

КОНСУЛЬТАЦИИ ЭКСПЕРТОВ

КОНСУЛЬТАЦИИ ЭКСПЕРТОВ



ОСОБЕННОСТИ ПРАВООТНОШЕНИЙ В РАМКАХ ВНУТРИКОРПОРАТИВНОГО ПЕРЕВОДА ИНОСТРАННЫХ РАБОТНИКОВ В РЕСПУБЛИКУ КАЗАХСТАН

Л. А. ЕМЕЛЬЯНОВА

старший юрист юридической
компании AEQUITAS,
г. Алматы



Продолжая тему, начатую в предыдущем номере журнала, в статье 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.



НЕОБХОДИМО ЛИ ЗАКЛЮЧАТЬ ТРУДОВОЙ ДОГОВОР?

Вопрос о необходимости заключения трудового договора между переводимым иностранным работником и принимающим лицом

является одним из ключевых в рамках внутрикорпоративного перевода (далее – ВКП).

В первой ситуации ВКП (перевод в филиал (представительство) направляющей компании) – предполагается, что трудовой договор уже заключён по иностранному праву. Но если признать, что на работника будет распространяться действие Трудового кодекса Республики Казахстан (далее – ТК РК), то из этого последует вывод о том, что в иностранный трудовой договор работника следует внести изменения для приведения его в соответствие с трудовым законодательством Республики Казахстан на время его ВКП. Даже если такие изменения не будут внесены, это не устранит действие ТК РК на отношения, входящие в сферу его регулирования.

Во второй ситуации ВКП (перевод в дочернюю организацию) – возникновение трудовых отношений с принимающей компанией по казахстанскому законодательству может следовать из Перечня специфических обязательств к Генеральному соглашению по торговле услугами (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 от 12 октября 2015 года № 356-V «О ратификации Протокола о присоединении Республики Казахстан к Марракешскому соглашению об учреждении Всемирной торговой организации от 15 апреля 1994 года») (далее – Перечень ГАТС), а также из ТК РК (при наличии признаков трудовых отношений). При этом надо помнить, что ВКП введён в казахстанское законодательство во исполнение обязательств, принятых Казахстаном в Перечне к ГАТС при вступлении во Всемирную торговую организацию.

В этом случае следовало бы:

- либо признать необходимость заключения трудового договора между переведённым работником и принимающей компанией (с сохранением «параллельно» трудовых отношений работника с направляющей компанией) – этот подход вытекает из существующих положений ТК РК, никак не приспособленных к правовому институту ВКП;
- либо установить, что в ходе ВКП обязательства работодателя по иностранному трудовому договору полностью перешли к казахстанской принимающей компании, и теперь казахстанская принимающая компания будет временно являться работодателем для иностранного работника с применением казахстанского трудового права – этот подход мог бы вытекать из

общего понимания «временного перевода работника из одной организации в другую», но связан с последующими правовыми сложностями его реализации.

Между тем порядок ВКП в ТК РК и законах не конкретизируется, а в п. 34 Правил и условий выдачи и (или) продления разрешений работодателям на привлечение иностранной рабочей силы, а также осуществления внутрикорпоративного перевода, утвержденных приказом и. о. Министра здравоохранения и социального развития Республики Казахстан от 27 июня 2016 года № 559 (*с изменениями и дополнениями по состоянию на 28.06.2017*) (далее – *Правила выдачи разрешений*), для всех случаев ВКП предусмотрено, что в рамках ВКП **трудовые отношения регулируются трудовым договором** (или иным документом, подтверждающим трудовые отношения), согласованным между иностранным работником и юридическим лицом, из которого осуществляется ВКП.

Министерство труда и социальной защиты населения Республики Казахстан на основании п. 34 Правил выдачи разрешений придерживается мнения, что трудовой договор по казахстанскому праву заключать не требуется:

- *из ответа Министра здравоохранения и социального развития Республики Казахстан от 10 августа 2016 года на вопрос от 4 августа 2016 года № 443385 «О возможности назначения главой филиала (представительства) и дочерней организации иностранного работника в рамках внутрикорпоративного перевода»: «Трудовой договор заключается между юридическим лицом, находящимся и действующим за пределами Республики Казахстан и переводимым работником, в рамках которого предусматриваются срок трудового договора, размер и иные условия оплаты труда, права и обязанности сторон договора и т. д.»;*
- *из ответа Министра труда и социальной защиты населения Республики Казахстан от 16 мая 2017 года на вопрос от 28 апреля 2017 года № 462947 «О необходимости заключения трудового договора с иностранным работником на основании полученного разрешения на привлечение иностранной рабочей силы в рамках внутрикорпоративного перевода». Ответ дан применительно к ситуации ВКП в казахстанский филиал юридического лица, зарегистрированного в Республике Корея, на основании Соглашения 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 ВКП (г. Нью-Йорк, 26 сентября 2014 года) (с изменениями*

