодекса (согласно которому трудовой договор, не оформленный в письменной форме, считается заключенным, если работник приступил к работе с ведома или по поручению работодателя или его представителя), отсутствие в штатном расписании должности само по себе не исключает возможности признания в каждом конкретном случае отношений между работником, заключившим договор и исполняющим трудовые обязанности с ведома или по поручению работодателя или его представителя, трудовыми - при наличии в этих отношениях признаков трудового договора.

Статья 56. Понятие трудового договора. Стороны трудового договора. Трудовой договор - соглашение между работодателем и работником, в соответствии с которым работодатель обязуется предоставить работнику работу по обусловленной трудовой функции, обеспечить условия труда, предусмотренные трудовым законодательством и иными нормативными правовыми актами, содержащими нормы трудового права, коллективным договором, соглашениями, локальными нормативными актами и данным соглашением, своевременно и в полном размере выплачивать работнику заработную плату, а работник обязуется лично выполнять определенную этим соглашением трудовую функцию, соблюдать правила внутреннего трудового распорядка, действующие у данного работодателя.

Сторонами трудового договора являются работодатель и работник.

Кроме того, по смыслу пункта 2 статьи 311 Трудового кодекса **Республики Туркменистан**, вводящей определения сторон трудового договора в религиозной организации, работником (в терминологии Рекомендации № 198 – «наемным работником») лицо, заключившее трудовой договор с религиозной организацией, признается работником при наличии у него следующих дополнительных характеристик: достижение возраста восемнадцати лет, личное выполнение определенной работы и подчинение уставу религиозной

организации.

1. Подчинение или зависимость

Во всех европейских странах главным критерием для установления трудового отношения или трудового договора является подчинение физического лица другому лицу или его зависимость от последнего. Ситуации варьируются от страны к стране. В некоторых странах эти два термина распространяются на одни и те же явления, в других могут различаться. Множество стран использует термин «личная зависимость», тогда как другие пользуются термином «юридическая зависимость» или «подчинение».

(а) Подчинение

Италия – Статьи 2094 и 2222 Гражданского кодекса определяют критерии подчинения и вводят различие между подчинением и автономной работой. Подчинение характеризуется наличием контроля, тогда как зависимость характеризуется экономической зависимостью, независимо от того, существует ли при этом контроль за методом выполнения работы. В одном из недавних решений Верховный Суд постановил, что «неизменный элемент трудового отношения – подчинение, предназначенное быть формой личного подчинения работника управленческой власти работодателя, – неотъемлемо проявляется скорее в способах выполнения работы, чем просто в ее результате; с другой стороны, прочие элементы трудовых отношений (такие как сотрудничество, соблюдение установленного рабочего времени, непрерывность предоставляемых оказанных услуг, включение соответствующих услуг в бизнес-организацию и их координация с предпринимательской деятельностью, незначительные риски для трудящихся и оплаты их труда) являются второстепенными. В вопросах подчинения эти факторы должны быть учтены в целом и в любом случае» (Cassazione Civile, sez. lav., December 1, 2008, No. 28525).

Франция – подчинение характеризуется «выполнением работы под властью работодателя, у которого есть полномочия давать указания и распоряжения, контролировать их выполнение и применять к подчиненным-нарушителям определенные санкции» (см. решение Кассационного суда от 16 ноября 1996 г.).

Финляндия – глава 1 Закона о трудовых договорах, раздел 1 (1):

Настоящий закон применяется относится к договору (трудовому договору), на основании которых работник или совместно несколько работников в одной команде, соглашаются лично выполнять работу для работодателя под руководством и контролем работодателя за плату или какое-либо иное вознаграждение.

Самым важным элементом трудовых отношений является право работодателя руководить и осуществлять контроль. Должно присутствовать некоторое количество руководящей и надзорной деятельности, или же у работодателя должна, по крайней мере, быть возможность руководить и осуществлять контроль в отношении работы. В деле № 1999:113, рассмотренном финским Верховным судом, исследовался «статус работника» в отношении сотрудника

Армии спасения. Суд счел, что существующий договор включает все установленные законом элементы и, следовательно, должен расцениваться как трудовой договор.

Португалия – статья 11 Трудового кодекса определяет трудовой договор как соглашение, «в котором физическое лицо обязуется за вознаграждение осуществлять деятельность в пользу другого лица или лиц, в рамках организации и под его (их) властью». Косвенная ссылка на юридическое подчинение («под его властью») подчеркивает тот факт, что подчинение служит главным критерием отличия трудового договора от иных подобных договоров.

Азербайджан – определяя понятие «участники трудовых отношений», Трудовой кодекс Республики Азербайджан упоминает нахождение «в подчинении работодателя» в числе характеристик, определяющих относимость должностных лиц к категории «участников трудовых отношений».

В трудовых кодексах **Армении, Казахстана, Кыргызстана, России, Туркменистана и Узбекистана** «подчинение правилам внутреннего распорядка» (вариант: «трудовому распорядку» и т.п.) упоминается в числе характеристик, определяющих отношение по труду или соответствующий договор как трудовые. При этом правила внутреннего трудового распорядка понимаются как правовой акт, издаваемый работодателем (пункт 2 статьи 218 Трудового кодекса Республики Армения), а трудовой распорядок – как «порядок регулирования отношений по организации труда работников и работодателя» (пункт 33 статьи 1 Трудового кодекса Республики Казахстан, статья 144 Трудового кодекса Республики Кыргызстан, статья 8 Трудового кодекса Российской Федерации, статьи 160 и 161 Трудового договора Республики Туркменистан, статьи 174 и 175 Трудового кодекса Республики Узбекистан).

Кроме того, согласно пункту 2 статьи 311 Трудового кодекса Республики **Туркменистан**, вводящей определения сторон трудового договора в религиозной организации, работником (в терминологии Рекомендации № 198 – «наемным работником») признается лицо, не только достигшее возраста восемнадцати лет, заключившее трудовой договор с религиозной организацией и лично выполняющее определенную работу, но и «...подчиняющееся уставу религиозной организации».

Отметим, что в **России** термин «подчинение» применительно к правилам трудового распорядка используется Трудовым кодексом только в определении трудовых отношений (статья 15), тогда как определение трудового договора (статья 56) вместо «подчинения» требует от работников «соблюдать» указанные правила.

(b) Зависимость

Чешская республика – лицо является «работником», если оно выполняет «зависимую работу». Законодательно установленное определение «зависимой работы» содержится в Разделе 2 (1) и (2) чешского Трудового кодекса. Согласно Разделу 2 (1) Трудового кодекса, «зависимая работа» является работой, выполняемой в условиях главенства работодателя и подчинения работника, выполняемая под именем работодателя, согласно указаниям

работодателя, и работник должен выполнять ее лично. Согласно Разделу 2 (2) Трудового кодекса, «зависимая работа должна выполняться за заработную плату, оплату или вознаграждение за труд, при отнесении затрат и ответственности на счет работодателя, в течение рабочего времени на рабочем месте работодателя или в другом согласованном месте».

Словакия – зависимость является главным критерием. Согласно статье 11 (1) Трудового кодекса (Закон № 311/2001 в Собрании законодательства), «работник – это физическое лицо, которое в рамках трудовых отношений и (если определено специальными постановлениями, также в сходных отношениях) выполняет зависимую работу для работодателя».

2. Контроль за выполнением работы и указания

Контроль является одним из основных индикаторов подчинения, поскольку работодатель, прежде всего, рассчитывает получить право контроля, т.е. власть руководить трудящимся в целях удовлетворения меняющихся потребностей трудового процесса. Контроль над работой и полномочия работодателя по контролю работника играют ключевую роль в большинстве стран. В число основных индикаторов входят: контроль за выполнением работы, приема на работу, дисциплины, обучения, аттестации и т.д. Контроль может распространяться на процесс выполнения работы и/или на результаты работы, а также на то, когда и где выполняется эта работа. В некоторых странах контроль работы и полномочия работодателя руководить и осуществлять надзор, по крайней мере, до некоторой степени, признаны соответствующими положениями законодательства. Во многих странах для установления наличия трудового отношения достаточно, чтобы работодателю были предоставлены подобные полномочия. Из этого следует, что реальное применение таких полномочий несущественно.

(а) Контроль в отношении работы

Словения – Закон о трудовом отношении от 1 января 2003 г. Раздел 4 (1) – Определение трудового отношения:

Трудовые отношения - отношения между трудящимся и работодателем, посредством которых трудящийся добровольно включается в организованный работодателем трудовой процесс, в котором трудящийся в обмен на вознаграждение непрерывно выполняет работу лично согласно указаниям и под контролем работодателя.

Люксембург – контроль работы и рабочие указания относительно нее считаются элементами подчинения. В частности, право принимать решения о месте, времени и условиях работы, - как часть права работодателя давать распоряжения, - считается фундаментальным для классификации отношения как отношения подчинения и, таким образом, как трудового отношения. Основные индикаторы трудовых отношений включают: проявление властных полномочий, право работодателя давать распоряжения, фактически поступающие от работодателя распоряжения, фактически выданные работнику подробные указания и ориентиры и существование у него необходимости соблюдать их, фактическое сообщение подробных

указаний и сроков выполнения работы, фактическое установление для работника точной задачи.

Румыния – обязанность работника считается «обязанностью выполнять работу определенным способом», в отличие от обязанности поставщика услуг, которая трактуется как «обязанность представить результат». Следовательно, право осуществлять контроль, используемое работодателем, представляет собой существенный критерий идентификации трудового отношения. Статья 40 (1) пункт “d” Трудового кодекса прямо устанавливает: «Работодатель имеет право осуществлять контроль в отношении способа, которым выполняется работа». Это применяется даже к надомникам, в отношении которых Статья 108 (3) Трудового кодекса устанавливает, что работодатель имеет право отслеживать их деятельность согласно условиям, установленным трудовым договором.

Мальта – Статья 2 Закона об трудовых и промышленных отношениях 2002 г.:

«Работник» означает любое лицо, заключившее договор о выполнении работ или работающее на условиях такого договора, или любое лицо, взявшееся лично выполнять любую работу или услуги для другого лица и на условиях непосредственного руководства и контроля со стороны другого лица (...).

(b) Указания относительно работы

«Функциональные» и «личные» указания

Требование организационного подчинения обычно подразумевает разграничение того, что может рассматриваться как «личные указания» и того, что можно рассматривать как «функциональные указания». Личные указания направлены на определение времени и места выполнения работы и, возможно, даже на регулирование поведения работника на рабочем месте. Основная цель функциональных указаний состоит в конкретизации содержания трудовых обязанностей и в инструктировании работника относительно того, как следует выполнять работу. Полномочия работодателя отдавать как личные, так и функциональные указания, и делать это на постоянной основе, часто являются основным элементом в определении существования трудового отношения. Некоторые страны признают уместность личных указаний (по крайней мере, до некоторой степени) в законодательстве.

Болгария – рабочие указания входят в число главных элементов подчинения работника. Согласно пункту 5 Статьи 127 (1) Трудового кодекса, работодатель обязан давать работнику указания относительно выполнения его или ее обязанностей и осуществления его или ее прав.

Германия – Решение Федерального трудового суда от 30.10.1991 г. № 7 ABR 19/91: «...интегрированность в организационную структуру другого лица и наличие управленческой власти приводит к тому, что трудящийся оказывается в подчиненном положении. Управленческая власть может распространяться на содержание, организацию, время, продолжительность и место деятельности».

Испания – пребывание под контролем и руководством работодателя существенно влияет на определение факта наличия трудового отношения. Это можно объяснить тем, что работодатели обладают существенными контрольными и надзорными полномочиями в отношении своих работников и наделены властью отдавать подробные распоряжения, которым работники обязаны следовать в соответствии с их обязанностью подчинения.

В трудовом законодательстве **стран СНГ** вопрос об указаниях, которые работодатель дает работникам, обычно освещается косвенным образом: либо в нормах, посвященных особенностям выполнения работы в определенных случаях/условиях (личные указания), либо через упоминание должностных инструкций и функциональных обязанностей (функциональные указания).

Так, например, в **Армении** работодатель обязан «...давать работникам указание покинуть рабочее помещение и переместиться в безопасное место» в случае возникновения опасности в организации или подразделениях организации (статья 250 Главы 23 Трудового кодекса Республики Армения).

Трудовое законодательство **Беларуси** в статье, посвященной обязанности нанимателя организовать учет рабочего времени, косвенно указывает на возможность регулирования «особыми указаниями нанимателя» момента явки работника на место выполнения работы (т.е. фактически начала рабочего дня/смены (часть 7 статьи 133 Трудового кодекса Республики Беларусь). Аналогичная норма установлена в части 4 статьи 107 Трудового кодекса Кыргызской Республики, посвященной тому же вопросу.

Россия - Часть 3 статьи 348.2 Трудового кодекса Российской Федерации, посвященная особенностям заключения трудовых договоров со спортсменами и тренерами, включает в число обязательных условий трудового договора с данной категорией работников «...обязанности спортсмена принимать участие в спортивных соревнованиях только по указанию работодателя».

В **Туркменистане** одним из отличительных признаков трудового договора от иных видов договора признается «выполнение работником трудовой функции... в соответствии с должностными инструкциями» (статья 17 Трудового кодекса Республики Туркменистан).

Власть не обязательно используется работодателем

Во многих странах само существование полномочия руководить рассматривается как достаточное условие для определения вида отношения, независимо от того, используется ли это полномочие работодателем фактически.⁸

Например, в **Нидерландах** само существование полномочий руководить рассматривается как достаточное условие для определения вида отношения, независимо от того, используется ли оно работодателем фактически. Голландский Верховный суд (Hoge

⁸ См. также: International Labour Conference, 95th Session, 2006, Report V(1) – “The Employment Relationship”, p. 39.

Raad, решение от 17 июня 1994 г., NJ 1994, 757, JAR 1994/152 (Imam)): Верховный суд признал, что «отношения власти» существовали между руководством мечети и имамом, поскольку рабочее время и возможные праздники определялись работодателем. Согласно постановлению Верховного суда, тот факт, что физическое лицо, согласившееся на основании соглашения занять религиозную должность, не подчинялось указаниям работодателя относительно определенных аспектов своей работы, не исключал того, что «относительно других аспектов договорного отношения властное отношение существовало».

Люксембург – в некоторых решениях суда встречается требование наличия фактического контроля на постоянной основе со стороны работодателя, тогда как другие решения гласят, что осуществляемый работодателем контроль не обязательно должен быть фактическим и постоянным. Тот факт, что работодатель не присутствует большую часть времени и не дает указания постоянно, и что работник обладает некоторой свободой организовать свою работу или что не используется никаких обычных средств контроля, не подразумевает, что отсутствует и подчинение. Подчинение не подразумевает существования жестких и фиксированных критериев, а зависит скорее от вида работы.

Португалия – простая возможность контролировать работника важна независимо от того, употребляет ли работодатель власть фактически. Другими словами, для констатации факта существования трудового отношения достаточно, чтобы юридическое подчинение существовало лишь как возможность, а не фактически.

Расширение управленческой власти

Управленческая власть может быть ограничена в соответствии с содержанием работы, подлежащей выполнению. Функциональные указания – как выполнять данную работу – не всегда бывают надежным или практичным индикатором, особенно в отношении высококвалифицированных лиц.

Германия – решение Федерального трудового суда от 30.10.1991 г. № 7 ABR 19/91: «Для сферы профессиональных услуг более высокого уровня не всегда характерно подчинение указаниям. Вид деятельности может подразумевать наличие у работника высокой степени свободы, инициативы и профессиональной автономии».

Великобритания – Классический критерий существования трудового отношения предполагает оценку степени, до которой лицо, нанимающее трудящегося, контролирует или имеет право контролировать этого трудящегося (см. прецедентные решения по делам *Ready Mixed Concrete (South East) Ltd v. Minister of Pension and National Insurance* [1968] 2 QB 497, MacKenna J at p.515; *Nethermere (St.Neots) Ltd v. Gardiner* [1984] ICR 612, Stephenson LJ, p.623). Меняющаяся природа контроля во многих трудовых отношениях, от «как делать» до «что делать» (см. прецедентное решение по делу *Viscount Simmonds in Mersey Docks & Harbour Board v. Coggins & Griffiths Ltd* [1947] AC 1, 12) размыла различия между критериями контроля, используемыми в трудовых отношениях и в отношениях самостоятельной занятости, и таким образом снизила роль данного

критерия в разграничении этих отношений. Тем не менее, этот критерий все еще играет важную роль, и в 1995 г. при рассмотрении Апелляционным судом дела *Lane v. Shire Roofing* ([1995] IRLR 493) судья Генри (Henry) указал (на с. 495), что существование трудового отношения определяется ответами на следующие вопросы: «кто устанавливает, что должно быть сделано, каков способ, которым это должно быть сделано, каковы средства, которыми это должно быть сделано и каково время, когда это должно быть сделано?».

Ирландия – соответствующий «Кодекс практики по определению статуса работника или самостоятельно занятого лица» прямо указывает, что «*дополнительным фактором, который следует рассмотреть*», является возможность или невозможность руководства работником, обладающим особыми знаниями в отношении того, как должна выполняться работа.

3. Интегрированность трудящегося в деятельность предприятия

В дополнение к полномочиям работодателя руководить и осуществлять контроль за действиями работника, критерий интеграции этого работника в организацию работодателя также характерно для многих стран. Будучи тесно связанным с элементом контроля, критерий интеграции переносит акцент с «подчинения» на оценку масштабов интеграции работника в предприятие или деятельность выгодоприобретателя. Эта оценка может включать рассмотрение степени важности работы трудящегося для бизнеса выгодоприобретателя, и подпадает ли трудящийся под те же самые организационные правила, процедуры, акты по организации труда, и/или гарантийные программы, под которые подпадают и работники выгодоприобретателя. В то же время этот критерий может быть менее полезен в ситуациях, когда границы организации расплывчаты или неясны. Некоторые страны признают значение интеграции в законодательстве, тогда как в других интеграция работников имеет ограниченную применимость и составляет только вспомогательный критерий в составе критериев, используемых судами.

Португалия – интеграция играет роль в определении существования трудового отношения в Португалии. Статья 11 Трудового кодекса, согласно поправкам 2009 г., определяет трудовой договор как такой договор, в котором «физическое лицо соглашается работать на другое лицо или лиц как часть организации этих лиц и под их руководством и контролем, в обмен на оплату».

Великобритания – в то время как критерий интеграции был признан критерием определения существования трудового отношения (см. мнение судьи Деннинга (Denning) в деле *Stevenson, Jordan & Harrison Ltd v. Macdonald & Evans* ([1952] 1 TLR 101, at 111), он подвергался критике как неоправданно расплывчатый (см. мнение судьи МакКенна (McKenna) в деле *Ready Mixed Concrete (South East) Ltd. v. Minister of Pensions and National Insurance* [1967] 2 QB 497, на с. 524). Его использование было сочтено особенно проблематичным в ситуациях выполнения работы силами третьих лиц, или работы через агентство по предоставлению временного персонала, в которых организационные границы часто размыты. Тем не менее, потенциальная применимость интеграции в вопросах определения

существования трудового отношения была признана Апелляционным судом в деле *Tilson v. Alstom Transport* [2010] EWCA Civ 1308 (на с. 44), в котором судья Элиас (Elias) отметил, что «степень интеграции может, возможно, быть существенной в вопросе о том, является ли договорный акт договором о выполнении работ».

