

## ЩОДО ПИТАННЯ СПІВВІДНОШЕННЯ МІЖ ТРУДОВИМ І ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВИМ ДОГОВОРОМ В ІТ-СФЕРІ

### TO THE QUESTION OF RELATIONSHIP BETWEEN LABOR AND CIVIL AGREEMENTS IN THE IT SPHERE

Строга Є.О., студентка IV курсу

*Інститут прокуратури та кримінальної юстиції  
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого*

Кужель К.С., студентка III курсу

*Інститут прокуратури та кримінальної юстиції  
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого*

Стаття присвячена проблемам правового регулювання праці ІТ-спеціалістів. У ній говориться про тенденції поширення цієї сфери, що приводить до необхідності вирішення питань правового регулювання. Авторами досліджено питання щодо підміни трудових правовідносин цивільно-правовими та визначено відмінності між відповідними договорами, укладеними на їх підтвердження.

У статті встановлено, що наявні законодавчі акти є застарілими та мають велику кількість прогалів, і разом із цим такі акти можна застосовувати до наведених правовідносин лише за аналогією, оскільки вони не адаптовані для врегулювання праці з інформаційними технологіями. До того ж авторами вказано, що чинне законодавство, яке регулює відносини з ІТ-спеціалістами, не відповідає не тільки вимогам сучасності, а й міжнародним стандартам.

Автори зазначають, що в ІТ-сфері треба укладати саме трудовий договір, оскільки це дає працівникам додаткові гарантії забезпечення прав та мінімізує ризики погіршення їхнього правового статусу, а для держави це стане ще одним джерелом надходжень в бюджет.

Також автори в статті звертають увагу на аналіз судової практики щодо спорів, сторонами в яких виступають ІТ-компанії, зазначаючи, що нині вона залишається єдиним джерелом встановлення природи договорів в ІТ-сфері, та вказують на фактори, які враховуються для встановлення фіктивності таких договорів.

Варто зазначити, що положення статті містять актуальні порівняння щодо організації праці працівників інформаційно-телекомунікаційної сфери на національному та міжнародному рівні. Авторами вказують, що за кордоном сфера ІТ-послуг розвинута набагато більше, досить поширеним є застосування аутсорсингу, аутстафінгу та лізингу персоналу. Висвітлено основні питання такої організації трудової діяльності та можливості запровадження в Україні. Також зазначено, що значна частина цих послуг в Україні передається в експорт.

**Ключові слова:** трудовий договір, цивільно-правовий договір, працевлаштування, аутсорсинг, аутстафінг, лізинг персоналу, фріланс, телеробота.

The article is devoted to the problems of legal regulation of IT specialists. It talks about the trends of the spread of this area, which in turn leads to the need to address issues of legal regulation. The authors investigated the issue of substitution of labor relations by civil law and identified differences between the relevant agreements concluded for confirmation.

The article finds that the existing legislation is outdated and has a large number of gaps, and at the same time such acts can be applied to the above legal relations only by analogy, as they are not adapted to regulate the work with information technology. In addition, the authors point out that the current legislation governing relations with IT professionals does not meet not only modern requirements but also international standards.

The authors note that in the IT sphere it is necessary to conclude an employment contract, as it provides additional guarantees for employees to ensure their rights and minimizes the risks of deterioration of their legal status, and for the state it will be another source of budget revenue.

Also, the authors draw attention to the analysis of case law on disputes in which IT companies are parties, noting that it currently remains the only source of establishing the nature of contracts in the IT sector and point to factors taken into account to establish the fictitiousness of such contracts.

It should be noted that the provisions of the article contain relevant comparisons on the organization of work of information and telecommunications workers at the national and international levels. The authors point out that abroad the field of IT services is much more developed, the use of outsourcing, outstaffing and staff leasing is quite common. The main issues of such organization of labor activity and possibilities of introduction in Ukraine are covered. Also, it is noted that a significant part of these services in Ukraine is exported.

