

Конкуренты переманивают сотрудников. Как установить правила игры

- Каким образом можно запретить сотрудникам устраиваться на работу к конкурентам
- Как убедить других игроков на рынке не переманивать сотрудников
- Можно ли отстранить от работы сотрудника, решившего уйти к конкурентам



Анна Андреевна Иванова,
руководитель практики трудового
права АБ «Егоров, Пугинский,
Афанасьев и партнеры»

Любой работодатель стремится к тому, чтобы удержать ключевых сотрудников на работе. В обучение и развитие сотрудников компании вкладывают немалые средства, привлекают консультантов, отправляют на стажировки в головной офис и составляют планы повышения квалификации. Однако случается так, что как только сотрудник получает необходимые знания, то он уходит в другую компанию. Для работодателя это чревато не только потерей ценных кадров, но и риском разглашения служебной информации. Очевидно, что в такой ситуации работодатель заинтересован всячески ограничить переход сотруд-

ника в конкурирующую фирму. Но если работник принял такое решение, то законным способом это сделать будет непросто. К сожалению, в России нет понятия «restrictive covenants» (условия договора, которые ограничивают возможность одной стороны предпринять определенные действия), существующего в зарубежном законодательстве. В частности, компания вправе заключить с работником соглашение о неконкуренции и запретить устраиваться в течение определенного времени к прямым конкурентам. Подобные договоренности в нашей стране не будут иметь юридической силы, так как они противоречат Трудовому кодек-

су РФ. Единственным вариантом для российского работодателя — использование механизмов, которые предусмотрены нашим законодательством. Выходом из ситуации может быть детально прописанные положения об ограничении передачи персональных данных сотрудников и клиентов компании, информации, составляющей коммерческую тайну, третьим лицам без ведома работодателя, а также отсроченные выплаты бонусов топ-менеджерам после увольнения.

За рубежом работодатель может запретить работнику устраиваться к конкурентам

Как правило, если в компании ключевой сотрудник увольняется в связи с сокращением штата или «одним днем» по собственному желанию, то в большинстве случаев это означает, что на момент увольнения был конфликт. В таких ситуациях уволенный сотрудник в первую очередь будет искать работу у ближайшего конкурента. Логика здесь очевидна: работник обладает специфическими знаниями в данной отрасли и это существенно повышает его шансы на успешное трудоустройство. Также подобным образом он может попытаться «насолить» компании, которая, по его мнению, с ним несправедливо обошлась. За рубежом в таких ситуациях компании стараются юридически ограничить переход работника к конкуренту или в компанию, которая тесно связана с предыдущим местом работы (например, компания-дистрибьютор). Чтобы предотвратить подобные «переходы», зарубежные работодатели используют механизм «non-competition» (сокр. «non-compete») — соглашение о неконкуренции. Подобная договоренность реализуется путем составления отдельного документа в виде приложения к трудовому договору или включения соответствующего условия в сам трудовой договор. Соглашение о неконкуренции также может быть приложением к гражданско-правовому договору между компанией-

работодателем и клиентом. Оно, как правило, заключается с ключевыми сотрудниками и включает в себя следующие условия:

Предмет соглашения. Документом предусматривается, что работнику запрещается работать в конкретных организациях или занимать в них определенные должности.

Срок действия соглашения. Соглашение определяет, в течение какого периода времени после увольнения работник не будет иметь права перейти к конкурентам. На практике, подобное соглашение действует от 6 месяцев до 36 месяцев после прекращения трудовых отношений.

Действие соглашения в пространстве. Запрет на работу в компании-конкуренте может распространяться как на территорию страны, где находится бывший работодатель, так и на другие страны, где работают аналогичные предприятия.

Отраслевое ограничение. В соглашении может быть прописано, что работник не вправе после увольнения работать в компании определенной отрасли. Например, работнику компании автомобильной промышленности может быть запрещено устраиваться в компанию данной отрасли, где бы то ни было во всем мире. Чем более четко прописано ограничение — тем меньше вопросов возникнет при его соблюдении/несоблюдении. Например, если соглашение устанавливает ограничения по всей отрасли, то, как правило, уже не имеет смысла договариваться о запрете ухода такого работника к любым компаниям машиностроительной отрасли.

