



Советы по трудовому праву для НКО (заключение и изменение трудового договора)

Многие сотрудники и руководители НКО зачастую задаются вопросом о применимости норм российского трудового законодательства к отношениям, складывающимся между НКО и работниками. Если проанализировать кадровую составляющую деятельности российских НКО, то станет очевидно, что требования ТК РФ зачастую выполняются довольно сложно. Несмотря на это, наш законодатель не делает для НКО никаких исключений из общих правил. Если в общественную организацию, фонд, АНО и т.п. принят работник, то с ним должен быть заключен трудовой договор со всеми вытекающими из этого последствиями.

Большинство НКО в России живут за счет субсидий и грантов. В бюджете одобренных проектов мы вряд ли обнаружим строки на оплату отпуска, оплату сверхурочных работ, работы в выходные дни и т.д. Это приводит к тому, что руководителю организации, при условии отсутствия дополнительного финансирования, при найме работников приходится предупреждать их о том, что они смогут получить не все гарантии, предусмотренное трудовым законодательством, что напрямую нарушает действующее законодательство. Может, тогда задуматься о заключении не трудового, а гражданско-правового договора, к примеру, договора подряда?

С одной стороны, руководителю НКО очень выгодно заключить со всеми лицами, выполняющими работы во благо организации, именно договоры гражданско-правового характера (подряд, возмездное оказание услуг т.п.), но это повлечет для организации определенные риски. Они могут заключаться в потере тех ценных кадров, которые будут искать другую организацию - работодателя по причине заинтересованности в трудовом стаже, оплате больничного листа, отпуска и т.д. Опасность также кроется в том, что не все работники, с которыми заключены по сути невыгодные для них договоры, будут верны организации до конца. В случае какого-либо конфликта они вполне могут обратиться в суд и в соответствии со ст. 11 ТК РФ потребовать переквалификации гражданского-правового договора в трудовой. На практике довольно сложно составить договор подряда так грамотно, чтобы доказать в суде, что он не имеет ничего общего с трудовым. Подмена договора опять же незаконна. И этого делать не стоит. В том случае, если все же суд примет решение о переквалификации договора, то для организации это обернется недоплаченными налогами, штрафами, что серьезно может повлиять на реализацию проекта и подорвать доверие грантодателя.

Если все же руководитель НКО принимает решение о заключении именно трудовых договоров, то возникает новая проблема: заключить договор на неопределенный срок или на срок действия проекта? Большинство ответит, что трудовой договор должен быть срочным. Но срочный трудовой договор предусмотрен Трудовым кодексом Российской Федерации в качестве исключения из общего правила. Это объясняется тем, что срочный трудовой договор имеет дополнительное основание своего прекращения - (истечение срока), что ставит работника в уязвимое положение. Срочные трудовые договоры заключаются в тех случаях, когда трудовые отношения не могут быть установлены на неопределенный срок с учетом характера предстоящей работы или условий ее выполнения. То есть работодатель может заключить такой договор в строго определенных случаях. В настоящее время ТК РФ в ст. 59 определяет случаи, когда трудовой договор заключается

на определенный срок (например с лицами, направляемыми на работу за границу) и случаи, когда он может заключаться по соглашению работника и работодателя без учета характера предстоящей работы и условий ее выполнения (например, с лицами, обучающимися по очной форме обучения). На практике формулировка законодателя «по соглашению» обычно подразумевает, что если потенциальный работник не согласен на любезное предложение работодателя заключить трудовой договор на определенный срок, то трудовой договор в принципе не заключается. При этом у работника есть выход: заключить трудовой договор на предлагаемых условиях, но впоследствии добиться его переквалификации в бессрочный.

Коснемся чуть подробнее ряда аспектов соблюдения трудового законодательства при подборе кадров, заключении договора и изменении его условий руководителями НКО.

Необоснованный отказ в приеме на работу

«Мы выбираем, нас выбирают» — как это часто не совпадает...» Отказ в приеме на работу — довольно распространенное явление. В определенных ситуациях потенциальный работник после собеседования с работодателем объективно понимает, что не подходит для данной работы, но бывает, что работнику очевиден необоснованный отказ. После осознания нарушения своих трудовых прав у работника возникает два варианта: смириться и продолжать обивать пороги потенциальных работодателей или собраться с силами и настаивать в суде на своем праве занять вакантную должность в штатном расписании именно у данного работодателя.

Чья взяла?

Для объективности обозначим позицию Верховного Суда Российской Федерации, который в пункте 10 Постановления Пленума «О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации» от 17.03.2004 года указал, что при рассмотрении дел об отказе в приеме на работу «в целях оптимального согласования интересов работодателя и лица, желающего заключить трудовой договор... работодатель в целях эффективной экономической деятельности и рационального управления имуществом самостоятельно, под свою ответственность принимает необходимые кадровые решения (подбор, расстановка, увольнение персонала) и **заключение трудового договора с конкретным лицом, ищущим работу, является правом, а не обязанностью работодателя.**

С одной стороны, логично, что работодателю интересно взять на работу того работника, который бы отвечал ему как по деловым качествам, так и по личностным: иметь приятную наружность, быть добрым, отзывчивым, покладистым, неконфликтным и т.д. Но, с другой стороны, трудовое право, соблюдая баланс интересов обеих сторон трудовых отношений, все же ограничивает выбор работодателя, не дает ему возможности отказывать подряд всем работникам, обратившимся согласно объявленной вакансии и считающим себя подходящими претендентами.

Необоснованный отказ - это что?

Российский законодатель запретил необоснованный отказ в приеме на работу. Исходя из содержания статьи 64 Трудового кодекса России, можно выделить три вида необоснованных отказов: отказ без указания причины, отказ по причинам, прямо запрещенным трудовым законодательством, например, дискриминационный отказ; и отказ по причинам, которые не относятся к деловым качествам работника.