**Key words:** employment contract, civil law contract, employment, outsourcing, outstaffing, staff leasing, freelance, telework.

**Постановка проблеми.** Нині інформаційні технології є невід'ємною частиною суспільства та економіки розвинутих держав. Динаміка соціальних зв'язків та відносин, активна комп'ютеризація та застосування ІТ у різних сферах життя людини – усе це призвело до формування докорінно нового ринку праці з пріоритетом роботи в інформаційних мережах.

Водночас стан трудо-правового регулювання праці з інформаційно-комунікаційними технологіями в Україні не відповідає не тільки міжнародним стандартам, а й реаліям сучасності. Чинне законодавство – застаріле, оскільки велика кількість нормативно-правових актів, які регулюють ці та тотожні відносини, були прийняті ще за часів Радянського Союзу. Прогалини в регулюванні нових форм зайнятості, невідповідність умов праці європейським стандартам, відсутність ефективних механізмів з охорони праці і т.д. – все це має наслідком підміну трудових правовідносин цивільно-правовими, в результаті чого

сторони залишаються менш захищеними, а їхні права неодноразово порушуються.

Розробка питання правового регулювання трудових правовідносин в ІТ-сфері має вагомое значення для науковців у сфері юриспруденції, оскільки на основі аналізу і синтезу цього матеріалу правники можуть сприяти вдосконаленню законодавства, формуванню виваженої правової політики у сфері ІТ-відносин, попередженню проявів порушень прав ІТ-працівників та роботодавців, удосконаленню умов праці та встановленню додаткових гарантій для осіб, які виконують відповідні трудові функції.

Наявні нині дослідження в цій царині досить часто характеризуються фрагментарністю. Тому актуальність цієї роботи зумовлена, з одного боку, великою зайнятістю населення в ІТ-індустрії, а з іншого – її незначною регламентацією.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** Питання щодо розмежування та співвідношення цивільно-право-

вого та трудового договору в IT-сфері є малодослідженим. Серед іноземних та вітчизняних науковців, які розглядали вищевказані положення, можна виділити М. Фельмецгер [4], О. Степанюка [12], С. Лукаша [5], А. Nowicki, M. Sobińska [6].

**Формулювання цілей статті.** Метою статті є дослідження трудових правовідносин, які виникають у площині інформаційних технологій, аналіз та співвідношення трудового та цивільно-правового договору з IT-працівниками.

**Виклад основного матеріалу.** Одним із фундаментальних прав людини є право на працю (ст. 43 КУ) [1], яке особа реалізує через комплекс правових, економічних та організаційних заходів – процедуру працевлаштування (п. 15 ст. 1 ЗУ «Про зайнятість населення») [2]. Остання полягає у підшукуванні необхідної роботи, підготовці до неї та влаштування на цю роботу. Відповідна діяльність є передумовою зайнятості особи, а тому кінцева мета працевлаштування – встановлення трудових правовідносин шляхом укладення трудового договору (контракту).

Відповідно до норм законодавства про працю, а саме ч. 3 ст. 24 КЗпП, працівник не може бути допущений до роботи без укладення трудового договору, оформленого наказом чи розпорядженням власника або уповноваженого ним органу (далі – власник), та повідомлення центрального органу виконавчої влади з питань забезпечення формування та реалізації державної політики з адміністрування єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування про прийняття працівника на роботу в порядку, встановленому Кабінетом Міністрів України [3].

Водночас специфіка роботи з інформаційно-комунікаційними технологіями є особливим, хоча і законодавчо не закріпленим, видом трудових відносин, а тому їх оформлення викликає безліч запитань. У зв'язку з цим чимало роботодавців нехтують правилами офіційного працевлаштування, зокрема обов'язком укладення трудового договору.

Так, М. Фельмецгер у замітці для інтернет-порталу Mind стверджує, що, за статистичними даними Держпраці, найбільшу кількість порушень із цього приводу вчиняють саме IT-компанії [4].

