

ВЕСТНИК
ТОМСКОГО
ГОСУДАРСТВЕННОГО
УНИВЕРСИТЕТА
ПРАВО

Tomsk State University Journal of Law

Научный журнал

2012

№4(6)

Свидетельство о регистрации
ПИ № ФС77-45814 от 8 июля 2011 г.

Журнал входит в "Перечень российских рецензируемых научных журналов, в которых должны быть опубликованы основные научные результаты диссертаций на соискание ученых степеней доктора и кандидата наук" Высшей аттестационной комиссии



**РЕДАКЦИОННАЯ КОЛЛЕГИЯ ЖУРНАЛА
«ВЕСТНИК ТОМСКОГО ГОСУДАРСТВЕННОГО УНИВЕРСИТЕТА.
ПРАВО»**

Уткин В.А., председатель редколлегии, д-р юрид. наук, проф., директор Юридического института ТГУ, зав. каф. уголовно-исполнительного права и криминологии; **Казаков В.В.**, зам. председателя редколлегии, д-р эконом. наук, проф. каф. финансового права; **Ольховик Н.В.**, зам. председателя редколлегии, канд. юрид. наук, доц. каф. уголовного права, зам. директора Юридического института по научной работе; **Агашев Д.В.**, ответ. секретарь, канд. юрид. наук, доц. каф. трудового права и права социального обеспечения (e-mail: trud@sibmail.com; tp@ui.tsu.ru); **Андреева О.И.**, д-р юрид. наук, проф., зав. каф. уголовного процесса, прокурорского надзора и правоохранительной деятельности; **Аракчеев В.С.**, канд. юрид. наук, доц., зав. каф. трудового права и права социального обеспечения; **Барнашов А.М.**, доц., канд. юрид. наук, зав. каф. конституционного и международного права; **Дергач Н.С.**, канд. юрид. наук, доц., зав. каф. криминологии; **Елисеев С.А.**, д-р юрид. наук, проф., зав. каф. уголовного права; **Кузнецов С.С.**, канд. юрид. наук, доц. каф. финансового права; **Лебедев В.М.**, д-р юрид. наук, проф., зав. каф. природоресурсного, земельного и экологического права; **Мананкова Р.П.**, д-р юрид. наук, проф. каф. уголовного права; **Осокина Г.Л.**, д-р юрид. наук, проф., зав. каф. гражданского и арбитражного процесса; **Прозументов Л.М.**, д-р юрид. наук, проф. каф. уголовно-исполнительного права и криминологии; **Свиридов М.К.**, д-р юрид. наук, проф. каф. уголовного процесса, прокурорского надзора и правоохранительной деятельности; **Савицкая И.С.**, ст. преподаватель каф. английской филологии факультета иностранных языков.

УДК 349.222.2

Е.Р. Радевич

РАЗГРАНИЧЕНИЕ ТРУДОВОГО ДОГОВОРА И СМЕЖНЫХ ДОГОВОРОВ О ТРУДЕ В ВЕЛИКОБРИТАНИИ И США

В науке трудового права зарубежных стран вопросы разграничения трудового договора и смежных гражданско-правовых договоров являются наиболее сложными и дискуссионными. «Усложнение» трудовых отношений, появление различных форм нестандартной занятости обуславливают необходимость поиска новых подходов к критериям обособления договоров о труде различной отраслевой принадлежности. В данной статье на основе анализа действующего законодательства, судебных прецедентов, юридической литературы исследуется эволюция критериев разграничения трудового договора и смежных гражданско-правовых договоров в двух странах англо-саксонской правовой семьи – Великобритании и США.

Ключевые слова: *трудовой договор, Великобритания, США.*

В науке трудового права Великобритании и США исследование трудового договора как правовой категории обычно ограничивается анализом его сущности, содержания, формы, видов, критериев разграничения со смежными договорами о труде. Это объясняется свойственным данным странам практическим подходом к решению проблем, актуальных на том или ином этапе развития права, в том числе и трудового.

В Великобритании в соответствии с п. 2 ст. 230 Закона о трудовых правах 1996 г. [1] трудовой договор (contract of employment) – это «договор о личном найме (contract of service) или ученичестве, точно выраженный или подразумеваемый, и (если он точно выражен) заключенный в устной или письменной форме». Приведенное определение, по сути, отражает лишь те формы, в которых трудовой договор может находить свое внешнее выражение. Следовательно, оно не является дефиницией¹ в полном смысле этого слова, так как не позволяет выявить те существенные признаки, с помощью которых можно разграничить трудовой договор и смежные гражданско-правовые договоры, прежде всего договором оказания услуг (contract for services)². Их отсутствие в легальном определении можно объяснить стремлением британского законодателя отнести данные вопросы к сфере действия судебных прецедентов как более гибкой по сравнению с нормативными правовыми актами формы права. Свойственная прецедентному праву гибкость оказывается особенно полезной в современных условиях, характеризующихся значительным разно-

¹ Под дефиницией традиционно понимают точное логическое определение, устанавливающее существенные отличительные признаки предмета или значение понятия – его содержание и границы (см., например: [2. С. 122]).

