

Заемный труд: подходы к регулированию в России и в мире.

Герасимова Елена Сергеевна, к.ю.н., Председатель Совета НП «Юристы за трудовые права», Директор Центра социально-трудовых прав.

Заемный труд является одной из форм неустойчивой занятости в трудовых отношениях, масштабы применения которой расширяются в последнее время во всем мире. Прежде, чем приступить к рассмотрению этого явления, определим, что следует считать стандартной и устойчивой занятостью.

Вторая половина XX века стала эпохой расцвета устойчивой занятости, в основе которой лежит стандартное трудовое правоотношение. В рамках этой концепции любой, каждый работник должен быть нанят напрямую работодателем на постоянной основе. Предполагалось, что в норме работник уделяет все или большую часть своего рабочего времени работе у одного работодателя под его контролем, что он работает продолжительное время или всю жизнь у одного работодателя. В этой концепции многие, хотя и не все работники, объединены в профсоюзы, пользуются защитой от необоснованного увольнения, заработная плата постепенно повышается и это является залогом стабильного развития. Именно эта концепция лежит в основе всего нормотворчества Международной организации труда. Необходимо отметить, что приятие этой концепции со стороны государств и бизнеса долгое время было практически безоговорочным, не встречало сопротивления. Базирующаяся на этом подходе Конвенция МОТ №158 О прекращении трудового правоотношения в 1982 году получила единодушную поддержку. Но позже отношение к стандартному трудовому правоотношению начало меняться. Так, например, Рекомендация МОТ О трудовом правоотношении в 2006 году была принята уже после длительных дискуссий и крайне тяжело.

Другие формы отношений в сфере труда в 20 веке, безусловно, существовали, но находились в явном меньшинстве и, фактически, игнорировались правом.

Вторая половина 1970-х во всем мире ознаменовалась значительными экономическими, социальными и политическими изменениями, которые начали оказывать давление на трудовые отношения и связанное с ними право. Завершение послевоенного восстановления экономики, растущая безработица, рост международной конкуренции, стагнация, инфляция, привели к возникновению в обществе дискуссии о необходимости внедрения большей «гибкости» на рынке труда. Были проведены реформы трудового законодательства «первой волны», в рамках которых государства стали допускать и даже поощрять расширение форм неустойчивой занятости.

В странах бывшего СССР пересмотр традиционной концепции трудовых отношений был спровоцирован крахом советской системы и началом формирования рыночных отношений в начале 1990-х годов. И если на протяжении первого постсоветского десятилетия сохранение старых правовых норм для бизнеса компенсировалось их широким игнорированием в реальных трудовых отношениях и расцветом неформальной экономики, то на рубеже 2000-х начал обсуждаться вопрос о либерализации трудового законодательства.

В начале XXI века трудовое право столкнулось с такими вызовами как сужение сферы действия трудового права в результате роста неформальной экономики, развития автономных форм труда; развитие новых информационных технологий и форм организации труда, в частности, пост-фордизма (децентрализации производства и передачи его на субподряд); глобализация, международная конкуренция и невозможность экстерриториального применения национального трудового законодательства; неолиберализм в экономической политике и неолиберальная критика социального государства. Происходящая борьба взглядов даже нашла свое отражение в языке, в своеобразной «борьбе терминов». Словосочетание «трудовое право» стало заменяться на

«регулирование рынка труда» или «управление человеческими ресурсами»; работников стали называть «рабочая сила», «человеческие ресурсы», нормы трудового права – «ограничениями», а права трудящихся – «издержками на труд».

Таким образом, в противовес стандартным трудовым отношениям, под все более широко распространяющейся нестандартной (нетипичной, атипичной) занятостью понимаются любые формы привлечения наемного труда с отклонениями от традиционного трудового договора в различных комбинациях. Формы нестандартной занятости довольно многообразны, и включают в себя как вполне законные, признаваемые законодательством, так и выходящие за рамки права и являющиеся по существу злоупотреблениями. К ним относятся виды работ, отклоняющиеся от стандартных по одному или нескольким признакам, в частности, по сроку трудового договора (срочные трудовые договоры); по продолжительности рабочего времени (неполное рабочее время); по месту выполнения работы (от традиционного надомничества до современной телеработы); поденная работа, работа по вызову и др. Нестандартными также являются формы, при которых вместо работы непосредственно на работодателя работник выполняет свою работу через посредников: через филиалы и организации, входящие в группы компаний («сетевое работодателя»); через посредников (агентства временной занятости (заемный труд), субподрядчиков и фирмы-аутсорсеры). Это так называемые «расщепленные» трудовые отношения.