4. Работа выполняется исключительно или главным образом в интересах другого лица

Ключевым принципом определения трудового статуса договорного отношения является вопрос о том, ограничен ли трудящийся исключительно, или как минимум в основном, оказанием услуг в пользу другого. Этот критерий преимущественно направлен на установление экономической сущности отношения и используется в большинстве европейских стран, хотя в различной степени.

Ирландия – Решение по делу *Henry Denny & Sons Ltd., trading as Kerry Foods v. The Minister for Social Welfare* ([1998], 1 IR 34) подчеркнуло важность вопроса о том, выступает ли трудящийся исключительно или в основном для чьей-либо выгоды, с точки зрения определения факта наличия трудового отношения. В данном деле ирландский Верховный суд счел, что «по общему правилу лицо будет рассматриваться как предоставляющее свои услуги на основании договора о выполнении работ, а не как независимый подрядчик, если он или оно выполняет эти услуги для другого лица, а не для себя» (см. мнение судьи Кин (Keane)).

Лихтенштейн – выполнение работы исключительно или прежде всего в пользу другого является основным критерием трудовых отношений в Лихтенштейне. В частности, Статья 5 (2) раздела 1173а Гражданского кодекса устанавливает, что работник должен немедленно передать работодателю все, что он или она произвел в ходе его или ее договорной деятельности. Изобретения и проекты принадлежат работодателю, если работник создает их или участвует в их создании в процессе выполнения своей трудовой деятельности и договорных обязанностей (Параграф 1173а Статья 41 (1) Гражданского кодекса).

Швеция – определяя, является ли трудящийся работником или самостоятельно занятым лицом, суды рассматривают, препятствуют ли условия данного договора трудящемуся выполнять подобную работу любого значения для кого-то еще.

Германия – в своем решении от 13.03.2008 г. № 2 AZR 1037/06 Федеральный трудовой суд установил, что договорный пункт, явно разрешающий конкуренцию между сторонами договора, нетипичен и является индикатором самостоятельной занятости.

Армения – Трудовой кодекс Республики Армения в статье 17 упоминает «выполнение в пользу работодателя определенной работы по определенной специальности, квалификации или должности» среди квалифицирующих признаков правового статуса работника, наряду с такими признаками, дееспособность, достижение установленного Кодексом возраста и выполнение указанной работы на основании трудового договора.

Иной подход демонстрирует трудовое законодательство **Узбекистана**, в котором понятия «работа» и «выполнение обязанностей в интересах работодателя и трудового коллектива» косвенно разграничиваются (применительно к вопросу обеспечения гарантий в связи с прохождением повышения квалификации, нахождением в командировке, участием в работе по внедрению рационализаторских предложений, прохождением медицинских осмотров и др. – статья 166 Трудового кодекса Республики Узбекистан).

5. Выполнение работы лично трудящимся

Обязанность трудящегося лично выполнять работу может быть важным критерием в совокупности критериев, используемых для определения существования трудового договора. Если для выполнения работы трудящийся может заменить другое лицо, такой трудящийся обычно не является работником. Однако перепоручение части работы не должно приниматься в качестве решающего признака статуса независимого подрядчика. Если право перепоручать работу может быть показательным для самостоятельной занятости, его существование должно сопоставляться с расширяющейся практикой найма трудящихся по глобальным или «зонтичным» соглашениям, которые часто содержат право на отказ от определенных установлений (так называемые работающие стандартно или постоянно по атипичным договорам) и растущего использования оговорок о перепоручении или замене в трудовых договорах. В некоторых странах предоставляемая трудящемуся возможность назначить себе замену при определенных условиях не обязательно препятствует установлению наличия трудового отношения, если такое полномочие признано соответствующим законодательством.

Болгария – статья 8 (4) Трудового кодекса устанавливает, что «трудовые права и обязанности должны быть личными. Любой отказ от трудовых прав, так же как любая передача трудовых прав и обязанностей, недействительны».

Германия – хотя перепоручение работы и возможно в принципе, оно нетипично для трудовых отношений и потому характерно для самостоятельной занятости: см. решение Федерального трудового суда от 13.03.2008 г. № 2 AZR 1037/06. Более того, договор о труде, который не может осуществляться без привлечения третьих лиц, указывает на самостоятельную занятость: см. решение Федерального трудового суда от 12.12.2001 г. № 5 AZR 253/00.

Италия – статья 2094 Гражданского кодекса гласит, что зависимый трудящийся – это некто, обязавшийся сотрудничать с предприятием, предоставляя свой собственный интеллектуальный или физический труд под руководством работодателя и в обмен на вознаграждение.

Нидерланды – Согласно статье 7:659 Гражданского кодекса, работа должна быть выполнена отдельным работником (решение Верховного суда - HR 13 December 1957, NJ 1958, 35 – Zwarthoofd/Het Parool). Однако работника можно заменить другим работником при условии согласия работодателя (решения Верховного суда - HR 21 March 1969, NJ 1969, 321; HR 17 November 1978, NJ 1979, 140 – IVA/Queijssen).

Люксембург – хотя работникам и не разрешается перепоручать свою

работу или просить помощи в выполнении его или ее задач у другого лица, договорный пункт, разрешающий работнику нанимать вместо себя других лиц в режиме субподряда, не превратит трудовой договор в договор о самостоятельной занятости. Скорее всего, такой пункт будет недействителен в случае, когда другие критерии демонстрируют существование трудового отношения (см. судебные решения CSJ, IIIe, 6 ноября 2003, № 26971; и CSJ III, 24 мая 2007, № 31536).

Исландия – если трудящийся нанимает субподрядчиков, которые работают непосредственно на него или нее по выполнению работы на основании договора, он или она считается самостоятельно занятым. Более того, если трудящийся обязан по договору обеспечивать замену в случае болезни или иных подобных причин, он или она считается самостоятельно занятым.

Румыния – поручение работы работником, который юридически не вправе поручать свои трудовые обязанности, образует не основания для опровержения существования трудового договора, а скорее вывод о том, что работник допускает нарушение.

В **Великобритании** работодатели все более активно используют «оговорки о замене». В таких оговорках предусматривается, что от трудящегося не требуется лично предоставлять услуги, и допускается, что он может поручить свою работу заменяющему его трудящемуся. В деле *Express and Echo Publications Ltd. v. Tanton* (*Express and Echo Publications Ltd. v. Tanton Court of Appeal [1999] IRLR 367*) Апелляционный суд счел, что полномочие поручать работу в любое время и по любой причине означало, что договор не мог быть трудовым договором. Это решение основывалось на принципе, что обязательство предоставлять услуги лично было «неснижаемым минимумом» трудового договора. Однако в деле *MacFarlane v Glasgow City Council* (*MacFarlane v Glasgow City Council [2001] IRLR 7*) более существенное ограничение полномочий по замене, разрешенное только для случаев, когда трудящийся не в состоянии работать, было расценено как не препятствующее существованию трудового отношения.

Практически во всех странах СНГ указание на личное выполнение работы входит в законодательные определения понятий, имеющих ключевое значение для трудового права (трудовые отношения, трудовой договор, работник и др.). Так, Трудовые кодексы **Армении** (статья 13), **Кыргызстана** (статья 13) и **России** (статья 15) упоминает «личное выполнение трудовой функции» как один из определяющих признаков трудовых отношений. В **Беларуси** «выполнение работы... личным трудом» упоминается в определении понятия «работник-надомник» (статья 304 Трудового кодекса Республики Беларусь). **Казахстан** трактует личное выполнение работы как обязанность работника и включает обязанность «лично выполнять определенную работу (трудовую функцию)» в состав определения понятия «трудовой договор» (подпункт 39 пункта 1 статьи 1 Трудового кодекса Республики Казахстан), а также упоминает наличие в договоре условия о «выполнении обязательств лично» среди отличительных признаков трудового договора от иных видов договоров (статья 27 Трудового кодекса Республики Казахстан). Аналогичным образом личное выполнение работы рассматривается как обязанность работника и в

России, при этом обязанность «лично выполнять ...трудовую функцию» включается в определение понятия «трудовой договор» (статья 56 Трудового кодекса Российской Федерации). Кроме того, в российском Трудовом кодексе отмечается, что трудовое законодательство и иные акты, содержащие нормы трудового права, помимо трудовых отношений также применяются к другим отношениям, связанным с использованием *личного труда*, если это предусмотрено самим Кодексом или иным федеральным законом (часть 2 статьи 11 Трудового кодекса Российской Федерации). Личное выполнение определенной работы включено также в определение понятия «работник» применительно к религиозным организациям (часть 2 статьи 342). В свою очередь на **Украине** «обязанность работника лично выполнять порученную ему работу» образует самостоятельную статью Главы III «Трудовой договор» Кодекса о труде Украины (статья 30).

6. Выполнение в определенные часы или в согласованном месте

Центральным аспектом «контроля» в трудовом отношении является право определять, когда и где выполняется работа. В целом, значение вопроса о том, выполняется ли работа в определенные часы или в согласованное время, для определения отношения по поводу труда как трудового, по-видимому, снижается. Тому могут быть две причины. Прежде всего, во многих странах полномочие отдавать личные распоряжения относительно рабочего времени в той или иной степени ограничено: см. Директиву ЕС 2003/88/ЕС от 4 ноября 2003 г. об определенных аспектах организации рабочего времени и установлении определенных минимальных требований. Во-вторых, распространение коммуникационных технологий и новых моделей организации рабочего времени уменьшило степень, в которой работодатели стремятся контролировать время и место работы.

В **Германии** раздел 84 Германского гражданского уложения устанавливает, что физическое лицо является самостоятельно занятым, если он или она может устраивать свою профессиональную деятельность по своему собственному усмотрению и сам выбирать, когда выполнять работу. Это положение обеспечивает основание для определения «работника» (на основании противоположного вывода), поскольку физическое лицо, несвободное устраивать свою профессиональную деятельность по своему собственному усмотрению и не уполномоченное решать, когда он или она будут выполнять работу, не признается самостоятельно занятым.

Словакия – Трудовой кодекс, 2002, Раздел 43 (1) «Трудовой договор»:

В трудовом договоре работодатель должен быть обязан оговорить с работником следующие существенные пункты: а) тип работы, для которой работник был нанят (описание трудовой деятельности); б) место выполнения работы (муниципалитет и организационная единица или иным образом определенное место); с) день, когда следует приступить к работе; d) условия оплаты труда, если они не согласованы в коллективном договоре (...).

Люксембург – свобода выбрать место и время работы показательна для самостоятельной занятости, поскольку подчинение, по сути, определяется как право работодателя иметь работника в своем распоряжении и давать точные указания: см. судебное решение CSJ

Трудовое законодательство большинства **стран СНГ** упоминает место работы, а иногда и режим рабочего времени в числе обязательных условий трудового договора. Так, «место работы с указанием структурного подразделения» рассматривается как обязательное условие трудового договора в трудовых кодексах **Республики Армения** (пункт 1 статьи 84), **Республики Беларусь** (пункт 2 части 2 статьи 19), **Республики Казахстан** (подпункт 3 пункта 1 статьи 28), **Республики Кыргызстан** (пункт 3 части 2 статьи 54) и **Республики Молдова** (подпункт «к» пункта 1 статьи 49). В **Узбекистане** «место работы (предприятие или его подразделение)» относится к числу условий трудового договора, определяемых соглашением его сторон.

В **Молдове** работодатель, кроме того, вправе временно изменять место работы работника в случае его направления в служебную командировку или откомандирования на другое место работы (статья 69 Трудового кодекса Молдовы). В **России** обязательным условием трудового договора считается, среди прочего, «...место работы, а в случае, когда работник принимается для работы в филиале, представительстве или ином обособленном структурном подразделении организации, расположенном в другой местности, - место работы с указанием обособленного структурного подразделения и его местонахождения» (часть 2 статьи 57 Трудового кодекса Российской Федерации). **Украина** обязывает собственника или уполномоченный им орган до начала работы по заключенному трудовому договору, «определить работнику рабочее место, обеспечить его необходимыми для работы средствами» (пункт 3 статьи 29 Кодекса законов о труде Украины).

Кроме того, по законодательству **Беларуси** трудовой договор в качестве обязательного условия должен включать также режим труда и отдыха в том случае, если в отношении данного работника он отличается от общих правил, установленных у нанимателя (пункт 6 части 2 статьи 19). Похожий подход использован в трудовых кодексах **Республики Казахстан** («режим рабочего времени и времени отдыха» - подпункт 6 пункта 1 статьи 28), **Республики Кыргызстан** («режим работы» - пункт 7 части 2 статьи 54) и **Республики Молдова** («режим труда и отдыха» - подпункт «л» пункта 1 статьи 49).

Установление режимов рабочего времени обычно включается в перечень полномочий работодателя по регулированию трудового распорядка (путем принятия им соответствующих локальных нормативных актов – правил внутреннего (трудового) распорядка либо приказов, распоряжений или постановлений). При приеме на работу работодатель обязан ознакомить работника с данными актами. Подобный подход использован в трудовых кодексах **Республики Азербайджан** (статья 95) и **Республики Узбекистан** (статья 120).

Трудовой кодекс **Республики Казахстан**, определяя понятие «рабочее время», включает в него время, в течение которого работник выполняет трудовые обязанности «в соответствии с актами работодателя и условиями трудового договора» (подпункт 49 пункта 1 статьи 1). Подобные же нормы содержат трудовые кодексы **Республики Кыргызстан** (статья 89), **Республики Молдова** (пункт 1 части 2 статьи 95), **Российской Федерации** (часть 1 статьи 91) и

7. Наличие определенной продолжительности и непрерывности

В контексте роста нетипичной занятости, данная Рекомендация упоминает непрерывность как индикатор существования трудового отношения. Между тем, в большинстве европейских стран определенная продолжительность и непрерывность договора не включены в числе индикаторов трудового отношения.

В **Бельгии** существует определенное законодательное регулирование работы через агентство по предоставлению персонала. Работа через агентство по предоставлению персонала выполняется главным образом по временным договорам на определенный срок через агентство по предоставлению временного персонала, которое по закону считается работодателем работающего через него трудящегося (Закон от 24 июля 1987 г.). В принципе, работа через агентство по предоставлению временного персонала допускается лишь в трех ситуациях: в качестве замены постоянного трудящегося; при временном увеличении объемов работы в порядке исключения; а также в случае необходимости выполнения необычной работы. Если работа через агентство по предоставлению временного персонала не удовлетворяет данным требованиям, существующие отношения будут переклассифицированы в непосредственный трудовой договор между предприятием-пользователем и трудящимся, нанятым через агентство, при том, что договор между этим трудящимся и агентством по предоставлению временного персонала становится недействительным (замена работодателя). В то же время, агентство по предоставлению временного персонала продолжает, совместно и индивидуально, отвечать за все выплаты, которые должен уплачивать новый работодатель, предприятие-пользователь (Статья 31).

Болгария – статья 114 Трудового кодекса предусматривает, что «трудовой договор может также быть заключен для выполнения работы в определенные дни месяца».

Румыния – закон изначально предусматривал, что для существования трудового договора ежедневная продолжительность работы должна превышать два часа. Однако это положение было изменено в 2006 г., после чего трудовые договоры стало возможно заключать в отношении любой продолжительности ежедневной работы.

Финляндия – продолжительность и непрерывность не являются критериями отличия как таковые. В деле, переданном на рассмотрение финского Верхового суда, (Supreme Court 1995:159), трудящиеся по вызову были признаны состоящими в краткосрочных трудовых отношениях. Тот факт, что периоды работы состояли из нескольких часов в соответствующий день, не исключал возможности того, что эти краткие периоды работы составляли трудовое отношение. Работники утверждали, что это трудовое отношение было длящимся, несмотря на включение в него прерывистых и нерабочих периодов. С точки зрения непрерывности законодательство прямо признает, что

несколько трудовых договоров могут существовать даже при условии прерывности работы.

Норвегия – временные трудящиеся могут быть наняты по срочным договорам на срок до четырех лет. Если периоды занятости (последовательные договоры) продолжаются свыше четырех лет, такой договор признается постоянным трудовым договором.

Нидерланды – если лицо работало на другое лицо еженедельно в течение трех последовательных месяцев или как минимум 20 часов в месяц, между сторонами презюмируется существование трудового договора (Статья 7:610а Гражданского кодекса). Предполагаемый работодатель может, однако, доказать, что данное отношение не является трудовым договором.

В **Люксембурге** статья L. 131-8 (3) Трудового кодекса устанавливает, что договор с агентством по предоставлению временного персонала, срок действия которого превышает законодательно установленные 12 месяцев, будет считаться заключенным с этим агентством (не с предприятием-пользователем) на неопределенный срок.

В **Великобритании** «коммерческие» отношения самостоятельно занятого лица, предоставляющего услуги исключительно предприятию в течение продолжительного времени, не переклассифицируются как опосредующие трудовое отношение. Суды скорее будут стремиться установить, не используются ли коммерческие отношения в качестве прикрытия и существуют ли на самом деле подлинное трудовое отношение (см. решение по делу *Protectatcoat Firthglow LTD v Silagy* [2009] IRLR 365).

8. Необходимость нахождения трудящегося в пределах досягаемости

Требование, чтобы трудящийся был в пределах досягаемости для работодателя, может быть показательным для трудоустроенного статуса даже при отсутствии фактического выполнения работы как таковой. Однако досягаемость наиболее существенна при обстоятельствах, когда трудящийся обязан «ожидать вызова» или «находиться в состоянии готовности» к выполнению работы. Таким образом, его значение как индикатора трудового отношения невелико.

Словакия – Трудовой кодекс 2002 г.:

Статья 96 (1): Под работой на условиях пребывания в готовности подразумеваются ситуации, когда работодатели, - в обоснованных случаях и в целях обеспечения завершения необходимых задач, - требуют от работников или согласовывают с ними ожидание вызова в течение определенного времени определенном месте и готовность выполнять работы за пределами графика рабочих смен и установленной недельной продолжительности рабочего времени, вытекающей из предопределенного распределения рабочего времени.

Статья 96 (7): “Работодатель может требовать от работника ожидать вызова в течение максимум 8 часов в неделю и 100 часов в календарный год. Работа по вызову, превышающая эти пределы, допускается только по соглашению с работником”.

