

19. О частной детективной и охранной деятельности: закон РФ от 11.03.1992 №2487-1 // Росс. газета. 30.04.1992. № 100.

20. Инструкция о порядке лицензирования и осуществления органами внутренних дел контроля за частной детективной и охранной деятельностью, Приказ МВД РФ от 22.08.1992 № 292 // Бюллетень нормативных правовых актов министерств и ведомств. 1993. № 1.

21. О безопасности дорожного движения: Федеральный закон от 10.12.1995 №196-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 1995. № 50. Ст. 4873.

22. О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации: Федеральный закон от 25.07.2002 №115 // Собрание законодательства РФ. 2002. № 30. Ст. 3032.

23. Об утверждении положения о порядке выдачи разрешений на право ведения работ в области использования атомной энергии работникам предприятий судостроительной промышленности, осуществляющих строительство и ремонт судов с ядерными энергетическими установками гражданского назначения: Приказ Госатомнадзора РФ от 03.11.1997 № 80 (РД-06-15-97) // Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. 1998. № 12.

24. Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях: Федеральный закон от 30.12.2001 № 195-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 2002. № 1 (ч. 1). Ст. 1.

*Инна Валентиновна ГОРДИЯ —
доцент кафедры гражданского права
и процесса, кандидат юридических наук*

УДК 347.12: 005.591.43

АУТСОРСИНГ — МИФ ИЛИ РЕАЛЬНОСТЬ?

АННОТАЦИЯ. В статье определяется правовая природа отношений, возникающих в сфере использования заемного труда.

The article deals with the matter concerning legal nature of relations, arising in the sphere of outsourcing.

В последние годы большую распространенность в России получает заемный труд. Заемный труд широко применяется в США, Великобритании, Голландии, активно используется в странах-участниках Европейского Союза.

Различные схемы организации заемного труда, используемые зарубежным законодательством, представлены следующими видами: аутсорсинг, лизинг, аутстаффинг, использование гибкого (временного) персонала.

В буквальном смысле аутсорсинг (от англ. «outsourcing») означает использование внешних источников и представляет собой привлечение сторонних организаций для выполнения определенных видов работ, не являющихся профильными для данной организации. Фактически за пределы компании выводится выполнение отдельных трудовых функций, основой данных правоотношений выступает заключение договора возмездного оказания услуг между организацией-услугодателем и организацией-услугополучателем.

При этом организация-услугодатель специализируется на предоставлении определенного рода услуг и имеет штат работников соответствующих профессий (специальностей), которые осуществляют уставную деятельность работодателя.

Работники состоят в трудовых отношениях с организацией-услугодателем и выполняют работу по определенной специальности (профессии), обслуживая заказчиков своего работодателя.

При аутстаффинге уже работающие сотрудники выводятся за штат, то есть кадровое агентство заключает трудовые договоры с работниками, фактически продолжающими трудовую деятельность в организации, но формально уволенными из нее. В такой ситуации кадровое агентство также выполняет функции подставного работодателя.

Использование гибкого (временного) персонала (*flexible (temporary) staff*) — демонстрирует лишь достаточно ярко выраженную тенденцию устанавливать с работниками срочные трудовые отношения независимо от характера трудовой деятельности.

Под лизингом (или арендой) персонала обычно понимают предоставление одной организацией по заказу другой работников, принятых первой к себе на работу, отвечающих определенным заказчиком требованиям для выполнения трудовых функций в организации-заказчике.

В этом случае суть услуги, оказываемой заказчику, сводится к подбору и предоставлению персонала надлежащей квалификации; за качество результатов работ, которые выполняют предоставленные работники, исполнитель юридической ответственности не несет. Кроме того, управление персоналом, по сути, осуществляется и заказчиком и исполнителем услуги, в соответствии с условиями заключенного договора.

Отношения по применению заемного труда (аутстаффинг, лизинг, аренда временного персонала) являются для российской практики новыми. В большинстве западных стран отношения заемного труда детально урегулированы, отечественное же законодательство не содержит специальных норм, регулирующих заемный труд, хотя и разработана концепция закона о его применении [1].