В связи с тем, что во многих случаях эти формы занятости оказываются неблагоприятными для работников, сформировались понятия «неустойчивые формы занятости», «неустойчивая занятость». Под ними понимаются все формы занятости, как в формальной, так и неформальной экономике, которые не дают работникам или лишают их основных или минимальных социальных гарантий, от получения стабильной заработной платы и защиты от необоснованных увольнений до гарантий социальной поддержки и социального обеспечения. К неустойчивым формам занятости относятся, в частности, передача части функций организации на субподряд другим компаниям (аутсорсинг) на территории организации или вне ее; найм работников через агентства занятости (аутстаффинг); прием на основании краткосрочных договоров; оформление договоров с работниками как с индивидуальными предпринимателями и консультантами; установление длительных испытательных сроков, необоснованных периодов обучения для учеников; работа по вызову (“on-call”).

Существует множество форм «расщепленных» трудовых отношений, наиболее часто в России в последние годы упоминаются аутсорсинг, аутстаффинг, заемный труд.

Аутсорсинг (от англ. outsourcing — «внешний источник») — это передача определенных функций (как правило — «непрофильных» для предприятия-заказчика) внешним исполнителям — аутсорсерам, субподрядчикам, специалистам сторонней фирмы; передача компанией определенных бизнес-процессов или производственных функций на обслуживание другой компании, специализирующейся в соответствующей области. Задача аутсорсинга состоит в том, чтобы освободить организационные, финансовые и людские ресурсы, чтобы сосредоточить усилия на «профильной» деятельности компании. В России чаще всего передаются на аутсорсинг ведение кадрового и бухгалтерского учета, обеспечение функционирования офиса, переводческие, транспортные и рекламные услуги, поддержка работы компьютерной сети и информационной инфраструктуры, обеспечение безопасности, юридическое сопровождение деятельности компании, охрана, уборка, организация питания сотрудников.

Заемный труд (temporary agency work, «труд в агентствах временной занятости») представляет собой трехсторонние отношения, когда работник, обращаясь в агентство занятости, вступает с этим агентством в трудовые отношения и направляется для осуществления своих трудовых обязанностей к работодателям-пользователям, т.е. фактическим работодателям этого работника. Юридически трудовые отношения возникают между работником и этим частным агентством занятости (ЧАЗ), а фактически - между работником и конечным

работодателем. Частное агентство занятости, оказывающее услуги в сфере занятости, в т.ч. услуги по поиску работы и подбору персонала, в схеме заемного труда представляет собой независимое от государства физическое или юридическое лицо, оказывающее услуги, состоящие в найме работников с целью предоставления их в распоряжение третьей стороны, которая может быть физическим или юридическим лицом (далее именуемая «предприятие-пользователь»), устанавливающим им рабочие задания и контролирующим их выполнение¹. На практике в России, где ни заемный труд, ни деятельность ЧАЗов в области предоставления такого рода услуг не регулируется законодательством, на месте ЧАЗов нередко оказываются весьма сомнительные фирмы-посредники.

Заёмный труд - наиболее неблагоприятная для работников форма «трехсторонних» трудовых отношений, поскольку она юридически фиксирует расщепление ответственности работодателя между «пользователем» и «поставщиком» персонала. Если аутсорсинг предполагает передачу подрядчику конкретной производственной функции, то при заёмном труде порисходит передача подрядчику функции найма.

В случае заемного труда между работником и ЧАЗ заключается, как правило, трудовой договор (почти во всех случаях – срочный) и юридически возникают трудовые отношения. ЧАЗ осуществляет функции оформления приема на работу, увольнения, выплаты зарплаты, исчисления и уплаты налогов, ведения кадрового делопроизводства. Между работником и предприятием не заключается трудовой договор, юридически отношения не признаются трудовыми, при этом предприятие пользуется трудом заемного работника и организует его труд, предприятие-пользователь может в любой момент отказаться от работника и такой отказ не считается увольнением и не влечет необходимости соблюдения порядка увольнения, предусмотренного ТК РФ.

Заемный труд в зарубежных странах отличается от аутстаффинга. В России, где все эти термины используются как заимствованные и наполняются на месте самым различным содержанием, понятия аутстаффинг, заемный труд, лизинг или аренда персонала часто используются как синонимы.

