

ЗАЁМНЫЙ ТРУД В КАЗАХСТАНЕ: РЕШИЛ ЛИ НОВЫЙ ТРУДОВОЙ КОДЕКС ПРОБЛЕМУ С ЕГО ЛЕГАЛИЗАЦИЕЙ?¹

"Законодательная деятельность похожа на старость – она медленно передвигается и на все подозрительно смотрит."
[А.Ф. Кони]

Различные формы заёмного или так называемого атипичного труда в условиях глобализации международного бизнеса становятся все более популярными, и этот факт нельзя игнорировать. Не относясь отрицательно в принципе к этому явлению, трудовое право, к сожалению, не всегда гибко реагирует на экономические посылы. Но это нормально, поскольку любое право консервативно по сути.

Существует несколько различных вариантов заёмного труда: аутстаффинг, аутсорсинг и т.д. Наиболее популярным видом заёмного труда является передача одним работодателем своих работников на время другому работодателю, так называемое прикомандирование (секондмент).

Казахстан стал использовать различные формы заёмного труда относительно недавно, но эта практика стремительно набирает обороты, несмотря на то, что казахстанское трудовое законодательство такую возможность до 2016 года не допускало. С принятием нового Трудового кодекса, Казахстан вошел в число стран, использующих институт прикомандирования на уровне закона, однако, остальные формы заёмного труда по-прежнему остались вне легализации.

Попытаемся разобраться, каким образом работает механизм прикомандирования и допустимо ли использование иных форм заёмного труда в Казахстане, а также как соотносится казахстанский опыт с мировой практикой в этой сфере.

МИРОВОЙ ОПЫТ И ИСТОРИЯ ВОПРОСА В КАЗАХСТАНЕ

До недавнего времени заёмный труд во многих юрисдикциях находился фактически вне правового поля. Первые попытки легализации и регламентирования заёмного труда на мировой арене были сделаны в 1990-е годы, например, в законе государства Люксембург 1994 года появился специальный раздел, посвященный порядку временного прикомандирования работников к другим предприятиям.

Международная организация труда признала заёмный труд в 1997 году, приняв Конвенцию № 181, посвященную частным агентствам занятости, получившим право найма работников с целью предоставления их третьей стороне.

Южная Корея является одной из стран, в которой заёмный труд нашел стопроцентную поддержку – в 2007 году корейские кадровые агентства активно пропагандировали эффективность механизма, что привело к принятию закона о защите прав временных работников. В результате Южная Корея является мировым лидером по количеству заёмного труда – около 35% корейцев из 15 миллионов трудоспособного населения работают по гражданско-правовым договорам.

На североамериканском континенте механизм заёмного труда послужил решением проблемы роста безработицы в кризис – число американцев, работающих без прямого трудового договора, в 2008 году увеличилось практически вдвое. В Канаде лидером в

¹ Статья опубликована в журнале «Эксперт Казахстан», 2016, № 13. с. 20-21.

вопросе поддержки заёмного труда стала Провинция Онтарио, принявшая Билль № 139, устанавливающий гарантии временным работникам и предусматривающий положения о вознаграждении агентству в случае прямого найма временного работника.

Российское законодательство пополнилось специальными регуляциями в отношении заёмного труда с 2016 года, легализовав только две его формы – аутсорсинг и по договору о предоставлении персонала, при этом второй вариант возможен только при участии кадрового агентства, получившим соответствующую аккредитацию.

Первое упоминание о прикомандировании в казахстанском законодательстве появилось в 1993 году в рамках работы государственного аппарата. Позже, в 2001 году, термин "прикомандирование" появился и в коммерческом законодательстве, регулирующем вопросы привлечения иностранной рабочей силы, и под прикомандированием понимался ввоз в Казахстан иностранных работников без получения соответствующего трудового разрешения при условии одновременного с наймом иностранных работников направления казахстанского персонала за рубеж с целью повышения квалификации. В 2012 году данный правовой институт был заменен на новый – "корпоративный перевод", а с ноября 2015 года, в связи с вступлением Казахстана в ВТО, дополнительно появился внутрикорпоративный перевод».

С принятием Трудового кодекса 2015 года в его понятийном аппарате снова появилось прикомандирование, при этом законодательно установленных понятий аутсорсинга, аутстаффинга и других форм заёмного труда и тем более условий для их применения в Казахстане, как уже отмечалось, пока нет.

ОСНОВНЫЕ УСЛОВИЯ ПРИКОМАНДИРОВАНИЯ В СООТВЕТСТВИИ С ТРУДОВЫМ КОДЕКСОМ РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН

В соответствии с действующим трудовым законодательством под прикомандированием понимается *"выполнение работником (прикомандированным) работы по определенной специальности, квалификации или должности (трудовой функции), обусловленной трудовым договором, либо по другой должности, специальности, квалификации у другого юридического лица, за исключением ограничений, предусмотренных законодательством Республики Казахстан"*.

Прикомандирование оформляется путем подписания дополнительного соглашения к трудовому договору с указанием места выполнения работы на период прикомандирования. По окончании срока прикомандирования работодатель обязуется предоставить работнику место работы (должность), которое (которую) работник занимал до прикомандирования. Таким образом, заключение трудового договора между принимающей компанией и работником, которого прикомандировывают в такую компанию, не требуется.

