

Юлия Чумаченко, партнер Юридической фирмы «AEQUITAS»

Лариса Емельянова, старший юрист Юридической фирмы «AEQUITAS»

www.zakon.kz. – 2015.09.09.

Новый Трудовой кодекс: заметки на полях

*Труд в наше время –
это великое право и великая обязанность.
Виктор Гюго*

Работодатели и работники с надеждой ждут принятия нового Трудового кодекса Республики Казахстан. Ещё есть время высказать свои предложения и пожелания, поделиться мнением и опасениями...

Для чего нужен новый Трудовой кодекс

Как известно, концепция совершенствования действующего трудового законодательства разработана правительством во исполнение поручений Президента и обусловлена программой «100 конкретных шагов современного государства для всех», предложенной Н.Назарбаевым. Шаг № 83 в ней предусматривает либерализацию трудовых отношений и принятие нового Трудового кодекса.

3 сентября 2015 года соответствующий законопроект был презентован в Мажилисе Парламента.

Казахстан прочно встал на рельсы развития рыночной экономики, что неминуемо влечет смещение приоритетов в сторону защиты производственных интересов. Мировая практика показывает, что рыночная экономика всегда нацелена на превалирование производственного интереса над социальным, в связи с чем нельзя сводить задачи трудового законодательства исключительно к обеспечению интересов работника.

К тому же Казахстан стал членом ВТО (идут финализирующие процедуры оформления членства) и принял на себя обязательства по Договору о Евразийском экономическом союзе (ЕАЭС), что также требует от республики гармонизации внутреннего законодательства с нормами и стандартами, применяемыми соответствующими международными организациями.

Поэтому включение в Трудовой кодекс новых для Казахстана, но уже широко известных и активно применяемых в мировой практике, правовых институтов (например, условие о неконкуренции, прикомандирование, экономическое состояние работодателя и других) вполне оправданы общими процессами развития нашего государства.

Вместе с тем, степень культуры труда у наших работников и понимания основных институтов социально-трудовых отношений (включая профсоюзное движение, его значение и принципы), а также уровень правовой грамотности в целом достаточно низкие. С другой стороны, не секрет, что и многие работодатели не отличаются высокой правовой культурой и законопослушанием. Например, одним из распространенных нарушений действующего трудового законодательства по-прежнему является отсутствие трудовых договоров, которым отводится основная роль в формировании договорных трудовых отношений в рамках рыночной экономики.

Соответственно, правовое регулирование трудовых отношений требует большей гибкости и динамичности, с отведением большей роли коллективно-договорным отношениям, но с сохранением законодательной и надзорной функций государства как гаранта закрепления в законодательстве минимального объема социальных прав и привлечения нарушителей требований законодательства к ответственности. Не стоит забывать, что степень зрелости социально-трудовых отношений зависит от активности обеих сторон (работодателя и работников) в отстаивании своих интересов на переговорах.

Мы (как юристы) выступаем за добросовестность в трудовых отношениях как со стороны работодателя, так и со стороны работников, и за то, чтобы у обеих сторон был полноценный набор правовых инструментов для защиты своих прав. Именно с этой позиции мы разрабатывали свои предложения в рамках законопроектной работы над новым Трудовым кодексом.

Что сделано и что еще нужно сделать

Как практикующие юристы мы должны отметить, что совершенствование основного трудового закона страны назрело не только по политическим и экономическим мотивам. Действующий Трудовой кодекс, на наш взгляд, по ряду важных позиций не соответствует ни интересам работников, ни интересам бизнеса. На практике регулярно возникают ситуации, которые либо невозможно разрешить в силу пробелов в законодательстве или коллизии норм, либо их разрешение требует значительных временных и материальных затрат. Отсутствуют некоторые инструменты, позволяющие рационально использовать трудовые ресурсы.

По мнению юристов нашей фирмы, действующее регулирование позволяет недобросовестным работникам злоупотреблять предусмотренными правами и гарантиями, ставя работодателя в безвыходное положение. Поэтому назрела необходимость пересмотреть и расширить перечень оснований для расторжения трудового договора по инициативе работодателя, упростить процедуру наложения дисциплинарных взысканий, исключить необходимость составления отдельных документов.

Практика показала, что требуется детальное урегулирование института представителей работников с учетом наличия у многих компаний структурных подразделений, и, соответственно, персонала, расположенного в различных населенных пунктах, а также с учетом «текучести» кадров.