² Данное разграничение является важным для целей налогообложения, социального страхования, охраны труда, защиты от несправедливого увольнения (unfair dismissal), предоставления права на получение различного рода пособий и др.

образом форм занятости, уже не исчерпывающихся стандартными трудовыми отношениями.

Первым в хронологическом порядке критерием, используемым судебными органами для разграничения трудового договора и смежных договоров о труде, был критерий управления (контроля) со стороны работодателя (*test of control*), разработанный еще в конце XIX в. [3]. Его сущность сводилась к тому, что если работодатель имел право определять и контролировать способы достижения работником желаемого для него результата (*manner of working*), существующие между сторонами отношения признавались трудовыми.

Спустя некоторое время стало очевидным, что применение данного критерия не вызывает затруднений только в отношении низкоквалифицированных работников, занятых физическим трудом. Применительно же к остальным категориям работников, в особенности тех из них, которые обладают особыми умениями (навыками) или выполнение трудовой функции которых предполагает определенную свободу усмотрения, использование только критерия управления (контроля) является недостаточным. В результате в начале XX в. при рассмотрении дела *Walker v Crystal Palace FC* [4] Апелляционный Суд (*Court of Appeal*) сместил акцент в толковании данного критерия с возможности осуществления контроля над способом выполнения работы на сопутствующие ему соглашения между сторонами, в частности касающиеся места и времени выполнения работником своей трудовой функции, его права на отпуск и т.д.¹

Необходимость учета судебными органами «контекста» отношений получила дальнейшее закрепление в так называемом организационном (интеграционном) критерии («*organisation*» или «*integration*» *test*). Он был предложен Апелляционным Судом при рассмотрении дела *Stevenson Jordan & Harrison Ltd v MacDonald & Evans* [5] в начале 50-х гг. прошлого века. Сущность данного критерия сводилась к необходимости определения степени интеграции работника в организационную структуру работодателя. Если лицо принималось на работу в качестве, образно говоря, составной части осуществляемой работодателем обычной хозяйственной деятельности, существующие между сторонами отношения признавались трудовыми. В случае же, когда выполняемая лицом работа носила вспомогательный (*accessory*) по отношению к основной хозяйственной деятельности характер, отношения считались гражданско-правовыми.

Несмотря на то, что в отношении отдельных категорий работников, в частности высококвалифицированных, организационный критерий имеет определенные преимущества по сравнению с критерием управления (контроля), его практическое применение в современных условиях осложняется как присущей ему высокой степенью абстракции, так и широким распространением различных форм нестандартной (нетипичной) занятости (*non-standard employment*) [6. Р. 87]. Так, лица, привлеченные для выполнения различных

¹ В данном деле по иску профессионального футболиста о признании полученной во время игры травмы производственной во внимание было принято и достигнутое между сторонами соглашение об ограничении права игрока на посещение пабов. По мнению Апелляционного Суда, это обстоятельство в числе прочих свидетельствовало о высокой степени контроля футбольного клуба над игроком своей команды и, следовательно, о наличии трудовых отношений между ними.

функций в рамках обычной хозяйственной деятельности организации на условиях аутсорсинга, аутстаффинга персонала, заемного труда, во многих случаях удовлетворяют содержанию данного критерия для отнесения их к наемным работникам того юридического лица, у которого они непосредственно заняты. Однако британскими судебными органами тем не менее они таковыми обычно не признаются.

Недостатки, присущие перечисленным критериям, обусловили необходимость поиска иных подходов к определению правовой природы отношений между сторонами. В результате, в конце 60-х гг. XX в. получил распространение так называемый мультифакторный подход (*multi-factorial approach*)¹, доминирующий в судебной практике и в настоящее время. Главная особенность мультифакторного подхода заключается в том, что ни один из факторов сам по себе не воспринимается в качестве решающего. Вместо этого судебным органам предлагается принимать во внимание все имеющие отношение к существу спора обстоятельства, наиболее значимыми из которых являются следующие: 1) определение сторонами вида договора²; 2) его содержание; 3) степень контроля работодателя над действиями работника; 4) существование взаимных обязательств между сторонами³; 5) наличие обязанности работника по личному выполнению порученной ему работы; 6) наличие обязанности работодателя по обеспечению работника оборудованием, инструментами и т.п.; 7) степень финансового риска и ответственности работника за вложения в компанию; 8) фактический характер отношений между сторонами; 9) их продолжительность⁴ и др.

