

И. В. ШОЛОМИЦКАЯ

ВЗАИМОСВЯЗЬ ТРУДОВЫХ И ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВЫХ ОТНОШЕНИЙ В ИТ-СФЕРЕ

В статье исследуется проблема сокрытия трудовых отношений в сфере информационных технологий и подмена их гражданско-правовыми отношениями. Изучаются основные отличия трудовых и гражданских договоров. Анализируется возможность использования опционов с ИТ-работниками.

Ключевые слова: информационные технологии; коммерческая тайна; опционы; подмена трудовых отношений; разграничения трудовых и гражданско-правовых договоров; сокрытие трудовых отношений.

УДК 349.22

В современных реалиях ИТ-сфера переживает настоящий расцвет: появляются все новые технологии, разрабатываются инновационные программные решения, происходят прорывы во многих областях — от криптографии до искусственного интеллекта.

Благодаря сильной технической школе, высококвалифицированным кадрам, низким издержкам в секторе, ценовой конкурентоспособности белорусских ИТ-компаний, а также вовремя предоставленным по Декрету от 21. 12. 2017 г. № 8 «О развитии цифровой экономики» льготам (в первую очередь — резидентам Парка высоких технологий) в Республике Беларусь активно развивается не только экспортная модель разработки программного обеспечения, но и продуктовая [1, с. 172].

Сегодня в Республике Беларусь складывается ситуация, в которой трудовое законодательство еще не вполне соответствует опережающей его практике применения нестандартных форм занятости, свойственных ИТ-сфере (работа на базе «облачных» технологий, работа водителей в рамках сервисов такси «Убер» и «Яндекс.Такси», дистанционная работа и т. д.) [2, с. 296 — 297].

Также не теряет своей актуальности в ИТ-сфере проблема сокрытия реальных трудовых отношений или подмена их гражданско-правовыми отношениями. Более того, в эпоху столь активного развития цифровой экономики она и вовсе получает новое звучание за счет закономерной трансформации трудовых отношений.

Наиболее распространенным способом сокрытия трудовых отношений является их внедоговорная форма. Чуть менее распространенным способом сокрытия трудовых отношений в ИТ-сфере является их прикрытие различного рода гражданско-правовыми договорами. Это делается нанимателями чаще всего с целью снижения налогооблагаемой базы.

Следует понимать, что подобного рода действия нарушают конституционные права гражданина на здоровые и безопасные условия труда (ст. 41), на справедливую долю вознаграждения не ниже уровня, обеспечивающего ему

Ирина Викторовна ШОЛОМИЦКАЯ (irina.sholomickaya@bk.ru), аспирантка кафедры гражданско-правовых дисциплин Белорусского государственного экономического университета (г. Минск, Беларусь).

и его семье свободное и достойное существование (ст. 42), права на отдых (ст. 43)*, а также лишает гражданина ряда социальных гарантий, предусмотренных трудовым законодательством.

Тем не менее спор о возможности четкого разграничения трудовых и гражданско-правовых договоров в юридической литературе ведется уже более века. Еще основоположник отрасли трудового права Л. С. Таль утверждал, что несмотря на коренную разницу между трудовым договором и договорами о самостоятельном труде, проведение резкой грани между ними оказывается практически невозможным. «В хозяйственной жизни они часто так близко соприкасаются и, благодаря их эластичности, типичные особенности каждой из них в такой мере сглаживаются, что получают промежуточные формы, сильно затрудняющие их точное разграничение. <...> Там, где в жизни нет точно и строго очерченных границ, их не может быть также в праве и практические затруднения при квалификации междутипных или смешанных форм неизбежны» [3, с. 139].

Современные праведы придерживаются иной позиции и ищут универсальные совокупности признаков, отличающих трудовой договор от гражданско-правовых договоров о труде, применимые к каждой спорной ситуации без каких-либо оговорок, находящихся за пределами классификационных критериев [4, с. 11].

Как указывает В. М. Пустозерова, предметом трудового договора является рабочая сила конкретного человека. Понятие «рабочая сила» определяется как совокупность физических и духовных способностей человека. Хотя рабочая сила и является товаром, она неотделима от личности человека, поэтому она не переходит в собственность покупателя, а передается ему во временное пользование. С экономической точки зрения трудовой договор — это договор купли-продажи рабочей силы, а по юридической природе — договор о найме труда [5, с. 7].

Гражданско-правовые договоры, как правило, применяются для выполнения конкретной работы, направленной на получение результатов труда (предметом является о вещественный результат труда), и по достижении этой цели договор считается исполненным и прекращает свое действие.