Между тем отсутствие правовой базы не остановило практику использования заемных работников, диктуемую потребностями современного рынка труда, экономическими интересами работодателей. Для управления заемными работниками в стране стали создаваться специализированные структуры-частные службы занятости, которые в своей работе ориентируются на международные правовые стандарты: Директивы Совета ЕС от 25 июня 1991 г., Конвенцию № 181 и Рекомендацию № 188, принятые в 1997 г. на 85-й сессии МОТ и посвященные частным агентствам занятости [2].

Вместе с тем использование различных схем привлечения заемного труда не вполне вписывается в действующую правовую систему России. Большинство споров возникает при определении правовой природы отношений, возникающих при использовании заемного труда.

В основе взаимоотношений по предоставлению персонала в аренду (аутсорсинг) лежит вид договора, определенный письмом УМНС по г. Москве от 20 августа 2001 г. № 15-06/3767. По данному договору одна организация (кадровое агентство, работодатель) предоставляет в распоряжение другой организации (предприятию-пользователю, заказчику) работников необходимой квалификации для осуществления ими своих трудовых функций в интересах этой организации. Хотя работник числится в штате организации, заключившей с ним трудовой договор, фронт работ и условия труда обеспечивает ему предприятие-пользователь. Поскольку предоставляемые в аренду работники обезличены (предприятию-пользователю важна не личность работника, а его знания и деловые качества), стороны предусматривают замену одного специалиста на другого при возникновении каких-либо неплановых ситуаций (болезнь, командировка и проч.) [2].

Основным признаком, характеризующим отношения по применению заемного труда, является их трехсторонний характер. В отношениях по применению

заемного труда работодатель «расщепляется» на реального работодателя, формально заключающего трудовой договор, и фактического работодателя, который непосредственно предоставляет работу, контролирует ее выполнение, дает производственные задания и пр., не оформляя при этом договорные отношения с работником. При использовании заемного труда трудовые отношения в традиционном понимании не возникают.

Разработчики концепции отмечают, что возникающие при этом комплексные отношения включают трех участников: агентство по лизингу рабочей силы, работника и предприятие-пользователя. Важнейшим и даже необходимым элементом отношения по предоставлению заемной рабочей силы является договор возмездного оказания услуг лизингового агентства фирмой-заказчиком. Заемный работник становится «слугой двух господ»: фирмы, которая нанимает этого работника, и фирмы, которая в действительности временно пользуется его трудом. Работодатель заемного работника как бы «расщепляется»; складывается впечатление, что со стороны работодателя одновременно выступают как лизинговая фирма-наниматель, так и предприятие-пользователь, предоставляющее конкретную работу и использующее труд заемного работника в своих интересах. Возникающие между предприятием-пользователем и работником отношения не могут быть отнесены к классическим трудовым отношениям без существенных оговорок. Скорее всего, эти отношения имеют не самостоятельную природу и являются производными от основных трудовых отношений работника с лизинговым агентством (им сопутствующими) [4].

С позиций действующего гражданского законодательства отношения по поводу передачи работников однозначно нельзя отнести к договору возмездного оказания услуг. Согласно ст. 779 ГК РФ оказание услуги предполагает совершение определенных действий, осуществление определенной деятельности.

Цивилистические исследования последних лет предлагают следующее определение услуги: операция (ряд последовательно совершаемых действий, объединенных единой целью) или деятельность, характеризующиеся признаками неосвязаемости, трудности обособления (во времени и пространстве) и неотделимости от источника, синхронности оказания и получения, несохраняемости, неформализованности качества. В отличие от иных действий, входящих в объект любого обязательства, услуги, с точки зрения поведенческой составляющей, покрывают собой весь объект соответствующего обязательства либо его значительную часть, но не являются исключительно его функциональной частью (как, например, действия, входящие в объект обязательства, направленного на передачу имущества) [5].