Аутстаффинг (англ. outstaffing – «выведение персонала за пределы штата») – это термин из управления персоналом. Компания пользуется услугами (использует труд) работников, которые юридически являются сотрудниками другой компании, при этом другая компания не обязательно является ЧАЗом. При аутстаффинге предполагается выведение должности за штат и принятие работника через ЧАЗ для выполнения той же *постоянной* работы. Нередко на практике для этого используется персонал, состоявший в штате предприятия.

В отличие от этого заемный труд предполагает принятие на работу работника, оформленного через ЧАЗ, для выполнения временных, сезонных и иных непостоянных работ, замещения временно отсутствующего работника. Такой работник постоянно направляется для работы в различные организации.

Аутсорсинг и аутстаффинг влекут ряд положительных и негативных последствий для всех участников трехсторонних схем. Проблемы для заказчика могут возникать, например, в связи с тем, что при многоступенчатых субподрядах возникают сложности в управлении. Непостоянные работники не знают специфику работы у конкретного заказчика, что может приводить к снижению темпов работы, ее качества, к общему понижению мотивации. Эти и другие обстоятельства изучаются и подробно описываются самими агентствами в рамках предложений подобных услуг.

¹ Определение приводится на основании п.1 ст.1 Директивы ЕС «О частных агентствах занятости»....

Для работников негативные последствия использования таких схем проявляются в большей мере, и, как правило, включают следующие проблемы. Агентства обычно эксплуатируют существующую квалификацию работника, не вкладываются в обучение сотрудников. В перспективе это приводит к падению квалификации. Происходит снижение безопасности труда работников, влекущее большее число травм, т.к. не работодатели не заинтересованы вкладываться в охрану труда, обучение технике безопасности. Для работников существует меньше возможностей карьерного роста, что приводит к отсутствию видения перспектив, видения будущего, снижению их мотивации в трудовой деятельности. С увеличением числа временных рабочих мест происходит рост числа работников, не получающих социальные пособия и пенсии, доступные только при обычных продолжительных трудовых отношениях. В результате растет бедность и неустроенность, нестабильность для людей, а бремя поддержания для них приемлемого образа жизни перекладывается с работодателей на плечи семей и государства. Наконец, для работников существенно усложняется возможность создания профсоюзов, ведения коллективных переговоров и осуществления других коллективных форм защиты трудовых прав. Самим профсоюзам намного сложнее организовывать в профсоюз заемных, чем постоянных работников.

Трудовой кодекс РФ полностью основан на концепции стандартного трудового правоотношения. Он признает сторонами трудового отношения работника – лицо, вступившее в трудовые отношения с работодателем, и работодателя - физическое лицо либо юридическое лицо (организация), вступившее в трудовые отношения с работником. Конструкция трехстороннего трудового отношения трудовым законодательством не регулируется, и более того, можно смело утверждать, - противоречит самой концепции ТК РФ.

Сторонники возможности использования заемного труда ссылаются на положения налогового и гражданского законодательства.

Для обоснования такой позиции приводятся ссылки на статьи Налогового кодекса РФ, оперирующие понятием «предоставление персонала» (статьи 148, 306 НК РФ), «договоры на предоставление рабочей силы» (п.18 ст.255 НК РФ), «услуги по предоставлению работников (технического и управленческого персонала) сторонними организациями для участия в производственном процессе, управлении производством либо для выполнения иных функций, связанных с производством и (или) реализацией» (п.19 ст.264 НК РФ). На основании того, что НК РФ признает данные виды расходов, делается вывод, что подобные договоры имеют право на существование и могут использоваться для легальной минимизации налогообложения. Например, упомянутые в п. 19 ст. 264 НК РФ расходы на услуги по предоставлению работников могут быть учтены как «прочие расходы, связанные с производством и (или) реализацией», и соответственно - включены в себестоимость товаров (услуг).

Однако обоснование возможности использования такого вида договоров ссылками на положения НК РФ противоречит нормам ТК РФ и НК РФ, определяющим круг регулируемых правоотношений. ТК РФ предусматривает, что регулирование трудовых отношений и иных непосредственно связанных с ними отношений осуществляется в соответствии с Конституцией РФ, федеральными конституционными законами, в частности, трудовым законодательством, состоящим из ТК РФ, иных федеральных законов, и законов субъектов РФ, содержащих нормы трудового права (ст.5 ТК РФ). Налоговый кодекс РФ устанавливает систему налогов и сборов, а также общие принципы налогообложения и сборов в Российской Федерации (ст.1 НК РФ); законодательство о налогах и сборах регулирует властные отношения по установлению, введению и взиманию налогов и сборов в Российской Федерации, а также отношения, возникающие в процессе осуществления налогового контроля, обжалования актов налоговых органов, действий (бездействия) их должностных лиц и привлечения к ответственности за совершение налогового правонарушения (ч.1 ст.2 НК РФ). Существует довольно обширная практика арбитражных судов по признанию незаконными использования схем привлечения дополнительных организаций-посредников для оформления трудовых отношений (об этом далее).