Требуется доработка отдельных вопросов оплаты труда. Очевидно, что уместно в ряде случаев внедрение возможности начисления и выплаты заработной платы в иностранной валюте, снятие ограничения на применение почасовой оплаты труда, уточнение порядка расчета и выплаты различных компенсаций (при отзыве из оплачиваемого трудового отпуска, при увольнении работника и др.). На этом перечень болевых точек не заканчивается.

Основываясь на солидном опыте работы и системном понимании казахстанского законодательства, юристы AEQUITAS подготовили свыше 70 обоснованных предложений по изменению действующего регулирования трудовых отношений. Как показывает последняя редакция законопроекта, вышедшая в массы для общественного обсуждения, наши предложения и приведённые доводы в значительной степени были приняты во внимание разработчиками проекта (что отрадно).

Считаем, что правительственная рабочая группа по подготовке проекта выполнила за очень короткий срок колоссальную работу. Проект нового Трудового кодекса улучшил правовое регулирование ряда вопросов, закрыл некоторые имеющиеся пробелы в законодательстве, ввёл новые правовые институты. В целом структура документа стала намного удобнее для применения как юристами, так и непрофессиональными «пользователями» этого документа.

Однако по-прежнему сохранились некоторые противоречащие друг другу либо недостаточно ясно урегулированные положения, которые могли бы быть исправлены в ходе последующей работы над проектом.

Представители работников

По-прежнему остаётся непроработанным институт представителей работников. Полагаем, что необходимо чётко определить концепцию данного института.

В действующей редакции не ясно, будут ли выборные представители работников представлять интересы всего коллектива в целом, в т.ч. тех, кто голосовал «против» на общем собрании работников, либо только тех работников, которые проголосовали «за» данных представителей.

При этом ввиду противоречия в понятийном аппарате остаётся спорным вопрос, могут ли представителями работников выступать третьи лица по доверенности. В случае, когда участие представителей работников обязательно (например, в работе аттестационной комиссии), должны ли участвовать в установленной процедуре представители именно конкретных (в частности, аттестуемых) работников, либо допускается участие любых иных представителей работников? А как быть, если у конкретного аттестуемого работника отсутствует представитель, и он не желает его избирать? В этом случае права работодателя на проведение аттестации могут быть парализованы.

Полагаем, что в проекте нового Трудового кодекса законодатель должен решить имеющиеся на данный момент проблемы представительства работников и устранить противоречия. Это тем более важно, поскольку в законопроекте заложена новая большая проблема - с разрешением споров.

Разрешение споров

Предполагается, что в суд лицо (работник, работодатель) может обратиться, только если спор не урегулирован согласительной комиссией либо не исполнено его решение. Эта норма может привести к тому, что стороны будут лишены возможности обращения в суд в случае, если согласительная комиссия не сформирована (а таких случаев, можно предположить, будет подавляющее большинство). При этом конкретное лицо не обладает правовыми механизмами для оперативного формирования такой комиссии, если её нет, или не избраны представители работников, или не проведено общее собрание о назначении представителей в состав комиссии, или не достигнуто соглашение между представителями и работодателем. Кроме того, могут возникать споры относительно порядка проведения вышеозначенного общего собрания.

Тем самым нарушается конституционное право на судебную защиту: *«Каждый имеет право на судебную защиту своих прав и свобод»* (п. 2 ст. 13 Конституции). Как указал Конституционный Совет Республики Казахстан в своём Постановлении от 5 августа 2002 года № 5 *«это конституционное право предполагает охрану прав и свобод человека, гражданина, как от всякого рода произвола, так и ошибочных решений суда»*; *«указанная конституционная норма предполагает свободное волеизъявление человека и гражданина в выборе законных средств охраны своих интересов»*.

Например, в Кодексе об административных правонарушениях содержится норма о том, что во исполнение конституционного права на судебную защиту лицо вправе обратиться с заявлением о передаче дела для рассмотрения в суд и тогда, когда дело подлежит рассмотрению уполномоченным государственным органом (ч. 4 ст. 683). А в проекте Трудового кодекса предполагается лишить граждан и их работодателей данного права.

Кроме того, при наступлении спора между руководителем и работодателем (в лице участников/акционеров и т.п.) предусмотренный проектом кодекса механизм

действия согласительной комиссии является ущербным, т.к. представители высших органов управления юридического лица (по сути, нанимавшие руководителя) отстранены от участия в комиссии, при этом руководитель приобретает массу правовых возможностей для злоупотреблений. При таком подходе существенно нарушаются права участников/акционеров.

