

ЧАСТЬ I

ИСПОЛЬЗОВАНИЕ ЗАЕМНОГО ТРУДА: НЕКОТОРЫЕ ПРАВОВЫЕ АСПЕКТЫ

ЗАЕМНЫЙ ТРУД: ПОНЯТИЕ И ОСНОВНЫЕ ПОДХОДЫ К РЕГУЛИРОВАНИЮ В РОССИИ И В МИРЕ

В последнее время во всем мире в сфере трудовых отношений все большее распространение получают неустойчивые формы занятости. Заемный труд — одна из таких форм. Вторая половина XX в. стала эпохой расцвета устойчивой занятости, в основе которой лежит стандартное трудовое правоотношение. В рамках этой концепции любой работник должен быть нанят напрямую работодателем на постоянной основе. Предполагалось, что человек уделяет всё свое рабочее время (или большую его часть) труду у одного работодателя и под его контролем, что он работает продолжительное время или всю жизнь у одного работодателя, что 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 ее принятие 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 г. получила единодушную поддержку. Но позже отношение к стандартному трудовому правоотношению начало меняться. Так, Рекомендация МОТ «О трудовом правоотношении» в 2006 г. уже была принята после длительных дискуссий и крайне тяжело. Другие виды трудовых отношений в XX в., безусловно, существовали, но в силу малого распространения не оказывали существенного влияния на ситуацию в целом и фактически игнорировались правом.

С середины 1970-х годов начались значительные экономические, социальные и политические изменения, которые привели к давлению на трудовые отношения и связанные с ним области права. На Западе завершилось послевоенное восстановление экономики, прошла пора устойчивого роста. Экономический кризис 1970-х вызвал 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 более широкое использование неустойчивых форм 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 повсеместным неприменением в реальных трудовых отношениях и расцветом неформальной экономики, то на рубеже 2000-х начал обсуждаться вопрос о либерализации трудового законодательства.

В начале XXI в. 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 постфордизма (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.

Борьба взглядов даже нашла свое отражение в языке, в своеобразной «борьбе терминов»: словосочетание «трудовое право» ста-

ло 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: по сроку трудового договора (срочные трудовые договоры); по продолжительности рабочего времени (неполное рабочее время); по месту выполнения работы (от традиционного надомничества до современной теле-работы); поденная работа, работа по вызову и др.

Нестандартными также являются формы, при которых вместо работы непосредственно на работодателя человек выполняет свою работу через посредников: через филиалы и организации, входящие в группы компаний («сетового работодателя»); через посредников (частные агентства занятости), субподрядчиков.

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», содержащие оценочную окраску. Понятия нестандартных и неустойчивых форм занятости частично (но далеко не в полной мере) совпадают.

Под *неустойчивыми* понимаются все формы занятости как в формальной, так и в неформальной экономике, которые не дают работникам (или лишают их) основных социальных гарантий — от получения стабильной заработной платы и защиты от необоснованных увольнений до гарантий социальной поддержки и социального обеспечения.

К неустойчивым формам занятости относятся следующие: передача части функций организации на подряд другим компаниям (аутсорсинг) на территории организации или вне ее; найм работ-

ников 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. В России нет собственной разработанной единообразной терминологии. Понятия, которыми мы пользуемся, являются заимствованными, что неизбежно приводит к их неаккуратному, непоследовательному использованию. Чаще всего в России в последние годы используют понятия аутсорсинг, аутстаффинг, заемный труд, лизинг персонала, аренда персонала, нередко они понимаются как синонимы.

Определимся с содержанием этих понятий, чтобы в дальнейшем использовать их единообразно. Поскольку все эти термины являются заимствованными, будем базироваться на их значениях в зарубежной практике.

Используемые термины

Аутсорсинг (от англ. outsourcing — «внешний источник») — это передача определенных функций (как правило, «непрофильных» для предприятия-заказчика) внешним исполнителям — аутсорсерам, подрядчикам или 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.

Временная работа через частное агентство занятости (temporary agency work) представляет собой трехсторонние отношения, когда

работник, обращаясь в агентство занятости, вступает с ним в трудовые отношения и направляется для осуществления своих трудовых обязанностей к работодателям-пользователям, т.е. фактическим работодателям этого работника. Провозглашенной целью этой конструкции является обеспечение временных рабочих мест, которые не могут заполняться постоянными работниками.

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 этой схеме представляет собой независимое от государства физическое или юридическое лицо, оказывающее услуги по найму работников с целью предоставления их в распоряжение третьей стороны, которая может быть физическим или юридическим лицом (далее «предприятие-пользователь»), устанавливающим им рабочие задания и контролирующим их выполнение¹. На практике в России, где ни заемный труд, ни деятельность ЧАЗов или иных организаций в области предоставления такого рода услуг не регулируется законодательством, на месте ЧАЗов нередко оказываются любые, нередко сомнительные фирмы-посредники.

Временная работа через частное агентство занятости в зарубежных странах отличается от аутстаффинга.

Аутстаффинг (англ. outstaffing — «выведение персонала за пределы штата») — термин из управления персоналом. Компания пользуется услугами (использует труд) работников, которые юридически являются сотрудниками другой компании. При аутстаффинге происходит 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 временная работа через частное агентство занятости предполагает принятие на работу работника, оформленного через ЧАЗ, для выполнения временных, сезонных и иных непостоянных работ, замещения временно отсутствующего работ-

¹ Определение приводится на основании п. 1 ст. 1 Директивы ЕС о труде в агентствах временной занятости № 2008/104/ЕС.

ника. Такой работник постоянно направляется для работы в различные организации.

«**Заемный труд**» — термин, который мы будем использовать для целей данного исследования, широко прижившийся в России. Под заемным трудом будет пониматься и временная, и постоянная работа через частное агентство занятости.

Заемный труд — наиболее неблагоприятная для работников форма «трехсторонних» отношений по использованию личного труда, поскольку она юридически фиксирует расщепление ответственности работодателя между «пользователем» и «поставщиком» персонала. Если аутсорсинг предполагает передачу подрядчику конкретной производственной функции, то при заемном труде происходит передача подрядчику функции найма.

В случае заемного труда между работником и ЧАЗом 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, но может в любой момент отказаться от работника, и такой отказ не считается увольнением и не влечет необходимости соблюдения порядка увольнения, предусмотренного Трудовым кодексом РФ (далее — ТК РФ).

Аутсорсинг и заемный труд 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.

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 со-

трудников. 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 существенно уменьшаются возможности карьерного роста, что приводит к отсутствию видения перспектив, 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. Профсоюзам же вовлекать в свои члены заемных работников намного сложнее, чем постоянных.

Заемный труд и российское законодательство

ТК РФ полностью основан на концепции стандартного трудового правоотношения. Он признает сторонами трудового отношения работника (лицо, вступившее в трудовые отношения с работодателем) и работодателя (физическое либо юридическое лицо (организация), вступившее в трудовые отношения с работником). Конструкция трехстороннего трудового отношения трудовым законодательством не регулируется. Более того, можно утверждать, что она 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 (далее — НК РФ), оперирующие понятиями «предоставление персонала» (ст. 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 выпол-

нения 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 использовать такого вида договоры 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 незаконным использование схем привлечения дополнительных организаций-посредников для оформления трудовых отношений.

Другая система аргументов, обосновывающая возможность использования заемного труда, строится на нормах Гражданского кодекса Российской Федерации (далее ГК РФ). Согласно данному подходу, хотя договор предоставления персонала в ГК РФ и не предусмотрен, в соответствии с ч. 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 РФ 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 труда, являются отношениями неравных субъектов, они 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 г.), 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.

Оценка использования заемного труда в правоприменительной практике

В правоприменительной практике оценка возникающих отношений по использованию заемного труда является неоднозначной. Анализ практики арбитражных судов и судов общей юрисдикции показывает, что единой, последовательной позиции не сложилось. Не сформировано и однозначного подхода к этому явлению в Государственной инспекции труда и прокуратуре.

В практике арбитражных судов значительное число решений основывается на оценке использования модели заемного труда как способа уклониться от уплаты налогов и страховых взносов и оценке обоснованности привлечения работодателя к налоговой ответственности. Предметом оценки арбитражными судами являются схемы, при которых организации уменьшают число сотрудников, переводя их в новые организации для работы на условиях заемного труда. Благодаря таким «переводам» основные организации снижают налоговую нагрузку, в частности могут претендовать на переход на упрощенную систему налогообложения, позволяющую освободиться от уплаты ряда налогов, в том числе ЕСН, кроме части взносов на обязательное пенсионное страхование.

Налоговые органы расценивают такие схемы как «получение необоснованной налоговой выгоды». В их решениях используются при этом следующие аргументы: «создание организации <...> преследовало цель неуплаты в бюджетную систему РФ ЕСН»; «заключение договоров на оказание услуг носило формальный характер»; «деятельность посредников является экономической нецелесообразной ввиду отсутствия финансового результата».

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, в которых люди работают по заемным схемам, суды, как правило, эти схемы не признают незаконными и выносят решения не в пользу заемных работников, руководствуясь формальными признаками и основываясь на оформленных документах.

Существует также практика привлечения к уголовной ответственности при использовании схем заемного труда. Так, по одному из дел, рассмотренному в 2004 г. 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 действия по созданию компаний только для ухода от налогов должны квалифицироваться по ст. 173 УК РФ (лжепредпринимательство).

Наконец, позиции, занимаемые Государственной инспекцией труда и прокуратурой, которые осуществляют надзор за соблюдением трудовых прав, также не позволяют сделать вывод об оценке этого явления государственными органами. Так, в известных нам случаях, когда люди, привлекавшиеся к работе через организацию-посредника, сталкивались с нарушениями трудовых прав и обращались в связи с этим с жалобами в инспекцию и прокуратуру, последние выносили постановления по существу нарушений, не анализируя нарушений в самой схеме заемного труда.

Центром социально-трудовых прав был подготовлен подробный анализ позиций государственных органов и судов по этому вопросу. Он приведен в разделе «Защита трудовых прав заемных работников: обзор практики».

Регулирование заемного труда в зарубежном и международном праве

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 Великобритания, Нидерланды, имеют длительную историю регулирования заемного труда. Другие страны ЕС принимали законодательство позже. Новые члены ЕС, страны Восточной Европы, принимают законы по этим вопросам в последние годы.

