



ДЕРЖАВНА РЕГУЛЯТОРНА СЛУЖБА УКРАЇНИ

вул. Арсенальна, 9/11 м. Київ 01011, тел. (044) 254-56-73, факс (044) 254-43-93
E-mail: inform@dkrp.gov.ua, Web: <http://www.drs.gov.ua>, код ЄДРПОУ 39582357

від _____ № _____
на № _____ від _____

Рішення № 108 від 13.03.2019 р. про відмову в погодженні проекту регуляторного акта

Державна регуляторна служба України відповідно до Закону України «Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності» розглянула проект Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо посилення захисту прав працівників та протидії застосуванню незадекларованої праці» (далі – проект Закону), разом з додатками, поданий листом Міністерства соціальної політики України від 08.02.2019 № 2706/0/2-19/52.

За результатами проведеного аналізу проекту Закону та аналізу його регуляторного впливу на відповідність вимогам статей 4, 5, 8 і 9 Закону України «Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності» (далі – Закон)

встановила:

проектом Закону пропонується внести зміни до Кодексу законів про працю України та Цивільного кодексу України з метою врегулювання законодавства в частині легалізації трудових відносин осіб, які повинні працювати на умовах трудового договору, проте працюють без оформлення відповідних документів або на інших юридичних підставах.

Однак проект Закону не може бути погодженим, оскільки розробником під час його підготовки не дотримано вимог статей 4, 5 та 8 Закону, беручи до уваги таке.

Проектом Закону пропонується ряд законодавчих змін, прийняття яких несе ризик внесення суттєвих змін у трудові та цивільно-правові відносини, зокрема у трудовий та цивільно-правовий договори.

Так, згідно з підпунктами 4-6 пункту 1 Розділу I проекту Закону пропонується викласти в новій редакції статтю 21 Кодексу законів про працю України (далі – КЗпП) та доповнити її новими статтями, зміст яких викликає ряд зауважень.

Зі змісту запропонованої редакції статті 21.2 КЗпП вбачається трактування цивільно-правових відносин як трудових, які за своєю правовою природою є абсолютно різними.

Так, відповідно до частини першої статті 21 КЗпП трудовий договір – це угода між працівником і власником, за якою працівник зобов'язується виконувати



Державна регуляторна служба України

ВИХ №1552/0/20-19 від 13.03.2019

Григор'єва Марія Володимирівна



роботу, визначену цією угодою, дотримуватися внутрішнього трудового розпорядку, а власник зобов'язується виплачувати заробітну плату і забезпечувати умови праці, необхідні для виконання роботи, передбачені законодавством про працю, колективним договором і угодою сторін. А поняття цивільно-правового договору, як домовленості двох або більше сторін, спрямованої на встановлення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків, закріплене у статті 626 Цивільного кодексу України.

Ряд зауважень стосується саме визначення ознак наявності трудових відносин (стаття 21.2 КЗпП у запропонованій редакції), а саме, у пункті 1 частини першої статті 21.2 КЗпП однією з таких ознак визначено періодичне (два і більше разів) надання особі винагороди у грошовій або натуральній формі за роботу, виконувану (послуги, надані) в інтересах іншої особи. Однак, слід зауважити, що будь-який господарський або договір цивільно-правового характеру передбачає етапність виконання робіт з проміжними актами, а винагорода може виплачуватися декілька разів.

Ще однією з ознак трудових відносин пропонується визначити особисте виконання особою роботи (надання послуг) (пункт 2 частини другої статті 21.2 КЗпП у запропонованій редакції), проте норми статей 902-903 Цивільного кодексу України визначають, що виконавець повинен надати послугу особисто.

Пункт 3 частини першої статті 21.2 КЗпП у запропонованій редакції визначає ознакою наявності трудових відносин винагороду за виконану роботу (надані послуги), яка є єдиним джерелом доходу особи або становить 75 і більше відсотків її доходу протягом 6 календарних місяців. Даний факт може встановити лише посадова особа центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну політику з питань нагляду та контролю за додержанням законодавства про працю, та його територіальних органів, яка має повноваження державного інспектора праці. Так, на практиці встановлення даного факту можливе лише після обміну інформацією з органами Пенсійного фонду України або Державної фіскальної служби України.

