
Испытание при приеме на работу: правовой опыт зарубежных стран

 **Е.С. Батусова**

Доцент, департамент теории права и межотраслевых юридических дисциплин Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», кандидат юридических наук. Адрес: 101000, Российская Федерация, Москва, ул. Мясницкая, 20. E-mail: ebatusova@hse.ru

Аннотация

В условиях экономической нестабильности организации ищут способы минимизации расходов и увеличения эффективности. Правовое регулирование труда предлагает один из таких механизмов — испытание при приеме на работу для проверки деловых качеств работника и соответствия его предлагаемой работе. В свою очередь работник может также оценить условия труда на новом месте работы. Для работодателя привлекательным является упрощенный и экономически менее затратный способ увольнения работников на испытании. Работодатель вправе оставить на работе работников, прошедших испытание, так как на них распространяются только минимальные стандарты труда. Целью исследования является комплексный анализ проблем соотношения гибкости и жесткости правового регулирования испытания при приеме на работу в зарубежных странах для выработки рекомендаций по оптимизации трудового законодательства. В исследовании используются следующие методы: анализ, синтез, сравнение, абстрагирование, обобщение. Особенности правового регулирования в основных правовых семьях влияют на правовое регулирование испытания, что важно с точки зрения нахождения баланса интересов работодателей и работников в аспекте соотношения гибкости и жесткости правового регулирования труда. В статье рассмотрены две основные модели правового регулирования испытания за рубежом. Для них характерны как общие, так и особые закономерности. К общим закономерностям относятся: отсутствие законодательного понятия испытания; закрепление единого перечня критериев правового регулирования испытания (продолжительность, правила его продления и прекращения); недопущение дискриминации; учет статуса специальных субъектов для ее устранения и улучшения их положения на рынке труда. Особые закономерности связаны с механизмом закрепления максимального срока, отдельными видами трудовых договоров, распространенными концепциями правового регулирования труда, иными законодательно закрепленными периодами работы, которые могут влиять на правовой статус работника. Результатом анализа стала выработка предложений по улучшению правового регулирования испытания с точки зрения решения проблем гибкости и жесткости правового регулирования труда.

Ключевые слова

трудовое право, зарубежные страны, испытание при приеме на работу, работники, работодатели, трудовые права, гарантии трудовых прав, трудовое законодательство, правовое регулирование.

Для цитирования: Батусова Е.С. Испытание при приеме на работу: правовой опыт зарубежных стран // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2021. № 1. С. 244–269.

УДК: 349

DOI: 10.17323/2072-8166.2021.1.244.269

Введение

Вопросы соотношения гибкости и жесткости в трудовом праве зарубежных стран приобретают актуальность в последнее время в аспекте нахождения оптимального баланса между интересами работников и работодателей, в том числе и в сфере правовой регламентации установления испытания при приеме на работу. Организациям для конкуренции на рынке товаров и услуг необходимо предлагать свой товар по привлекательной цене посредством сокращения размера затрат на его производство. Одна из важных составляющих оптимизации производства в этой сфере — уменьшение затрат на персонал. Изменения на рынке товаров и услуг требуют грамотного регулирования объема вкладываемых средств. Это достигается в том числе и за счет внимания к использованию персонала путем подбора квалифицированных кадров, что возможно в результате установления испытания при приеме на работу. Оно зачастую не в интересах трудоустраивающегося, однако работодатель получает возможность выбрать наилучших специалистов в интересующей его области, так как именно он обладает правом приема и расстановки кадров.

Установление испытания при приеме на работу позволяет оценить деловые качества работника и, если он не подходит, то с наименьшими финансовыми и временными затратами расстаться с ним. Часто работодатели злоупотребляют возможностью установления испытания. Для предотвращения негативных явлений важно установление такого правового регулирования, которое с одной стороны защитит работника, с другой — позволит работодателю выбрать лучшего. Немалое значение испытание может иметь и для трудоустраивающегося, который в процессе испытания оценивает работодателя с точки зрения как условий труда, так и рабочей атмосферы в организации.

Государство посредством правового регулирования должно устанавливать такую регламентацию испытания, которая согласовала бы интересы работников и работодателей без ущерба их трудовым правам. Трудовое законодательство зарубежных стран устанавливает правовое регулирование испытания с разной степенью детализации. Некоторые страны, например, Бельгия, отказались от широкого законодательного закрепления испытания при приеме на работу и оставили нормы о нем только для учеников, времен-

ных работников и заемного персонала¹. Таким образом, бельгийский законодатель повлиял на способы, которыми работодатели пользуются в сфере трудоустройства. В результате в этой стране вместо заключения трудовых договоров с испытанием стали широко использоваться срочные трудовые договоры, которые также не предполагают дополнительных затрат при их прекращении. Таким образом, в Бельгии произошло усиление гибкости правового регулирования, достигнутое посредством изменения законодательства. Обратим внимание и на то, что отсутствие установления испытания способствует расширению нетипичной занятости, заключению гражданско-правовых договоров вместо трудовых.

К. Ли полагает, что испытание является одной из форм проявления гибкости занятости и требует тщательного и длительного изучения, т.к. многие работники принимаются на работу с испытанием [Lee K., Nagaraj S., 1991: 230]. Таким образом, неоспорима важность анализа правового регулирования испытания.

Вопросам изучения испытания при приеме на работу занимались представители разных наук. Так, Э. Ло по результатам исследования пришел к выводу, что трудовой договор с условием об испытании выбирают уверенные работники, которые в дальнейшем будут плодотворно и долго работать и не будут склонны к увольнению [Loh E., 1994: 471]. Действительно, каждый работодатель для эффективной конкуренции стоит перед выбором способов повышения производительности труда не только технических, но и организационных. К анализу дифференциации правового регулирования сроков по требуемой квалификации обращаются, например, Дж. Касале и А. Перулли [Casale G., Perulli A., 2014: 72]. Отдельные части работы А. Рейтца [Reitz A., 2007: 89] посвящены правовому регулированию испытания. Проблемы истории правового регулирования испытания и судебной практики являлись предметом интереса Р. Воугна [Vaughan R., 2018: 13–49]. Из российских юристов-практиков вопросами испытания, в частности, занимаются С. Слесарев [Слесарев С., 2019: 5–17], Т. Николаенко [Николаенко Т., 2017: 47–54].

Детальное изучение подходов к современному правовому регулированию данного вопроса позволяет проанализировать закономерности и выработать предложения по его улучшению. Особенности правового регулирования в различных правовых семьях наложили отпечаток на сочетание гибкости и жесткости в регулировании испытания. Предметом изучения в данной работе является западная юридическая традиция в аспекте правового регулирования испытания при приеме на работу. К наиболее классическим правовым семьям относятся семьи романо-германская и общего права [В.А. Ярков, 2009: 643].

¹ Employment Law Overview. Brussels, 2020. P. 6.

1. Основные модели правового регулирования испытания

Анализ источников трудового права ведущих зарубежных стран позволяет выделить две основные модели правового регулирования испытания: романо-германскую и англосаксонскую. Закономерности регулирования испытания напрямую зависят от особенностей правового регулирования в рассматриваемых системах.

Для первой модели характерно превалирование государственного регулирования над договорным в данной сфере, при этом судебные прецеденты не рассматриваются в качестве источников трудового права, однако играют важную роль (Германия, Франция, Испания, Италия, Финляндия, Бельгия, Швейцария, Норвегия). Жесткая государственная регламентация означает установление в нормативных актах императивных требований обязательных для сторон трудовых отношений в противовес дерегулированию. Она больше направлена на охрану и защиту трудовых прав работников.