Развитые страны, накопившие опыт регулирования и применения труда через агентства, пытаются достичь 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 западно-европейских стран в этом вопросе. Фактически им навязываются 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, регулируемыми 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, их 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 развивалась либо сама (с учетом национальных особенностей регулирования рынка труда), либо при поддержке государства. Однако уровень профсоюзного членства среди работников, занятых по схемам заемного труда, как правило, низок. Специализированных профсоюзов заемных работников нет.

Тем не менее коллективные переговоры на отраслевом уровне в Нидерландах, 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 ограниченных случаях.

Регулирование деятельности частных компаний (ЧАЗов) произошло с принятием Конвенции № 181 и Рекомендации № 188 о частных агентствах занятости в 1997 г. 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 предложения 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.

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

Во многих странах, где действуют законы, регулирующие заемный труд, Конвенция, однако, не ратифицирована (Франция, Германия).

Важно обратить внимание на то, что Конвенция № 181 МОТ лишь признала саму законность услуги по предоставлению работников в распоряжение третьей стороне, однако МОТ 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 г. была принята Директива ЕС о труде в агентствах временной занятости № 2008/104/ЕС. К этому моменту заемный труд был легализован в национальных законодательствах всех стран «старой Европы» (15 стран). Директиве предшествовало десять 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 заключалась 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.

Между тем, в ст. 5 закреплён перечень норм-изъятий. Так, в § 2 ст. 5 указано, 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.

Заемный труд в России: запрещать или регулировать?

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. Расширяющие свой бизнес в России ЧАЗы видели в отсутствии правового регулирования заемного труда одну из причин сравнительно медленного его распространения в России. По их инициативе во второй половине 2000-х годов 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 следующее: замену заемного работника по требованию пользователя, 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 ЧАЗов 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 шесть пунктов) перечня оснований увольнения по сравнению с ТК РФ.

Спустя некоторое время законопроект был снят с рассмотрения. Однако дискуссия относительно заемного труда стала еще более активной.

28 октября 2010 г. Межпарламентской Ассамблеей государств — участников СНГ был принят модельный закон «О дея-

тельности частных агентств занятости», который не предусмотрел право ЧАЗов заключать трудовой договор и выступать работодателям по отношению к заемным работникам.

В последние годы в России регулярно поднимается вопрос о ратификации Конвенции МОТ № 181. Конвенция, как уже отмечалось, не устанавливает необходимость использования заемного труда, а лишь признает, что частные агентства занятости могут предоставлять такие услуги. Смысл ратификации этой Конвенции признается в тех случаях, когда заемный труд уже легализован в национальном законодательстве и когда ратификация может установить определенные рамки, ограничения при использовании заемного труда. Если же заемный труд не регулируется в законодательстве, Конвенция является воротами, открывающими путь к его легализации и распространению. При подписании Генерального соглашения между общероссийскими объединения профсоюзов, общероссийскими объединениями работодателей и Правительством Российской Федерации на 2011–2013 гг. сторонами было достигнуто соглашение, что Конвенция № 181 не включается в число конвенций, которые Россия планирует ратифицировать в ближайшее время. Возвращение к обсуждению этого вопроса, тем не менее, периодически происходит.

Значимым событием последнего времени стало внесение 8 ноября 2010 г. депутатами М.В. Тарасенко и А.К. Исаевым на рассмотрение Государственной Думы законопроекта о № 451173-5 «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (О мерах, препятствующих уклонению работодателей от заключения трудовых договоров путем необоснованного заключения договоров гражданско-правового характера, использования механизмов «заемного труда» или другими способами)², 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,

² Официальный сайт Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации. Автоматизированная система обеспечения законодательной деятельности // URL: <http://asozd2.duma.gov.ru/main.nsf/%28Spravka%29?OpenAgent&RN=451173-5&02> (дата обращения 01.01.2012).

либо вместо трудового договора заключается гражданский договор); выравнивание правового положения российских работников и иностранцев, вступающих в трудовые отношения.

Сразу после внесения законопроект 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.

Следует признать, что в законопроекте содержатся положения, редакция которых, предложенная разработчиками, вызывает серьезные опасения. Ст. 3 проекта предложено дополнить ст. 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» [курсив мой. — Е.Г.].

Очевидно, что целью этой формулировки является разграничение «заемного труда» и возможности использования гражданско-правовых договоров. Законопроект не ставит целью запрещение использования подрядных и субподрядных схем, которые соответствуют гражданскому законодательству РФ. Однако проблема заключается в том, что на практике разграничить эти схемы бывает чрезвычайно сложно. Иногда формально легальные подрядные схемы по сути своей являются тем самым заемным трудом. Такие ситуации могут быть истолкованы как подпадающие под исклю-

чение из запрета, который предполагается установить ч. 3 ст. 56 проекта. 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.

По существу, сегодня в российском обществе развернулась дискуссия относительно будущего заемного труда в России. Его сторонники ссылаются на потребность в современной системе управления трудовыми отношениями и работниками, способной меняться сообразно изменениям рыночной конъюнктуры. Они считают, что, 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 низкооплачиваемые³. При этом процесс обратной трансформации и ограничения распространения таких видов занятости запустить крайне сложно. Итог — появление труда «второго сорта», новых социальных групп, тех, кто работает 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, которые в начале пути использования заемного труда оценивали его позитивно, сейчас пересматривают свои взгляды, начинают вводить обратные ограничения. Распространяется понимание, что безоговорочное при-

³ См об этом подробнее в разделе «Неустойчивая занятость: последствия для общества», подготовленном по итогам выступлений г-на Ф. Хоффера и г-на Х.Г. Зайфферта 19–21 декабря 2011 г. в Москве.

знание заемного труда на начальных этапах его распространения было результатом непонимания последствий, к которым может приводить его использование.

Должна ли Россия пройти путь в этом же направлении и сделать те же выводы на основании собственного опыта?

ОСОБЕННОСТИ ДОГОВОРОВ, ЗАКЛЮЧАЕМЫХ С ЗАЕМНЫМИ РАБОТНИКАМИ

Предметом данного раздела является анализ договоров, которыми в настоящее время оформляются складывающиеся на практике трехсторонние отношения по использованию личного труда («заемный труд»). Формализация таких отношений, как правило, происходит путем заключения договора между работником и частным агентством занятости (далее также ЧАЗ, кадровое агентство, агентство), в соответствии с которым работник обязуется выполнять работу (оказывать услуги) в пользу третьего лица — организации-клиента. Представители ЧАЗов заявляют, что агентства для оформления таких отношений заключают с работниками преимущественно трудовые договоры, а договоры гражданско-правового характера, как правило, не используют. Тем не менее на практике также встречаются, пусть и довольно редко, случаи оформления отношений между агентством и заемным работником при помощи гражданско-правового договора. Это подтверждается и материалами настоящего исследования.

Следует отметить, что кадровые агентства, как правило, используют методику «присоединения» работников к договору. Так, работникам при их трудоустройстве предлагается для заполнения типовая печатная форма договора с уже внесенными данными со стороны работодателя (агентства). Либо работник соглашается с содержащимися в тексте условиями и подписывает договор, либо отношения с ним не возникают.

Ниже приведены конкретные примеры, иллюстрирующие специфику, которую приобретают эти договоры (как трудовые, так и гражданско-правовые) при использовании их в трехсторонних отношениях, связанных с использованием личного труда¹.

¹ Во избежание раскрытия персональной информации будем использовать следующие понятия: работодатель — кадровое агентство (агентство занятости), заключившее с работником договор; клиент — предприятие-пользователь, где непосредственно осуществляет свои трудовые функции работник. В некоторых случаях клиентом может выступать третье предприятие, в связи с чем появляется предприятие-посредник, которое заключает договор с работодателем, но не использует труд работника, а предоставляет таких работников третьей стороне — клиенту. Данные о физических лицах и организациях, наименования должностей работников, номера и даты договоров, заключенных между работодателем и клиентом, а также конкретные сроки заключения трудовых договоров изменены.

I. Трудовой договор

1. Стороны

Трудовые договоры, которыми кадровые агентства обычно оформляют свои отношения с заемными работниками, можно условно разделить на два вида: в одних прямо закрепляется участие в отношениях третьей стороны, а в других участие третьей стороны в отношениях лишь подразумевается и вытекает из условий договора.

Так, довольно распространена следующая формулировка предмета договора:

— *«Настоящий договор регулирует трудовые и иные отношения между Работодателем и Работником во исполнение дополнительного соглашения от 30.08.2010 к договору от 01.03.2010 между Работодателем и Клиентом. Работник принимается на работу в ООО “ЧАЗ” и направляется для оказания услуг Клиенту».*

В тексте таких договоров, как правило, прописываются права и обязанности работника не только в отношении работодателя (агентства), но и в отношении клиента, а иногда и возможные отношения между ЧАЗом и клиентом.

Нередко стороны договора обозначаются и иным образом:

— *«ООО “ЧАЗ”, именуемое в дальнейшем Работодатель, с одной стороны, и Иванов Иван Иванович, именуемый в дальнейшем Работник, с другой стороны, заключили настоящий трудовой договор о нижеследующем...».*

Обычно в таких договорах непосредственно в тексте клиент упоминается только один раз — в разделе «Место работы». Далее по тексту закрепляются только отношения между работником и ЧАЗом. Особенностью таких договоров является наличие большого числа приложений, как предусмотренных в тексте (являющихся неотъемлемой частью договора), так и непредусмотренных. В этих приложениях, как правило, закрепляются должностные и иные обязанности заемного работника, связанные с выполнением им такого договора, премии и порядок их выплаты, ответственность сторон и иные условия. И уже в тексте этих приложений клиент фигурирует довольно часто.

Встречаются также специфические договоры, не вписывающиеся ни в один из двух видов. Один из исследованных договоров содержит следующую формулировку:

— «ООО “ЧАЗ”, именуемое в дальнейшем Компания, с одной стороны, и Александрова Людмила Петровна, именуемая в дальнейшем Работник, с другой стороны, заключили настоящий срочный трудовой договор о нижеследующем...».