В России условие о неконкуренции будет незаконно

Практика заключения соглашений о неконкуренции была бы выгодна и для многих российских работодателей, а также иностранных компаний, осуществляющих свою

деятельность в нашей стране. Однако такие соглашения не будут иметь юридической силы. Прежде всего, это связано с тем, что подобные ограничения будут противоречить принципу свободы распоряжения своими способностями к труду, закрепленному в ст. 37 Конституции РФ и ст. 2 ТК РФ. Также российское законодательство предполагает, что отношения между работником и работодателем заканчиваются в последний рабочий день и обязать бывшего работника к совершению какого-либо действия/бездействия невозможно. Помимо этого, нарушения соглашения о неконкуренции в иностранных юрисдикциях предполагает материальную ответственность для бывшего работника. В российском трудовом праве данная конструкция не работает, потому что привлечь работника к ответственности можно лишь за прямой действительный ущерб (например, порча рабочего компьютера). Тем не менее все больше российских компаний заключают соглашения о неконкуренции в качестве «общей договоренности» и стараются ограничить работников от ухода к конкурентам, используя различные правовые механизмы. Рассмотрим, какие аналоги могут быть использованы с учетом российского права.

Включение дополнительных условий в положение о защите персональных данных. Любой работник, сознательно уходя к конкуренту, неизбежно начнет разглашать персональные данные: контакты клиентов и поставщиков, размер заработной платы коллег. В зависимости от обстоятельств и последствий, такой работник может быть привлечен к административной или уголовной ответственности. Однако следует помнить о том, что вопросы защиты персональных данных по-разному регулируются Федеральным законом от 27.07.2006 № 152-ФЗ «О персональных данных» и Трудовым кодексом РФ. В случае спора работодатель должен будет доказать, что работник осознавал, что в его обязанности

входила обработка персональных данных и что он был ознакомлен с локальными нормативными актами бывшего работодателя под роспись.

Материальное стимулирование. Опционные соглашения и отсроченные бонусы являются неплохим способом удержания работников. Опционные соглашения могут быть рассчитаны на 3–5 лет и они часто привязаны не только к финансовым показателям и причине увольнения, но и соблюдению работником обязательства о неконкуренции. Некоторые работодатели добровольно берут на себя обязанность по выплате ежемесячной суммы бывшему работнику в течение определенного времени при условии, что он не работает у конкурентов. Однако и сами работники понимают, что подобное соглашение является условным — если бывший работодатель перестанет осуществлять выплаты, то взыскать их по суду вряд ли удастся. Это объясняется тем, что материальное стимулирование работника Трудовой кодекс РФ трактует узко и связывает его непосредственно с трудовой деятельностью.

Конкуренты могут договориться не переманивать сотрудников друг у друга

Любой работодатель заинтересован заполучить компетентного сотрудника, особенно, когда речь идет о специфических направлениях бизнеса и необходимые знания можно получить, только отработав какое-то время именно в данной отрасли. В России уже давно прижился термин «хэдхантинг», суть которого заключается в переманивании конкурентами ценных работников друг у друга. Подобные ситуации затрагивают в первую очередь вопросы этики ведения бизнеса. Компании, которые понимают последствия такого недобросовестного «хэдхантинга», пытаются установить определенные правила поведения на рынке труда, например, заключая так называемые соглашения о непере-

