

## Тема номера

# Заемный труд в современной России: необходимость правового регулирования

**Понятие «заемный труд» появилось на кадровом рынке России сравнительно недавно, но уже вызвало целый ряд противоречий и вопросов. В настоящее время в Государственной Думе РФ находится на рассмотрении Законопроект № 451173-5, который объявляет запрет на заемный труд на всей территории Российской Федерации. Рассмотрим правовые последствия, которые могут возникнуть в результате принятия этого Законопроекта**



Антон Стружков  
генеральный директор  
ЮЦ «Глосса»

**З**аемный труд, как никакая другая форма применения и использования труда, волнует множество людей, имеющих отношение к кадровому рынку в России. Для кого-то он представляет собой гибкий и удобный инструмент для развития карьеры и оптимизации производства, кто-то видит в нем исключительно «серую схему», направленную на минимизацию налогового бремени или ущемление прав работников. Противники заемного труда с завидным упорством продолжают приводить множество аргументов в пользу его запрета, в то время как сторонники стараются выработать правила, в равной степени защищающие права всех участников тройственных отношений (работников, частных агентств занятости и предприятий-пользователей).

## Запрет на заемный труд: реальная необходимость или политические игры?

Несмотря на мировой опыт применения заемного труда и очевидную прогрессивность его применения, существует достаточно широкая группа людей, не устающих поддерживать и находить новые аргументы в пользу его запрета. В настоящий момент в Госу-

дарственной Думе РФ находится внесенный группой депутатов<sup>1</sup> Законопроект № 451173-5 о мерах, препятствующих уклонению работодателей от заключения трудовых договоров путем необоснованного заключения договоров гражданско-правового характера, использования механизмов «заемного труда» или другими способами. Основным лейтмотивом Законопроекта № 451173-5 выступает полный запрет заемного труда на территории Российской Федерации, не предполагающий каких-либо исключений и распространяющийся как на российские, так и на иностранные организации, действующие на российском рынке.

Кроме того, Законопроект № 451173-5 уделяет повышенное внимание квалификации отношений, оформленных гражданско-правовым договором, но имеющих признаки использования личного труда. Предлагается предоставление права признания указанных отношений трудовыми не только суду, но и государственной инспекции труда.

На момент написания настоящей статьи Законопроект № 451173-5 принят в первом чтении, ожидается представление поправок с учетом замеча-

<sup>1</sup> Депутаты Государственной Думы А.К. Исаев, М.В. Тарасенко, В.Я. Комиссаров, Ю.А. Песковская, И.А. Яровая, М.Л. Шакум.

ний и предложений, изложенных в официальном отзыве Правительства РФ<sup>2</sup>. В качестве мотивов запрета заемного труда в пояснительной записке указано: «Для предотвращения уклонения работодателей от заключения трудовых договоров...», иные причины такого запрета не указаны. Однако суть заемного труда заключается вовсе не в уклонении работодателей от заключения трудовых договоров.

Заемный труд — распространенная во всем мире практика трудоустройства, урегулированная, в частности, Конвенцией МОТ № 181 о частных агентствах занятости (далее — ЧАЗ) (Женева, 19 июня 1997 г.). Опыт работы компаний, деятельность которых связана с рынком заемного труда, показывает, что за последние годы сложился устойчивый цивилизованный рынок услуг аутстаффинга и лизинга персонала. Многолетний мониторинг рынка свидетельствует о том, что, несмотря на практически полное отсутствие законодательного регулирования, крупные участники рынка задают высокие стандарты качества оказываемых услуг по предоставлению труда работников и социальных гарантий по отношению к заемным сотрудникам.

Развитие рынка заемного труда показывает, что, например, региональное ЧАЗ, изучая своих клиентов и их потребности в труде, получает уникальную возможность по направлению рабочей силы в организации, представляющие собой наибольший интерес как для ЧАЗ, так и для работников. Чем более длительным является такое изучение, тем большими возможностями по оптимальному направлению работников располагает ЧАЗ.

Имея возможность направления работника именно в ту организацию, которая в наибольшей степени нуждается в его труде, агентство может одновременно достичь нескольких целей, выгодных и ему, и предприятию-пользователю, и самому работнику:

- работник получает дополнительные возможности по профессиональному и карьерному росту;
- вознаграждение за труд может быть существенно больше, чем при прямых трудовых отношениях (лучше платят

там, где труд работника действительно нужен);

- предприятие-пользователь получает работника, опыт которого определяется широким спектром мест применения труда. Для некоторых профессий такого рода (например, системных администраторов, офис-менеджеров и пр.) подобный опыт может быть уникальным;
- предприятие-пользователь получает возможность существенно увеличить свой штат на непродолжительное время, например для реализации нового проекта. При этом по окончании проекта заемные работники не увольняются, как при прямых трудовых отношениях, а направляются в другие организации, где их труд востребован;
- репутация и положение на рынке крупного и известного ЧАЗ может быть для работника большей гарантией реального выполнения обязательств, вытекающих из трудовых отношений, нежели при прямых трудовых отношениях, например с вновь образованным предприятием-пользователем.