9. Предоставление инструментов/материалов по просьбе

Собственность на инструменты и оборудование не должна считаться имеющей решающее значение в определении статуса трудящегося, поскольку множество работников владеют своими инструментами. По этой причине значение данного критерия достаточно ограничено в большинстве европейских стран, а в других – явно исключено из числа определяющих факторов. Тем не менее, существенное капиталовложение трудящегося, такое как приобретение транспортного средства, может подкрепить вывод о том, что данный трудящийся является независимым подрядчиком.

Ирландия – использование собственных инструментов и материалов служит критерием, указывающим то, что лицо является самостоятельно занятым. Там же, где профессиональные инструменты или оборудование не имеют принципиального значения, это не было бы подтверждением того, что лицо владеет независимым бизнесом.

Финляндия – Закон о трудовых договорах № 55 2001 г., раздел 1 – «Область применения»: «Тот факт, работа выполняется на дому у работника или в месте, выбранном работником, или тот факт, что работа выполняется с использованием инструментов или оборудования работника, сами по себе не препятствуют применению настоящего Закона».

Лихтенштейн – предоставление инструментов входит в число индикаторов трудового статуса, установленного законом. Однако, хотя от работодателя обычно ожидается снабжение работника инструментами и материалами, необходимыми для выполнения его работы, этот подход может быть изменен соглашением или общепринятой практикой (Статья 23 (1) Раздела 1173а Гражданского кодекса Лихтенштейна).

Испания – применительно к водителям, собственность на транспортное средство подходит для разграничения существования трудового договора и коммерческого договора перевозки. Вероятность того, что водителя сочтут независимым подрядчиком, растет пропорционально размерам, - и, соответственно, стоимости, - транспортного средства, которым владеет водитель.

10. Периодические выплаты трудящемуся

Получение постоянных периодических выплат от руководителя, а не оплаты на основании выставления счетов или выполнения определенных услуг, широко используется в качестве индикатора существования трудовых отношений.

Люксембург – постоянную оплату можно считать доказательством того, что по своему статусу трудящийся является работником. Постоянство оплаты может относиться как к срокам (периодическая оплата), так и к размерам (фиксированная зарплата) выплаты. В то же время, сроки, размеры и основания оплаты являются проблемным индикатором трудового статуса, поскольку законодательство позволяет лицам, занятым по трудовому договору, получать оплату на основании сдельных расценок, комиссии или процентов. Трудящиеся, работающие не по трудовым договорам, также могут получать

постоянную или фиксированную оплату.

Более того, законодательно установленные требования в отношении выплат работнику означают, что попытка полагаться на них как на индикатор существования трудового отношения может исказить защитные цели законодательства, побуждая суды признавать отсутствие трудового отношения в случаях, когда выплаты слишком невелики, слишком нерегулярны или вообще не производились. Таким образом, постоянные выплаты не позволяют однозначно определить статус трудящегося.

Австрия – Раздел 1152 Гражданского кодекса явно признает, что в трудовом отношении возможна неоплаченная работа. Однако если стороны трудового отношения не договорились явно о вознаграждении, договор не презюмируется как безвозмездный, а принимается скорее как содержащий подразумеваемую обязанность оплатить соответствующее вознаграждение за выполненную работу.

Германия – согласно решению Федерального трудового суда (см. решение от 16.03.1994 г. № 5 AZR 447/92), способы вознаграждения (в противоположность способам выполнения работы) не играют важной роли в определении существования трудового отношения. То же относится и к другим «формальным» особенностям, таким как отчисление налогов и взносов по социальному обеспечению. Согласно решению Федерального трудового суда (решение от 29.08.2012 г. № 10 AZR 499/11) лицо, работавшее на общественных началах на местной горячей линии телефона доверия, не является работником. Суд разъяснил, что занятие должности на общественных началах не направлено на обеспечение или улучшение экономического существования данного лица. Напротив, это выражение внутреннего отношения к вопросам, имеющим общественное значение, проблемам и потребностям других. Соответственно, это не может вести к установлению трудового отношения.

Италия – судебная практика предусматривает, что периодическая выплата указывает на существование трудового отношения.

11. Данное вознаграждение является единственным или основным источником дохода

Если юридически «независимый подрядчик» наделен правом продавать свои услуги всему миру в целом, но на практике полностью или в значительной части работает на одного работодателя, это предполагает, что данное физическое лицо фактически является работником. С другой стороны, тот факт, что лицо работает больше чем на одного работодателя, не обязательно указывает на то, что он или она является независимым подрядчиком, а не работником.

В большинстве стран экономические соображения играют некоторую роль в том, будет ли физическое лицо рассматриваться как работник. Сама по себе «экономическая зависимость» не является единственно решающим фактором, поскольку существование «экономической» зависимости не может заменить недостаток «организационной зависимости». Однако по крайней мере в некоторых европейских странах экономическая зависимость может компенсировать недостаток определенных элементов «организационной

зависимости».

Германия – Решение Федерального трудового суда от 20. 09.2000 г. № 5 AZR 61/99: «Определение термина “работник” должно, прежде всего, выводиться на основании *e contrario* (“от противного”) из законодательно установленных положений о независимых подрядчиках, с одной стороны, и “лиц, подобных работникам”, с другой. Из настоящего законодательства следует, что “экономическая зависимость” не расценивается как необходимая и сама по себе недостаточна для определения статуса работника».

Австрия – экономическая зависимость часто используется для обоснования применения защитных положений трудового законодательства. С одной стороны, экономическая зависимость может характеризоваться зависимостью трудящегося от ресурсов работодателя, неинкорпорированностью и ограниченным числом сторон договора. С другой стороны, экономическая зависимость может характеризоваться как зависимость от заработной платы как средства к существованию. Однако сама по себе экономическая зависимость может предопределить лишь статус, «подобный работнику», но не заменяет организационную зависимость, необходимую для установления существования трудового отношения.

В **Азербайджане** указание на подобную характеристику работника используется для обеспечения ему дополнительной «трудоправовой» защиты: с «работниками, единственное место заработка которых находится на этом предприятии, в одиночку воспитывающими ребенка, не достигшего школьного возраста» запрещено расторгать трудовой договор по инициативе работодателя, за исключением случаев срочного ТД и ликвидации предприятия (пункт 1 статьи 79 Трудового кодекса Республики Азербайджан).

12. Оплата в натуральном выражении

Болгария – Согласно статье 269 Трудового кодекса, «вознаграждение за труд должно выплачиваться наличными. Дополнительное трудовое вознаграждение или его часть может выплачиваться в натуральном выражении, если это установлено в Постановлении Совета министров, коллективном соглашении или трудовом договоре».

Италия – Статья 2099 Гражданского кодекса:

Вознаграждение трудящихся может устанавливаться на основании времени или производительности, и должно выплачиваться согласно способам и в соответствии с условиями, применяемыми в месте выполнения работы. При отсутствии соглашения между сторонами вознаграждение должно определяться судьями с учетом, если применимо, мнения профессиональных организаций. Трудящийся может получать вознаграждение полностью или частично путем участия в доходах или в натуральном выражении.

Румыния – в случае трудового договора заработная плата может частично выплачиваться в натуральном выражении при условии, что часть, выплачиваемая наличными, будет не меньше, чем общенациональный размер минимальной заработной платы. В то же время, если заработная плата целиком выплачивается в натуральном выражении, это может повлиять на классификацию договора. В таком

случае работодатель, напротив, был бы признан не исполнившим свои юридические обязательства.

Испания – оплата в натуральном выражении допустима, если она не превышает 30 процентов всей положенной заработной платы.

Трудовое законодательство стран СНГ существенно ограничивает возможности выплаты заработной платы в натуральном выражении. Так, например, **Азербайджан**, определяя заработную плату, среди прочего, как сумму, оплачиваемую работодателем «в денежной или натуральной форме» (пункт 1 статьи 154 Трудового кодекса Республики Азербайджан), обуславливает возможность ее выплаты в натуральной форме целым рядом условий: (1) согласие работника; (2) размер, не превышающий 20 % от заработной платы; (3) замена заработной платы пропорционально стоимости; (4) замена заработной платы производимыми на предприятии товарами и другими бытовыми товарами повседневного спроса; (5) запрет на замену заработной платы спиртными напитками, табачными изделиями, наркотическими средствами, психотропными веществами и другими предметами, включение которых в гражданский оборот не допускается, т.е. исключенными из гражданского оборота (пункт 3 статьи 174 Трудового кодекса Республики Азербайджан).

Беларусь допускает полную или частичную замену денежной оплаты натуральной при следующих условиях: (1) на такую замену получено согласие работника; (2) данная натуральная оплата подходит для личного потребления работником и выгодна для него и его семьи; (3) перечень товаров, которыми не допускается производить замену денежной оплаты, утверждается Правительством Республики Беларусь (статья 74 Трудового кодекса Республики Беларусь).

В **России** допускается выплата заработной платы «в иных формах» (неденежных), если такая возможность установлена коллективным договором или трудовым договором и при условии, что работник представил соответствующее письменное заявление, а также в случае, если формы не противоречат законодательству Российской Федерации и международным договорам Российской Федерации. При этом доля заработной платы, выплачиваемой в неденежной форме, не может превышать 20 % от начисленной месячной заработной платы (часть 2 статьи 131 Трудового кодекса Российской Федерации). При этом не допускается выплата заработной платы в бонах, купонах, в форме долговых обязательств, расписок, а также в виде спиртных напитков, наркотических, ядовитых, вредных и иных токсических веществ, оружия, боеприпасов и других предметов, в отношении которых установлены запреты или ограничения на их свободный оборот. Кроме того, эти и ряд дополнительных условий допустимости выплаты заработной платы в неденежной форме (в значительной степени почерпнутые из Конвенции МОТ № 95 1949 г.) установлены в пункте 54 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 17 марта 2004 г.:

...54. При разрешении споров, возникших в связи с выплатой работнику заработной платы в неденежной форме в соответствии с коллективным договором или трудовым договором, необходимо иметь в виду, что по смыслу статьи 131 Кодекса и статьи 4 Конвенции МОТ №95 1949 г. об охране заработной платы (ратифицирована Указом Президиума

Верховного Совета СССР №31 от 31 января 1961 г.) выплата заработной платы в такой форме может быть признана обоснованной при доказанности следующих юридически значимых обстоятельств:

- а) имелось добровольное волеизъявление работника, подтвержденное его письменным заявлением, на выплату заработной платы в неденежной форме. При этом статьей 131 Кодекса не исключается право работника выразить согласие на получение части заработной платы в неденежной форме как при данной конкретной выплате, так и в течение определенного срока (например, в течение квартала, года). Если работник изъявил желание на получение части заработной платы в натуральной форме на определенный срок, то он вправе до окончания этого срока по согласованию с работодателем отказаться от такой формы оплаты;
- б) заработная плата в неденежной форме выплачена в размере, не превышающем 20 процентов от начисленной месячной заработной платы;
- в) выплата заработной платы в натуральной форме является обычной или желательной в данных отраслях промышленности, видах экономической деятельности или профессиях (например, такие выплаты стали обычными в сельскохозяйственном секторе экономики);
- г) подобного рода выплаты являются подходящими для личного потребления работника и его семьи или приносят ему известного рода пользу, имея при этом в виду, что не допускается выплата заработной платы в бонах, купонах, в форме долговых обязательств, расписок, а также в виде спиртных напитков, наркотических, токсических, ядовитых и вредных веществ, оружия, боеприпасов и других предметов, в отношении которых установлены запреты или ограничения на их свободный оборот;
- д) при выплате работнику заработной платы в натуральной форме соблюдены требования разумности и справедливости в отношении стоимости товаров, передаваемых ему в качестве оплаты труда, т.е. их стоимость во всяком случае не должна превышать уровень рыночных цен, сложившихся для этих товаров в данной местности в период начисления выплат.

В **Кыргыстане** признается исключительно денежная форма оплаты в валюте Кыргызской Республики (сом). Тем самым косвенно запрещается замена денежной формы натуральной, а также прямо запрещается оплата труда «в форме долговых обязательств, расписок, продовольственных или промтоварных карточек и иных подобных заменителей денежных средств» (часть 2 статьи 153 Трудового кодекса Республики Кыргызстан).

В Трудовом кодексе **Республики Узбекистан** указывается, что «оплата труда производится, как правило, в денежной форме». Оплата труда в натуральной форме запрещается, за исключением случаев, установленных Правительством (часть 2 статьи 153 Трудового кодекса Республики Узбекистан). Строже всего данный вопрос регулируется в законодательстве **Молдовы**, установившем прямой и категорический запрет на выплату заработной платы в натуре (пункт 3 статьи 141 Трудового кодекса Молдовы).

13. Признание прав

Если договор предусматривает права, типичные для трудового отношения, такие как еженедельный отдых или ежегодный отпуск, такой договор считается трудовым договором. В некоторых странах право трудящегося на определенные пособия (например,

рождественское или праздничные пособия) явно входят в число факторов, указывающих на трудовые отношения. Вообще, присутствие в договоре ссылок на трудовое законодательство решительно указывает на существование трудового отношения.

Исландия – признание прав, таких как права и льготы работника, является основополагающим фактором и говорит в пользу предположения о существовании трудовых отношений. Аналогично, существование права на уведомление об увольнении указывает на то, что трудящийся является работником.

Ирландия – достаточно важно, наделено ли лицо правом на получение дополнительной оплаты или времени взамен этого. Физическое лицо считается работником, если оно получает возмещение для покрытия расходов на питание и/или дорожных расходов, либо наделено правом на дополнительную оплату или свободное время за сверхурочную работу.

Люксембург – предоставление трудящемуся ежегодного отпуска, оплаты за нерабочие праздничные дни или иные подобные права убедительно указывает, что данный договор является трудовым договором. Факторы, считающиеся признаками статуса работника, включают получение “тринадцатой зарплаты” (решение CSJ, IIIe, 9.2.2006, № 28060), или «семейного бонуса» и оплаты отпуска по временной нетрудоспособности (решение CSJ, IIIe, 27.2.2003, № 26541). Однако эти права часто не упоминаются в судебных решениях. Кроме того, в одном из судебных решений было установлено, что участие в дополнительной пенсионной программе не следует рассматривать как определяющий элемент трудового договора (решение CSJ, VIIIe, 22.1.2004, № 27451).

14. Оплата поездок лицом, требующим выполнения работы

Если договор предусматривает возмещение трудящемуся дорожных расходов, он или она вероятно является работником.

Лихтенштейн – дорожные расходы, необходимые для выполнения работы, должен нести работодатель. Работодатель должен возместить работнику все расходы, которые неизбежно возникают как результат выполнения работы (Статья 24 (1) Раздела 1173а Гражданского кодекса).

Люксембург – суды обычно не используют дорожные расходы как критерий определения трудового статуса. Однако фактором, который суды используют время от времени, является общий вопрос о том, кто должен возмещать затраты и издержки, связанные с выполнением работы. Некоторые суды считают его недостаточным (решение CSJ, 29.1.2004, № 22342; CSJ, VIIIe, 14.6.2007, № 31341), тогда как другие суды принимали его во внимание для установления факта подчинения (решения CSJ, 20.10.1994; CSJ, IIIe, 27.2.2003, № 26541; CAAS, 18.10.2004).

15. Отсутствие финансового риска для трудящегося

Другим признаком относимости к категории работников является отсутствие у лица ответственности за прямые финансовые последствия

ситуации, когда бизнес работодателя теряет прибыльность. И наоборот, такие лица не обязательно получают выгоду, если бизнес успешен. Предоставление трудящемуся шанса получить прибыль и риск убытков может служить убедительным индикатором наличия у него статуса работника. Однако методы стимулирования, такие как комиссионные или бонусные выплаты, нельзя считать показателями наличия финансового риска. Напротив, вопрос заключается в том, зависят ли прибыли или убытки трудящегося от чего-либо другого, отличного от его или ее собственных усилий по выполнению данной работы. В большинстве стран признается, что отсутствие финансовых рисков может указывать на существование трудового отношения, а наличие финансовых рисков может указывать на самостоятельную занятость.

Италия – отсутствие финансового риска – основной критерий определения наличия трудовых отношений. Итальянский Верховный Суд указал, что «для исключения подчинения в трудовых отношениях, реализуемых на постоянной основе с другим субъектом, Суду необходимо установить наличие финансового риска у трудящегося; например, если приобретение или использование материалов, необходимых для выполнения работы, остаются обязанностью соответствующего трудящегося, или что отношения с третьими лицами-потребителями создаются и управляются соответствующим трудящимся»; см. Cassazione civile, sez. lav, 8 August 2008, No. 21380.

К этому критерию относится и ценность инвестиций трудящегося в его/ее бизнес. Например, чем больше инвестиционная ценность, тем больше вероятность того, что данный трудящийся ведет самостоятельный бизнес и потому является независимым подрядчиком. Нет никакого особого мерил или формулы для измерения или сравнения значимости инвестиций трудящегося. В то же время, суды предположили, что может иметь смысл сопоставление уровней инвестиций /риска с ценностью работы, то есть, инвестиций в физические активы, связанные с интеллектуальным/человеческим капиталом.

Финляндия – отсутствие финансовых рисков входит в число критериев, упомянутых в законодательстве. Работник не должен нести экономические риски в связи с выполнением работы, за исключением связанных с убытками от расторжения отношений и ответственности за причинение вреда (т.н. деликтной ответственности).

Люксембург – работодатель должен нести все предпринимательские риски (Статья L. 121-9. С.Т). Если трудящийся обязан нести предпринимательский риск, не имея полномочий воспрепятствовать ему по причине недостатка бюджетной или организационной свободы, он или она будет считаться работником. Однако очень немногие судебные решения ссылаются на бремя финансового риска (см., например, решение CAAS, 18.10.2004).

Польша – все виды риска возлагаются на работодателя: технический риск (например, обязанность платить вознаграждение в период, когда работа не может выполняться по техническим причинам), личный риск (например, ответственность работодателя за действия работников), экономический риск (например, потери работодателя не должны затрагивать право работников на получение вознаграждения), и

социальный риск (например, некоторые пособия, выплачиваемые работнику в случае временной нетрудоспособности или пропуска работы по личным причинам). Переложение риска на работающее лицо в принципе не квалифицировало бы такое лицо как работника.

Австрия – несмотря на то, что отсутствие финансовых рисков является важным индикатором относимости трудящегося к категории работников, наличие финансовых рисков (любого вида) никогда не препятствует тому, чтобы лицо было квалифицировано как «работник», если присутствует «личное подчинение». В то же время, перенос риска с работодателя на работника может противоречить «надлежащему поведению» (Раздел 879 Гражданского кодекса) и поэтому трудовой суд может признать его недействительным.

Ирландия – один из критериев, установленных в Кодексе практики, гласит, что при выполнении своей работы работник не подвергается личному финансовому риску. Кроме того, Кодекс практики устанавливает, что работник не несет ответственности за инвестиции в бизнес или управление бизнесом или вероятность получения прибыли от умелого управления бизнесом.