Подобный подход, предполагающий необходимость учета различных факторов при решении вопроса о разграничении трудового договора со смежными договорами о труде, получил широкое распространение и в США. В отличие от Великобритании, в законодательстве США, как федеральном, так и региональном, понятие трудового договора не нашло своего закрепления. Однако в доктрине под трудовым договором (*employment contract*), или договором найма (*contract of hire*), традиционно понимается соглашение между работником и работодателем⁵, в соответствии с которым работник обяза-

¹ В литературе он также известен под названием множественного критерия (*multiple test*) (см., например: [7. Р. 11; 8. Р. 7]) или прагматического подхода («*pragmatic*» approach) (см., например: [9. Р. 64]).

² Стороны при заключении договора могут полагать, что их определение вида договора будет юридически обязательным. Однако суды не примут его во внимание, если оно не соответствует фактически существующим между сторонами отношениям. Определение вида договора сторонами является решающим только в том случае, когда остальные факторы не вносят ясности по данному вопросу [10].

³ Принцип встречного удовлетворения предполагает наличие взаимных обязательств между сторонами. Обязательства относительно будущей работы – предоставить работу и соответственно согласиться на ее выполнение – придают соглашению такие характеристики договора, как устойчивость и непрерывность. Их наличие позволяет говорить о существовании трудовых отношений между сторонами.

⁴ Если срок действия договора не превышает один день, судебные органы вряд ли посчитают сложившиеся между сторонами отношения трудовыми [11].

⁵ По общему правилу решение вопроса о форме данного соглашения отдается на усмотрение сторон: оно может быть как прямо выраженным, так и подразумеваемым, заключенным как в устной, так и в письменной форме. Исключения составляют случаи, когда обязательность письменной формы трудового договора вытекает из положений закона. В частности, данное требование распространяется на трудовые договоры, заключаемые с моряками (так называемые «*shipping articles*»).

ется в обмен на вознаграждение выполнять под управлением и контролем со стороны работодателя порученную ему трудовую функцию [12. Р. 18].

Управление и контроль со стороны работодателя в процессе выполнения работником порученной ему трудовой функции считается важнейшим признаком трудовых отношений. Он лежит в основе ряда критериев, применяемых судебными органами США для определения правовой природы отношений между сторонами. Первым в хронологическом порядке стал критерий агентских отношений (*common-law agency test*), получивший широкое распространение начиная с середины XIX в. и сохранивший свою значимость вплоть до настоящего времени. В самом общем виде его содержание сводится к определению лица, имеющего *право* (*right*) или *возможность* (*ability*) контролировать процесс выполнения работы¹. Если этим лицом является предполагаемый работодатель, существующие между сторонами отношения признаются трудовыми.

С середины 70-х гг. прошлого века в судебной практике США получает закрепление еще один критерий – критерий экономической сущности отношений (*economic realities test*). Он предполагает выявление наличия или отсутствия экономической зависимости работника от предполагаемого работодателя на основе исследования ряда факторов: степени контроля работодателя над работником; участия работника в прибылях и убытках, связанных с деятельностью работодателя; осуществления им капиталовложений в деятельность работодателя; длительности отношений между сторонами; степени навыков и умений, требуемых от работника, а также значимости выполняемой им работы для ведения работодателем своей обычной хозяйственной деятельности².

В середине 90-х гг. прошлого века Внутренней налоговой службой США (*Internal Revenue Service*) был предложен критерий, предполагающий необходимость учета 20 (!) факторов при решении вопроса о правовой природе отношений между сторонами. Несмотря на то, что в соответствии с разъяснениями Внутренней налоговой службы данный критерий носит скорее аналитический, а не правовой характер [15], в судебной практике и юридической литературе он получил широкое распространение.

Факторы, которые судебные органы должны принимать во внимание при его применении, условно делятся на три группы: 1) характеризующие наличие или отсутствие у предполагаемого работодателя права на управление процессом выполнения работы и контроль над ним (*behavioral control*); 2) свидетельствующие о наличии или отсутствии возможности финансового управления и контроля со стороны предполагаемого работника (*financial con-*

¹ В данном случае существенное значение имеет не фактическое осуществление контроля над процессом выполнения работы, а лишь право на него. Вследствие этого данный критерий иногда называют также критерием права на контроль (*right to control test*) (см., например: [13. Р. 7]).

