

АУТСОРСИНГ РАБОТНИКОВ: ОБЗОР ЮРИДИЧЕСКИХ РИСКОВ ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ США



**ТИМОФЕЕВ
ФАРЕНВАЛЬД
И ПАРТНЕРЫ**

**КОЛЛЕГИЯ
АДВОКАТОВ**



**КОММЕНТАРИЙ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА
И СУДЕБНОЙ ПРАКТИКИ (Январь 2019 г.)**

Per. 577-321

Аутсорсинг работников: обзор юридических рисков по законодательству США.

Ситуация: Американская компания с ограниченной ответственностью (Limited Liability Company, LLC) заключила договор с бухгалтерской фирмой на оказание услуг. При этом работники последней позиционируются в качестве представителей основной компании (для них создан корпоративный *e-mail*, в деловой переписке данные лица представляются в качестве внутренних бухгалтеров и аудиторов компании).

Вопрос: Какие риски возникают в данной ситуации для компании?

Ответ: В зависимости от вида аутсорсинга, компания может столкнуться с различным объемом юридических рисков. Так, в случае «внутреннего» аутсорсинга (бухгалтерская фирма зарегистрирована в США, работники являются американскими гражданами) ошибочная классификация работников как независимых подрядчиков может привести к признанию компании-клиента «совместным работодателем» с бухгалтерской фирмой. В данном случае компания-клиент будет нести солидарную ответственность за исполнение положений трудового законодательства США. Так, к ней возможно предъявление требований об оплате сверхурочных, привлечение к ответственности за неуплату налогов на заработную плату, страховых взносов, налогов на безработицу и иных обязательных платежей. Несмотря на то, что судебная практика при определении, является ли фирма-клиент «совместным работодателем» с аутсорсинговой компанией, различается в зависимости от конкретного закона, предусматривающего соответствующие обязанности работодателя, а также от штата, в котором рассматривается дело, обозначенная политика компании (позиционирование аутсорсингового работника в качестве «собственного» сотрудника фирмы) в каждом из указанных случаев с высокой степенью вероятности может являться признаком «связанности деятельности» между двумя компаниями.

Некоторые из признаков, по которым суд в США вправе установить наличие «совместной занятости» следующие:

1) Для целей Закона о справедливых условиях труда (Fair Labor Standards Act, FLSA)

- a. критерий «экономической сущности отношений» (используемый в большинстве штатов) – наличие контроля за деятельностью «внешних» работников;
- b. критерий «отсутствия связи между предприятиями» (штаты Мэриленд, Северная Каролина, Южная Каролина, Вирджиния и Западная Вирджиния) – постоянство и продолжительность отношений между совместными работодателями; исполнение компанией-клиентом функций, обычно присущих работодателям (предоставление документов и материалов, необходимых для исполнения трудовых обязанностей). При этом данный критерий не содержит исчерпывающего перечня факторов, на основании которых определяется «совместная занятость».

2) Национальный закон о трудовых отношениях (National Labor Relations Act, NLRA)

- a. критерий, сформулированный Национальным Советом по трудовым отношениям в 2015 г. по делу *Browning-Ferris*, в качестве одного из признаков наличия «совместной занятости» указывает наличие у компании права осуществлять контроль (вне зависимости от его фактического осуществления), даже если указанный контроль является косвенным и не касается основных условий найма. Т.е. компания-клиент **может не контролировать процесс найма, установления и выплаты зарплат, расписание или исполнение работниками правил трудового распорядка, но при этом признаваться «совместным работодателем».**

3) Федеральное законодательство о недискриминации на рабочем месте

- а. критерий «права контроля» среди основных факторов выделяет наличие у предполагаемого «совместного работодателя» права контролировать выполнение работы, предоставление таким работодателем инструментов и оборудования для выполнения работы, наличие у выполняемой работы характера обычной деятельности «предполагаемого работодателя» (бухгалтерская деятельность является частью обычной деятельности компаний).

В случае, если работник бухгалтерской компании находится за границей (т.е. со стороны независимой компании имеет место международный аутсорсинг), компания-клиент несет дополнительные риски, связанные с передачей персональных данных, результатов интеллектуальной деятельности и иной информации. Во-первых, хранение указанной информации (в том числе конфиденциальность такой информации и возможность доступа к ней со стороны зарубежных органов власти и третьих лиц) у зарубежного работника будет регламентироваться законодательством соответствующего зарубежного государства. Кроме того, передача соответствующей информации может привести к нарушению законодательства США о персональных данных. В качестве примера возможно указать дело *Focused Technologies Imaging Services*, компании, зарегистрированной в Нью-Йорке, которая в 2016 г. была подвергнута штрафу в размере 3,1 млн долларов за передачу индийской аутсорсинговой компании части своих обязательств по договору с Отделом уголовной юстиции штата Нью-Йорк по оцифровке отпечатков пальцев. Индийская компания таким образом получила доступ к персональным данным порядка 16 миллионов человек.