Аналогично и в **Норвегии** несение рисков включено в число индикаторов, принимаемых во внимание судами при проведении общей оценки фактов (решения Верховного суда HR-1994-83-A and HR-2001-151).

16. Взаимность обязательств

Некоторые суды используют «взаимность обязательств» как дополнительный критерий установления трудового отношения. Это сложное понятие, но в основном оно подразумевает, что работник обязан принять предлагаемую ему или ей работу, а работодатель, по крайней мере, до некоторой степени, обязан предоставить работу данному работнику. Во многих странах обязательство предоставить работу законодательно признается лишь в отношении случаев, когда предоставление фактической работы носит ключевой характер для сохранения работником квалификации.

Великобритания – в целях определения существования трудового отношения критерий *взаимности обязательств* устанавливает сосуществование обязанности работодателя обеспечить работу трудящемуся и обязанность этого трудящегося выполнять работу. Этот критерий оказался особенно подходящим для случаев, включающих «атипичных трудящихся», таких как надомники (решение по делу *Nethermere (St.Neots) Ltd v. Taverna and Gardiner* [1984] IRLR 240), трудящихся, работающих через агентства по предоставлению персонала (решение по делу *Wickens v. Champion Employment Agency* [1984] ICR 365), трудящихся с нулевой нормой рабочего времени (решение по делу *Clark v. Oxfordshire Health Authority* [1998] IRLR 125) и временных трудящихся. В 1988 судья британского Апелляционного суда указал в своем комментарии, что «в соответствии с договорным правом» лицо «несомненно свободно выполнять определенную работу для другого, не заключая договор о выполнении работ. Публичный порядок не указывает на то или другое» (решение по делу *Ralph Gibson LJ in Calder v. H. Kitson Vickers & Sons (Engineers) Ltd.* [1988]

ICR 232, 251). Это положение отражает традиционное представление о трудовом законодательстве в Великобритании как о накладываемом на договорные отношения сторон, и в этом смысле подлежащем максимально узкому толкованию, чтобы не посягать на их установленную общим правом свободу договора.

В **Испании** согласно трудовому договору работодатель обязан обеспечить «фактическое занятие». Если компания не занимает трудящегося, она нарушает договор и может даже быть признана виновной в «притеснении» такого трудящегося.

17. Прочие критерии

В некоторых странах при определении трудового статуса работающего лица принимаются во внимание вопросы налогового права, тогда как в других странах во внимание принимается его положение согласно социально-обеспечительному законодательству. Подобные критерии и индикаторы применимы, но имеют несущественное значение для определения существования индивидуального трудового отношения.

В **Румынии** важную роль играют формальные требования, такие как обязанность быть включенным в особый перечень (например, в Реестр предприятий).

Дания – налогообложение рассматриваемой работы является важным критерием определения того, можно ли считать физическое лицо работником. Частично это можно отнести за счет того, что определения термина «работник» в трудовом и налоговом законодательстве почти совпадают. Поэтому статус трудящегося как состоящего в трудовых отношениях или самостоятельно занятого может определяться тем, осуществляется ли налогообложение по трудовым принципам или исходя из принципов самостоятельной занятости.

Исландия – связь трудящегося с профсоюзом указывает на то, что этот трудящийся является работником, тогда как связь трудящегося с объединением работодателей предполагает в нем носителя статуса самостоятельно занятого.

Люксембург – иногда суды используют такие критерии, как включение имени или инициалов трудящегося в название компании (решение CSJ, VIIIe, 10.7.2008, № 32804), наличие у трудящегося обязанности носить униформу или некую определенную одежду (решение CSJ, VIIIe, 27.11.2008, № 32887) и упоминание трудящегося в платежной ведомости (CSJ, IIIe, 9.2.2006, № 28060).

Швеция – в отсутствие установленного законом определения термина «работник» суды сформулировали многофакторный критерий трудовых отношений. Этот критерий сосредоточен на рассматриваемом физическом лице и на том, является ли общее положение данного конкретного лица сходным с характерным для обычного работника или для обычного самостоятельно занятого трудящегося. При использовании этого многофакторного критерия суды также принимают во внимание «социальный критерий», а именно – совпадает ли экономическое и социальное положение

данного трудящегося с характерным для обычного работника. Поскольку суды явно принимают во внимание экономическое и социальное положение лица, зависимость трудящегося и неустойчивость его положения могут обеспечить ему/ей статус работника.

Финляндия – дополнительные вопросы, которые вправе задавать суды, включают следующие: Удерживает ли работодатель налоги из заработной платы данного работника? Застрахован ли работник работодателем? Уплачивает ли работодатель пенсионные взносы за работника?

III. Принятие мер для обеспечения соблюдения положений

Рекомендация предлагает компетентным органам принимать меры в целях обеспечения соблюдения и применения законов и нормативных правовых актов, касающихся трудовых правоотношений, например, посредством процедур разрешения споров, деятельности инспекции труда и их сотрудничества с органами социального обеспечения и налоговыми органами.

1. Надлежащие механизмы разрешения споров: недорогие, быстрые, справедливые и эффективные процедуры

Проблема несоблюдения норм, касающихся трудового отношения, требует установления эффективных процедур разрешения трудовых споров и создания механизмов принуждения к обеспечению соблюдения норм. Согласно положениям Зеленой книги по модернизации трудового права для ответа на вызовы XXI-го века, разработанной Европейской комиссией, «механизмы обеспечения соблюдения норм должны быть достаточными для обеспечения успешного функционирования рынков труда, предотвращения нарушений трудового права на национальном уровне и обеспечения соблюдения прав работников на развивающемся европейском рынке труда»⁹. Исследования МОТ показывают, что механизмы и процедуры, используемые для определения наличия трудового правоотношения и установления статуса участвующих в нем субъектов, в основном являются недостаточными для того, чтобы предотвратить нарушения трудового права и гарантировать права работников. Проблемы соблюдения соответствующих норм и применения особенно остро стоят в неформальной экономике.

Во многих европейских странах существующие механизмы разрешения споров включают процедуры посредничества и примирения. Департамент МОТ по управлению и трехстороннему сотрудничеству разработал программу, предусматривающую предоставление помощи в создании таких органов, проведения

⁹ Зеленая книга Европейской комиссии, «Модернизация трудового права для ответа на вызовы 21 века», COM (2006) 708, p.14.

тренингов, улучшении и модернизации этих механизмов, независимо от того, являются ли они административными или судебными. Арбитраж применяется реже, поскольку во многих странах считается, что работникам, в случае если они будут обращаться к частному арбитражу вместо государственного суда, может быть нанесен вред. Например, арбитраж является недопустимым инструментом разрешения индивидуальных трудовых споров в **Греции** (статья 867 Гражданского процессуального кодекса Греции), и в **Болгарии** (статья 19(2) Гражданского процессуального кодекса). Аналогичные ограничения применяются в **Германии** (см. часть 4, 101 ff Закона о Трудовых судах).

В **Ирландии** споры, возникающие в рамках трудовых отношений, могут быть переданы Комиссару по правам человека. В случае согласия обеих сторон, споры могут быть переданы в Комиссию по трудовым отношениям, и члены этой комиссии по трудовым отношениям будут предпринимать усилия для примирения сторон. Если достичь примирения невозможно, спор может быть передан на рассмотрение трудового суда для принятия решения, не являющегося обязательным для сторон. Помимо этого, чтобы способствовать соблюдению трудовых прав в экономике в целом, в феврале 2007 года Ирландское Правительство учредило Национальное управление по трудовым правам. Его инспекторам предоставлены широкие права с тем, чтобы продвигать, поощрять, и обеспечивать соблюдение норм. В то время как полномочие принимать окончательное решение относительно существования трудового правоотношения относится к исключительной компетенции трудового суда, инспектора Национального управления по трудовым правам могут выражать свое мнение в процессе реализации своих полномочий. Такие официальные заключения должны помогать эффективно разрешать споры относительно правильной квалификации трудового правоотношения и определения прав и обязанностей, возникающих из договора о труде.

Греция – трудовая инспекция может брать на себя функции по посредничеству и примирению в случае спора между работником и руководителем, в том числе в случае разногласий относительно того, существуют ли между сторонами трудовые отношения. Процедуры посредничества и примирения, применяемые инспекцией, являются неформальными, никаких специальных правил для проведения медиации не установлено. Работник может потребовать проведения медиации инспекцией, которая, в свою очередь обязана привлечь работодателя к урегулированию спора.

Бельгия – каждая отрасль в частном секторе экономики имеет Объединенный отраслевой комитет, который имеет право разрешать индивидуальные трудовые споры, стороны которых признали компетенцию Комитета. Теоретически, споры об установлении наличия трудового правоотношения могут быть переданы на разрешение этих комитетов, однако на практике такие случаи встречаются в настоящее время довольно редко. В случаях, когда Объединенному отраслевому комитету адресуется запрос, касающийся установления наличия трудового правоотношения, каких-либо специальных процедур для разрешения спора не используется, кроме случаев, когда такого рода процедуры предусмотрены

коллективным соглашением, подлежащим применению. Объединенный отраслевой комитет является важным каналом разрешения споров. В будущем производить оценку юридического правоотношения будет уполномочена Административная комиссия. Однако решения Административной комиссии будут обязательны только для учреждений социального обеспечения, но не для сторон трудового отношения. В случае спора между сторонами полномочия по принятию окончательного решения будут сохранены за судами, проверку постановлений которых осуществляет Бельгийский кассационный суд (Статья 338 Закона о трудовых отношениях от 27 декабря 2006 г.; Королевский указ от 14 декабря 2010 г.).

Дания – Закон о промышленном арбитраже и трудовом суде 2008 г. обязывает стороны спора, если спор касается соблюдения коллективного соглашения, проводить примирительную встречу. Это же предусматривается в условиях самих коллективных соглашений. Основной особенностью таких заседаний по примирению является их проведение совместным комитетом, состоящим из представителей организаций работников и работодателя, являющихся сторонами коллективного соглашения. Такой совместный комитет уполномочен решать, выполняет ли человек работу как работник либо как самостоятельно занятое лицо. Наличие этого механизма не отменяет право Трудового суда или Промышленного арбитражного суда устанавливать статус работника, однако на практике судебными органами рассматривается очень небольшое число дел по установлению статуса работника или самостоятельно занятого лица. Решение совместного комитета является обязательным для выполнения и работником, и работодателем, поэтому спор может быть передан на рассмотрение Трудового суда или Промышленного арбитражного суда, только если организация отказывается урегулировать спор в ходе примирительной процедуры.

Россия – согласно ч.4 ст.11 Трудового кодекса РФ, принятого 30 декабря 2001 года (в редакции от 28 декабря 2013 г.), Если отношения, связанные с использованием личного труда, возникли на основании гражданско-правового договора, но впоследствии в порядке, установленном Кодексом, другими федеральными законами, были признаны трудовыми отношениями, к таким отношениям применяются положения трудового законодательства и иных актов, содержащих нормы трудового права. Исходя из этого Пленум Верховного Суда РФ в п.8 Постановления №2 от 17.03.2004 г. «О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации» отметил, что если между сторонами заключен договор гражданско-правового характера, однако в ходе судебного разбирательства будет установлено, что этим договором фактически регулируются трудовые отношения между работником и работодателем, к таким отношениям в силу части четвертой ст.11 ТК РФ должны применяться положения трудового законодательства и иных актов, содержащих нормы трудового права. Право судов устанавливать применимость положений трудового законодательства к договорам гражданско-правового характера в случаях, когда последние фактически регулируют трудовые отношения между работником и работодателем, установлена также в **Республике Кыргызстан** (ч.3 ст.6 Трудового кодекса Республики Кыргызстан),

Молдове (ч.3 ст.2 Трудового кодекса Республики Молдова).

Украина – распространенной является практика, когда трудовые отношения не оформляются трудовым договором, заключается гражданский договор подряда вместо трудового договора, либо трудящийся оформляется как индивидуальный предприниматель. Государственные органы и инспекции, имеющие право в соответствии с Кодексом законов о труде Украины осуществлять надзор за соблюдением законодательства о труде, имеют право рассматривать жалобы на подобные нарушения, однако на практике они не всегда самостоятельно осуществляют признание гражданского договора трудовым, предлагая трудящимся обращаться в суды. Судебная практика по делам о признании гражданско-правовых договоров трудовыми относительно немногочисленна по сравнению с количеством нарушений. Суды рассматривают дела, в которых на основании ряда признаков (в частности, предмета договора, под которым в трудовых отношениях понимается процесс выполнения работы, а в гражданско-правовых – результат выполнения работы) признается, что был заключен не гражданско-правовой, а трудовой договор; дела о признании существования трудового отношения в результате фактического допуска физического лица к выполнению работы. Суды также могут подтверждать правомерность предписаний инспекции труда заключить трудовой договор вместо гражданского в случае обжалования такого предписания работодателем.

В начале 2013 года в целях борьбы с подобной незаконной практикой Государственная служба горного надзора и промышленной безопасности Украины предложила Верховному Совету установить запрет заключать гражданские договоры и договоры с трудящимися как с индивидуальными предпринимателями при найме на работу в опасных и вредных для здоровья условиях труда.

Республика Беларусь – широко распространена практика заключения срочных контрактов на основании Декрета Президента Республики Беларусь от 26 июля 1999 г. №29 «О дополнительных мерах по совершенствованию трудовых отношений, укреплению трудовой и исполнительской дисциплины». Проблемы существует в связи с распространенной практикой заключения гражданско-правовых договоров подряда, а также в связи с тем, что многие работники работают без оформления трудового договора. Им выплачивается «черная» заработная плата и не оформляются трудовые книжки. Государственные инспекторы труда, действующие на основании Положения, утвержденного постановлением Совета Министров Республики Беларусь от 29.07.2006 г. №959, имеют право устанавливать факты нарушения трудового законодательства, выдавать обязательные для исполнения предписания об устранении нарушений законодательства о труде, налагать штрафы за нарушение законодательства о труде, но на практике эти полномочия редко используются для установления трудовых отношений. Суды имеют право рассматривать дела о признании гражданского договора трудовым, но судебных дел такого рода мало. Также трудящиеся могут обращаться в подобных случаях с жалобами в Комитет государственного контроля Республики Беларусь, являющийся органом финансового контроля, поскольку неоформление трудового договора также влечет неуплату работодателем налогов и

обязательных взносов и платежей.

Казахстан - индивидуальные трудовые споры могут рассматриваться согласительными комиссиями и (или) судами. Выбор обращения в согласительную комиссию или суд зависит от выбора стороны. Согласно ст.171 Трудового кодекса Республики Казахстан согласительная комиссия создается на паритетных началах из равного числа представителей от работодателя и работников. В Нормативном постановлении Верховного Суда Республики Казахстан от 19 декабря 2003 г. №9 «О некоторых вопросах применения судами законодательства при разрешении трудовых споров» подчеркивается, что согласительными комиссиями по соглашению сторон могут рассматриваться любые категории трудовых споров. В случае несогласия с решением согласительной комиссии, а также его неисполнения, сторона трудового спора вправе обратиться с заявлением в суд.

В упомянутом Нормативном постановлении также подчеркивается (п.7), что при рассмотрении споров судам следует разграничивать гражданско-правовые отношения и трудовые правоотношения. О характере трудовых отношений могут свидетельствовать обстоятельства, когда работник выполняет определенную работу по конкретной специальности, квалификации, должности с подчинением правилам внутреннего трудового распорядка, а работодатель выплачивает ему заработную плату и обеспечивает условия труда, обусловленные законодательством о труде.

2. Роль трудовой инспекции

Аннотированное руководство к Рекомендации МОТ №198, характеризующая глобальную ситуацию, указывает:

В настоящее время в ряде промышленно развитых стран с рыночной экономикой (ПРСРЭ), (...) полномочия и ответственность инспекторов определены нечетко, недостаточны для поставленных задач и, в некоторых аспектах, обременены ненадлежащими процедурными ограничениями. Эти проблемы приводят к растрачиванию времени и сил инспекторов, в результате чего они не могут расследовать спорные случаи, которые могли бы при определенных обстоятельствах выявить более серьезные проблемы, требующие решения путем принятия новых нормативных актов или изменения законодательства.

В связи с этим было предложено, чтобы «вместо того, чтобы концентрироваться на обработке жалоб работников, для инспекторов было бы более эффективным, если бы они взяли на себя инициативу по проведению выборочных проверок отраслей и предприятий, которые проявляют признаки несоблюдения требований законодательства, либо приложили бы согласованные усилия для обеспечения исполнения конкретных положений Трудового кодекса, которые, как им представляются, нарушаются наиболее часто».

Применительно к ситуации в Европе в целом можно отметить, что инспектора во многих странах обладают широкими правами по установлению истинной природы трудовых отношений, - по своей собственной инициативе либо на основании жалоб индивидов. В целом трудовые инспектора играют очень значительную роль в

установлении того, применяется ли в отношении конкретных трудящихся надлежащий правовой режим исходя из существующей типологии договоров, соблюдаются права и обязанности работника.

Бельгия - трудовая инспекция обладает значительными полномочиями в соответствии с Уголовным кодексом о труде и социальном обеспечении от 6 июня 2010 г., включая полномочия осуществлять официальное расследование в отношении статуса [трудового] правоотношения. Официальное заключение инспектора труда может иметь далеко идущие последствия, такие как наложение обязанности выплатить задолженность по заработной плате и/или различных денежных пособий. В ряде случаев официальное заключение инспектора труда может являться основанием для судебного рассмотрения, привлечения к административной ответственности и уголовного преследования. Таким образом, инспекция труда играет важную роль в борьбе с фиктивной самостоятельной занятостью.

Болгария - согласно ст.405.а Трудового кодекса в случае, если рабочая сила предоставляется при отсутствии трудового договора, существование такого правоотношения должно устанавливаться на основании постановления представителей трудовой инспекции. В таком случае наличие трудового правоотношения может устанавливаться на основании любых средств доказывания. Постановление должно определять момент возникновения трудовых отношений. Отношения между сторонами, предшествующие дате выдачи постановления, рассматриваются и регулируются как отношения, вытекающие из действующего трудового договора, если работник с момента начала работы действовал добросовестно.

Финляндия – Администрация по здоровью и безопасности на рабочем месте в случаях, относящихся к ее компетенции, может принять решение, является договор трудовым или нет. Кроме того, решение по этому вопросу может принимать Трудовой совет. Трудовой совет – это трехсторонний орган, состоящий из представителей правительства, работников и работодателей, который формулирует заключения относительно применения и толкования законодательства о рабочем времени, ежегодных отпусках, возможности привлечения к работе детей и подростков, защите прав других работников, и в частности, относительно статуса договора о выполнении определенной работы.

Латвия – Трудовая инспекция уполномочена требовать от работодателя заключения трудового договора с трудящимся, если она удостоверится, что между сторонами действительно существует трудовое отношение. Государственная инспекция труда может также издать административное постановление, обязывающее работодателя исполнить определённые задачи или выполнить определенные обязанности.