Если судом будет установлено, что работодатель отказал в приеме на работу по обстоятельствам, связанным с деловыми качествами данного работника, такой отказ является обоснованным.

Что относим к деловым качествам?

Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 17 марта 2004 г. «О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации» разъясняет, что под деловыми качествами работника следует понимать способности физического лица выполнять определенную трудовую функцию с учетом имеющихся у него профессионально-квалификационных качеств (например, наличие определенной профессии, специальности, квалификации), личностных качеств работника (например, состояние здоровья, наличие определенного уровня образования, опыт работы по данной специальности, в данной отрасли). Кроме того, подчеркивается, что работодатель вправе предъявить к лицу, претендующему на вакантную должность или работу, и иные требования, обязательные для заключения трудового договора в силу прямого предписания федерального закона либо необходимые в качестве дополнения к типовым или типичным профессионально-квалификационным требованиям в силу специфики той или иной работы (например, владение одним или несколькими иностранными языками, способность работать на компьютере).

Между тем постановление Пленума Верховного Суда источником права не является и не может содержать правовые нормы, обязательные для применения, во-первых, и, во-вторых, специфика правосубъектности работодателя в том, что он наделен правами по организации производства и труда, самостоятельному определению кадровой политики, управлению персоналом и т.п.

Более правильным с позиции российского законодателя было бы закрепить понятие деловых качеств в тексте Трудового кодекса Российской Федерации. При этом оно не должно допускать расширительного толкования, т.к. на практике это приводит к неограниченным возможностям работодателя подобрать «требуемый» набор деловых качеств к каждому неудобному претенденту на вакантную должность. К примеру, если нам нужно отсеять от претензий на должность лиц старше 45 лет, то достаточно заявить требование об умении работать в компьютерных программах, появившихся в последние 2-3 года и т.п.

Внимательно читаем объявления

Обращение к работодателю потенциальный работник предваряет прочтением объявления о приеме на работу. Каких только объявлений не встретишь на рекламных стендах, в газетах, Интернете. Не нужны женщины с детьми, не нужны женщины без детей, не нужны граждане без регистрации, не нужны работники старше 45 лет и т.д. Все привыкли к таким объявлениям. Чаще всего, прочитав подобное объявление дискриминационного характера, лица, находящиеся в поиске работы, просто пролистнут его, как и десятки аналогичных. К счастью, руки законодателя дошли до нормативного запрета размещения подобных объявлений, и за их распространение установлена административная ответственность (Статья 13.11.1.КОАП).

При устройстве на работу работодатели проводят проверку деловых качеств соискателей. Законодатель не регламентирует процедуру проведения собеседования, тестирования.

Почему отказ?

Каждому претенденту, обратившемуся за трудоустройством, работодатель в случае отказа должен объяснить причины такого отказа в письменной форме. Но сделать это он обязан только в том случае, если работник обратился к нему с соответствующей просьбой. Низкий уровень правовой грамотности среднестатистического работника не дает ему внутренней уверенности в том, чтобы настаивать на предоставлении письменного отказа в приеме на работу. Не имея на руках документа с отказом, пытаться защитить свои права будет достаточно сложно. Именно истец в суде должен будет доказать сам факт обращения за трудоустройством к работодателю. Доказать, что он просил объяснить причину отказа в приеме на работу. Отсюда следует очень низкий процент дел данной категории, доходящих до судебного разбирательства.

Проблемным моментом в описываемой ситуации является то обстоятельство, что российское трудовое законодательство не закрепляет четкий порядок обращения к потенциальному работодателю соискателей, ищущих работу. Закон не обязывает работодателя регистрировать данные обращения, рассматривать их в определенном порядке, фиксировать где-то принятое решение. Подобная регламентация процесса трудоустройства, например, с обязательной регистрацией обратившихся кандидатов на должность, фиксацией предоставленных ими сведений о квалификации и опыте работы, ведением реестра письменных отказов кандидатам, не принятым на должность, сделала бы процедуру трудоустройства более прозрачной, а в случае рассмотрения судом дела о незаконном отказе в приеме на работу способствовала бы установлению истины.

Законодатель закрепляет случаи, когда отказ в приеме на работу будет однозначно незаконным. Это такие случаи, как, например,

- отказ в приеме на работу приглашенным в письменной форме в порядке перевода от другого работодателя в течение одного месяца со дня их увольнения с прежнего места работы (ч. 4 ст. 64 ТК РФ);

- отказ в приеме на работу, если суд принял решение о восстановлении незаконно уволенного работника (ст. 16 ТК РФ);
- если кандидат избран на должность, либо одержал победу в конкурсе в порядке, установленном законодательством (ст. 16 ТК РФ);
- отказ в приеме на работу женщине в связи с беременностью или наличием детей (ч. 3 ст. 64 ТК РФ), – такой отказ повлечет за собой уголовную ответственность, но вряд ли работодатель укажет подобную причину в письменной форме.

Статья 64 Трудового кодекса запрещает отказывать в приеме на работу по дискриминационным основаниям. Но поскольку действующее законодательство содержит лишь примерный перечень причин, по которым работодатель не вправе отказать в приеме на работу лицу, ищущему работу, вопрос о том, имела ли место дискриминация при отказе в заключении трудового договора, решается судом при рассмотрении конкретного дела. Обратим внимание, что перечень оснований дискриминации в трудовом законодательстве (статья 3, ст. 64 ТК РФ) является открытым, что позволяет работнику считать себя подвергшимся дискриминации по таким, к примеру, основаниям, как сексуальная ориентация, рост, вес и др.

Отказ получен, что дальше?

Отказ в заключении трудового договора может быть обжалован в суде (ст. 64 ТК РФ). Лица, считающие, что они подверглись дискриминации в сфере труда, вправе обратиться в суд с заявлением о восстановлении нарушенных прав, возмещении материального ущерба и компенсации морального вреда (ч. 4 ст. 3 ТК РФ).