В странах второй модели — англосаксонской системы права — (Великобритания, Австралия, Новая Зеландия, США, Канада) вопросы испытания решаются преимущественно в договорном порядке; большое значение придается коллективным договорам, судебным решениям, доктрине. В этих государствах на правовое регулирование испытания при приеме на работу влияет общая тенденция зарубежного трудового права — гибкость (дерегулирование) [Rogowski R., 2013: 48]; [Davulis T., Petrylaitė D., 2012: 73]. Дерегулирование подразумевает отказ от активной роли государства на рынке труда и акцент на договорное регулирование трудовых отношений.

Мы согласны с мнением, что дерегулирование касается права работников и работодателей устанавливать в коллективно-договорном и индивидуально-договорном порядке положения, отличные от закрепленных в действующем законодательстве. Соответственно нормы трудового права носят преимущественно диспозитивный характер, позволяющий максимально учесть потребности и реализовать интересы обеих сторон договора. Необходимость приспособливаться к разнообразным ситуациям приводит к изменению содержания трудового договора [Лушников А.М., Лушникова М.В., 2009: 717], что касается, в частности, и регулирования начального этапа работы. И.А. Филипова приходит к выводу, что англосаксонская модель позволяет работодателям более гибко реагировать на ситуацию [Филипова И.А., 2014: 142].

Все закономерности правового регулирования установлении испытания в зарубежных странах можно классифицировать на две группы: общие, характерные для законодательств первой и второй моделей; особенные, присущие каждой, конкретной модели. Для государств как первой, так и второй

моделей характерно три общие закономерности правового регулирования установления испытания при приеме на работу:

отсутствие общего законодательного понятия испытания²;

закрепление единого перечня критериев правового регулирования испытательного срока (продолжительность испытания, правила его продления и прекращения);

недопущение дискриминации и учет статуса специальных субъектов для ее устранения и улучшения их положения на рынке труда (например, беременные женщины, инвалиды, лица, работающие по ученическому договору).

Особенными закономерностями в регулировании испытания при приеме на работу в странах первой модели являются: государственное установление максимального испытательного срока в законе; возможность использования специального трудового договора об испытании (например, Германия).

Особенными закономерностями законодательства в регламентации испытания при приеме на работу стран второй модели являются: учет воздействия концепции найма по желанию) и ее влияния на использование испытания; возможность договорного установления максимального срока испытания; возможность распространения на работников помимо испытания (probation) таких сроков, как квалификационный период работы (Великобритания), испытательный период (trial period; Новая Зеландия), минимальный стаж работы (minimum employment period; Австралия).

2. Общие закономерности, присущие моделям правового регулирования испытания при приеме на работу

В зарубежных странах направленность организационных подходов к проведению испытания повлияла на его правовое регулирование. Так, преимущественное отсутствие общего понятия испытания в зарубежном законодательстве позволяет работодателям определять самостоятельно, проверка каких именно качеств им важна, т.е. законодатели обеспечивают гибкость регулирования. Отсутствие закрепления общего понятия испытания компенсируется установлением требований к правилам его прекращения. Так, в Трудовом кодексе Франции (2007) определяется следующая цель испытания — оценить навыки работника с учетом его опыта, а для работника — оценить, подходит ли ему предлагаемая должность³. Однако дефиниция испытания отсутствует.

² Employment protection legislation: summary indicators in the area of terminating regular contracts (individual dismissals). Geneva, 2015. P. 16–19.

³ Art. L1221-20 Code du travail (2007 vers. 2021) Available at: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006072050/LEGISCTA000019067609/#LEGISCTA000019071115 (дата обращения: 15.02.2021)

Понятие испытания не закрепляется и в законодательстве Австралии и Новой Зеландии. Законодатели только устанавливают порядок действий при испытании. В установлении общих для всех находящихся на испытании гарантий проявляется жесткость регулирования. Например, в статье 67 (1) а, б Закона о трудовых отношениях (2000) Новой Зеландии закрепляются обязательная письменная форма условия об испытании при приеме на работу и условия распространения норм о справедливом увольнении на работников в процессе испытания как в период испытания, так и в момент его окончания⁴.

Анализ законодательства Германии показывает, что общее понятие также отсутствует, однако закрепляется специальное понятие испытания для государственных служащих в Постановлении о труде федеральных государственных служащих (2009)⁵. Специальная дефиниция испытания дана путем закрепления признаков «прошедшего испытание государственного служащего», который понимается как «служащий, соответствующий современным требованиям» по следующим критериям: пригодность, квалификация и профессионализм.

В Канаде понятие испытания выведено в прецеденте 1979 г.: испытание проводится для определения пригодности работника для выполнения работы и занятия штатной должности на постоянной основе⁶. В Великобритании также в судебном прецеденте установлено, что при установлении испытании работодатель должен довести до работника требования, связанные с деловыми качествами, которые от него ожидает работодатель⁷.

Для охраны интересов работников необходимо рассмотреть возможность закрепления общего понятия испытания в Конвенции МОТ (1982) №158 о прекращении трудовых отношений по инициативе предпринимателя. Это будет рассматриваться как норма, необходимая для ограничения постоянных работников организаций от работников, находящихся на испытании, тем более что члены МОТ сами определяют возможность исключения распространения Конвенции на последних. Основные признаки, которые должны быть закреплены: цель испытания — проверка деловых качеств, работодатель доводит требования до работника в письменном виде до начала испытания, ограниченность срока испытания, во времени, испытание устанавливается только при достижении соглашения.

⁴ Employment Relations Act № 24 (2000 vers. 2021), Available at: http://www.nzlii.org/nz/legis/hist_act/era20002000n24280.pdf (дата обращения: 15.02.2021)

⁵ §28(2) Verordnung über die Laufbahnen der Bundesbeamtinnen und Bundesbeamten (2009 vers 2021) Available at: https://www.gesetze-im-internet.de/blv_2009/BJNR028400009.html (дата обращения: 15.02.2021)

⁶ Mitchell v The Queen (1979) // Ontario Reports. 1979. P. 65–71.

⁷ White v London Transport Executive (1981) // IRLR 261, EAT.

Обратимся к другой закономерности — общим аспектам правового регулирования испытания в двух моделях (продолжительность испытания, правила продления срока испытания, порядок прекращения испытания). Их регулирование может устанавливаться как в законе, так и в договоре. Продолжительность срока может варьироваться, но должна быть всегда определена до начала испытания в письменной форме. Д. Гастал и А. Перулли предлагают выделять три основных вида продолжительности срока: короткий, средний и длинный [Casale G., Perulli A., 2014: 72]. Другая классификация — это установленный в договоре или фиксированный в законе срок испытания. Также возможно выделить еще один критерий классификации срока испытания — уровень квалификации работника. Например, по такому пути пошел французский законодатель.

Д. Гастал и А. Перулли не затронули такого основания, как зависимость срока испытания от специального статуса территорий внутри государств. Например, в Финляндии закреплено специальное регулирование прекращения испытания служащих Аландской провинции, исторически принадлежавшей Швеции⁸. Также возможно классифицировать максимальный срок испытания исходя из продолжительности трудовых договоров. Закрепляемый срок должен быть разумным и давать возможность работнику проявить себя. При его установлении не должен нарушаться принцип равенства.

Закрепление правил продления испытания обязательно в письменной форме. Правила продления увязываются с оговоренными заранее сторонами условиями. На практике работодатели склонны использовать максимально возможный срок испытания, если он установлен законодательно, или ориентируются на судебные решения, что влияет на возможность изменения срока испытания. Например, в Швейцарии — до трех месяцев, хотя обычно срок составляет один месяц⁹, в исключительных — до шести¹⁰. Продление испытательного срока производится в договорном порядке и не должно быть связано с дискриминацией, т.е. продление испытания должно быть всегда обосновано именно проверкой соответствия работника работе.