от 19.09.2014), ратифицированного Законом Республики Казахстан от 29 марта 2016 года № 478-V: «В рассматриваемом случае с учётом того, что данное лицо уже состоит в трудовых отношениях с головным офисом иностранного юридического лица, а работник временно направлен для выполнения работ (оказание услуг в интересах работодателя) на территории Республики Казахстан в рамках внутрикорпоративного перевода полагаем, что заключение трудового договора на территории Республики Казахстан не требуется»;

- *из ответа Комитета труда, социальной защиты и миграции Министерства труда и социальной защиты населения Республики Казахстан от 1 марта 2017 года № 22-7-23/ЗТ-208 на запрос ТОО «Юридическая компания AEQUITAS»: «...заключен трудового договора между филиалом, дочерней организацией представительством юридического лица, учреждённого на территории страны-члена Всемирной торговой организации иностранным работником, переведённым в рамках внутрикорпоративного перевода, не требуется».*

Несмотря на концептуальные недоработки нормативной правовой базы по вопросам ВКП и возможное расхождение в связи с этим с положениями ТК РК и международных договоров, данная позиция Министерства труда и социальной защиты населения Республики Казахстан является важной для правоприменения и минимизирует риск поступающих претензий со стороны государственных органов в связи с заключением трудовых договоров в рамках ВКП между иностранным работником и принимающей компанией. Вместе с тем сохраняются другие риски, которые будут рассмотрены в конце настоящей статьи.

РЕЖИМ РАБОЧЕГО ВРЕМЕНИ И ВРЕМЕНИ ОТДЫХА, ТРЕБОВАНИЯ ПО СОБЛЮДЕНИЮ БЕЗОПАСНОСТИ И ОХРАНЕ ТРУДА

Согласно п. 34 Правил выдачи разрешений, на период ВКП на иностранного работника распространяются режим рабочего времени отдыха, а также требования по соблюдению безопасности и охране труда принимающей стороны. Как видно, такое положение сформулировано весьма широко.

Распространяются ли на иностранного работника льготы и требования (в том числе ограничения по сверхурочным работам, количеству дней вахтовой работы, количеству дней отпуска, праздничные и выходные дни и др.), предусмотренные казахстанским трудовым законодательством?



Полагаем, что распространяются, поскольку эти требования должны в обязательном порядке соблюдаться принимающим лицом.

ПРИМЕНЕНИЕ КАЗАХСТАНСКОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА К ИНЫМ ВОПРОСАМ ТРУДОВЫХ ОТНОШЕНИЙ С ИНОСТРАННЫМИ РАБОТНИКАМИ

Ответ на данный вопрос непосредственно зависит от ключевого вопроса о подчинении правоотношений с иностранным работником казахстанскому трудовому праву. **Министерство труда и социальной защиты населения Республики Казахстан выразило свою точку зрения:** «*Иные вопросы трудовых отношений, которые не учтены в трудовом договоре (или в ином документе, подтверждающем трудовые отношения), согласованного между иностранным работником и юридическим лицом, из которого осуществляется внутрикорпоративный перевод, регулируются законодательством Республики Казахстан*» (из ответа Министерства труда и социальной защиты населения Республики Казахстан от 1 марта 2017 года № 22-7-23/3T-208 на запрос ТОО «Юридическая компания AEQUITAS»). Такая позиция не согласуется с мнением Министерства труда и социальной защиты относительно вопроса об отсутствии необходимости заключения трудового договора по казахстанскому праву.

В частности, если применять положения ТК РК в полном объёме, то можно прийти к выводу о необходимости заключения и трудового договора в соответствии с законодательством Республики Казахстан.

Также Министерство труда и социальной защиты применительно к ситуации с ВКП в казахстанский филиал корейской компании разъяснило, что «*в таких случаях трудовые отношения между работником иностранного юридического лица и головным офисом иностранного юридического лица регулируются законодательством страны, где находится иностранное юридическое лицо*» (из ответа Министра труда и социальной защиты населения Республики Казахстан от 16 мая 2017 года на вопрос от 28 апреля 2017 года № 462947 «О необходимости заключения трудового договора с иностранным работником на основании полученного разрешения на привлечение иностранной рабочей силы в рамках внутрикорпоративного перевода»).