Таким чином, майже усі правовідносини можна визначати, як трудові, а договір цивільно-правового характеру – трудовим і застосовувати штрафні санкції у разі порушення норм, що містяться в законопроекті (пункт 16 частини I Розділу I проекту Закону).

Як зазначалось вище, проект Закону розширює повноваження посадової особи центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну політику з питань нагляду та контролю за додержанням законодавства про працю, та його територіальних органів, яка має повноваження державного інспектора праці. Такі зміни несуть в собі певні ризики щодо компетентності, наявності відповідної освіти та рівня знань інспекторів праці.

Засадами державної регуляторної політики, визначеними Законом, встановлюється необхідність доведення регуляторним органом доцільності прийняття та впровадження в дію кожного окремого регуляторного акта.

При цьому, враховуючи вимоги статті 21 Закону, ДРС приймає рішення про погодження або про відмову в погодженні проектів регуляторних актів з урахуванням як самого проекту акта, так і супровідних до нього документів.

визначених цим Законом, обов'язковим серед яких є, насамперед, Аналіз регуляторного впливу цього проекту акта.

Відповідно до вимог статті 1 Закону документом, який містить обґрунтування необхідності державного регулювання шляхом прийняття регуляторного акта, аналіз впливу, який справлятиме регуляторний акт на ринкове середовище, забезпечення прав та інтересів суб'єктів господарювання, громадян та держави, а також обґрунтування відповідності проекту регуляторного акта принципам державної політики – є Аналіз регуляторного впливу (далі – АРВ).

У цьому випадку, наданий розробником АРВ до проекту Закону містить формальний опис запропонованого ним регулювання, не є інформативним та не відповідає вимогам Методики проведення аналізу впливу регуляторного акта, затвердженої постановою Кабінету Міністрів України від 11.03.2004 № 308 (зі змінами, внесеними постановою Кабінету Міністрів України від 16.12.2015 № 1151) (далі – Методика).

Так, у розділі I «Визначення проблеми, яку передбачається розв'язати шляхом державного регулювання» АРВ згідно з вимогами Методики, розробник повинен, крім визначення проблеми, зробити, зокрема, короткий аналіз цієї проблеми, причин, через які вона виникла, і залежно від її характеру та масштабу вказати основні групи та підгрупи, на які вона впливає (громадяни, суб'єкти господарської діяльності, держава).

Проте, інформація розділу I АРВ не дозволяє встановити практичну необхідність внесення зазначених змін до Кодексу законів про працю України та Цивільного кодексу України, оскільки містить виключно посилання на нормативні підстави необхідності розробки зазначеного проекту регуляторного акта.

Так, ключовою проблемою, яку розробник пропонує розв'язати шляхом державного регулювання, є необхідність легалізації трудових відносин, коли за всіма ознаками особа має виконувати роботу на умовах трудового договору, проте де-факто виконує її на інших юридичних підставах або без оформлення відповідно до законодавства відносин між сторонами.

Розробником пропонується внести зміни, якими в КЗпП встановлюється сім ознак наявності трудових відносин, при наявності принаймні трьох з яких робота є такою, що виконується в межах трудових відносин, незалежно від назви та виду договірних відносин між сторонами.

Факт наявності трудових відносин встановлюватиметься посадовою особою центрального органу виконавчої влади, який реалізує державну політику з питань нагляду та контролю за додержанням законодавства про працю, та його територіальних органів, яка має повноваження державного інспектора праці або судом.

За інформацією, наданою розробником, прийняття зазначеного регуляторного акта вирішить питання:

- визначення на законодавчому рівні поняття трудових відносин та встановлення ознак наявності трудових відносин, а також принципу презумпції їх наявності;
- зміни підходу до штрафних санкцій за використання найманої праці без укладення трудового договору;



- приведення положень національного законодавства про працю у відповідність до положень директиви Ради № 2001/23/ЄС від 12.03.2001 про наближення законодавств держав-членів, що стосуються охорони прав працівників у випадку передачі підприємств або їх частини, бізнесових структур.

Проте, в цьому розділі АРВ відсутні будь-які відомості та аналітичні дані стосовно реального стану використання найманої праці (без укладення відповідних договорів) на трудовому ринку України, звернень фізичних осіб до Державної служби України з питань праці з описом порушень їх прав під час здійснення їхньої трудової діяльності, інших моментів, які ускладнюють роботу інспекторів з праці, а також можливого недоотримання податкових надходжень до державного бюджету.