Другая система аргументации возможности использования заемного труда строится на нормах Гражданского кодекса РФ. Говорится, что хотя договор предоставления персонала в ГК РФ и не предусмотрен, согласно частям 2 и 3 ст. 421 ГК РФ стороны могут заключить договор как предусмотренный, так и специально не предусмотренный законом или иными правовыми актами. Кроме того, стороны могут заключить смешанный договор, в котором содержатся элементы различных договоров, предусмотренных законом или иными правовыми актами. К отношениям сторон по смешанному договору применяются в соответствующих частях правила о договорах, элементы которых содержатся в смешанном договоре, если иное не вытекает из соглашения сторон или существа смешанного договора. Договор предоставления персонала рассматривается как смешанный договор, соединяющий элементы различных гражданско-правовых договоров.

Эти аргументы также вызывают критику. Прежде всего, гражданское законодательство основывается на признании равенства участников регулируемых им отношений (ст.1 ГК РФ). Согласно ч.1 ст.2 ГК гражданское законодательство определяет правовое положение участников гражданского оборота, основания возникновения и порядок осуществления права собственности и других вещных прав, прав на результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации (интеллектуальных прав), регулирует договорные и иные обязательства, а также другие имущественные и личные неимущественные отношения, основанные на равенстве, автономии воли и имущественной самостоятельности участников. Очевидно, что отношения, возникающие в процессе трудовых отношений, являются отношениями неравных субъектов, не основаны на автономии воли и имущественной самостоятельности участников. Кроме того, свобода договора предполагает соблюдение общих принципов и норм гражданского законодательства. С точки зрения основ правопорядка, морали и нравственности, человек не может выступать объектом договора между двумя юридическими лицами. Согласно Декларации о целях и задачах МОТ 1944 года, являющейся приложением к Уставу МОТ, к числу основных принципов, на которых основывается МОТ, относится принцип труд не является товаром». Согласно ст.128 ГК РФ к объектам гражданских прав относятся вещи, включая деньги и ценные бумаги, иное имущество, в том числе имущественные права; работы и услуги; охраняемые результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации (интеллектуальная собственность); нематериальные блага. Люди в этом перечне, безусловно, отсутствуют.

Однако в правоприменительной практике правовая оценка возникающих отношений по использованию заемного труда является неоднозначной. Анализ практики арбитражных судов и судов общей юрисдикции показывает, что единой последовательной позиции не сложилось.

В практике арбитражных судов значительное число решений основывается на оценке использования модели заемного труда как способа уклонения от уплаты налогов и страховых взносов и оценке обоснованности привлечения работодателя к налоговой ответственности. Предметом оценки арбитражными судами являлись схемы, при которых организации уменьшали число сотрудников, переводя их во вновь создаваемые организации, для работы на условиях заемного труда. Во многих случаях учредителями таких организаций являлись те же лица, что и в основных организациях. Благодаря таким «переводам» основные организации снижали налоговую нагрузку, в частности, могли претендовать на переход на упрощенную систему налогообложения, позволявшую освободиться от уплаты ряда налогов, в том числе ЕСН, кроме части взносов на обязательное пенсионное страхование. Организации, использующие такие схемы, ссылаются на экономическую обусловленность использования модели заемного труда.

Налоговые органы расценивали такие схемы как «получение необоснованной налоговой выгоды». В их решениях использовалась при этом аргументация, что «создание организации ... преследовало цель неуплаты в бюджетную систему РФ ЕСН»; «заключение договоров на оказание услуг носило формальный характер»; «деятельность посредников является экономически нецелесообразной ввиду отсутствия финансового результата».

Однако арбитражные суды признавали вполне возможным заключение гражданско-правовых договоров о предоставлении работников между агентством и организацией-клиентом, считая, что предметом таких договоров являются не сами заемные работники, а услуги по предоставлению персонала. В случае установления по фактическим обстоятельствам дела того, что такой договор был целесообразным и экономически обоснованным, не был заключен лишь с целью получения налоговой выгоды, арбитражные суды удовлетворяли требования компаний о признании решений налоговых органов необоснованными. Таким образом, арбитражные суды в регионах занимали различные позиции по спорам об обжаловании решений налоговых органов. Высказанная же ВАС РФ по ряду наиболее поздних решений освободилась к поддержке позиций налоговых органов (см., например, правовые позиции Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации в постановлениях от 25.02.2009 № 12418/08, от 30.06.2009 № 1229/08, от 22.06.2010 № 1997/10).