Руководящие работники

Назрела необходимость урегулировать вопросы, связанные с особенностями деятельности исполнительных органов. Прежде всего, члены коллегиального и единоличного исполнительных органов должны быть приравнены в правовом регулировании, т.к. при формировании действующего Трудового кодекса о существовании единоличного исполнительного органа просто забыли, что приходится исправлять в ходе правоприменительной практики.

Приём на работу руководителей и прекращение с ними трудовых отношений имеют свои отличия от обычных работников. Необходимо предоставить право учредителям, участникам или иным органам управления юридического лица определять, кто будет издавать приказы по данным вопросам.

Необходимо предоставить работодателям право самостоятельно урегулировать особенности заключения трудового договора, определения порядка и условий оплаты труда, привлечения к дисциплинарной ответственности, решения индивидуальных трудовых споров, предоставления отпусков, реализации прав и исполнения обязанностей руководителей.

Срок трудового договора с исполнительным органом должен регулироваться отдельно от других категорий работников. Должны быть увеличены сроки для применения мер дисциплинарной ответственности к руководителям.

Запрет на расторжение трудового договора в период нахождения работника «на больничном» или в отпуске не должен распространяться на руководителей во избежание причинения существенного вреда работодателю в силу специфики корпоративных процедур по созыву общих собраний акционеров и участников. При наличии такого запрета исполнительные органы могут сознательно препятствовать прекращению с ними трудовых отношений путём выхода в отпуск или открытия «больничных». К сожалению, такие случаи регулярно встречаются при прекращении трудовых отношений с руководителями юридических лиц, но в настоящее время суды отказывают в их восстановлении на работе. Надеемся, что в новом Трудовом кодексе будет включена прямая норма о том, что рассматриваемый запрет неприменим к данной категории работников, что устранил поводы для дальнейших споров по этому вопросу.

Практика также требует распространить особенности регулирования труда руководителей юридических лиц на руководителей филиалов и представительств, а также на иные выборные органы.

Прикомандирование

Хотим обратить внимание и на вопросы прикомандирования (предоставления персонала, секондмента). Подобные отношения приобрели массовый характер, особенно при ввозе иностранных работников из-за границы, чему способствуют положения Налогового кодекса, освобождающие иностранную организацию, предоставляющую персонал, от обязанностей, связанных с формированием так называемого «постоянного учреждения» в налоговых целях. При этом на практике многие организации забывают, что реализация положений Налогового кодекса невозможна без применения Трудового кодекса, поскольку между предоставляемым лицом и принимающей организацией формируются полноценные трудовые отношения,

требующие оформления трудового договора, выплаты заработной платы и прочего администрирования, что входит в противоречие с институтом заёмного труда.

В проекте нового Трудового кодекса прикомандированию посвящена отдельная статья, однако она распространяется только на предоставление персонала в рамках вертикальной структуры аффилированных юридических лиц и не покрывает востребованные практикой горизонтальные взаимоотношения (передачу персонала между юридическими лицами, зависимыми от одной головной организации).

Кроме того, субъектами взаимоотношений прикомандирования согласно предложенной в проекте кодекса редакции могут являться только юридические лица с акциями (долями участия) – то есть, по сути, акционерные общества и товарищества, тем самым прикомандирование останется невозможным для других форм юридических лиц, в том числе иностранных. Под вопросом также остаётся прикомандирование работника из иностранного юридического лица в казахстанский филиал или представительство. Считаем данные ограничения в рамках единой группы аффилированных юридических лиц необоснованными.

Остаётся также открытым вопрос о праве, применимом к правоотношениям с иностранными работниками, прикомандированными в Казахстан.

Отличие трудового договора от других видов договоров

В проекте нового кодекса не устранены проблемные вопросы отличия трудового договора от иных видов договоров. Сохранилась норма о том, что отличительными признаками трудового договора от иных видов договоров является наличие в нем одного из следующих условий:

- выполнение работником работы (трудовой функции) по определённой квалификации, специальности, профессии или должности;
- выполнение обязательств лично с подчинением трудовому распорядку;
- получение работником заработной платы за труд.

Между тем, выполнение работы лично по определённой квалификации, профессии, специальности может предусматриваться и в гражданско-правовом договоре. Например, известно множество случаев, когда переводчики, бухгалтеры, юристы, водители и другие выполняют работу по гражданскому договору по указанной профессии с определённой квалификацией и получают вознаграждение за труд. Но чем вознаграждение по гражданскому договору отличается от заработной платы по трудовому договору? И то и другое в конечном итоге – сумма денег. Между тем, их отношения не становятся трудовыми, т.к. отсутствует подчинение трудовому распорядку. Более того, данные лица и не желают становиться работником заказчика, однако, строго следуя Трудовому кодексу, их отношения могут быть признаны трудовыми.