Именно выполнение работником конкретной функции, неразрывно связанное с подчинением внутреннему трудовому распорядку, и отграничивает трудовой договор от гражданско-правовых договоров, предметом которых является лишь определенный результат труда, выполнение индивидуального трудового задания (заказа, поручения), осуществляемого без подчинения исполнителя работы внутреннему трудовому распорядку, который установлен на предприятии [6, с. 39].

Для большинства ученых основным критерием разграничения трудового и смежных с ним гражданско-правовых договоров является самостоятельность труда или ее отсутствие. Как утверждает М. Ю. Тихомиров, при несамостоятельном труде рабочей силой работника распоряжается не сам работник, а наниматель в рамках предприятия, учреждения; в рамках гражданско-правовых отношений исполнитель работ по договору (подрядчик, автор и др.) сам организует свой труд и на него не распространяются правила внутреннего трудового распорядка нанимателя [7, с. 4].

*Конституция Республики Беларусь : с изм. и доп., принятыми на респ. референдумах 24 нояб. 1996 г. и 17 окт. 2004 г. — Минск : Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь, 2019. — 62 с.

Трудовое законодательство Республики Беларусь закрепляет за каждым лицом, работающим по трудовому договору, ряд существенных гарантий. К ним относится запрет на необоснованный отказ в приеме на работу, запрет на дискриминацию работника, а также закрепление за работником права на ежегодный отпуск, социальное страхование посредством уплаты нанимателем взносов в Фонд социальной защиты населения Министерства труда и социальной защиты Республики Беларусь (ФСЗН) и другие трудовые и социальные преимущества. В то время как лицо, работающее по гражданско-правовому договору, не имеет права на оплачиваемый нанимателем отпуск и больничный, а их социальное страхование осуществляется только при условии уплаты самостоятельной уплаты ими взносов в ФСЗН.

На практике наиболее распространенной схемой сокрытия трудовых отношений в IT-сфере со стороны нанимателя является принудительный перевод сотрудников в статус индивидуальных предпринимателей. Таким образом, гражданско-правовой договор (к примеру — договор подряда, договор возмездного оказания услуг и т. д.), заключенный с работником — индивидуальным предпринимателем, прикрывает фактические трудовые отношения и по решению суда может быть признан притворной сделкой. Правовыми последствиями такого признания будут взыскание в бюджет сумм неправильно и несвоевременно уплаченных налогов, а также привлечение нанимателя к административной ответственности*.

Законодательство Республики Беларусь также допускает заключение договоров подряда с физическими лицами, не являющимися индивидуальными предпринимателями. Гражданский кодекс Республики Беларусь определяет *предпринимательскую деятельность* как самостоятельную деятельность юридических и физических лиц, осуществляемую ими в гражданском обороте от своего имени, на свой риск и под свою имущественную ответственность и направленную на систематическое получение прибыли от пользования имуществом, продажи вещей, произведенных, переработанных или приобретенных указанными лицами для продажи, а также от выполнения работ или оказания услуг, если эти работы или услуги предназначаются для реализации другим лицам и не используются для собственного потребления**.

Существует большая вероятность, что деятельность физического лица, не являющегося индивидуальным предпринимателем, но выполняющего работы (оказывающего услуги) и систематически получающего за это оплату, может быть расценена уполномоченными органами как незаконная предпринимательская деятельность. Он лишается не только предусмотренных трудовым законодательством прав и гарантий, но и может быть привлечен к юридической ответственности.

В соответствии с гл. 39 Трудового кодекса Республики Беларусь контроль и надзор за соблюдением законодательства о труде осуществляется органами государственного управления и иными государственными организациями,

*Кодекс Республики Беларусь об административных правонарушениях [Электронный ресурс] : Кодекс Респ. Беларусь, 21 апр. 2003 г., № 194-З : в ред. Закона Респ. Беларусь от 17 июля 2019 г. № 232-З // КонсультантПлюс. Беларусь / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. — Минск, 2019.

** Гражданский кодекс Республики Беларусь [Электронный ресурс] : Кодекс Респ. Беларусь, 7 дек. 1998 г. № 218-З : в ред. Закона Респ. Беларусь от 17 июля 2019 г., № 232-З // КонсультантПлюс. Беларусь / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. — Минск, 2019.

подчиненными Правительству Республики Беларусь, местными исполнительными и распорядительными органами, органами прокуратуры, профсоюзами*.