Интересно, что существует даже практика привлечения к уголовной ответственности при использовании схем заемного труда. Так, по одному из дел, рассмотренному в 2004 году в республике Марий-Эл, судом было установлено, что разделив компанию на семь фирм, применявших упрощенную систему налогообложения, руководство завода уклонилось от уплаты ЕСН на общую сумму около 7 млн. руб., что содержит состав преступления, предусмотренного ст. 199 УК РФ (уклонение от уплаты налогов и сборов с организаций). Суд также признал, что в действия по созданию компаний только для ухода от налогов должны квалифицироваться по ст. 173 УК РФ (лжепредпринимательство).

Практика судов общей юрисдикции не является четкой или последовательной. Прежде всего, стоит отметить, что число дел, в которых бы рассматривались требования, касающиеся признания незаконными схем оформления трудовых отношений через заемные агентства, крайне незначительно. По свидетельству самих агентств в конфликтных случаях они стараются улаживать разногласия во внесудебном порядке. В известных же немногочисленных случаях рассмотрения дел о признании трудовых отношений с фактическим работодателем суды соглашались со схемами заемного труда и выносят решения не в пользу заемных работников, руководствуясь формальными признаками и основываясь на оформленных документах. Так, например, в определении Курганского городского суда от 13 июля 2007 года суд указывает: «Имеющиеся в деле документы свидетельствуют о том, что работодатель ООО «Курганвинзавод»... предоставлял истцов для работы ЗАО «Курганский винодельческий завод... Истцы формально являются работниками ООО «Курганский винзавод»; «Сдача персонала одного предприятия в наем другому никаким законом не урегулирована, оценку этому дать невозможно».

В деле по иску заемного работника к ООО «Анкор-персонал» и «Кока-кола Эйч Би Си Евразия» о восстановлении на работе, оплате вынужденного прогула и компенсации морального вреда в решении Пушкинского районного суда Санкт-Петербурга 7 мая 2007 года указывается: «Согласно ст.ст. 16, 66, 67 ТК трудовые отношения возникают на основании трудового договора, прием на работу оформляется приказом, работодатель заполняет трудовую книжку и т.п. Между истцом и ООО «АНКОР Персонал» был заключен срочный трудовой договор, в соответствии с которым он был принят на работу в Филиал ООО «АНКОР Персонал»... приказ о приеме на работу был оформлен также ООО «АНКОР Персонал», ...произведена запись в трудовую книжку. ООО «АНКОР Персонал» исчисляло, удерживало и уплачивало за истца НДФЛ, страховые взносы на обязательное пенсионное страхование, осуществляло вводный инструктаж по охране труда и технике безопасности»... «Суд пришел к выводу, что трудовые отношения возникли между истцом и ООО «АНКОР Персонал», а ООО «Кока-Кола Эйч Би Си Евразия» является ненадлежащим ответчиком по делу». Определением Санкт-Петербургского городского суда от 13 сентября 2007 года признан не соответствующим закону довод кассационной жалобы по этому делу, что договор оказания услуг от 3 июля 2001 года между ООО

«Анкор Персонал» и ООО «Кока-кола Эйч Би Си Евразия» «не соответствует закону... поскольку его предметом является предоставление услуг в виде предоставления работников.... и не может служить основанием к отмене решения».

Наконец, рассмотрим позицию, занимаемую государственной инспекцией по труду и прокуратурой, осуществляющими надзор за соблюдением трудовых прав. Яркой иллюстрацией их позиции является дело об использовании ОАО «Кондитерский концерн «Бабаевский» работников, нанятых через ООО «Петролайн». Группа работников, нанятых для работы на фабрике, трудовые отношения с которыми были оформлены через ООО «Петролайн», не получали заработную плату, в отношении них не соблюдались другие договоренности об условиях труда. В связи с этим ни обратились с жалобами в государственную инспекцию труда по г.Москве и в прокуратуру, описав саму схему оформления трудовых отношений и допущенные нарушения прав. Однако ни один из этих органов не усмотрел нарушений трудовых прав в самой схеме оформления трудовых отношений через организацию-посредника. Прокуратуры города Москвы, рассмотрев жалобу в январе 2010 года, указала, что «В ходе проверки в отношении ОАО «Кондитерский концерн «Бабаевский» выяснилось, что, согласно табелям учета рабочего времени, концерном было допущено превышение продолжительности сверхурочной занятости сотрудников. Иных формальных нарушений в деятельности концерна Замоскворецкой межрайонной прокуратурой г. Москвы выявлено не было, обязательства по договору о предоставлении персонала, заключенному с ООО «Петролайн», концерн выполнил в полном объеме». Роструд в ответе, датированном в феврале 2010 года, сообщил о привлечении к ответственности генерального директора ООО «Петролайн» и вынесении представления в связи с выявленным нарушением трудового законодательства в части не произведения расчета при увольнении 14 работников на общую сумму 64 951 руб. Однако и инспекция по труду не усмотрела нарушений в самой схеме заемного труда.