В **Швеции** нет специализированной инспекции труда. В соответствии со шведской моделью трудовых отношений, обязанность по обеспечению соблюдения трудового законодательства и коллективных соглашений лежит на профсоюзах и ряде государственных органов, таких как Управление по производственной среде и Омбудсмен (уполномоченный) по вопросам защиты от

дискриминации.

В некоторых странах иные органы помимо инспекции труда имеют полномочия исследовать вопрос о наличии трудового правоотношения. Например, на **Кипре** Фонд работников, уволенных по сокращению штатов, который выплачивает компенсации работникам, уволенным в связи с сокращением численности или штата, определяет, было ли действительно проведено сокращение; условием выплаты компенсации при увольнении в связи с сокращением является наличие трудового правоотношения и трудового договора.

Италия – трудовые инспектора отвечают за осуществление контроля за применением трудовых стандартов в тех пределах, когда эти стандарты не относятся напрямую к вопросам здоровья и безопасности. С 2007 г. трудовая инспекция также предоставляет разъяснения при возникновении неоднозначных ситуаций при применении трудового права.

Норвегия – Управление трудовой инспекции составляет (предлагает) руководства по вопросам трудовых отношений для всех заинтересованных лиц. На практике инспекция разрешает споры просто путем предоставления информации сторонам. Помимо этого, Трудовая инспекция имеет право проводить расследование относительно истинной природы трудового отношения. Наконец, профсоюзы имеют право подать жалобу в трудовой суд, обычно в отношении взыскания заработной платы, которая выплачивалась в размере меньшем, чем предусмотрено коллективными соглашениями.

Португалия – ст. 12, п.2 Трудового кодекса предусматривает, что осуществление деятельности, «которая формально определяется как договор оказания услуг, однако условия выполнения которой типичны для трудового договора, если в результате причиняется ущерб работнику или государству», является преступлением¹⁰. Если договор фактически соответствует признакам трудового договора, работник наделяется всеми правами, возникающими при заключении трудового договора, и произвольное прекращение трудового договора работодателем рассматривается как незаконное увольнение. Кроме того, работодатель несет ответственность за неисполнение обязанностей по уплате налогов и страховых взносов.

Россия – государственные инспектора труда вправе предъявлять работодателям и их представителям обязательные для исполнения предписания об устранении нарушений трудового законодательства и иных нормативных правовых актов, содержащих нормы трудового права, о восстановлении нарушенных прав работников, привлечении виновных в указанных нарушениях к дисциплинарной ответственности или об отстранении их от должности в установленном порядке (ст.357 Трудового кодекса РФ).

После изменений, внесенных в Трудовой кодекс РФ в декабре 2013 г., признание трудовыми отношений, оформленных договором

¹⁰ Misdemeanor – категория наименее опасных преступлений, граничащих с административным правонарушением.

гражданско-правового характера, может осуществляться не только судом, но также заказчиком по договору (по собственной инициативе или по заключению трудящегося), государственной инспекцией труда при выявлении очевидного нарушения (ст. 19.1 Трудового кодекса).

В **Республике Беларусь** и на **Украине** государственные инспектора труда имеют право рассматривать жалобы на нарушения законодательства о труде, в том числе выражающиеся в оформлении трудовых по сути отношений, в качестве гражданско-правовых или отношений с индивидуальными предпринимателями, однако не считают эту проблему серьезным направлением работы.

В **Казахстане** к обязанностям государственных инспекторов труда относятся не только проведение проверок и рассмотрение жалоб работников, но, в частности, и выявление причин и обстоятельств, приводящих к нарушениям трудового законодательства, разработка рекомендаций по их устранению и восстановлению нарушенных трудовых прав; осуществление сбора, анализа и обобщения причин нарушений трудового законодательства, участие в разработке и принятии мер по реализации мероприятий, направленных на усиление работы по предупреждению нарушений трудового законодательства Республики Казахстан (ст.331).

3. Правоприменение в секторах с высокой долей работающих женщин

В Европейском союзе начиная с 1970-ых гг. было принято 13 законодательных актов, направленных на обеспечение справедливого и равного отношения к мужчинам и женщинам на работе. Эти акты охватывают широкий круг вопросов, включая равное обращение при приеме на работу, равное отношение на работе, защиту беременных женщин и кормящих матерей, право на получение материнского отпуска и родительского отпуска. Статья 4 Директивы 2006/54/ЕС, принятой Европейским Парламентом и Советом 5 июля 2006 г., относительно применения принципа равных возможностей и равного обращения в отношении мужчин и женщин в вопросах трудовых отношений устанавливает:

При выполнении одинаковой работы или работы одинаковой ценности должна быть исключена прямая или косвенная дискриминация на основании пола в отношении всех аспектов и условий вознаграждения. В частности, в тех случаях, когда для определения размера оплаты труда используется система классификация работ, она должна основываться на одинаковых для мужчин и для женщин критериях и должна быть построена таким образом, чтобы исключить всякую дискриминацию по признаку пола.

4. Механизмы, способствующие сокрытию трудового правоотношения

Франция – с 1997 г. во французском законодательстве существует понятие «замаскированный труд». Это понятие охватывает большинство видов практики сокрытия трудовых отношений, включая притворную самостоятельную занятость. Категория «скрытый труд» относится к действиям двух типов: (1) «сокрытие деятельности» (когда

деятельность, направленная на извлечение прибыли, осуществляется таким образом, что осуществляется умышленное уклонение от налогообложения и исполнения социальных и законодательных норм); и (2) «сокрытие трудового правоотношения», которая включает «фиктивную самостоятельную занятость». Сокрытие трудового правоотношения часто используется для того, чтобы избежать обязательств, налагаемых Кодексом труда, избежать уплаты налогов и взносов на социальное страхование. Если фиктивно самостоятельно занятое лицо находится фактически в подчиненном положении по отношению к так называемому заказчику (т.е. его или ее работодателю), тот, кто является инициатором этой ситуации, может быть привлечен к ответственности за сокрытие трудовых отношений, а договор должен быть перезаключён как трудовой договор.

В **Великобритании** статьей 23 Закона о трудовых отношениях 1999 г. Правительству было поручено подготовить изменения законодательства в этой области. Эта новелла должна была стать ответом на растущую проблему замаскированных трудовых правоотношений. Однако это поручение так и не было реализовано.

Испания – в 2011 г. был обнародован закон, который определил максимальный срок, в течение которого работодатель должен заявить о существовании трудового правоотношения (главным образом в целях выполнения обязательств в области социального обеспечения). Закон предусматривает значительные административные санкции за невыполнение трудового законодательства путем заключения скрытых договоренностей о выполнении работы. Если работодатель совершает мошенничество, или если его действия приводят к серьезному нарушению трудовых прав работника, такие действия могут быть признаны преступлением, наказываемым тюремным заключением.

Словакия – чтобы воспрепятствовать заключению фиктивных договоренностей о самостоятельной занятости, Законом №348/2007 Coll. в Трудовой кодекс Словакии было включено понятие «зависимая работа». Статья 11(1) Трудового кодекса предусматривает, что «работником является лицо, состоящее в трудовых отношениях, а также, в установленных случаях – лицо, состоящее в схожих с трудовыми отношениях, которое выполняет зависимую работу для работодателя». Согласно Статье 1(2) Трудового кодекса «зависимой работой, т.е. работой, выполняемой в рамках отношения, в котором работодатель является вышестоящим, а работник – подчиненным, признается только работа, выполняемая лично, работником для работодателя, в соответствии с инструкциями работодателя, от имени работодателя, за заработную плату или комиссионное вознаграждение, в рабочее время, на выполнение которой работодатель несет издержки, с использованием инструментов работодателя и под ответственность работодателя, а также предусматривающая выполнение в основном однотипной деятельности». Помимо этого, Трудовой кодекс устанавливает, что зависимая работа может выполняться только в рамках трудового отношения, иного аналогичного отношения в связи с выполнением работы, а также, в исключительных случаях, установленных Трудовым кодексом, иной формы отношений, регулируемых трудовым правом. Предпринимательская деятельность или иная оплачиваемая деятельность, основанная на договорных отношениях в рамках

гражданского или коммерческого права, не считается зависимой работой (Статья 2(3) Трудового кодекса). В случае неисполнения этих норм трудовая инспекция имеет право привлечь к ответственности.

Литва – фиктивная самостоятельная занятость рассматривается как разновидность незаконной работы. В августе 2009 г. с целью решения проблемы ликвидации незаконных договорённостей о выполнении работы Литовский Парламент подробно разработал определение незаконной работы, установив, что работа является незаконной, если она выполняется без определения того, является ли трудящийся принятым на работу и защищенным в рамках трудового договора.

Австрия – в течение последних десяти лет Правительство приняло важные правовые акты в области социального обеспечения с целью борьбы с неправильным определением трудовых отношений и фиктивной самостоятельной занятостью. Были введены или, соответственно, усилены меры административной и уголовной ответственности; специальные усилия были направлены на то, чтобы изучить рабочие места, известные в связи с широким использованием фиктивной самостоятельной занятости, повысить эффективность контроля за ними. Кроме того, на самозанятых были распространены те же схемы социального страхования, что и на работников; они, как и работники, должны уплачивать те же страховые взносы. Правительство также признало фиктивную квалификацию трудового правоотношения наказуемой и в рамках налогового законодательства. Кроме того, сотрудники налоговых органов и органов социального обеспечения наделены правом оценивать истинную природу правоотношения. Хотя такая оценка и направлена, в первую очередь, на определение применимости законодательства о налогообложении и социальной защите, она будет влиять и на определение вида правоотношения в рамках трудового права.

Италия - ст. 69 Законодательного указа № 276 2003 г. (так называемая «Реформа Бьяджи») ввела юридическую презумпцию подчинения в случаях, когда договор о проектной работе был заключен без указания соответствующего проекта. Эта презумпция направлена на защиту от использования соглашений о фиктивной самостоятельной занятости.

Одним из последствий фиктивной самостоятельной занятости в некоторых странах является возложение на заказчика, признанного работодателем, обязанности уплатить все налоги и взносы на социальное обеспечение, причитающиеся за период установленной фиктивной самостоятельной занятости. В некоторых европейских странах работодатель, который намеренно неправильно определил статус работника, может привлекаться к административной ответственности, в частности, выплачивать высокие штрафы, даже в тех случаях, когда работник согласился на заключение фиктивного договора оказания услуг.

Австрия – Верховный Суд постановил, что работник может ссылаться на то, что, по сути, он или она состояли именно в трудовых отношениях даже в том случае, если он со своей стороны согласился на фиктивное признание трудового по сути отношения не трудовым, а иным (Верховный Суд, OGH 11 октября 2007 г., 8 ObA 49/07z). Суд аргументировал это тем, что поведение работодателя нарушает принцип *bona fide* или «добросовестности». Как следствие, работник

имел право ссылаться на то, что отношение являлось трудовым в любой момент в течение установленного срока исковой давности, а работодатель обязан был выплатить работнику заработную плату за истекшее время в соответствии с коллективным соглашением, а также иные выплаты, на которые работник имел право, в частности, за время отпуска, временной нетрудоспособности и т.д.

Болгария – трудовые инспектора имеют право временно приостановить работу на конкретном рабочем месте или даже на предприятии в целом, если работодатель неоднократно нарушил обязательства по заключению трудовых договоров в письменной форме.

Франция – за фиктивную самостоятельную занятость предусмотрено такое же наказание, что и за сокрытие трудовых отношений. Физическое лицо в случае признания виновным может быть приговорено к наказанию в виде трех лет заключения и штрафа в размере 45 000 евро. В отношении бизнеса, признанного виновным, могут быть применены следующие санкции: запрет на осуществление деятельности в течение пяти лет; наложение ареста на инструменты, машины, имеющиеся товары и запасы сырья; публикация и публичное объявление судебного постановления; постоянное или временное исключение из состава комиссии государственных органов и/или штраф в размере 225 000 евро. В дополнение к перечисленным выше мерам на физическое лицо могут быть наложены следующие санкции: ликвидация бизнеса; запрет на осуществление деятельности; постоянное или временное закрытие предприятия.

Германия – умышленное ложное обозначение работников преследуется по нормам Уголовного кодекса (см. Часть 266а (2) Уголовного Кодекса Германии).

Польша - ст. 281, ч. 4 Трудового кодекса: «Лицо, являющееся работодателем или действующее от имени работодателя, вступающее в гражданский договор при обстоятельствах, когда, согласно Статье 22 §1, должен быть заключен трудовой договор, привлекается к ответственности в форме штрафа».

Россия - ч.3 ст.16 Трудового кодекса РФ:

Трудовые отношения между работником и работодателем возникают также на основании фактического допущения работника к работе с ведома или по поручению работодателя или его представителя в случае, когда трудовой договор не был надлежащим образом оформлен (ч.3 ст. 16 Трудового кодекса РФ).

Ч.2 ст.67 Трудового кодекса РФ:

Трудовой договор, не оформленный в письменной форме, считается заключенным, если работник приступил к работе с ведома или по поручению работодателя или его представителя. При фактическом допущении работника к работе работодатель обязан оформить с ним трудовой договор в письменной форме не позднее трех рабочих дней со дня фактического допущения работника к работе.

Неоформление трудового договора в письменной форме с работником либо заключение гражданского договора вместо трудового договора являются разновидностями нарушений трудового законодательства. В случае, если они будут установлены, в соответствии со ст. 5.27 Кодекса РФ

об административных правонарушениях это влечет наложение административного штрафа в размере от одной тысячи до пятидесяти тысяч рублей или административное приостановление деятельности на срок до девяноста суток. Должностное лицо, ранее подвергнутое административному наказанию за аналогичное правонарушение, при повторном правонарушении может быть дисквалифицировано (т.е. лишено права занимать определённую должность) на срок от одного года до трех лет. С 1 января 2015 г. вступит в силу норма (п. 3 ст. 5.27 КоАП РФ), предусматривающая ответственность за уклонение от оформления или ненадлежащее оформление трудового договора либо заключение гражданско-правового договора, фактически регулирующего трудовые отношения между работником и работодателем в виде административного штрафа на должностных лиц в размере от десяти тысяч до двадцати тысяч рублей; на лиц, осуществляющих предпринимательскую деятельность без образования юридического лица, - от пяти тысяч до десяти тысяч рублей; на юридических лиц - от пятидесяти тысяч до ста тысяч рублей.

Кроме того, органы налоговой инспекции проводят проверки исполнения различными субъектами обязанностей налогового агента по исчислению, удержанию и перечислению налога на доходы физических лиц. Установив, что присутствуют признаки трудового отношения, налоговые органы самостоятельно осуществляют переквалификацию гражданских договоров в трудовые и принимают решения о доначислении налогов. При обжаловании подобных решений в арбитражных судах решения налоговых органов во многих случаях признаются судами обоснованными.

Казахстан – согласно ч.3 ст.38 Трудового кодекса Республики Казахстан от 15 мая 2007 года N 251 в случае отсутствия и (или) неоформления надлежащим образом трудового договора по вине работодателя он несет ответственность в порядке, установленном законами Республики Казахстан. В этом случае трудовые отношения считаются возникшими с того дня, когда работник приступил к работе. Кодекс об административных правонарушениях Республики Казахстан от 30 января 2001 года № 155 в ст.87 устанавливает ответственность за нарушение трудового законодательства в отношении должностных лиц, индивидуальных предпринимателей, юридических лиц, являющихся субъектами малого или среднего предпринимательства или некоммерческими организациями, в форме штрафа в размере от пяти до десяти, на юридических лиц, являющихся субъектами крупного предпринимательства, - в размере от двадцати до двадцати пяти месячных расчетных показателей. При повторных нарушениях сумма штрафа увеличивается более чем вдвое, а в случае нарушения в отношении несовершеннолетнего – почти в десять раз.

Нарушение трудового законодательства, повлекшее причинение существенного вреда правам и законным интересам граждан, может повлечь также причинение к уголовной ответственности (ст.148 Уголовного кодекса РК от 16 июля 1997 года N 167) в форме штрафа в размере от ста до двухсот месячных расчетных показателей либо лишения права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью на срок до пяти лет.

Украина – Кодекс законов о труде Украины предусматривает (ст.24), что трудовой договор заключается, как правило, в письменной форме. Заключение трудового договора оформляется приказом или

распоряжением собственника или уполномоченного им органа о зачислении работника на работу. Однако трудовой договор считается заключенным и тогда, когда приказ или распоряжение не были изданы, но работник фактически был допущен к работе.

5. Бремя доказывания

В **Нидерландах** действует широкая презумпция признания трудового правоотношения. В деле Гроен/Шоверс (Groen|Schoevers) (HR 14 ноября 1997 г., NJ 1998, 149, JAR 1997б 263)¹¹ Верховный Суд постановил, что юридические презумпции могут быть опровергнуты. В таких случаях на сторону, которая предоставляла работу «работнику», возлагается обязанность заявить и доказать, что в намерение сторон не входило установление трудовых отношений. Кроме того, эта сторона должна доказать, что договор фактически не выполнялся таким образом, чтобы можно было предположить наличие трудовых правоотношений.

Португалия – ст. 12 Трудового кодекса устанавливает юридическую презумпцию существования трудового договора, когда сторона, требующая признания трудового отношения, подтверждает существование некоторых его элементов (в частности, что работа выполнялась в месте, принадлежащем выгодоприобретателю результатов труда, что использовались инструменты, принадлежащие выгодоприобретателю и т.д.). Выгодоприобретатель должен доказать, что юридическая презумпция не должна применяться в этом случае в связи с наличием элементов другого отношения, связанного с трудом.

Венгрия – Часть 1(5) Закона LXXV 1996 г.:

На основании фактов, установленных в ходе проведения официальной проверки, инспектор имеет право определить правовую природу правоотношения между работодателем и лицом, выполнявшим для него работу, либо правоотношения, являющегося основанием для предоставления работников для выполнения работы, либо правоотношения, возникшего в связи с фактическим выполнением работы. Для этого работодатель должен предоставить все доказательства, на основании которых может быть установлено, что работа выполнялась для него в рамках правоотношения за вознаграждение (4) либо без такового.

Россия – с 1 января 2014 г. в соответствии с ч. 3 новой ст. 19.1 Трудового кодекса, неустранимые сомнения при рассмотрении судом споров о признании отношений, возникших на основании гражданско-правового договора, трудовыми отношениями толкуются в пользу наличия трудовых отношений.

IV. Реализация и мониторинг

Для лучшей оценки и решения различных вопросов, касающихся рамок трудового отношения, правительства должны собирать статистическую информацию, проводить исследования и готовить

¹¹ См. также: Международная Конференция Труда, 95 сессия, 2006, Доклад V (1) – «Трудовое правоотношение», п. 29.

периодические обзоры изменений в структуре и моделях работы на национальном и отраслевых уровнях. Вся собранная информация должна быть детализирована по критерию пола, и национальные и отраслевые исследования и обзоры должны содержать подробный гендерный анализ, а также учитывать другие аспекты существующих различий. Социальный диалог также упоминается в Части 3 Главы I (Национальная политика, направленная на защиту трудящихся в трудовых правоотношениях).