Поскольку никаких исключений в гражданском процессуальном законодательстве Российской Федерации по искам о дискриминации нет, то суды требуют от истцов соблюдения ст. 56 ГПК Российской Федерации, согласно которой каждая сторона должна доказать те обстоятельства, на которые она ссылается в обоснование своих требований или возражений. Отсутствие на руках письменного отказа, какого-либо подтверждения того факта, что гражданин обращался к данному работодателю за трудоустройством, ставит истца в очень затруднительное положение.

Испытание при приеме на работу: юридические аспекты

Прием на работу нового сотрудника зачастую является рискованным мероприятием для НКО. Далеко не всегда кандидат на вакантную должность будет действительно соответствовать всем чаяниям работодателя. Да и самому работнику выбранная трудовая деятельность может в первые недели после трудоустройства прийти не по вкусу. Для того чтобы обе стороны трудового договора убедились, что действительно нашли друг друга и идеально (или почти идеально) друг другу подходят, законодатель предусмотрел возможность проверки работодателем деловых и личных качеств работника в процессе выполнения должностных обязанностей.

Кого можно испытывать?

Трудовое законодательство весьма осторожно относится к потенциальным кандидатам на установление испытания, указывая, что испытывать можно далеко не всех работников, заключающих трудовой договор с работодателем. Какие-то категории работников (несовершеннолетние, вчерашние выпускники учебных заведений) априори не являются опытными в силу отсутствия навыков практической работы, какие-то (беременные, кормящие) по вполне понятным физиологическим и семейным причинам не смогут на первоначальном этапе показать свои способности в полную силу. Исходя из защитной функции трудового права России, статья 70 ТК РФ гласит, что испытание при приеме на работу не устанавливается для:

- лиц, избранных по конкурсу на замещение соответствующей должности, проведенному в порядке, установленном трудовым законодательством и иными нормативными правовыми актами, содержащими нормы трудового права;
- беременных женщин и женщин, имеющих детей в возрасте до полутора лет;
- лиц, не достигших возраста восемнадцати лет;
- лиц, окончивших имеющие государственную аккредитацию образовательные учреждения начального, среднего и высшего профессионального образования и впервые поступающих на работу по полученной специальности в течение одного года со дня окончания образовательного учреждения;
- лиц, избранных на выборную должность на оплачиваемую работу;
- лиц, приглашенных на работу в порядке перевода от другого работодателя по согласованию между работодателями;
- лиц, заключающих трудовой договор на срок до двух месяцев;
- иных лиц в случаях, предусмотренных настоящим Кодексом, иными федеральными законами, коллективным договором.

В том случае, когда работодатель с согласия претендента на должность все же установил испытательный срок в трудовом договоре с указанными категориями работников, данное условие будет признано противоречащим закону и недействительным.

Если работница, принятая с испытанием, уведомила работодателя о наступившем состоянии беременности или работодатель постфактум выяснил обстоятельство, препятствующее включению условия об испытании в трудовой договор, то, издав соответствующий приказ, работодатель должен внести изменение в трудовой договор, оформив дополнительное соглашение, в котором признать недействующим пункт об установлении испытания.

Сколько раз можно испытывать?

На практике может возникнуть вопрос, можно ли устанавливать испытательный срок, если работник, к примеру, уже 5 лет отработал в данной должности в НКО, уволился по собственному желанию и через непродолжительный срок снова на нее возвращается. С одной стороны, работодатель знает весь потенциал данного работника, с другой - за период отсутствия работника могло измениться как содержание должностной инструкции, так и сам работник. Трудовой кодекс закрепляет, что испытание может предусматриваться в трудовом договоре при его заключении. Соответственно, сколько бы раз работодатель ни заключал трудовой договор с одним и тем же работником, установление испытания можно считать законным. Так же сразу разрешим вопрос с возможностью установления испытания при переводе на другую должность в рамках предприятия. К примеру, при сокращении численности работников, работодатель обязан предлагать работнику все вакантные должности, имеющиеся в организации. Предположим, под сокращение попадает заместитель руководителя проекта, а в качестве вакантной должности выступает место заместителя главного бухгалтера. У работника есть соответствующее образование и опыт работы бухгалтером на другом предприятии. Абсолютно логичным будет желание работодателя установить при таком переводе данному работнику пусть непродолжительное, но все же испытание. Но трудовым кодексом такая возможность не предусмотрена. Для установления испытательного срока, работодателю нужно будет сначала уволить данного работника по сокращению, а потом, заключив новый трудовой договор, прописать в нем условие об испытании. Но этот механизм будет нарушать предусмотренную законом процедуру проведения сокращения.

Как долго может длиться испытание?

Трудовой кодекс устанавливает, что срок испытания не может превышать трех месяцев, а для руководителей организаций и их заместителей, главных бухгалтеров и их заместителей, руководителей филиалов, представительств или иных обособленных структурных подразделений организаций - шести месяцев, если иное не установлено федеральным законом. При заключении трудового договора на срок от 2 до 6 месяцев испытание не может превышать 2 недели.

О сроке испытания работник и работодатель договариваются при заключении трудового договора. Законодатель закрепляет лишь максимальный предел испытания, т.е. стороны трудового договора могут изначально установить испытательный срок меньшей продолжительности, к примеру, 1 месяц. Данный месяц должен дать работнику максимально проявить свои способности, а работодателю – убедиться, что работник обладает соответствующими деловыми качествами. В том случае, если закрепленного в трудовом договоре месяца работодателю покажется недостаточно, то выхода у него уже нет, возможности продлить срок испытания даже при согласии работника законодатель не предусматривает. А вот уменьшить срок испытания, точнее принять решение о досрочном прохождении испытания, вполне возможно. Если работодатель до истечения указанного срока испытания понял, что работник с испытанием справился, то он может издать приказ, в соответствии с которым работник будет считаться прошедшим испытание.