Тем не менее, схема использования заемного труда по оценкам самих частных агентств занятости, развивалась в России медленно, и этому препятствовало, в первую очередь, отсутствие законодательства, регулирующего его. По инициативе ЧАЗов был разработан проект закона «О защите прав работников, нанимаемых частными агентствами занятости с целью предоставления их труда третьим лицам», который существенно ухудшал положение работника по сравнению с ТК РФ. Законопроект, в частности, предусматривал замену заемного работника по требованию Пользователя, в случае, если он не соответствует требованиям Пользователя, в том числе, ввиду его «личных качеств, которые влияют на его деловые качества»; презумпцию заемного труда в случае отсутствия трудового договора с частным агентством; заключение исключительно срочных трудовых договоров с заемными работниками и широкие возможности ЧАЗ по досрочному расторжению трудовых договоров; возможность перезаключения срочных трудовых договоров с заемным работником; возможность изменять трудовую функцию работника без его согласия, а также менять предприятия, на которые направляется работник; расширение (на 6 пунктов) перечня оснований увольнения по сравнению с ТК РФ. Спустя некоторое время законопроект был снят с рассмотрения. Однако дискуссия относительно заемного труда не только продолжилась, но стала еще более активной.

28 октября 2010 года Межпарламентской Ассамблеей государств – участников СНГ был принят модельный закон «О деятельности частных агентств занятости», который не предусмотрел право ЧАЗов заключать трудовой договор и выступать работодателям по отношению к заемным работникам.

Значимым событием последнего времени стало внесение 8 ноября 2010 года депутатами М.В.Тарасенко и А.Киселевым на рассмотрение Государственной Думы законопроекта о внесении изменений в ТК РФ («О мерах, препятствующих уклонению работодателей от заключения трудовых договоров путем необоснованного заключения договоров гражданско-правового характера, использования механизмов «заемного труда»

или другими способами»), получившего неформальное название «О запрещении заемного труда». Законопроект направлен на решение задачи укрепления традиционного трудового правоотношения, что предполагается достичь средствами запрещения использования конструкции заемного труда; усиления возможностей защиты прав работников в случае фактического вступления в трудовые отношения (когда трудовой договор не оформляется, либо вместо трудового договора заключается гражданский договор); выравнивание правового положения российских работников и иностранцев, вступающих в трудовые отношения.

Законопроект сразу после внесения вызвал мощное сопротивление и отрицательную реакцию со стороны объединений работодателей и объединений ЧАЗов. В Государственную Думу в течение нескольких дней после внесения законопроекта были направлены письма от Ассоциации частных агентств занятости Ciett и Американской торгово-промышленной палаты, призывающие отклонить его.

При всем при этом, надо признать, что в законопроекте содержатся положения, предложенная разработчиками редакция которых вызывает серьезные опасения.

Статьей 3 проекта предлагается дополнить статью 56 ТК РФ частью третьей следующего содержания:

«Когда в соответствии с трудовым договором работник производит работу не для лица, заключившего с ним договор или фактически допустившего работника до работы, а для обслуживаемого этим лицом по договору гражданско-правового характера юридического лица или индивидуального предпринимателя, работодателем по этому трудовому договору признается юридическое лицо или индивидуальный предприниматель, для которого производится работа, за исключением случаев, когда организация или индивидуальный предприниматель – исполнитель по гражданско-правовому договору подряда, выполнения научно-исследовательских, опытно-конструкторских и технологических работ, возмездного оказания услуг, перевозки или транспортной экспедиции заключает с работником трудовой договор в целях использования его труда для исполнения обязательств, принятых исполнителем на себя по этому гражданско-правовому договору. В этих случаях работодателем признается организация или индивидуальный предприниматель – исполнитель».