В Норвегии в Законе об условиях труда (2005) устанавливается, что, если во время испытания работник некоторое время отсутствовал, то продление в рамках установленного максимального срока возможно только если он за-

⁸ Employment Contract Act No. 55 (2001 vers 2019). Available at: <https://finlex.fi/en/laki/kaanokset/2001/en20010055> (дата обращения: 15.02.2021)

⁹ Art. 335b Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (1911 Stand 2021). Available at: https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/27/317_321_377/de (дата обращения: 15.02.2021)

¹⁰ Art. 344a Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (1911 Stand 2021). Available at: https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/27/317_321_377/de (дата обращения: 15.02.2021)

ранее и письменно при заключении трудового договора был об этом уведомлен¹¹. Это проявление жесткости в правовом регулировании продления испытания позволяет защищать трудовые права работника и не допустить злоупотреблений работодателя.

Основное правило продления — срок испытания и возможного продления устанавливается всегда одной и той же продолжительности как для работника, так и для работодателя (в частности, в Швейцарии). Подобный жесткий подход соответствует принципу справедливости и соразмерности правового регулирования. Данное положение может выводиться из судебной практики или закрепляться законодательно¹². Таким образом, ограничение возможного продления испытания максимально оговоренным сторонами сроком — это проявление жесткости. Во Франции испытательный срок может продлеваться, если это закреплено в отраслевом соглашении. Условие о продлении должно быть установлено в трудовом договоре. Такое жесткое регулирование на законодательном и договорном уровнях защищает права работников в отдельных отраслях экономики.

Возможно установление правил зачета испытания. Например, во Франции заключение сначала срочного трудового договора, а потом договора на неопределенный срок позволяет зачесть первый в качестве периода испытания. Это следует из ст. L. 1243-11 Трудового кодекса Франции и подтверждается в Постановлении кассационной инстанции от 9.10. 2013¹³.

Стороны могут оговорить в договорном порядке приостановление течения срока испытания. Приостановление течения срока испытания возможно вследствие непродолжительной болезни работника, однако, например, приостановление на период отпуска зависит от достигнутой сторонами договоренности. Также возможно регулирование данных вопросов в локальных актах.

Общей закономерностью прекращения испытания в странах обеих моделей является соблюдение порядка прекращения. Суды проверяют: связь причины прекращения с результатом испытания; соблюдение срока испытания; соблюдение сроков уведомления; форму уведомления; правильность действий работодателя во время испытания; правовой статус работника на момент его прекращения.

¹¹ § 15-6 Arbeidsmiljøloven (Act relating to working environment, working hours and employment protection, etc. — Working Environment Act). 2005, last amendment 2020). Available at: <https://www.arbeidstilsynet.no/globalassets/regelverkspdf/working-environment-act/> (дата обращения: 15.02.2021)

¹² Art. 335a Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (1911 Stand 2021).

¹³ Cour de cassation. Chambre sociale. Audience publique 9 octobre 2013. Available at: <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000028062404/> (дата обращения: 15.02.2021)

Максимальные сроки предупреждения могут быть как договорными, не ограниченными законодательством (в Великобритании при продолжительности работы до 1 месяца можно заранее не уведомлять), так и установленными законодательно (в Швейцарии этот срок составляет 7 дней)¹⁴, но в договорном порядке может быть снижен. Во Франции данный срок зависит от отработанного периода. Соотношение сроков установлено ст. L1221-25 Трудового кодекса¹⁵. Возможна фиксация иных сроков в договорном порядке как короче, так и длиннее. Нарушение срока уведомления и истечение его после наступления последнего дня испытания не продлевают его, лицо считается уже постоянным работником, что подтверждается решением суда кассационной инстанции¹⁶. Такой жесткий подход защищает интересы работника.

Прекращение трудовых отношений в зарубежных странах после истечения срока испытания возможно только по общим основаниям. Во время испытания может иметь место увольнение за нарушение трудового распорядка. Если первое правило защищает интересы работника, то второе — работодателя. Во втором случае нормы нацелены на то, чтобы работники не могли использовать право увольнения по собственному желанию при совершении дисциплинарного проступка.

Обратимся к типичным трудовым спорам.

Так, австралийский суд при решении вопроса о справедливости прекращения испытания в последний день его срока исследовал не только причину, по которой работник был признан не прошедшим испытание (перIODические короткие опоздания объективного характера), но и социальный статус (работница была беременна), а также обратил внимание, что работодатель несет репутационные риски, связанные с нарушением современных ценностей, разделяемых обществом¹⁷.

В свою очередь, канадский суд проверял действия работодателя во время испытания, наличие инструкций от работодателя о требованиях к работе, возможность контакта работника с представителями работодателя, доведение до работника мнения работодателя о качестве его работы. Отсутствие должной активности со стороны работодателя повлияло на оценку судом правильности прекращения трудового договора, что было подтверждено в деле *Ly v British Columbia*¹⁸.

¹⁴ Art. 335b, Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (1911 Stand 2021).

¹⁵ 24 часа для проработавших не менее 8 дней, 48 часов — от 8 дней до 1 месяца, 2 недели если проработали более 1 месяца, и 1 месяц — более 3 месяцев.

¹⁶ Cour de cassation, civile, Chambre sociale (2014). Available at: <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000029741671/> (дата обращения: 15.02.2021)

¹⁷ *Mahajan v Burgess Rawson and Associates Pty Ltd* // FCCA 1560, 7 July 2017.

¹⁸ *Ly v British Columbia Interior Health Authority*. Available at: <https://www.canlii.org/en/bc/bcsc/doc/2017/2017bcsc42/2017bcsc42.html?resultIndex=1> (дата обращения: 15.02.2021)

Поскольку работник является слабой стороной трудового отношения, прослеживается злоупотребление работодателем правом при использовании испытания. Например, во Франции распространена практика, когда работодатель прекращает испытательный срок сразу после приема на работу, не успев проверить профессиональные возможности работника и нарушая основную цель установления испытания — проверку качества работы. В таком случае установление минимального испытательного срока может улучшить правовое положение находящегося на испытание. Он не должен быть дифференцированным и предлагается с продолжительностью семь календарных дней.

Закономерность, связанная с недопущением дискриминации при испытании и его прекращении, связана прежде всего с реализацией Конвенции Международной организации труда №111 относительно дискриминации в области труда и занятий¹⁹. Работник на испытании не обладает полным набором трудовых прав по сравнению со штатным работником, например, на выходное пособие, на удлиненный период предупреждения о прекращении трудового договора. Если работодатель при прекращении испытания нарушает принцип равенства в труде и принимает решение о прекращении договора по дискриминационным основаниям, то работник вправе обратиться за защитой от несправедливого увольнения вне зависимости от стажа работы у работодателя. Справедливое увольнение во время испытания в данном случае — это только увольнение после оценки деловых качеств работника на оговоренных заранее условиях с возможностью работника довести до работодателя свое мнение о прохождении испытания.

Общая закономерность в правовом регулировании испытания — это и выделение категорий работников, нуждающихся в особой защите. Наиболее урегулированным в зарубежном трудовом праве является охрана интересов такой специальной категории, как беременные женщины. Основное внимание уделяется защите от дискриминации. Например, в Акте Австралии о дискриминации по признаку пола (1984) помимо запрета на дискриминацию по основанию беременности или потенциальной беременности, кормления грудью закреплен и запрет на дискриминацию при принятии решения о трудоустройстве²⁰.

В Акте Нового Южного Уэльса о запрещении дискриминации (1977)²¹ до 2018 года содержался перечень оснований законного отказа в приеме на ра-

¹⁹ Принята в Женеве 25.06.1958 на 42-й сессии Генеральной конференции МОТ.