Законодательное регулирование трудовых отношений, не учитывающее тенденций развития социально-экономических систем, запрещающее то, что диктуется потребностями экономики и общества, вряд ли может дать положительный эффект. Запрещение деятельности, для урегулирования которой требуются организационные и интеллектуальные усилия, безусловно, представляет собой наиболее простой выход, однако демонстрирует беспомощность законодательной власти.

Право на труд, установленное ст. 37 Конституции РФ, должно быть реализовано в соответствии с законом. При этом необходимо учитывать, что право на труд — это право гражданина, он должен выбирать, где и на каких условиях работать. Поскольку ограниченность ресурсов и безграничность потребностей есть основное противоречие социально-экономических систем, этот выбор осуществляется в условиях ограниченных возможностей. Ограничения накладываются государством (формирующее законодательную базу); рынок труда как часть общего рынка, формирующего потребность в трудо-

вых ресурсах; конкретный работодатель, предъявляющий те или иные требования и оплачивающий труд; сам работник в силу своей квалификации, возраста, здоровья и т. д.

Работник заключает трудовой договор с организацией, которая будет нести ответственность за реализацию его прав. Какую именно работу и для кого он будет выполнять — определяется не законом, а спросом на трудовые ресурсы, т. е. рынком, который подлежит изучению, поскольку не является нормативно формируемой средой. Если условия, определяющие спрос на трудовые ресурсы, меняются, то законодательная база должна максимально успевать за развитием общеэкономической ситуации, в противном случае гарантировано наступление негативных последствий:

- фактическое нарушение законодательства (трудовой договор не заключается вообще либо в сложившихся условиях никого больше не защищает);
- снижение эффективности использования трудовых ресурсов;
- снижение уровня жизни;
- безработица;
- рост социальных расходов без возможности их компенсации в длительной перспективе;
- прочие социально-экономические последствия.

Именно по этой причине гораздо более адекватной видится ситуация, когда возможность заключения трудового договора с кадровым агентством и использование труда работника другой организацией законодательно установлена, а не когда такая возможность прямо запрещена. Таким запретом ограничивается право гражданина, а чьи-либо преимущества весьма сомнительны.

Типовые аргументы противников аутстаффинга давно и хорошо известны. Также хорошо известна критика этих аргументов, наглядно показывающая их излишнюю эмоциональность и полную несостоятельность<sup>3</sup>. Подобные аргументы и их критика приведены в таблице.

<sup>2</sup> С текстом Законопроекта и его продвижением можно ознакомиться на сайте Государственной Думы РФ: [www.duma.gov.ru](http://www.duma.gov.ru).

<sup>3</sup> Аникин Б.А., Рудая И.Л. Аутсорсинг и аутстаффинг: высокие технологии менеджмента: Учеб. пособие. — М.: ИНФРА-М, 2007.