У розділі III «Визначення та оцінка альтернативних способів досягнення цілей» АРВ розробник повинен навести опис альтернативних способів, аргументи щодо переваги обраного способу.

Натомість критерії, наведені в проекті Закону, мають загальний характер, не враховують специфіки деяких галузей економіки, і можуть стати предметом зловживання контролюючих органів, а також підібрані без урахування специфіки всіх галузей праці фізичних осіб-підприємців. Неоднозначність цих критеріїв дає потенційну можливість створювати тиск на підприємців з боку інспекторів праці.

У заповнених розробником таблицях відсутні будь-які розрахунки та оцінка впливу зовнішніх факторів, внаслідок чого неможливо об'єктивно оцінити позитивний/негативний вплив, а також сумарні витрати/доходи держави та суб'єктів господарювання, на яких будуть розповсюджуватися положення проекту Закону.

Так, в таблиці «Оцінка впливу на сферу інтересів держави» розробником зазначено, що в разі прийняття запропонованих змін, витрати з боку держави будуть відсутні, а вигодами стануть:

- легалізація трудових відносин, яка забезпечуватиме стабільне надходження коштів до бюджету та соціальних фондів шляхом сплати податків за використання найманої праці в межах трудових відносин;
- перекваліфікація цивільно-правових договорів у трудові в добровільному або примусовому порядку;
- диференційований підхід до розміру штрафних санкцій за використання найманої праці без укладення трудового договору, в середньому від 65 тис. грн до 125 тис. грн.

Проте, з таким твердженням не можна погодитися, оскільки розробник взагалі не прийняв до уваги ризики, які можуть виникнути у разі прийняття цього проекту акта.

Прийняття відповідних змін може призвести до того, що будь-який договір цивільно-правового характеру про надання послуг або виконання робіт (зокрема, бухгалтерське обслуговування, правова та юридична допомога, інформаційно-консалтингові послуги, ремонтні роботи тощо), на розсуд інспектора праці, буде вважатися по факту трудовими відносинами, з відповідним документальним оформленням.



При цьому в проекті Закону відсутні будь-які норми щодо запровадження заходів на боротьбу з роботодавцями, які використовують робочу силу без укладення будь-яких договорів, та не зареєстровані в ЄДР. Таким чином, *розробник не досягає визначеної мети.*

Також, запропоновані проектом Закону пропозиції можуть виявитися небезпечними для однієї з провідних галузей економіки, яка займає третє місце в структурі ВВП держави - у сфері інформаційних технологій (далі - ІТ), яка в Україні представлена переважно аутсорсингом, відносини з працівниками оформлені через фізичних осіб – підприємців (далі - ФОП).

Слід зазначити, що станом на сьогодні, державна політика в цій сфері направлена на сприяння розвитку та оптимізації умов ведення відповідного бізнесу, що дає змогу розширятися у програмній сфері та дозволяє прискорити технічний процес і зайняти почесне місце в ІТ-індустрії на світовому рівні.

Концепція розвитку цифрової економіки та суспільства України на 2018-2020 роки, схвалена розпорядженням Кабінету Міністрів України від 17 січня 2018 р. № 67-р, передбачає, що розвиток цифрового підприємництва є однією з основних цілей цифрового розвитку, та вказує на необхідність спрощення ведення зовнішньо-економічної діяльності.

Зокрема, відповідно до вимог підпункту 26¹ підрозділ 2 розділу XX Податкового кодексу України, тимчасово, з 1 січня 2013 року до 1 січня 2023 року, звільняються від оподаткування податком на додану вартість операції з постачання програмної продукції, а також операції з програмною продукцією, плата за які не вважається роялті.

Українська ІТ-галузь нині успішно конкурує на світовому ринку і є надійним джерелом валютних надходжень, що сприяє стабілізації курсу гривні.

Проте, незважаючи на позитивну в Україні динаміку, абсолютна більшість доходів має саме іноземне походження. Понад 50% замовлень надходить зі США, на другому місці – Велика Британія.

Українських програмістів запрошують на роботу в провідні країни світу, пропонуючи дозволи на працевлаштування за спрощеною процедурою.

Разом з цим, при внесенні запропонованих змін, підвищення податкового навантаження на фонд оплати праці для ФОП (не враховуючи додаткове навантаження на роботодавців) збільшується майже в 4 рази.