²⁰ Art. 14 (1) Sex Discrimination Act (1984 vers 2013). No. 4. Available at: <https://www.legislation.gov.au/Details/C2014C00002> (дата обращения: 15.02.2021)

²¹ Anti-Discrimination Act (1977 vers 2020). No 48. New South Wales. Available at: <https://www.legislation.nsw.gov.au/view/html/inforce/current/act-1977-048> (дата обращения: 15.02.2021)

боту беременных на стадии обращения за трудоустройством, прохождения собеседования и найма. Таким образом, и прохождение испытания подходило под эти критерии. Однако, несмотря на действие двухуровневого антидискриминационного законодательства, в Австралии по данным Комиссии по правам человека, 49% беременных женщин и женщин-матерей подвергается дискриминации в сфере труда (т.е. одна женщина из двух), в то время как только 27% отцов сталкиваются с дискриминацией²².

В Канаде на беременных женщин распространяются Акт о правах человека (1985)²³ и Акт о равенстве в труде (1995)²⁴. Если первый закон носит общий характер, то второй уточняет именно вопросы равенства в трудовых отношениях. Статья 3(1) Акта о правах человека закрепляет такое основание дискриминации, как пол, а статья 3(2) этого нормативного правового акта устанавливает, что дискриминация по признаку беременности и наличия ребенка является видом дискриминации по признаку пола. Также устанавливается запрещение дискриминации в трудоустройстве. Кроме того, на уровне провинций принимаются аналогичные акты, закрепляющие минимальные стандарты, например, в Онтарио принят Кодекс прав человека (1990)²⁵ и Акт о стандартах занятости (2000)²⁶. Например, начало отпуска по беременности приостанавливает течение испытания, которое продолжается при выходе из него.

В Германии испытательный срок может быть прекращен в случае беременности работницы. Законодатель запрещает увольнять беременную на испытательном сроке, вне зависимости, сообщила ли она или не сообщила о своей беременности при его начале. На женщину в данном случае распространяется Закон об охране материнства (2017)²⁷ и Закон о защите от несправедливого увольнения (1969)²⁸. В случае незаконного увольнения суд восста-

²² Supporting Working Parents: Pregnancy and Return to Work National Review (2014) // Report Australian Human Rights Commission. P. 1. Available at: <https://humanrights.gov.au/our-work/sex-discrimination/publications/supporting-working-parents-pregnancy-and-return-work> (дата обращения: 12.02.2021)

²³ Canadian Human Rights Act (1985 vers 2019). Available at: <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/h-6/> (дата обращения: 15.02.2021)

²⁴ Employment Equity Act, Canada (1995 vers 2021). Available at: <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/E-5.401/index.html> (дата обращения: 15.02.2021)

²⁵ The Human Rights Code of Ontario (1990 vers 2020). Available at: <https://www.canlii.org/en/on/laws/stat/rso-1990-c-h19/latest/rso-1990-c-h19.html> (дата обращения: 15.02.2021)

²⁶ Employment Standards Act, 2000 (ESA), Ontario. Available at: <https://www.ontario.ca/document/your-guide-employment-standards-act-0> (дата обращения: 12.02.2021)

²⁷ Mutterschutzgesetz (MuSchG) (2017). Available at: https://www.gesetze-im-internet.de/muschg_2018/BJNR122810017.html (дата обращения: 15.02.2021)

²⁸ Kündigungsschutzgesetz (1969). Available at: <https://www.gesetze-im-internet.de/kschg/BJNR004990951.html> (дата обращения: 15.02.2021)

навливает будущую мать, если только в течение испытательного срока она не совершила грубого дисциплинарного проступка (например, воровства имущества работодателя).

В Испании в ст. 14 Статута работников (2015)²⁹ прямо закреплено, что при беременности течение срока испытания приостанавливается, если это условие было оговорено в трудовом договоре в письменной форме. Также на беременных распространяется ст. 17 данного статута и Органический закон № 3/2007 от 22.03.2007 о равенстве женщин и мужчин³⁰, на основе которого компании должны строить кадровую политику.

Таким образом, правовое регулирование прав беременных женщин в труде характеризуется жесткостью базовых норм, защитой их трудовых прав на государственном уровне. Договорные условия должны только улучшать правовое положение, при этом упор делается именно на антидискриминационные акты. Это является следствием важности для каждой страны необходимости воспроизводства рабочей силы. Но несмотря на общую направленность норм нередко происходит нарушение прав беременных на испытании.

Другая категория защищаемых в процессе испытания работников — это лица с ограниченными возможностями здоровья. Они могут быть приняты на работу с условием об испытании. Однако это не значит, что правовой статус данной категории лиц не учитывается. Например, во Франции при непрохождении испытания инвалидом работодатель информирует инспекцию труда, проверяющую обоснованность отказа в трудоустройстве³¹. Установление такого порядка является проявлением жесткости в регулировании, но оно необходимо, так как защищает не только трудовые права инвалидов, но и предотвращает ситуацию, когда при отсутствии работы инвалид остается только на обеспечении государства, что увеличивает нагрузку на бюджет. Таким образом усложненный порядок увольнения охраняет и интересы государства.

В Германии также можно установить испытания для инвалидов, причем в этот период на них не распространяется специальная защита от несправедливого увольнения — гарантии, закрепленные Социальным кодексом (2016), так как для их применения необходимо не менее полугода непрерыв-

²⁹ Artículo 14. Real Decreto Legislativo (2015 mod. 2020). Available at: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11430> (дата обращения: 15.02.2021)

³⁰ La Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres 3/2007. Available at: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-6115&p=20190307&t=1> (дата обращения: 15.02.2021)

³¹ См.: Михайловская А. Испытательный срок — средство от неприятностей. HR-Portal. Available at: URL: <https://hr-portal.ru/article/ispytatelnyy-srok-sredstvo-ot-nepriyatnostey> (дата обращения: 26.09.2019)

ного стажа³². В этой ситуации также прослеживается жесткость в регулировании, однако она имеет другую, нежели во Франции, направленность.

Италия стала одной из трех стран, которые еще в 1923 году ввели обязательное квотирование трудоустройства ветеранов войны [Новиков М.Л., 2008: 15]. В этой стране договорное установление испытания возможно при приеме по квоте инвалидов по направлению центра занятости.

Таким образом, инвалиды, с одной стороны, имеют специальный трудоустройственный статус, но не освобождаются от испытания. Гибкость в данном случае проявляется в договорном установлении испытания. При этом ясно, что работодатели заполняют вакантные места инвалидами, будучи заинтересованы льготами и гарантиями работодателям, а не инвалидам, поэтому привлечение инвалидов и установление испытания является для бизнеса предпочтительным. Если сравнивать эти две категории, то для беременных женщин установлены более жесткое регулирование.

Другая отдельная категория — это ученики. Использование в зарубежных странах ученического договора с условием об испытании — также в интересах работодателя и позволяет выбирать лучших работников, что является проявлением гибкости в формах организации испытания. С одной стороны, работодатель свободен в принятии решения о дальнейшей судьбе ученика, с другой — в договоре такого типа устанавливается специальный испытательный срок, и срок ученичества может быть зачтен в качестве испытания. В зависимости от профессии предельная продолжительность испытания по ученическому договору может быть равной продолжительности испытания как условия трудового договора. Например, несмотря на проведение в Германии реформы здравоохранения, срок испытания ученика по направлению «сестринское дело» не меняется на протяжении многих лет и составляет полгода³³. Он сопоставим со сроком испытания, который обычно закрепляется как условие трудового договора. На практике — от трех до шести месяцев в Германии. Испытательный срок ученического договора в Бельгии составляет три календарных дня. Неодинаковый подход к продолжительности испытания по ученическому договору не влияет на возможность его использования для испытания. Однако для работодателя это дороже, так как необходима оплата услуг наставника.