Очевидно, что целью этой формулировки является разграничение «заемного труда» и аутсорсинга. Законопроект, безусловно, не ставит цель запрещения использования субподрядных схем, которые соответствуют гражданскому законодательству РФ. Однако проблема заключается в том, что на практике разграничить эти схемы бывает чрезвычайно сложно. Иногда формально легальные субподрядные схемы по сути своей являются тем самым заемным трудом, аутстаффингом. Такие ситуации могут быть истолкованы как подпадающие под исключение из запрета, который предполагается установить ч.3 ст.56 проекта. При такой ситуации возникает риск, что предлагаемая поправка приведет не к запрету, а к фактической легализации заемного труда через допускаемые исключения. При таком варианте его легализации за работниками не будет закреплено никаких гарантий, связанных с их уязвимым «заемным» статусом, что поставит их в еще более тяжелое положение, чем сейчас, при отсутствии какого-либо регулирования.

Наконец, рассмотрим в общем виде, каким образом заемный труд регулируется в других странах. Практика в большинстве из них прошла путь от запрета и ограничительного регулирования до более либерального регулирования.

Ряд стран, например, Англия, Нидерланды, имеют длительную историю регулирования заемного труда; другие страны ЕС принимали законодательство позже; новые члены ЕС принимают законы в настоящее время.

Развитые страны, накопившие опыт регулирования и применения труда через агентства, пытаются достичь определенного, приемлемого с европейской социальной моделью, баланса между гибкостью и стабильностью, необходимостью обеспечить

равенство возможностей. Достигают они этого с учетом особенностей своего исторического, культурного, политического, экономического развития через сочетание таких инструментов как саморегулирование ЧАЗов, законодательное и колдоговорное регулирование.

Новые члены ЕС являются своеобразными «заложниками» законодательства и политики западноевропейских стран в этом вопросе. Фактически, им навязывается допускающие заемный труд легальные конструкции. Законодательство проводит в жизнь заемный труд, «рекламирует» его и для предприятий-пользователей, и для самих заемных работников, а также пресекает возражения против заемного труда со стороны профсоюзов и иных сил.

Основными вопросами, регулируемым в законодательстве зарубежных стран в отношении заемного труда, являются:

- определение юридического работодателя заемного работника (ЧАЗ или предприятие-пользователь);
- срок действия трудового договора с заемным работником: срочный или бессрочный;
- система лицензирования и мониторинга ЧАЗов, требования к финансовой устойчивости ЧАЗов, его учредителям и деятельности и др.;
- запрет направлять заемных работников на опасные работы, а также на предприятия для замены бастующих;
- могут быть установлены ограничения по отраслям и / или профессиям, в которых допускается использование заемного труда;
- ограничения по длительности договора о заемном труде, условия перехода в статус постоянно занятых на предприятии-пользователе;
- ответственность ЧАЗов и предприятия-пользователя по обеспечению охраны труда заемных работников;
- требование обеспечения равенства заемных работников и постоянных работников, за некоторыми исключениями, в особенности в отношении оплаты труда.

В странах с развитым представительством работодателей, в т.ч. самих ЧАЗов, нередко принимаются кодексы этики и практики, осуществляется взаимная аккредитация профессиональным сообществом.

Система коллективных переговоров в данном секторе либо развивалась сама, с учетом национальных особенностей регулирования рынка труда, либо при определенной поддержке государства. Однако уровень профсоюзного членства среди работников, занятых по схемам заемного труда, как правило, низок, и нет специализированных профсоюзов заемных работников. Тем не менее, коллективные переговоры на отраслевом уровне в Голландии, Бельгии, Дании, Австрии, Германии и ряде других развитых стран ведутся весьма эффективно. Коллективные договоры дополняют или даже заменяют системы национального законодательства. В странах, являющихся новыми членами ЕС, система саморегулирования практически не развита, отраслевые коллективные договоры о заемном труде не заключаются.

Вопрос заемного труда получил отражение в нормах международного права, в частности исходящих от Международной организации труда и Европейского Союза.

С самого начала своей деятельности МОТ стремилась запретить и ограничить посредничество частных фирм на рынке труда.

Конвенция №34 о платных бюро найма 1933 г. налагала запрет на деятельность таких агентств. Конвенция №96 о платных бюро по найму 1949 г. легализовала деятельность ЧАЗов в определенных ограниченных случаях.

Регулирование деятельности частных компаний (ЧАЗы) произошло с принятием Конвенции № 181 и Рекомендация №188 о частных агентствах занятости в 1997 году. П. 3 ст. 2 предусматривает в качестве одной из целей Конвенции установление ситуации,

чтобы в рамках ее положений ЧАЗы получили возможность действовать, а работники, пользующиеся их услугами, были защищены.