На уровне ЕС Рабочая группа по рынку труда Комитета по экономической политике¹² осуществляет мониторинг вопросов рынка труда и реформ, проводимых в государствах – членах Европейского союза, и предоставляет соответствующий анализ по различным вопросам рынка труда и последствий проводимой политики. В 2010 г. Европейская комиссия начала новый проект для продвижения инициативы «Новые навыки для новой работы»¹³. Этот проект, названный «Мониторинг развития рынка труда в Европе», направлен на сбор информации о вакантных рабочих местах, и должен выявить диспропорции на рынке труда. Доступ к информации предоставляется через «Европейский монитор вакансий» (European Vacancy Monitor (EVM)) и Европейский бюллетень трудовой мобильности (European Job Mobility Bulletin (EJBM)).

Чтобы соответствовать требованиям экономической и монетарной политики Европейского союза, Евростат, статистический офис ЕС, обеспечивает Европейский союз статистикой на европейском уровне, которая позволяет проводить сравнения между странами и регионами. Статистические данные европейского рынка труда измеряют вовлеченность индивидов, домохозяйств и бизнеса на рынке труда. Они охватывают долгосрочные и структурные аспекты рынка труда, включая рабочую силу, трудовые вакансии, структуру заработков, гендерные различия в заработной плате, минимальную заработную плату, издержки на труд, политику на рынке труда и трудовые споры¹⁴.

В специальных нормах Директивы Европейского союза 96/71/ЕС, принятой Европейским Парламентом и Советом 16 декабря 1996 г., касающейся командирования трудящихся для оказания услуг, (ст. 4(2)) особо подчеркивается:

Государства-члены должны принимать меры для взаимодействия государственных органов, которые в соответствии с национальным законодательством отвечают за мониторинг сроков и условий труда, указанных в статье 3 [минимальные сроки и условия труда]. Такое взаимодействие должно, в особенности состоять в ответах на обоснованные запросы таких органов о получении информации относительно трансграничного найма на работу, включая очевидные злоупотребления и возможные случаи незаконной трансграничной

¹² Комитет по экономической политике (КЭП) (ЕП) был создан решением Совета от 18 февраля 1974 г. (74/122/ЕЕС). Он вносит вклад в работу Совета по координации экономической политики Стран-членов и Сообщества и предоставляет рекомендации Комиссии и Совету. Пересмотренный устав был одобрен Советом 18 июня 2003 г. (2003/475/ЕС), см. http://europa.eu/epc/about/index_en.htm.

¹³ Эта инициатива является частью общей стратегии Европейского союза «Европа 2020». Она направлена, среди прочего, на достижение целей ЕС в области занятости к 2020 г.: 75 процентов людей трудоспособного возраста (20-64 года) имеют работу.

¹⁴ См.: <http://epp.eurostat.ec.europa.eu/portal/page/portal/eurostat/home>.

деятельности.

Бельгия – Национальный трудовой совет, созданный в 1952 г., - постоянно действующий трехсторонний орган, созданный в целях: предоставления рекомендаций Министрам и палатам Парламента по основным вопросам, касающимся трудящихся и работников, как по их собственной инициативе, так и по запросам этих органов; подготовки позиции в отношении споров о юрисдикции между совместными комитетами; заключения коллективных соглашений, являющихся обязательными для различных отраслей деятельности или всего частного сектора экономики; выполнения более специализированных задач, связанных с консультациями в отношении социальных законов. Такие законы включают, в частности, законы по вопросам договоров о труде, организации экономики, коллективным (промышленным) соглашениям и совместным комитетам, защите права на вознаграждение, Закон о труде (охватывающий рабочее время, отдых в воскресенье, труд молодежи, труд женщин и защиту материнства), правила работы, оплачиваемые выходные, трудовые суды или трибуналы, социальную защиту работающих и пенсии, и т.д. Национальный трудовой совет 19 декабря 2006 г. дал свои «рекомендации» относительно закона, предусматривающего включение норм Директивы ЕС 96/71/ЕС, касающихся командирования трудящихся в рамках оказания услуг, в национальную Бельгийскую правовую систему.

Приложение I.

Рекомендация 198 о трудовом правоотношении

Генеральная конференция Международной организации труда,

созванная в Женеве Административным советом Международного бюро труда и собравшаяся 31 мая 2006 года на свою 95-ю сессию,

считая, что национальными законодательством, нормативными правовыми актами и коллективными договорами обеспечивается защита, которая связана с существованием трудового правоотношения между работодателем и наемным работником,

считая, что законодательство и нормативные правовые акты, а также их толкование должны соответствовать целям обеспечения достойного труда,

считая, что законодательство в области занятости и труда должно быть направлено, помимо прочего, на разрешение проблем, которые могут возникать в силу неравного положения сторон трудового правоотношения в ходе переговоров между ними,

считая, что защита работников является стержнем мандата Международной организации труда и соответствует принципам, заложенным в Декларации МОТ 1998 года об основополагающих принципах и правах в сфере труда, а также в Программе достойного труда,

учитывая трудности установления того, возникает ли трудовое правоотношение в ситуациях, когда соответствующие права и обязательства заинтересованных сторон не вполне ясны, когда предпринимаются попытки замаскировать трудовое правоотношение или когда в правовой структуре или же при толковании и применении правовой системы имеются неточности или ограничения,

отмечая, что возникают ситуации, когда договорные взаимоотношения могут приводить к лишению работников защиты, на которую они имеют право,

признавая, что государства-члены вправе рассчитывать на международное консультативное содействие в целях обеспечения защиты работников посредством национальных законодательства и практики и что такое консультативное содействие со временем не должно утрачивать своей актуальности,

признавая далее, что такая защита должна быть доступной для всех, особенно для уязвимых категорий работников, и опираться на законодательство, имеющее эффективный, действенный и всеобъемлющий характер, предусматривающее безотлагательные действия и поощряющее добровольное его соблюдение,

признавая, что национальная политика должна проводиться на основе консультаций с социальными партнерами и задавать ориентиры заинтересованным сторонам на производстве,

признавая, что национальная политика должна содействовать экономическому росту, расширению занятости и достойному труду,

считая, что процесс глобализации экономики повышает мобильность работников, нуждающихся в защите, по крайней мере против попыток обойти требования национального законодательства в отношении защиты с помощью выбора норм законодательства другой страны,

отмечая, что в условиях транснационального оказания услуг важно установить, кто считается работником в рамках трудового правоотношения, какими правами обладает этот работник и кто является работодателем,

учитывая, что трудности, возникающие в ходе установления факта существования трудового правоотношения, могут приводить к возникновению серьезных проблем для этих заинтересованных работников, их общин и общества в целом,

учитывая, что необходимо развеять неопределенность относительно существования трудового правоотношения, с тем чтобы гарантировать добросовестную конкуренцию и действенную защиту работников, являющихся стороной трудового правоотношения, причем так, чтобы эта защита соответствовала национальным законодательству или практике,

отмечая все соответствующие международные трудовые нормы, и в частности те из них, которые затрагивают особое положение женщин, а также те, которые включают вопросы, касающиеся рамок трудового правоотношения,

постановив принять ряд предложений о трудовом правоотношении, что является пятым пунктом повестки дня сессии, и

решив придать этим предложениям форму рекомендации,

принимает сего пятнадцатого дня июня месяца две тысячи шестого года следующую рекомендацию, которая может именоваться Рекомендацией 2006 года о трудовом правоотношении.

I. НАЦИОНАЛЬНАЯ ПОЛИТИКА ЗАЩИТЫ РАБОТНИКОВ В УСЛОВИЯХ ИНДИВИДУАЛЬНОГО ТРУДОВОГО ПРАВООТНОШЕНИЯ

1. Государства-члены должны разрабатывать и применять национальную политику, направленную на пересмотр через надлежащие периоды времени и, в случае необходимости, на внесение ясности в сферу применения законодательства и нормативных правовых актов и их адаптацию, чтобы гарантировать эффективную защиту работников, выполняющих свою работу в условиях индивидуального трудового правоотношения.

2. Характер и масштабы защиты, обеспечиваемой работникам в рамках индивидуального трудового правоотношения, должны определяться национальным законодательством или практикой, либо и тем и другим, принимая во внимание соответствующие международные трудовые нормы. Национальное законодательство или практика, в том числе те их элементы, которые затрагивают сферу их охвата и ответственность за их реализацию, должны носить четкий и адекватный характер для обеспечения эффективной защиты работников в рамках трудового правоотношения.
3. Национальная политика должна разрабатываться и осуществляться в соответствии с национальным законодательством и практикой и на основе консультаций с наиболее представительными организациями работодателей и работников.
4. Национальная политика должна, как минимум, предусматривать меры, направленные на:
- а) разработку рекомендаций в адрес заинтересованных сторон, в частности работодателей и работников, по вопросу о фактическом установлении существования индивидуального трудового правоотношения, а также в отношении проведения различий между наемными и самостоятельно занятыми работниками;
 - б) ведение борьбы со скрытыми формами трудовых отношений в контексте, к примеру, существования других форм взаимоотношений, которые могут включать применение иных форм контрактных договоренностей, позволяющих скрыть реальный характер правового статуса, принимая во внимание, что скрытое трудовое правоотношение возникает тогда, когда работодатель обращается с конкретным лицом не как с наемным работником, причем таким образом, чтобы скрыть его или ее подлинный правовой статус как наемного работника, и что могут возникать ситуации, когда контрактные договоренности ведут к лишению работников защиты, на которую они имеют право;
 - с) гарантирование норм, применяемых ко всем формам контрактных договоренностей, включая те из них, которые предполагают наличие нескольких сторон, с тем чтобы наемным работникам обеспечивалась защита, на которую они имеют право;
 - д) обеспечение того, чтобы нормы, применяемые ко всем формам контрактных договоренностей, предполагали установление лица, ответственного за обеспечение той защиты, которая предусмотрена в них;
 - е) эффективное обеспечение доступа заинтересованным сторонам, в частности работодателям и работникам, к надлежащим, быстрым, недорогостоящим, справедливым и действенным процедурам и механизмам разрешения споров, касающихся существования и содержания индивидуального трудового правоотношения;

f) обеспечение соблюдения и эффективного применения законодательства и нормативных правовых актов об индивидуальном трудовом правоотношении;

g) проведение надлежащей и адекватной подготовки кадров по вопросам соответствующих международных трудовых норм, сравнительного и прецедентного права – для членов судейского корпуса, арбитров, посредников, инспекторов по труду и других лиц, несущих ответственность за решение вопросов, связанных с урегулированием споров и надзором за соблюдением национальных законодательных актов и норм в области занятости.

5. В рамках национальной политики государства-члены должны уделять особое внимание обеспечению эффективной защиты работников, особенно тех из них, которые страдают по причине отсутствия определенности в отношении существования индивидуального трудового правоотношения, включая трудящихся женщин, а также такие наиболее уязвимые категории работников, как молодые работники, пожилые работники, работники неформальной экономики, трудящиеся-мигранты и трудящиеся-инвалиды.

6. Государства-члены должны:

a) при проведении национальной политики особое внимание уделять гендерным аспектам с учетом того, что трудящиеся женщины составляют большинство работников некоторых профессий и отдельных секторов, в которых широко применяется практика скрытых трудовых отношений или где отмечается отсутствие ясности в отношении существования трудового правоотношения;

b) проводить четкую политику, нацеленную на обеспечение гендерного равенства, и осуществлять более эффективный надзор за соблюдением соответствующих законодательных актов и соглашений на национальном уровне в целях обеспечения действенного разрешения гендерных проблем.

7. В условиях транснациональных передвижений работников:

a) при разработке национальной политики государства-члены должны, на основе консультаций с наиболее представительными организациями работодателей и работников, рассмотреть вопрос о проведении надлежащих мер в рамках собственной юрисдикции и, в соответствующих случаях, в сотрудничестве с другими государствами-членами, для того чтобы предусмотреть действенную защиту трудящихся-мигрантов, находящихся на их территории, которые могут пострадать в результате неопределенности в отношении существования трудового правоотношения, и не допускать ущемления их прав;

b) в том случае если работники нанимаются в одной стране для работы в другой стране, заинтересованные государства-члены могут рассмотреть вопрос о заключении двусторонних соглашений в целях предотвращения злоупотреблений и мошеннической практики, основная цель которых

заключается в обходе существующего порядка, предусмотренного в целях защиты работников в рамках трудового правоотношения.

8. Национальная политика, нацеленная на защиту работников в рамках трудового правоотношения, не должна противоречить подлинно гражданским и коммерческим отношениям и при этом должна обеспечивать для лиц, являющихся сторонами трудового правоотношения, защиту, на которую они имеют право.

II. ОПРЕДЕЛЕНИЕ СУЩЕСТВОВАНИЯ ИНДИВИДУАЛЬНОГО ТРУДОВОГО ПРАВООТНОШЕНИЯ

9. Для целей национальной политики защиты работников в условиях индивидуального трудового правоотношения существование такого правоотношения должно в первую очередь определяться на основе фактов, подтверждающих выполнение работы и выплату вознаграждения работнику невзирая на то, каким образом это трудовое правоотношение характеризуется в любом другом соглашении об обратном, носящем договорный или иной характер, которое могло быть заключено между сторонами.

10. Государства-члены должны содействовать применению четких методов, позволяющих ориентировать работников и работодателей в отношении определения существования индивидуального трудового правоотношения.

11. В целях содействия определению существования индивидуального трудового правоотношения государства-члены должны в рамках своей национальной политики, о которой идет речь в настоящей Рекомендации, рассмотреть возможность:

а) выделения более обширного набора средств для определения существования трудового правоотношения;

б) установления правовой презумпции существования индивидуального трудового правоотношения в том случае, когда определено наличие одного или нескольких соответствующих признаков;

с) определения, на основе предварительных консультаций с наиболее представительными организациями работодателей и работников, что работники, обладающие определенными характеристиками, должны в целом или в рамках отдельного сектора считаться либо наемными работниками, либо самостоятельно занятыми работниками.

12. Для целей национальной политики, о которой идет речь в настоящей Рекомендации, государства-члены могут предусмотреть четкое определение условий, применяемых для установления факта существования трудового правоотношения, например таких, как подчиненность или зависимость.

13. Государства-члены должны предусмотреть возможность определения в своих законодательных и нормативных правовых актах, либо иными

средствами, конкретных признаков существования трудового правоотношения. К таким признакам могли бы относиться следующие элементы:

а) тот факт, что работа: выполняется в соответствии с указаниями и под контролем другой стороны; предполагает интеграцию работника в организационную структуру предприятия; выполняется исключительно или главным образом в интересах другого лица; выполняется лично работником; выполняется в соответствии с определенным графиком или на рабочем месте, которое указывается или согласовывается стороной, заказавшей ее; имеет определенную продолжительность и подразумевает определенную преемственность; требует присутствия работника; предполагает предоставление инструментов, материалов и механизмов стороной, заказавшей работу;

б) периодическая выплата вознаграждения работнику; тот факт, что данное вознаграждение является единственным или основным источником доходов работника; осуществление оплаты труда в натуральном выражении путем предоставления работнику, к примеру, пищевых продуктов, жилья или транспортных средств; признание таких прав, как еженедельные выходные дни и ежегодный отпуск; оплата стороной, заказавшей проведение работ, поездок, предпринимаемых работником в целях выполнения работы; или то, что работник не несет финансового риска.

14. Разрешение споров, касающихся существования и содержания индивидуального трудового правоотношения, должно быть прерогативой судов по трудовым вопросам или иных трибуналов, либо осуществляться арбитражными органами, к которым работники и работодатели должны иметь беспрепятственный доступ, в соответствии с национальными законодательством и практикой.

15. Компетентный орган должен принимать меры в целях обеспечения соблюдения и применения законодательных и нормативных правовых актов, касающихся индивидуального трудового правоотношения, в отношении различных аспектов, рассматриваемых в настоящей Рекомендации, например, посредством служб инспекции труда и их сотрудничества с органами социального обеспечения и налоговыми службами.

16. Что касается трудового правоотношения, национальные органы регулирования вопросов труда и подчиненные им структуры должны осуществлять регулярный мониторинг своих программ и процедур надзора за соблюдением. Особое внимание должно уделяться профессиям и секторам, в которых значительную долю составляют трудящиеся женщины.

17. В рамках своей национальной политики, о которой идет речь в настоящей Рекомендации, государства-члены должны разрабатывать эффективные меры, нацеленные на искоренение побудительных причин, способствующих скрывать факт существования трудового правоотношения.

18. В рамках своей национальной политики государства-члены должны, помимо прочего, содействовать повышению роли коллективных переговоров

и социального диалога в качестве средств нахождения решений вопросам, затрагивающим сферу трудового правоотношения на национальном уровне.

III. МОНИТОРИНГ И ОСУЩЕСТВЛЕНИЕ

19. Государства-члены должны сформировать надлежащий механизм или использовать существующий механизм для мониторинга развития ситуации на рынке труда и в сфере организации труда, а также для разработки рекомендаций относительно принятия и осуществления мер, касающихся индивидуального трудового правоотношения, в рамках своей национальной политики.

20. Наиболее представительные организации работодателей и работников должны быть представлены на равной основе в рамках механизма для мониторинга развития ситуации на рынке труда и в сфере организации труда. Кроме того, в рамках этого механизма с этими организациями следует проводить консультации по мере возникновения необходимости и, в случае возможности и целесообразности, – на основе докладов экспертов или технических исследований.

21. По мере возможности, государства-члены должны осуществлять сбор информации и статистических данных, а также проводить исследования по вопросу об изменении структуры и условий труда на национальном и отраслевом уровнях, в которых бы учитывались факторы распределения между мужчинами и женщинами, а также другие соответствующие аспекты.

22. Государства-члены должны формировать специальные национальные механизмы в целях обеспечения эффективного установления факта существования трудовых отношений в рамках транснационального предоставления услуг. Следовало бы предусмотреть возможность поддержания систематических контактов и обмен информацией по данному вопросу с другими государствами.

IV. ЗАКЛЮЧИТЕЛЬНОЕ ПОЛОЖЕНИЕ

23. Настоящая Рекомендация не пересматривает Рекомендацию 1997 года о частных агентствах занятости (188), а также не может пересматривать Конвенцию 1997 года о частных агентствах занятости (181).

Приложение II.