Аргументы противников аутстаффинга	Критика аргументов
Заемный труд – наиболее изощренная форма эксплуатации трудящихся; заемного работника лишают до положения вещи, лишая его защиты трудового права	ЧАЗ заключает с заемным работником трудовые договоры, т. е. вступает с ним в трудовые отношения, и на этого работника в полном объеме распространяются нормы Трудового кодекса РФ. Кроме того, рекрутинговое агентство заинтересовано в росте квалификации сотрудника и способствует этому
Заемные работники лишаются: • возможности участия в социальном партнерстве; • профсоюзной защиты; • коллективной защиты своих трудовых прав через коллективные договоры и коллективные споры	Интересы заемных работников могут выражаться через советы трудовых коллективов, создаваемых самими заемными работниками, занятыми на предприятии-пользователе. В перспективе возможно создание профсоюза заемных работников, как это уже имеет место в некоторых зарубежных странах
Заемный труд востребован до тех пор, пока не урегулирован. Установление норм и гарантий для заемного работника приведет к отказу от его использования	Практика использования заемного труда за рубежом полностью противоречит этому мнению. МОТ признает легитимность данной формы трудовых отношений, что нашло отражение в Конвенции от 19 июня 1997 г. № 181
Использование заемного труда дает предприятиям-пользователям возможность минимизировать налогообложение и снизить обязательные платежи в бюджет	В свете вступления с 1 января 2011 г. в силу ст. 12 и прекращения действия ст. 57 Федерального закона от 24 июля 2009 г. № 212-ФЗ данный аргумент полностью теряет свою актуальность. То есть с 2011 г. законодательство не позволяет использовать заемный труд в качестве инструмента для минимизации налоговой и страховой нагрузки
Работодатели производят страховые платежи для обязательного социального страхования от несчастных случаев на производстве и профессиональных заболеваний, которые зависят от класса профессионального риска и колеблются от 0,2% (I класс профессионального риска) до 8,5% (XXII класс профессионального риска) к начисленной оплате труда (Федеральный закон от 8 декабря 2003 г. № 167-ФЗ). ЧАЗ относится к I классу профессионального риска, что означает существенную недоплату средств Фонду социального страхования	Для обслуживания заемными работниками ЧАЗ обычно создает на территории предприятия-пользователя обособленное подразделение, для которого может быть установлен тот же класс риска, что и для предприятия-пользователя
Расщепление понятия «работодатель» между ЧАЗ и предприятием-пользователем не позволяет реализовывать административную и дисциплинарную власть по отношению к заемному работнику	Поскольку трудовой договор заключается с ЧАЗ, в соответствии с Трудовым кодексом РФ оно должно обладать всей полнотой административной и дисциплинарной власти. На практике предприятие-пользователь ставит перед ЧАЗ вопрос о наказании или поощрении того или иного работника. Агентство принимает окончательное решение по поставленному вопросу и документально оформляет свое решение в соответствии с требованиями Трудового кодекса РФ
Расщепление понятия «работодатель» между ЧАЗ и предприятием-пользователем не позволяет решить вопрос об обеспечении норм охраны труда и техники безопасности	На стадии заключения гражданско-правового договора между предприятием-пользователем и ЧАЗ оговаривается распределение зон ответственности по вопросам охраны труда и техники безопасности: • предприятие-пользователь предоставляет ЧАЗ сертифицированные рабочие места; • ЧАЗ организует проведение инструктажей и обучения, принимает экзамены по допуску заемного работника к рабочему месту; • контроль соблюдения норм охраны труда и техники безопасности осуществляется совместно специалистами ЧАЗ и предприятия-пользователя

Особо следует отметить, что история применения заемного труда в России имеет глубокие корни. Так, в СССР имелся уникальный опыт применения аутстаффинга, которому вовсе не мешала социальная направленность советского государства. Постановлением Военно-промышленной комиссии при Совмине СССР на базе головных организаций по выпуску конечной продукции формировались временные межотраслевые трудовые коллективы из лучших специалистов предприятий-смежников, которые трудились на всех этапах жизненного цикла изделия. За переведенными специалистами сохранялись все социальные блага по месту основной работы, а к ним добавлялись другие, стимулирующие выполнение новых задач.

Таким образом, в условиях свободной рыночной экономики очевидна нецелесообразность полного запрета заемного труда на территории РФ. Гораздо более правильным представляется позитивное (законодательное) регулирование данного сектора рынка с учетом наиболее острых проблем, накопившихся за годы фактического применения аутстаффинга. Такие проблемы хорошо известны всем участникам рынка и складывающейся судебной практике.

Некоторую надежду на более приемлемое решение вопроса о заемном труде дает подп. 3 п. 3 Постановления Государственной Думы РФ от 20 мая 2011 г. № 5360-5 ГД, которым Комитету по труду и социальной политике рекомендовано исключить возможность расширительного толкования положения о запрете заемного труда, имея в виду исключительно запрет на использование механизмов заемного труда как способа уклонения работодателей от исполнения установленных законодательством Российской Федерации обязательств перед работниками, а также установить правовой статус негосударственных организаций подействию в трудоустройстве населения. Если это постановление будет в полной мере исполнено, ко второму чтению законопроект уже не будет столь радикальным и позволит рынку заемного труда развиваться дальше, в определенных законом рамках.

## Последствия запрета заемного труда

Правовые последствия запрета заемного труда в России для участников рынка вытекают из ст. 168 ГК РФ, содержащей норму о недействительности сделки, несоответствующей требованиям закона и иных правовых актов. Такая сделка является ничтожной, если закон не устанавливает, что она оспорима или не предусматривает иных последствий нарушения (текст Законопроекта № 451173-5 не содержит специальных указаний такого рода). При этом согласно ч. 2 ст. 422 ГК РФ, если после заключения договора принят закон, устанавливающий обязательные для сторон иные правила, нежели те, что действовали при заключении договора, условия заключенного договора сохраняют силу, кроме случаев, когда в законе установлено, что его действие распространяется на отношения, возникшие из ранее заключенных договоров.