Если работодатель не сокращал срока испытания, и по итогам его истечения пришел к выводу, что работник с испытанием справился, издавать об этом специальный приказ не нужно – работник просто продолжает свою трудовую деятельность.

В тех случаях, когда во время испытания работник заболел, взял отпуск за свой счет или по другой уважительной/неуважительной причине не явился на работу, периоды, когда он фактически отсутствовал на работе, в срок испытания не засчитываются, то есть срок испытания пропорционально продлевается.

В том случае, если работник приступил к работе с ведома или по поручению работодателя или его представителя (фактический допуск), а трудовой договор с ним заключен позднее, то даже если в приказе о приеме на работу указано, что испытательный срок установлен, испытания нет. Трудовой кодекс дает в случае фактического допуска только одну законную возможность установления испытания – оформление отдельного соглашения об испытании до начала работы. То есть если отдельного соглашения не оформлено, то включение данного условия впоследствии в трудовой договор незаконно. Можно, конечно, заключить трудовой договор задним числом, но в отношении принципиальных работников, знающих свои трудовые права, такой вариант может не пройти.

В трудовом договоре предусмотрена дата, с которой работник должен приступить к работе, и если эта дата не совпадает с датой заключения трудового договора, то испытательный срок начнет течь с того дня, как работник фактически приступил к исполнению своих должностных обязанностей.

Трудовой статус испытываемого

В период испытания на работника в полном объеме распространяются положения трудового законодательства и иных нормативных правовых актов, содержащих нормы трудового права, коллективного договора, соглашений, локальных нормативных актов. Из этого следует, что все гарантии, предусмотренные для работников нормативными и договорными актами, связанные с рабочим временем, временем отдыха, оплатой труда и т.д., должны соблюдаться работодателем.

На практике работодатели зачастую устанавливают работнику на время испытательного срока существенно меньшую по размеру заработную плату. Это незаконно по причине того, что работник во время испытания и после его прохождения выполняет тот же самый объем должностных обязанностей. Законным будет повышение оплаты в том случае, если после прохождения испытания изменится, к примеру, разряд работника в тарифной сетке предприятия.

Если испытание не пройдено

Работодатель в рамках срока испытания может прийти к выводу, что работник с должностными обязанностями не справляется. Для работников, находящихся на испытательном сроке, законодатель предусмотрел особый порядок увольнения: работодатель обязан уведомить работника за три дня до даты предполагаемого увольнения и указать причи-

ны, послужившие основанием для признания работника не выдержавшим испытание. При этом расторжение трудового договора производится без учета мнения соответствующего профсоюзного органа и без выплаты выходного пособия. Так как увольнение производится по инициативе работодателя, все гарантии, предусмотренные трудовым законодательством, должны соблюдаться. В частности, работники, не прошедшие испытание не могут быть уволены во время отпуска, временной нетрудоспособности. Если во время испытания работница забеременела, о чем уведомила работодателя, увольнение производится уже не может.

Зачастую на практике работодатели, установив в трудовом договоре условие об испытании, не контролируют процесс выполнения испытываемым работником своих трудовых обязанностей. Либо контролируют, но все замечания работнику делают исключительно в устной форме. Допустим, что при приближении конца срока испытания работодатель все же приходит к выводу, что работник ему не подходит, и инициирует увольнение. В случае, когда работодатель не позаботился о наличии доказательственной базы, подтверждающей обоснованность увольнения, работник по судебному решению, скорее всего, вернется на рабочее место, плюс потребует оплаты вынужденного прогула и компенсации морального вреда в соответствии с 394 статьей ТК РФ. Работодатель, предусматривая условие об испытании работника, должен разработать систему контроля за работником: назначить лицо, которое будет отвечать за ведение журнала поручений, данных испытываемому работнику, отмечать в данном журнале результаты выполнения поручений с ознакомлением работника под роспись; брать объяснения с работника о причинах, помешавших выполнить то или иное задание.

Важно заметить, что работодатель проверяет не только деловые качества испытываемого работника, но и умение соблюдать трудовую дисциплину, регламентированную Правилами внутреннего трудового распорядка организации, иными локальными нормативными актами и трудовым договором, в случае нарушения которой должно осуществляться привлечение работника к дисциплинарной ответственности. При таком подходе и работник, и работодатель, и суд, в случае спора, будут с очевидностью понимать законность произведенного увольнения.

Если инициатива расторжения трудового договора исходит не от работодателя, а от работника, посчитавшего, что данная работа ему не подходит, то законодатель установил сокращенный срок для предупреждения работодателя об увольнении. По общему правилу при увольнении по собственному желанию работник должен уведомить работодателя в письменной форме за две недели. Для работников, находящихся на испытательном сроке, срок предупреждения сокращен до трех дней.

Срочный трудовой договор: с кем, когда и как заключать

По общему правилу трудовой договор заключается с работником на неопределенный срок. Стороны встречаются и соглашаются в письменной форме не расставаться очень-очень долго, может даже всю жизнь. Но в определенных случаях работник и работодатель заранее договариваются, что их встреча на жизненном пути имеет лишь срочный характер, что в определенный в договоре момент, к примеру, по окончании проекта, они должны расстаться и, может быть, навсегда.

Срочный трудовой договор предусмотрен Трудовым кодексом Российской Федерации в качестве исключения из общего правила. Это объясняется тем, что срочный трудовой договор имеет дополнительное основание своего прекращения - истечение срока, что ставит работника в уязвимое положение. Срочные трудовые договоры заключаются в тех случаях, когда трудовые отношения не могут быть установлены на неопределенный срок с учетом характера предстоящей работы или условий ее выполнения, то есть работодатель может заключить такой договор в строго определенных случаях.