Конвенция МОТ № 181 О частных агентствах занятости признает частными агентствами занятости те, которые предоставляют одну или несколько из следующих услуг:

- услуги, направленные на выравнивание спроса и предложений рабочих мест (обычное трудоустройство);
- услуги по найму работников с целью предоставления их в распоряжение третьей стороны;
- иные услуги, связанные с поиском работы, в частности, предоставление информации.

Данная конвенция ратифицирована небольшим кругом государств (Грузия, Венгрия, Парагвай, Панама, Литва, Молдова, Голландия, Испания, Финляндия).

Во многих странах, напротив, есть законы, регулирующие заемный труд, хотя Конвенция не ратифицирована (Франция, Германия).

Важно обратить внимание, что конвенцией №181 МОТ лишь признала саму законность услуги лизинга работников, однако не обязывает своих членов ввести ее в законодательство и практику. Решение вопроса о том, допускать или нет такие услуги, решают сами государства, после консультаций с наиболее представительными организациями трудящихся и работодателей.

Регулирование деятельности агентств временной занятости нашло отражение и в Директивах Европейского Союза.

В ноябре 2008 года была принята Директива ЕС о труде в агентствах временной занятости № 2008/104/ЕС. К этому моменту заемный труд легализован в национальных законодательствах всех стран «старой Европы» (15 стран). Директиве предшествовало 10 лет сложных переговоров, и в Европе она воспринимается как победа профсоюзов. Директиву одобрила Европейская конфедерация профсоюзов (*ETUC*).

«Камнем преткновения» при принятии Директивы стал принцип одинакового положения заемных и обычных работников. Задача директивы заключается в том, чтобы соотнести положение заемных и обычных работников. Ст. 2 и ст. 5 Директивы устанавливают запрет дискриминации заемных работников по отношению к обычным. Сама директива не регулирует все права и обязанности субъектов отношений по заемному труду, т.к. это сделано в национальных законодательствах.

В ст.5 в то же время закреплён перечень норм-изъятий. Так, § 2 ст. 5 устанавливает, что государства — члены ЕС имеют право после проведения консультаций с социальными партнерами установить исключения из принципа равного обращения с заемными работниками в отношении платежей, которые делаются этими агентствами заемным работникам в периоды между их работой на предприятиях-пользователях. А § 3 ст. 5 закрепляет право государств ЕС после проведения консультаций с профсоюзами и объединениями работодателей на национальном уровне, разрешать заключение социально-партнерских соглашений, в которых, при общем обеспечении защиты работников агентств временной занятости, будут предусматриваться отклонения от принципа равного обращения.

Таким образом, в отличие от многих европейских стран, Россия до сих пор не регулировала использование ряда нестандартных форм трудовых отношений, включая заемный труд. Западными компаниями и некоторыми экспертами это оценивается как признак отставания, наследие плановой экономики, нацеленной на то, чтобы привязать человека на всю жизнь к одному месту работы, как препятствие развитию современных трудовых отношений. Нам говорят, что нужна современная система управления трудовыми отношениями и работниками, способная меняться сообразно изменениям рыночной конъюнктуры. Кроме того, поскольку в реальной жизни заемный труд уже

применяется и его распространение растет, бесполезно отрицать или не признавать его существование; разумнее и эффективнее его урегулировать. Наконец, говорится, что легализация заемного труда позволит создать новые рабочие места.

Между тем, опыт западных стран, в которых заемный труд уже продолжительное время легализован, показывает, что происходит не создание новых рабочих мест, а перерождение уже существующих качественных рабочих мест с «достойными» условиями труда в низкокачественные и низкооплачиваемые. При этом процесс обратной трансформации и ограничения распространения таких видов занятости запустить крайне сложно. Итог - появление труда «второго сорта», новых социальных групп - людей, работающих много и тяжело, но в существенно худших условиях.

Можно спросить любого западного менеджера или экономиста, видит ли он перспективы своих детей или собственные в качестве заемного работника, и он даст однозначно отрицательный ответ. Заемный труд хорош как инструмент экономии и управления. Но не как инструмент, опосредующий трудовые отношения с реальным человеком. Многие страны, в начале пути признания заемного труда оценивавшие его позитивно, сейчас пересматривают свои взгляды.

Нужно ли России пройти путь в этом же направлении, сделав те же выводы на собственном опыте? Ответ, очевидный с точки зрения защиты интересов людей, работников, поддержания социальной стабильности и благополучия, - «нет».