Договор о дистанционной работе как способ оформления нетипичных трудовых отношений

КОРШУНОВА Татьяна Юрьевна, ведущий научный сотрудник Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, кандидат юридических наук

Россия, 117128, г. Москва, ул. Большая Черемушkinsкая, 34

E-mail: labour@izak.ru

Динамично меняющийся в последнее время рынок труда в России требует постоянной модернизации трудовых отношений. Появление нетипичных форм занятости, диктуемых изменением социально-экономической ситуации в стране, начавшиеся процессы цифровизации требуют адекватных правовых решений, позволяющих гибче регулировать трудовые отношения, использовать новые правовые механизмы, отличающиеся от традиционно использовавшихся трудовым законодательством. Одной из новых форм применения наемного труда является заключение договоров о дистанционном труде, который позволяет работодателю снижать издержки, не нарушая при этом трудовое законодательство. В настоящее время российский законодатель недостаточно четко представляет себе место и роль нетипичных отношений в системе трудовых отношений, а российские работодатели — главные бенефициары регулирования нетипичной занятости — не вполне осознали возможности, которые открывают перед ними информационное общество и бурное развитие телекоммуникаций.

Автор статьи рассматривает правовые проблемы регламентации дистанционного труда как вида нетипичной занятости, анализирует определение дистанционной работы, выделяет ее виды, отмечает неполноту и нечеткость действующего правового регулирования.

Цель исследования — совершенствование правовых механизмов регламентации дистанционного труда, выявление проблем, возникающих при заключении договоров о дистанционной работе. Задача — выявить имеющиеся пробелы и противоречия, проанализировать судебную практику.

Методы исследования: всеобщие, общенаучные, а также системно-структурный и формально-юридический.

По мнению автора, реализация высказанных им предложений по совершенствованию трудового законодательства позволит упростить механизмы оформления трудовых отношений с дистанционными работниками и повысить их социальную защищенность.

Ключевые слова: трудовые отношения, нетипичная занятость, дистанционный труд, электронный документооборот, трудовые права.

Для цитирования: Коршунова Т. Ю. Договор о дистанционной работе как способ оформления нетипичных трудовых отношений // Журнал российского права. 2020. № 2. С. 112—125. DOI: 10.12737/jrl.2020.021

Remote Work Agreement as a Way to Formalize Atypical Labour Relations

T. Yu. KORSHUNOVA, Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation, Moscow 117218, Russian Federation

E-mail: labor@izak.ru

Due to dynamic changes in recent decades the labor market in our country requires the constant development of labor relations that would most closely correspond to it. Atypical forms of employment appearance is dictated by changes in the socio-economic situation in the country and thus, the emerged digitalization processes starts to require adequate legal solutions that allow for more flexible regulation of labor relations and the use of new legal mechanisms that differ from those traditionally used by labor legislation. One of the new forms of employing wage labor is the conclusion of distance work contracts, which allows the employer to reduce costs without violating labor laws. The author

notes that at present the Russian legislator does not clearly understand the place and role of atypical relations in the system of labor relations, and Russian employers — the main beneficiaries of regulating atypical employment — have not fully realized the opportunities that the information society and the rapid development of telecommunications offer them.

The article discusses the legal problems of regulation of distance labor as a type of atypical employment. The author analyzes the definition of distance work, identifies its types and notes the incompleteness and vagueness of the current legal regulation.

The purpose of the study is to improve the legal mechanisms for regulating distance work to identify problems faced by workers and employers when concluding distance work agreements. The author's task is to identify gaps and contradictions that currently exist and to analyze judicial practice.

The methodological basis of the study is made up of universal, general scientific methods, systemic-structural and formal-legal methods.

The author suggests improvements of labor legislation, which would enhance the regulation effectiveness and simplify the mechanisms for formalizing labor relations with remote workers. This, in turn, makes remote work more accessible and increases the social security of remote workers. The author makes a number of suggestions for improving the legal regulation of working time of remote workers. The implementation of the author's proposals allows employers to use more effectively this form of employment as the conclusion of contracts on distance work.

Keywords: labor relations, atypical employment, distance work, electronic document management, labor rights.

For citation: Korshunova T. Yu. Remote Work Agreement as a Way to Formalize Atypical Labour Relations. *Zhurnal rossijskogo prava = Journal of Russian Law*, 2020, no. 2, pp. 112—125. DOI: 10.12737/jrl.2020.021 (In Russ.)

В настоящее время значительное число исследований в области социально-трудовых отношений посвящено нетипичным формам занятости, трансформации трудового правоотношения, прекаризации отношений в сфере труда¹, поскольку изменения,

происходящие в мировой экономике, не могут не затронуть правовое регулирование в сфере труда. При всем многообразии представлений о сущности права как о явлении общественной жизни несомненным является тот факт, что право в той или иной мере отражает экономические закономерности, так как экономика как система общественных отношений в сферах производства, распределения и обмена материальных благ определяет содержание и направление развития права. В то же время право оказывает активное обратное влияние на экономические процессы, закрепляя, притормаживая или стимулируя их развитие².