Различие в подходах вызвано несовершенством нормативной правовой базы по ВКП, которая, по нашему мнению, требует доработки и конкретизации правового регулирования по вышеизложенным вопросам.

Чтобы снизить на практике риск спорных ситуаций применения к иностранному работнику требований казахстанского законодательства в рамках ВКП, основываясь на разъяснении Министерства труда и социальной защиты населения Республики Казахстан, стоит очень де-



НА ЗАМЕТКУ

тально отражать различные аспекты трудовых отношений в трудовом договоре (или ином документе, подтверждающем трудовые отношения), заключённом между иностранным работником и иностранным работодателем.



НА ЗАМЕТКУ

Положения, регулирующие режим рабочего времени, время отдыха, требования по соблюдению безопасности и охране труда следует изложить в соответствии с казахстанским законодательством и внутренними предписаниями казахстанского принимающего лица.

КОМАНДИРОВКИ ИНОСТРАННЫХ РАБОТНИКОВ В РАМКАХ ВКП



ВОПРОС

На какой срок работник может быть направлен в командировку?

В соответствии с п. 53 Правил выдачи разрешений, иностранные работники, работающие в Казахстане в рамках ВКП, могут быть направлены в командировку на предприятия, организации, находящиеся за пределами той административно-территориальной единицы, на территорию которой было выдано разрешение на привлечение иностранной рабочей силы в рамках данного перевода.

Срок таких командировок не должен превышать суммарно 90 календарных дней в течение одного календарного года.

Правила выдачи разрешений не уточняют, с какого момента должен исчисляться такой календарный год. На практике распространено мнение, что должен приниматься календарный год с 1 января по 31 декабря отдельно взятого года.

Министерство труда и социальной защиты населения Республики Казахстан на заданный вопрос поясняет, что «**срок командировок иностранных работников не должен превышать суммарно девяносто календарных дней в течение одного календарного года, к примеру, с 1 января 2017 года по 31 декабря 2017 года**» (из ответа Министерства труда и социальной защиты населения Республики Казахстан от 1 марта 2017 года № 22-7-23/3Т-209 на запрос ТОО «Юридическая компания AEQUITAS»).

Куда иностранный работник может быть направлен в командировку?



ВОПРОС

Согласно п. 53 Правил выдачи разрешений, направление в командировку осуществляется на предприятия, организации, находящиеся на территории иных административно-территориальных единиц

(то есть за пределами той административно-территориальной единицы, на территорию которой было выдано разрешение на привлечение иностранной рабочей силы в рамках ВКП).

Вопрос о расположении организации, куда направляется иностранный работник в командировку (если только это не адрес регистрации юридического лица, его филиала и представительства), неоднозначный и должен анализироваться индивидуально, в том числе с учётом недавно внесённых в гражданское законодательство Республики Казахстан критериев образования «иных обособленных структурных подразделений юридического лица».

В частности, **иным обособленным структурным подразделением юридического лица** признаётся территориально обособленное подразделение, по месту нахождения которого оборудованы стационарные рабочие места, выполняющие часть функций юридического лица. Рабочее место считается стационарным, если оно создано **на срок более одного месяца** (п. 4 ст. 43 Гражданского кодекса Республики Казахстан (Общая часть), принятого Верховным Советом Республики Казахстан 27 декабря 1994 года (с изменениями и дополнениями по состоянию на 01.07.2017).

Кто может направлять иностранного работника в командировку?



Согласно вышеприведённому мнению Министерства труда и социальной защиты населения Республики Казахстан, для иностранного работника, работающего в рамках ВКП, юридически **работодателем является иностранный работодатель – направляющая компания**.

Если следовать данному подходу, то **приказ (иной акт работодателя) о направлении иностранного работника в командировку должен издаваться иностранным работодателем (направляющей компанией)**, а не казахстанской принимающей дочерней организацией, так как, в соответствии с пп. 82) п. 1 ст. 1 ТК РК, работник направляется в командировку по распоряжению работодателя.

ПРАВОВЫЕ РИСКИ НАПРАВЛЕНИЯ ИНОСТРАННЫХ РАБОТНИКОВ В РЕСПУБЛИКУ КАЗАХСТАН В РАМКАХ ВКП

Резюмируя особенности ВКП, рассмотренные в настоящей статье и в предыдущем номере журнала, следует признать, что **остаются до конца не решёнными на уровне законов такие ключевые вопросы:**

1. Возникают ли трудовые отношения между переводимым в рамках ВКП иностранным работником и принимающим лицом – дочерней организацией направляющей компании?