Специальное регулирование устанавливается для испытания на государственной службе, исходя из значимости качества выполнения данной трудо-

³² § 90 Sozialgesetzbuch IX. Sozialgesetzbuch Neuntes Buch — Rehabilitation und Teilhabe von Menschen mit Behinderungen. Available at: https://www.gesetze-im-internet.de/sgb_9_2018/ (дата обращения: 15.02.2021)

³³ § 20 Pflegeberufegesetz (2017). Available at: <https://www.buzer.de/Pflegeberufegesetz-PfIBG.htm> (дата обращения: 15.02.2021)

вой функции для широкого круга лиц³⁴. Специфика выражается не только в более длительном периоде испытания, но и в регулировании государством оценочных критериев на период испытания, тогда как рядовой работодатель вправе самостоятельно разрабатывать критерии. Такое регулирование оправдано. Если бы перечень правил испытания для обычных работодателей формировался бы централизованно, жестко и детализировано, то на практике бы он не реализовался.

3. Особые закономерности в правовом регулировании испытания при приеме на работу

Проанализируем закономерности правового регулирования испытания при приеме на работу в романо-германской системе (первая модель). Остановимся на первой закономерности — законодательном установлении максимального срока. Такой подход, несомненно, более выгоден работнику. Однако его определение зачастую отличается дифференцированным подходом и зависит от уровня требуемой квалификации.

В странах первой модели возможны два способа установления испытания: закрепление общего максимального срока или фиксация для отдельных профессий различных максимальных сроков. Это не отменяет сроков отдельных категорий работников. Например, в Финляндии максимальный срок — шесть месяцев³⁵; он является максимальным как для трудового договора на неопределенный срок, так и для трудового договора на определенный срок. Такой же срок установлен, например, в Германии³⁶ и Норвегии³⁷. В Испании закреплено два вида максимальных сроков — для квалифицированных работников — до шести месяцев; для работников низкой квалификации — до двух месяцев. При этом возможно установление максимального периода на уровне коллективно-договорного регулирования³⁸. Срок испытания не может превышать срока, закрепленного на коллективно-договорном уровне, который должен соответствовать нормам законодательного

³⁴ Например, в Канаде, Германии.

³⁵ Employment Contract Act, No. 55 (2001 ver. 2020). Available at: <https://www.finlex.fi/en/laki/kaannokset/2001/20010055> (дата обращения: 15.02.2021)

³⁶ Art. 622 Bürgerliches Gesetzbuch (1896). Available at: <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/BJNR001950896.html> (дата обращения: 15.02.2021)

³⁷ § 16-6. Arbeidsmiljøloven (Act relating to working environment, working hours and employment protection — Working Environment Act) (2005; last amendment 2020). Available at: <https://www.arbeidstilsynet.no/globalassets/regelverkspdf/working-environment-act/> (дата обращения: 15.02.2021)

³⁸ Art. 14. Real Decreto Legislativo (2015 mod. 2020). Available at: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11430> (дата обращения: 15.02.2021)

регулирования. Это подтверждается судебной практикой³⁹. Специальный максимальный срок установлен для квалифицированных работников на малых предприятиях Испании. Если количество работников не более 25, то его продолжительность — не более трех месяцев, для низкоквалифицированных — до двух месяцев⁴⁰. Это нацелено на стимулирование малого бизнеса.

В Чехии установлена следующая максимальная длительность испытательного срока: три месяца — по общему правилу, шесть месяцев — для управленческого персонала. Специальный срок возможен для руководящих работников государственных организаций⁴¹. Это могут быть государственная организация, государственный фонд, государственное предприятие, организация государственных силовых структур. Во Франции используется такой же подход: четыре месяца — для рабочих и служащих, шесть — для занимающих руководящие должности, восемь — для руководителей высокого уровня⁴². Кассационный суд Франции установил, что «если не согласовано или не предусмотрено договором, испытательный период, закрепленный в днях, неделях или месяцах, рассчитывается в календарных днях (все календарные дни с понедельника по воскресенье включительно, также включаются при расчете испытательного срока и праздничные дни)».⁴³ Необходимо, например, на уровне Евросоюза уточнить расчет периодов испытания в календарных днях для обеспечения равного положения лиц, находящихся на испытании, и снижения нагрузки на суды.

Таким образом, максимальный испытательный срок в странах первой группы в основном — шесть месяцев, исключая должности руководителей.

Законодательное закрепление максимального срока испытания связано с необходимостью выполнения Директивы ЕС о прозрачных и предсказуемых условиях труда в странах ЕС от 20.06.2019, где и установлен максимальный 6-месячный срок с возможностью его специального регулирования. Государства должны привести законодательство в соответствии с рассматриваемой Директивой к 01.08.2022, но по сути страны ЕС уже придерживаются этого срока. Это проявление жесткости позволяет выровнять трудовую статистику работников в аспекте испытания. В условиях свободного перемещения рабочей силы в ЕС установление отдельным государством меньшего макси-

³⁹ Tribunal Superior de Justicia de Asturias, 26.11.1999 // Núm. Sentencia: 2458/1999; Tribunal Superior de Justicia de Catalonia, 12.03.2002 // Núm. Sentencia: 2067/2002.

⁴⁰ Ortega O. (2019) Probationary period: duration, renewal and extension. Available at: <https://trabajopersonal.com/periodo-de-prueba/> (дата обращения: 20.09.2019)

⁴¹ Labour Code (Zákoník práce), Act No. 262/2006 (2006 vers. 2020). Available at: <https://www.zakonyprolidi.cz/cs/2006-262/zneni-20210101> (дата обращения: 15.02.2021)

⁴² Art. L1221-20 Code du travail (2007 vers. 2021).

⁴³ Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 28 avril 2011, 10-15.573 // Publié au bulletin. 2011. 10–15. 573.

мального срока испытания приведет к большей популярности этой страны при выборе потенциальными работниками аналогичных позиций. Таким образом, законодатель может, в частности, регулировать привлекательность той или иной работы, устанавливая укороченный максимальный срок. Это может использоваться как рычаг привлечения работников к определенной отрасли экономики на государственном уровне, что важно в условиях постоянной конкуренции.

Обратимся к другой закономерности законодательства стран первой модели — возможности отдельного договора для испытания, который может быть альтернативой установлению условия об испытании в трудовом договоре. Такое основание заключения срочного трудового договора есть, например, в Германии [Чиканова Л.А., Чесалина О.В., Шаррер А., 2015: 48]. Выбор способа установления испытания всегда происходит в договорном порядке. Однако с точки зрения порядка прекращения, срочный трудовой договор об испытании выгоден работодателю, в то время как условие об испытании в договоре на неопределенный срок выгодно работнику, так как предполагаются информирование о требованиях к деловым качествам и текущая оценка труда. В соответствии с немецкой судебной практикой одного только соглашения об испытательном сроке недостаточно⁴⁴.

Возможность двух альтернатив является проявлением гибкости. Гибкость проявляется и в упрощенном способе расторжения срочного трудового договора о испытании. Работа на испытании всегда оплачивается, исключая так называемую пробную работу (примерно один день), которая не рассматривается как испытание и регулируется отдельными нормами.

Проанализируем особенности регулирования испытания в странах англо-саксонской системы (вторая модель). Обратимся к соотношению понятия найма по желанию и возможности использования трудового договора с условием об испытании.

В США значимой является концепция найма по желанию, которая подразумевает, что работник может быть уволен без объяснения причин, без заблаговременного уведомления и выплаты выходного пособия. Защитой от несправедливого увольнения является распространение на таких работников законов о равенстве. По мнению ряда зарубежных ученых, законодательство штатов эволюционирует к расширению перечня оснований для лучшей защиты от несправедливого увольнения⁴⁵. Также важна и судебная практика для формирования правил найма. Например, в деле *Shockley v. General Foods Corporation* (1989) сформулирована следующая правовая позиция: обещание заключения договора на неопределенный срок не означает

⁴⁴ Bundesarbeitsgericht Urteil vom 23.03.2017 // 6 AZR. 2017. 705/15.

