



ВНУТРИКОРПОРАТИВНЫЙ ПЕРЕВОД ИНОСТРАННЫХ РАБОТНИКОВ: ОСОБЕННОСТИ И ПРОБЛЕМНЫЕ ВОПРОСЫ

Л. А. ЕМЕЛЬЯНОВА

*старший юрист юридической
компании AEQUITAS,
г. Алматы*

Продолжая тему, начатую в предыдущем номере журнала, в данной статье рассмотрим не менее актуальный вопрос – внутрикорпоративный перевод иностранных работников.

Весьма заманчивым для работодателя является привлечение иностранных работников для осуществления трудовой деятельности в Казахстане в рамках внутрикорпоративного перевода. Но оно сопряжено с рядом особенностей и проблем. Давайте рассмотрим некоторые из них.

ВНУТРИКОРПОРАТИВНЫЙ ПЕРЕВОД: ГРАНИЦЫ ПРИМЕНЕНИЯ

Определение понятию «внутрикорпоративный перевод» дано в следующих нормативных правовых актах Республики Казахстан:

- *подпункте 25) ст. 1 Закона Республики Казахстан от 6 апреля 2016 года № 482-V «О занятости населения» (с изменениями и*

дополнениями по состоянию на 30.06.2017) (далее – Закон о занятости населения);

- подпункте 6-1) ст. 1 Закона Республики Казахстан от 22 июля 2011 года № 477-IV «О миграции населения» (с изменениями и дополнениями по состоянию на 11.07.2017) (далее – Закон о миграции населения);
- подпункте 7) п. 2 Правил и условий выдачи и (или) продления разрешений работодателям на привлечение иностранной рабочей силы, а также осуществления внутрикорпоративного перевода, утверждённых приказом и. о. Министра здравоохранения и социального развития Республики Казахстан от 27 июня 2016 года № 559 (зарегистрированным в Министерстве юстиции Республики Казахстан 29 августа 2016 года № 14170 (с изменениями и дополнениями по состоянию на 28.06.2017) (далее – Правила выдачи разрешений);
- подпункте 5) п. 3 Правил установления квоты на привлечение иностранной рабочей силы в Республику Казахстан и её распределение между регионами Республики Казахстан, определение перечней отраслей экономики, в рамках которых осуществляется внутрикорпоративный перевод, и лиц, для осуществления трудовой деятельности которых не требуется разрешения местных исполнительных органов на привлечение иностранной рабочей силы, и признании утратившими силу некоторых решений Правительства Республики Казахстан, утверждённых постановлением Правительства Республики Казахстан от 15 декабря 2016 года № 802 (далее – Правила установления квоты).

Внутрикорпоративный перевод (далее – ВКП) – временный на срок, определённый трудовым договором, но не более трёх лет, с правом продления на один год перевод иностранца или лица без гражданства, осуществляющего трудовую деятельность в должности руководителя, менеджера или специалиста в юридическом лице, учреждённом на территории

Словарик



Дочерней организацией является юридическое лицо, решения которого может определять другое юридическое лицо на основании наличия преобладающей доли участия в уставном капитале либо заключённого между ними договора, либо иным образом (п. 1 ст. 94 Гражданского кодекса Республики Казахстан (Общая часть), принятого Верховным Советом Республики Казахстан 27 декабря 1994 года (с изменениями и дополнениями по состоянию на 11.07.2017).

страны – члена Всемирной торговой организации, находящемся и действующем за пределами территории Республики Казахстан, в филиалы дочерние организации, представительства данного юридического лица учреждённые на территории Республики Казахстан в соответствии с законодательством Республики Казахстан.