При проведении проверок при разграничении трудовых и гражданско-правовых отношений в IT-сфере контролирующие органы обычно обращают внимание на следующие обстоятельства:

- 1) наличие/отсутствие предшествующих трудовых отношений между сторонами в гражданско-правовом договоре;
- 2) наличие или отсутствие у физического лица иных клиентов/заказчиков;
- 3) наличие в самих договорах указаний на конкретную должность и должностные обязанности физического лица, применение в них терминологии из трудового законодательства;
- 4) использование лицом для работы собственного оборудования или имущества и оборудования нанимателя;
- 5) наличие отношений субординации или равенство сторон;
- 6) постоянное местонахождение физического лица на территории нанимателя;
- 7) подчинение лица локальным правовым актам и режиму рабочего времени нанимателя, осуществляется ли предоставление отпусков;
- 8) порядок и сроки оплаты деятельности физического лица (оплата фактически отработанного времени за определенный период или оплата конкретного результата работы);
- 9) наличие сметы, технических заданий и графика выполнения работ;
- 10) прекращение действия гражданского договора по достижении результата или нет и т. д.

Факт наличия или отсутствия сокрытия трудовых отношений устанавливается контролирующими органами в каждом случае индивидуально.

Однако контроль за соблюдением нанимателями трудового законодательства нельзя отнести к исключительной ответственности государства в лице его органов. Не следует забывать о личной ответственности каждого гражданина за обеспечение соблюдения нанимателем его законных прав и обязанностей. Гражданин, считающий что его права ущемлены, сам должен бороться за их восстановление. В случае понуждения нанимателем заключения гражданско-правового договора вместо трудового или в случае наличия скрытых трудовых правоотношений гражданин может обратиться в суд для защиты своих прав с иском о признании гражданско-правового договора трудовым договором и о понуждении нанимателя к заключению трудового договора.

Не стоит забывать о рисках, которые несет сокрытие трудовых отношений для самого нанимателя. В IT-сфере это не только осложнение отношений с контролирующими и налоговыми органами, но и риски привлечения к юридической ответственности. Также велики риски конфискации переданного нанимателем оборудования (в случае привлечения физического лица к ответственности за осуществление незаконной предпринимательской деятельности, которая осуществлялась с использованием этого оборудования).

Итак, сокрытие трудовых отношений в IT-сфере с целью сокрытия налогооблагаемой базы несет существенные риски как для самого работника, так и для нанимателя.

Кроме того, сокрытие трудовых отношений или подмена их гражданско-правовыми отношениями негативным образом отражается на мотивации

*Трудовой кодекс Республики Беларусь [Электронный ресурс] : Кодекс Респ. Беларусь, 26 июля 1999 г., № 296-З : в ред. Закона Респ. Беларусь от 17 июля 2018 г. № 124-З // КонсультантПлюс. Беларусь / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. — Минск, 2019.

работников. Они знают, что наниматель экономит за счет лишения их предусмотренных законодательством прав и гарантий, и не заинтересованы выполнять свои обязанности добросовестно. Для нанимателя это всегда повышает риски получения некачественного ИТ-продукта, а также несет дополнительные риски потери прав интеллектуальной собственности, риски потери клиентов и разглашения коммерческой тайны.

Сохранение коммерческой тайны в такой инновационной области, как ИТ, играет огромную роль не только в судьбе отдельного предприятия, но и в экономике всей страны.

В настоящее время в области ИТ-технологий наиболее развитыми системами разработок и защиты прав собственности являются США, страны Евросоюза, Китай, Индия, Япония и ряд других. При этом основную роль в обеспечении сохранности коммерческой тайны играют сами фирмы, а не государственные органы [8, с. 69].

Анализируя международный опыт, следует отметить, что японский бизнес менее всего страдает от утечки информации. Это связано с воспитанием у сотрудников чувства патернализма, когда они считают себя членами одной семьи. Патернализм естественным образом формируется посредством применения существующей в этой стране системы «пожизненного найма». Она зародилась в Японии еще после Второй мировой войны и до сих пор применяется в отношении трети всех работников. Известный основатель и руководитель фирмы Sony Акио Морита утверждал, что когда нет преданности, которая приходит с долгосрочной занятостью, то нет возможности положить конец утечке информации и воровству, от которых повседневно страдает бизнес на Западе [9, с. 7].

Для сохранения коммерчески важной информации нанимателям необходимо заключать с работниками долгосрочные трудовые договоры, формируя у них тем самым уверенность в завтрашнем дне.

По нашему мнению, это также позволит избежать рисков возникновения на территории Республики Беларусь социально-трудовых конфликтов. К примеру, в Российской Федерации уже имеют место многочисленные конфликты, напрямую не вытекающие из легальных трудовых отношений между работодателями и работниками (так называемые смежные конфликты). По данным Научно-мониторингового центра «Трудовые конфликты», в 2019 г. в регионах Российской Федерации было зафиксировано 56 массовых общественных протестов водителей такси против низких тарифов, устанавливаемых такими службами заказа и агрегаторами, как «Яндекс.Такси» и «Убер» [10].

