

ГОЛОСА МОЛОДЫХ

Заемный труд в России: прошлое, настоящее и будущее

*Горловская Т.А.**

Работа посвящена вопросам использования заемного труда в России. С 1 января 2016 года вступает в силу Федеральный закон от 05.05.2014 № 116-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты РФ», который регулирует вопросы заемного труда, предоставления персонала и деятельность частных агентств занятости. Меняется порядок предоставления персонала, запрещается заемный труд, устанавливаются требования к частным агентствам занятости, а также к их руководителям. Автором делается вывод о том, что для соблюдения всеми сторонами трудовых отношений новых требований законодательства необходимо внедрение эффективных мер контроля, а также создание профессионального союза для заемных работников.

Ключевые слова: трудовые отношения; правовое регулирование труда; заемный труд; частное агентство занятости; заемный работник.

В мае 2014 г. Президент России подписал Федеральный закон №116-ФЗ о запрете использования заемного труда с одновременной легализацией деятельности по предоставлению персонала. Данный акт, получивший название «О заемном труде», прошел длительную процедуру принятия: от внесения законопроекта в Государственную Думу до его подписания прошло три с половиной года. 1 января 2016 г. Закон вступает в силу, и заемный труд в нашей стране станет «вне закона». Это событие уже заставило многие компании провести анализ существующих

* Горловская Татьяна Александровна – магистр права МГИМО МИД России, менеджер департамента налогообложения и права компании «Делойт». t.gorlovskaya@gmail.com.

трехсторонних трудовых отношений, чтобы принять решение о возможности или невозможности их дальнейшего использования.

Федеральный закон №116-ФЗ является первым шагом нашего государства на пути к урегулированию стремительно развивающихся трехсторонних трудовых отношений. Перестройка трудовой сферы неизбежно сопровождается активизацией законотворческой деятельностью государства, способной не только привести старые рычаги управления в соответствие с новыми отношениями, но и создать условия, стимулирующие активное внедрение новых норм¹. Что изменится со вступлением в силу положений, вносящих изменения в ТК РФ Федеральным законом №116-ФЗ?

Институт заемного труда в России начал развиваться в начале 90-х годов с переходом к рыночной экономике. Практика заемного труда появилась в нашей стране вместе с приходом на рынок предприятий с участием иностранного капитала, которые уже к этому времени активно использовали заемный труд. Вместе с инвестициями они привезли с собой лучшие практики ведения бизнеса, в том числе практику использования заемного труда, которая, к тому времени, уже довольно широко использовалась в Европе и США. Первое в СССР коммерческое агентство по подбору персонала – Московский кадровый центр – было создано 12 апреля 1989 г.²

Вместе с тем, законодательное закрепление заемного труда имело место еще в советское время. Так, Кодекс Законов о Труде РСФСР 1922 г. содержит правило, согласно которому, если по трудовому договору производится работа не для лица, непосредственно заключившего договор, а для обслуживаемого им предприятия или хозяйства, либо производство, в котором работает нанявшийся, составляет часть или отделение другого предприятия, ответственность по такому договору возлагается на предприятие, учреждение или лицо, для которого работа производится (ст. 32)³. Следует отметить, что отсутствие в этот период частных предприятий не позволяло работодателю злоупотреблять схемой заемного труда.

К 2000-ым годам заемный труд получает довольно широкое распространение, и в настоящее время, многие агентства, оказывающие услуги по подбору персонала, предоставляют в том или ином виде и услуги заемного труда. Общероссийское исследование рынка подбора и предоставления персонала свидетельствует о том, что такие услуги предоставляют около 7% компаний. Общий объем бизнеса в этой сфере составляет 14,68 миллиардов рублей. Всего компании – участники исследования предоставили в заем 57 тысяч человек. При этом временный сотрудник в течение года работал в среднем 1400 часов или 8 месяцев⁴.