2. Если такие отношения возникают, то сохраняются ли трудовые отношения у работника с направляющей компанией? Либо при ВКП работник полностью переводится в принимающую дочернюю организацию (как в случае обычного перевода внутри одной организации) с сохранением стажа работы, права на отпуск за предыдущий период работы и других специальных условий его трудового договора?

3. Подлежит ли применению казахстанское трудовое право в полном объёме к правоотношениям между работником и принимающим лицом (во всех ситуациях ВКП)?

В Правилах выдачи разрешений сделана попытка урегулировать отдельные спорные вопросы. Вместе с тем для их однозначного решения требуется внесение изменений в нормативные правовые акты более высокого уровня.

В текущей ситуации в связи с недостаточным и неоднозначным правовым регулированием ВКП его применение связано с риском, иными словами, иностранные работники могут выдвинуть требование признать наличие трудовых отношений между ними и принимающими лицами по казахстанскому праву (например, в случае причинения вреда здоровью, несогласия с увольнением, в связи с дисциплинарными взысканиями или материальной ответственностью и в других спорных ситуациях).

Суды Казахстана не связаны мнением государственных органов и, независимо от него, могут признать фактическое наличие трудовых отношений у переведённых по ВКП иностранцев с принимающими лицами (при наличии признаков таких отношений согласно ТК РК) и применить казахстанское трудовое право в полном объёме.

Если же придерживаться поддержанной Министерством труда и социальной защиты населения Республики Казахстан концепции отсутствия трудовых отношений у переведённого иностранного работника с принимающей дочерней организацией, то такой подход может повлечь следующие основные правовые риски:

1. Риск возникновения постоянного учреждения в налоговых целях и сопутствующих налоговых обязательств у иностранной направляющей компании в связи с осуществлением трудовой деятельности её работников на территории Республики Казахстан.

2. Риск возникновения налогооблагаемого дохода от безвозмездно полученных услуг у принимающей дочерней организации (в случае безвозмездного направления иностранных работников в рамках ВКП) и прочие налоговые риски.

3. Риски принимающей дочерней организации, связанные с отсутствием прямого юридического контроля за переведённым иностранным работником (в частности, если между сторонами не заключён трудовой

договор, иностранный работник не обязан исполнять поручения принимающей организации, невозможно привлечь его к дисциплинарной ответственности, затруднено взыскание имущественного ущерба и т. д.).

4. Переводимый в рамках ВКП иностранный работник не может быть принят во внимание и не может быть задействован в целях исполнения требований законодательства о разрешениях и уведомлениях, законодательства о государственных закупках, договорных обязательств, корпоративного законодательства и в других случаях, если предусматриваются специальные требования о наличии работников по данной должности, в т. ч. руководителей, в штате организации.

5. Гражданско-правовые риски, связанные с необходимостью получения согласий от контрагентов на раскрытие информации и (или) привлечение субподрядчиков в целях передачи конфиденциальной информации или поручения работы иностранному работнику, переведённому в рамках ВКП.

6. Публично-правовые риски направляющей компании, осуществляющей деятельность на территории Республики Казахстан посредством своих работников, связанные с возможным нарушением законодательства Республики Казахстан, применимого к осуществлявшим работники видам деятельности. Данные риски могут оказаться весьма серьёзными.

Учитывая вышеизложенное, несмотря на правовую возможность привлечения иностранных работников посредством ВКП, предусмотренную казахстанским законодательством и международными договорами, рекомендуем компаниям до применения ВКП осуществить тщательную оценку потенциальных рисков и предпринять соответствующие правовые меры для их исключения.

Компаниям, для которых поднятые в статье вопросы являются актуальными, целесообразно от своего имени дополнительно направить необходимые запросы в уполномоченные государственные органы, находящиеся в Казахстане. Это может в будущем способствовать формированию единообразия правоприменительной практики, уточнению требований законодательства, позволит компаниям официально руководствоваться полученными ответами в своей деятельности и в случае претензий апеллировать к данным ответам с учётом принципа добросовестности, предусмотренного ст. 14 Кодекса Республики Казахстан от 29 октября 2015 года № 375-В «Предпринимательский кодекс Республики Казахстан» (с изменениями и дополнениями по состоянию на 03.07.2017).

В следующем номере журнала мы продолжим тему и разберёмся в вопросе, разрешён ли заёмный труд иностранных работников в Республике Казахстан?