Вони вдаються до різного роду тінювих схем: укладення контракту з ФОП, фактичний допуск до роботи працівників без укладення трудового договору, неповідомлення Державної фіскальної служби України (далі – ДФС) про працевлаштування та приховування реального розміру заробітної плати.

Найпоширенішим із перелічених видів є укладення цивільно-правового договору за наявності фактичних трудових відносин. На практиці це виглядає таким чином: 1) реєстрація персоналу компанії як ФОП 3-ї групи платників податків (такі особи можуть займатися будь-яким видом діяльності, а основна ставка податку становить 5% без ПДВ); 2) надалі ФОП укладає цивільно-правовий договір із підприємством, установою, організацією (далі – підприємство), хоча фактично виконує трудову функцію. Безумовно, для бізнесу ця схема є зручною, оскільки особа, отримавши зарплату під виглядом винагорода, сплачує податок за ставкою ФОП, тим самим зменшуючи відповідне навантаження роботодавця.

Однак С. Лукаш зазначає: «Така ситуація є не зовсім правомірною та має ряд негативних аспектів як для учасників договору, так і для держави. Зокрема, у такий спосіб зменшується розмір податкових надходжень до бюджету, а працівник, який працює на умовах такого договору, позбавляється можливості користуватися визначеними законодавством трудовими правами та пільгами» [5, с. 81].

Варто зауважити, що це маскування трудових відносин не залишалося поза увагою компетентних органів держав-

ної влади. Так, Державна служба України з питань праці, функціональними обов'язками якої є нагляд та контроль за додержанням законодавства про працю, має право проводити перевірки щодо належного оформлення трудових відносин відповідно до пп. 5 п. 6 Положення № 96 від 11 лютого 2015 р. [6]. Якщо за результатами такої перевірки буде виявлено вищевказані порушення, Держпраці уповноважена накладати штраф у розмірі 30 мінімальних заробітних плат (ст. 265 КЗпП).

Зі свого боку, ухилення від сплати податків за допомогою укладеного фіктивного договору є підставою для позапланової податкової перевірки і, як наслідок, додатково нараховування підприємству ПДФО та ЄСВ.

П. 78.1.13 ПКУ свідчить, що документальна позапланова перевірка здійснюється в разі отримання інформації про ухилення податковим агентом від оподаткування виплаченої (нарахованої) найманим особам (у тому числі без документального оформлення) заробітної плати, пасивних доходів, додаткових благ, інших виплат та відшкодувань, що підлягають оподаткуванню, зокрема внаслідок неукладення платником податків трудових договорів із найманими особами згідно із законом, а також здійснення особою господарської діяльності без державної реєстрації [7].

Проте важливо наголосити, що юридично регламентована процедура встановлення та доказування наявності трудових правовідносин відсутня, а тому дотепер залишається дискрецією перевіряючих органів. Факт існування такого розсуду створює обґрунтовану змогу оскаржити в судовому порядку рішення стосовно результатів перевірки.

Для заповнення цієї законодавчої прогалини Мінсоцполітики в лютому 2019 р. було запропоновано законопроект «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо посилення захисту прав працівників і протидії застосуванню незадекларованої праці», в якому пропонувалося включити до КЗпП ст. 21<sup>2</sup> «Ознаки наявності трудових відносин». У згаданій статті проекту були прописані 7 критеріїв [8]: 1) періодичність оплати особі за роботу, виконувану в інтересах іншої особи (двічі і більше); 2) особисте виконання особою роботи за дорученням та під контролем особи, в інтересах якої вона виконується; 3) винагорода за виконану роботу є єдиним джерелом або становить 75 і більше відсотків доходу ФОП за останні шість місяців; 4) робота виконується на визначеному роботодавцем робочому місці та відповідно до правил внутрішнього трудового розпорядку; 5) особа виконує роботи (надає послуги) подібні до роботи, що виконується штатними працівниками роботодавця; 6) організація умов праці (у т. ч. надання робочого місця) забезпечується особою, в інтересах якої виконується робота; 7) тривалість робочого часу і часу відпочинку встановлюється особою, в інтересах якої виконується робота.