Практика применения заемного труда, сложившаяся в России за время отсутствия его законодательного регулирования, имеет много нареканий⁵. Заемный работник лишен профсоюзной защиты, так как работники одного частного агентства занятости (далее по тексту – ЧАЗ) направлены на работу в разные организации, а отсутствие связей друг с другом, зачастую, является непреодолимым барьером в создании первичной профсоюзной организации или представительного органа работников. Незаключение трудового договора с работником, неперечисление страховых взносов в фонды социального страхования, отсутствие реальной возможности заемных работников участвовать в коллективных переговорах, отсутствие профсоюзной защиты – это только часть проблем, которые требуют незамедлительного решения. В печати остро дискутируется ситуация с использованием заемных работников для замены основных сотрудников организации в период проведения забастовки. Подобные действия подрывают забастовочное движение.

Судебная практика довольно часто складывается не в пользу заемного работника. Приведем один из примеров. Н. обратился в суд с иском к Государственному учреждению – Управление Пенсионного фонда РФ о возложении на ГУ Управление Пенсионного фонда РФ обязанностей по включению в специальный стаж период работы электрогазосварщиком и назначить трудовую пенсию по старости досрочно. Он указал, что имеет право на назначение досрочной пенсии, так как выработал необходимый для этого стаж, что подтверждалось записями в трудовой книжке. Однако выяснилось, что в спорный период Н. работал в МУП «Название 1» в соответствии с договорами аутстаффинга, в которых не было указано наименование его должности, а также отсутствовало описание выполняемых работ. В тоже время в трудовой книжке истца указано, что в спорный период он осуществлял трудовую деятельность в ООО «Название 2». В персонифицированных сведениях, которые ООО «Название 2» подавало в Пенсионный фонд, отсутствовали сведения о специальном стаже (работодатель не указывал соответствующий код, не начислял и не уплачивал повышенные страховые взносы).

В удовлетворении заявленных требований было отказано. Как следствие, работник, честно выработавший свой стаж во вредных условиях, не смог получить причитающиеся ему гарантии от государства в виде досрочного выхода на пенсию. Виною тому – недобросовестные действия работодателя, формальный подход к осуществлению функции защиты прав. Подобных примеров в судебной практике множество⁶. Наибольшую тревогу вызывает то, что часто к работе по схеме заемного труда привлекается рабочий персонал, который, как правило, не обладает достаточной

юридической грамотностью, чтобы защитить свои права. Не веря в возможность отстоять свои права, многие работники даже не обращаются в суд или контролирующие органы за их защитой.

В сфере заемного труда сложилось «два лагеря», которые «стоят по разные стороны баррикад». С одной стороны – работники и профессиональные союзы, с другой – представители работодателей и ЧАЗы. Профессиональные союзы поддерживают запрет заемного труда, так как заемные работники, как правило, находятся в худшем положении по сравнению с основными работниками. В то же время представители работодателей утверждают, что данная форма занятости позволяет им быть более гибкими, оперативно привлекать сезонных работников, экономить время и средства на поиск, подбор, наем и дальнейшее администрирование трудовых отношений, что положительно сказывается на производственных показателях. ЧАЗы ссылаются на то, что данная форма занятости позволяет найти работу и средства существования людям, которые испытывают трудности с поиском постоянной работы, таким как студенты, выпускники образовательных учреждений, люди предпенсионного и пенсионного возрастов. И в этой связи необходим реальный механизм, позволяющий оперативно разрешать названные проблемы. Таковым механизмом, по их мнению, служит возможность использования заемного труда.

Новации Трудового кодекса РФ (далее – ТК РФ), устанавливая запрет на «заемный труд», при этом санкционируют деятельность ЧАЗов по предоставлению труда работников, которая представляет собой направление (временно) работодателем своих работников с их согласия к физическому или юридическому лицу, не являющемуся работодателем данных работников, для выполнения ими определенных в трудовом договоре функций в интересах (под управлением и контролем) принимающей стороны (ст. 56.1). Под заемным трудом понимается труд, осуществляемый работником по распоряжению работодателя в интересах, под управлением и контролем физического лица или юридического лица, не являющихся работодателем данного работника. Основные его отличия от труда работников, используемых по договору предоставления труда, заключаются в том, что предоставление персонала осуществляется только на временной основе и только с согласия работника, а также работник выполняет функции, определенные его трудовым договором.

Законодатель ограничивает предоставление персонала во времени, т.е. привлечение персонала – это всегда временная мера, устанавливает закрытый перечень случаев, когда возможно привлечение работника, а также вводит ряд легальных понятий: направляющая сторона,

принимающая сторона, работник. Деятельность по предоставлению персонала вправе осуществлять ЧАЗы и другие российские юридические лица, иностранные юридические лица, аффилированные лица по отношению к российским и иностранным юридическим лицам (за исключением физических лиц).