¹ См., например: Лютов Н. Л. Трудовое правоотношение: новые формы и трансформация в условиях цифровой экономики. Доступ из СПС «КонсультантПлюс»; Александрова А. В. Постиндустриализм и трудовое законодательство. Доступ из СПС «КонсультантПлюс»; Чесалина О. В. Работа на основе Интернет-платформ (crowd work and work on demand via apps) как вызов трудовому и социальному праву. Доступ из СПС «КонсультантПлюс»; Моцная О. В. Нетипичная трудовая занятость: некоторые проблемы теории и практики: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2009; Шабанова М. А. Особенности правового регулирования нетипичных трудовых договоров: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Ярославль, 2008; Закалюжная Н. В. Нетипичные трудовые отношения в условиях глобализации и модернизации экономики. Доступ из СПС «КонсультантПлюс»; Маслова Е. В. Прекариат как проявление нестандартной занятости и его особенности (на примере Воро-

нежской области) // Вестник Омского университета. Серия: Экономика. 2016. № 3; Логинова Л. В. Прекаризация в системе социально-трудовых отношений: проблемы и перспективы институционализации // Вестник Санкт-Петербургского государственного университета. Серия 12: Социология. 2016. № 3.

² См.: Бугров Л. Ю. Отражение мобильности в трудовом праве России // Вестник Пермского университета. Серия: Юридические науки. 1999. Вып. 2. С. 133.

Глобализация экономики, международное разделение труда, процессы информатизации и цифровизации не могут не вызывать к жизни новые формы занятости, адекватно отвечающие требованиям меняющегося мира. Соответственно, и трудовое право должно обеспечивать адекватное правовое регулирование новых форм взаимодействия работников и работодателей.

Тем не менее попытки урегулирования российским законодателем отношений, отклоняющихся от традиционной модели классического трудового правоотношения, нельзя признать удачными. Серьезной критике подверглись нормы, касающиеся запрета заемного труда и разрешения договоров о предоставлении персонала³, правового регулирования дистанционного труда⁴.

Сложившемуся положению есть много объяснений, но главным видится то, что российский законодатель недостаточно четко представляет себе место и роль «нетипичных» отношений в системе трудовых отношений, а российские работодатели — главные бенефициары регулирования нетипичной занятости — не вполне осознали возможности, которые открывают перед ними ин-

формационное общество и бурное развитие телекоммуникаций.

В настоящей статье предпринята попытка на примере дистанционного труда показать изъяны действующего правового регулирования и дать предложения по совершенствованию гл. 49¹ Трудового кодекса РФ.

Определение дистанционной работы. Трудовой кодекс РФ (ч. 1 ст. 312¹) содержит понятие дистанционной работы: это выполнение определенной трудовым договором трудовой функции вне места нахождения работодателя, его филиала, представительства, иного обособленного структурного подразделения (включая расположенные в другой местности), 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.

Из данного определения можно выделить два основных признака дистанционной работы.

Первым признаком является то, что такая работа выполняется вне места нахождения работодателя, его обособленного подразделения, вне стационарного рабочего места, территории или объекта, прямо или косвенно находящихся под контролем работодателя. При этом согласно ст. 209 ТК РФ рабочее место — это место, где работник должен находиться или куда ему необходимо прибыть в связи с его работой и которое прямо или косвенно находится под контролем работодателя. Как видим, в отношении дистанционных работников справедливо утверждение о том, что у них вообще нет рабочего места в том смысле, как оно понимается ст. 209 ТК РФ. Это озна-

³ См., например: *Закалюжная Н. В.* Особенности правового регулирования труда привлеченных работников. Доступ из СПС «КонсультантПлюс»; *Цыпкина И. С.* Регулирование труда работников, направляемых работодателем к другим физическим или юридическим лицам по договору о предоставлении труда персонала. Доступ из СПС «КонсультантПлюс»; *Хныкин Г. В.* Потери и приобретения Российского трудового права // *Трудовое право в России и за рубежом.* 2015. № 2. С. 15—19.

⁴ См., например: *Люттов Н. Л.* Дистанционный труд: опыт Европейского Союза и проблемы правового регулирования в России // *Lex Russica.* 2018. № 10; *Васильева Ю. В., Шуралева С. В., Браун Е. А.* Правовое регулирование дистанционной работы: проблемы теории и практики: монография. Пермь, 2016.

чает, что дистанционные работники практически не ограничены в выборе не только места, но даже способа выполнения возложенной на них трудовой функции.

Рассматриваемый признак отличает дистанционных работников от всех других работников, осуществляющих трудовую функцию вне места расположения работодателя: вахтовиков, надомников, мерчендайзеров, медицинских представителей, так как только дистанционные работники могут трудиться в том месте, которое не контролируется работодателем. Указанное положение иногда порождает ошибочные суждения о том, что и работник становится неподконтрольным работодателю, однако это не так. Несамостоятельность труда, отличающая любой наемный труд, сохраняется и у дистанционного работника: он должен выполнять приказы и распоряжения работодателя, планы продаж, требуемый трудовым договором объем работ и проч.

Представляется, что указание на обязательное отсутствие места работы несколько сужает формы применения дистанционного труда, выработанные в том числе правоприменительной практикой.

Так, Витторио ди Мартино предложил следующую типологию дистанционной работы:

работа у себя дома, при которой работникам нет необходимости ездить на работу в офис работодателя;

работа в дочерних офисах, т. е. в специальных офисах, удаленных от места расположения работодателя, но работники при этом поддерживают с ним постоянную электронную связь;

работа на любом альтернативном рабочем месте, т. е. в используемых на непостоянной основе местах, где возможен коворкинг и есть доступ к сети Интернет;

работа в специальном call-центре, т. е. в месте, где телефонные операторы принимают звонки, могут предоставлять различные услуги (мар-

кетинг через интернет-магазины, служба экстренной помощи);

мобильная или кочевая работа — обслуживание клиентов вне офиса, т. е. работа в различных меняющихся во времени переменных местах;

трансграничная работа — работа между странами и континентами, которая может быть осуществлена с меньшими издержками или в менее регулируемом рабочем окружении, как правило, на значительном географическом удалении⁵.

