

Прикомандирование (секондмент) и другие формы заёмного труда в условиях глобализации международного бизнеса, а также вступления Казахстана в ВТО становятся все более популярными.

Заёмный труд предоставляет компаниям ряд важных преимуществ. Принимающая компания, используя заёмный труд, может 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. Командирующая компания, направляя работников в другую организацию, может сохранить численность своего персонала на период отсутствия объема работ. Обе стороны посредством заёмного труда фактически организуют обмен опытом и повышение квалификации работников.

Однако каким бы привлекательным заёмный труд ни казался, практика показывает, что его использование в силу недостаточной урегулированности на законодательном уровне сопряжено с правовыми рисками, так как трудовое право, хотя в целом и не относится к секондменту отрицательно, к сожалению, не всегда гибко реагирует на экономические посылы. Особенно актуален вопрос о рисках в случаях прикомандирования иностранных работников, что в условиях современного казахстанского рынка труда является наиболее востребованным и, соответственно, часто практикуемым, например, в нефтегазовой сфере бизнеса. Попробуем разобраться, каким образом работает механизм прикомандирования в Казахстане, а также как соотносится казахстанский опыт с мировой практикой в этой сфере.

МИРОВОЙ ОПЫТ

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

Международная организация труда признала заёмный труд в 1997 году, приняв Конвенцию №181, посвященную частным агентствам занятости, полу-

чившим право найма работников с целью предоставления их третьей стороне.

Южная Корея является одной из стран, в которой заёмный труд нашел максимальную поддержку — в 2007 году корейские кадровые агентства активно пропагандировали эффективность соответствующего 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 (то есть по договору о прикомандировании), в 2008 году увеличилось практически вдвое. В Канаде лидером в 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: 1) аутсорсинг и 2) аутстаффинг (по договору о предоставлении персонала), при этом второй вариант возможен только при участии кадрового агентства, получившего соответствующую аккредитацию.

ПРИКОМАНДИРОВАНИЕ В КАЗАХСТАНЕ: ИСТОРИЯ ВОПРОСА

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. 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», однако, остальные формы заёмного труда (например, аутсорсинг, аутстаффинг, лизинг персонала и др.) по-прежнему остались без правового регулирования, а значит — вне легализации.

УСЛОВИЯ ПРИКОМАНДИРОВАНИЯ В КАЗАХСТАНЕ

В соответствии с действующим трудовым законодательством, в Казахстане под прикомандированием понимается выполнение работником работы у другого работодателя как по своей, так и по другой специальности (должности, трудовой функции, квалификации).

Прикомандирование оформляется путем подписания ряда документов, в том числе: 1) соглашение между направляющей и принимающей компаниями, 2) трехстороннее соглашение между компаниями и прикомандированным работником и 3) дополнительное соглашение к трудовому договору с прикомандированным работником.

Письменное соглашение между направляющей и принимающей организациями

В соглашении следует оговорить:

- цель прикомандирования (обеспечение выполнения определенных задач);
- численность и перечень должностей прикомандированных работников;
- конкретные задачи (функции) прикомандированных работников.

В соглашении рекомендуется:

- подтвердить корпоративную взаимосвязь (аффилированность, как это указано ниже) между направляющей и принимающей организациями;
- определить перечень документов, которые должны быть предоставлены принимающей организацией;
- уточнить порядок действий при нарушении прикомандированным работником трудовой дисциплины (в подобном случае принимающая организация в течение 3 рабочих дней уведомляет направляющую организацию с представлением подтверждающих документов для принятия решения о привлечении прикомандированного работника к дисциплинарной ответственности);

- определить порядок действий при несчастном случае с прикомандированным работником (организация расследования несчастного случая, произошедшего с прикомандированным работником в связи с трудовой деятельностью, возлагается на принимающую организацию, с участием представителя направляющей организации);

- определить порядок согласования прикомандирования с профсоюзом или выборными представителями работников принимающей организации (при отсутствии в ней профсоюза), если планируется прикомандировать более 10% среднесписочной численности принимающей организации.

Следует также иметь в виду положения гражданского законодательства (ст. 921 Гражданского кодекса РК) относительно ответственности юридического лица за вред, причинённый его работником при исполнении трудовых (служебных, должностных) обязанностей. Для этой цели работниками признаются граждане, выполняющие работу на основании трудового договора, а также на основании гражданско-правового договора, если при этом они действовали или должны были действовать по заданию и под контролем соответствующего юридического лица, ответственного за безопасное ведение работ.