Что касается применения реальных инструментов, которые способны оптимизировать затраты нанимателя на оплату труда, но в то же время сохранить именно трудовые отношения с работниками в сфере ИТ, то, по нашему мнению, ими могут выступать опционы. Работник имеет право купить акции компании по цене значительно ниже рыночной, а в последующем получать по ним дивиденды либо продать их по рыночной цене.

Опционы с работниками — это общепринятая мировая практика в ИТ-компаниях, когда ключевых участников команды стимулируют не только вознаграждением, но и долей от прибыли компании; участием в доле прибыли от сделки по продаже стартапа. Более того, как раз стартапам инструмент опциона помогает привлечь квалифицированные кадры. Обычно, не имея возможности «сорить» деньгами инвесторов и платить выше рынка, стартапы готовы при этом делить прибыль с ключевыми работниками в случае своего будущего успеха [11, с. 287].

Таким образом, на сегодняшний день опционы с работниками — один из самых успешных мотиваторов для наемного IT-работника, так как предоставляет ему часть прав акционера. Этот инструмент представляется нам самым эффективным и в сохранении режима коммерческой тайны, поскольку предусматривает личную материальную заинтересованность сотрудников в экономическом успехе компании-нанимателя. Кроме того, за счет применения опционов с работниками наниматель сможет оптимизировать свои затраты на оплату их труда (в первую очередь за счет того, что такой работник с большей долей вероятности согласится на меньшую заработную плату, размер которой напрямую отражается на налоговых затратах нанимателя) без необходимости нарушения законодательства или ущемления прав работников посредством сокрытия трудовых отношений или подмены их гражданско-правовыми отношениями. Ввиду изложенного, представляется вероятным законодательное закрепление возможности использовать опционы с работниками IT-компаниям, не входящим в состав Парка высоких технологий.

Литература и электронные публикации в Интернете

1. Шоломицкая, И. В. Введение режима коммерческой тайны в IT-компаниях // И. В. Шоломицкая // Магистер. вестн. : сб. науч. работ магистрантов и аспирантов : в 3 ч. ; редкол.: М. Г. Жилинский [и др.]. — Минск : ИВЦ Минфина, 2018. — Ч. 3. Социальные науки. — С. 172—176.

Sholomitskaya, I. V. Vvedenie rezhima kommercheskoy tayny v IT-kompanii [Introduction of the trade secret regime in IT-companies] / I. V. Sholomitskaya // Magister. vestn. : sb. nauch. rabot magistrantov i aspirantov : v 3 ch. ; redkol.: M. G. Zhilinskiy [i dr.]. — Minsk : IVTs Minfina, 2018. — Ch. 3. Sotsial'nye nauki. — P. 172—176.

2. Таранова, Т. С. Нестандартные формы занятости: мобильность рабочих мест и защита трудовых прав работников / Т. С. Таранова, А. В. Ясинская-Казаченко // Экономический рост Республики Беларусь: глобализация, инновационность, устойчивость : материалы XII междунар. науч.-практ. конф., Минск, 16 мая 2019 г. / Белорус. гос. экон. ун-т ; редкол.: В. Н. Шимов [и др.]. — Минск, 2019. — С. 296—298.

Taranova, T. S. Nestandartnye formy zanyatosti: mobil'nost' rabochikh mest i zashchita trudovykh prav rabotnikov [Non-standard forms of employment: job mobility and protection of labor rights of workers] / T. S. Taranova, A. V. Yasinskaya-Kazachenko // Ekonomicheskiy rost Respubliki Belarus': globalizatsiya, innovatsionnost', ustoychivost' : materialy XII mezhdunar. nauch.-prakt. konf., Minsk, 16 maya 2019 g. / Belorus. gos. ekon. un-t ; redkol.: V. N. Shimov [i dr.]. — Minsk, 2019. — P. 296—298.

3. Таль, Л. С. Трудовой договор: Цивилистическое исследование / Л. С. Таль. — М : Статут, 2006. — 539 с.

Tal', L. S. Trudovoy dogovor: Tsivilisticheskoe issledovanie [Employment contract: Civilistic research] / L. S. Tal'. — M : Statut, 2006. — 539 p.

4. Харитонов, М. М. Универсальные критерии, отличающие трудовой договор от гражданско-правовых договоров о труде : науч.-практ. пособие / М. М. Харитонов. — М. : Эдитус, 2015. — 158 с.