Встановлення одночасного існування хоча б 3 з 7 критеріїв вважалось достатнім, щоб відносини визнали трудовими незалежно від їх назви та виду укладеного договору, а до роботодавця застосували штрафні санкції.

Однак ця ініціатива була розкритикована як Державною регуляторною службою України, так і юристами-практиками. Зокрема, наводилася думка, що в разі його прийняття є ризики негативного впливу на сферу інформаційних технологій, а саме: зниження конкурентоспроможності через зростання податків та переїзд значної частини українських фахівців на роботу за кордон [9].

Таким чином, це питання досі залишається відкритим, а судові інстанції продовжують щорічно розглядати низку скарг щодо визнання накладених на IT-підприємства стягнень неправомірними.

Окремої уваги заслуговує аналіз судової практики таких спорів, оскільки вона залишається єдиним джере-

лом встановлення природи договорів в ІТ-сфері та законності дій ДФС та Держпраці.

У постанові від 18 грудня 2018 р. у справі № 826/17311/15 Касаційний адміністративний суд у складі Верховного Суду зазначив, що від формулювання положень змісту послуг залежить реальність господарської операції, а отже, і дійсність договору [10]. Названо фактори, які враховуються для встановлення фіктивності: 1) неможливість установити обсяг наданих позивачу послуг, деталізований зміст, місце, час виконання; 2) неможливість встановити, що входить до комплексу «інформаційно-консультаційних послуг із програмного забезпечення»; 3) ненадання доказів на підтвердження кінцевого зафіксованого продукту наданих послуг; 4) ненадання документів про результати наданих послуг; 5) ненадання документів на підтвердження факту придбання послуг для господарської діяльності; 6) недоведеність економічної доцільності операцій.

Висловлена судом правова позиція має принципове значення, оскільки оподаткування ФОП буде здійснюватися в порядку, як для працівника, якщо матиме місце невідповідність між фактично наданими послугами та зазначеними у витязі платника єдиного податку.

Наприклад, у виписці ФОП із реєстру платників міститься лише такий вид діяльності, як «комп'ютерне програмування», а за договором особа здійснює консультування у сфері ІТ [12].

Аргументи, до яких може апелювати платник податків, наводяться в постанові від 18 липня 2018 р. у справі № 815/5727/17, прийнятій Одеським апеляційним адміністративним судом, який вказав, що податковий орган безпідставно застосовує штрафні санкції за наявності таких обставин [11]: 1) договір не містить обов'язку виконавців бути присутніми на підприємстві у визначені робочі години й дотримуватися правил внутрішнього трудового розпорядку (немає регламентації процесу праці); 2) договір спрямований на отримання результату роботи; на його виконання складено акти здачі-прийняття робіт; оплату здійснено саме за результат; 3) виконавець узяв на себе відповідальність за власну безпеку під час виконання робіт; 4) у договорі немає посилань на норми трудового законодавства.

Судова колегія вважає, що в разі встановлення таких ознак відносини є цивільно-правовими, а не трудовими.

Наведений перелік не є повним, оскільки різницю між договорами, які укладаються на підтвердження вищезгаданих відносин, можна провести за низкою критеріїв (додаток А), проте суд вказує лише на ті, що мають найбільш вагоме значення (наприклад, суттєвою є різниця у предметі договору, однак форма укладення при цьому може бути однаковою).

Вважаємо, доцільно було б усе-таки включити до КЗпП норму, яка на законодавчому рівні встановлювала розмежування цих відносин, що унеможливило б їх довільне тлумачення, тому що на практиці Держпраці, окрім ключових, керується ознаками, які не є суттєвими. Наприклад, відносини можуть бути визнані трудовими, якщо: 1) працівнику встановлена періодична виплата винагороди; 2) ця винагорода є єдиним або основним дже-

релом доходів працівника; 3) оплата праці здійснюється в натуральному вираженні шляхом надання працівнику, наприклад, харчових продуктів, житла або транспортних засобів; 4) працівнику надаються щотижневі вихідні дні, щорічна відпустка; 5) замовник оплачує поїздки, необхідні для виконання робіт [4].