В настоящее время ТК РФ в ст. 59 определяет случаи, когда трудовой договор на определенный срок **заключается**:

- на время исполнения обязанностей отсутствующего работника, за которым в соответствии с трудовым законодательством и иными нормативными правовыми актами, содержащими нормы трудового права, коллективным договором, соглашениями, локальными нормативными актами, трудовым договором сохраняется место работы;
- на время выполнения временных (до двух месяцев) работ;
- для выполнения сезонных работ, когда в силу природных условий работа может производиться только в течение определенного периода (сезона);

с лицами, направляемыми на работу за границу;

- для проведения работ, выходящих за рамки обычной деятельности работодателя (реконструкция, монтажные, пусконаладочные и другие работы), а также работ, связанных с заведомо временным (до одного года) расширением производства или объема оказываемых услуг;

- с лицами, поступающими на работу в организации, созданные на заведомо определенный период или для выполнения заведомо определенной работы;

- с лицами, принимаемыми для выполнения заведомо определенной работы в случаях, когда ее завершение не может быть определено конкретной датой;

- для выполнения работ, непосредственно связанных со стажировкой и с профессиональным обучением работника;

- в случаях избрания на определенный срок в состав выборного органа или на выборную должность на оплачиваемую работу, а также поступления на работу, связанную с непосредственным обеспечением деятельности членов избираемых органов или должностных лиц в органах государственной власти и органах местного самоуправления, в политических партиях и других общественных объединениях;

- с лицами, направленными органами службы занятости населения на работы временного характера и общественные работы;

- с гражданами, направленными для прохождения альтернативной гражданской службы;

- в других случаях, предусмотренных настоящим Кодексом или иными федеральными законами.

Заметим, что для НКО указанные выше случаи чаще всего не подходят.

Случаи, когда он **может заключаться** по соглашению работника и работодателя без учета характера предстоящей работы и условий ее выполнения:

- с лицами, поступающими на работу к работодателям - субъектам малого предпринимательства (включая индивидуальных предпринимателей), численность работников которых не превышает 35 человек (в сфере розничной тор-

говли и бытового обслуживания - 20 человек);

- с поступающими на работу пенсионерами по возрасту, а также с лицами, которым по состоянию здоровья в соответствии с медицинским заключением, выданным в порядке, установленном федеральными законами и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации, разрешена работа исключительно временного характера;
- с лицами, поступающими на работу в организации, расположенные в районах Крайнего Севера и приравненных к ним местностях, если это связано с переездом к месту работы;
- для проведения неотложных работ по предотвращению катастроф, аварий, несчастных случаев, эпидемий, эпизоотий, а также для устранения последствий указанных и других чрезвычайных обстоятельств;
- с лицами, избранными по конкурсу на замещение соответствующей должности, проведенному в порядке, установленном трудовым законодательством и иными нормативными правовыми актами, содержащими нормы трудового права;
- с творческими работниками средств массовой информации, организаций кинематографии, театров, театральных и концертных организаций, цирков и иными лицами, участвующими в создании и (или) исполнении (экспонировании) произведений, в соответствии с перечнями работ, профессий, должностей этих работников, утверждаемыми Правительством Российской Федерации с учетом мнения Российской трехсторонней комиссии по регулированию социально-трудовых отношений;
- с руководителями, заместителями руководителей и главными бухгалтерами организаций независимо от их организационно-правовых форм и форм собственности;
- с лицами, обучающимися по очной форме обучения;
- с членами экипажей морских судов, судов внутреннего плавания и судов смешанного (река - море) плавания, зарегистрированных в Российском международном реестре судов;
- с лицами, поступающими на работу по совместительству;
- в других случаях, предусмотренных настоящим Кодексом или иными федеральными законами.

К сожалению, на практике формулировка законодателя «по соглашению» обычно подразумевает, что если потенциальный работник не согласен на любезное предложение работодателя заключить трудовой договор на определенный срок, то трудовой договор в принципе не заключается. При этом у работника есть выход: заключить трудовой договор на предлагаемых условиях, но впоследствии добиться его переквалификации в бессрочный.

Трудовой договор, заключенный на определенный срок при отсутствии достаточных к тому оснований, установленных судом, считается заключенным на неопределенный срок. Постановление Пленума Верховного суда № 2 от 17.03.2004 года в пункте 13 и 14 выделяет случаи, когда срочный договор станет по решению соответствующего органа бессрочным. Это произойдет, если судом при разрешении спора о правомерности заключения срочного трудового договора будет установлено, что он заключен работником вынужденно; а также при установлении в ходе судебного разбирательства факта многократности заключения срочных трудовых договоров на непродолжительный срок для выполнения одной и той же

трудоустройственной функции.

Определяем срок договора

Максимальный срок, предусмотренный законодателем для срочного трудового договора – 5 лет. Превысить его можно только в случаях прямо предусмотренных законом. При заключении трудового договора на определенный срок сами стороны определяют его продолжительность путем указания конкретного срока действия договора. Срок действия трудового договора может быть определен конкретной датой (например, 1 год), конкретным событием, с наступлением которого трудовые отношения должны быть прекращены (например, выход на работу работника, на время отсутствия которого был заключен срочный договор), или конкретной работой (действиями), по выполнению которой стороны освобождаются от взаимных обязательств по трудовому договору.

Руководствуясь статьей 14 ТК РФ определяем, что датой прекращения трудовых прав и обязанностей будет день, следующий после календарной даты, которой определено окончание трудового отношения. Например, если окончание трудового договора определено конкретной датой (например 1 марта), то с таким работником трудовое отношение считается прекращенным со 2 марта.

В случае, когда срок трудового договора определен не периодом времени, а временем выполнения определенной работы, тогда основанием прекращения трудовых отношений будет являться завершение такой работы. Трудовой договор при данных обстоятельствах прекращается с даты, с которой работа признается завершенной (выполненной).

Если трудовой договор заключен на время исполнения обязанностей отсутствующего работника, то датой его прекращения будет день выхода отсутствовавшего работника на работу.