С позиции российского законодателя дистанционным трудом может считаться только работа дома и мобильная работа. Все остальные виды работ используются российскими работодателями, однако работники не могут быть признаны дистанционными, так как рабочие места все же создаются. Полагаем, что такое положение едва ли можно назвать оправданным. Отсутствие надлежащего правового регулирования в данном случае препятствует появлению новых рабочих мест, а также легализации новых форм труда.

Еще более печальная ситуация сложилась с трансграничной дистанционной работой, которая, хотя формально не запрещена, в России все же не практикуется.

В настоящее время в Российской Федерации существует довольно развитое законодательство, регулирующее труд иностранных работников. Наряду с Федеральным законом от 25 июля 2002 г. № 115-ФЗ «О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации» принят значительный массив подзаконных актов, регламентирующих правовое положение иностранных работников в Российской Федерации. Однако норм, определяющих порядок заключения трудового договора с иностранным работником, который будет выполнять работу, не

⁵ См.: Vittorio Di Martino. The high road to teleworking // Promoting decent work. Geneva, 2001. P. 12.

пересекая границы Российской Федерации, не имеется.

Отсутствие в законодательстве регулирования таких отношений создает трудности для правоприменителей. Так, широкую известность получило письмо Министерства труда и социального развития РФ от 7 августа 2015 г. № 17-3/В-410, в котором, рассматривая обращение по вопросу начисления страховых взносов в государственные внебюджетные фонды на выплаты, производимые в пользу гражданина Украины, заключившего трудовой договор о дистанционной работе за пределами Российской Федерации, Минтруд пришел к выводу: в связи с тем, что обеспечение работодателем безопасных условий труда для дистанционных работников, трудящихся за пределами Российской Федерации, не представляется возможным, то и не может быть заключен трудовой договор о дистанционной работе с иностранным гражданином, осуществляющим трудовую деятельность за пределами России. Сотрудничество с такими иностранными гражданами следует осуществлять в рамках гражданско-правового договора. Выплаты по нему не будут облагаться страховыми взносами⁶.

Согласимся с Ю. В. Васильевой и С. В. Шуралевой в том, что данное решение не является бесспорным. Основной аргумент, который приводит Минтруд, — невозможность для работодателя обеспечить безопасные условия и охрану труда дистанционного работника в другой стране — не является сколько-нибудь убедительным, так как обязанности работодателя по обеспечению безопасных условий и охраны труда дистанционных работников в прин-

ципе ограничены⁷. Согласно ст. 312³ ТК РФ работодатель обязан: проводить расследование и учет несчастных случаев и профессиональных заболеваний; выполнять предписания должностных лиц Федеральной инспекции труда и ее территориальных органов; осуществлять обязательное социальное страхование от несчастных случаев на производстве и профессиональных заболеваний. То есть перечень обязанностей работодателя значительно уже, чем в соответствующем разделе ТК РФ по охране труда.

Кроме того, поскольку рабочее место работника не подконтрольно работодателю, он в принципе не может знать, соблюдает ли работник нормы безопасности труда на рабочем месте.

«Следуя логике Минтруда, российским работодателям не следует заключать трудовой договор о дистанционной работе и с гражданами РФ, проживающими за рубежом, поскольку российскому работодателю точно так же сложно обеспечить им безопасные условия труда на территории другого государства. Однако в этом случае Минтруд разъясняет, что для российских граждан вне зависимости от их местонахождения никаких ограничений не предусмотрено. Поэтому россиянина, проживающего за границей, трудоустроить дистанционно можно»⁸.

При этом Ю. В. Васильева и С. В. Шуралева отмечают, что для налогового законодательства никаких препятствий для заключения договора с дистанционным работником — иностранным гражданином не существует, о чем свидетельствуют разъяснения, которые были даны в отношении граждан

⁶ Аналогичные выводы сделаны Минтрудом России в письмах от 17 февраля 2016 г. № 14-2/В-125, от 16 января 2017 г. № 14-2/ООГ245. Судя по непрекращающимся запросам, работодатели все же надеются, что вопрос когда-нибудь будет решен.

⁷ См.: Васильева Ю. В., Шуралева С. В. Дистанционная работа в России: вопросы правоприменения // Вестник Пермского университета. Серия: Юридические науки. 2016. Вып. 32. С. 220—221.

⁸ Там же. С. 221.

Молдовы, Республики Беларусь, Украины, резидента ФРГ. Указывая, в частности, что доходы физических лиц, не являющихся налоговыми резидентами РФ, в виде вознаграждения за выполнение трудовых обязанностей за пределами России не подлежат обложению налогом на доходы физических лиц, Минфин, по-видимому, не ставит под сомнение правомерность договоров о дистанционной работе с иностранными гражданами⁹.

Представляется, что нормы о возможности заключения договоров о дистанционном труде с иностранными работниками должны быть включены либо в ТК РФ, либо в Федеральный закон от 25 июля 2002 г. № 115-ФЗ «О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации». Помимо вопросов о применимом праве, налогообложении, возможности обращения в соответствующие судебные органы для защиты нарушенных прав, должны быть урегулированы и вопросы, связанные с оформлением иностранных граждан на работу и их надлежащим миграционным учетом¹⁰.

Вторым признаком дистанционной работы является использование для выполнения трудовой функции и взаимодействия с работодателем информационно-телекоммуникационных сетей общего пользования (в том числе сети Интернет).