манивании («non-solicitation agreement»). В подобном соглашении стороны конкретно оговаривают, что они не будут делать предложения о работе в отношении сотрудников определенных должностей. По большей части они носят джентльменский характер. То есть их исполнение не подкреплено какими-то санкциями по отношению друг к другу и остается на усмотрение сторон. Так, в ноябре 2012 года в средствах массовой информации появились сведения о том, что компании «Яндекс», Parallels, «Лаборатория Касперского» и Acronis заключили подобное соглашение. По данным источников, соглашение гарантирует, что никто из указанных компаний не будет «охотиться» на чужих сотрудников. Компании взяли обязательство не присылать предложения о работе на почту сотрудникам, в профили в социальных сетях, а также по другим средствам коммуникации. Соглашение касается разработчиков, которые находятся в России. Одной из основных целей подобного соглашения называется ограничение «гонки зарплат». При этом некоторые источники также сообщают о запрете рассматривать кандидатов, которые самостоятельно обратились в одну из компаний «сговора». Поводом к заключению соглашения послужили действия одной из указанных выше компаний, которая ранее предложила сотруднику Parallels сменить работу прямо во время одной из конференций. Также в России соглашения такого рода ранее были достигнуты между компаниями «Яндекс» и Mail.ru и между Ostrovok.ru и Wikimarket.

Привлечь к ответственности за нарушение обязательства о непереманивании участники соглашения не смогут

Отметим, что правовой базы для заключения соглашений о непереманивании, как и в случае договоренностей с работником о неконкуренции, в нашей стране не существует. Отсутствует правовое регулирова-

ние этих вопросов и в странах СНГ. В то же время следует отметить, что с учетом довольно стремительного развития отдельных отраслей белорусской экономики при нехватке квалифицированных кадров, а также под влиянием стандартов и практик, «проникших» в Беларусь из-за рубежа, договоренности о «непереманивании» в этой стране приобретают все большую популярность. Такое обязательство, как правило, берет на себя группа нанимателей на основании гражданско-правового соглашения либо такое обязательство возлагается на работника в рамках трудовых отношений с нанимателем. Следует отметить, что на законодательном уровне термин «переманивание работников» использовался в постановлении Совмина СССР, ВЦСПС от 28.07.1983 № 745 «О дополнительных мерах по укреплению трудовой дисциплины». В соответствии с п. 2 данного постановления государственным органам и руководителям предприятий было предписано «строго руководствоваться принципом равной оплаты за равный труд, не допускать необоснованного завышения размеров материального поощрения с целью переманивания работников с других предприятий». Тем не менее для российских работодателей этот документ не является обязательным, а в Белоруссии он фактически утратил силу с принятием Декрета Президента Республики Беларусь от 26.07.1999 № 29 «О дополнительных мерах по совершенствованию трудовых отношений, укреплению трудовой и исполнительской дисциплины». В Республике Беларусь попыткой документально оформить обязательства группы нанимателей по непереманиванию работников стало заключение в апреле 2005 года между компаниями сферы информационных технологий так называемой Декларации в отношении найма специалистов. С одной стороны, белорусское гражданское законодательство, закрепляя принцип свободы договора, позволяет субъектам права заключать так называемые

непоименованные договоры, то есть договоры, не предусмотренные законодательством. В то же время факт нарушения такого договора является сложным для доказывания и, поскольку «отменить» наем работника в связи с нарушением нанимателем такого соглашения невозможно ввиду отсутствия правового основания для расторжения трудового договора, единственным способом воздействия на нарушителя является установление штрафных санкций. Следует отметить, что в названной Декларации таких штрафных санкций не установлено и ее также можно рассматривать лишь как «джентльменское соглашение». В рамках отношений уровня «наниматель-работник» обязательство о непереманивании сводится к запрету «уходя, уводить своих коллег с собой». Иногда такое обязательство включается в трудовой договор с работником, однако с прекращением трудового договора прекращаются трудовые отношения между работником и нанимателем, в том числе и обязательство работника воздержаться от каких-либо действий после прекращения трудовых отношений. В связи с этим заключение гражданско-правового договора с работником, предусматривающего указанное обязательство, более целесообразно, поскольку действие такого договора может продолжаться и после увольнения работника. Очевидно, что российский законодатель еще не скоро обратит внимание на отсутствие регулирования вопросов «non-compete» и «non-solicitation» в российском трудовом праве. Тем не менее споры по поводу переманивания работников и ухода к конкурентам целыми отделами уже сейчас не редкость и в будущем их количество будет только возрастать. В большинстве случаев такие споры разрешаются в порядке досудебного регулирования, потому что компании не рискуют идти и защищать свои права в суд, не имея законодательной поддержки. И все же, как нам представляется, именно судебная практика укажет компаниям нужное направле-

ние. Каким оно будет — зависит от активности работодателей.