² В некоторых случаях судебные органы США используют комбинированный подход к определению правовой природы отношений между сторонами (*hybrid test*), предполагающий возможность сочетания факторов, формально относящихся к различным критериям. По мнению американских ученых, это позволяет говорить о том, что в настоящее время имеет место тенденция сближения (конвергенции) критериев, используемых для разграничения трудового договора и иных смежных договоров о труде [14. Р. 12].

trol); 3) отражающие восприятие сложившихся между ними отношений самими сторонами (relationship of the parties) [16. Р. 2–3].

О праве предполагаемого работодателя на управление процессом выполнения работы и контроль над ним могут свидетельствовать следующие обстоятельства: 1) наличие у работника обязанности подчинения указаниям работодателя относительно времени, места и способов выполнения работы; 2) прохождение им профессионального обучения за счет средств работодателя; 3) необходимость личного выполнения работником своей трудовой функции; 4) отнесение к ведению работодателя вопроса о целесообразности найма помощников для выполнения порученной ему работы; 5) определение работодателем режима рабочего времени работника; 6) найм работника на условиях полной занятости; 7) выполнение им трудовой функции в помещениях, принадлежащих работодателю; 8) выполнение порученной работнику работы в соответствии с указаниями работодателя или на основании заранее установленной им последовательности действий; 9) наличие у работника обязанности по предоставлению устных или письменных отчетов работодателю; 10) обеспечение работника работодателем необходимыми для выполнения работы материалами и инструментами.

Об отсутствии возможности финансового управления и контроля со стороны предполагаемого работника, в частности, свидетельствуют следующие обстоятельства: 1) оплата работодателем транспортных и иных расходов, связанных с осуществлением работником трудовой деятельности; 2) отсутствие капиталовложений со стороны работника в деятельность работодателя; 3) отсутствие у него риска несения убытков, связанных с деятельностью работодателя.

К факторам, отражающим восприятие сложившихся отношений самими сторонами, принято относить: 1) длящийся характер отношений между сторонами; 2) периодичность оплаты труда работника; 3) значимость выполняемой работником трудовой функции для ведения обычной хозяйственной деятельности работодателя; 4) установленный работнику запрет на совместительство; 5) невозможность публичного предложения работником своих услуг; 6) имеющееся у работодателя право на увольнение работника; 7) присущее работнику право на прекращение трудовых отношений по собственному желанию без каких-либо дополнительных обязательств с его стороны.

Множественность и разнообразие факторов, которые необходимо принимать во внимание при определении отраслевой природы отношений между сторонами, присущая им схожесть содержания позволяют говорить о том, что в США, как и в Великобритании, в настоящее время фактически доминирует мультифакторный подход. Основным преимуществом данного подхода в современных условиях является присущая ему возможность адаптации к различным условиям и формам занятости, в том числе и отклоняющимся от стандартной модели.

Литература

1. *Employment Rights Act 1996* [Electronic resource] // The Official Home of UK Legislation. URL: <http://www.legislation.gov.uk> (access date: 01.10.2012).
2. *Розенталь М.М., Юдин П.Ф.* Философский словарь. М., 1963.

3. *Yewens v Noakes* [1880]. 6 QBD 530.
4. *Walker v Crystal Palace Football Club* [1910]. 1 KB 87.
5. *Stevenson Jordan & Harrison Ltd v Macdonald & Evans* [1952]. 1 TLR 101.
6. *Pitt G.* Employment Law. 8th ed. London, 2011.
7. *Benny R., Sargeant M., Jefferson M.* Questions & Answers: Employment Law: 2008 and 2009. 3rd ed. N.Y., 2008.
8. *Cabrelli D.* Employment Law. Harlow, 2009.
9. *Smith I., Thomas G.* Smith & Wood's Employment Law. 9th ed. N.Y., 2008.
10. *Dacas v Brook Street Bureau (UK) Ltd* [2003]. IRLR 190.
11. *Hall v Lorimer* [1994]. 1 WLR 209.
12. *Twomey D.P.* Labor & Employment Law: Text and Cases. 14th ed. Mason, 2009.
13. *Kerley P.N.* Employment Law for the Paralegal. N.Y., 2001.
14. *Bennett-Alexander D.D., Hartman L.P.* Employment Law for Business. 7th ed. N.Y., 2012.
15. *Independent Contractor or Employee: Training Materials* [Электронный ресурс] // The official web-site of Internal Revenue Service. URL: <http://www.irs.gov/pub/irs-utl/emporind.pdf>. Электрон. дан. 2012. Режим доступа: свободный (дата обращения: 01.10.2012).
16. *Moran J.J.* Employment Law: New Challenges in the Business Environment. 5th ed. New Jersey, 2011.