Из этой характеристики ясно, что услуга должна представлять собой какую-либо целенаправленную операцию либо деятельность, не сводимую к передаче какого-либо объекта. При лизинге же персонала никаких операций или деятельности не производится. Кадровое агентство не принимает на себя обязательство выполнить определенную работу. Работу по определенной специальности или должности выполняет работник, а так называемая «услуга» сводится именно к функциональному обязательству — заключить с работниками трудовой договор, без намерения вступить с ними в трудовые отношения, и передать их организации-пользователю.

Еще более ярко отличие от договора возмездного оказания услуг проявляется при аутстаффинге. Суть договора в этом случае фактически сводится к обязательству кадрового агентства выступить в качестве формального работодателя, то есть заключить трудовые договоры с работниками, якобы уволенными из организации, а на деле продолжающими трудовую деятельность на прежнем месте работы.

Вторая характерная черта услуги как объекта гражданских прав — неотделимость ее от источника. Субъект, осуществляющий обусловленную в договоре деятельность, выступает своеобразным носителем услуги. При лизинге персонала кадровое агентство, которое якобы оказывает услуги, отделено от осуществления деятельности: работу фактически выполняет работник, который «отчуждается», передается организации-пользователю.

Третья черта услуги — синхронность оказания и получения. Услугу получают в тот момент, когда ее оказывают. Это качество также не свойственно рассматриваемым отношениям. При лизинге персонала деятельность работника осуществляется после передачи его фактическому работодателю.

Таким образом, предметом договора фактически выступает трудовая деятельность работников, которая не может быть опосредована договором возмездного оказания услуг между юридическими лицами.

По мнению Е.А. Ершовой [6], между агентством по лизингу персонала и предприятием-пользователем складываются подрядные отношения, а не обязательства возмездного оказания услуг, с чем трудно согласиться, т.к. действующий ГК РФ хоть и не содержит услуги по лизингу персонала, перечень услуг, предусмотренный п. 2 ст. 779 ГК РФ [5] не является исчерпывающим. Кроме того, в случае выполнения работ заказчика интересует результат, который он обязан принять (п. 1 ст. 702 ГК РФ), вместе с тем в договоре о предоставлении персонала результат заранее сторонами не определяется, так как он отсутствует у трудовой функции, которую фактически и будет выполнять заемный работник.

Высказывая свои доводы в пользу легализации заемного труда, В.Г. Соيفер приводит в пример договор аренды транспортного средства с экипажем (ст. 632 ГК РФ). Члены экипажа являются работниками арендодателя, заключая с ним трудовой договор, однако подчиняются они распоряжениям не только арендодателя, но и арендатора [2].

Вместе с тем договор аренды транспортного средства с экипажем никак не может рассматриваться как договор предоставления персонала, так как это двусторонний договор, направленный на передачу во временное владение и пользование транспортного средства с предоставлением услуг по его управлению и технической эксплуатации. Наличие трудовых отношений членов экипажа с арендодателем не зависит от нахождения транспортного средства в аренде: кроме того, указания арендатора обязательны для членов экипажа лишь в рамках коммерческого использования транспортного средства.

Да и сам термин «аренда персонала» не приемлем для российского права, т. к. объектом аренды персонал (т.е. люди) быть не может [6]. Однако деятельность организаций по предоставлению персонала признана налоговым законодательством, упоминание о ней содержится в пп. 4 п. 1 ст. 148, пп. 19 п. 1 ст. 264, в п. 7 ст. 306 Налогового кодекса РФ [7].

Поскольку в гражданском законодательстве нет специального вида договора, с помощью которого можно регламентировать договоры о предоставлении персонала, то заключение подобных договоров могло быть основано на положениях ст. 421 ГК РФ, в соответствии с которыми стороны могут заключить договор, как предусмотренный, так и не предусмотренный законом или иными правовыми актами.

Если проанализировать правоотношения, возникающие между наемным работником и организацией, оказывающей услуги по предоставлению персонала (услугодателем), то они являются трудовыми, но вместе с тем реально трудовые функции работник выполнять будет для иного (фактического) работодателя.

