

«Вынужденные» отпуска: риски и возможности

- Может ли работодатель направлять работников в отпуск без сохранения заработной платы по своей инициативе
- В каких случаях отпуск «за свой счет» может обернуться для сотрудника прогулом
- Обязан ли работник подтверждать уважительность причины для предоставления ему неоплачиваемого отпуска

**Жужжалов Михаил
Борисович,**

младший юрист адвокатского бюро
«Егоров, Пугинский, Афанасьев и партнеры»
mibo06@bk.ru

Как показывает практика, «вынужденный отпуск» — это следствие такой ситуации на предприятии, когда работодатель признает невозможность использовать труд работников, но не хочет при этом разрывать трудовых отношений с ними. С точки зрения права такие ситуации являются простоем по независящим от работника и работодателя причинам. В соответствии со ст. 157 ТК РФ время подобного простоя оплачивается в размере не менее 2/3 тарифной ставки, оклада (должностного оклада), рассчитанных пропорционально времени простоя.

Если необходимо сократить издержки, а трудовые отношения уже не приносят предприятию прежней пользы, но требуют значительных затрат, работодатели прибе-

гают к другому инструменту — сокращению численности или штата работников организации (п. 1 ст. 81 ТК РФ). Однако и у работодателя, и у работника есть причины, в связи с которыми этот путь может ими избегаться.

В последние годы на практике получила особенное распространение ситуация, для которой характерно следующее: работодатель не может обеспечить сотрудников работой и испытывает потребность в снижении расходов, но не хочет расторгать трудовые отношения, отчего предлагает работникам уйти в неоплачиваемый отпуск. Сотрудники же сохраняют свои рабочие места до возобновления производственной деятельности, но не получают выплат, предусмотренных в рамках простоя. Это социаль-

ный феномен, отрицаемый юристами с точки зрения действующего трудового законодательства, — вынужденный отпуск без сохранения заработной платы.

Российское трудовое право не спешит признавать такой правовой институт¹. Вместе с тем существует позиция, согласно которой воспользоваться этой мерой все-таки можно, если правильно оформить порядок предоставления отпуска без сохранения зарплаты.

Можно, но рискованно

Отправить работника в вынужденные неоплачиваемые отпуска «технически» возможно, но такие действия влекут серьезные риски для работодателя.

Во-первых, за несоблюдение трудового законодательства согласно ст. 5.27 КоАП РФ должностному лицу, впервые совершившему данное правонарушение, грозит штраф от 1000 до 5000 руб., за повторное нарушение — дисквалификация на срок от одного до трех лет. Риски юридического лица: штраф в размере от 30 000 до 50 000 руб. или административное приостановление деятельности на срок до 90 дней. Индивидуальный предприниматель будет оштрафован в пределах от 1000 до 5000 руб., но возможно и административное приостановление его деятельности на тот же срок.

Во-вторых, вынужденный неоплачиваемый отпуск может быть квалифицирован как простой, если работодатель укажет в качестве его причины обстоятельства, не зависящие ни от него, ни от работников. Как следствие, ему придется выплатить сотрудникам 2/3 тарифной ставки (оклада)². Если же суд сочтет, что причины, по которым работники отправлены в вынужденные отпуска, не связаны с невозможностью обеспечить их

работой, то он вправе признать простой случившимся по вине работодателя. В этом случае работникам выплачивается не менее 2/3 средней заработной платы.

В-третьих, в случае оспаривания такого отпуска работником компания понесет судебные издержки. Этот риск особенно актуален при массовом «отправлении в вынужденные отпуска», когда число судебных споров может соответствовать количеству отпускников.

Отпуск «за свой счет» по правилам

Исходя из анализа действующего законодательства и, в частности, ст. 128 ТК РФ можно сделать вывод, что неоплачиваемый отпуск — это право работника, а не возможность работодателя отправить его туда.

Главные особенности предоставления этой разновидности отпусков:

- основанием может служить только письменное заявление работника;
- продолжительность отпуска определяется по соглашению работника и работодателя;
- ст. 128 ТК РФ предусмотрены случаи, когда работодатель обязан удовлетворить письменное заявление работника, а продолжительность отпуска установлена законом.

Таким образом, порядок предоставления неоплачиваемого отпуска следующий. Переговоры иницируются работником с соблюдением письменной формы и завершаются достижением компромисса между сторонами трудовых отношений по поводу продолжительности отпуска, а также по иным вопросам (дата начала отпуска, передача дел и проч.). При этом признание причины ухода в такой отпуск уважительной — право работодателя.