Поэтому мы считаем, что такой ключевой вопрос трудового права, как «водораздел» между трудовыми и иными видами договоров недостаточно проработан как в текущей, так и в проектной редакции кодекса. По мнению практикующих юристов перечисленные в кодексе признаки трудового договора следует пересмотреть. Как минимум, они не могут носить самостоятельного значения, и должны рассматриваться совместно, а не каждый в отдельности.

Отстранение от работы

Довольно часты на практике проблемные случаи, когда работника (в том числе, руководителя) необходимо немедленно отстранить от работы во избежание причинения работником вреда работодателю (например, при проведении внутренней проверки его

работы, при обращении в правоохранительные органы по поводу совершенного данным работником правонарушения, при утрате доверия к работнику до выяснения обстоятельств и в других случаях). Однако перечень случаев для отстранения является излишне ограниченным и не позволяет выполнить вышеуказанные действия.

Работодатели считают, что будет полезно предусмотреть право работодателя на отстранение работника от работы на определённый работодателем срок и в иных случаях, помимо установленных кодексом, но с сохранением полной заработной платы и прочих трудовых гарантий для отстраняемого работника (трудовой стаж, отпуск и другие).

Комплаенс

Работодатели нередко имеют обоснованную необходимость проверки своих работников по вопросам этики и стандартов ведения бизнеса (в частности, не замешен ли работник в несовместимых с политикой компании поступках, не совершал ли правонарушения, каковы рекомендации предыдущих работодателей).

Предлагается рассмотреть возможность комплаенс проверок при найме работников с контрольными функциями, на руководящие должности или должности, обслуживающие денежные средства.

Квалификационные требования и наименования должностей

Как было сказано, основной целью нового кодекса является либерализация трудовых отношений. Как, однако, с данной целью согласуется намерение государства подвести квалификационные описания, наименования должностей и условия труда под профессиональные стандарты, тарифно-квалификационные и иные общеобязательные справочники?

Наименования должностей, установленные КС и ЕТКС, далеко отстают от рынка труда и востребованных должностей и специальностей. Практически каждый работодатель сталкивается с тем, что не может найти нужные для него должности в профессиональных стандартах, КС и ЕТКС.

Утверждённые на текущее время профессиональные стандарты далеки от идеалов. Кроме того, в самих нормативных правовых актах имеются противоречия. Например, специальное законодательство предписывает наличие должностей, которых нет в справочниках.

Работодатели не понимают, почему они не могут ввести те должности, которые им необходимы, если работники согласны на данную работу и на соответствующие наименования должностей. Растёт спрос на «многофункциональные» должности, в рамках которых работники выполняют различные функции по одной должностной инструкции.

Неясно, почему работодатели должны принимать на определённые должности работников только определённой специальности и квалификации, если имеется иной подходящий работник, и он как нельзя лучше устраивает работодателя.

Передача функции по утверждению профессиональных стандартов Национальной палате предпринимателей («НПП») также не добавляет «гибкости» в этом вопросе. Во-первых, не все работодатели являются членами НПП. Филиалы и представительства иностранных организаций, некоммерческие организации, частные работодатели-физические лица членами НПП не являются. Далее, не все работодатели имеют

ресурсы и возможность принять участие в разработке профессиональных стандартов по отрасли. Более того, учесть в стандартах интересы всех работодателей в принципе невозможно.

В проекте кодекса закладывается, что профессиональный стандарт должен определять требования к уровню квалификации, компетентности, содержанию, качеству и условиям труда (к которым относятся, в том числе, режим работы, отдыха и размер заработной платы) в конкретной области профессиональной деятельности. При этом профессиональный стандарт будет основан на национальной и отраслевой рамках квалификации.

Другими словами, планируется стандартизировать труд и условия труда по всем видам трудовой деятельности, что противоречит условиям нормальной конкуренции на рынке и может существенно затруднить развитие конкретных организаций (особенно в сфере малого и среднего бизнеса) и экономики страны в целом.

Полагаем, что в частной сфере ни в коем случае нельзя ограничивать возможность установления наименований и функционального наполнения должностей, а также условий труда какими-либо справочниками и стандартами, далёкими от реальных нужд организаций. Указанные документы полезны, но лишь тогда, когда они носят рекомендательный характер. Необходимо работодателям частной сферы предоставить свободу в этом вопросе с учётом трудовых гарантий, установленных законом.

