

Срок трудового договора при заключении с иностранным гражданином: правовое регулирование, коллизии, соотношение трудового и миграционного законодательства.

При заключении трудового договора с иностранным гражданином работодатели часто сталкиваются с вопросом, на какой же срок необходимо заключать такой договор. С одной стороны Трудовым кодексом Российской Федерации определен четкий перечень случаев, когда трудовой договор может быть заключен на определенный срок. И иностранные граждане в этом перечне не упоминаются. С другой стороны миграционным законодательством ограничен срок действия Разрешения на работу для иностранного гражданина, осуществляющего трудовую деятельность на территории Российской Федерации.

Правовое регулирование данного вопроса осуществляется Конституцией Российской Федерации, Трудовым кодексом Российской Федерации, Федеральным законом № 115-ФЗ от 25 июля 2002 г. «О правовом положении иностранных граждан и лиц без гражданства в Российской Федерации», а также иными подзаконными актами Российской Федерации.

Часть 3 статьи 62 Конституции РФ гласит о том, что иностранные граждане и лица без гражданства пользуются в Российской Федерации правами и несут обязанности наравне с гражданами Российской Федерации. Это означает, что на них, так же как и на граждан Российской Федерации, распространяется ч.1 ст.37 Конституции РФ, закрепляющая свободу труда и право каждого свободно распоряжаться своими способностями к труду, выбирать род деятельности и профессию.

Конституционный принцип свободы труда, включая право на труд, который каждый свободно выбирает или на который свободно соглашается, право распоряжаться своими способностями к труду, выбирать профессию и род деятельности перенесен и в Трудовой кодекс Российской Федерации. На иностранных работников распространяются общие положения трудового законодательства Российской Федерации. Это, прежде всего, право на социальное обеспечение, оплату труда, отдых, охрану труда и т.д.

Однако, необходимо принять во внимание, что для иностранных граждан федеральным законодательством Российской Федерации установлен ряд исключений.

Основными особенностями регулирования труда иностранных граждан в Российской Федерации являются следующие ограничения при приеме на работу:

- обязательное наличие у иностранного гражданина разрешения на работу для осуществления трудовой деятельности на территории Российской Федерации; такое разрешение и будет являться основанием для заключения трудового договора с иностранным гражданином;
- возможность осуществления трудовой деятельности иностранным гражданином только в том субъекте Российской Федерации, на который ему выдано разрешение на работу;
- запрет на замещение иностранными гражданами определенных должностей, а также на занятие определенными видами деятельности;
- ограничение перечня организаций, имеющих право принимать на работу иностранных граждан;
- наличие у иностранного гражданина специального разрешения для въезда на некоторые территории, организации и объекты Российской Федерации;
- регламентированный режим посещения иностранными гражданами некоторых территорий Российской Федерации;
- существенное ограничение на нахождение иностранного работника в командировке вне субъекта, на который ему выдано разрешение на работу;
- спорным является вопрос о возможности и целесообразности установления испытательного срока при приеме на работу иностранного гражданина.

В данной статье остановимся более подробно на вопросе, на какой срок необходимо заключать трудовой договор с иностранным гражданином. На практике существует две точки зрения по данному вопросу. Некоторые юристы и кадровые специалисты считают, что трудовой договор должен быть заключен сроком на один год, но в любом случае не более срока действия Разрешения на работу. Другие утверждают, что договор должен быть бессрочным, так как Трудовой кодекс Российской Федерации не делает на этот счет никаких исключений для иностранных граждан.

Рассмотрим эти две точки зрения подробнее.

1. Срочный трудовой договор.

В соответствии с п. 4 ст. 13 Федерального закона № 115-ФЗ от 25 июля 2002 г. «О правовом положении иностранных граждан и лиц без гражданства в Российской Федерации», работодатель имеет право привлекать и использовать иностранных работников только при наличии разрешения на привлечение и использование иностранных работников, а иностранный гражданин имеет право осуществлять трудовую деятельность только при наличии разрешения на работу.

И разрешение на привлечение и использование иностранных работников, и разрешение на работу выдаются Федеральной миграционной службой РФ сроком действия не более 1 года.