До того ж підміні трудових відносин у галузі ІТ сприяє також відсутність належного регулювання в Україні аутсорсингу, аутстафінгу та лізингу персоналу.

Досвід функціонування ІТ-бізнесу свідчить, що є великий попит із боку іноземних компаній на роботу українських спеціалістів з інформаційних технологій. Вітчизняні розробники співпрацюють із США, Великою Британією, Німеччиною, Канадою, Ізраїлем, Швецією та Швейцарією, а надані ними послуги у 2017 р. зайняли 3 місце за кількістю серед всіх експортованих [13].

За таких обставин компромісним варіантом, який дасть змогу мінімізувати всі ризики та забезпечити дотримання прав сторін, є, наприклад, аутстафінг. Конструкція цих відносин полягає в тому, що компанія-нерезидент укладає договір про надання послуг компанією-резидентом, в якій наймані працівники виконують трудову функцію на користь компанії нерезидента (рис. 1).

Ця система організації відносин – не єдиний легальний спосіб взаємодії з ІТ-спеціалістом, що забезпечує захист їх прав. Дедалі частіше використовується лізинг персоналу – «оренда» співробітників одного роботодавця іншим для реалізації проектів на певний термін, або аутсорсинг. Як зазначають польські вчені, «сутність аутсорсингу – це виконання певної послуги або функції цього підприємства іншим підприємством, яке робить це краще, швидше і дешевше» [15, с. 120].

Однак вищевказані схеми залучення працівників оптимальні не тільки для іноземних компаній, що в такий спосіб зменшують витрати на оплату праці, а й для компаній-резидентів, діяльність яких напряму не пов'язана з інформаційними технологіями.

Варто звернути увагу, що ІТ-спеціалісти, які бажають працювати на умовах цивільно-правового договору, реєструються як ФОП, за цією організаційно-правовою формою вони виконують роботу (надають послугу) на свій страх і ризик та несуть відповідальність всім своїм майном. Ці особи позбавляються чисельних пільг та гарантій, які передбачаються за виконання офіційно оформлених трудових обов'язків.

За таких обставин переваги в основному отримує лише наймач, який, зокрема, звільняється від обов'язку забезпечувати безпечними умовами праці, оплачувати відпустки тощо [14, с. 166].

**Висновки дослідження.** Роботи з інформаційно-комунікаційними технологіями є особливим, хоча і законодавчо не закріпленим, видом трудових відносин, а тому їх оформлення викликає безліч запитань. У зв'язку з цим чимало роботодавців нехтують правилами офіційного працевлаштування, зокрема обов'язком укладення трудового договору та вдаються до різного роду тінювих схем, найпоширенішим видом яких є укладення цивільно-правового договору за наявності фактичних трудових відносин. Така ситуація є не зовсім правомірною та має низку

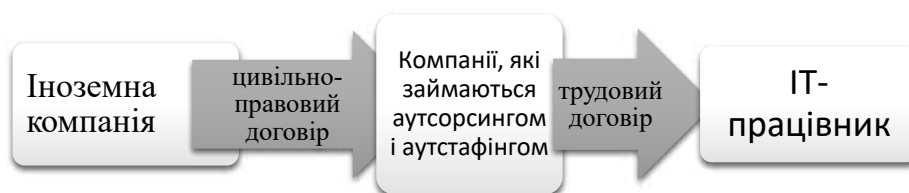


Рис. 1. Конструкція аутстафінгу

Джерело: складено авторками

негативних аспектів як для учасників договору, так і для держави.

Однак правильно вибрана та документально оформлена схема відносин в галузі ІТ є запорукою їх стабільності. Вона дає змогу уникнути спорів між сторонами трудових відносин та погіршення правового становища працівника.