В дополнение к этому следует обратить внимание на следующие вопросы:

- защита персональных данных;
- защита коммерческой тайны;
- введение механизма отсроченных бонусов;
- объединение и подписание соглашений о непереманивании работников на уровне объединения работодателей.

Если в компании положения о защите персональных данных, защите коммерческой тайны или о детальном регулировании выплаты бонусов отсутствуют или разработаны формально «на случай прихода трудовой инспекции», то в какой-то момент такая компания не сможет защитить свои интересы в случае возникновения спора. Залогом успеха является наличие именно качественной документации.

Отстранение от работы в случаях, не предусмотренных законом

Еще одним механизмом, который может на уровне договора или соглашения существенно ограничивать права работника, является практика отстранения от работы. Зарубежное законодательство, в отличие от российского, предусматривает для работодателей возможность отстранить работника на определенное время с сохранением заработной платы. При этом трудовые договоры могут предусматривать следующие причины отстранения:

- на время проведения служебных расследований;
- на определенное время до увольнения руководящего работника с целью предотвращения копирования служебной информации и проведения переговоров с коллегами на предмет ухода к компании-конкуренту;
- без объяснения причин.

Такая процедура называется «garden leave». Этот механизм впервые появил-

ся в Великобритании и начал применяться по отношению к государственным служащим, которые отстранялись от выполнения должностных обязанностей на время служебных проверок.

В российском трудовом законодательстве возможность применения «garden leave» не предусмотрена и, соответственно, применение его на практике будет незаконно. В соответствии с Трудовым кодексом РФ отстранение работника является обязанностью, а не правом работодателя. Часть 1 ст. 76 ТК РФ обязывает работодателя отстранить работника от работы в следующих случаях:

- появление на работе в состоянии алкогольного, наркотического или иного токсического опьянения;
- непрохождение обучения по охране труда, медицинского осмотра;
- выявление медицинских противопоказаний для выполнения работы;
- приостановление специального права, если это влечет невозможность исполнения обязанностей по трудовому договору;
- по требованию органов или должностных лиц.

Если отстранение от работы произошло по вине работника, то заработная плата ему не выплачивается. Когда работник был отстранен не по своей вине, то оплата за время отстранения производится как за простой. Трудовое законодательство не позволяет расширительно толковать основания, по которым работник может быть отстранен. Таким образом, трудовой договор не может содержать иные основания для отстранения от работы, даже если стороны договорились о том, что в период отстранения за работником сохраняется заработок и рабочее место.

Помимо этого, Трудовой кодекс РФ предусматривает обязанность работодателя обеспечить сотрудника работой, обусловленной трудовым договором. Согласно абз. 2

ч. 2 ст. 22 ТК РФ работодатель обязан предоставлять работникам работу, обусловленную трудовым договором. Данное положение используется работниками, подающими иски о нечинении препятствий к осуществлению трудовой деятельности, если они были отстранены безосновательно. В настоящее время «garden leave» ближе всего к понятию «дополнительно оплачиваемый отпуск» — когда работник не выполняет трудовых обязанностей, использует время по своему усмотрению и получает заработную плату (ч. 2 ст. 116 ТК РФ). Однако здесь следует иметь в виду, что дополнительные отпуска должны быть закреплены в локальных нормативных актах, принимаемых с учетом мнения профсоюза. Если работник, направленный в дополнительный отпуск, попытается оспорить действия работодателя, то у него будут возможные варианты защиты, но позиция компании, в любом случае, будет намного более выигрышной по сравнению с направлением работника в простой.