Определенные сложности у работодателей могут возникнуть при прекращении трудовых договоров, в которых условие о сроке действия обусловлено выполнением определенной работы.

Определить дату прекращения трудового договора по такому основанию возможно лишь приблизительно. Вместе с тем завершение работы подтверждается оформлением акта, составляемого по унифицированной форме N Т-73, утвержденной Постановлением Госкомстата РФ от 5 января 2004 г. N 1 «Об утверждении унифицированных форм первичной учетной документации по учету труда и его оплаты». Актом подтверждается факт выполнения работы, на время которой был принят работник, следовательно, он является основанием для увольнения. Акт составляется работником, ответственным за приемку выполненных работ, утверждается руководителем организации или уполномоченным им лицом и передается в бухгалтерию для расчета и выплаты исполнителю работ причитающейся суммы.

Соответственно если работник не будет предупрежден о прекращении трудового договора по данному основанию до подписания такого акта, то работодатель теряет право уволить работника по п. 2 ч. 1 ст. 77 ТК РФ. Во избежание такой ситуации следует заблаговременно предупредить работника об увольнении.

О прекращении трудового договора в связи с истечением его срока работодатель должен предупредить работника в письменной форме не менее чем за три дня до дня расторжения трудового договора (ч. 1 ст. 79 ТК РФ) за исключением

случаев, когда истекает срок действия срочного трудового договора, заключенного на время исполнения обязанностей отсутствующего работника. В соответствии с новой редакцией части первой статьи 79 Трудового кодекса РФ, введенной в действие с октября 2006 года Федеральным законом от 30.06.2006 N 90-ФЗ, работодатель освобождается от обязанности уведомлять работника о прекращении трудового договора, в случаях когда истекает срок действия срочного трудового договора, заключенного на время исполнения обязанностей отсутствующего работника. Предупреждая, работодатель сообщает работнику о том, что не имеет намерений продлить действие трудового договора. Все понятно и вроде бы просто, но как быть в том случае, если предупреждение работника осуществить невозможно по причине его отсутствия на работе. К примеру, работник заболел, о чем предупредил работодателя по телефону, и не выздоравливает до дня окончания срока трудового договора. Через неделю он является на рабочее место выздоровевший и готовый продолжать работу. И работник, и работодатель знают о том, что истечение срока трудового договора, заключенного на определенный срок, является основанием для его прекращения. Однако если ни одна из сторон не предпримет никаких действий к прекращению трудового договора, то срочный трудовой договор трансформируется в договор с неопределенным сроком. Работника данное положение нормативного акта очень радует, а работодателя ставит в тупик (например, в ситуации с сезонными работниками). Письмо Федеральной службы по труду и занятости от 20 ноября 2006 г. N 1904-6-1 указывает на то, что если срок пропущен, то следует внести изменения в трудовой договор, заключив дополнительное соглашение. Внесение какой-либо записи в трудовую книжку не требуется.

Что можно посоветовать руководителю НКО? Предупредить работника в обязательном порядке. Трудовой кодекс говорит о минимальном сроке – 3 дня. Это не значит, что работодатель не может подстраховаться и предупредить работника, к примеру, за 2 недели. В любом случае если работодатель заинтересован в расторжении трудового договора в срок, то ему необходимо либо найти работника и предупредить под роспись, например, приехать домой к работнику с письменным уведомлением, либо направить работнику заказное письмо с уведомлением о доставке и с описью вложения.

Бывают случаи, что работодатели расширительно трактуют норму Трудового кодекса о запрете увольнения работников, находящихся на больничном. Истечение срока трудового договора является самостоятельным основанием прекращения срочного трудового договора, в связи с чем при увольнении работника по этому основанию работодатель не обязан принимать во внимание специальные дополнительные гарантии, установленные трудовым законодательством для некоторых случаев расторжения трудового договора по инициативе работодателя и предусмотренные ст. 81 ТК РФ. По данному основанию работник может быть уволен в период пребывания в отпуске и временной нетрудоспособности.

ТК РФ устанавливает исключение только для беременных женщин. Статья 261 закрепляет гарантию, суть которой состоит в том, что в случае истечения срочного трудового договора в период беременности женщины работодатель обязан по ее письменному заявлению и при предоставлении медицинской справки, подтверждающей состояние беременности, продлить срок действия трудового договора до окончания беременности. При этом женщина, срок действия трудового договора с которой был продлен до окончания беременности, обязана по запросу работодателя, но не чаще чем один раз в три месяца, предоставлять медицинскую справку, подтверждающую состояние беременности.

Если при этом женщина фактически продолжает работать после окончания беременности, то работодатель имеет право расторгнуть трудовой договор с ней в связи с истечением срока его действия в течение недели со дня, когда работодатель узнал или должен был узнать о факте окончания беременности. Исходя из вышеизложенного, делаем вывод, что обмануть работодателя, продолжив работу после родов, не удастся. Это не повлечет за собой трансформации трудового договора в бессрочный.

Изменениями, внесенными в Трудовой кодекс 30.06.2006, была решена серьезная проблема увольнения беременных работниц, замещающих временно отсутствующих работников. Раньше ТК РФ не позволял увольнять их, и трудовой договор было необходимо продлять по их заявлению до наступления у них права на отпуск по беременности и родам. Новая редакция ТК РФ в ст. 261 допускает увольнение женщины в связи с истечением срока трудового договора в период ее беременности, если трудовой договор был заключен на время исполнения обязанностей отсутствующего работника и невозможно с письменного согласия женщины перевести ее до окончания беременности на другую имеющуюся у работодателя работу (как вакантную должность или работу, соответствующую квалификации женщины, так и вакантную нижестоящую должность или нижеоплачиваемую работу), которую женщина может выполнять с учетом ее состояния здоровья.