Из определения, а также сопутствующего правового регулирования вытекают следующие основные границы применения ВКП:

Основные критерии	Допустимо для ВКП	Недопустимо для ВКП
1	2	3
Компания, направляющая работника (иностранного работодателя)	Только юридическое лицо, учреждённое на территории страны – члена Всемирной торговой организации (далее – ВТО), находящееся и действующее за пределами территории Республики Казахстан	Не могут переводить работников по процедуре ВКП: <ul style="list-style-type: none"> • юридические лица, зарегистрированные в Республике Казахстан; • филиалы и представительства иностранных компаний, зарегистрированные в Республике Казахстан; • юридические лица, учреждённые за пределами страны – члена ВТО
Принимающее лицо в Республике Казахстан	1. Зарегистрированный в Республике Казахстан филиал компании, направляющей работника. 2. Зарегистрированное в Республике Казахстан представительство компании, направляющей работника. 3. Зарегистрированная в Республике Казахстан дочерняя организация компании, направляющей работника	Работники не могут переводиться в Республику Казахстан по процедуре ВКП в иные компании (в том числе, аффилированные), не являющиеся дочерней организацией направляющей компании
Гражданство работника	Иностранец или лицо без гражданства	Казахстанские граждане, постоянно проживающие за пределами Республики Казахстан и работающие в направляющих компаниях, не могут переводиться в Республику Казахстан по процедуре ВКП
Должность работника	Перевод в рамках ВКП может быть осуществлён только того работника, который занимает следующие должности в направляющей его компании: руководителя; менеджера или специалиста. Определения понятий «руководитель», «менеджер» и «специалист» и требования к ним содержатся в п. 2 Правил выдачи разрешений	Не может быть переведён в Республику Казахстан по процедуре ВКП иностранец, который не состоит в трудовых отношениях с компанией, направляющей его (например, работающий по гражданско-правовому договору или прикомандированный из другой компании)
Опыт работы	Работнику необходимо иметь опыт работы не менее одного года в организации (юридическом лице), учреждённой на территории страны – члена ВТО, находящейся и действующей за пределами Республики Казахстан	Опыт работы в иных организациях (юридических лицах), учреждённых и действующих за пределами стран – членов ВТО, не даёт права на ВКП

1	2	3
Отрасль экономики	Иностранец в рамках ВКП может привлекаться только в отраслях экономики, установленных приложением 1 к Правилам установления квоты .	ВКП в других отраслях недопустим
Срок ВКП	ВКП является временным переводом на срок не более трёх лет , с правом продления на один год. Срок ВКП определяется трудовым договором	ВКП на неопределённый срок (на постоянную работу) не представляется возможным

Ратифицированные международные договоры Республики Казахстан (перечисленные далее) содержат исключения и дополнительные особенности применения вышеизложенных положений и ограничений относительно ВКП, а также используют некоторые из приведённых выше терминов в ином значении.



НА ЗАМЕТКУ

ОСНОВНАЯ ПРОБЛЕМА ВНУТРИКОРПОРАТИВНЫХ ПЕРЕВОДОВ

Основная юридическая сложность ВКП заключается в правильной правовой квалификации отношений, которые возникают между направляющей работника компанией, принимающим лицом и самим работником.

Если принимающим лицом является **филиал или представительство** компании, направляющей работника (*далее – первая ситуация ВКП*), то сомнений нет – между работником и принимающим лицом сохраняются трудовые отношения, но временно изменяется место выполнения работы в рамках одного юридического лица. Далее следует вопрос: будет ли применяться к такому работнику на время ВКП трудовое право Республики Казахстан, и в каком объёме?

Если принимающим лицом является **дочерняя компания** (другое юридическое лицо) (*далее – вторая ситуация ВКП*), то возникает вопрос о том, становится ли иностранец, которого переводят, работником принимающего лица с применением к нему трудового права Республики Казахстан?

Для ответа на данные вопросы следует, прежде всего, исходить из положений Трудового кодекса Республики Казахстан от 23 ноября 2015 года № 414-V (*с изменениями и дополнениями по состоянию на 30.06.2017*) (*далее – ТК РК*).

Действие ТК РК распространяется на работников и работодателей, расположенных на территории Республики Казахстан, в том числе филиалы и (или) представительства иностранных юридических лиц, прошедшие учётную регистрацию, **если иное не предусмотрено законами**

и международными договорами, ратифицированными Республикой Казахстан (п. 2 ст. 8 ТК РК).