В целом структура последнего договора выстроена в логике второго вида: непосредственно в тексте клиент упоминается только в разделе о месте работы, далее по тексту закрепляются только отношения между работником и агентством, а статус клиента и порядок взаимоотношений с ним урегулированы в приложениях к договору. Вот только ни в договоре, ни в приложениях не используется термин *работодатель*. Субъектами отношений выступают *работник, компания и клиент*. Содержание же договора и приложений построено таким образом, что для работника определить, кто же его работодатель по «срочному трудовому договору», становится крайне сложно: функции работодателя равномерно распределяются между компанией и клиентом так, что оба субъекта одновременно и отвечают за все, и не отвечают ни за что.

2. Сроки

В соответствии с действующим Трудовым кодексом РФ трудовой договор по общему правилу заключается на неопределенный срок. Заключение срочного трудового договора допускается только при наличии специальных оснований, закрытый перечень которых закрепляет ст. 59 ТК РФ. В ст. 58 ТК РФ закреплён запрет на заключение срочных трудовых договоров в целях уклонения от предоставления прав и гарантий, предусмотренных для работников, с которыми заключается трудовой договор на неопределенный срок.

Между тем модель трехсторонних отношений (в зарубежных странах называемая «*temporary agency work*») изначально позиционировалась как максимально гибкая форма занятости, позволяющая принимать работников для выполнения временных, сезонных и иных непостоянных работ, и потому подразумевает заключение с работниками договоров, срок действия которых ограничен. Практика показывает, что факт смешения в российской действительности иностранных понятий «*temporary agency work*» (работники ЧАЗов направляются клиентам для выполнения временных работ) и «*outstaffing*» (работники ЧАЗов выполняют для предприятия-клиента, выведшего их за штат, постоянную рабо-

ту) и объединения их в общее понятие «заемный труд» не изменил подхода кадровых агентств к этой модели. Ни один из договоров, являвшихся предметом настоящего исследования, не был заключен на неопределенный срок: для каждого договора агентства ищут подходящее основание для установления срока его действия из предусмотренного ТК закрытого перечня. Однако можно заметить, что единой методики закрепления в трудовом договоре положения о сроке его действия российскими ЧАЗами еще не выработано: как сроки, так и основания для их установления варьируются от договора к договору.

Одним из оснований заключения срочного трудового договора, наиболее часто используемых кадровыми агентствами, является **проведение работ, связанных с заведомо временным (до одного года) расширением производства или объема оказываемых услуг**. Довольно типичной является следующая формулировка:

— *«Договор вступает в силу с момента подписания его обеими сторонами. Договор заключен на период заведомо временного расширения объема оказываемых Работодателем услуг на основании дополнительного соглашения от 30 сентября 2010 г. к договору от 1 мая 2010 г. между Работодателем и Клиентом. Дата начала работы — 7 октября 2010 г. Дата окончания работы — 6 апреля 2011 г. Обстоятельства (причины), послужившие основанием для заключения срочного трудового договора: заведомо временное расширение объема оказываемых услуг Клиенту (во исполнение договора)».*

Заслуживает внимания тот факт, что работнику, которому предложено заполнить форму договора с таким условием о сроке, не предоставляется для ознакомления ни дополнительное соглашение о расширении объема оказываемых услуг, ни тем более основной договор, якобы на основании которого было заключено такое дополнительное соглашение. Таким образом, работнику изначально неизвестно, есть ли у работодателя право заключать с ним срочный трудовой договор, и система его взаимоотношений с работодателем и клиентом в дальнейшем всегда строится так, что эта информация остается для него закрытой вплоть до момента его увольнения. Это дает своего рода «оперативный простор» для недобросовестных работодателей (и фактического, и юридического): в действительности их отношения могут вообще не оформляться документально либо оформляться только в случае возникновения спора с работником.

Однако вопросы возникают и при использовании вышеизложенного основания заключения срочного трудового договора добросовестными работодателями (ЧАЗом и клиентом), взаимоотношения которых действительно урегулированы основным договором и заключаемыми на основании него дополнительными соглашениями. Одно дело, если в основном договоре установлен некий базовый объем предоставляемых ЧАЗом клиенту услуг, который время от времени увеличивается путем заключения дополнительных соглашений. И другое дело, когда основной договор играет роль «рамочного», определяющего лишь общий курс взаимоотношений агентства и клиента и не устанавливающего базового объема предоставляемых услуг (конкретные услуги определяются в «дополнительных соглашениях» или «заявках»). Во втором случае получается, что заключение каждого нового дополнительного соглашения влечет «заведомо временное расширение объема оказываемых услуг клиенту (во исполнение договора)». Казалось бы, сам факт заключения такого соглашения порождает основание для заключения с работниками срочных трудовых договоров. Но если предоставление услуг осуществляется от «расширения» до «расширения», является ли такое расширение временным?

Еще одно основание для заключения срочного трудового договора, часто применяемое ЧАЗами, — **выполнение заведомо определенной работы в случаях, когда ее завершение не может быть определено конкретной датой**. В трудовых договорах такое основание отражается следующим образом:

— *«Настоящий договор в соответствии со ст. 59 (часть первая абзац восемь) Трудового кодекса РФ является срочным и определяется периодом времени, необходимым для выполнения Работником заведомо определенной работы в связи с исполнением Работодателем своих обязательств по договору об оказании услуг с Клиентом»*. Данная формулировка, хоть и не содержит указания на невозможность определить завершение работы конкретной датой, является весьма распространенной и используется в типовых договорах нескольких кадровых агентств.

— *«Настоящий договор вступает в силу 03.11.2005 и заключается на период выполнения заведомо определенной работы на основании Заявки на предоставление услуг к договору № 12 от 15.01.2004. Окончание указанной в заявке работы будет являться основанием для прекращения данного Договора в связи с истечением срока его действия, если Стороны не договорятся об ином»*.

— «Настоящий договор заключен на определенный срок, который определяется периодом времени, необходимым для выполнения заведомо определенной работы по проекту, но не более пяти лет, связанному с исполнением Работодателем обязательств по договору об оказании услуг с предприятием-клиентом. Настоящий трудовой договор вступает в силу 18 августа 2010 г. и действует до окончания работ по проекту. Работник приступает к работе по настоящему договору 18 августа 2010 г. О дате окончания Проекта и срока работы Работник будет официально извещен Работодателем не менее чем за три дня до окончания работы. По истечении срока действия настоящего договора трудовые отношения между Работодателем и Работником прекращаются на основании п. 2 ст. 77 Трудового кодекса РФ».

В перечисленных формулировках, используемых ЧАЗами в типовых трудовых договорах, много отличий, но все они сходятся в одном: клиент и агентство договорились о некоей заведомо определенной работе, конкретной даты окончания работы они не устанавливают, но при этом оповещают работника о грозящем ему увольнении в связи с истечением срока договора, как только эта работа будет завершена. Вполне очевидно, что не только дата начала такой «заведомо определенной работы», но и дата ее окончания определяется соглашением ЧАЗа и клиента (например, решением завершить проект). При этом работнику, как правило, не сообщается, о какой конкретно работе идет речь и почему ее окончание невозможно определить конкретной датой. В результате работник не может даже примерно определить, когда ему следует ожидать истечения срока договора. Складывающаяся для такого работника ситуация субъективно сходна с работой по трудовому договору, заключенному на неопределенный срок (также невозможно заранее определить день увольнения), вот только заемный работник может быть уволен фактически по инициативе работодателя (а точнее — работодателей) в любой момент. Единственной гарантией для работника является обязанность работодателя (ЧАЗа) предупредить его об увольнении в связи с истечением срока трудового договора не позднее чем за три дня в соответствии со ст. 79 ТК РФ.

Интересно, что в типовых трудовых договорах данное основание заключения срочного трудового договора нередко сочетается с условием об испытании, причем, как правило, устанавливается трехмесячная продолжительность испытательного срока. В ст. 70 ТК РФ для срочных трудовых договоров предусмотрено ограниче-

ние срока испытания: при заключении трудового договора на срок от двух до шести месяцев испытательный срок не может превышать двух недель. Заключение срочного трудового договора в связи с выполнением заведомо определенной работы, завершение которой не может быть определено конкретной датой, позволяет агентствам избежать указанного ограничения. Однако, как уже было сказано, момент завершения работы, как правило, определяется волей работодателя (ЧАЗа) и его клиента, и на практике «проектная работа» по срокам часто не превышает шести месяцев. Представляется очевидным, что в этом случае нарушаются права работников, которым установлен трехмесячный испытательный срок: фактически на большую часть периода работы они обременяются дополнительным основанием прекращения трудового договора по инициативе работодателя.

Приходится констатировать, что некоторые кадровые агентства вовсе **не включают в текст договора основание для заключения его на определенный срок**. Примером может служить следующая формулировка:

— *«Настоящий трудовой договор заключен на временный срок: начало действия договора — 08.02.2011 до 31.08.2011».*

Согласно ст. 57 ТК РФ, при заключении трудового договора на определенный срок в договоре обязательно указание на причины, послужившие основанием для заключения срочного трудового договора. Отсутствие такого указания не влияет на действительность трудового договора, но может являться поводом для обжалования работником его увольнения в связи с истечением срока трудового договора.

Следует отметить, что какое бы основание ни использовалось агентством для установления срока действия трудового договора, на практике обычно имеет место многократное перезаключение договоров с заемными работниками или, чаще, продление сроков их действия. Оформляется такое продление, как правило, дополнительными соглашениями, в соответствии с которыми в текст первоначального договора вносятся изменения в части установленных сроков его действия. Такая практика дает основание предположить, что, как правило, трехсторонние отношения изначально задумываются как продолжительные, не ограниченные по срокам. Сроки же используются кадровыми агентствами в трудовых договорах для того, чтобы получить дополнительную возможность воздействовать на заемных работников (в условиях нестабильной

занятости сложнее проявлять непокорность) и в случае необходимости увольнять «неудобных».