Частное агентство занятости обладает особым статусом. Этот статус может иметь только юридическое лицо. Если Конвенция МОТ №181 устанавливает, что ЧАЗ – это любое физическое или юридическое лицо (п.1 ст. 1), то в России физическое лицо не может быть ЧАЗом. Более того, юридическое лицо должно быть зарегистрировано на территории РФ. Тут стоит обратить внимание на ситуацию, когда представительства иностранных организаций, которые не являются юридическими лицами на территории РФ, а юридическое лицо (Head Quarter) зарегистрировано на территории иностранного государства. Довольно часто такие представительства осуществляют коммерческую деятельность на территории РФ. Таким образом, с вступлением в силу данного закона, представительства иностранных организаций не смогут вести деятельность по предоставлению персонала.

Обязательным требованием для получения права осуществлять деятельность по предоставлению труда (персонала) является прохождение аккредитации. Соответствующие Правила утверждены Постановлением Правительства РФ от 29.10.2015 N 1165. В соответствии с п. 9 ст. 18.1. Закона «О занятости» если аккредитация приостанавливается или отзывается, то ЧАЗ теряет право заключать с работниками договоры в целях предоставления их принимающей стороне. При этом все права и обязанности данного ЧАЗа по заключенным ранее таким трудовым договорам сохраняются. Данная норма должна защитить работников от неправомерного предоставления их труда принимающей стороне, а также от неисполнения обязательств по ранее заключенным договорам в отношении уже предоставленных работников.

Для осуществления деятельности по предоставлению персонала ЧАЗам необходимо иметь уставной капитал не менее 1 млн рублей, а также не иметь задолженности по уплате налогов и сборов. Нужно отметить, что размер уставного капитала будет являться барьером к доступу на рынок малых ЧАЗов. В качестве ЧАЗов не могут выступать субъекты предпринимательства, применяющие специальные налоговые режимы, например, упрощенную систему налогообложения.

Отдельные требования предъявляются к руководителю ЧАЗа (высшее образование, стаж работы не менее 2-х лет за последние три года). Стаж учитывается только за периоды работы в области трудоустройства

или содействия занятости населения в РФ. Такой подход ограничивает деятельность на рынке труда иностранцев. Довольно часто международные кадровые агентства направляют своих специалистов из разных стран, для того, чтобы возглавить бизнес в России. Таким образом, лица, которые будут направляться из других государств, и которые не будут иметь требуемого стажа на территории РФ, не смогут сразу занять должность руководителя. Российское трудовое законодательство, как и любое другое, обладает своей особой спецификой, для изучения которой требуется не один год. Направляемые руководители-иностранцы, обладающие знаниями ведения бизнеса, навыками руководства и навыками организации процессов, как правило, не имеют достаточных знаний местного законодательства.

Другое требование к руководителю ЧАЗа, которое выражается в отсутствии судимости за совершение преступления против личности или в сфере экономики, также является вполне понятным и обоснованным. Работа в данной сфере предполагает работу с персоналом, а довольно часто с незащищенными слоями населения, которые не могут обеспечить себя рабочим местом на постоянной основе, и как следствие, нуждаются в особой защите.

Федеральный закон ограничивает круг лиц, к которым работники могут быть направлены. Юридические лица (помимо ЧАЗов) вправе осуществлять деятельность по предоставлению труда работников, если работники (с их согласия) направляются временно к юридическому лицу, являющемуся:

- аффилированным лицом по отношению к направляющей стороне;
- акционерным обществом, если направляющая сторона является стороной акционерного соглашения об осуществлении прав, удостоверенных акциями такого акционерного общества;
- стороной акционерного соглашения с направляющей стороной.

Таким образом, если юридические лица не связаны между собой отношениями, описанными выше, либо, предоставляющая сторона не является ЧАЗом, между ними не может заключаться договор о предоставлении труда работников. Принимающей стороной по договору о предоставлении персонала может быть как физическое, так и юридическое лицо. Например, физические лица довольно часто привлекают через агентства домашний персонал для оказания им помощи по хозяйству. Индивидуальные предприниматели также могут быть пользователями данных услуг. Принимающая сторона является исполнителем по договору о предоставлении труда работников.