Резолюция относительно трудового правоотношения

Генеральная конференция Международной организации труда,

созванная в Женеве Административным советом Международного бюро труда и собравшаяся 31 мая 2006 года на свою 95-ю сессию,

принявшая Рекомендацию о трудовом правоотношении,

учитывая, что пункты 19, 20, 21 и 22 рекомендуют государствам-членам сформировать и поддерживать механизмы мониторинга и осуществления, и

учитывая, что Международное бюро труда оказывает помощь всем заинтересованным сторонам Международной организации труда

лучше понимать и направлять усилия на решение сложностей, с которыми сталкиваются работники в некоторых трудовых отношениях,

предлагает Административному совету Международного бюро труда дать поручение Генеральному директору:

1. Оказывать содействие заинтересованным сторонам в применении механизмов мониторинга и реализации в национальной политике, как это предусмотрено в Рекомендации о трудовом правоотношении;

2. Поддерживать наличие современной информации и проводить сравнительные исследования по вопросу об изменении структуры и условий труда в мире с тем, чтобы:

(a) повысить качество информации и уровень понимания по вопросам трудовых правоотношений и связанных вопросов;

(b) помочь заинтересованным сторонам лучше понять и оценить эти феномены и принять надлежащие меры для защиты работников; и

(c) содействовать распространению успешного опыта определения и реализации трудового правоотношения на национальном и международном уровнях;

3. Подготовить обзор правовых систем государств-членов для выяснения критериев, применяемых государствами для определения факта существования трудового правоотношения, и предоставить результаты государствам-членам для использования по мере необходимости для развития собственных национальных подходов к этим вопросам.

Приложение III.

Глоссарий терминов

Русский	Английский	Французский	Испанский
Автономный работник: новый канадский термин, предложенный в Докладе Артура о справедливых трудовых стандартах 2006 года, чтобы обозначить статус лица, промежуточный между работником и независимым подрядчиком, который применяется по отношению к трудящимся, которые больше похожи на первых, чем на вторых	<i>Autonomous worker</i>		
Судебная практика, юридическая практика	<i>Case law, Jurisprudence</i>	Jurisprudence	Jurisprudencia
Общее право	<i>Common law</i>	Idem	Idem
Прекаризация трудовых отношений	<i>Casualisation of employment</i>	Précarisation de l'emploi	Precarización del empleo
Временный, случайный трудящийся или работник	<i>Casual/ occasional/ contingent worker or employee</i>	Travailleur occasionnel/ temporaire	Trabajador ocasional / trabajador precario
Подрядчик (также в строительстве – строительный подрядчик), субподрядчик	<i>Contractor (also in construction: builder-contractor), sub-contractor</i>	Sous-traitant, preneur d'ordres	Contratista, subcontratista
Трудовой договор / договор найма	<i>Contract of employment (employment contract)/ contract of service)</i>	Contrat de travail	Contrato de trabajo
Договор об услугах	<i>Contract <u>for</u> service</i>	Contrat d'entreprise	Contrato (de arrendamiento) de servicios o de obra

<i>Труд на основании договора/ работа, предоставляемая предприятием/ работа самостоятельно занятого лица (в зависимости от контекста)</i>	<i>Contract labour / work provided by an enterprise/ work by a self-employed person (depending on the context)</i>	Travail fourni par une entreprise / par un travailleur independeant; selon le contexte	Trabajo de empresa / de trabajador independiente , <u>según el contexto</u> Trabajo por contrata / Trabajo en regimen contratorual
<i>Трудящийся по договору / трудящийся у подрядчика/ самостоятельно занятый работник (в зависимости от контекста)</i>	<i>Contract worker / worker of a contractor / self-employed (depending on the context)</i>	Travailleur d'une entreprise sous-traitante / travailleur independent qui fournit un service en vertu d'un contrat; <u>selon le contexte</u>	Trabajador de un contraista / trabajador autónomo que presta un servicio en virtud de un contrato / trabajador contratado; <u>según el contexto</u>
<i>Субподряд/ аутсорсинг/ передача на субконтракт</i>	<i>Contracting out / outsourcing / sub-contracting</i>	Sous-traitance (d'activités) (contract commercial), externalisation	Subcontratación de obras o servicios/ externalization / tercerización
<i>Зависимый подрядчик: этот термин используется в канадском трудовом законодательстве для обозначения трудящихся, которые не являются работниками в строгом смысле слова, но не являются и независимыми подрядчиками, поскольку они больше похожи на работников в том, как они работают, и их главной характеристикой является зависимость от работодателя.</i>	<i>Dependent contractor</i>		
<i>Зависимый трудящийся</i>	<i>Dependent worker</i>	Le travailleur dépendent	Trabajador dependiente
<i>Замаскированные трудовые отношения (отличаются от недекларируемой работы)</i>	<i>Disguised employment (different from undeclared work)</i>	Travail déguisé (sous la forme d'un contrat civil ou	Trabajo encubierto, disfrazado (distinto del

		commercial (á différencier de non declare))	trabajo no declarado)
<i>Принуждение</i>	<i>Duress</i>	Contrainte, rigueur	Coacción, apremio, rigor
<i>Работник</i> (отличать от трудящегося, ниже) – физическое лицо, заключившее трудовой договор [с работодателем]	<i>Employee</i>	Salarié	Asalarido / trabajador por cuenta ajena / empleado
<i>Работодатель</i>	<i>Employer</i>	Employeur, patron	Empleador, patron, patron
- Ассоциированный работодатель (в Латинской Америке)	- <i>Associated employer</i> (in Latin America)		- empleado r complejo
- <i>Общий работодатель/ связанный работодатель:</i> в Канаде применяется к двум или более связанным организациям, которые действуют под общим контролем или управлением (например, отдельные дочерние компании в рамках холдинга (группы компаний) как один работодатель в целях коллективных переговоров или установления стандартов труда. Использование такой конструкции характерно для противодействия работодателю, осуществляющему манипуляции с организационной структурой компании, чтобы уклониться от обязанностей работодателя.	- <i>common employer / related employers</i>		
<i>Трудовое отношение</i>	<i>Employment relationship</i>	Relation de travail (ou d'emploi CDN)	Relación de trabajo
<i>Притворный договор</i>	<i>Fake contract</i>	Simulation de cotract	Contrato simulado
<i>Срочный трудовой договор</i>	<i>Fix-term contract</i>	Contrat de durée determine (CDD)	Contrato de duración determinada / por tiempo determinado
<i>Трудовой договор на неопределённый срок / трудовой договор с открытой</i>	<i>Contract without limit of time/ open-</i>	Contrat de durée	Contrato de duración

<i>датой/ бессрочный договор</i>	<i>ended contract / indefinite contract</i>	indetermine (CDI)	indeterminada / por tiempo indeterminado
<i>Договор с фиксированной оплатой/ ценой</i>	<i>Fixed-price contract</i>	Contrat au au forfait / sur commande (oppose du contrat en régie)	Rabajo por obra, contrato por obra
<i>Работа за свой счет</i>	<i>In business on one's own account</i>	Travail á compte propre	Trabajo autónomo, trabajo por cuenta propia, trabajo independiente
<i>Промежуточный</i>	<i>Intermediary</i>	Intermédiaire	Intermedio
<i>Работа неполное время по желанию работника</i>	<i>Voluntary part-time work</i>	Temps partiel constraint (par opposition á choisi)	Tiempo parcial impuesto
<i>Взаимность обязательств (в настоящее время – преобладающий тест в Великобритании) в определении трудового статуса: лежит ли на работодателе обязанность предоставить работу, и соответствует ли ей (сопутствующая) обязанность физического лица принять предложенную работу?</i>	<i>Mutuality of obligation</i>	Obligation réciproque	
<i>Объективно неоднозначные трудовые отношения</i>	<i>Objectively ambiguous employment relationship</i>	Relation de travail objectivement ambiguë	Relación de trabajo objetivamente ambigua
<i>Работа по вызову означает периоды времени, в течение которых от трудящегося требуется быть доступным на рабочем месте или в ином месте и быть готовым начать работать, когда это потребуется, но в течение которых он не выполняет работу, предусмотренную</i>	<i>On-call work</i>		

трудовым договором			
<i>Принцип приоритета фактов</i>	<i>Primacy of facts principle</i>	Principe de réalité des faits, primauté des faits	Principio de la primacía de realidad
<i>Частное агентство занятости / агентство по предоставлению временного персонала (см. Конвенцию №181) обозначает любое физическое или юридическое лицо, независимое от государственных властей, которое предоставляет услуги на рынке труда по подбору предложений работы и обращений в поисках работы, когда частное агентство занятости не становится стороной трудового отношения, которое может возникнуть.</i>	<i>Private employment agency/ temporary work agency</i>	Agency d'emploi privée, y compris entreprise de travail temporaire/ intérimaire/ bureau de placement	Agencia de empleo incluye a las empresas de trabajo temporal o de "servicios eventuales"/ agencia de colocación
<i>Зарплата/ вознаграждение (См. Конвенцию МОТ №100)</i>	<i>Salary/ remuneration</i>	Traitement, parfois salarie	Sueldo, salario
<i>Рамки трудового отношения</i>	<i>Scope of the employment relationship</i>	Champ de la relation de travail	Ámbito de la relación de trabajo
<i>Самостоятельно занятый/ независимый трудящийся (работник)/ независимый подрядчик/ фрилансер/ за свой счет</i>	<i>Self-employed/ independent worker/ independent contractor/ freelancer/ own-account</i>	Travailleur indépendant/ á son compte	Trabajador independiente , autónomo, por cuenta propia
<i>Заинтересованные лица</i>	<i>Stake-holder</i>	Partie prenante/ intéressée, partenaire	Parte interesada, asociado, interlocutor
<i>Подчиненный трудящийся</i>	<i>Subordinate worker</i>		Trabajador para subordinado (Latin America)
<i>Агентство временной занятости/ кадровое агентство (См. Конвенцию</i>	<i>Temporary employment</i>		Empresa de trabajo

№181)	<i>agency/ manpower company (See Convention No.181)</i>		temporal (ETT in Latin America)
<i>Юридическая концепция подчинения</i>	<i>Legal concept of subordination</i>	Lien juridique de subordination	Vínculo jurídico de subordinación
<i>Система Ташерона: в некоторых франко-говорящих странах Африки система, при которой независимый субподрядчик договаривается с предприятием или менеджером проекта о выполнении работы по согласованной цене</i>	<i>Tâcheron system</i>	Tâcheron system ou Maître ouvrier	
<i>Уход от налогов</i>	<i>Tax avoidance</i>	Evasion fiscale	Evasión fiscal
<i>Временный трудящийся/ работник</i> используется в двух значениях: (1) непостоянный трудящийся, работающий на основании договора на определённый срок или для выполнения определённой работы, о прекращении которой знают обе стороны (см. Конвенцию №158, статью 2(1)(а) «работник, нанятый по договору о найме на определённый срок или для выполнения определённой работы»); (2) лицо, отличающееся от трудящегося, предоставленного агентством по предоставлению временного персонала. В обоих случаях у них нет статуса постоянного работника и обычно они не получают преимуществ, связанных с постоянной работой.	<i>Temporary worker/ employee</i>		
<i>Разделение времени/ разделение работы</i>	<i>Time sharing/ job sharing</i>	Travail á temps partagé	Tiempo compartido/ subdividido
<i>Передача предприятия или части предприятия</i>	<i>Transfer of an undertaking</i>	Transfert d'une entreprise (ou d'une partie d'entreprise)	Transferecia de una empresa o parte de ella

<i>Трёхстороннее трудовое отношение</i>	<i>Triangular employment relationship</i>	Relation de travail triangulaire	Relación de trabajo triangular
<i>Пользователь/ клиент/ принципал, основная компания</i>	<i>User/ client/ the principal, the main company</i>	Utilisateur/ client/ donneur d'ordres/ maître d'ouvrage	El usuario/ el utilizador/ el dueño de la obra o faena
<i>Заработная плата (См. Конвенцию №100)</i>	<i>Wage (See Convention No.100)</i>	Salarie, gain (salarial)	Salario
<i>Работа более чем у одного работодателя</i>	<i>Work for more than one employer</i>	Multi-salariat	Multiempleo/ Trabajo para varios empleadores
<i>Трудящийся (не путать с работником, см. выше): общий термин, обозначающий людей, которые работают; концепция трудящегося включает работников, но также включает и определённых независимых подрядчиков, которые напрямую заключают договоры для работы на работодателя.</i>	<i>Worker an employer.</i>	Travailleur	Trabajador
<i>Предоставленный работник (используется в Японии и Кореи)</i>	<i>Worker dispatching</i>	Convention No.181, Art. 1 (1) (b)	
<i>Уязвимые работники: в Канаде означает работников, у которых отсутствует индивидуальная или коллективная переговорная сила. В связи с этим они менее вероятно, чем остальные, могут получить или сохранить достойную работу, и более вероятно, чем другие работают в ненадлежащих условиях и подвергаются эксплуатации. Обычно они получают низкие зарплаты и получают незначительные дополнительные преимущества, работают в неудобное время или в тяжёлых условиях, имеют ограниченный доступ к повышению квалификации (или такой доступ отсутствует), имеют плохие карьерные перспективы и относительно короткую</i>	<i>Vulnerable worker</i>		

продолжительность работы. У них часто отсутствуют знания, возможность или финансовые средства, чтобы реализовать те права, которые у них есть на основании договора.

<i>Договор с нулевой нормой рабочего времени)</i> понимается как <i>работа по вызову</i> (см. выше), при которой работнику не гарантируется определённая продолжительность рабочего времени; скорее от него или от нее требуется находиться в состоянии ожидания вызова, а право на оплату возникает только за отработанные часы.	<i>Zero-hour contract</i>	Contrat sans heures ni horaires fixed	Contrato sin horas de trabajo prefijadas
---	---------------------------	---------------------------------------	--

Приложение IV.

Применимые международные трудовые стандарты для использования при разработке национальной политики

Конвенция относительно свободы ассоциаций и защиты права на организацию, 1948 (№87)

Статья 2

Работники и работодатели без какого бы то ни было различия имеют право создавать по своему выбору организации без предварительного на то разрешения, а также право вступать в такие организации на единственном условии подчинения уставам этих последних.

Конвенция относительно применения принципов права на организацию и заключение коллективных договоров, 1949 (№98)

Статья 4

Там, где это необходимо, принимаются меры, соответствующие условиям страны, в целях поощрения и содействия полному развитию и использованию процедуры ведения переговоров на добровольной основе между работодателями или организациями работодателей, с одной стороны, и организациями работников, с другой стороны, с целью регулирования условий труда путем заключения коллективных договоров.

Конвенция о равном вознаграждении мужчин и женщин за труд равной ценности, 1951 (№100) и Конвенция о дискриминации в области труда и занятий, 1958 (№111), однозначно применяются ко всем трудящимся.

Конвенция о минимальном возрасте для приема на работу, 1973 (№ 138)

Статья 1

Каждый Член Организации, для которого настоящая Конвенция находится в силе, обязуется осуществлять национальную политику, имеющую целью обеспечить эффективное упразднение детского труда и постепенное повышение минимального возраста для приема на работу до уровня, соответствующего наиболее полному физическому и умственному развитию подростков.

Статья 2

1. Каждый Член Организации, ратифицирующий настоящую Конвенцию, указывает в заявлении, прилагаемом к документу о ратификации, минимальный возраст для приема на работу в пределах своей территории и на транспортных средствах, зарегистрированных на его территории; при условии соблюдения положений статей 4 – 8 настоящей Конвенции, ни один подросток моложе этого возраста не допускается на работу по найму или на другую работу по любой профессии.

Статья 5

3. Положения Конвенции применяются как минимум к работе в: шахтах и карьерах, обрабатывающей промышленности; строительстве; службах электро-, газо- и водоснабжения; санитарно-технической службе; транспорте, складах и службах

связи; а также на плантациях и других сельскохозяйственных предприятиях, производящих продукцию главным образом для коммерческих целей, но исключая семейные или мелкие хозяйства, производящие продукцию для местного потребления и не использующие регулярно наемных работников.

Конвенция об организациях сельских трудящихся и их роли в экономическом и социальном развитии, 1975 (№141)

Статья 2

1. В целях настоящей Конвенции выражение «сельские трудящиеся» означает любое лицо, занятое в сельских районах на сельскохозяйственных работах, в ремеслах или в смежных профессиях, независимо от того, является ли оно лицом, работающим по найму, или, в соответствии с пунктом 2 настоящей статьи, лицом, работающим за свой собственный счет, таким, как арендатор, издольщик, или мелкий землевладелец.

2. Настоящая Конвенция применяется только к тем арендаторам, издольщикам или мелким землевладельцам, которые получают свой основной доход от сельского хозяйства и которые обрабатывают землю сами или с помощью только своих семей или используют время от времени помощь третьих лиц и которые: а) не используют трудящихся на постоянной основе; или b) не используют значительного числа сезонных трудящихся; или c) не имеют участков земли, обрабатываемых арендаторами или издольщиками.

Конвенция о трехсторонних консультациях для содействия применению международных трудовых норм, 1976 (№144)

Статья 2

1. Каждый Член Международной Организации Труда, который ратифицирует настоящую Конвенцию, осуществляет процедуры, которые обеспечивают эффективные консультации между представителями правительства, работодателей и работников по вопросам, относящимся к деятельности Международной Организации Труда, упомянутым ниже в статье 5, пункт 1.

Статья 5

1. Целью процедур, предусмотренных настоящей Конвенцией, является проведение консультаций: а) по ответам правительств на вопросники, касающиеся пунктов повестки дня Международной Конференции Труда, и по замечаниям правительств к предлагаемым текстам, которые будут обсуждаться Конференцией; b) по предложениям компетентному органу или компетентным органам власти в связи с представлением конвенций и рекомендаций в соответствии со статьей 19 Устава Международной Организации Труда; c) по повторному рассмотрению через соответствующие промежутки времени не ратифицированных конвенций и рекомендаций, которые еще не применяются, с целью определения мер, которые могли бы быть приняты для содействия их применению и, в соответствующих случаях, ратификации; d) по вопросам, возникающим в связи с докладами, которые должны представляться Международному Бюро Труда согласно статье 22 Устава Международной Организации Труда; e) по предложениям о денонсировании ратифицированных конвенций.

В сочетании с ***Рекомендацией №152 [о процедуре трехсторонних консультаций для содействия применению международных трудовых норм и о национальных мероприятиях, касающихся деятельности международной организации труда]***

6. Компетентный орган власти, после консультации с представительными организациями, должен определять степень, в какой следует использовать данные процедуры с целью проведения консультаций по другим вопросам, представляющим взаимный интерес, таким как - ... б) меры, которые должны быть приняты в отношении резолюций и других заключений, принятых Международной Конференцией Труда, региональными конференциями, отраслевыми комитетами и другими совещаниями, созванными Международной Организацией Труда;

Конвенция о регулировании вопросов труда: роль, функции и организация, 1978 (№150)

Статья 6 (2)

Компетентные органы в рамках системы по регулированию вопросов труда, с учетом соответствующих международных трудовых норм -...

с) предоставляют свои услуги работодателям и работникам и их соответствующим организациям, в соответствии с национальным законодательством или правилами или практикой, с целью содействия — на национальном, региональном и местном уровнях, а также на уровне различных секторов экономической деятельности — эффективным консультациям и сотрудничеству между государственными органами власти и учреждениями и организациями работодателей и работников, а также между такими организациями...