В соответствии с законодательством о труде (ст. 1 ТК РФ) [8] трудовое отношение возможно только с тем работодателем, в пользу которого выполняется трудовая функция работника. Отношение, возникающее между работником и организацией-услугодателем при заключении договора о заемном труде, не полностью отвечает признакам трудового правоотношения, предусмотренными ст. 15 ТК РФ и, соответственно, не может быть отнесено к трудовому правоотношению.

Не соответствует правовое положение организации-услугодателя и правовому статусу работодателя, закрепленному ст. 22 ТК РФ. По существу, организация-услугодатель обладает правом только заключать, изменять и расторгать трудовые договоры с работниками в порядке и на условиях, которые установлены ТК РФ, иными федеральными законами.

Организация-услугодатель не организует труд работников, которые передаются организации-пользователю, и не контролирует непосредственно исполнение работником трудовой функции. В ее задачу входит лишь обеспечение надлежащего количества передаваемых работников и соответствие их требованиям, которые предъявляет организация-пользователь.

В случае причинения работником имущественного ущерба организации-пользователю вопрос о возмещении ущерба должен быть урегулирован с организацией-услугодателем в рамках гражданско-правового, а не трудового правоотношения, т.к. в соответствии со ст. 232 ТК РФ обязанность возместить причиненный ущерб возникает только у стороны трудового договора, соответственно у работодателя и у работника.

Заключая трудовой договор с работником, организация — услугодатель не может исполнить и обязанностей работодателя, определенных действующим законодательством (ст. 22 ТК РФ). Так, в соответствии с данной нормой работодатель обязан предоставлять работникам работу, обусловленную трудовым договором. Но содержание круга обязанностей, которые будет выполнять заемный работник, конкретизируется организацией-пользователем.

Вместе с тем организация-услугодатель не всегда заранее знает, в какой именно организации будет трудиться тот или иной заемный работник. Это особенно характерно при предоставлении персонала на короткий срок.

Обязанность обеспечивать безопасность труда и условия, отвечающие требованиям охраны и гигиены труда, также не может быть в полной мере реализована организацией-услугодателем. Она непосредственно не реализует мероприятия по охране труда работников.

Кроме того, как справедливо отмечает С. Ю. Головина, у организации-услугодателя может возникнуть проблема необоснованной дифференциации в оплате труда, когда в одном и том же кадровом агентстве работники одной профессии и одинаковой квалификации, выполняющие трудовую функцию в разных организациях, будут получать различающуюся по размеру заработную плату [9].

Вопросы возмещения вреда, причиненного работникам в связи с исполнением ими трудовых обязанностей, а также компенсации морального вреда, тоже не могут быть решены организацией-услугодателем единолично, без участия третьей стороны — организации-пользователя, поскольку практически все случаи причинения вреда здоровью работника, его имуществу и пр. связаны с исполнением работником своих обязанностей для организации-пользователя.

Обязательство работника сводится лишь к обязанности добросовестно работать на другого работодателя. Так, например, в соответствии со ст. 21 ТК РФ работник имеет право на предоставление ему работы, обусловленной трудовым договором. Однако трудовым договором с заемным работником устанавливается его статус

как лица, работающего на третью сторону — организацию-пользователя. При этом место работы заемного работника не всегда может быть точно определено.

Работник имеет право на полную и достоверную информацию об условиях труда и требованиях охраны труда на рабочем месте. Получение работником такой информации может носить лишь самый общий характер. Достаточно сложно реализовать работнику и право на объединение.

Вызывает многочисленные вопросы и содержание трудового договора, заключаемого между организацией-услугодателем и работником. Как справедливо отмечает С. Ю. Головина, в нем невозможно отразить все существенные условия, предписанные ст. 57 ТК РФ [9]. В частности, в нем невозможно будет указать место работы и структурного подразделения, перечень прав и обязанностей работодателя, описать условия труда.