Важно отметить, что статья 341.2. ТК РФ закрепляет случаи, в которых ЧАЗ может направить работника к принимающей стороне и данный перечень является закрытым. Работник может быть направлен к:

- физическому лицу в целях личного обслуживания, оказания помощи по ведению домашнего хозяйства,
- индивидуальному предпринимателю или юридическому лицу для:
 - временного исполнения обязанностей отсутствующих работников, за которыми в соответствии действующим законодательством сохраняется место работы;
 - проведения работ, связанных с заведомо временным (до 9 месяцев) расширением производства или объема оказываемых услуг.

Нельзя не обратить внимания ещё на одно требование законодателя. Условия оплаты труда направляемого работника должны быть не хуже, чем условия оплаты труда работников принимающей стороны, выполняющих такие же трудовые функции и имеющих такую же квалификацию. Такой подход, несомненно, ограничит использование труда таких работников. Одним из основных преимуществ использования заемной рабочей силы для бизнеса было то, что заемные работники, как правило, получали меньшую заработную плату. Если у принимающей стороны не состоят в штате работники, которые выполняют те же функции, то никаких проблем с установлением определенной заработной платы не возникает. Однако, если ситуация обстоит иным образом, то как будет определяться уровень заработной платы заемного работника?

В соответствии со ст. 15 ТК РФ трудовая функция – это работа по должности в соответствии со штатным расписанием, профессией, специальностью с указанием квалификации; конкретного вида поручаемой работнику работы. Таким образом, если у принимающей стороны в штате состоит персонал по той же должности, что и направляемые работники, то уровень оплаты труда направляемого работника должен быть не хуже, чем у работника в штате. Возникает следующий вопрос, а может ли уровень оплаты труда направляемого работника быть выше, чем у работника в штате, выполняющего ту же функцию с той же квалификацией, ведь тем самым дискриминация будет применяться по отношению к основному работнику? Возможно буквальное толкование ч. 2 ст. 341.1 ТК РФ, где прямо указано, что условия не должны быть хуже, а значит, могут быть лучше?

Трудовые отношения у работника возникают только с направляющей стороной. С принимающей стороной у работника трудовых отношений не возникает. Таким образом, и отвечать перед работником по обязательствам в качестве работодателя будет направляющая сторона. Направляя

работника для работы у принимающей стороны, направляющая сторона (работодатель) должна заключить с ним дополнительное соглашение к трудовому договору, в котором указываются сведения о принимающей стороне, а также о месте и дате заключения, номере и сроке действия договора о предоставлении труда. Данное правило позволяет контролировать соответствие количества направляемых работников реальным договорам о предоставлении персонала и служит гарантией, исключающей злоупотребления в части хаотичного и бесконтрольного предоставления работников. Однако данная норма вряд ли получит широкое применение в случае, когда между временными работами имеет место перерыв. Агентства не захотят за свой счет оплачивать простой.

Федеральный закон обязывает ЧАЗы осуществлять контроль за использованием работников в соответствии с функциями, определенными трудовым договором, а также запрещает принимающей стороне препятствовать ЧАЗам в осуществлении данного контроля. В каком виде и порядке должен осуществляться данный контроль, Федеральный закон не устанавливает.

Статья 341.4. ТК РФ определяет порядок расследования несчастного случая, произошедшего с работником. Ответственность в отношении охраны труда возложена на принимающую сторону, что является оправданным и целесообразным, так как все работы производятся на территории принимающей стороны. Закон прямо запрещает направление работников к принимающей стороне в целях замены основных работников во время забастовки, для выполнения работ во время простоя, во время введения принимающей стороной режима неполного рабочего времени в целях сохранения рабочих мест, для замены работников, приостановивших работу в связи с задержкой выплаты заработной платы. Также запрещено направлять работников для выполнения работ на производственных объектах, отнесенных к 1 и 2 классам опасности, вредным условиям труда 3 или 4 степени и т.д.