3. Место работы

В ст. 57 ТК РФ в качестве обязательного для включения в трудовой договор условия указано место работы, но, поскольку отсутствие указания на место работы не влечет недействительности трудового договора, на практике данная норма соблюдается работодателями далеко не всегда. Тем не менее в трудовых договорах с заемными работниками ЧАЗы всегда прилежно прописывают место работы:

— *«Местом работы Работника является местонахождение Клиента — территория завода ООО «Стекло» в г. Кудрино».*

— *«Место работы: производственная площадка завода ООО «Стекло» по адресу г. Кудрино, ул. Ленина, д. 15».*

— *«Местом работы на основании Договора является территория Компании (Клиент), расположенная по адресу: г. Кудрино, ул. Ленина, д. 15».*

— *«Местом выполнения работы для Работника является место оказания Работодателем услуг Клиенту».*

Такое стремление кадровых агентств следовать букве закона обусловлено тем, что без указания в качестве места работы территории клиента трехсторонние отношения возникнуть не могут: их суть в том, что заемные работники заведомо принимаются частным агентством занятости для работы в другой организации, на ее территории и под ее контролем. Без прямого закрепления в трудовом договоре соответствующего условия о месте работы у работника было бы существенно больше оснований требовать предоставления работы на территории работодателя и обжаловать направление его в другую организацию.

Отдельный интерес представляет следующая формулировка:

— *«Место работы Работника находится на территории Компании (Клиент), конкретное рабочее место Работника определяет уполномоченное лицо Компании (Клиент)».*

С одной стороны, в ней обозначено условие о работе на территории другой организации, с другой — работник заранее не знает, где ему придется трудиться.

Представляется, что в приведенных формулировках происходит смешение понятий *место работы* и *рабочее место*. В соответствии с ТК РФ место работы — это организация, в которой работник работает и которая является работодателем по трудовому договору. Таким образом, в качестве места работы должно указываться место нахождения такой организации или ее филиала (представительства, иного обособленного подразделения).

Конкретное место выполнения работником предусмотренных в трудовом договоре обязанностей — рабочее место — также может устанавливаться в трудовом договоре. Сторонами трудового договора являются работник и работодатель, следовательно, иное лицо, не участвующее в подписании трудового договора (клиент), не вправе влиять ни на определение места работы работника, ни на определение рабочего места. Таким образом, условие трудового договора об определении рабочего места Клиентом, содержащееся в последней приведенной формулировке, является недействительным и в соответствии со ст. 9 ТК РФ признанию не подлежит.

4. Права и обязанности сторон

Главной особенностью модели заемного труда является разделение функций работодателя между двумя лицами: агентством занятости и компанией-клиентом. Часто такое разделение закрепляется непосредственно в трудовых договорах, в частности в форме разграничения правовых статусов работника, работодателя и клиента:

— *«Работодатель имеет право поручать Клиенту обязанности по охране труда работника и повседневному контролю за его работой».*

— *«Работодатель имеет право требовать от Работника исполнения им трудовых обязанностей и бережного отношения к имуществу Клиента и Работодателя, соблюдения правил внутреннего трудового распорядка организации».*

— *«При выполнении работы Работник подчиняется непосредственно руководителю и обязуется выполнять работу в соответствии со всеми требованиями, инструкциями и нормативами Работодателя и Клиента».*

— *«Работник обязан руководствоваться в своей работе законодательством РФ и нормативными правовыми актами Работода-*

теля, в том числе Правилами внутреннего трудового распорядка Работодателя и / или Клиента; в период выполнения работ у Клиента находиться под его оперативным руководством и контролем; своевременно выполнять поручения, указания и распоряжения уполномоченных руководителей Клиента, относящиеся к его трудовой функции или соблюдению Правил внутреннего трудового распорядка, либо не противоречащие настоящему договору».

Обязанности работника могут быть сформулированы и иным образом:

— «Во исполнение обязательств Работодателя перед Клиентом и оперативного устранения недостатков обслуживания выполнять указания уполномоченного представителя Клиента, относящиеся к качеству и порядку оказания услуг; Работник согласен с тем, чтобы Работодатель уполномочил Клиента (в лице его полномочных представителей) осуществлять непосредственный контроль за ходом и качеством выполнения им работ и давать непосредственно ему в случае необходимости уточняющие инструкции, касающиеся обслуживания Клиента».

— «Соблюдать требования Работодателя и Клиента к внешнему виду и форме одежды работников».

Таким образом, несмотря на то что трудовой договор работник заключает с ЧАЗом, в период выполнения своей трудовой функции он находится «под оперативным руководством и контролем» клиента. Клиенту также часто передаются функции по оценке качества выполнения работы и обеспечению безопасности на рабочем месте (обязанности по охране труда).

Из приведенных формулировок также видно, что в трудовых договорах предусматривается не только разделение функций работодателя между двумя организациями, но и своего рода «удвоение» обязанностей работника. Так, заемный работник в рабочее время обязан подчиняться указаниям как юридического, так и фактического работодателя, соблюдать правила внутреннего трудового распорядка «Работодателя и / или Клиента», бережно относиться к имуществу «клиента и работодателя».

Важно отметить, что в трудовых договорах, заключаемых с заемными работниками, нередко закрепляется право ЧАЗа передавать часть своих работодательских функций клиенту, «поручать» ему исполнение отдельных обязанностей. Смысл такой форму-

лировки в том, что изначально «плавающие» функции (обязанности) остаются за юридическим работодателем (агентством), но в период действия трудового договора могут быть в любой момент переданы фактическому работодателю. Причем есть основания полагать, что закрепление права кадрового агентства передавать ряд обязанностей другому лицу подразумевает также его возможность возвращать переданные обязанности себе (в одностороннем порядке или же по соглашению с клиентом). В то же время обязанности работодателя информировать работника о факте передачи той или иной функции клиенту или о возвращении такой функции себе типовые трудовые договоры не предусматривают. Это, в свою очередь, приводит к тому, что в случае неисполнения такой «плавающей» обязанности работник не может определить, к кому предъявлять претензии — к работодателю или к клиенту.

Ряд агентств в текстах своих договоров делают особый упор на то, что обязанностью работодателя (ЧАЗа) является «соблюдение правил охраны труда», «выполнение обязанностей в сфере безопасности и охраны труда». Представляется, это связано с вынесением Арбитражным судом Москвы решения от 06.12.2011 г., которым суд признал законность привлечения ООО «Билла» к ответственности за использование труда иностранных граждан, работающих через кадровое агентство, в деятельности по продаже алкогольной продукции. Принимая решение, суд указал, что работники агентства фактически выполняли трудовую деятельность в интересах ООО «Билла», и подчеркнул, что ООО «Билла» (клиент) осуществляло инструктаж по безопасности пользования подъемной техникой.

Может показаться, что раздел трудового договора, закрепляющий статус участников «расщепленного» трудового отношения, является неотъемлемой частью модели заемного труда. Однако среди трудовых договоров, являвшихся предметом исследования, оказались и такие, где урегулированы права и обязанности лишь работника и работодателя. Такие договоры как будто закрепляют стандартные трудовые отношения, единственным отличием является лишь место работы, неизменно устанавливаемое на территории организации-клиента. Между тем фактическое разделение функций работодателя между ЧАЗом и организацией-клиентом все равно происходит, и трехсторонние отношения возникают даже без соответствующего оформления.

5. Условия труда

В соответствии со ст. 22 ТК РФ одной из основных обязанностей работодателя является обеспечение безопасности и условий труда, соответствующих государственным нормативным стандартам. Эта общая обязанность конкретизируется в ст. 212 ТК РФ: к обязанностям работодателя по обеспечению безопасных условий и охраны труда в числе прочего отнесено обеспечение безопасности работников при эксплуатации оборудования, обеспечение соответствующих требованиям условий труда на рабочем месте, проведение аттестации рабочих мест по условиям труда.

Согласно ст. 57 ТК РФ, характеристика условий труда обязательно должна содержаться в трудовом договоре только в том случае, когда эти условия являются вредными или опасными. ЧАЗы, однако, довольно часто включают в трудовой договор положение о том, что работа производится в нормальных условиях:

— *«Труд работника по должности, указанной в настоящем договоре, осуществляется в нормальных условиях».*

Такое положение, как правило, закрепляется в разделе договора о режиме рабочего времени либо в разделе «Прочие положения». Но подчас его можно найти по тексту договора в самых неожиданных местах:

— *«3. Обязанности работника:
<...>*

3.3. Условия труда работника нормальные».

Представляется очевидным, что возможность выполнять перечисленные выше обязанности по обеспечению безопасных условий и охраны труда имеет лишь то лицо, которое самостоятельно организует и контролирует процесс выполнения работы. В рамках трехсторонних отношений, когда рабочее место предоставляется работнику организацией-клиентом, таким лицом является клиент (фактический работодатель). Тем не менее формально между клиентом и работником отношений не возникает (по трудовому договору работодателем является кадровое агентство), а следовательно, не возникает у клиента и соответствующих обязанностей.

6. Оплата труда

В соответствии со ст. 129 ТК РФ заработная плата работников включает в себя не только фиксированную часть (оклад), но

и компенсационные и стимулирующие выплаты. В договорах, являвшихся предметом настоящего исследования, прослеживается весьма специфическое отношение к указанным выплатам.

По общему правилу к стимулирующим выплатам относятся, во-первых, премии, доплаты и надбавки стимулирующего характера, предусмотренные системой оплаты труда и выплачиваемые работникам при соответствии их труда определенным критериям (эти выплаты, как и необходимые критерии, обычно устанавливаются непосредственно в договорах либо в локальных нормативных актах, таких как положение о премировании, на которые есть указание в договоре), а во-вторых, иные (разовые) поощрительные выплаты, назначаемые работникам по решению работодателя (их размер и порядок выплаты нигде специально не предусмотрены). Однако в текстах договоров, используемых частными агентствами занятости, как правило, содержатся формулировки, не позволяющие работникам заранее знать, на какие стимулирующие выплаты они могут рассчитывать:

— *«Работник имеет право на получение, по результатам своей деятельности, различных доплат, премий и иных вознаграждений»;*

— *«Работнику может выплачиваться ежемесячная премия в размере до 5000 рублей. Размер премии определяется в зависимости от результатов работы на основании информации, полученной от клиента»;*

— *«Работодатель может выплачивать работнику премии и иные выплаты компенсационного или стимулирующего характера. Условия, порядок и размер каждой такой выплаты определяются в соответствии с локальным нормативным актом, принятым Работодателем и действующим на день начисления выплаты».*

Ни для кого не секрет, что размер стимулирующих выплат обычно зависит от эффективности труда работника. Но в трехсторонних отношениях сложность заключается в том, что кадровое агентство, осуществляющее оплату труда работников, не может самостоятельно оценивать труд работников, так как трудятся они в другой организации. У клиента же формально есть право оценивать только качество предоставляемых ему ЧАЗом услуг, так как в рамках заемного труда у него возникают только гражданско-правовые отношения с агентством. Именно фактическим разделением оценочно-контрольной функции работодателя и функции

оплаты труда между двумя лицами обусловлена следующая формулировка, встречающаяся в текстах исследованных договоров:

— «Заработная плата Работника состоит из оклада и возможной премии, размер которой определяется результатами работы Работодателя и результатами труда Работника».