⁴⁵ Women Workers. Washington, 1993. P. 216.

автоматического распространения на работника обязанностей по предоставлению постоянной работы после заключения договора о найме по желанию, который может быть прекращен в любое время по любым причинам [Ford K., Notestine K., Hill R., 2000: 146].

Если рассматривать условия найма по желанию и трудовой договор с условием об испытании, то, несомненно, второй в сравнении с первым предпочтительнее работнику, а работодателю выгоден первый. В первом случае упрощаются увольнение и его стоимость. Главное четко разграничить последствия прекращения для сторон трудового отношения. Испытание предполагает объяснение причин непрохождения испытания, тогда как в первом случае в этом нет необходимости, т.е. с точки зрения гибкости более выгодна концепция найма по желанию. Данное обстоятельство, конечно, зависит от штата, в котором функционирует работодатель, и от ограничений, накладываемых законодательством штата.

Так, Суд США по округу штата Коннектикут в деле John B. Defontes v The Mayflower Inn. Inc. (2007)⁴⁶ сформулировал следующую позицию: устанавливая в локальном нормативном акте по вопросам труда применение к работникам гостиницы нормы о трудоустройстве по желанию и испытании, работодатель должен разграничить последствия достижения необходимого стажа для распространения на работников защиты от увольнения и условия, продолжительность, последствия испытания. Одной из рекомендаций при подборе места работы является предварительный анализ коллективно-договорных условий работодателя в отношении применения испытания.

Австралия не разделяет концепцию найма по желанию, но на практике так может интерпретироваться установленная в трудовом договоре выплата денежного возмещения за быстрое увольнение без предупреждения, хотя Комиссия справедливой занятости признает незаконность условий, которые могут использоваться в трудовых договорах вместо анализа деловых качеств работника. Комиссия, например, обращает внимание, что нераспространение на работника малого предприятия (менее 15 человек) защиты от увольнения при недостижении работником минимального стажа работы не означает законности ущемления трудовых прав работника и применения такого регулирования⁴⁷.

Рассмотрим вторую закономерность. Условие об установлении максимального срока испытания в договорном порядке позволяет, с одной сто-

⁴⁶ John B. Defontes v The Mayflower Inn. Inc. (2007). Available at: https://www.govinfo.gov/content/pkg/USCOURTS-ctd-3_06-cv-01126/pdf/USCOURTS-ctd-3_06-cv-01126-0.pdf (дата обращения: 15.02.2021)

⁴⁷ Allan Croft v Smarter Insurance Brokers Pty Ltd (2016) // Fair Work Comission Decision 6859. Available at: <https://www.fwc.gov.au/documents/decisionssigned/html/2016fwc6859.htm> (дата обращения: 15.02.2021)

роны, гибко регулировать его, исходя из особенностей производственного процесса, с другой — важна именно добровольность установления срока в договоре. Таким образом, важно в данном случае соблюдение принципа свободы договора. Отсутствие законодательно установленного максимального срока не означает, что весь срок трудового договора может быть периодом испытания. Период испытания должен быть достаточен для изучения качества выполнения работником работы.

В Великобритании испытания законом не регулируются, все отдано на уровень договорного регулирования. Возможность договорного характера установления максимального срока испытания и его условий является проявлением гибкости правового регулирования. Работодателю выгодно установление испытания в индивидуально-договорном порядке, в то время как работникам — в коллективно-договорном.

Работодатели в Австралии устанавливают испытание сроком от трех до шести месяцев. Ориентиром для определения срока испытания в основном является судебная практика, так как суд в случае спора будет определять, насколько соотносится цель испытания и его срок.

В США важное место занимает коллективно-договорное регулирование испытания; на практике срок испытания варьируется от месяца до трех, но он может быть и длиннее. Например, в коллективном договоре Ассоциации университетских работников Калифорнии на 2014-2017 гг. были установлены специальные условия прохождения испытательного срока, понятие работника, находящегося на испытании, понятие испытательного срока, его предельная продолжительность и возможность его уменьшения, подсчет продолжительности испытательного срока, его продление в отдельных случаях. Максимальная продолжительность испытательного срока устанавливается в шесть лет⁴⁸. Это пример подробного договорного регулирования испытательного срока. Как видим, на практике гибкость приводит к большому разбросу в сроках, которые не всегда оправданы.

В Канаде вследствие специфики ее права, помимо договорного, основное значение в определении максимальной продолжительности испытательного срока имеет законодательство провинций и территорий. Большинство установило максимальный период — три месяца (10 субъектов), меньшинство — шесть месяцев (три субъекта). Например, в Онтарио — 90 дней (три месяца). Данные сроки распространяются на работников, которые не являются членами профсоюза. Коллективный договор может устанавливать иные сроки; они не могут ухудшать принятых трудовых стандартов. Договорный максималь-

⁴⁸ Collective Bargaining Agreement (Contract) 2014-2017 (Extended). Available at: <http://www.calfac.org/resource/collective-bargaining-agreement-contract-2014-2017#probation-and-tenure> (дата обращения: 21.07.2017)

ный срок может закрепляться как в месяцах, так и в днях, например, в коллективном договоре работников “Эйр Канада” максимальный срок — 182 дня⁴⁹.

Договоренность об испытании в трудовом договоре и его сроке является достаточным для признания его легитимным. Установление максимального срока компенсируется тем, что у сторон трудового отношения отсутствует законодательная обязанность детализировать его условия. Это подтверждается судебной практикой. Так, Апелляционный суд Онтарио в деле *Nagribianko v. Select Wine Merchants Ltd.* (2017) установил, что «статус работника с испытательным сроком приобрел четкое значение в общем праве»⁵⁰. Однако такая гибкость может провоцировать злоупотребления, их предотвратить позволяет коллективно-договорное регулирование. Если работодатель и работник закрепили срок более длительный, чем установлено законом, то право на выходное пособие и предупреждение об увольнении будет наступать при достижении законодательных сроков.

Третья закономерность касается соотнесения условия об испытании и специальных периодов, влияющих на распространение на новых работников полного трудового статуса по истечении определенного периода времени, не связанного напрямую с испытанием.

В Великобритании законодательно закреплён квалификационный период работы (ст. 108 Закона о правах в сфере занятости (1996))⁵¹, который составляет 24 месяца (до апреля 2012 года он был в два раза короче). По сравнению, например, с Австралией, этот период в три раза длиннее периода трудовой деятельности, по окончании которого на работника распространяется право на справедливое увольнение.

Если условия испытания и его прекращения могут быть оговорены сторонами и улучшить положение работника, то жесткое соотнесение длительности квалификационного периода и условий увольнения до него — не в пользу работника. Получается, что закрепленный в Великобритании срок предупреждения об увольнении в течение квалификационного периода в один месяц недостаточен.

Вследствие длительного квалификационного периода для работника выгоднее всего устанавливать определенный срок испытания или условие об

⁴⁹ Collective agreement between Air Canada and employees (2002 mod 2015). Available at: <https://www.bcbargaining.ca/content/2824/Air%20Canada%20Unifor%202002%202020.pdf> (дата обращения: 15.02.2021). Труд авиационных работников государственного сектора Канады регулируется федеральным законодательством.