Если направляющая сторона (работодатель) не выполнила свои обязательства перед работником по выплате заработной платы или иных сумм, причитающихся работнику, принимающая сторона несет субсидиарную ответственность перед работником, даже если она выполнила все обязательства перед направляющей стороной. Данное требование значительно повысит бдительность принимающей стороны при выборе поставщика услуг, что еще раз доказывает, что на данном рынке останутся только сильные игроки, способные нести всю полноту обязательств перед работником.

Закон также регулирует уплату страховых взносов в пенсионный фонд РФ. Страховые взносы уплачивает направляющая сторона (работодатель)

исходя из страхового тарифа, который определяется в соответствии с основным видом экономической деятельности принимающей стороны с учетом результатов специальной оценки условий труда. Таким образом, принимающая сторона обязана предоставлять сведения о результатах специальной оценки условий труда направляющей стороне. Данная норма позволит получать в бюджет платежи по реальным тарифам в зависимости от вида деятельности предприятия на котором трудятся направляемые работники. В настоящее же время все агентства имеют пониженный коэффициент, так как условия в агентствах, как правило, не являются опасными или вредными.

Хотелось бы отметить, что как бы ни называли данные трехсторонние отношения: «заемным трудом», либо «трудом работников, предоставляемых по договору предоставления персонала» суть остается прежней: это все те же трехсторонние отношения между работником, организацией-пользователем и организацией-поставщиком. Несмотря на формальный «запрет» заемного труда в России, его сущность и содержание не меняется с принятием Федерального закона № 116-ФЗ от 05 мая 2014 г. Заемный труд будет продолжать использоваться в России, только не хаотично и бесконтрольно, как раньше, а упорядоченно и урегулировано.

На принятый Федеральный закон можно посмотреть с двух сторон. С одной, запрет заемного труда можно рассматривать как всеобщий запрет с отдельными исключениями, в виде деятельности по предоставлению персонала, которая строго регламентирована. Требование о прохождении аккредитации, размер уставного капитала, жесткое ограничение случаев, в которых персонал может предоставляться, отсутствие какой-либо свободы действий в отношении заемного труда – все эти меры позволяют прийти к выводу, что, действительно, заемный труд в целом запрещен. Отдельные исключения установлены в целях «гибкости» производства: решения его насущных задач – для срочной замены отсутствующего персонала или выполнения заведомо срочных работ, но не с целью сократить расходы. Все вышеописанные требования к ведению данной деятельности позволяют предположить, что стоимость привлечения заемных работников не уменьшится, а только увеличится, и как следствие, спрос на нее снизится. Вместе с тем, запрет заемного труда и столь жесткое регулирование деятельности по предоставлению персонала может привести к уходу в тень определенной части этого бизнеса и основной удар примут на себя именно добросовестные агентства, которые и до принятия закона соблюдали права работников.

Другая сторона вопроса заключается в том, что, по сути, заемный труд легализован. Он легализован в довольно жестких рамках и под другим

названием «предоставление персонала», но все же законодатель официально допускает применение трехсторонних отношений.

В настоящее время введение требования об аккредитации кажется вполне разумным, так как это позволит отсеять большое количество недобросовестных организаций, занимающихся предоставлением персонала. Уставной капитал в размере 1 млн рублей – непреодолимый барьер для многих небольших, но добросовестных организаций, что, естественно, уменьшит конкуренцию на данном рынке. Данные меры представляются достаточно эффективными с точки зрения защиты прав работников, поскольку довольно часто вопросы невыплаты заработной платы, а также прочие нарушения прав работников происходят именно со стороны небольших организаций, занимающихся предоставлением персонала.

Анализ новаций ТК РФ в обозначенной сфере позволяет заметить общую тенденцию в легализации заемного труда при сравнении истории развития названного института в России и Международной Организации Труда. В Конвенциях МОТ заемный труд прошел путь от запрета до полной легализации. Все начиналось в 1933 году с полного запрета заемного труда, и разрешался он лишь в виде определенных ограничений, а в настоящий момент заемный труд полностью легализован. На схожий путь решения проблем заемного труда встала и Россия, и, вполне возможно, что через некоторое время он будет также полностью легализован.

На сегодняшний день компании, практикующие использование трехсторонних трудовых отношений, пытаются предпринять те или иные шаги, отвечающие нововведениям. Одни из них принимают всех заемных работников в штат, другие маскируют данные отношения договорами оказания услуг. Есть и такие, которые предпочитают ничего не делать, а дожидаться вступления закона в силу.