В результате не только работник не знает, в каком размере ему может быть выплачена премия. Подчас не знает этого и работодатель (ЧАЗ). Размер стимулирующих выплат в соответствии с приведенным условием ставится в зависимость не только и не столько от оценки эффективности труда конкретного работника, он зависит от эффективности работы всех заемных работников клиента и, соответственно, ЧАЗа в целом. Представляется, что подобная неопределенность и сугубо индивидуальный подход к определению стимулирующих выплат на практике зачастую приводят к нарушению принципа равной оплаты за равный труд.

Компенсационные выплаты обычно устанавливаются работникам за труд в условиях, отклоняющихся от нормальных. Однако, как уже было сказано выше, кадровые агентства, как правило, специально закрепляют в трудовом договоре положение о том, что работа осуществляется в нормальных условиях. Таким образом, компенсационные выплаты договорами с заемными работниками вовсе не предусматриваются, так как, по мнению агентств, для их установления нет оснований.

II. Гражданско-правовой договор

В ходе исследования было установлено, что в некоторых случаях отношения с заемными работниками оформляются кадровыми агентствами при помощи договоров гражданско-правового характера. При заключении таких договоров формально трудовых отношений не возникает, однако фактически устанавливается все та же трехсторонняя схема отношений по использованию личного труда.

Гражданско-правовые отношения регулируются нормами Гражданского кодекса РФ, и в силу своей природы договор подряда или возмездного оказания услуг существенно отличается от трудового договора: в соответствии с ним для заемных работников не устанавливается каких-либо социально-трудовых гарантий.

Предлагая заемным работникам заключить гражданско-правовой договор, кадровые агентства считают своим долгом прямо заявить, что привычные обязанности работодателя на них не распространяются. Поэтому в текстах гражданско-правовых договоров, используемых ЧАЗами, всегда закрепляются следующие положения:

- гражданско-правовой договор заключается на срок, определенный конкретной датой;
- оплата результатов труда производится постфактум (по достижении результата);
- работникам не предоставляются отпуска и не оплачиваются листки временной нетрудоспособности;
- агентство вправе в любой момент расторгнуть договор при условии оплаты заемному работнику фактически выполненной работы.

Сами по себе указанные положения не являются особенными, все они вытекают из действующего законодательства. Особенно же, присущей договорам с заемными работниками, является прямое закрепление этих положений в текстах договоров. Можно предположить, что это делается во избежание дальнейших споров с работниками о признании отношений трудовыми, чтобы исключить возможные заявления о введении их работодателем в заблуждение.

Еще одной специфической чертой гражданско-правовых договоров, заключаемых с заемными работниками, является перечисление в них видов производимых работ или оказываемых услуг. В отличие от традиционных гражданско-правовых договоров, где предметом договора являются конкретные работы или услуги, выполнить (оказать) которые исполнитель обязуется в оговоренный срок, в договорах с заемными работниками предметом являются не конкретные работы (услуги), а труд исполнителя в рамках установленного договором перечня работ (услуг) в течение оговоренного периода (срока действия договора). В этом случае полностью исключена ситуация досрочного исполнения обязанностей по договору: исполнитель в течение всего срока действия договора обязуется выполнять работы (оказывать услуги) в соответствии с перечнем их видов по указаниям ЧАЗа или клиента. Таким образом, предмет гражданско-правовых договоров, заключаемых ЧАЗами с заемными работниками, аналогичен предмету трудовых договоров.

Представляется, что в данном случае речь идет о трудовой функции, своего рода должностных обязанностях работника. В свете этого возникает вопрос — насколько правомерно заключать такие договоры? В соответствии с ними работник исполняет трудовую функцию, следуя указаниям заказчика, и фактически на него распространяется хозяйская власть такого заказчика. В то же время ни одна из гарантий прав исполнителя (работника), предусмотренных трудовым законодательством, этим договором не признается, о чем прямо говорится в его тексте.

Продолжая ряд аналогий с трудовыми договорами, можно заметить, что гражданско-правовые договоры, заключаемые с заемными работниками, также содержат указание на некое соглашение между агентством и клиентом, на основании и во исполнение которого и заключается договор. И несмотря на то что статус клиента в гражданско-правовом договоре, как правило, никак не регулируется, местом исполнения такого договора всегда является территория клиента.

Особого внимания заслуживает следующая формулировка, использованная в договоре об оказании услуг:

— *«Исполнитель имеет право досрочно расторгнуть настоящий Договор, предупредив об этом заказчика за 20 (двадцать) календарных дней до предполагаемой даты расторжения договора».*

Указанная формулировка ставит работника в куда более жесткие условия, чем правила трудового законодательства, в то время как заказчик, в отличие от работодателя по трудовому договору, может, в свою очередь, расторгнуть договор в любой момент.

Тем не менее приходится признать, что гражданско-правовые договоры в рамках модели заемного труда действительно заключаются нечасто, и потому провести более подробный анализ положения исполнителя по таким договорам затруднительно.

III. Выводы об особенностях договоров, заключаемых с заемными работниками

Резюмируя изложенные выше особенности, следует отметить, что договоры с заемными работниками применяются частными агентствами занятости как инструмент наиболее гибкого регули-

рования отношений, связанных с использованием личного труда таких работников. Нормы договоров направлены на то, чтобы, с одной стороны, нанять работников для выполнения работы в интересах клиента, а с другой стороны, минимизировать собственные издержки, связанные с таким наймом. Таким образом, в общем виде можно выделить следующие черты договора (как трудового, так и гражданско-правового) между заемным работником и кадровым агентством:

- заключается путем «присоединения» к форме договора;
- заключается на основании и во исполнение соглашения между ЧАЗом и клиентом;
- заключается на определенный срок;
- определяет виды работ, которые работник обязуется выполнять по указанию ЧАЗа / клиента (трудовую функцию);
- содержит указание на место исполнения договора (территория клиента);
- минимизирует гарантии, предоставляемые заемному работнику.

Эти черты складываются в весьма привлекательную картину как для фактических работодателей (организаций-клиентов), которые получают сравнительно дешевую, а главное — покорную рабочую силу, так и для кадровых агентств, которые, если им удастся создать гибкую систему найма «нужных» и увольнения «ненужных» работников, получают от клиентов свою прибыль. Между тем для работников характерные особенности предлагаемых ЧАЗами договоров означают зависимость от воли третьего лица, непрозрачные условия труда и его оплаты, нестабильную занятость и трудности в защите своих прав.

ЗАЩИТА ТРУДОВЫХ ПРАВ ЗАЕМНЫХ РАБОТНИКОВ В РОССИИ: ОБЗОР ПРАКТИКИ

Трехсторонние отношения по использованию личного труда, которые в настоящее время нередко складываются на практике, предполагают разделение функций работодателя между двумя лицами: агентством занятости и компанией-клиентом. Агентство занятости заключает с работником трудовой договор, определяет место работы, выплачивает заработную плату, устанавливает условия труда, применяет к работнику меры дисциплинарного воздействия и т.д., беря на себя функции «юридического» работодателя. Организация, которой агентство предоставляет работника для фактического выполнения работ, оказывается «фактическим» работодателем: она дает указания относительно выполнения работы, определяя конкретные условия труда, контролируя качество и сроки выполнения работы и т.д. В рамках этой модели между разными лицами разделяются даже такие важнейшие функции, как оценка качества выполнения работы и оплата ее в соответствии с произведенной оценкой, контроль выполнения трудовых обязанностей и право привлечения к ответственности за их невыполнение.

Как известно, Трудовой кодекс РФ не предусматривает возможность такой формы организации отношений в сфере труда. ТК РФ регулирует двусторонние трудовые отношения между работником и работодателем.

Применяющееся на практике разделение функций работодателя между двумя лицами порождает значительные сложности при применении механизмов защиты нарушенных прав работников. В случае возникновения спорной ситуации (невыплата заработной платы, отстранение от работы, увольнение) заемный работник для восстановления своих прав должен определиться, к какому из работодателей — фактическому или юридическому — предъявлять требования о защите прав, кто должен отвечать за нарушение и как его можно привлечь к ответственности.

Ситуация осложняется тем, что многие функции работодателя, выполняемые им в традиционных трудовых отношениях, оказываются за рамками сфер ответственности как агентства занятости, так и компании-клиента. Такие обязанности работодателя, как охрана труда, ответственность за профессиональные заболевания

и несчастные случаи на производстве, установление режима работы и отдыха, предоставление отпусков, ведение переговоров с профсоюзом и заключение коллективных договоров и соглашений, как правило, не признают за собой ни фактический, ни юридический работодатели.

Возможности защиты трудовых прав

Основные способы защиты трудовых прав в традиционных трудовых отношениях перечислены в ст. 352 ТК РФ:

- самозащита работниками трудовых прав;
- защита прав работников профессиональными союзами;
- обращение в контролирующие органы (прокуратура, ГИТ);
- судебная защита.

В случае работы в рамках модели заемного труда перечисленные способы защиты работником своих трудовых прав приобретают существенную специфику.

Самозащита трудовых прав

Действующим Трудовым кодексом предусмотрена лишь одна форма самозащиты — отказ от выполнения трудовых обязанностей. Она может быть использована работником в следующих случаях:

- незаконный перевод на другую работу (поручение работы, не предусмотренной трудовым договором);
- возникновение непосредственной угрозы жизни и здоровью работника;
- возникновение опасности для его жизни и здоровья вследствие нарушения требований охраны труда (ст. 219 ТК);
- задержка выплаты заработной платы на срок более 15 дней (ст. 142 ТК);
- необеспечение работника средствами индивидуальной и коллективной защиты в соответствии с установленными нормами;

- поручение работы с вредными или опасными условиями труда, тяжелой работы, если это не предусмотрено трудовым договором (ст. 220 ТК).