Переводы на другую работу

Мнения специалистов по труду относительно «временного перевода на другую должность по соглашению сторон на установленный ими срок» согласно действующей редакции Трудового кодекса диаметрально противоположны.

Между тем, этот вопрос является чрезвычайно острым и необходимым на практике. В некоторых организациях «цепочки временных переводов» являются наиболее проблемным трудовым вопросом.

Предлагаем для устранения споров урегулировать в новом Трудовом кодексе вопрос временного перевода по соглашению сторон. При этом необходимо прямо оговорить автоматический возврат работника на прежнюю должность по истечении срока временного перевода; и возможность найма другого работника на время отсутствия основного работника в случае его временного перевода на другую должность.

Иные вопросы

Перечень вопросов, которые, по мнению практики, следует урегулировать в Трудовом кодексе, может быть продолжен.

В том числе, хотелось бы вернуть полезную норму об отказе от совмещения по инициативе одной из сторон; устранить имеющиеся пробелы и недостатки в правовом регулировании изменения условий труда по инициативе работодателя, расторжении трудового договора, сменной работы и суммированного учёта рабочего времени, удержаний из заработной платы, отстранения от работы; выдачи документов о трудовой деятельности; устранить системные недостатки законодательства о персональных данных применительно к трудовым отношениям.

Роль государства в трудовых отношениях

Формирование социальной политики во всех странах мира происходит при непосредственном участии государства. Однако степень его вмешательства различна.

В нашем понимании, в Казахстане роль государства в управлении социально-трудовыми отношениями, прежде всего, заключается в правовом регулировании. При этом задачи законодательства о труде должны заключаться в том, чтобы оптимально сбалансировать его производственные и защитные функции. Государство должно гарантировать право на свободу труда. Подлинная свобода труда заключается в том, что выбор сферы работы принадлежит работнику, и, избирая работу, работник должен знать уровень обеспечиваемых ему социальных гарантий - право на минимум оплаты труда, ограничение максимальной продолжительности рабочего времени, право на отпуск минимальной продолжительности и другие права, относящиеся к общественным социальным гарантиям. Работники должны пользоваться указанными правами независимо от достижений производства. И эти государственные гарантии нашли свое отражение в новом Трудовом кодексе.

Другой аспект государственного участия в социально-трудовых отношениях – социальное партнерство. Отметим, что в основе социальной политики многих государств (например, Франции и ряда других европейских государств) лежит принцип партнерства, который предполагает постоянный диалог социальных партнеров. Механизм его реализации на высших уровнях власти – это активное сотрудничество трех сторон: представителей предпринимателей, профсоюзов и государства, которое стремится быть не столько участником переговоров, сколько его инициатором. На практике это выражается в личных встречах руководителей профсоюзов и ассоциаций предпринимателей с государственными чиновниками, в подписании ими различных общенациональных пактов. Аналогичную консультативную модель привлечения профсоюзов и предпринимателей к решению проблем предусматривает и казахстанское законодательство, в том числе новый Трудовой кодекс.

Идея социального партнерства преследует главную цель по защите интересов трудящихся, разрешению конфликтных ситуаций и консолидации усилий всех участников на решение производственных проблем с помощью добровольного диалога социальных партнеров между собой или с привлечением государства.

К сожалению, концепция Трудового кодекса фактически превратила идею добровольного социального партнерства в «социальное навязывание», поскольку собственно работодатели в большинстве своём не имеют практических механизмов влияния на проводимые переговоры по заключению соглашений и итоговое содержание этих документов, однако обязаны их исполнять. При этом соглашения могут устанавливать дополнительный, по сравнению с установленным законом, объем обязанностей работодателей, в т.ч. финансовых.

Полагаем, что Трудовой кодекс должен предусматривать добровольное, а не обязательное, присоединение работодателей к соглашениям социального партнерства, так как только такой подход отвечает природе данных соглашений и обеспечивает защиту интересов сторон социального партнерства.

Другой альтернативой защите интересов работников с участием государства является коллективный договор на предприятиях, заключаемый с участием представителей работников, что пока не часто используется работниками на практике. При этом опять же возвращаемся к тому, что институт «представительства работников» должен быть существенно доработан с учётом накопившихся практических проблем.

Мы с интересом следим за процессом разработки нового Трудового кодекса, и надеемся, что в ходе обсуждения его проекта в Парламенте он будет доработан с учётом баланса

интересов сторон трудовых отношений, а также мнения юристов и специалистов в сфере трудового права, которым предстоит применять его положения на практике.