Обоснование указанных выводов содержится ниже.

1. «Внутренний» аутсорсинг

В случае внутреннего аутсорсинга (*domestic outsourcing*, т.е. заключение контракта на оказание услуг с компанией, зарегистрированной в США) у компании-клиента возникает риск признания его «совместным работодателем» (*joint employer*) с аутсорсинговой фирмой. В данном случае оба работодателя несут солидарную ответственность за исполнение положений трудового законодательства США, несоблюдение которых может стать основанием для наложения штрафов и/или подачи работниками исков в суды. Так, например, признается нарушением Закона, если работник работает на каждого из работодателей менее 40 часов в неделю, но общее количество отработанных часов превышает 40 (в этом случае работник имеет право на выплату сверхурочных).

При этом критерии, на основании которых устанавливается состояние «совместной занятости» (*joint employment*), различны в зависимости от законодательного акта и штата, в котором рассматривается дело и сформирована соответствующая судебная практика.

1.1. Закон о справедливых условиях труда (Fair Labor Standards Act, FLSA)

В 45 штатах для квалификации «совместной занятости» используется так называемый критерий «экономической сущности отношений» (*Economic Realities Test*). В соответствии с ним суду необходимо определить, является ли лицо работником или независимым подрядчиком основного предприятия, которое платит этому работнику. Если лицо признается работником в одной компании, суд рассматривает вопрос о «совместном характере» его занятости в другой компании (т.е. выясняется, имеет ли другая компания полномочия по найму и увольнению сотрудников, контролю за их деятельностью, установлению графиков их работы, размера заработной платы и др.). Так, в деле *Ling Nan Zheng v. LIBERTY APPAREL CO. INC.*, 617 F.3d 182 (2d Cir. 2010) компания-клиент аутсорсинговой фирмы была признана совместным работодателем с последней. При вынесении вердикта суд принял во внимание такие факторы, как регулярный контроль со стороны компании-клиента за работой представителей аутсорсинговой фирмы в помещениях последней.

Напротив, суды Четвертого округа (штаты Мэриленд, Северная Каролина, Южная Каролина, Вирджиния и Западная Вирджиния) с 2017 года используют критерий «отсутствия связи между предприятиями» ("*completely disassociated*" test).

В данных штатах квалифицирующим признаком «совместных трудовых отношений» является не полное отделение деятельности работника у одного работодателя от исполнения обязанностей у другого работодателя. Чтобы определить степень разграничения трудовых функций, необходимо установить, являются ли два работодателя каким-либо образом связанными друг с другом (несмотря на то, что формально они могут быть различными предприятиями), а также предоставляет ли один работодатель своих работников другому работодателю, если работники «экономически зависимы» от обеих компаний. Данные обстоятельства определяются на индивидуальной основе по каждому конкретному делу, и использование конструкции аутсорсинга не будет являться основанием для освобождения соответствующей компании от ее обязательств по Закону о справедливых стандартах труда. Кроме того, на такую компанию могут быть возложены обязанности по выплате страховых взносов и налогов за таких работников.

В свете изложенного представляют интерес следующие примеры из судебной практики, в которых компании, использовавшие услуги аутсорсинговых фирм, были признаны «совместными работодателями» вместе с указанными фирмами: *Salinas v. Commercial Interiors, Inc.*, No. 15-1915 (4th Cir. 2017), *Hall v. DIRECTV, LLC*, No. 15-1857 (4th Cir. 2017). В указанных решениях (оставленных в силе Верховным Судом США) использовались следующие критерии «связанности» работодателей:

- 1) Совместное определение, разделение или распределение работодателями полномочий по руководству, контролю или надзору за работником, прямым или косвенным путем, вне зависимости от того, осуществляется ли такое совместное определение, разделение или распределение формальным образом или на практике;
- 2) Совместное определение, разделение или распределение работодателями полномочий по найму, увольнению или изменению условий найма работником, прямым или косвенным путем, вне зависимости от того, осуществляется ли такое совместное определение, разделение или распределение формальным образом или на практике;
- 3) Степень постоянства и продолжительности отношений между совместными работодателями;
- 4) Нахождение одного работодателя под контролем другого работодателя (независимо от формы контроля и доли владения), а также нахождение обоих работодателей под общим контролем со стороны третьего лица;
- 5) Выполнение работы в помещении, принадлежащем или контролируемом одним или несколькими совместными работодателями, независимо или в связи друг с другом;
- 6) Совместное определение, разделение или распределение работодателями обязанностей по исполнению функций, обычно присущих работодателям (такие как решение вопросов, связанных с заработной платой, обеспечение страхования работников, уплата налогов на зарплату, предоставление средств, оборудования, инструментов или материалов, необходимых для выполнения работниками трудовых обязанностей, независимо от того, осуществляется ли указанное совместное определение, разделение или распределение формальным образом или на практике.