Введение в простой вместо отстранения, может быть оспорено в суде

На практике гораздо больше ситуаций, когда компании необходимо отстранить работника от работы, чем предусмотрено законом. Например, есть подозрения в том, что работник злоупотребляет своим служебным положением. Часто в таких ситуациях работника отправляют в простой и не допускают до выполнения своих должностных обязанностей. Некоторые компании используют именно этот механизм на время проведения служебного расследования. Тем не менее подобная практика неправомерна. Порядок введения простоя закреплен в ст. 157 ТК РФ. В соответствии с буквальным толкованием данной статьи простой возможен в случае поломки оборудования или наличия каких-либо иных причин, которые делают невозмож-

ным продолжение выполнения работником его трудовой функции (см. определение Самарского областного суда от 08.12.2011 по делу № 33-12847/2011). В связи с этим работник может пожаловаться в трудовую инспекцию, либо подать исковое заявление в суд с требованием признать действия работодателя по введению его в простой незаконными. В этом случае компании необходимо будет доказать, что причины, побудившие к отстранению от работы, не позволяли работнику выполнять трудовую функцию. Работник сможет не только признать действия компании незаконными, но и взыскать неполученную заработную плату, компенсацию за задержку выплаты в размере одной трехсотой ставки рефинансирования ЦБ России за каждый день просрочки, а также компенсацию морального вреда. Таким образом, направление работника в простой является неправомерным в случае, если компания намерена воспользоваться простым как механизмом «garden leave».

Акционеры не вправе произвольно отстранить генерального директора от обязанностей

Часто возникает ситуация, когда компании необходимо отстранить от работы генерального директора. Здесь следует исходить из следующего. В соответствии с п. 4 ст. 69 Федерального закона от 26.12.1995 № 208-ФЗ «Об акционерных обществах» если образование исполнительных органов осуществляется общим собранием акционеров, уставом общества может быть предусмотрено право совета директоров общества принять решение о приостановлении полномочий единоличного исполнительного органа. Одновременно с указанными решениями совет директоров обязан принять решение об образовании временного единоличного исполнительного органа общества и о проведении внеочередного общего собрания акционеров для решения вопроса о досроч-

ном прекращении полномочий генерального директора.

Таким образом, законодательство позволяет отстранить генерального директора акционерного общества, если:

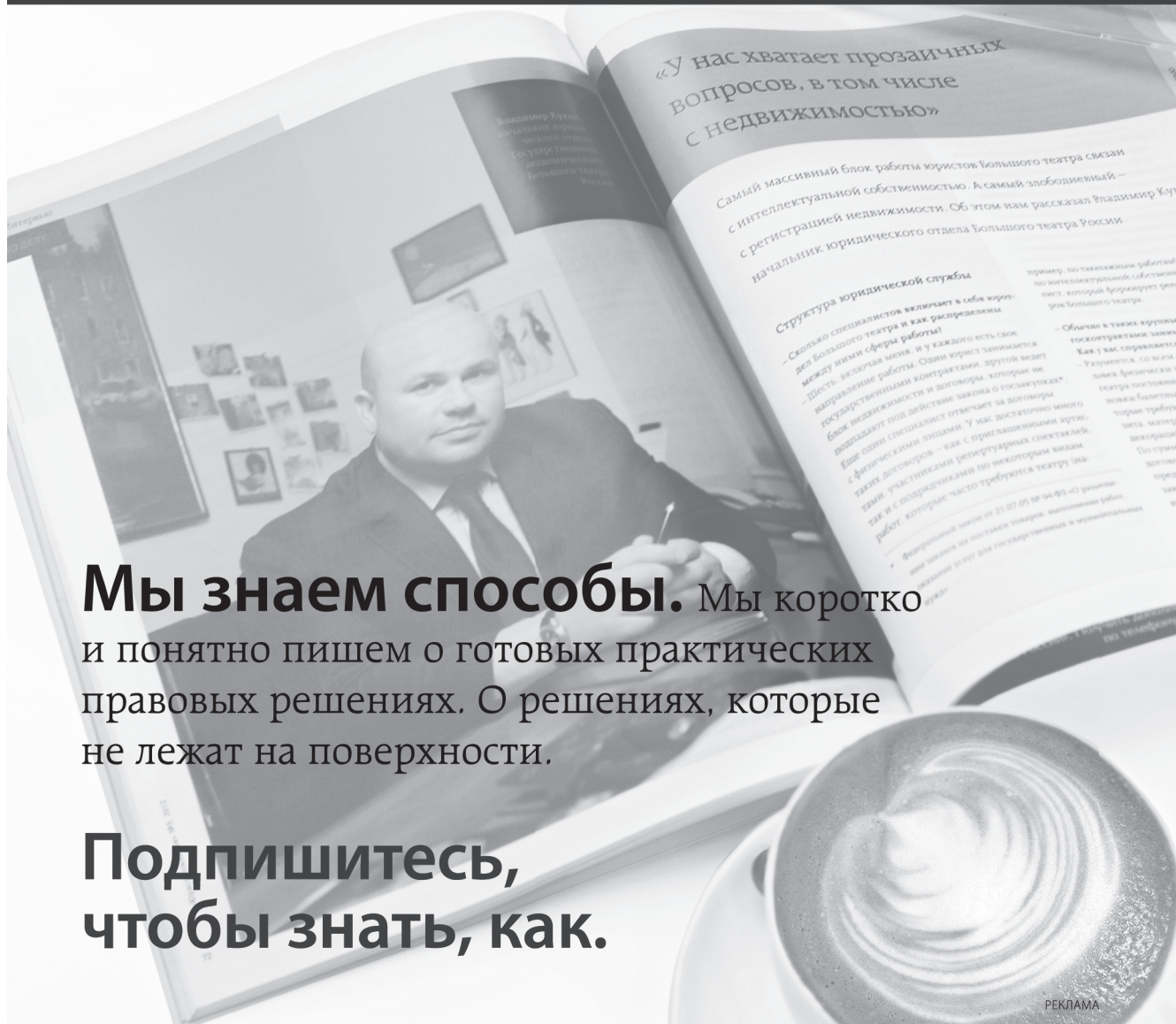
- устав акционерного общества предусматривает такую возможность;
- образование исполнительных органов отнесено к компетенции общего собрания акционеров;
- имеется соответствующее корпоративное решение совета директоров.

В остальных случаях отстранение от работы будет незаконным.

В настоящее время представители бизнеса вынуждены не столько пользоваться возможностями, предоставляемыми Трудовым кодексом РФ, сколько искать пути решения конкретной проблемы. Полагаем, что концепция «garden leave» также должна найти свое отражение в российском трудовом законодательстве, даже если возможность ее применения повлечет за собой определенные обязанности для работодателя: включение условия о «garden leave» в трудовой договор, сохранение должностного оклада на период отстранения, ограничение срока отстранения и др. Сегодня некоторые компании сталкиваются с вопиющим поведением работников, которые пытаются получить «откаты», формально лишают контрагентов скидок или передают информацию о готовящемся тендере и его условиях в обмен на привилегии. В этом случае собственнику бизнеса важно отстранить сотрудника от работы до окончания сбора доказательств и завершения служебного расследования. Даже с учетом того, что Трудовым кодексом РФ «garden leave» не предусмотрен и считается нарушением, для собственника важнее спасти свой бизнес и объективно разобраться в ситуации, нежели понести ответственность за лишение работника возможности трудиться. В этом случае риск оплаты штрафа в 50 тыс. руб. (в случае проверки ГИТ) является вполне оправданным. ■

Нельзя?

Решить проблему законным способом невозможно? Или решение все-таки есть? Загляните в свежий номер журнала «Юрист компании».



Мы знаем способы. Мы коротко и понятно пишем о готовых практических правовых решениях. О решениях, которые не лежат на поверхности.

**Подпишитесь,
чтобы знать, как.**

Подписка за минуту: 8-800-333-08-13

ЮРИСТ
компании