Пропустили срок предупреждения

Будет ли увольнение незаконным, если предупреждение будет сделано за 1 день до истечения срока договора или даже в сам этот день? Сможет ли работник в суде требовать признания увольнения незаконным и восстановления на работе? Ответ не очевиден. При анализе нормы ТК РФ понимаем, что законодатель говорит о трансформации срочного договора в бессрочный только в случае, когда ни одна из сторон не потребовала его расторжения. В случае, когда работодатель опомнился, пусть с опозданием, но все же до момента окончания договора, это приведет к незаконности увольнения.

Изменяем обязательные условия трудового договора, не нарушая закон

Трудовой договор подписан. Условия, устраивающие работника и работодателя, согласованы. При этом внешняя стабильность установившихся трудовых отношений бывает довольно обманчивой. Экономические, да и просто жизненные причины порой вносят свои коррективы, влияющие на изменение первоначально закрепленных договоренностей сторон трудового правоотношения. И если при заключении трудового договора стороны находятся в равном положении и имеют возможность не подписывать соглашение на невыгодных для себя условиях, то впоследствии может сложиться ситуация, когда отказаться от изменения условий трудового договора, предложенных одной стороной, вторая будет не вправе.

Обязательные условия

При заключении трудового договора работник и работодатель должны оговорить массу условий, но часть из них законодатель выделяет в отдельную группу, называя обязательными. Эти условия должны быть в тексте любого трудового договора. При этом их отсутствие не влечет недействительности договора, он должен быть дополнен недостающими условиями. В этом случае недостающие условия определяются приложением к трудовому договору либо отдельным соглашением сторон, заключаемым в письменной форме, которые являются неотъемлемой частью трудового договора. К обязательным условиям Трудовой кодекс (ст. 57) относит место работы, трудовую функцию, дату начала работы, обоснование срочности трудового договора и его срок, условия оплаты труда, режим рабочего времени и времени отдыха и др.

По общему правилу требуется согласие

В стабильности трудовых отношений заинтересованы и работник, и работодатель. Изменение трудового договора представляет собой либо перевод на другую работу по взаимному согласию или по требованию одной стороны, либо перемещение, либо изменение определенных сторонами условий трудового договора. Трудовой кодекс закрепляет общее правило, в соответствии с которым изменение определенных сторонами условий трудового договора допускается только по соглашению сторон трудового договора. При этом кодекс оставляет за собой право делать исключения из общего правила, когда желание одной стороны изменить условия договора становится для другой обязательным. Например, в соответствии с ч. 1 ст. 93 ТК работодатель обязан устанавливать неполный рабочий день или неполную рабочую неделю по просьбе беременной женщины, одного из родителей (опекуна, попечителя), имеющего ребенка в возрасте до 14 лет (ребенка-инвалида в возрасте до 18 лет), а также лица, осуществляющего уход за больным членом семьи в соответствии с медицинским заключением. На основании ч. 2 ст. 261 ТК работодатель в случае истечения срочного трудового договора в период беременности женщины обязан по ее письменному заявлению продлить срок действия трудового договора до окончания беременности.

Постоянно или временно?

Изменение условий трудового договора может быть как постоянным, так и временным. К примеру, работница, имеющая ребенка до 14 лет, обращается к работодателю с заявлением об установлении ей режима неполной рабочей недели на 3 месяца. Работодатель в соответствии со статьей 93 Трудового кодекса не вправе ей отказать. При этом обе стороны понимают, что изменяют условия трудового договора лишь временно. Через три месяца все вернется на свои места. Но, если работница, написав заявление, не указала в нем, что просит предоставления режима неполного рабочего времени лишь на срок, то возвращать ей первоначально оговоренный режим рабочего времени работодатель уже не обязан

и изменение условий договора может приобрести необратимый характер. В качестве другого примера срочного изменения обязательных условий договора можно привести временный перевод для замещения отсутствующего работника.

Изменение места работы и трудовой функции

В соответствии со статьей 60 Трудового кодекса запрещается требовать от работника выполнения работы, не обусловленной трудовым договором. Но исключения из правила всегда предусматриваются законодателем, в том числе и в отношении таких обязательных условий трудового договора как место работы и трудовая функция.

В трудовом договоре должно быть прописано условие о месте работы, а в случае когда работник принимается для работы в филиале, представительстве или ином обособленном структурном подразделении организации, расположенном в другой местности, - место работы с указанием обособленного структурного подразделения и его местонахождения. В соответствии с пунктом 16 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 17 марта 2004 г. N 2 «О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации» под структурными подразделениями следует понимать как филиалы, представительства, так и отделы, цеха, участки и т.д., а под другой местностью - местность за пределами административно-территориальных границ соответствующего населенного пункта.

Под трудовой функцией в соответствии со статьей 15 Трудового кодекса РФ понимается работа по должности в соответствии со штатным расписанием, профессии, специальности с указанием квалификации; конкретный вид поручаемой работнику работы. Изменение трудовой функции, обусловленной трудовым договором, является переводом на другую работу.

В соответствии с ч. 1 ст. 72.1 Трудового кодекса перевод на другую работу допускается только с письменного согласия работника, т.е., задумав перевод, работодатель должен убедить в его необходимости работника, чтобы получить желаемое согласие. Если перевод на другую постоянную или временную работу у того же работодателя осуществляется без письменного согласия работника, но он приступил к выполнению этой работы, такой перевод может считаться законным.

В определенных законом случаях работник не может отказаться от перевода, инициированного работодателем. Это чрезвычайные переводы, установленные ч. 2 ст. 72.2 ТК РФ, - работодатель вправе переводить работника на, работу, не обусловленную трудовым договором в случае катастрофы, производственной аварии, пожара, наводнения, голода, землетрясения и в любых исключительных случаях, ставящих под угрозу жизнь или нормальные жизненные условия всего населения или его части. Законодатель не устанавливает запрета понижать квалификацию работника при таком переводе. Чрезвычайный перевод носит кратковременный характер - его продолжительность не может превышать одного месяца. Но в течение календарного года подобные переводы могут осуществляться работодателем неоднократно. Безосновательный отказ от перевода в названных ситуациях будет расцениваться как дисциплинарный проступок, а невыход на работу - как прогул.