Таким образом, несмотря на формальный запрет использования заемного труда, большинство «схем», существовавших до принятия рассматриваемого закона, имеют место и на сегодняшний день. Как представляется, большинство компаний-пользователей не почувствуют кардинальных изменений для своего бизнеса, а ЧАЗы возьмут на себя дополнительную нагрузку по подготовке «нужной» документации. Для соблюдения новых требований необходимо внедрять эффективные меры контроля со стороны проверяющих органов, а также повышать осведомленность данной категории работников об их правах. Одним из эффективных инструментов контроля в рамках данного института, а также гарантом защиты прав работников мог бы стать профессиональный союз, объединяющий заемных работников.

Temporary the Agency Work in Russia: the Past, the Present, and the Future (Summary)

*Tatiana A. Gorlovskaya**

The paper discusses the use of the temporary agency work (contingent labor) in Russia. From 1 January 2016 enters into force the Federal Law № 116-FZ dated May 5, 2014, which regulates the issues of temporary agency work, personnel providing as well as activity of employment agencies. The changes cover the order of personnel providing, prohibition of temporary agency work, establishment of requirements for private employment agencies, as well as for their heads. The author concludes that in order to all parties of labor relationships comply with the new requirements of legislation it is necessary to implement effective control measures and establish a trade union for temporary employees.

Keywords: labor relationships; legal regulation of labor; temporary agency work; contingent labor; employment agency; temporary employee.

¹ Иванчак А.И. Правовой статус иностранного гражданина в Российской Федерации в сфере труда. – М., 2009. – С. 4.

² Как создавалось первое кадровое агентство в России. 20.04.2012 // Помощь бизнесу. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://bishelp.ru/svoe_delo/otrasl/biznesuslugi/2004_kadri.php. – Дата обращения: 19.11.2015.

³ Постановление ВЦИК от 09.11.1922 «О введении в действие Кодекса Законов о Труде РСФСР изд. 1922 г.» (вместе с «Кодексом Законов о Труде РСФСР.») // КонсультантПлюс [Электронный ресурс]. – Дата обращения: 19.11.2015.

⁴ Общероссийское исследование рынка подбора и предоставления персонала проведено Российской Ассоциацией Частных Агентств Занятости и Ассоциацией консультантов по персоналу, при поддержке журнала «РекрутингNews» в период с мая по июнь 2012 г. (в исследовании приняли участие 167 агентств по подбору персонала со всей России) // CONSORT Group. Официальный вебсайт. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://consort.ru/sysfiles/File/File/iesf/Market-Volkova.pdf> Дата обращения: 19.11.2015.

⁵ Коршунова Т.Ю. Правовое регулирование отношений: связанных с направлением работников для выполнения работ в других организациях (заемный труд) // Трудовое право. – 2006. – № 6. – С. 15; Иванчак А.И. Правовое регулирование труда российских работников-эмигрантов. – М., 2009. – С. 203-205, Болдырев В.А. Заемный труд как российский экономико-правовой феномен // Право и экономика. – 2015. – № 10. – С. 63.

⁶ Решение Октябрьского районного суда г. Самары от 02.07.2013 по делу № 2-3226/2013 – М-2438/2013 // РосПравосудие [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <https://>

* Tatiana A. Gorlovskaya – LL.M MGIMO MFA Russia, manager of the “Deloitte” Tax and Legal Department. t.gorlovskaya@gmail.com.

rospravosudie.com/court-oktyabrskij-rajonnyj-sud-g-samary-samarskaya-oblast-s/act-430813376/ Дата обращения: 19.11.2015; Определение Пермского краевого суда от 17.02.2014 по делу №33-499-2014 // Судебные решения РФ. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://xn--90afdbaav0bd1afy6eub5d.xn--p1ai/bsr/case/6576183> Дата обращения: 19.11.2015. Определение Московского городского суда от 15.11.2010 № 4г/8-9110/10 // КонсультантПлюс. [Электронный ресурс]. – Дата обращения: 19.11.2015. Определение Пермского краевого суда от 02.09.2013 по делу N 33-7982 // КонсультантПлюс [Электронный ресурс]. – Дата обращения: 19.11.2015.