⁵⁰ *Nagribianko v. Select Wine Merchants Ltd.* // Ontario Court of Appeal case (ONCA) 540. Available at: <https://www.canlii.org/en/on/onca/doc/2017/2017onca540/2017onca540.html> (дата обращения: 15.02.2021)

⁵¹ Employment Rights Act (1996 vers 2020) Available at: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/18/contents> (дата обращения: 15.02.2021)

его отсутствию в трудовом договоре. Если период испытания будет короче квалификационного, то это будет в интересах работника, он быстрее получит полный трудовправовой статус с необходимыми гарантиями, а также будет информирован о критериях испытания заранее. При отсутствии условия об испытании на него будет распространяться квалификационный период. Абсолютно не в интересах работника оформление испытательного срока продолжительнее квалификационного. Более двух лет испытательного срока, можно рассматривать как злоупотребление работодателем, так как работник пройдет уже два годичных цикла работы у данного работодателя. Таким образом, можно предложить британскому законодателю установить максимальный период испытания, равный квалификационному. Таким образом будет оптимизировано правовое положение работников в аспекте испытания, при сохранении гибкости в назначении его продолжительности.

Следовательно, возможна гибкость в виде выбора испытания или квалификационного периода, по окончании которого работник обладает полным трудовправовым статусом и правом на справедливое увольнение. Однако в условиях выхода Великобритании из Евросоюза и нераспространения на нее Директивы ЕС, которая ограничивает квалификационный период шестью месяцами, не ожидается снижения его длительности и изменения регулирования максимального срока испытания.

В Новой Зеландии у работодателя и работника есть два механизма проверки профессиональной пригодности при устройстве на работу и места работы с упрощенным порядком прекращения договора. При этом первый регулируется четко. Его можно установить по соглашению сторон для работника на любой должности в малом предприятии любой отрасли экономики, на котором работает до 20 человек; максимальный возможный срок, установленный законодателем — 90 дней⁵². На момент обсуждения в 2008 году введения такого положения подобное регулирование из стран ОЭСР не использовали только Дания и Новая Зеландия. Его введение вызвало шквал негодования профсоюзов⁵³.

В течение этого периода работодатель вправе без объяснения причин уволить работника, на которого распространяются только минимальные трудовые стандарты. Этот механизм работодатель может использовать, если у работника нет опыта работы на данном предприятии. Трудовой договор с таким условием должен быть подписан добровольно до начала работы, в нем устанавливается срок использования пробного периода и срок предупреждения. Однако если в организации действует коллективный договор, в котором установлено условие о неиспользовании этого периода, невоз-

⁵² Employment Relations Act 2000 [ERA], Act No. 24 of 2000. Art. 67, 67 a, 67 b.

⁵³ Available at: <http://www.novostinz.co.nz/index/2008/12/10> (дата обращения: 26.09.2019)

можно его индивидуальное установление для принимаемого на работу работника. Работодатель должен соблюдать закрепленные в договоре условия, особенно о предупреждении. И, хотя объяснение причин увольнения в этот период не обязательно, но обычно работодатели делают это по запросу работника. Таким образом, этот период несколько схож с квалификационным периодом в Великобритании.

В сравнении с первым механизмом, позволяющим без затрат расстаться с работником, цель условия об испытании в трудовом договоре — проверка именно деловых качеств. Достигнутое соглашение должно быть недвусмысленно сформулировано как условие трудового договора и зафиксировано в письменной форме с указанием его продолжительности и порядка прекращения. Законодательное ограничение продолжительности отсутствует (это проявление гибкости, и оно в интересах работодателя), поэтому в интересах работника подробно фиксировать требования к работе на испытании. Важным ограничителем использования испытания является то, что его нельзя использовать после применения первого механизма у этого же работодателя. Это определяет жесткость регулирования и выгодно работнику. Таким образом, несмотря на договорный характер двух механизмов, есть сдерживающие работодателя аспекты регулирования.

Во время испытания важно, чтобы работодатель поддерживал работника в овладении необходимыми ему навыками, например, возможно обучение. Работодатель, даже если работник его устраивает, не вправе в одностороннем порядке скорректировать в меньшую сторону срок его испытания. Это не в интересах работника, так как одностороннее уменьшение срока лишит работника возможности покинуть работодателя в упрощенном порядке по собственной инициативе. Это условие нарушит свободу договора.

В случае трудового спора суд будет рассматривать добровольность, длительность установленного срока испытания, своевременность заключения трудового договора, соблюдение правил расторжения трудового договора, соблюдение формы расторжения, адресности уведомления. Например, в деле *Michaela Cradock v Allied Investments Limited* (2019) в Новой Зеландии суд изучил срок, условия договора, порядок его прекращения и выявил нарушения порядка. В письменном уведомлении отсутствовали данные адресата, работник был устно проинформирован, однако установленный срок в 90 дней был соблюден⁵⁴.

Последствия для работодателей при выборе этих механизмов примерно одинаковы, если испытательный период устанавливается равным сроку распространения полного правового статуса. Так же установление в договорном порядке более длительного испытания, чем испытательный период, не

⁵⁴ Available at: https://www.employment.govt.nz/assets/elawpdf/2019/d388808a03/2019_NZE-RA_148.pdf (дата обращения: 26.09.2019)

выгодно работодателю, так как начинают действовать правила о справедливом увольнении в силу закона. Если рассматривать ситуацию с договорным установлением более короткого срока испытания, то необходимо одновременно закрепить условия его продления, работник вправе позднее не согласиться на изменения. Таким образом, работодатель будет в менее благоприятной ситуации, не успев определить пригодность работника к работе.

В Австралии законодательно разграничены также два механизма — испытание и минимальный период трудовой деятельности работника у данного работодателя. Вне зависимости от того, какой механизм выбирается, он должен быть также согласован сторонами трудового отношения в трудовом договоре. Это — проявление гибкости регулирования. Законодатель ограничивает минимальный период трудовой деятельности работника у данного работодателя на легальном уровне. В этом проявляется жесткость правового регулирования. В Австралии минимальный период трудовой деятельности составляет шесть месяцев; в малом бизнесе (менее 15 работников в штате) — не менее 12⁵⁵. После истечения срока работник приобретает право на реализацию права на справедливое увольнение.

В договорном порядке выбирая испытательный срок, работник и работодатель определяют критерии испытания, срок испытания, другие аспекты при обязательном распространении на работника минимума трудовых прав. Главное, чтобы критерием выступали деловые качества работника и со стороны работодателя отсутствовали дискриминационные действия в отношении работника на испытании.

Вероятно, для минимизации количества трудовых споров, вызванных разными по длительности квалификационными периодами и периодами испытания, необходимо создать кодексы хорошей практики, на которые будут ориентироваться работодатели. Со временем продолжительность квалификационного срока повлияет на установление точно такой же длительности максимального периода испытания. Практика свидетельствует, что работодателям трудно разграничивать испытательный срок и квалификационный период. Вследствие этого необходимо сделать выбор относительно того, какой срок использовать. Какой из подходов победит — покажет время.

Более выгодным для работника будет оставление именно испытания, так как в договорном порядке возможно установление более благоприятных условий для него по сравнению со специальными периодами. Эту привлекательность будет можно обеспечить только при сильных профсоюзах, так как им необходимо сохранить договорный порядок установления испытания. Работнику трудно договориться индивидуально с работодателем, добиваясь

⁵⁵ Fair Work Act N 28 (2009 vers 2018). Available at: <https://www.legislation.gov.au/Details/C2018C00512> (дата обращения: 15.02.2021)

лучших условий испытания, например, индивидуальный срок предупреждения, возможное дополнительное пособие, периодичность оценивания, его критерии. Установление минимального и максимального сроков будет проявлением жесткости в регулировании, а критерии, возможность продления испытания и порядок прекращения можно установить гибко в договорном порядке. Сохранение самостоятельности в определении нужного уровня деловых качеств позволит максимально учитывать потребности работодателя в поиске лучших работников в соответствии с условиями коллективных договоров.