По своей природе самозащита — это правомерные действия работника по охране своих индивидуальных трудовых прав в случае грубого их нарушения работодателем. В случае правомерного отказа работника от выполнения работы в порядке самозащиты работодатель не вправе уволить такого работника и до устранения нарушения несет ответственность за незаконное лишение этого работника возможности трудиться. Предполагается, что самозащита должна стимулировать работодателя к устранению допущенных нарушений, после чего трудовые отношения продолжаются.

Однако в рамках модели заемного труда самозащита в форме отказа от работы имеет «двойной эффект»: ответственность за незаконное лишение работника возможности трудиться должно нести агентство, а иные (производственные) негативные последствия невыполнения трудовых обязанностей защищаемым работником ложатся на фактического работодателя.

Судебной практики или практики обращения в государственные органы по защите трудовых прав в связи с проблемами, возникающими у работников в ходе реализации права на самозащиту, мы не выявили. Тем не менее очевидно, что могут возникнуть следующие проблемы:

1. Меры самозащиты, призванные стимулировать работодателя к устранению нарушений и продолжению трудовых отношений (например, приостановка работы в случае задержки заработной платы), будут неэффективными. Любые действия работника, в том числе правомерные, не соответствующие интересам организации-клиента (а именно таким является отказ от выполнения работы в порядке самозащиты), с большой вероятностью приводят к тому, что «ненадежного», нелояльного работника перестают допускать к работе. Так, если работник отказывается от выполнения трудовых обязанностей в связи с невыплатой ему заработной платы в течение более 15 дней, он правомерным способом защищается от нарушения со стороны агентства занятости. Однако результат отказа от работы в этом случае вполне предсказуем: даже если агентство выплатит этому работнику задолженность, организация-клиент, оставшаяся на какое-то время без работника, к работе его уже не допустит.

2. Поскольку обязанности работодателя в модели заемного труда разделены между двумя субъектами, каждый из этих субъектов не желает нести ответственность за нарушения другого. Так, если работник отказывается от выполнения работы в связи с необеспечением его средствами материальной защиты (нарушение со стороны фактического работодателя), обязанность по оплате вынужденного прогула в этом случае ложится на юридического работодателя. Повлиять на последнего при помощи мер самозащиты работник возможности не имеет.

Профсоюзная защита

Российские профсоюзы, как правило, стоят на позиции всемерной защиты трудовых прав работников и стараются противодействовать распространению заемного труда, используя различные средства и методы. Рассмотрение и анализ этой практики работы не является предметом данного обзора.

Непосредственно же для заемных работников возможность профсоюзной защиты фактически отсутствует, так как заемный работник *de jure* заведомо не состоит в трудовых отношениях с компанией-клиентом. В случае попытки такого работника прибегнуть к помощи существующего на предприятии (у фактического работодателя) профсоюза он может быть по распоряжению организации-клиента в любой момент заменен как неподходящий, поскольку между агентством и фактическим работодателем заключается договор о предоставлении «обезличенного» персонала. В свою очередь, создание и функционирование профсоюза работников конкретного агентства занятости весьма затруднительно, так как заемные работники, предоставляемые агентством, осуществляют трудовую деятельность в различных местностях, нередко далеко от местонахождения агентства. К тому же в условиях срочных (часто — краткосрочных) трудовых отношений с заемными работниками агентство, являющееся юридическим работодателем, имеет возможность существенным образом влиять на деятельность членов профсоюза.

Защита с помощью контролирующих органов

При обращении за помощью в контролирующие органы работник обжалует конкретные нарушения, допущенные в отношении него работодателем. Однако модель разделения функций работо-

дателя между двумя лицами приводит к тому, что работник зачастую не знает, какой из его «работодателей» допустил то или иное нарушение. Соответственно, для того, чтобы иметь возможность эффективно защитить свои права, работнику очень важно хорошо ориентироваться в ситуации и знать, чьи действия нужно обжаловать. Защита работником своих прав в этой ситуации существенно затрудняется, так как большая часть информации о взаимоотношениях между агентством и организацией-клиентом (в том числе и о распределении между ними прав и обязанностей) от работника закрыта.

Защита прав работника с помощью контролирующих органов в отношениях с фактическим работодателем выглядит неэффективной. Работник, безусловно, может обратиться с жалобой на нарушение фактическим работодателем его трудовых прав в контролирующие органы, однако при отсутствии предусмотренных трудовым законодательством документов (документы ведутся агентством) и полномочий признавать отношения трудовыми эти органы не вправе привлекать фактического работодателя к ответственности.

В этом смысле довольно показательное дело работников Курганского винодельческого завода, которых без изменения трудовой функции и места работы из основной организации (ЗАО) перевели во вновь созданное ООО с таким же наименованием. Через некоторое время после перевода ООО перестало выплачивать переведенным работникам заработную плату, а затем и вовсе выходить с ними на контакт. Работники обратились в Государственную инспекцию труда и в суд с требованием признать наличие трудовых отношений между ними и Заводом и обязать Завод выплатить им заработную плату. Инспектор разъяснил им, что из представленных документов следует наличие трудовых отношений между обратившимися работниками и ООО. Отношения между работниками и Заводом, по мнению ГИТ, отсутствуют, и потому нет оснований обязать Завод выплатить работникам заработную плату.

В отношении агентства занятости защита работником своих прав путем обращения в контролирующие органы представляется, в свою очередь, вполне возможной. Однако и здесь существует проблема.

Агентства по предоставлению персонала, выступая в качестве посредника между заемным работником и организацией-клиентом, часто существуют в форме ООО и не имеют собствен-

ных рабочих мест. Это создает благодатную почву для злоупотреблений.

Так, в 2009 г. ОАО «Кондитерский концерн “Бабаевский”» провело масштабную кампанию по набору заемных работников из городов европейской части России. Агентства занятости ООО «Петролайн» и ООО «Расстан» распространяли информацию о возможности временного трудоустройства в Концерне, обещая привлекательные условия труда и его оплаты, и заключали срочные трудовые договоры с работниками.

С конца сентября 2009 г. работники приступили к выполнению своих трудовых обязанностей. Фактические рабочие места граждан находились в ОАО «Кондитерский концерн “Бабаевский”». Руководителями этих работников в производственном процессе выступали сотрудники Концерна. Работники получали трудовые задания в соответствии с их трудовой функцией, сотрудники Концерна принимали и оценивали их выполнение. Для допуска на территорию Концерна работникам были оформлены пропуска.

Уже в течение первого месяца работы со стороны агентств и Концерна последовали грубые нарушения предусмотренных в трудовых договорах условий. Так, труд заемных работников оплачивался не в полном объеме, указанные в договорах надбавки и премии не выплачивались. Несмотря на значительное превышение нормальной продолжительности рабочего времени (12 часов в день, 6 дней в неделю), часы, отработанные сверх 40 часов в неделю, не были оплачены как сверхурочные по правилам ст. 152 ТК РФ. Большая часть отработанных в ОАО «Кондитерский концерн “Бабаевский”» смен приходилась на ночное время, при этом работа в ночное время не оплачивалась в повышенном размере в нарушение ст. 154 ТК РФ.

При увольнении с работниками не был произведен расчет, им не были выплачены ни задержанные суммы по заработной плате, ни компенсация за неиспользованный отпуск, ни компенсации расходов на прохождение обязательного медицинского осмотра при поступлении на работу, который они оплачивали за свой счет.

Уволившиеся работники неоднократно пытались выйти на связь с представителями агентства занятости, чтобы по-

требовать выплаты указанных сумм, однако безрезультатно. Работники обратились в органы прокуратуры РФ.

Прокуратурой Москвы была проведена проверка, в ходе которой выяснилось, что по московскому адресу, указанному в трудовых договорах с работниками, ООО «Петролайн» не располагается. Сотрудники прокуратуры Санкт-Петербурга также выезжали на предполагаемое место нахождения ООО «Петролайн», однако ни опознавательных вывесок, ни должностных лиц общества обнаружить не удалось. Органы прокуратуры сообщили работникам, что в соответствии с данными ЕГРЮЛ ООО «Петролайн» зарегистрировано в Казани. После очередного обращения работников прокуратурой Республики Татарстан было установлено, что фактически ООО «Петролайн» находится не по указанному в реестре, а по другому адресу в Казани, при этом какие-либо изменения, касающиеся местонахождения общества, в учредительные документы не вносились. ООО «Расстан», также зарегистрированное в Казани, органами прокуратуры так и не было обнаружено.

Поиск агентств занятости и расследование длились более двух месяцев (с декабря 2009 по февраль 2010). В результате за нарушение Федерального закона «О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей» прокуратурой Казани в отношении генерального директора ООО «Петролайн» было возбуждено дело об административном правонарушении. Также ему было вынесено представление в связи с выявленным нарушением трудового законодательства в части непроизведения расчета при увольнении 14 работников на общую сумму 64 951 руб. Государственная инспекция труда Республики Татарстан вынесла ООО «Петролайн» предписание об устранении нарушений трудового законодательства и о привлечении генерального директора ООО «Петролайн» к административной ответственности. Однако дальнейшего развития ситуация не получила: задолженность работникам в отсутствие у ООО «Петролайн» имущества не выплачена, генеральный директор ООО «Петролайн» к ответственности не привлечен, а агентство ООО «Расстан» и вовсе не удалось обнаружить.

Органы прокуратуры провели проверку и в отношении ОАО «Кондитерский концерн “Бабаевский”». Согласно направленному работникам Замоскворецкой межрайонной прокуратуры-

рой Москвы ответу, в ходе проверки выяснилось, что в соответствии с табелем учета рабочего времени Концерном «было допущено превышение продолжительности сверхурочной занятости сотрудников». Иных формальных нарушений в деятельности концерна Замоскворецкой межрайонной прокуратурой Москвы выявлено не было, обязательства по договорам о предоставлении персонала, заключенным с ООО «Петролайн» и ООО «Расстан», Концерн выполнил в полном объеме. Таким образом, восстановить свои права с помощью контролирующих органов заемным работникам не удалось.