Данный признак можно считать второстепенным, поскольку использование сетей общего пользования характерно для многих видов работ,

выполняемых на объекте работодателя.

Законодатель не дает четкого ответа на вопрос, может ли являться дистанционным работником только лицо, чья трудовая функция связана исключительно с использованием информационно-телекоммуникационных сетей общего пользования (в том числе сети Интернет), так называемый компьютерный надомник, или же дистанционному работнику необходимо использовать информационно-телекоммуникационные сети общего пользования только для осуществления коммуникаций с работодателем. При таком понимании дистанционными работниками может быть признан более широкий круг работников. Это могут быть медицинские представители, мерчендайзеры, региональные представители, переводчики, дизайнеры, финансовые аналитики и проч.

Полагаем, что ограничивать деятельность дистанционных работников только компьютерным надомничеством нецелесообразно, поскольку в таком случае значительно сужается число субъектов, которые могут привлекаться к дистанционной работе, соответственно, уменьшится и число работодателей, которые потенциально могли бы заключать трудовые договоры с дистанционными работниками. Кроме того, «узкий» подход не позволяет работодателям в максимальной степени воспользоваться всеми преимуществами, которые дает дистанционный труд: вести электронный документооборот, не оформлять трудовую книжку (в случае согласия работника), не нести затрат на оборудование рабочего места, не проводить специальной оценки условий труда дистанционных работников, не регистрировать в налоговых органах обособленные структурные подразделения, вести налоговый учет по месту нахождения работодателя, предусматривать в трудовом договоре дополнительные основания работника и др.

⁹ См.: Васильева Ю. В., Шуралева С. В. Дистанционная работа в России: вопросы правоприменения // Вестник Пермского университета. Серия: Юридические науки. 2016. Вып. 32. С. 221.

¹⁰ Подробнее см.: Шуралева С. В. Регулирование дистанционной работы с иностранным элементом в эпоху глобализации: взгляд с позиции трудового права России // Вестник Пермского университета. Серия: Юридические науки. 2014. № 3. С. 156—163.

С учетом изложенного полагаем, что определение дистанционной работы должно быть сформулировано более широко, для того чтобы правовому регулированию, а следовательно, и социальной защите подлежало как можно большее число работников.

Дистанционную работу можно определить как трудовую деятельность с использованием информационно-коммуникационных технологий, осуществляемую, как правило, вне места расположения работодателя. При этом предполагается любой вид работы, требующий цифровую обработку информации с использованием телекоммуникационных сетей для получения либо распределения работы по заказу работодателя или бизнес-клиента, находящихся на расстоянии.

О возможности включения в обычный трудовой договор условия о дистанционной работе и об изменении или отмене такого условия. Большинство исследователей склоняются к тому, что договор о дистанционной работе является отдельным видом трудового договора. Так, В. И. Миронов и М. В. Новикова указывают, что выделение трудового договора с дистанционным работником в отдельную группу договоров обусловлено объективными факторами дифференциации. В частности, спецификой и характером дистанционной работы¹¹.

С. Ю. Головина отмечает, что ТК РФ называет лишь один вид соглашения для оформления трудовых отношений — трудовой договор. Свобода выбора заключается лишь в возможности сторон договариваться о виде трудового договора — на неопределенный срок или срочный, о временной работе, о сезонной работе, о работе по совместитель-

ству, о работе на дому, о дистанционной работе. Виды трудовых договоров, в отличие от гражданско-правовых, различаются не по предмету (в качестве предмета договора всегда выступает трудовая функция), а по условиям договора (о сроке, о способе организации труда)¹².

Соответственно, условие о дистанционном характере труда, как и любое условие трудового договора, может быть включено в трудовой договор, равно как видоизменено либо исключено из него.

Поскольку вид трудового договора определяется исходя из его условий, необходимо решить вопрос о том, возможно ли изменение видообразующих условий трудового договора. Наиболее часто данный вопрос задается для случаев заключения срочных трудовых договоров, в частности, возможно ли их продление без перезаключения.

В отношении возможности продления срочных трудовых договоров высказано две позиции. Первая состоит в том, что условие о сроке действия трудового договора представляет собой одно из условий, в совокупности составляющих содержание трудового договора. Поэтому оно может быть изменено соглашением сторон, как и любое другое условие трудового договора, по правилам, предусмотренным ст. 72 ТК РФ. Этой точки зрения придерживается Роструд в письме от 31 октября 2007 г. № 4413-6, в соответствии с которым сторонам рекомендуется изменять условие о сроке действия трудового договора заключением дополнительного соглашения к нему.

Вторая — противоположная — позиция состоит в том, что условие трудового договора о сроке его действия определяет вид трудового договора, поэтому оно не может быть изменено соглашением сторон, как любое

¹¹ См.: Миронов В. И., Новикова М. В. Дистанционная работа как явление на российском рынке труда: дифференциация и дискриминация. Доступ из СПС «Консультант Плюс».

¹² См.: Головина С. Ю. Использование частноправовых конструкций при кодификации российского трудового законодательства. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

другое условие трудового договора. Именно условие о сроке позволяет определять, к какому виду относится трудовой договор, какие правила в связи с этим подлежат применению. Соответственно, это условие отличается от рядовых условий договора, которые могут быть изменены соглашением сторон. Серьезный аргумент в защиту данной позиции — возможность трансформации срочного трудового договора в договор, заключенный на неопределенный срок, когда срок действия трудового договора истекает и ни одна из сторон не требует его прекращения. Также трудовой договор, заключенный на определенный срок при отсутствии достаточных к тому оснований, установленных судом, будет считаться заключенным на неопределенный срок, т. е. другой разновидностью договора.