Заключение

Исследование позволило выделить как общие, так и особенные закономерности в правовом регулировании испытания в странах романо-германской и англосаксонской правовых систем. Общие подходы к испытанию позволяет сделать вывод о тенденции к сближению правовых моделей в сфере установления испытания при приеме на работу. Развитие дистанционных режимов занятости, глобализационные процессы влияют и будут влиять на развитие законодательства о испытании в сторону его унификации. При регулировании испытания применяется сочетание гибкого и жесткого подходов. Страны романо-германской группы отличаются более жестким регулированием, а англосаксонской — более гибким. Самым гибким является подход Великобритании, где принято исключительно договорное регулирование испытания, а квалификационный период отличается длительностью.

Предлагаемые дополнения и изменения будут способствовать достижению баланса интересов сторон трудового отношения при достижении основной цели испытания — выбора работников с лучшими деловыми качествами при соблюдении прав сторон трудового отношения.



Библиография

Лушников А.М., Лушникова М.В. Курс трудового права Т. 1. Общая часть. М.: Статут, 2009. 879 с.

Николаенко Т. Увольнение иностранного топ-менеджера на испытательном сроке: споры и анализ вопроса // Трудовое право. 2017. N 7. С. 47–54.

Новиков М.Л. Государственная политика в отношении трудовой занятости людей с инвалидностью: международный опыт и российская практика. М.: Перспектива, 2008. 140 с.

Слесарев С. Испытательный срок // Трудовое право. 2019. N 4. С. 5–17.

Филипова И.А. Сравнительный анализ правового регулирования трудовых отношений в России, Франции, США и Великобритании // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2017. N 1. С. 137–142.

Чиканова Л.А., Чесалина О.В., Шарпер А. Срочный трудовой договор в России и Германии // Трудовое право в России и за рубежом. 2015. N 3. С. 45–52.

Ярков В.А. Гражданский процесс. М.: Волтерс Клувер, 2009. 750 с.

Casale G., Perulli A. Towards the Single Employment Contract: Comparative Reflections. Oxford: Hart, 2014, 108 p.

Davulis T., Petrylaitė D. Labour Regulation in the 21st Century: In Search of Flexibility and Security. Cambridge: Scholars Publishing, 2012. 350 p.

Ford K., Notestine K., Hill R. Fundamentals of Employment Law. Tort and Insurance Practice. Chicago: American Bar Association, 2000. 774 p.

Lee K., Nagaraj S. Malaysian Economy Beyond 1990: International and Domestic Perspectives. Kuala Lumpur: Persatuan Ekonomi, 1991. 407 p.

Loh E. Employment Probation as a Sorting Mechanism. International Labor Review, 1994, vol. 3, pp. 471–486.

Reitz A. Labor and Employment Law in the New EU Member and Candidate States. Chicago: American Bar Association, 2007. 402 p.

Rogowski R. Reflexive Labour Law in the World Society. Cheltenham: Edward Elgar, 2013. 352 p.

Vaughan R. Merit Systems Protection Board: Rights and Remedies. N.Y.: Law Journal Press, 2018. 560 p.

Pravo. Zhurnal Vysshey Shkoly Ekonomiki. 2021. No 1

Legal Regulation of Employment Probation Period: Experience of Foreign Countries



Ekaterina Batusova

Associate Professor, Department of Legal Theory and Interdisciplinary Legal Studies, National Research University Higher School of Economics, Candidate of Juridical Sciences. Address: 20 Myasnitskaya Str., Moscow 101000, Russia. E-mail: ebatusova@mail.ru



Abstract

In times of economic instability, organizations are looking for minimization costs and increase its efficiency. The legal regulation of labour offers possibility of conducting probation at the beginning of employment to check employee's labour qualities and compliance with the work. The employee could also evaluate the working conditions at the new employer. Probation is attractive for the employer as a simplified and cost-effective way to dismiss employees. The employer has the right to select permanent employees who have successfully passed the probation, since employees on probation are subject only to minimum labour standards. The aim of the research is a comprehensive analysis of the balance of flexibility and rigidity in employment legal regulation in foreign countries in order to develop recommendations for optimizing probation labour legislation. The methods are analysis and synthesis, abstraction and generalization. The features of legal regulation in the main legal families affect legal regulation of labour in foreign states, important from the point of view of finding a balance between employers and employees

interests in terms of flexibility and rigidity of regulation of labour. The article considers two main models of legal regulation of probation abroad. They are characterized by both general and special patterns. Common patterns include: lack of a state definition of probation; consolidation of a single list of criteria for regulation of probation (duration, rules for its changing and termination); prevention of discrimination and consideration of the legal status of special subjects to eliminate it and improve position in labour market. Special patterns are associated with mechanism of fixing maximum period, types of employment contracts, concepts of regulation of labour, other legally fixed periods of work that can affect legal status of employee on probation. The result of the analysis is proposals for improving regulation of labour in terms of combining flexibility and rigidity of legal regulation of labour.



Keywords

labour law, foreign countries, probation, employees, employers, labor rights, guarantees of labour rights, labour legislation, legal regulation.

For citation: Batusova E.S. (2021) Employment Probation Period: Legal Experience of Foreign Countries. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 1, pp. 244–269 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2021.1.244.269



References

- Casale G., Perulli A. (2014) *Towards Single Employment Contract: Comparative Reflections*. Oxford: Hart, 108 p.
- Chikanova L.A., Chesalina O.V., Sharrer A. (2015) Fixed-term employment contract in Russia and Germany. *Trudovoe pravo v Rossii i za rubezhom*, no 3, pp. 45–52 (in Russian)
- Davulis T., Petrylaitė D. (2012) *Labour Regulation in the 21st Century: In Search of Flexibility and Security*. Cambridge: Scholars Publishing, 350 p.
- Filipova I.A. (2017) Comparative analysis of regulation of labor relations in Russia, France, USA and UK. *Zhurnal zarubezhnogo zakonodatelstva i sravnitel'nogo pravovedeniya*, no 1, pp. 137–142 (in Russian)
- Ford K., Notestine K., Hill R. (2000) *Fundamentals of Employment Law. Tort and Insurance Practice*. Chicago: American Bar Association, 774 p.
- Lee K., Nagaraj S. (1991) *Malaysian Economy Beyond 1990: International and Domestic Perspectives*. Kuala Lumpur: Persatuan Ekonomi, 407 p.
- Loh E. (1994) Employment Probation as a Sorting Mechanism. *International Labor Review*, no 3, pp. 471–486.
- Lushnikov A.M., Lushnikov M.V. (2009) *Course of labor law. T. 1. Essence of labor law and its development. Labor rights in the human rights system*. Moscow: Statute, 879 p. (in Russian)
- Nikolaenko T. (2017) Dismissal of a foreign top manager on probation: disputes and analysis of the issue. *Trudovoe pravo*, no 7, pp. 47–54 (in Russian)
- Reitz A. (2007) *Labor and Employment Law in the New EU Member and Candidate States*. Chicago: American Bar Association, 402 p.
- Rogowski R. (2013) *Reflexive Labor Law in the World Society*. Cheltenham: Edward Elgar, 352 p.

Novikov M.L. (2008) *State policy on employment of persons with disabilities: international experience and Russian practice*. Moscow: Perspektiva, 140 p. (in Russian)

Slesarev S. (2019) Probation. *Trudovoe pravo*, no 4, pp. 5–17 (in Russian)

Vaughan R. (2018) *Merit Systems Protection Board: Rights and Remedies*. N.Y.: Law Journal Press, 560 p.

Yarkov V.A. (2009) *Civil process*. Moscow: Wolters Kluwer, 750 p. (in Russian)