Статья 7

Каждый Член Организации, ратифицирующий настоящую Конвенцию, содействует, если национальные условия этого требуют в целях удовлетворения потребностей возможно самого большого числа работников и в той мере, в какой такая деятельность еще не предусмотрена, расширению, и если это необходимо — поэтапно, функций системы по регулированию вопросов труда так, чтобы включить в нее деятельность, осуществляемую в сотрудничестве с другими компетентными органами, касающуюся условий труда и трудовой жизни таких категорий работников, которые по закону не являются лицами, работающими по найму, а именно: а) арендаторов, не использующих постороннюю рабочую силу, издольщиков и аналогичных категорий сельскохозяйственных работников; б) лиц, работающих не по найму, не использующих постороннюю рабочую силу, занятых в неформальном секторе, как он понимается в национальной практике; с) членов кооперативов и предприятий, управляемых работниками; d) лиц, работающих согласно обычаям или традициям.

Конвенция о защите права на организацию и процедурах определения условий занятости на государственной службе, 1978 (№151)

Статья 1

1. Настоящая Конвенция применяется ко всем лицам, нанятым органами государственной власти, если только к ним не применяются более благоприятные положения других международных трудовых конвенций.

2. Национальное законодательство или правила устанавливают, в какой мере предусмотренные в настоящей Конвенции гарантии будут применяться к служащим, занимающим посты на высоком уровне, чьи функции обычно рассматриваются как относящиеся к определению политики или к управлению, или к служащим, обязанности которых носят строго конфиденциальный характер.

3. Национальное законодательство или правила определяют, в какой мере гарантии, предусмотренные настоящей Конвенцией, применяются к вооруженным силам и полиции.

Конвенция о содействии коллективным переговорам, 1981 (№154)

Статья 2

Для целей настоящей Конвенции термин “коллективные переговоры” означает все переговоры, которые проводятся между работодателем, группой работодателей или одной или несколькими организациями работодателей, с одной стороны, и одной или несколькими организациями работников — с другой, в целях: а) определения условий труда и занятости; и/или б) регулирования отношений между работодателями и работниками; и/или с) регулирования отношений между работодателями или их организациями и организацией или организациями работников.

Конвенция о прекращении трудовых отношений по инициативе работодателя, 1982 (№158)

Статья 2

1. Настоящая Конвенция распространяется на все отрасли экономической деятельности и на всех работающих по найму лиц.

2. Член Организации может исключать из сферы применения всех или некоторых положений настоящей Конвенции следующие категории работающих по найму лиц: а) работников, нанятых по договору о найме на определенный срок или для выполнения определенной работы; б) работников, проходящих испытательный срок или приобретающих необходимый стаж, заранее установленный и имеющий разумную продолжительность; с) работников, нанятых на непродолжительный срок для выполнения случайной работы.

3. Предусматриваются соответствующие гарантии против использования договоров о найме на определенный срок, цель которых уклониться от предоставления защиты, предусмотренной настоящей Конвенцией.

и соответствующая Рекомендация [о прекращении трудовых отношений по инициативе работодателя] №166

П.2

1) Настоящая Рекомендация распространяется на все отрасли экономической деятельности и на всех работающих по найму лиц.

2) Член Организации может исключать из сферы применения всех или некоторых положений настоящей Рекомендации следующие категории работающих по найму лиц: (а) работников, нанятых по договору о найме на определенный срок или для выполнения определенной работы; (б) работников, проходящих испытательный срок или приобретающих необходимый стаж, заранее установленный и имеющий разумную продолжительность; (с) работников, нанятых на непродолжительный срок для выполнения случайной работы.

П. 3.

1) Необходимо предусмотреть соответствующие гарантии против использования договоров о найме на определенный срок, цель которых уклониться от

предоставления защиты, предусмотренной Конвенцией 1982 года о прекращении трудовых отношений и настоящей Рекомендацией.

2) С этой целью можно, например, предусмотреть одну или более из следующих мер: (a) ограничить использование договоров о найме на определенный срок случаями, когда, учитывая характер предстоящей работы или условия ее выполнения или интересы работника, эти трудовые отношения не могут устанавливаться на неопределенный срок; (b) считать договоры о найме на определенный срок, за исключением случаев, указанных в подпункте 2) а настоящего пункта, договорами о найме на неопределенный срок; (c) считать договоры о найме на определенный срок и продлевавшиеся один или несколько раз, за исключением случаев, указанных в подпункте 2) а настоящего пункта, договорами о найме на неопределенный срок.

Конвенция о частных агентствах занятости, 1997 (№181)

Статья 1

1. Применительно к настоящей Конвенции термин «частное агентство занятости» означает любое физическое или юридическое лицо, независимое от государственных органов, которое предоставляет одну или более из следующих услуг на рынке труда: (a) услуги, направленные на выравнивание предложений рабочих мест и спроса на них, причем частное агентство занятости не становится стороной в трудовых отношениях, могущих при этом возникать; (b) услуги, состоящие в найме работников с целью предоставления их в распоряжение третьей стороны, которая может быть физическим или юридическим лицом (далее именуемым «предприятие-пользователь»), устанавливающим им рабочие задания и контролирующим их выполнение...

Статья 11

Государство-член принимает в соответствии с национальным законодательством и практикой необходимые меры, обеспечивающие адекватной защитой работников, нанятых частными агентствами занятости, которые определены выше в пункте 1 b) статьи 1, в отношении: (a) свободы ассоциации; (b) ведения коллективных переговоров; (c) минимальной заработной платы; (d) продолжительности рабочего времени и других условий труда; (e) пособий по предусмотренному законодательством социальному обеспечению; (f) доступа к профессиональной подготовке; (g) безопасных и здоровых условий труда; (h) возмещения в случае несчастного случая на производстве или профессионального заболевания; (i) возмещения в случае банкротства и защиты требований работников; (j) охраны материнства и пособий по беременности и родам, а также защиты родителей ребенка и пособий им.

Статья 12

Государство-член определяет и возлагает в соответствии с национальным законодательством и практикой на частные агентства занятости, предоставляющие услуги, указанные в пункте 1 b) статьи 1, и на предприятия-пользователи соответствующую ответственность в отношении: (a) ведения коллективных переговоров; (b) минимальной заработной платы; (c) продолжительности рабочего времени и других условий труда; (d) пособий по предусмотренному законодательством социальному обеспечению; (e) доступа к профессиональной подготовке; (f) защиты в области безопасных и здоровых условий труда; (g) возмещения в случае несчастного случая на производстве или профессионального заболевания; (h) возмещения в случае банкротства и защиты требований

работников; (i) охраны материнства и пособий по беременности и родам, а также защиты родителей ребенка и пособий им.

И соответствующая **Рекомендация [о частных агентствах занятости] №188**

П. 5.

Работники, нанятые частными агентствами занятости, которые определены в пункте 1 b) статьи 1 Конвенции, должны, в случае необходимости, иметь письменный трудовой договор, в котором указываются условия их найма. Эти работники должны, как минимум, быть информированы об условиях их найма до того, как они практически приступят к выполнению своих обязанностей.

П. 6.

Частные агентства занятости не должны предоставлять работников в распоряжение предприятия-пользователя для замены работников этого предприятия, которые проводят забастовку.

П. 8.

Частные агентства занятости:

a) не должны сознательно производить набор, трудоустройство или найм работников для работ, связанных с неприемлемыми опасностями или рисками, или для работ, где эти работники могут стать жертвами злоупотреблений или дискриминации любого рода;

b) должны информировать трудящихся-мигрантов, по мере возможности на их родном языке или на языке, который они хорошо понимают, о характере предлагаемой работы и действующих условиях найма.

Конвенция о профессиональной реабилитации и занятости инвалидов, 1983 (№159)

Статья 1

1. Для целей настоящей Конвенции термин "инвалид" означает лицо, возможности которого получать, сохранять подходящую работу и продвигаться по службе значительно ограничены в связи с надлежащим образом подтвержденным физическим или психическим дефектом.

2. Для целей настоящей Конвенции каждый Член Организации считает задачей профессиональной реабилитации обеспечение инвалиду возможности получать, сохранять подходящую работу и продвигаться по службе, способствуя тем самым его социальной интеграции или ре-интеграции.

Статья 2

Каждый Член Организации в соответствии с национальными условиями, практикой и возможностями разрабатывает, осуществляет и периодически пересматривает национальную политику в области профессиональной реабилитации и занятости инвалидов.

Статья 3

Указанная политика направлена на то, чтобы соответствующие меры по профессиональной реабилитации распространялись на все категории инвалидов, а также на содействие возможностям занятости инвалидов на свободном рынке труда.

Конвенция о коренных народах и народах, ведущих племенной образ жизни в независимых странах, 1989 (№169)

Статья 20

1. Правительства, в рамках своих национальных законодательств и правил в сотрудничестве с соответствующими народами, принимают специальные меры в отношении найма и условий занятости работников, если они не получают эффективной защиты по законам, распространяющимся на всех работников.

2. Правительства делают все возможное для недопущения какой-либо дискриминации между работниками, принадлежащими к соответствующим народам, и другими работниками, в частности в следующих вопросах:

a) доступ к занятости, включая квалифицированный труд, а также меры по профессиональному продвижению и росту;

b) равное вознаграждение за труд равной ценности;

c) медицинская и социальная помощь, безопасность и гигиена труда, все виды пособий по социальному обеспечению и любые другие виды льгот, связанные с производством, а также жилье;

d) право на объединение и на свободное участие в любой законной профсоюзной деятельности, а также право заключать коллективные договоры с работодателями или с организациями работодателей.

3. Принятые меры включают меры, обеспечивающие:

a) чтобы работники, принадлежащие к соответствующим народам, включая сезонных и временных работников и работников-мигрантов, занятых сельскохозяйственной и другой работой, а также тех, кто нанят вербовщиками, пользовались защитой, предоставляемой национальным законодательством и национальной практикой для других таких работников в тех же секторах, и чтобы они получали полную информацию об имеющихся у них правах по трудовому законодательству и о средствах защиты их прав;

b) чтобы работники, принадлежащие к соответствующим народам, не ставились в условия, представляющие опасность для их здоровья, в частности в связи с воздействием пестицидов и других токсических веществ;

c) чтобы работники, принадлежащие к соответствующим народам, не были объектом систем принудительного найма, включая кабальный труд и другие формы долговой зависимости;

d) чтобы работники, принадлежащие к соответствующим народам, пользовались равными для мужчин и женщин возможностями и равным обращением в занятости и были защищены от попыток склонения к сожительству.

4. Особое внимание обращается на создание компетентных служб инспекции труда в тех районах, где работают по найму работники, принадлежащие к соответствующим народам, в целях обеспечения соблюдения положений данного раздела настоящей Конвенции.

Конвенция о работе на условиях неполного рабочего времени, 1994 (№175)

Статья 9

1. Принимаются меры, облегчающие доступ к производительной и свободно избранной работе на условиях неполного рабочего времени, отвечающей интересам

как предпринимателей, так и трудящихся, при условии обеспечения предусмотренной в вышеприведенных статьях 4-7 правовой охраны.

2. Эти меры включают: (а) пересмотр законодательства, способного воспрепятствовать работе на условиях неполного рабочего времени или даже согласия на нее, или вызвать негативное отношение к ней; (б) использование служб занятости, где таковые существуют, для выявления имеющихся возможностей трудоустройства на условиях неполного рабочего времени и ознакомления с ними в ходе информационной деятельности и деятельности по трудоустройству; (с) особое внимание в рамках политики в области занятости к нуждам и пожеланиям отдельных групп, таких как безработные, трудящиеся с семейными обязанностями, пожилые трудящиеся, трудящиеся-инвалиды и трудящиеся, посещающие курсы общего образования или профессиональной подготовки.

3. Эти меры могут также включать проведение исследований и распространение информации о том, в какой степени работа на условиях неполного рабочего времени отвечает экономическим и социальным целям предпринимателей и трудящихся.

Конвенция об охране материнства, 2000 (№183)

Статья 2

1. Настоящая Конвенция применяется ко всем работающим по найму женщинам, включая женщин, занятых нетипичными формами зависимого труда.

Конвенция о принудительном или обязательном труде, 1930 (№29)

Статья 1

1. Каждый Член Международной Организации Труда, который ратифицирует настоящую Конвенцию, обязуется упразднить применение принудительного или обязательного труда во всех его формах в возможно кратчайший срок.

Статья 4

1. Компетентные власти не должны ни предписывать, ни разрешать предписывать принудительный или обязательный труд в пользу частных лиц, компаний или обществ.

2. Если подобная форма принудительного или обязательного труда в пользу частных лиц, компаний или обществ существует к моменту, когда ратификация настоящей Конвенции каким-либо Членом Организации зарегистрирована Генеральным Директором Международного Бюро Труда, этот Член Организации полностью упразднит такой принудительный или обязательный труд с момента вступления для него в силу настоящей Конвенции.

Конвенция о работниках-мигрантах (пересмотренная), 1949 (№97)

Статья 2

Каждый Член Организации, для которого настоящая Конвенция находится в силе, обязуется учредить компетентную и бесплатную службу помощи работникам-мигрантам, в частности снабжающую их точной информацией, или удостовериться, что в его стране уже существует такая служба.

Конвенция о злоупотреблениях в области миграции и об обеспечении работникам-мигрантам равенства возможностей и обращения, 1975 (№143)

Статья 10

Каждый Член Организации, для которого настоящая Конвенция находится в силе, обязуется разработать и осуществлять национальную политику, направленную на содействие и гарантию при помощи методов, соответствующих национальным условиям и практике, равенства возможностей и обращения в отношении труда и занятий, социального обеспечения, профсоюзных и культурных прав и индивидуальных и коллективных свобод для лиц, находящихся на законных основаниях на его территории в качестве работников-мигрантов или членов их семей.

Статья 12

Каждый Член Организации методами, соответствующими национальным условиям и практике:

g) гарантирует равенство обращения относительно условий труда всем работникам-мигрантам, выполняющим одинаковую операцию, какими бы особыми ни являлись условия их занятости.

Конвенция о трудовых статьях в договорах, заключаемых государственными органами власти, 1949 (№ 94)

Статья 3

В тех случаях, когда соответствующие положения, относящиеся к здравоохранению, безопасности и социальному обслуживанию работников, работающих по договорам, не являются уже применимыми в силу законодательства страны, коллективного договора или арбитражного решения, компетентный орган власти принимает необходимые меры для обеспечения соответствующим работникам справедливых и разумных условий в области здравоохранения, безопасности и социального обслуживания.

Рекомендация 192 [о безопасности и гигиене труда в сельском хозяйстве], 2001 (№192)

Самостоятельно занятые фермеры

13. 1) В соответствии с национальным законодательством и практикой компетентный орган должен принимать меры, обеспечивающие, чтобы самостоятельно занятые фермеры пользовались охраной и гигиеной труда, предусмотренной положениями Конвенции.

2) Эти меры должны включать:

- a) разработку положений о постепенном распространении на самостоятельно занятых фермеров сферы действия соответствующих служб гигиены труда;
- b) постепенную разработку процедур для включения самостоятельно занятых фермеров в систему уведомления о несчастных случаях на производстве и профессиональных заболеваниях и их регистрации;
- c) разработку рекомендаций, учебных программ и материалов, а также соответствующее консультирование и обучение самостоятельно занятых фермеров, чтобы охватить, в частности, вопросы:

i) обеспечения охраны и гигиены их труда, а также охраны и гигиены труда тех, кто работает с ними, учитывая связанные с трудовой деятельностью факторы риска, включая опасность нарушения опорно-мышечного аппарата, выбор и использование химических и биологических веществ, проектирование безопасных производственных систем, выбор, использование и техническое обслуживание средств индивидуальной защиты, машин, инструментов и приспособлений;

ii) обеспечения того, чтобы на вредных и опасных работах не использовался труд детей.

14. Если экономические, социальные и административные условия не позволяют включать в систему национального или добровольного страхования самостоятельно занятых фермеров и их семьи, в том числе малообеспеченных лиц, ведущих натуральное хозяйство, то государства-члены должны принимать меры для постепенного распространения ее сферы охвата до уровня, предусмотренного в статье 21 Конвенции. Этого можно было бы достичь за счет следующих средств:

a) создание специальных страховых систем или фондов;

b) адаптация существующих систем социального обеспечения.

15. В ходе реализации вышеуказанных мер, касающихся самостоятельно занятых фермеров, необходимо учитывать особое положение:

a) мелких арендаторов и издольщиков;

b) мелких собственников сельскохозяйственных предприятий;

c) лиц, участвующих в работе сельскохозяйственных коллективных предприятий, например членов кооперативов фермерских хозяйств;

d) членов семьи, устанавливаемых в соответствии с национальными законодательством и практикой;

e) фермеров, ведущих натуральное хозяйство;

f) других самостоятельно занятых работников сельского хозяйства, в соответствии с национальными законодательством и практикой.

Рекомендация о содействии развитию кооперативов, 2002 (№193)

П. 8.

Национальная политика, помимо прочего, должна быть направлена на: ...

b) обеспечение того, чтобы кооперативы не создавались и не использовались в целях нарушения трудового законодательства или для установления скрытых трудовых отношений, а также на борьбу с псевдокооперативами, нарушающими права работников, за счет контроля за применением трудового законодательства на всех предприятиях.

Приложение V.

Перечень критериев, подлежащих учету при разработке национальной политики

- ☐ Были ли проведены **консультации** с социальными партнерами по вопросам развития рынка труда, включая вопросы (например, недостаточная защищенность определенных работников), касающиеся трудового правоотношения?
- ☐ Нашли ли результаты этих консультаций отражение при выработке **национальной политики**?
- ☐ Содержится ли в национальной политике **четкое руководство** для работников, работодателей и их организаций относительно того, как определять наличие или отсутствие трудового отношения?
- ☐ Является ли национальная политика **гендерно-чувствительной**?
- ☐ Уделяется ли в национальной политике внимание существующим в стране **уязвимым группам**, которым может потребоваться специальная помощь в доказывании наличия трудового правоотношения?
- ☐ Является ли национальная политика **целостной**?
- ☐ Существует ли в национальной политике **презумпция** наличия трудового правоотношения?
- ☐ Позволяет ли национальная политика перенести **бремя доказывания** наличия трудового правоотношения с работника, заявляющего о наличии такого правоотношения, на другую сторону?
- ☐ Перечисляются ли в национальной политике **критерии**, являющиеся опорными точками, позволяющие определить, существует ли трудовое правоотношение?
- ☐ Какие существуют национальные учреждения с целью **мониторинга развития рынка труда**, и используются ли их доклады и информация для установления необходимости принятия мер в области трудовых правоотношений?
- ☐ Какие формы международного сотрудничества могут использоваться для налаживания развития в области трудовых отношений при трансграничных перемещениях работников?