Отже, розробнику доцільно розглянути щонайменше такі ризики:

- закриття частини ФОПів;
- перенесення бізнесу та стартапів в інші країни;
- створення нових сірих схем (оскільки бізнес шукатиме інші способи, щоб оптимізувати свою діяльність);
- зменшення обсягу податкових надходжень до місцевих бюджетів. Так, єдиний податок, який сплачується ФОПами на 100% залишається у місцевих бюджетах. При цьому ПДФО розподіляється між місцевими бюджетами різного рівня на 75%, а податок на прибуток на 90% надходить до центрального бюджету.

У таблиці «Оцінка впливу на сферу інтересів громадян» в Альтернативі 3, яку розробник визначив оптимальною, не здійснено аналіз витрат та можливих ризиків.



Так, розробником зазначено, що прийняття проекту Закону позитивно відобразиться на економічному та соціальному благополуччі населення України: зменшиться кількість нещасних випадків при виконанні робіт (наданні послуг) особами в межах цивільно-правових договорів.

Проте, розробником також не взято до уваги, що запропоновані проектом Закону пропозиції можуть виявитися несприятливими для фізичних осіб різного виду діяльності, та які реалізують свої здібності у найбільш зручний та доступний для них спосіб (фріланс, консалтинг, аутсорсинг тощо), та призвести до негативних наслідків, протилежних очікуваному результату.

Таким чином, введення більш жорстких умов може стати поштовхом для масового закриття ФОПів, зростання рівня безробіття та недоотримання податкових надходжень до бюджетів усіх рівнів.

У таблиці «Оцінка впливу на сферу інтересів суб'єктів господарювання» зазначено, що розробником запроваджується диференційований підхід до розміру штрафних санкцій за використання найманої праці без укладення трудового договору в залежності від наявності оформлених відповідно до законодавства відносин між сторонами. Крім того, удосконалюються підстави для укладення строкових трудових договорів.

Розробником запропоновано встановити (частина третя статті 21² КЗпП), що *факт наявності трудових відносин встановлюється посадовою особою центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну політику з питань нагляду та контролю за додержанням законодавства про працю, та його територіальних органів, яка має повноваження державного інспектора праці, за результатами здійснення заходів державного контролю.*

Таким чином, після прийняття запропонованих проектом Закону змін, *головним у цьому процесі постає, навіть, не суд, а державний інспектор праці.*

Так, пунктом 11 Порядку здійснення державного контролю за додержанням законодавства про працю, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 26 квітня 2017 р. № 295 інспектори праці за наявності службового посвідчення безперешкодно, без попереднього повідомлення мають право під час проведення інспекційних відвідувань з питань виявлення неоформлених трудових відносин за наявності підстав, визначених пунктом 5 цього Порядку, самотійно і в будь-яку годину доби з урахуванням вимог законодавства про охорону праці проходити до будь-яких виробничих, службових, адміністративних приміщень об'єкта відвідування, в яких використовується наймана праця.

Зауважуємо, що під час здійснення інспекційних відвідувань, *інспектори праці не наділені повноваженнями тлумачити на власний розсуд характер правовідносин між сторонами цивільно-правового договору.*

Також інспектори праці неспроможні здійснити належну правову оцінку тих чи інших договорів, оскільки вони не завжди правильно трактують норми чинного законодавства. Підтвердженням тому є рішення судів, які визначають, що твердження або припущення інспектора праці не відповідають фактичним обставинам справи і визнають рішення інспекторів протиправними.

У розділі IV «Вибір найбільш оптимального альтернативного способу досягнення цілей» АРВ розробником не доведено вибір оптимального

альтернативного способу з урахуванням системи бальної оцінки ступеня досягнення визначених цілей, не проаналізовано причини відмови від застосування того чи іншого способу та аргументи на користь обраного, що є порушенням принципу ефективності – забезпечення досягнення внаслідок дії регуляторного акта максимально можливих позитивних результатів за рахунок мінімально необхідних витрат ресурсів суб'єктів господарювання, громадян та держави. Також відсутня оцінка ризиків зовнішніх чинників на дію запропонованого регуляторного акта.