Указанные факторы, по мнению Суда, не являются исчерпывающими при определении того, имела ли место «совместная занятость», но они являются основными, подлежащими учету Министерством труда (*Department of Labor*).

1.2. Национальный закон о трудовых отношениях (National Labor Relations Act, NLRA).

В соответствии с указанным законом «совместный работодатель» несет обязанность осуществления коллективных переговоров с сотрудниками другой компании. В случае признания компании-клиента «совместным работодателем» по смыслу указанного акта, данная фирма будет нести солидарную ответственность за правонарушения трудового законодательства аутсорсинговой компанией.

Текущий критерий, сформулированный Национальным Советом по трудовым отношениям в 2015 г. по делу *Browning-Ferris 2015*, в качестве одного из признаков наличия «совместной занятости» указывает наличие у компании права осуществлять контроль (вне зависимости от его фактического осуществления), даже если указанный контроль является косвенным и не касается основных условий найма. Т.е. компания-клиент может не контролировать процесс найма, установления и выплаты зарплат, расписание или исполнение работниками правил трудового распорядка, но при этом признаваться «совместным работодателем».

В сентябре 2018 г. Совет подготовил проект нормативно-правового акта, в соответствии с которым предлагается введение нового критерия определения «совместных работодателей» – критерия «прямого контроля» (*direct control test*)¹.

Согласно проекту, компания может считаться «совместным работодателем», только если «два работодателя разделяют или определяют основные условия найма работников, такие как принятие на работу, увольнение, соблюдение правил трудового распорядка, надзор и руководство. Предполагаемый совместный работодатель должен обладать и фактически осуществлять существенный прямой и непосредственный контроль над основными условиями найма работников таким способом, который не является ограниченным и рутинным». В настоящее время указанный проект проходит стадию общественного обсуждения.

1.3. Федеральное законодательство о недискриминации на рабочем месте

«Совместная занятость» в соответствии с федеральным антидискриминационным законодательством означает солидарную ответственность компаний за дискриминацию, запрещенную согласно Разделу VII Закона о гражданских правах (*Civil Rights Act*), Закону о дискриминации по возрасту в сфере занятости (*Age Discrimination in Employment Act, ADEA*) Закона об американцах-инвалидах (*Americans with Disabilities Act, ADA*), когда потерпевший от предполагаемой дискриминации является работником другой компании.

В данном случае обычно применяется критерий «права контроля» (*Right to Control Test*). Несмотря на то, что факторы, учитываемые при применении данного критерия, иногда в различных судах формулируются по-разному. Чаще всего при рассмотрении соответствующих дел учитываются следующие факторы:

- Наличие у предполагаемого «совместного работодателя» права контролировать выполнение работы;
- Предоставление таким работодателем инструментов и оборудования для выполнения работы;
- Выполнение работ по месту предполагаемого совместного работодателя;
- Выплата вознаграждения указанным работодателем соответствующим работникам другого работодателя;

¹ См. <https://www.federalregister.gov/documents/2018/09/14/2018-19930/the-standard-for-determining-joint-employer-status>

- Наличие у предполагаемого совместного работодателя права поручать работнику выполнение дополнительной работы;
- Наличие у предполагаемого совместного работодателя права определять трудовой распорядок работников;
- Наличие у выполняемой работы характера обычной деятельности «предполагаемого работодателя».

2. Международный аутсорсинг

В процессе коммерческих отношений с аутсорсинговой компанией (даже если последняя зарегистрирована в США) может оказаться, что часть ее сотрудников, оказывающих соответствующие услуги, фактически находятся за границей.

Среди наиболее вероятных рисков в данном случае – степень защищенности передаваемой такой компании информации (персональных данных, финансовой и бухгалтерской информации, результатов интеллектуальной деятельности). Хранение указанной информации у зарубежного работника аутсорсинговой компании будет регламентироваться законодательством соответствующего зарубежного государства (что влечет совокупность юридических рисков, включая конфиденциальность такой информации и возможность доступа к ней со стороны зарубежных органов власти и третьих лиц). Кроме того, передача соответствующей информации может привести к нарушению законодательства США о персональных данных. Один из ярких примеров – дело *Focused Technologies Imaging Services*, компании, зарегистрированной в Нью-Йорке, которая в 2016 г. была подвергнута штрафу в размере 3,1 млн долларов за передачу индийской аутсорсинговой компании части своих обязательств по договору с Отделом уголовной юстиции штата Нью-Йорк по оцифровке отпечатков пальцев. В результате индийская компания получила доступ к персональным данным порядка 16 миллионов человек.