В первой ситуации ВКП работник и работодатель (его зарегистрированный филиал (представительство)) находятся на территории Республики Казахстан. В связи с этим на них будет распространяться действие ТК РК, если иное не предусмотрено законами и ратифицированными международными договорами.

Во второй ситуации ВКП, если переведённый работник-иностранец фактически подчиняется принимающему лицу и его трудовому распорядку, выполняет работу по определённой трудовой функции (должности) в пользу принимающего лица, в его интересах и под его контролем, то возможно возникновение трудовых отношений между ними, которые, соответственно, регулируются ТК РК (ст. 27 и п. 3 ст. 33), если иное не предусмотрено законами и ратифицированными международными договорами.

О возможности ВКП сказано в следующих ратифицированных международных договорах:

- *Перечне специфических обязательств к Генеральному соглашению по торговле услугами (GATS) (Марракеш, 15 апреля 1994 года) в отношении Казахстана, являющийся приложением к Протоколу о присоединении Республики Казахстан к Марракешскому соглашению об учреждении Всемирной торговой организации от 15 апреля 1994 года (Женева, 27 июля 2015 года, Закон Республики Казахстан «О ратификации Протокола о присоединении Республики Казахстан к Марракешскому соглашению об учреждении Всемирной торговой организации от 15 апреля 1994 года» от 12 октября 2015 года № 356-V) (далее – Перечень к ГАТС);*
- *Соглашении о расширенном партнёрстве и сотрудничестве между Европейским Союзом и его государствами-членами с одной стороны и Республикой Казахстан – с другой стороны (Астана, 21 декабря 2015 года), ратифицированном Законом Республики Казахстан от 25 марта 2016 года № 475-V (далее – Соглашение с ЕС);*
- *Соглашении между Правительством Республики Казахстан и Правительством Республики Корея о временной трудовой деятельности граждан Республики Казахстан в Республике Корея и граждан Республики Корея в Республике Казахстан в рамках внутрикорпоративных переводов (г. Нью-Йорк, 26 сентября 2014 года) (с изменениями от 19.09.2014) (далее – Соглашение с Республикой Корея), ратифицированном Законом Республики Казахстан от 29 марта 2016 года № 478-V.*

В соответствии с Перечнем к ГАТС, **внутрикорпоративные переводы** – руководители, менеджеры и специалисты, временно переводимые для предоставления услуг юридическим лицом страны, учреждённым в Казахстане, осуществляющим этот ВКП. Принятие на работу в рамках

**ОТКРОЙТЕ
НОВУЮ
ЭЛЕКТРОННУЮ
СИСТЕМУ**

ACTUALIS
КАДРОВОЕ ДЕЛО

ВСЯ кадровая документация и авторский материал на казахском и русском языках

Примеры и ШАБЛОНЫ кадровых документов, журналов регистрации – всё для ведения кадрового документооборота

Электронная база НПА и оповещения об изменениях в законодательстве

Демо-доступ бесплатно:
www.vip-kadry.mcfr.kz

ВКП в качестве менеджеров и специалистов должно удовлетворять требованиям теста на экономическую целесообразность. По истечении пятилетнего периода после вступления Казахстана в ВТО тест на экономическую целесообразность (ТЭЦ) не будет применяться. Все прочие требования, законы и положения касательно въезда, пребывания и работы не прекращают своё действие.

Согласно данному определению, ВКП предполагает, что иностранные работники:

- 1) будут переводиться для оказания услуг от имени принимающего лица;
- 2) будут приниматься на работу в организацию, принимающую данного работника.

Таким образом, Перечень к ГАТС не только не устраняет действие казахстанского трудового законодательства, но наоборот, предполагает, что иностранцы в рамках ВКП станут работниками принимающего лица, и к ним будут применяться все требования касательно въезда, пребывания и работы.

В соответствии со ст. 48 Соглашения с ЕС, стороны подтвердили свои обязательства в отношении ВКП, принятых в рамках Всемирной торговой организации.