Нельзя игнорировать и предусмотренные ТК РФ правила продления срока действия трудового договора, существующие как исключение из общего правила, предусмотренного ч. 4 ст. 58 ТК РФ. Наличие двух взглядов на одну и ту же проблему повлекло неодинаковую практику применения трудового законодательства, в том числе органами государственной власти и судами общей юрисдикции¹³.

По мнению И. А. Костян, Конституционный Суд РФ однозначно заявил о недопустимости изменения условий трудового договора о сроке его действия, указав следующее: установление трудовых отношений на определенный срок без учета характера работы и условий ее выполнения допускается только с теми пенсионерами, кто поступает на работу. Закон не наделяет работодателя правом переоформить трудовой договор, заключенный с работником на неопределенный срок, на срочный трудовой договор (равно

как и расторгнуть трудовой договор) в связи с достижением этим работником пенсионного возраста и назначением ему пенсии¹⁴. Полагаем, что едва ли Конституционный Суд имел в виду запрет изменения условий трудового договора о сроке его действия. Суд рассматривал только частную ситуацию: невозможно уволить пенсионера в связи с достижением пенсионного возраста, равно как нельзя заставить его подписать срочный трудовой договор вместо уже заключенного с ним договора на неопределенный срок. Но общий вопрос о возможности продления срочных трудовых договоров так и остается нерешенным.

По нашему мнению, условие о сроке трудового договора хотя и является видообразующим, но может быть изменено по соглашению сторон, равно как и другие условия, составляющие его содержание. По аналогии с регламентацией порядка заключения или изменения трудового договора в законодательстве должен быть закреплен четкий механизм его продления на другой (или новый) срок, в зависимости от конкретного основания заключения срочного трудового договора и волеизъявления его сторон.

Аналогичный вывод можно сделать в отношении условия о совместительстве, надомной работе, дистанционном труде и проч.

При рассмотрении споров о восстановлении на работе работников, отказавшихся продолжать работу после отмены условия о дистанционном труде, суды исходят из того, что такое условие отменяется по тем же правилам, что и обычные (не видообразующие) условия трудового договора: т. е. по соглашению сторон (с. 72 ТК РФ), а также при изменении организационных и технологических условий труда (ст. 74 ТК РФ). Прекращения старого договора (о ди-

¹³ См.: Костян И. А. Срок трудового договора: можно ли изменить? // Справочник кадровика. 2012. № 11. С. 39—40.

¹⁴ См.: Костян И. А. Срок трудового договора: можно ли изменить? // Справочник кадровика. 2012. № 11. С. 40.

станционной работе) и заключения нового (обычного трудового договора) не требуется¹⁵.

Таким образом, в ТК РФ можно закрепить норму о том, что условие о работе дистанционно может быть внесено в трудовой договор не только при заключении трудового договора, но и впоследствии, когда трудовые отношения уже возникли. Исключить условие о дистанционном труде можно по общим правилам (по соглашению сторон) и без расторжения трудового договора. Если же на исключении условия о дистанционной работе настаивает работодатель, то ему придется применять процедуру, предусмотренную ст. 74 ТК РФ.

Нередко на практике возникает вопрос, а возможно ли наличие «смешанных» договоров, когда работник трудится в офисе три-четыре дня, а один-два работает удаленно. Законодательно такой формат работы в настоящее время не урегулирован, работодатели разрешают работу из дома в таком режиме на свой страх и риск. Исследователи отмечают, что, если сотрудник просит разрешить ему часть рабочего времени трудиться вне офиса, такая возможность может быть ему предоставлена, однако работа из дома будет не дистанционной работой, а льготой сотруднику со стороны работодателя¹⁶.

Полагаем, что такой режим работы также должен быть закреплен в соответствующих статьях ТК РФ. Едва ли в этом случае необходимо заключать договор о дистанционной работе, но специфика такого графика работы и особенности правового положения таких работников

должны быть законодательно регламентированы.

Рабочее время дистанционных работников. Согласно ч. 1 ст. 312⁴ ТК РФ режим рабочего времени и времени отдыха дистанционный работник вправе определять самостоятельно, если иное не предусмотрено в трудовом договоре. В связи с этим в трудовом договоре с дистанционным работником целесообразно закрепить режим его работы (например, пятидневную рабочую неделю с двумя выходными днями; рабочие часы; время, когда работник должен в обязательном порядке осуществлять контакт с работодателем; сроки сдачи конкретных заданий). Если необходимость взаимодействия с дистанционным работником в режиме онлайн отсутствует, можно установить иной режим рабочего времени (например, рабочую неделю с предоставлением выходных дней по скользящему графику).

Особенность трудового договора с дистанционным работником состоит в том, что он не включается в коллектив работающих у данного работодателя и не подпадает под действие правил внутреннего трудового распорядка работодателя. Соответственно, если трудовым договором с таким работником не предусмотрено никаких положений, регламентирующих использование им рабочего времени, то дистанционный работник может организовывать свое рабочее время по своему усмотрению. У работодателя в этом случае мало возможностей проконтролировать, как работник выполняет свою трудовую функцию.

В связи с этим целесообразно в трудовом договоре предусмотреть необходимый минимум механизмов, позволяющих работодателю хотя бы косвенно контролировать работника. Это могут быть отчеты о перемещениях, внесение записей в специальные программы, видеоконференции и проч.