Фактически трудовые отношения складываются у работника и реального потребителя его рабочей силы. Фактический работодатель предоставляет работу, организует труд, пользуется его результатом. Именно он и нуждается в рабочей силе для выполнения своих уставных задач. Однако трудовой договор заключается с кадровым агентством (организацией-услугодателем), которое никакой производственной деятельности не осуществляет и никакой реальной заинтересованности в труде работника не имеет. Получается, что трудовой договор отрывается от трудовых отношений, а субъекты права на стороне работодателя удваиваются: фактическим работодателем является субъект, который не заключал трудовой договор, а трудовой договор заключает субъект, не использующий рабочую силу. Статья 67 ТК РФ устанавливает: «Трудовой договор, не оформленный надлежащим образом, считается заключенным, если работник приступил к работе с ведома или по поручению работодателя или его представителя. При фактическом допущении работника к работе работодатель обязан оформить с ним трудовой договор в письменной форме не позднее трех дней со дня фактического допущения работника к работе».

Следовательно, фактический работник, ссылаясь на ст. 12 и 67 ТК РФ, имеет право обращаться в суд с иском о заключении трудового договора с момента начала исполнения трудовых обязанностей. Вышеуказанные обстоятельства приводят представителей контролирующих и надзорных органов к выводу о незаконности сделки в целом [10].

Вместе с тем заемный труд как социально-экономическое явление соответствует духу рыночной экономики, гибким формам занятости и использования персонала. Существует предложение легализовать систему лизинга персонала, то есть принять специальный нормативный правовой акт или внести соответствующие изменения в действующее законодательство. При этом одни предлагают найти правовую форму для той модели, которая существует в настоящее время, другие — предусмотреть гарантии для заемных работников и разделить ответственность за соблюдение трудовых прав работников между реальным и формальным работодателем. Необходимо определить и позицию государства в отношениях труда и капитала [11].

СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ

1. Киселев И., Карабельников Б., Черкасова Э., Кукса С., Юдкин В., Леонов А., Свечкаренко В. Концепция правового регулирования заемного труда // Хозяйство и право. 2004. № 2. С. 2-60; № 3. С. 40-48.
2. Соيفер В. Г. Новые формы организации труда и вопросы их правового обеспечения // Законодательство и экономика. 2004. С. 43-46.

3. Степанов Д. И. Услуги как объект гражданских прав: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2004. С. 7-14.
4. Ершова Е.А. Актуальные теоретические и практические проблемы заемного труда. Российский судья. 2005. № 12. С. 13-19.
5. Гражданский кодекс Российской Федерации от 26.01.1996. № 14-ФЗ // СЗ РФ 1996. № 5. Ст. 410.
6. Чукреев А. А. Договор о предоставлении персонала: проблемы обеспечения прав и свобод человека и гражданина // Обеспечение прав и свобод человека и гражданина: сб. ст. по итогам междунар. научно-практич. конф. Тюмень: Изд-во ТюмГУ, 2006. Часть 5. С. 172-177.
7. Налоговый кодекс Российской Федерации Ч. 1. от 31.07.1998 № 146-ФЗ, Ч. 2. от 05.08.2000. № 117-ФЗ // СЗ РФ 1998. № 31. Ст. 3824; СЗ РФ 2000. № 32. Ст. 3340.
8. Трудовой кодекс Российской Федерации от 21.12.2001. № 197-ФЗ // СЗ РФ 2002. № 1 (ч. 1). Ст. 3.
9. Головина С. Ю. Содержание трудового договора при заемном труде // Хозяйство и право. 2004. № 10. С. 23-27.
10. Ванюхин В. Н., Смольянинова М. В., Колганова М. В., Примак Е. А. Актуальные вопросы современного трудового права М.: ИД «Экономическая газета». 2005. С. 116.
11. Коршунова Т. Ю. Правовое регулирование отношений, связанных с направлением работников для выполнения работ в других организациях (заемный труд) // Трудовое право. 2005. № 6. С. 25.