Одновременно отметим, что исходя из нынешней версии Законопроекта № 451173-5, не предполагается запрещать сами по себе договоры на предоставление персонала. Запрету подлежит возможность заключения трудового договора с работником в целях предоставления его труда третьим лицам (ст. 1).

Отметим, что Трудовой кодекс РФ не содержит оснований для прекращения трудовых договоров, заключенных с целью передачи труда работников иным лицам. Соответственно, если в Законопроект № 451173-5 не будут внесены необходимые изменения, трудовые договоры, заключенные до вступления закона в силу, будут продолжать действовать, пока не прекратятся по иным причинам: в связи с увольнением по собственному желанию, расторжением трудового договора по соглашению сторон и пр.

## Актуальные правовые проблемы применения заемного труда в России

Практика применения заемного труда, накопленная за последние де-

сять лет, позволяет выявить некоторые наиболее острые правовые проблемы, требующие решения не только на договорном, но и на законодательном уровне. Частично такие проблемы связаны с полным отсутствием позитивного регулирования заемного труда, частично с тем, что заемный труд находится на стыке гражданского и трудового права, при этом каждая отрасль права имеет свои предмет и метод правового регулирования.

Среди возникающих на практике проблем можно выделить наиболее важные:

- разграничение ответственности ЧАЗ и предприятия-пользователя. Речь идет как о материальной ответственности работодателя перед работником, так и о таких видах ответственности, как административная, налоговая, уголовная;
- возможность и особенности предоставления персонала, участвующего в производственной деятельности, подлежащей лицензированию;
- возможность предоставления персонала для участия в опасном производственном процессе, в т. ч. персонала, имеющего специальные допуски;
- возможность и особенности предоставления в качестве временного персонала иностранной рабочей силы;
- расследование несчастных случаев, произошедших с предоставленным работником. Ныне установленный Трудовым кодексом РФ порядок расследования в отношении таких работников является крайне неопределенным;
- гарантии персоналу, предоставленному для работы в районах Крайнего Севера и приравненных к ним местностях;
- подчиненность сотрудника и конфликт распоряжений, если таковой не решен договором о предоставлении персонала;
- охрана труда и создание рабочего места. Судебная практика пока не может дать окончательный ответ на вопрос о том, кто создает рабочее место для предоставленного работника: ЧАЗ или предприятие-пользователь;
- возможность заключения срочного трудового договора с временным пер-

соналом, в т. ч. обоснованность заключения срочного трудового договора фактом заключения договора о предоставлении персонала;

- предоставление материально-ответственного персонала;
- правило, установленное ст. 16 ТК РФ, определенная трактовка которого позволяет определить работодателя как лицо, осуществившее фактический допуск сотрудника к работе;
- иные проблемы.

На момент написания настоящей статьи Законопроект № 451173-5 принят только в первом чтении в Государственной Думе РФ, поэтому применение заемного труда само по себе не может считаться незаконным. Кроме того, имеется значительное количество арбитражной практики, подтверждающей правомерность данной услуги, в т. ч. прямо указывающей, что такая услуга не противоречит основам правопорядка и нравственности<sup>4</sup>. Более того, некоторый объем судебной практики позволяет понять, каким именно образом рассматриваются гражданско-правовые споры между ЧАЗ и предприятием-пользователем<sup>5</sup>.

Также есть несколько писем Минфина России и иных ведомств<sup>6</sup>. Прямое упоминание содержит Налоговый кодекс РФ (абз. 6 подп. 4 п. 1 ст. 148 и подп. 19 п. 1 ст. 264 НК РФ). Рынок данной услуги развивается и находит новые области применения.

Таким образом, в настоящее время сложилась ситуация, когда законодательное урегулирование вопросов предоставления персонала может позитивно отразиться на рынке труда, сделать его более гибким и эффективным.

<sup>4</sup> Постановление ФАС Северо-Западного округа от 12.04.2004 по делу № А56-20964/03.

<sup>5</sup> Постановления ФАС Северо-Западного округа от 24.11.2009 по делу № А56-4588/2009 и № А56-13537/2008; постановления ФАС Московского округа от 08.11.2010 № КГ-А40/10383-10 по делу № А40-13515/09-131-521 и от 01.11.2010 № КГ-А40/12895-10 по делу № А40-67462/09-26-613.

<sup>6</sup> Письма Минфина России от 02.11.2010 № 03-07-08/304, от 11.07.2007 № 03-03-06/1/478, от 05.04.2007 № 03-03-06/1/222, от 27.04.2006 № 03-03-04/1/405; Письмо Департамента налоговой и таможенно-тарифной политики Минфина России от 06.11.2008 № 03-03-06/1/618.