Однако не следует забывать, что на связи с работодателем работник

¹⁵ См., например, апелляционное определение Саратовского областного суда от 8 августа 2019 г. по делу № 33-6240, апелляционное определение Московского городского суда от 4 апреля 2019 г. по делу № 33-14969/2019

¹⁶ См.: Филиппов В. Четыре минуса дистанционной работы // Трудовые споры. 2019. № 9. С. 68.

должен быть только в те часы, которые установлены как рабочие, иное регулирование будет ущемлять правовое положение работников по сравнению с действующим законодательством, что прямо запрещено нормами ТК РФ.

Нередко возникает вопрос о том, как определить норму рабочего времени, отработанного дистанционным работником. Если в ТК РФ или в трудовом договоре не указано иное, работник должен отрабатывать общеустановленную норму рабочего времени — 40 часов в неделю. Однако если работник настаивает на том, что он работал больше, он должен доказать этот факт документально. Вероятно, стороны трудового договора о дистанционной работе должны заранее определить те временные рамки, в которых работник осуществляет свою трудовую деятельность, а также способы доказывания выполнения нормы рабочего времени.

В связи с этим может возникнуть вопрос: возможна ли при дистанционной работе сверхурочная работа? Прежде всего работодатель и работник должны четко определить, какие нормы труда установлены для работника, а также в какие сроки они должны быть выполнены.

Если работник сможет доказать, что он систематически привлекается работодателем к работе за пределами нормы рабочего времени, он может поставить вопрос об оплате сверхурочных часов в повышенном размере. Однако сверхурочная работа всегда должна выполняться не только за пределами нормы рабочего времени, но и по прямому указанию работодателя. Если такого указания не было — не было и факта привлечения к сверхурочной работе.

Возможно ли включение в трудовой договор с дистанционным работником условия о ненормированном рабочем дне?

Особенности труда дистанционных работников скорее предполагали бы установление для них не-

нормированного рабочего дня. Традиционно режим ненормированного рабочего времени устанавливался для двух категорий работников: для тех, чье рабочее время не поддается точному учету, и тех, кто самостоятельно распределяет свою нагрузку в течение рабочего дня.

Как видим, дистанционные работники соответствуют обоим критериям.

Во-первых, в соответствии со ст. 312⁴ ТК РФ, если иное не предусмотрено трудовым договором о дистанционной работе, режим рабочего времени и времени отдыха дистанционного работника устанавливается им по своему усмотрению. То есть дистанционный работник сам определяет, в какое время дня и с какой интенсивностью он будет работать.

Во-вторых, дистанционный работник осуществляет свою трудовую функцию вне места расположения работодателя, без непосредственного и ежедневного контроля со стороны должностных лиц работодателя, т. е. его рабочее время также не поддается точному учету.

Таким образом, установление для дистанционных работников режима ненормированного рабочего дня является целесообразным. Единственным препятствием может служить положение ст. 101 ТК РФ о том, что ненормированный рабочий день — особый режим работы, в соответствии с которым отдельные работники могут по распоряжению работодателя при необходимости эпизодически привлекаться к выполнению своих трудовых функций за пределами установленной для них продолжительности рабочего времени.

Распоряжения работодателя о работе за пределами установленной законом нормы рабочего времени при режиме ненормированного рабочего дня не издаются для обычных работников, не будут издаваться и для дистанционных.

В связи с этим в условия трудового договора о рабочем времени дистанционных работников вполне может

быть включено условие о режиме ненормированного рабочего дня.

Поскольку работник трудится удаленно и работодатель не может эффективно контролировать его работу, возникает вопрос: сможет ли дистанционный работник работать у нескольких работодателей одновременно и будет ли работа у второго работодателя считаться совместительством?

Согласно ст. 282 ТК РФ совместительство — выполнение работником другой регулярной оплачиваемой работы на условиях трудового договора в свободное от основной работы время. Формально второй и последующие договоры о дистанционной работе должны признаваться договорами по совместительству. Однако ст. 312² ТК РФ устанавливает, что по соглашению сторон трудового договора о дистанционной работе сведения о дистанционной работе могут не вноситься в трудовую книжку дистанционного работника, а при заключении трудового договора впервые трудовая книжка дистанционному работнику может не оформляться.

Таким образом, дистанционный работник может вступить в трудовые отношения одновременно с несколькими работодателями и в его документах (трудовой книжке или сведениях о трудовой деятельности) это обстоятельство отражено не будет.

А поскольку работодатели лишены возможности эффективно контролировать работника, такая ситуация должна найти свое решение.

Полагаем, что для дистанционных работников может быть сделано исключение и на них не должны распространяться положения гл. 44 ТК РФ, регламентирующей работу у другого работодателя.

Оплата труда дистанционного работника. Поскольку законом не установлено иное, оплата труда дистанционного работника должна осуществляться исходя из общих

принципов оплаты труда, установленных ТК РФ.

Заработная плата каждого работника, в том числе дистанционного, должна зависеть от его квалификации, сложности выполняемой работы, количества и качества затраченного труда. Соответственно, принимая на работу сотрудника, который будет работать дистанционно, следует понимать, что оплата его труда должна быть «вписана» в систему оплаты труда, принятую работодателем.

Поскольку законом запрещается какая бы то ни было дискриминация при установлении и изменении условий оплаты труда, дистанционный работник еще при приеме на работу (до заключения трудового договора) должен быть под роспись ознакомлен с локальными нормативными актами, регламентирующими оплату труда у данного работодателя. Если работодатель предусматривает особенности оплаты труда дистанционного работника, это должно быть закреплено в локальном акте или трудовом договоре с таким работником.