Зі свого боку, прийняття нових норм щодо праці у цій сфері з урахуванням міжнародних стандартів є необхідною складовою частиною правильного та чіткого правового регулювання. А запровадження таких організаційно-правових форм, як аутсорсинг, аутстафінг та лізинг персоналу, справить позитивний вплив не лише на сферу зайнятості, а й на економіку країни.

#### ЛІТЕРАТУРА

1. Конституція України : Закон України від 28.06.1996 р. № 254к/96-ВР. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/Laws/show/254k/96-вр> (дата звернення: 15.10.2020)
2. Про зайнятість населення : Закон України від 05.07.2012 h/ № 5067-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5067-17#Text> (дата звернення: 19.10.20120).
3. Кодекс законів про працю України : Закон УРСР від 10.12.1971 р. № 322-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/322-08> (дата звернення: 19.10.20120).
4. Найбільше порушень в ІТ і ритейлі: кого перевірить Держпраці у 2019 році. *Mind : вебсайт*. URL: <https://mind.ua/openmind/20192508-najbilshe-porushen-v-it-i-ritejli-kogo-perevirut-derzhpraci-u-2019-roci> (дата звернення: 20.10.2020).
5. Лукаш С.С. Захист прав учасників трудових правовідносин в ІТ-сфері. *Правова наука і державотворення в Україні в контексті правової інтеграції* : матеріали XII Міжнародної наук.-практ. Конференції, 24–25 трав. 2019 р. Суми : Видавничий дім «Ельдорадо», 2019. С. 8083.
6. Про Державну службу України з питань праці : Положення затверджене постановою КМУ від 11.02.2015 р. № 96. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/96-2015-п?find=1&text=%EF%E5%F0%E5%E2%B3%F0%EA%E0> (дата звернення: 20.10.2020).
7. Податковий кодекс України : Закон України від 02.12.2010 р. № 2755-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2755-17/stru#Stru> (дата звернення: 21.10.2020).
8. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо посилення захисту прав працівників та протидії застосуванню незадекларованої праці : законопроект Мінсоцполітики від 6 лютого 2019 р. № 401. URL: <https://www.msp.gov.ua/projects/401/#> (дата звернення: 21.10.2020).
9. У ДРС не підтримали законопроект Мінсоцполітики щодо ФОП. *Національна платформа малого та середнього бізнесу* : вебсайт. URL: <https://platforma-msb.org/u-drs-ne-pidtrymaly-zakonoproekt-minsotspolityky-shhodo-fop/> (дата звернення: 22.10.2020).
10. Єдиний державний реєстр судових рішень України. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/78771821> (дата звернення: 25.10.2020).
11. Єдиний державний реєстр судових рішень України. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/75701615> (дата звернення: 25.10.2020).
12. Оптимальна структура ІТ-бізнесу – елементи його безпеки. *Юридичний офіс Олександра Степанюка* : вебсайт. URL: <http://oslawoffice.com.ua/оптимальна-структура-іт-бізнесу-ел/> (дата звернення: 25.10.2020).
13. Ринок праці в Україні: ІТ-послуги вийшли на другу сходинку. *Вголос* : вебсайт. URL: [https://vgolos.com.ua/news/rynok-pratsi-v-ukrayini-it-poslugy-vyshly-na-drugu-shodynku\\_866648.html](https://vgolos.com.ua/news/rynok-pratsi-v-ukrayini-it-poslugy-vyshly-na-drugu-shodynku_866648.html) (дата звернення: 26.10.2020).
14. Трудове право : підручник [для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл.] / В.В. Жернаков, С.М. Прилипко, О.М. Ярошенко та ін. ; за ред. В.В. Жернакова. Харків, 2013. 496 с.
15. Nowicki A., Sobińska M. Zarządzanie kontraktem outsourcingowym. Przedsiębiorstwo w procesie transformacji. Efektywność – restrukturyzacja rozwój / Opracowanie i redakcja naukowa: Ryszard Borowiecki. Warszawa Kraków, 2003. S. 120–126.