На практике существует мнение, что трудовой договор с иностранным гражданином должен быть всегда срочным, поскольку заключается на период действия разрешения на работу конкретного иностранного гражданина, с которым и заключается трудовой договор, и которое является основанием для заключения трудового договора с иностранным гражданином. Рекомендуется также указывать реквизиты этого разрешения в трудовом договоре.

Данную точку зрения активно поддерживают государственные органы в сфере миграции.

Например, это прослеживается в таких документах, как уведомления государственных органов (служба занятости населения, государственная инспекция труда) о привлечении иностранного работника к трудовой деятельности и заключении с ним трудового договора. В данных уведомлениях необходимо указывать сроки начала и окончания действия трудового договора. Следовательно, подразумевается трудовой договор, заключенный на определенный срок.

Кроме того, при подаче документов на многократную рабочую визу в Управление Федеральной миграционной службы РФ требуется предоставить либо срочный трудовой договор, уже заключенный с иностранным гражданином, либо прописать в договоре, что он заключен на период действия разрешения на работу. Договор, заключенный на неопределенный срок, УФМС РФ принимать не будет.

2. Бессрочный трудовой договор.

Несмотря на вышеприведенные аргументы в пользу срочного трудового договора, существует и другая точка зрения, представляющаяся нам более логичной и соответствующей трудовому законодательству Российской Федерации.

В соответствии с ч. 2 ст. 58 Трудового кодекса Российской Федерации срочный трудовой договор заключается в случаях, когда трудовые отношения не могут быть установлены на неопределенный срок с учетом характера предстоящей работы или условий ее выполнения. Перечень таких случаев дается в ч. 1 ст. 59 Трудового кодекса РФ. Срочный трудовой договор может также заключаться по соглашению сторон трудового договора без учета характера предстоящей работы и условий ее выполнения, в случаях, предусмотренных ч. 2 ст. 59 Трудового кодекса РФ.

Ни в одном из случаев, установленных статьей 59 ТК РФ, не упоминаются иностранные граждане. Кроме того, характер работы, на которую принимаются иностранные граждане, особенно из стран с визовым режимом, также не дает оснований для заключения срочного трудового договора.

В Федеральном законе № 115-ФЗ также нет прямого указания на то, что трудовой договор с иностранным работником должен быть срочный.

В связи с этим несколько непонятна позиция ФМС РФ в этом вопросе, которая отказывается принимать документы для выдачи разрешений без предоставления срочного трудового договора.

Важно знать, что трудовая инспекция придерживается противоположного мнения о сроке трудового договора, а именно, на неопределенный срок.

Последствиями заключения срочного трудового договора без достаточных к тому оснований является признание судом договора заключенным на неопределенный срок (ч. 5 ст. 58 ТК РФ).

Если в трудовом договоре не оговорен срок его действия, то договор также считается заключенным на неопределенный срок (ч. 3 ст. 58 ТК РФ).

При этом нет никаких проблем расторгнуть бессрочный трудовой договор с иностранным гражданином в случае, если истек срок действия его разрешения на работу. Трудовой кодекс РФ предусматривает в этом случае специальное основание для расторжения трудового договора - п. 9 ч. 1 ст. 83 ТК РФ - истечение срока действия, приостановление действия на срок более двух месяцев или лишение работника специального права (лицензии, права на управление транспортным средством, права на ношение оружия, другого специального права) в соответствии с федеральными законами и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации, если это влечет за собой невозможность исполнения работником обязанностей по трудовому договору. В нашем случае это истечение срока действия разрешения на работу.

Если работодатель, или сам иностранный работник (в случае безвизового режима), оформили новое разрешение на работу на следующий год вовремя, с соблюдением необходимых сроков, так что между первоначальным и последующим разрешениями на работу нет перерыва, то и не будет основания для расторжения трудового договора.

А вот если заключать трудовой договор каждый год сроком на 1 год, то такой договор может быть признан судом бессрочным. При установлении в ходе судебного разбирательства факта многократности заключения срочных трудовых договоров на непродолжительный срок для выполнения одной и той же трудовой функции суд вправе с учетом обстоятельств каждого дела признать трудовой договор заключенным на неопределенный срок (п. 14 постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 17 марта 2004 г. № 2 «О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации» (в ред. от 28 декабря 2006 г.; далее — постановление Пленума ВС РФ № 2).