Коллегия адвокатов «ТИМОФЕЕВ, ФАРЕНВАЛЬД И ПАРТНЕРЫ» (TV&P) является одной из ведущих юридических компаний России. Наши адвокаты вправе оказывать юридическую помощь в том числе в странах Европейского союза, Швейцарии и штате Нью-Йорк, США (где находятся представительства компании). В большинстве мировых юрисдикций мы имеем налаженные профессиональные связи с адвокатскими организациями. Юристы нашей компании уделяют значительное внимание научным исследованиям (основу юридического коллектива компании составляют специалисты, получившие юридическое образование в МГУ им. М.В.Ломоносова и МГИМО (У) МИД России), сотрудничеству с ведущими российскими и зарубежными правоведами. Все юристы **TV&P** окончили престижные ВУЗы, многие из них проходили практику и работали в США, Франции, Великобритании и Германии.

TV&P специализируется на оказании правовой помощи российскому и иностранному бизнесу по сложным корпоративным сделкам и коммерческим спорам, представительстве интересов компаний в арбитражных и третейских судах.

Рабочими языками компании являются **английский** и **русский**, но наши юристы и адвокаты также имеют возможность работать на **французском, немецком, норвежском, шведском, датском и итальянском** языках.

Специалисты компании привлекались в качестве консультантов по различным аспектам права международными организациями (Программа ООН по окружающей среде, ЮНЕП (United Nations Environment Programme, UNEP); Глобальная программа защиты окружающей среды (Global Environment Facility, GEF); Межгосударственный авиационный комитет (МАК); Региональное содружество в области связи, РСС); государственными органами Российской Федерации (Министерство экономического развития, Министерство природных ресурсов, Министерство образования и науки) и Посольствами иностранных государств.

Клиенты **TV&P** – российские и международные компании, работающие на рынке банковских и финансовых услуг, в сферах недвижимости, оптовой торговли, фармацевтики, информационных технологий и телекоммуникаций, нефтегазовой промышленности, машиностроения и других отраслях экономики.

Квалификация юристов, качество и удобство работы с **TV&P** регулярно подтверждаются высокими оценками рейтинговых агентств и рекомендациями наших клиентов. В 2010 г. Компания **TV&P** была включена в список 100 ведущих юридических компаний России, а также вошла в Топ 4 Российских юридических компаний в сферах Международного Арбитража и Несостоятельности/Банкротства². Global Dispute Resolution Adviser Guide наша компания была особо отмечена за активное использование ADR (альтернативных методов разрешения споров). Юристы компании являются членами редакционной коллегии авторитетного международного юридического издания *International Energy Law Review* по странам Россия / СНГ, Германия и ОАЭ, а также экспертами Независимой Ассоциации кинопромышленников IFTA (Лос-Анджелес, США) по вопросам приведения в исполнение иностранных арбитражных решений в данных юрисдикциях.³

Юристы **TV&P** предоставляют полный спектр юридической помощи в области корпоративного, коммерческого и финансового права:

- комплексное юридическое сопровождение текущей деятельности компаний;
- структурирование, заключение, изменение и расторжение всех видов договоров;
- представление интересов в арбитражных судах, взыскание долгов, сопровождение процедуры несостоятельности (банкротства);
- сопровождение сделок по слиянию и поглощению;
- корпоративная реструктуризация;
- консультирование по вопросам антимонопольного законодательства;
- разрешение корпоративных споров;
- сопровождение внешнеторговых сделок;
- консультирование по вопросам построения дистрибьюторской сети и разработке дистрибьюторских соглашений, включая эксклюзивность и ценообразование;
- подготовка тендерной документации.

Мы будем рады видеть Вас в числе наших клиентов!

² Ведущий аналитик российского рынка правовых услуг PRAVO.RU – Совместное независимое исследование компании Ernst & Young и газеты «Ведомости»

³ Членами IFTA являются многие всемирно известные кинокорпорации (в том числе Buena Vista Television, Dream Entertainment, Gaumont, Miramax International, TF1 International и др.), а также банковские организации (в том числе Bank of Ireland, Natexis Banques Populaires, U.S. Bank, Union Bank of California и др.)