Судебная защита

В рамках модели заемного труда работник может обращаться в суд с требованиями как к фактическому, так и к юридическому работодателю.

В отношениях с фактическим работодателем для разрешения спорной ситуации в судебном порядке работнику необходимо сначала установить факт наличия трудовых отношений. Фактический работодатель, как правило, заявляет, что действовал согласно договору с агентством занятости и не состоит с работником в каких-либо отношениях. Таким образом, чтобы удовлетворить требования заемного работника к фактическому работодателю, суду необходимо сначала признать их отношения трудовыми.

При наличии оформленных отношений заемного работника с агентством судебная практика, как правило, идет по пути отказа в таком признании. Такой подход применяется судами на протяжении уже нескольких лет, что иллюстрируют следующие судебные постановления:

— Решение Пушкинского районного суда Санкт-Петербурга от 7 мая 2006 г.

Д. был принят на временную работу в частное агентство занятости водителем погрузчика на условиях срочного трудового договора. Работник должен был осуществлять свою трудовую функцию непосредственно в организации, обслуживаемой работодателем. Четыре месяца спустя трудовой договор был расторгнут в связи с истечением срока, однако Д. обратился в суд с требованием к фактическому работодателю о восстановлении его на работе. Свои требования истец

мотивировал тем, что заключенный им с частным агентством занятости трудовой договор носил формальный характер, свою трудовую деятельность он осуществлял по месту нахождения фактического работодателя в соответствии с распоряжениями этой организации.

В ходе разбирательства суд установил, что между частным агентством занятости и фактическим работодателем заключен договор возмездного оказания услуг, в соответствии с которым агентство обязуется оказывать организации-клиенту административные и иные комплексные возмездные услуги, необходимые ему в связи с осуществлением его деятельности путем направления к нему своих работников или лиц, привлеченных им по гражданско-правовым договорам. По данному договору услуги предоставляются по подаваемым клиентом заявкам. Если клиент не может точно определить период, в течение которого ему необходимы соответствующие услуги, он указывает обстоятельства, с наступлением которых будет связано окончание периода обслуживания. С наступлением таких обстоятельств клиент обязан направить в агентство письменное уведомление об отказе от предоставления услуг не менее чем за две недели до дня прекращения оказания услуг.

Ответчик представил в суд заявку на осуществление погрузочно-разгрузочных работ, поданную в агентство за месяц до приема на работу Д., а также письменное уведомление о прекращении оказания услуг по погрузочно-разгрузочным работам. Д., в свою очередь, утверждал, что при заключении с ним срочного трудового договора агентство представило ему заявку с другим содержанием, причем в ней изначально была указана дата прекращения работы, но суд оставил это заявление без внимания.

В решении суд указал, что обязанности работодателя в отношении Д. выполняло частное агентство занятости, а не организация-клиент, так как именно агентство заключило с Д. трудовой договор с внесением соответствующей записи в его трудовую книжку; исчислило, удержало и уплатило за истца НДФЛ в порядке и сроки, предусмотренные налоговым законодательством РФ; уплатило страховые взносы за Д. и выплатило ему заработную плату. В удовлетворении требований было отказано.

— Определение Курганского городского суда Курганской области от 13 июля 2007 г.

Ситуация с работниками Курганского винодельческого завода, переведенными в сектор заемного труда (изложена выше), получила свое развитие в суде. И мировой судья, рассматривавший дело в первой инстанции, и Курганский городской суд отказали работникам в признании наличия у них трудовых отношений с Заваем. В основу позиции судами были положены многочисленные документы, а также индивидуальные сведения о начисленных страховых взносах на обязательное пенсионное страхование работников, подтверждающие наличие трудовых отношений между предоставляющей персонал пропавшей компанией и истцами. В отсутствие иных трудовых договоров, заключенных истцами, суды удовлетворить их требования отказались.

— Решение Басманного районного суда Москвы от 25 ноября 2009 г.

Р. и Л. в 2004 г. заключили с частным агентством занятости гражданско-правовые договоры об оказании услуг. В соответствии с этими договорами они обязались оказывать услуги по проведению рекламных акций для организации-клиента. Работники добросовестно исполняли обязанности по договору, получая оговоренную плату, и по прекращении отношений им было предложено снова заключить такие же договоры. Работники согласились и осуществляли рекламную деятельность в интересах организации-клиента до конца 2008 г., регулярно заключая договоры об оказании услуг по проведению рекламных акций.

Новые договоры, повторяющие предыдущие по содержанию и подписываемые теми же людьми, отличались от них личностью контрагента. Компании, от лица которых с Р. и Л. заключались договоры, с течением времени сменяли одна другую. Неизменными оставались функции и обязанности исполнителей и клиент, в пользу которого выполнялась работа. Сотрудники организации-клиента ежедневно контролировали выполнение работы Р. и Л., составляли для них график работы.

В январе 2009 г. договоры об оказании услуг по проведению рекламных акций не были перезаключены, и работники обра-

тились в суд с требованием признать их отношения с фактическим работодателем трудовыми и восстановить их на работе.

В ходе судебного заседания выяснилось, что сотрудники, которые осуществляли руководство деятельностью Р. и Л., также выполняли обязанности в рамках договора о предоставлении персонала, являясь работниками частных агентств занятости. Суд указал, что в силу отсутствия полномочий они не могли осуществить фактическое допущение работников к работе. Оценивая ситуацию, суд не принял во внимание то, что работники длительное время выполняли у фактического работодателя одну и ту же работу конкретного вида, подчиняясь установленному для них режиму работы и трудовому распорядку в компании. Принимая решение, суд ссылаясь на оформление отношений в качестве гражданско-правовых и отсутствие каких-либо документов, фиксирующих признаки трудовых отношений, что стало основанием для отказа в удовлетворении заявленных исковых требований.

Механизм судебной защиты в отношениях с частным агентством занятости, используемый в рамках модели заемного труда, сходен с механизмом традиционных трудовых отношений. Представляется, что такой механизм также может быть использован для признания трудового договора заключенным на неопределенный срок (неоднократное заключение аналогичных срочных договоров с агентством).

Важно иметь в виду, что действующее законодательство по общему правилу определяет территориальную подсудность трудовых споров по месту нахождения ответчика. Частные агентства занятости, поскольку не имеют собственных производственных мощностей, могут быть зарегистрированы совсем не там, где они ведут свою деятельность, и нередко обращаться в суд с требованиями к таким агентствам для работников весьма затруднительно. По трудовым спорам также представляется разумным применение территориальной подсудности по месту исполнения договора (ч. 9 ст. 29 ГПК). Однако и в этом случае при обращении в суд с требованиями к агентству возникают сложности: договор, заключенный с агентством, исполняется по месту нахождения и в пользу организации-клиента, и судьи далеко не всегда готовы рассматривать такие споры по месту исполнения этого договора.

В случае отсутствия письменно оформленных трудовых отношений судебная защита в отношениях с агентством занятости, как правило, неэффективна, так как фактический допуск и все возможные доказательства факта работы находятся по месту выполнения трудовых обязанностей (т.е. у фактического работодателя). В этом случае, очевидно, работнику следует обращаться в суд с требованиями к фактическому работодателю.

— Решение Центрального районного суда города Омска от 08 сентября 2009 г.

На основании договоров об оказании услуг, заключенных с агентством ООО «К.», работники были направлены в Иркутскую область для работы в ООО «А.». По окончании работы работникам не была выплачена заработная плата: наличие трудовых отношений с ними отрицали как ООО «А.», так и агентство ООО «К.». Работники обратились в суд.

Суд установил, что работники действительно выезжали на работу в Иркутскую область. ООО «К.» им были выданы командировочные удостоверения для работы по месту нахождения ООО «А.» на период с 04.10.2008 по 30.11.2008. На обратной стороне командировочных удостоверений стояла отметка о прибытии работников на место работы 09.10.2008 и убытии 06.12.2008, заверенная печатью ООО «А.». Также работниками в дело были представлены выданные им удостоверения для доступа к работе в указанный период, а один из работников представил еще и акт выполненных работ, составленный совместно самим работником и ООО «К.», согласно которому агентство предоставило работнику работу в ООО «А.» на основании договора об оказании услуг по подбору персонала.

Исследовав обстоятельства дела, суд пришел к выводу, что в период с 04.10.2008 по 06.12.2008 между ООО «А.» и работниками фактически сложились трудовые отношения. Задолженность по заработной плате была взыскана в пользу работников с ООО «А.» в полном объеме.

Позиция арбитражных судов

Весьма любопытной представляется практика арбитражных судов, сформировавшаяся при рассмотрении споров между орга-

низациями, использующими заемный труд, и налоговыми органами. В последние годы распространенным стало «выведение» работодателями своих работников в новые организации (создаваемые, как правило, учредителями основной организации) для работы на условиях заемного труда. В результате основная организация освобождается от части налогового бремени, а новые «агентства», являющиеся, как правило, мелкими фирмами, применяют упрощенную систему налогообложения.

Налоговые органы, как правило, рассматривают модель заемного труда как способ уклонения организации-клиента от уплаты налогов и страховых взносов (до 2010 г. администрированием страховых взносов занимались налоговые органы) на работников и привлекают фактического работодателя к налоговой ответственности. Организации, использующие заемный труд, в свою очередь последовательно ссылаются на отсутствие каких-либо отношений между ними и заемными работниками и на экономическую обусловленность использования модели заемного труда. Как уже было сказано выше, суды общей юрисдикции при наличии трудовых договоров между работниками и агентствами занятости отказывают в признании трудовых отношений этих работников с фактическими работодателями. Арбитражные же суды оценивают такую ситуацию иначе. Примером такой оценки могут служить приведенные ниже решения.

— Решение Арбитражного суда Свердловской области от 14 мая 2007 г.

С 2005 г. ЗАО «Автотранспорт» перешло на использование модели заемного труда, расторгнув трудовые договоры с частью своих работников и заключив договоры о предоставлении персонала с рядом частных агентств занятости, в которых эти работники были трудоустроены сразу после увольнения. В конце 2006 г. налоговая инспекция привлекла ЗАО «Автотранспорт» к налоговой ответственности за неуплату ЕСН на заемных работников. Организация обратилась в суд.