Трёхстороннее соглашение между направляющей и принимающей организациями и прикомандированным работником

В соглашении следует оговорить:

- 1) статус работника на время прикомандирования (в том числе указать, что он не становится работником принимающей организации);

- 2) срок прикомандирования;

- 3) условия прикомандирования (должность, принимающую организацию, изменение режима работ и др.);

- 4) порядок прикомандирования, к которому могут быть отнесены:

- режим работы (указать, что на период прикомандирования на работника распространяется режим труда и отдыха, действующий в принимающей организации, за исключением продолжительности и порядка предоставления ежегодного оплачиваемого трудового отпуска, которые определяются, согласно трудовому договору работника и актам направляющей организации, и др.);

- порядок оплаты труда;

- порядок учёта рабочего времени;

- порядок оплаты расходов на проезд к принимающей организации и обратно;

- порядок прекращения прикомандирования;

- порядок оплаты проживания работника в другом городе;

- вопросы направления работника в командировку по поручению принимающей организации;

- порядок действий по предоставлению работнику отпуска и действий в случае временной нетрудоспособности работника;

- вопросы соблюдения требований по безопасности и охране труда (включая необходимые инструктажи и обучение, обеспечение средствами защиты, надлежащих условий труда);

- другие вопросы администрирования трудовых отношений.

Дополнительное соглашение к трудовому договору между работником и направляющей организацией

В дополнительном соглашении указывается место выполнения работы и должность работника на период прикомандирования, обязанность работника соблюдать трёхстороннее соглашение (о котором сказано выше), а также подтверждается обязанность отправляющей организации предоставить работнику прежнее место работы и должность, которые он занимал до прикомандирования, по окончании периода прикомандирования.

ОГРАНИЧЕНИЯ ПРИКОМАНДИРОВАНИЯ В КАЗАХСТАНЕ

Следует отметить, что для применения прикомандирования казахстанским законодательством установлены некоторые ограничения.

Во-первых, прикомандирование не следует использовать для работников, чьи должности обязательны в штате принимающей организации, во избежание нарушения регуляторных и разрешительных требований законодательства.

Во-вторых, прикомандирование работников допускается только внутри группы компаний, то есть с соблюдением правила вертикальной аффилированности:

- акции (доли участия) принимающей организации должны прямо или косвенно принадлежать направляющей организации; либо

- голосующие акции (доли участия) направляющей организации должны прямо или косвенно принадлежать принимающей организации.

В других случаях (например, при горизонтальной аффилированности — между сестринскими компаниями) прикомандирование неправомерно.

В-третьих, 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 аффилированности, 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.

Корпоративный перевод — временный перевод иностранца или лица без гражданства в соответствии с письмом и (или) соглашением о корпоративном переводе из иностранного юридического лица для выполнения работ, оказания услуг в филиал, дочернюю организацию, представительство или аффилированное лицо данного иностранного юридического лица, которые учреждены на территории РК. При этом под аффилированным лицом иностранного юридического лица понимается юридическое лицо, зарегистрированное на территории РК, часть акций или доля которого прямо или косвенно принадлежит данному иностранному юридическому лицу.

Под **внутрикорпоративным переводом** понимается временный (на срок, определённый трудовым договором, но не более 3 лет, с правом продления на 1 год) перевод иностранца или лица без гражданства, осуществляющего трудовую деятельность на должности руководителя, менеджера или специалиста в юридическом лице (учреждённом на территории страны-члена ВТО, находящемся и действующем за пределами территории РК), в филиалы, дочерние организации, представительства данного юридического лица, учреждённые на территории РК в соответствии с казахстанским законодательством.

Порядок осуществления корпоративного и внутрикорпоративного перевода

тивного перевода установлен Правилами и условиями выдачи разрешений иностранному работнику на трудоустройство и работодателем на привлечение иностранной рабочей силы¹.

РИСКИ, СВЯЗАННЫЕ С ИСПОЛЬЗОВАНИЕМ СЕКОНДМЕНТА В КАЗАХСТАНЕ

Хотя понятие и условия прикомандирования и определены действующим законодательством, но, как уже отмечалось, применение этого правового института ограничено в отношении наиболее популярной, как показывает практика, категории работников — иностранных.