Следует отметить, что для применения этого правового института законодательством установлены некоторые ограничения, а именно, во-первых, прикомандирование работников допускается только внутри группы компаний, то есть когда принимающая и командирующая компании связаны корпоративным прямым или косвенным участием друг в друге, в противном случае прикомандирование между ними не правомерно. Во-вторых, прикомандирование распространяется на работников, являющихся казахстанскими и иностранными гражданами, за исключением иностранных работников, трудовая деятельность которых осуществляется на основании трудовых разрешений.

Из сказанного следует, что часто практикуемое ранее прикомандирование иностранных работников к казахстанским компаниям, даже если обе компании – иностранная и казахстанская, соответствуют вышеуказанным условиям корпоративного участия, теперь строго юридически недопустимо. Законодательство в этом случае предлагает единственный легитимный вариант – заключение трудовых договоров с казахстанским работодателем с предварительным получением разрешения на привлечение иностранной рабочей силы в рамках корпоративного или внутрикорпоративного перевода.

РИСКИ, СВЯЗАННЫЕ С ИСПОЛЬЗОВАНИЕМ ЗАЁМНОГО ТРУДА В КАЗАХСТАНЕ

Казахстанское законодательство не только не учитывает особенности аутсорсинга и аутстаффинга, но и не содержит даже базовой терминологии, на основе которой можно было бы регулировать взаимоотношения при передаче определенных работ внешнему исполнителю или представителю передаваемого персонала. Понятие и условия прикомандирования хоть и определены законом, но его применение ограничено, и не имеется возможности использования этой формы заёмного труда в отношении иностранных работников, что в условиях современного казахстанского рынка труда является наиболее востребованным.

В профессиональной среде единое мнение о законности заёмного труда не выработано. Ряд аудиторских компаний поддерживает данную схему (например, PWC, SG Global Advice LLP), а ряд юридических компаний, юристов и специалистов в области трудового права придерживаются обратного мнения (например, "Baker & McKenzie", "AEQUITAS", юристы юридического форума² и т.д.).

В числе правовых рисков можно назвать вопросы, связанные с налоговыми аспектами и разрешительным порядком привлечения иностранной рабочей силы, но не менее существенным является риск, связанный с признанием отношений заёмного персонала с компанией-заказчиком трудовыми. Сложившаяся практика показывает, что уполномоченные органы скорее оценивают суть отношений, а не их форму.

Последствия такого признания самые серьезные – возложение на принимающую услуги/работы компанию всех обязанностей работодателя в отношении заёмного персонала с ретроспективным действием на весь период его работы в пользу данной компании. На компанию потенциально может быть возложена ответственность за нарушение трудового и иного законодательства Казахстана в отношении заёмного работника (незаключение трудового договора, невыплата заработной платы, непредоставление отпуска и прочее).

При использовании в рамках заёмного труда иностранных работников более 120 дней в году также следует помнить, что казахстанские органы миграционной полиции в целях регистрации паспортов иностранных граждан в таких случаях требуют предоставления трудового договора и разрешения на привлечение иностранной рабочей силы, на срок которых обычно оформляется регистрация паспортов граждан иностранных государств. Отсутствие этих документов, оформленных на принимающую компанию, может повлечь административную или уголовную ответственность причастных лиц за нарушение правил привлечения иностранной рабочей силы, миграционного законодательства и прочие неблагоприятные последствия.

Отправляющая компания, являющаяся юридически работодателем для заёмных работников, тоже не останется в стороне, потому что трудовые договоры, заключённые с направляемыми ею работниками в другие компании, могут быть признаны мнимыми. Поскольку предметом договора прикомандирования или иной формы заёмного труда, как правило, является выполнение определённого вида услуг или работ (например, экспертных, ремонтных и пр.), заёмные работники могут выполнять в Казахстане виды деятельности, подлежащие лицензированию, и в случае отсутствия у отправляющей компании такой лицензии государственные органы могут рассмотреть договор прикомандирования (иной формы заёмного труда) в качестве притворного договора, прикрывающего договор об оказании (выполнении) лицензируемых видов услуг (работ) без лицензии с соответствующими последствиями в отношении виновных лиц.

² <http://forum.zakon.kz/index.php?showtopic=119985>

Прикомандирование и другие формы заёмного труда с точки зрения бизнеса предоставляет компаниям ряд важных преимуществ, позволяя сократить численность своего персонала и налоги, взимаемые с начисления заработной платы, а также расходы на открытие офисов в регионах, сконцентрировать свои силы на основном бизнесе, передав отдельные сферы деятельности, являющиеся непрофильными для компании, на аутсорсинг. Поэтому популярность заёмного труда не снижается. Однако каким бы привлекательным он не казался, механизмы, выходящие за рамки правовых регуляций, являются незаконными. Таким образом, принимая решения вступить в такие отношения, не следует недооценивать существующие правовые риски и, возможно, имеет смысл отдать свой голос в пользу альтернативных решений, вписывающихся в общие подходы казахстанского законодательства к этому вопросу.