Важно также обратить внимание на проверки контролирующих органов: Федеральной миграционной службы РФ и Федеральной инспекции труда РФ, которые ставят своей целью выявление и устранение нарушений работодателями в сфере миграционного и трудового законодательства.

Добросовестный работодатель может здесь оказаться между двух огней. С одной стороны, выполняя требования ФМС РФ, работодатель будет заключать с иностранными работниками срочные трудовые договоры по сроку действия разрешений на работу, с другой стороны, будет нарушать положения трудового законодательства, безосновательно заключая срочные трудовые договоры с иностранцами.

Рассмотрим, каким санкциям может подвергнуться работодатель при нарушении миграционного и трудового законодательства.

Кодекс об административных нарушениях РФ устанавливает в гл. 18 санкции за нарушение правил миграционного законодательства. В основном, это штрафы, которые могут быть наложены как на самого иностранного гражданина, так и должностное лицо организации, а также на юридическое лицо. Административные штрафы могут варьироваться от 2000 руб. до 5000 руб. для иностранных граждан, от 40000 руб. до 50000 руб. для должностных лиц, от 400 000 руб. до 800 000 руб. для юридических лиц. Штрафы устанавливаются за каждого иностранного гражданина в отдельности. Кроме того, сам иностранный гражданин может быть выдворен за пределы РФ с лишением права въезда в страну в течение 5 лет. Юридическое лицо может быть также подвергнуто

приостановлению деятельности на срок до 90 суток, что может самым негативным образом сказаться на деятельности организации.

Что касается нарушений в сфере трудового законодательства, то их выявлением занимается Федеральная инспекция труда РФ, которая наделена не только полномочиями по надзору и контролю за соблюдением работодателями трудового законодательства и иных нормативных правовых актов, содержащих нормы трудового права, но и правом рассмотрения дел об административных правонарушениях, выдачи обязательных для исполнения предписаний об устранении нарушений. Кроме того, должностным лицам Федеральной инспекции труда РФ предоставлено право не только самим непосредственно осуществлять производство по делам об административных правонарушениях, но и выступать инициаторами применения к виновным лицам мер административного взыскания, налагаемых иными органами.

Трудовым кодексом РФ за нарушение трудового законодательства и иных нормативных правовых актов, содержащих нормы трудового права, установлены следующие виды ответственности: дисциплинарная, материальная, гражданско-правовая, административная, уголовная.

Нас в рамках нашей темы будет интересовать административная ответственность.

Так, согласно ч. 1 ст. 5.27 КоАП РФ нарушение работодателем (его полномочным представителем) практически любой нормы законодательства о труде и об охране труда влечет наложение административного штрафа на должностных лиц в размере **от 1000 до 5000 рублей**, на юридических лиц - **от 30000 до 50000 рублей или административное приостановление деятельности на срок до девяноста суток**. А вот нарушение законодательства о труде и об охране труда должностным лицом, ранее подвергнутым административному наказанию за аналогичное административное правонарушение, влечет **дисквалификацию на срок от шести месяцев до трех лет**. Дисквалификация заключается в лишении физического лица права занимать должности в исполнительном органе управления юридического лица, входить в совет директоров (наблюдательный совет), осуществлять предпринимательскую деятельность по управлению юридическим лицом, а также осуществлять управление юридическим лицом в иных случаях, предусмотренных законодательством Российской Федерации (ч. 1 ст. 3.11 КоАП РФ).

Кроме того, в случае признания судом срочного трудового договора заключенным на неопределенный срок иностранный работник будет восстановлен на работе с выплатой заработной платы за все время вынужденного простоя. Это уже будет материальная ответственность работодателя перед работником за нарушение законодательства о труде.

Таким образом, работодателю при приеме на работу иностранных граждан необходимо учесть множество моментов, чтобы соблюсти все нормы миграционного и трудового законодательства Российской Федерации, оценить все риски, которые могут при этом возникнуть. При этом, все документы должны быть в абсолютном порядке во избежание возможных проблем при проверках контролирующих органов.

26.11.09

Наталья Леонова
Старший юрист
A3 Group Law Firm