Определение ВКП в Соглашении с ЕС отличается от определения, приведённого в Перечне к ГАТС.



ВНИМАНИЕ

Соглашение с Республикой Корея предусматривает перевод не только в дочерние организации, филиалы и представительства, но и в аффилированные организации. При этом «временная трудовая деятельность граждан отправляющей страны на территории принимающей страны должна регулироваться соответствующим национальным законодательством». Соглашение не уточняет, какое национальное законодательство (Казахстана или Кореи) будет являться «соответствующим». Однако в случае нарушения переведённым иностранным работником законодательства принимающей страны **трудовой договор прекращается с возвращением его отправляющей стране** (п. 1 ст. 2, п. 3 ст. 5, п. 3 ст. 8 Соглашения с Республикой Корея).

Тем самым, скорее всего, предполагается, что переведённый работник заключит с принимающим лицом трудовой договор, который прекращается по дополнительному основанию, в частности, в связи с нарушением работником законодательства принимающей страны, что влечёт возвращение работника отправляющей стране.

Далее, Закон о миграции населения и Закон о занятости населения прямо устанавливают, что переводимые в рамках ВКП **иностранцы привлекаются работодателями и осуществляют трудовую деятельность на территории Республики Казахстан в соответствии с целями пребывания на срок, определённый трудовым договором**

(ст. 35 Закона о занятости населения, п. 2 ст. 37 Закона о миграции населения). Согласно определениям, ВКП является временным переводом в филиал/представительство/дочернее юридическое лицо, а работники являются переведёнными. Указанные законы не содержат прямого исключения действия ТК РК в отношении переводимых в рамках ВКП иностранных работников.

Под **работодателем** понимается юридическое или физическое лицо, филиал, представительство иностранного юридического лица, **с которым работник состоит в трудовых отношениях** (пп. 39) п. 1 ст. 1 ТК РК, пп. 5) п. 2 Правил выдачи разрешений).

В свою очередь, как далее следует, Правила выдачи разрешений предполагают, что трудовые отношения по казахстанскому праву не возникают, и ТК РК применяется только в ограниченной части. Другими словами, подзаконный акт фактически ограничивает сферу применения ТК РК на территории Республики Казахстан. Однако, в силу п. 2 ст. 8 ТК РК его действие может быть ограничено только законами или ратифицированными международными договорами Республики Казахстан.

С другой стороны, Закон о занятости населения и Закон о миграции населения предусматривают, что срок ВКП определяется трудовым договором. Между тем Правила выдачи разрешений расширяют возможности ВКП и допускают регулирование трудовых отношений не только трудовым договором, но и иным документом, подтверждающим трудовые отношения.

При наличии противоречий в нормах нормативных правовых актов разного уровня действуют нормы акта более высокого уровня. Нормы законов в случаях их расхождения с нормами кодексов Республики Казахстан могут применяться только после внесения в кодексы соответствующих изменений и (или) дополнений (п. 1 и 2 ст. 12 Закона Республики Казахстан от 6 апреля 2016 года № 480-V «О правовых актах» (с изменениями и дополнениями по состоянию на 11.07.2017)). В данном случае нормы ТК РК и законов преобладают над нормами Правил выдачи разрешений; и нормы ТК РК будут преобладать над нормами законов в случае расхождения с ними.

Таким образом, в настоящее время в казахстанском законодательстве не выработан единый системный подход к вопросам ВКП, что может порождать риски, которые будут рассмотрены далее. Данная правовая проблема может быть устранена посредством внесения изменений в ТК РК и (или) другие законодательные акты Республики Казахстан.

В следующем номере журнала рассмотрим необходимость заключения трудового договора в Республике Казахстан с работником, переводимым в рамках внутрикорпоративного перевода, особенности и спорные вопросы внутрикорпоративного перевода в части режима рабочего времени и времени отдыха, безопасности и охраны труда, командировок, иных вопросов трудовых отношений, а также подведём итоги в отношении правовых рисков внутрикорпоративного перевода иностранных работников в Казахстан.