Kharitonov, M. M. Universal'nye kriterii, otlichayushchie trudovoy dogovor ot grazhdansko-pravovykh dogovorov o trude [Universal criteria distinguishing an employment contract from civil law labor contracts] : nauch.-prakt. posobie / M. M. Kharitonov. — M. : Editus, 2015. — 158 p.

5. Пустозерова, В. М. Трудовой договор. Практические рекомендации / В. М. Пустозерова. — М. : Приор, 2000. — 129 с.

Pustozeroval, V. M. Trudovoy dogovor. Prakticheskie rekomendatsii [Employment contract. Practical recommendations] / V. M. Pustozeroval. — M. : Prior, 2000. — 129 p.

6. Крапивин, О. М. Трудовое корпоративное право : учеб.-практ. пособие / О. М. Крапивин, В. И. Власов. — М. : Норма — Инфра-М, 2000. — 382 с.

Krapivin, O. M. Trudovoe korporativnoe pravo [Labor corporate law] : ucheb.-prakt. posobie / O. M. Krapivin, V. I. Vlasov. — M. : Norma — Infra-M, 2000. — 382 p.

7. *Тихомиров, М. Ю.* Трудовые контракты / М. Ю. Тихомиров. — М. : Издательство г-на Тихомирова М. Ю., 1999. — 208 с.

Tikhomirov, M. Yu. Trudovye kontrakty [Labor contracts] / M. Yu. Tikhomirov. — M. : Izdatel'stvo g-na Tikhomirova M. Yu., 1999. — 208 p.

8. *Токарев, Р. Б.* Патентные стратегии IT-компаний / Р. Б. Токарев // Маркетинг. — 2015. — № 5 (144). — С. 64–78.

Tokarev, R. B. Patentnye strategii IT-kompaniy [Patent strategies of IT-companies] / R. B. Tokarev // Marketing. — 2015. — N 5 (144). — P. 64–78.

10. *Соловьев, Э. Я.* Коммерческая тайна и ее защита / Э. Я. Соловьев. — М. : Ось-89, 2001. — 128 с.

Solov'ev, E. Ya. Kommercheskaya tayna i ee zashchita [Commercial secret and its protection] / E. Ya. Solov'ev. — M. : Os'-89, 2001. — 128 p.

11. Бюллетень проекта «Социально-трудовые конфликты» [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://xp-89-slc1aahj0a6h.xn-p1ai/f/w-47-2019.pdf>. — Дата доступа: 05.12.2019.

12. *Шоломицкая, И. В.* Применение международного опыта в работе с кадрами как основной способ сохранения коммерческой тайны в IT-компаниях / И. В. Шоломицкая // Международные трудовые стандарты и национальное законодательство о труде и социальном обеспечении (к 100-летию МОТ) : сб. науч. тр. V Междунар. науч.-практ. конф., Минск, 1–2 нояб. 2019 г. / Междунар. ун-т «МИТСО ; редкол.: К. Л. Томашевский [и др.]. — Минск, 2019. — С. 281–287.

Sholomitskaya, I. V. Primenenie mezhdunarodnogo opyta v rabote s kadrami kak osnovnoy sposob sokhraneniya kommercheskoy tayny v IT-kompanii [The use of international experience in working with personnel as the main way to maintain trade secrets in IT-companies] / I. V. Sholomitskaya // Mezhdunarodnye trudovye standarty i natsional'noe zakonodatel'stvo o trude i sotsial'nom obespechenii (k 100-letiyu MOT) : sb. науч. tr. V Mezhdunar. науч.-prakt. konf., Minsk, 1–2 noyab. 2019 g. / Mezhdunar. un-t «MITSO ; redkol.: K. L. Tomashevskiy [i dr.]. — Minsk, 2019. — P. 281–287.

IRYNA SHALAMITSKAYA

**INTERCONNECTION OF LABOR
AND CIVIL LEGAL RELATIONS IN IT SPHERE**

Author affiliation. *Iryna SHALAMITSKAYA* (irina.sholomickaya@bk.ru), *Belarus State Economic University (Minsk, Belarus).*

Abstract. The article examines the problem of concealment of labor relations in the IT sphere and their substitution by civil legal relations. Basic differences of employment and civil contracts are considered. The opportunity to use options for IT employees is analyzed.

Keywords: information technologies; commercial secret; options; substitutions of labor relations; delimitation of labor and civil legal contracts; concealment of labor relations.

UDC 349.22

*Статья поступила
в редакцию 29.01. 2020 г.*