Арбитражный суд Свердловской области установил, что агентства занятости были созданы в конце 2004 г., а с 01.01.2005 ЗАО «Автотранспорт» с ними были заключены договоры о предоставлении персонала. Согласно этим договорам агентства занятости несут расходы по содержанию персонала (выплачивают заработную плату, делают все не-

обходимые отчисления во внебюджетные фонды и налоговые платежи, а также выплачивают работникам пособия по временной нетрудоспособности, оплачивают ежегодные и учебные отпуска; несут расходы по выплате возмещения вреда, причиненного жизни и здоровью в связи с увечьем, полученным при выполнении трудовых обязанностей). ЗАО «Автотранспорт», в свою очередь, ведет табель учета рабочего времени, обеспечивает нормальные условия труда, предусмотренные законодательством, коллективным договором, обеспечивает работников средствами труда, рабочими местами, средствами техники безопасности, спецодеждой и т.п.

В ходе проверки, проведенной налоговыми органами, было установлено, что трудовые книжки работников агентств занятости, а также приказы об их приеме на работу хранятся в отделе кадров организации-клиента.

Из анализа документов агентств судом также было установлено, что заработная плата заемным работникам выплачивалась напрямую из сумм, полученных от организации-клиента в счет оплаты предоставления персонала. Увольнение работников из ЗАО «Автотранспорт» состоялось 31.12.2004, а прием их в частные агентства — 01.01.2005. Работники продолжили работать на прежних рабочих местах, выполняя те же обязанности, но уже не по трудовым договорам с ЗАО «Автотранспорт», а по трудовым договорам с агентствами.

Арбитражный суд Свердловской области, оценив обстоятельства дела, указал, что фактически трудовые отношения между работниками и ЗАО «Автотранспорт», выступавшим впоследствии в качестве заказчика, не прекращались, а **трудоустройство их в частных агентствах занятости носит формальный характер и полностью игнорирует смысл, значение и цели норм трудового законодательства.**

Следует отметить, что арбитражные суды РФ вполне допускают заключение гражданско-правовых договоров о предоставлении работников между агентством и организацией-клиентом, указывая, что предметом таких договоров являются не сами заемные работники, а услуги по предоставлению персонала. При разрешении налоговых споров для арбитражных судов важно, был ли такой договор целесообразным и экономически обоснованным и не был

ли он заключен с одной лишь целью получения налоговой выгоды. Такая позиция приводит к тому, что признание арбитражным судом организации-клиента действительным работодателем заемных работников напрямую зависит от оценки судом специфики функционирования организации, правильности оформления ее отношений с агентством и наличия зависимости между агентством и организацией.

— Решение Арбитражного суда города Москвы от 01 июля 2010 г.

Суд рассматривал ситуацию, аналогичную вышеизложенной: компания перешла на использование модели заемного труда, а налоговая инспекция привлекала ее к ответственности.

10 работников ООО «Мегалайт-Авто+» 30.03.2007 были уволены из организации и 02.04.2007 приняты в агентство занятости. Впоследствии они были направлены агентством для работы обратно в ООО «Мегалайт-Авто+», причем место работы и трудовые обязанности этих работников не изменились. В ООО «Мегалайт-Авто+» велся табель учета рабочего времени для заемных работников, предоставленных по договору с агентством. Само агентство занятости располагалось в том же здании, что и организация-клиент.

Разрешая дело, суд принял во внимание следующие доводы организации-клиента:

— *В агентстве, помимо бывших сотрудников ООО «Мегалайт-Авто+», работало еще 55 работников, которые направлялись в рамках оказания услуг по предоставлению персонала в другие организации. Источником дохода агентства являлось не только ООО «Мегалайт-Авто+».*

— *Агентство было создано лицом, не состоящим в каких-либо отношениях с ООО «Мегалайт-Авто+».*

— *Трудовые договоры с работниками агентства, а также локальные акты (приказы о предоставлении отпусков, о приеме на работу, об увольнении) подписывались руководителем агентства.*

— *Заработная плата работникам начислялась и выплачивалась бухгалтерией агентства.*

— ООО «Мегалайт-Авто+» не вправе было привлекать заемных работников к дисциплинарной ответственности — в соответствии с договором о предоставлении персонала оно должно было известить о нарушениях агентство и имело право требовать замены работника-нарушителя.

— Табель учета рабочего времени заемных работников является формой отчетности заказчика перед исполнителем и составлялся исключительно во исполнение договора о предоставлении персонала.

— После перехода на модель заемного труда в ООО «Мегалайт-Авто+» стала расти прибыль, а следовательно повысилась рентабельность и увеличился объем производства и выпуска готовой продукции.

По мнению суда, перечисленные обстоятельства подтверждают, что отношения между ООО «Мегалайт-Авто+» и агентством носили реальный характер, и поэтому нет оснований для признания трудовых отношений между заемными работниками и организацией-клиентом и, соответственно, для доначисления налогов.

— Решение Федерального арбитражного суда Уральского округа от 08 сентября 2008 г.

Налоговый орган доначислил ООО «Евросеть Екатеринбург», использовавшему заемный труд, крупные суммы по налогу на доходы физических лиц и единому социальному налогу. Общество обжаловало решение налогового органа в суде.

Исследовав материалы дела, суд установил, что в период с 2005 г. по 2006 г. ООО «Евросеть Екатеринбург» (далее также — организация-клиент) ежемесячно заключались договоры об оказании услуг по предоставлению персонала с группой мелких организаций (далее — агентства). Оплата услуг осуществлялась путем перечисления организацией-клиентом на счета агентств денежных средств, из которых агентства выплачивали работникам заработную плату в размере 1800 руб.

Из представленных в судебное заседание налоговым органом объяснений заемных работников следует, что физические лица, желающие устроиться в ООО «Евросеть Екатеринбург», проходили собеседование в офисе компании. После прохождения

собеседования и тестирования сотруднику предлагалось подписать пакет документов, состоящий из двух частей: основная часть и страховой пакет. В основной пакет входил трудовой договор с одним из агентств, инструктаж по технике безопасности, заявление о приеме на работу, заявление на выплату заработной платы, личная карточка, приказ о приеме на работу, заявление о предоставлении налогового вычета, договор о материальной ответственности, обязательство о неразглашении коммерческой тайны. Во второй пакет документов включались: договор добровольного страхования со страховой компанией, соглашение о расторжении договора без указания даты, договор займа на сумму 1 000 000 руб. с кредитным потребительским кооперативом, заявление о вступлении в члены данного кооператива, заявление об исключении из членов данного кооператива без даты, доверенность на имя кооператива на подписание от имени работника любых договоров страхования жизни со страховой компанией, доверенность на имя кооператива на подписание от имени работника договоров займа, заявление о переводе суммы займа на счет страховой компании.

Суд выявил, что второй пакет документов был необходим для перечисления работникам части заработной платы сверх установленного размера. Вместе с денежными средствами, перечисляемыми напрямую на счета агентств, организация-клиент перечисляла другую часть денежных средств на счета группы компаний, в которую входили агентства. Затем эти суммы перечислялись на счета третьих организаций, не состоявших в отношениях ни с агентствами, ни с организацией-клиентом, а оттуда — на счет страховой компании. Страховая компания выплачивала деньги работникам в виде страхового возмещения (соответственно, НДФЛ и ЕСН с этих сумм не уплачивались).

Исследовав протоколы обследования сотрудниками правоохранительных органов помещений ООО «Евросеть Екатеринбург», суд установил, что печати и факсимиле подписей от имени агентств хранились в офисах организации-клиента.

На основании имеющихся в деле доказательств суд пришел к выводу, что трудоустройство физических лиц в агентствах носило формальный характер, подбором персонала указанные компании фактически не занимались, а сотрудники, приня-

тые на работу в агентства, фактически являлись сотрудниками ООО «Евросеть Екатеринбург». Страховые выплаты работникам, получаемые ими на лицевые (зарплатные) счета через организации, с которыми фактически не имелось каких-либо подтвержденных хозяйственных отношений, и носящие регулярный ежемесячный характер, фактически являлись заработной платой, источником которой согласно расшифровкам к платежным поручениям выступало ООО «Евросеть Екатеринбург». Признав наличие трудовых отношений между работниками и организацией-клиентом, суд отказал в удовлетворении заявленных этой организацией требований.

Таким образом, при рассмотрении арбитражными судами споров о налогах наличие оформленных трудовых отношений между заемными работниками и частными агентствами занятости не препятствует суду с учетом иных обстоятельств признавать организацию-клиента работодателем (не только фактическим, но и юридическим). Тем не менее иные обстоятельства, по мнению судов, также далеко не всегда свидетельствуют о необходимости такого признания.

Выводы о специфике защиты

Из приведенных выше особенностей видно, что модель заемного труда существенным образом посягает на возможности работников защищать свои права. Предусмотренные законодательством способы защиты трудовых прав в проекции на эту модель либо вырождаются, полностью теряя свою эффективность (самозащита, защита прав при помощи профсоюзов), либо усложняются, становятся менее надежными (защита с помощью контролирующих органов, судебная защита).

Разделение полномочий работодателя между двумя субъектами приводит к тому, что работнику для эффективной защиты трудовых прав необходимо четко ориентироваться в ситуации: иногда очень сложно разобраться, кем нарушены его права и кто должен нести ответственность за это нарушение.

Важно также иметь в виду, что отсутствие связи местонахождения агентства занятости с местом его деятельности делает такое агентство очень мобильным субъектом, что может привести к до-

полнительным сложностям для работника при защите его трудовых прав.

Представляется, что в системе арбитражных судов РФ подход к разрешению споров, возникающих в связи с использованием модели заемного труда, более проработан, чем в судах общей юрисдикции. К сожалению, для заемных работников этот путь судебной защиты закрыт, так как в соответствии с действующим законодательством трудовые споры арбитражными судами не рассматриваются.

Таким образом, модель заемного труда ***ограничивает возможности работника на защиту своих прав и ставит его в зависимость от добросовестности поведения работодателей*** — как фактического, так и юридического. Однако в современной практике трудовых отношений расчет на добросовестность работодателя, очевидно, себя не оправдывает.