Если работник трудится дистанционно в регионе, в котором работникам устанавливаются районный коэффициент и процентная надбавка к заработной плате, такое условие должно быть установлено и для дистанционного работника.

Дистанционный работник может работать повременно, сдельно либо в том случае, если работодатель установил для работника нормированное задание, оплата труда должна будет производиться по конечным результатам за фактически выполненный объем работ.

Если работодатель производит индексацию заработной платы работников, то должна быть проиндексирована и заработная плата дистанционного работника.

Электронный документооборот. Для договоров о дистанционной работе ТК РФ впервые предусматривает возможность электронного документооборота между работодателем и дистанционным работником.

При этом сторонам трудового правоотношения предписывается необходимость в обязательном порядке использовать усиленные квалифицированные электронные подписи.

В настоящее время процесс получения усиленной квалифицированной подписи является довольно сложным и дорогостоящим, в связи с чем и работники, и работодатели неохотно оформляют такие подписи. Это, в свою очередь, тормозит процесс замены бумажного документооборота электронным, что является сдерживающим фактором для развития новых форм привлечения к труду и более широкого использования дистанционной занятости.

Для решения данной проблемы полагаем целесообразным введение такого вида получения государственной услуги, как оформление электронной усиленной квалифицированной подписи. Получение такой подписи бесплатно в центрах государственных услуг значительно упростит введение электронного документооборота, что позволит вовлечь в экономическую деятельность значительное число незанятого населения.

Кроме того, использование электронного документооборота не должно рассматриваться как условие трудового договора, характерное только для договоров о дистанционном труде.

Прекращение трудового договора с дистанционным работником. Согласно ст. 312⁵ ТК РФ расторжение трудового договора с дистанционными работниками производится по основаниям, предусмотренным трудовым договором. Следовательно, в трудовом договоре должны быть указаны конкретные основания его расторжения по инициативе работодателя. Однако редакция ст. 312⁵ не исключает возможности прекращения трудового договора с дистанционным работником по общим основаниям, предусмотренным ТК РФ для всех работников.

Мы присоединяемся к авторам, утверждающим, что подобное положение является ничем не обоснованным и дискриминационным и должно быть впоследствии пересмотрено¹⁷.

Работодателям следует помнить, что основание увольнения должно быть заранее прописано в трудовом договоре о дистанционной работе. В противном случае суд восстановит уволенного работника на работе. Суды отмечают, что существенными обстоятельствами, подлежащими выяснению при разрешении спора с дистанционным работником, являются наличие в трудовом договоре конкретных дополнительных оснований, предоставляющих работодателю право расторгнуть трудовой договор, а также установленный факт нарушения условий договора со стороны работника.

При этом суд должен установить, что в соответствии с заключенным между сторонами договором работник выполняет трудовую функцию дистанционно — вне места нахождения работодателя, вне стационарного рабочего места, территории или объекта, прямо или косвенно находящихся под контролем работодателя¹⁸.

Дистанционные работники должны пользоваться такой же защитой, какой пользуются другие работники в отношении прекращения трудовых отношений. Иными словами, на дистанционных работников распространяются все гарантии, установленные ТК РФ в отношении запрета на увольнение работников по инициативе работодателя в период болезни работника и нахождения его в ежегодном оплачиваемом отпуске, установленные трудовым договором о дистанционной работе

¹⁷ См., например: *Лютков Н. Л.* Дистанционный труд: опыт Европейского Союза и проблемы правового регулирования в России. С. 35.

¹⁸ См., например, апелляционное определение Московского городского суда от 12 апреля 2017 г. по делу № 33-4427/2017.

дополнительные основания его расторжения по инициативе работодателя не должны носить дискриминационный характер. Необходимо помнить и учитывать положения ст. 3 ТК РФ, согласно которым не допускается ограничение трудовых прав и свобод в зависимости от обстоятельств, не связанных с деловыми качествами работника. Не являются дискриминацией такие ограничения прав работников, которые определяются свойственными данному виду труда требованиями.

В случае если ознакомление дистанционного работника с приказом (распоряжением) работодателя о прекращении трудового договора о дистанционной работе осуществляется в форме электронного документа, работодатель в день прекращения данного трудового договора обязан направить дистанционному работнику по почте заказным письмом с уведомлением оформленную надлежащим образом копию указанного приказа (распоряжения) на бумажном носителе.