У цьому розділі АРВ розробником не наведено жодних аналітичних даних та/або розрахунків витрат/економії ресурсів суб'єктів господарювання, яких вони зазнають/отримають як внаслідок впровадження проекту Закону, так і внаслідок застосування альтернативних способів досягнення цілей, що підтверджували б економічну доцільність обраного способу, а також не доведено ефективність застосування запропонованого проектом Закону механізму державного регулювання при вирішенні проблем, визначених у Розділі І АРВ.

Слід підкреслити, що факт відсутності належним чином проведеного економічного аналізу запропонованих альтернатив не дозволить у подальшому об'єктивно оцінити, наскільки обраний розробником спосіб державного втручання відповідає вирішенню проблем, які потребують врегулювання, та наскільки його застосування буде ефективним для їх вирішення.

У розділі V «Механізм та заходи, які забезпечать розв'язання проблеми» АРВ розробником не описані організаційні заходи, що мають здійснити органи влади для впровадження цього регуляторного акта (зазначити, яким чином будуть діяти норми цього акта, та якою прогнозується ситуація після набрання регуляторним актом чинності).

У розділі VI «Оцінка виконання вимог регуляторного акта залежно від ресурсів, якими розпоряджаються органи виконавчої влади чи органи місцевого самоврядування, фізичні та юридичні особи, які повинні проваджувати або виконувати ці вимоги» розробником не здійснено розрахунок витрат на запровадження державного регулювання для суб'єктів малого підприємництва згідно з додатком 4 до Методики (Тест малого підприємництва).

У розділі VIII «Визначення показників результативності дії регуляторного акта» не наведені обов'язкові показники результативності (розмір надходжень до державного та місцевих бюджетів і державних цільових фондів, пов'язаних із дією акта; кількість суб'єктів господарювання та/або фізичних осіб, на яких поширюватиметься дія акта; розмір коштів і час, що витратиметься суб'єктами господарювання та/або фізичними особами, пов'язаними з виконанням вимог акта; рівень поінформованості суб'єктів господарювання та/або фізичних осіб стосовно основних положень регуляторного акта).

Зазначасмо, що всі показники результативності визначаються у грошовій та/або числовій формі. При цьому, для кожного показника визначається одиниця вимірювання.

Звертаємо увагу розробника, що недотримання ним вимог Закону та Методики в частині визначення показників результативності регуляторного акта не

дозволить в подальшому належним чином провести відстеження його результативності, як це передбачено вимогами статті 10 Закону.

Додатково зазначаємо, що на адресу Державної регуляторної служби надійшли звернення від:

- *Громадської ради при Державній регуляторній службі України* (копія листа від 28.02.2019 № 69 додається) із рекомендацією *відмовити у погодженні цього проекту Закону*, як такого, що не відповідає основним принципам державної регуляторної політики, а також містить норми, спрямовані на збільшення витрат малого та середнього бізнесу;
- *Регіональної ради підприємців Херсонської обласної державної адміністрації* (копія листа від 19.02.2019 № 27 додається), з проханням *не погоджувати представлену редакцію проекту Закону*, оскільки він несе значну кількість ризиків, має нечіткі критерії та потребує суттєвого доопрацювання.

Таким чином, за результатами розгляду положень проекту Закону та аналізу його регуляторного впливу встановлено, що даний проект Закону розроблено без дотримання:

- ключових принципів державної регуляторної політики, зокрема, доцільності, адекватності, ефективності та збалансованості, визначених вимогами статті 4 Закону;
- вимог статті 5 Закону, в частині недопущення прийняття регуляторних актів, які не узгоджуються з діючими нормативно-правовими актами; а також викладення положень регуляторного акта у спосіб, який не є *доступним та однозначним для розуміння* особами, які повинні впроваджувати або виконувати вимоги цього регуляторного акта;
- статті 8 Закону, в частині підготовки АРВ з урахуванням вимог Методики проведення аналізу впливу регуляторного акта, затвердженої постановою Кабінету Міністрів України від 11.03.2004 № 308 (зі змінами).

Враховуючи вищевикладене, керуючись частиною четвертою статті 21 Закону України «Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності», Державна регуляторна служба України

вирішила:

відмовити в погодженні проекту Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо посилення захисту прав працівників та протидії застосуванню незадекларованої праці».

**Голова Державної
регуляторної служби України**



Ксенія ЛЯПІНА

М. Григор'єва
т. 254-52-21