Следует отметить, что в профессиональной среде не выработано единого мнения о законности прикомандирования иностранных работников. В соответствии с разъяснениями Министерства здравоохранения и социального развития РК, прикомандирование иностранных работников на основании ст. 40 Трудового кодекса невозможно в силу норм Законов «О занятости населения» и «О миграции», а также в связи с необходимостью: 1) получения разрешения на привлечение иностранной рабочей силы в отношении работников принимающей организации (что влечёт необходимость заключения трудового договора) и 2) соблюдения миграционного законодательства (визовый режим, регистрация)². Этого же мнения придерживаются разработчики Трудового кодекса и большинство казахстанских практикующих юристов (включая юристов юридического форума³, а также юристов трудовой практики нашей фирмы). Вместе с тем, существует и иное мнение о законности прикомандирования иностранных работников, которое разделяют в основ-

ном консалтинговые (аудиторские) компании.

С учетом изложенного, при использовании прикомандирования иностранных работников необходимо помнить о возможных правовых последствиях, включая, помимо прочего, налоговые риски — признание деятельности иностранной компании постоянным учреждением в Казахстане с вытекающей из этого обязанностью платить корпоративный подоходный налог.

Не менее существенным является риск, связанный с признанием отношений прикомандированного персонала с принимающей компанией трудовыми. Сложившаяся практика показывает, что уполномоченные органы скорее оценивают суть отношений, а не их форму. Последствия признания отношений между принимающей компанией и прикомандированными работниками трудовыми самые серьезные — возложение на принимающую компанию всех обязанностей работодателя в отношении прикомандированного персонала с ретроспективным действием на весь период его работы в пользу данной компании (включая вопросы страхования, безопасности и охраны труда, налогообложения и т.д.). На компанию потенциально может быть возложена ответственность за нарушение трудового и иного законодательства Казахстана в отношении прикомандированного работника (незаключение трудового договора, невыплата заработной платы, непредоставление отпуска и прочее).

При использовании в рамках прикомандирования 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 действия которых обычно оформляется регистрация паспортов граждан иностранных государств. Отсутствие этих документов, оформленных на принимающую компанию, может повлечь административную или уголовную ответственность частных лиц за нарушение правил привлечения иностранной рабочей силы, миграционного законодательства, а также прочие неблагоприятные последствия.

Отправляющая компания, являющаяся юридически работодателем для прикомандированных работников, тоже может столкнуться с правовыми проблемами. Трудовые договоры, заключённые с направляемыми в другие компании работниками, могут быть признаны мнимыми. Поскольку предметом договора прикомандирования, как правило, является выполнение определённого вида услуг или работ (например, экспертных, ремонтных и пр.), прикомандированные работники могут выполнять в Казахстане виды деятельности, подлежащие лицензированию. В случае отсутствия у отправляющей компании такой лицензии государственные органы могут рассмотреть договор прикомандирования в качестве притворного договора, прикрывающего договор об оказании (выполнении) лицензируемых видов услуг (работ) без лицензии с соответствующими последствиями в отношении виновных лиц.

Таким образом, принимая решение вступить в отношения секондмента, не следует недооценивать существующие правовые риски и, возможно, имеет смысл поискать альтернативные решения, вписывающиеся в общие подходы казахстанского законодательства по этому вопросу. ■

¹ Постановление правительства РК от 13 января 2012 года № 45 «Об утверждении Правил установления квоты на привлечение иностранной рабочей силы в Республику Казахстан, Правил и условий выдачи разрешений иностранному работнику на трудоустройство, а также работодателем на привлечение иностранной рабочей силы и иностранных работников, переводимых в рамках внутрикорпоративного перевода, и о внесении изменения в постановление правительства Республики Казахстан от 19 июня 2001 года № 836 «О мерах по реализации Закона Республики Казахстан от 23 января 2001 года «О занятости населения».

² Трудовой кодекс Республики Казахстан. Постатейный практический комментарий — Алматы: ТОО «МЦФЭР-Казахстан», 2016. — с. 638.

³ <http://forum.zakon.kz/index.php?showtopic=119985>