Библиографический список

- Vittorio Di Martino. The high road to teleworking // Promoting decent work. Geneva, 2001.
- Александрова А. В. Постиндустриализм и трудовое законодательство. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».
- Бугров Л. Ю. Отражение мобильности в трудовом праве России // Вестник Пермского университета. Серия: Юридические науки. 1999. Вып. 2.
- Васильева Ю. В., Шуралева С. В. Дистанционная работа в России: вопросы правоприменения // Вестник Пермского университета. Серия: Юридические науки. 2016. Вып. 32.
- Васильева Ю. В., Шуралева С. В., Браун Е. А. Правовое регулирование дистанционной работы: проблемы теории и практики: монография. Пермь, 2016.
- Головина С. Ю. Использование частнопроводных конструкций при кодификации российского трудового законодательства. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».
- Закалюжная Н. В. Нетипичные трудовые отношения в условиях глобализации и модернизации экономики. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».
- Закалюжная Н. В. Особенности правового регулирования труда привлеченных работников. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».
- Костян И. А. Срок трудового договора: можно ли изменить? // Справочник кадровика. 2012. № 11.
- Логинова Л. В. Прекаризация в системе социально-трудовых отношений: проблемы и перспективы институционализации // Вестник Санкт-Петербургского государственного университета. Серия 12: Социология. 2016. № 3.
- Люттов Н. Л. Дистанционный труд: опыт Европейского Союза и проблемы правового регулирования в России // Lex Russica. 2018. № 10.
- Люттов Н. Л. Трудовое правоотношение: новые формы и трансформация в условиях цифровой экономики. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».
- Маслова Е. В. Прекариат как проявление нестандартной занятости и его особенности (на примере Воронежской области) // Вестник Омского университета. Серия: Экономика. 2016. № 3.
- Миронов В. И., Новикова М. В. Дистанционная работа как явление на российском рынке труда: дифференциация и дискриминация. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».
- Моцная О. В. Нетипичная трудовая занятость: некоторые проблемы теории и практики: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2009.
- Филиппов В. Четыре минуса дистанционной работы // Трудовые споры. 2019. № 9.
- Хныкин Г. В. Потери и приобретения Российского трудового права // Трудовое право в России и за рубежом. 2015. № 2.
- Цыпкина И. С. Регулирование труда работников, направляемых работодателем к другим физическим или юридическим лицам по договору о предоставлении труда персонала. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».
- Чесалина О. В. Работа на основе Интернет-платформ (crowd work and work on demand via apps) как вызов трудовому и социальному праву. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

Шабанова М. А. Особенности правового регулирования нетипичных трудовых договоров: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Ярославль, 2008.

Шуралева С. В. Регулирование дистанционной работы с иностранным элементом в эпоху глобализации: взгляд с позиции трудового права России // Вестник Пермского университета. Серия: Юридические науки. 2014. № 3.

References

Aleksandrova A. V. Post-industrialism and labor law. Access from SPS “Consultant Plus”. (In Russ.)

Bugrov L. Yu. Reflection of mobility in the labor law of Russia. *Vestnik Permskogo Universiteta. Juridicheskie Nauki = Perm University Herald, Juridical Sciences*, 1999, iss. 2, pp. 131—150. (In Russ.)

Chesalina O. V. Work based on Internet platforms (crowd work and work on demand via apps) as a challenge to labor and social law. Access from SPS “Consultant Plus”. (In Russ.)

Filippov V. Four minuses of remote work. *Trudovye spory*, 2019, no. 9, pp. 64—69 (In Russ.)

Golovina S. Yu. The use of private law constructions in the codification of the Russian labor legislation. Access from SPS “Consultant Plus”. (In Russ.)

Khnykin G. V. Losses and acquisitions of Russian labor law. *Trudovoe pravo v Rossii i za rubezhom*, 2015, no. 2, pp. 15—19. (In Russ.)

Kostyan I. A. Duration of the employment contract: is it possible to change? *Spravochnik kadrovika*, 2012, no. 11, pp. 38—50. (In Russ.)

Loginova L. V. Precarization of labor relations: problems and prospects of institutionalization. *Vestnik Sankt-Peterburgskogo gosudarstvennogo universiteta. Seriya 12: Sotsiologiya*, 2016, iss. 3, pp. 34—47. (In Russ.)

Lyutov N. L. Labor relationship: new forms and transformation in the digital economy. Access from SPS “Consultant Plus”. (In Russ.)

Lyutov N. L. Remote work: the experience of the European Union and the problems of legal regulation in Russia. *Lex Russica*, 2018, no. 10, pp. 30—39. (In Russ.)

Maslova E. V. The precariat as a manifestation of non-standard work and its features (on the example of the Voronezh region). *Vestnik Omskogo universiteta. Seriya: Ekonomika*, 2016, no. 3, pp. 201—208. (In Russ.)

Mironov V. I., Novikova M. V. Remote Work as a Phenomenon on the Russian Labor Market: Differentiation and Discrimination. Access from SPS “Consultant Plus”. (In Russ.)

Motsnaya O. V. Atypical employment: some problems of theory and practice: Cand. diss. thesis. Moscow, 2009, 26 p. (In Russ.)

Shabanova M. A. Features of the legal regulation of atypical labor contracts: Cand. diss. thesis. Yaroslavl', 2008. 28 p. (In Russ.)

Shuraleva S. V. Regulation of remote work with a foreign element in the era of globalization: a view from the perspective of Russian labor law. *Vestnik Permskogo Universiteta. Juridicheskie Nauki = Perm University Herald, Juridical Sciences*, 2014, no. 3, pp. 156—163. (In Russ.)

Tsyapkina I. S. Regulation of labor of employees sent by the employer to other individuals or legal entities under an agreement on the provision of personnel labor. Access from SPS “Consultant Plus”. (In Russ.)

Vasil'eva Yu. V., Shuraleva S. V. The content of the employment contract on remote work: theoretical aspects. *Vestnik Permskogo Universiteta. Juridicheskie Nauki = Perm University Herald, Juridical Sciences*, 2016, iss. 32, pp. 216—225. (In Russ.)

Vasil'eva Yu. V., Shuraleva S. V., Braun E. A. Legal regulation of distance work: problems of theory and practice. Perm', 2016. 127 p. (In Russ.)

Vittorio Di Martino. The high road to teleworking. *Promoting decent work*. Geneva, 2001. 142 p.

Zakalyuzhnaya N. V. Atypical labor relations in the context of globalization and modernization of the economy. Access from SPS “Consultant Plus”. (In Russ.)

Zakalyuzhnaya N. V. Features of the legal regulation of labor of attracted workers. Access from SPS “Consultant Plus”. (In Russ.)