ТК РФ устанавливает случаи перевода, когда обстоятельства, возникшие у работника, делают для работодателя

перевод работника обязательным. В частности, это перевод работника в связи с медицинским заключением (ст. 73). Данная статья предусматривает возможность перевода работника не только на другую постоянную работу, но и на временную, если в соответствии с медицинским заключением работник нуждается во временном переводе. Также причиной перевода может стать беременность или наличие детей (ст. 254 ТК РФ). Часть 1 ст. 254 ТК РФ предусматривает, что беременным женщинам в соответствии с медицинским заключением и по их заявлению снижаются нормы выработки, нормы обслуживания либо эти женщины переводятся на другую работу, исключающую воздействие неблагоприятных производственных факторов, с сохранением среднего заработка по прежней работе.

В определенных законом случаях работодатель обязан предложить работнику перевод на другую работу. Такая обязанность возникает при сокращении штата, при увольнении лиц, признанных по результатам аттестации не соответствующими занимаемой должности, если у работодателя для работника, подлежащего увольнению, имеется другая работа. Это может быть вакантная должность или работа как соответствующая квалификации работника, так и вакантная нижестоящая должность или нижеоплачиваемая работа, которую работник может выполнять с учетом своего состояния здоровья. При этом работодатель обязан предлагать работнику все отвечающие указанным требованиям вакансии, имеющиеся у него в данной местности. Предлагать вакансии в других местностях работодатель обязан, если это предусмотрено коллективным договором, соглашениями, трудовым договором (ч. 3 ст. 81). При решении вопроса о переводе работника на другую работу необходимо также учитывать реальную возможность работника выполнять предлагаемую ему работу с учетом его образования, квалификации, опыта работы (п. 29 Постановления Пленума ВС РФ от 17 марта 2004 г. N 2). На практике перечень имеющихся у работодателя вакансий либо уведомление об их отсутствии вручаются работнику одновременно с уведомлением о предстоящем увольнении. Согласие работника на выполнение определенной работы либо отказ от новой должности фиксируется в письменной форме и заверяется подписью работника.

От перевода работника на другую работу следует отличать его перемещение у того же работодателя на другое рабочее место, в другое структурное подразделение, расположенное в той же местности, поручение работы на другом механизме или агрегате. Такое перемещение не требует согласия работника, если это не влечет за собой изменения определенных сторонами условий трудового договора.

Иными словами, изменение рабочего места или структурного подразделения можно признать перемещением только в том случае, если при заключении трудового договора это конкретное рабочее место (механизм, агрегат) или структурное подразделение не оговаривалось и в трудовом договоре не предусмотрено. Если же конкретное рабочее место (механизм, агрегат) или структурное подразделение указано в трудовом договоре, то оно является его обязательным условием и, следовательно, может быть изменено только с письменного согласия работника.

Условия оплаты труда и рабочее время

Условия оплаты труда включают в себя размер тарифной ставки или оклада (должностного оклада) работника, доплаты, надбавки и поощрительные выплаты. Под оплатой труда понимается система отношений, связанных с обеспече-

нием установления и осуществления работодателем выплат работникам за их труд в соответствии с законами, иными нормативными правовыми актами, коллективными договорами, соглашениями, локальными нормативными актами и трудовыми договорами.

Инициатива повышения или понижения оклада или иных стимулирующих выплат, предусмотренных трудовым договором, исходящая от работодателя, должна иметь под собой причину. С одной стороны, никто не запрещает работнику согласиться на любое изменение условий Трудового договора, но в случае обжалования действий работодателя причину проявленной им инициативы, приведшей к ухудшению положения работника, все же придется объяснить. Она будет законной, если будет связана с изменением организационных или технологических условий труда (ст. 74 ТК РФ). Если работодатель просто предложит работнику альтернативу: уменьшение оклада или увольнение, и работник выберет меньшее из двух зол и останется на предприятии, подписав согласие на изменение условий трудового договора, то законной эту ситуацию суд вряд ли признает. Ухудшение условий оплаты труда должно быть связано с изменениями в технике и технологии производства, структурной реорганизации производства, другими причинами, по которым условия трудового договора об оплате труда не могут быть сохранены. ППВС №2 от 17.03.2004 в пункте 21 указывает, что работодатель обязан, в частности, представить доказательства, подтверждающие, что изменение определенных сторонами условий трудового договора явилось следствием изменений организационных или технологических условий труда, например изменений в технике и технологии производства, совершенствования рабочих мест на основе их аттестации, структурной реорганизации производства, и не ухудшало положения работника по сравнению с условиями коллективного договора, соглашения. При отсутствии таких доказательств изменение определенных сторонами условий трудового договора не может быть признано законным. Если условия оплаты труда предусмотрены коллективным договором или соглашением, то в первую очередь, изменения должны быть внесены в них.

В случае если изменения организационных или технологических условий труда могут повлечь за собой массовое увольнение работников, работодатель в целях сохранения рабочих мест вправе с учетом мнения выборного органа первичной профсоюзной организации вводить режим неполного рабочего дня (смены), но только на срок, не превышающий 6 месяцев.

О предстоящих изменениях, а также о причинах, вызвавших необходимость таких изменений, работодатель обязан уведомить работника в письменной форме не позднее чем за два месяца (работодатель - физическое лицо в письменной форме предупреждает работника не менее чем за 14 календарных дней).

Если работник не согласен работать в новых условиях, то работодатель обязан в письменной форме предложить ему другую имеющуюся у работодателя работу (как вакантную должность или работу, соответствующую квалификации работника, так и вакантную нижестоящую должность или нижеоплачиваемую работу), которую работник может выполнять с учетом его состояния здоровья.