1 Постановление Минтруда РФ «Об утверждении разъяснения "Об отпусках без сохранения заработной платы по инициативе работодателя.",» от 27.06.1996 № 40.

2 См., напр.: постановление ФАС Северо-Западного округа от 17.10.2000 № А13-1783/00-05, определение Ульяновского областного суда от 02.06.2009.

Все договоренности отражаются в соответствующем приказе работодателя³.

Здесь становится очевидным противоречие: работодатель, имея возможность отказать работнику в предоставлении отпуска без сохранения заработной платы, кроме предусмотренных законом случаев, не вправе инициировать процесс переговоров по направлению работника в неоплачиваемый отпуск. Инициатива должна исходить только от самого работника.

Формальности, дающие возможность

Можно констатировать, что ряд требований к порядку оформления отпуска без сохранения заработной платы носит формальный характер.

Во-первых, даже письменное заявление работника не свидетельствует о том, что инициатива исходит именно от него. Заявление — это документальное последствие инициативы; по нему невозможно

Если есть заявление работника, отпуск не является вынужденным

Барихновская Елена Григорьевна,
адвокат юридической компании Salans

Любвиная Анжелика Аликовна,
адвокат юридической компании Salans
(г. Санкт-Петербург)

Статья 128 ТК РФ устанавливает требование о наличии заявления работника на отпуск без сохранения заработной платы. Если оно есть, то презюмируется, что инициатива исходила от работника и, следовательно, отпуск не является вынужденным, пока не будет доказано иное. При отсутствии заявления незаконность отпуска очевидна. На это указывает и Государственная инспекция труда Санкт-Петербурга в письме от 17.03.2010 № 10-1989-ИСХ.

При этом вопрос не в том, от кого исходила инициатива написания такого заявления, а в том, написано оно добровольно или нет, отражает оно истинную волю работника или нет. И здесь каждую конкретную ситуацию надо оценивать индивидуально. В случае, когда работодатель, скажем, заявил, что если работник не напишет заявления об отпуске, то его немедленно уволят за прогул, которого на самом деле не было, то очевидно, что такое заявление не будет признано добровольным. Другой вопрос, если работодатель предло-

жит работнику или группе работников уйти в неоплачиваемый отпуск, чтобы дать возможность работодателю улучшить финансовое состояние и тем самым избежать сокращения штата или банкротства. Думается, что заявление, написанное работником в ответ на такое предложение, вполне может быть признано добровольным. Хотя с учетом конкретных обстоятельств суд может прийти и к другому выводу.

В тех же случаях, когда работник просит о предоставлении отпуска без сохранения содержания, работодатель решает, является указанная им причина уважительной или нет. Поэтому он вправе просить о ее документальном подтверждении. Но, конечно, не обязан.

На вопрос о том, можно ли считать прогулом нахождение работника в отпуске без сохранения заработной платы, если указанная им причина не существует, мы бы ответили отрицательно: работодатель согласился предоставить такой отпуск, следовательно, тот день, когда работник отсутствовал на работе, формально рабочим для него не был. Скорее, такого работника можно было бы привлечь к ответственности за нарушение правил внутреннего трудового распорядка, если в них так или иначе сформулирован запрет на недобросовестные действия по отношению к работодателю.

с большой долей вероятности установить, кто выступил инициатором. Так, инициатива может исходить от работодателя, а документальное последствие создано работником. Руководство компании всегда может обсудить с сотрудником вопрос о его направлении в неоплачиваемый отпуск (например, если стало известно о важном событии в жизни работника). Сами по себе эти действия не являются правонарушением, а сотрудник вряд ли станет отказываться от обсуждения. Тем самым приведенное выше толкование ст. 128 ТК РФ, согласно которому не допускается возможность инициирования работодателем переговоров об уходе работника в неоплачиваемый отпуск, ошибочно.

Во-вторых, на практике чаще всего такое заявление представляет собой бланк, который создан работодателем и подписан работником. Стандартные бланки организация может создавать на случай, если кто-то из работников действительно соберется в отпуск без сохранения зарплаты. Они обычно включают просьбу работника предоставить ему оплачиваемый или неоплачиваемый отпуск. Такая практика вполне оправдана: работнику остается лишь заполнить соответствующие пустые графы (Ф. И. О., причина и продолжительность отпуска, дата, подпись). И не обязательно, что организация допускает при этом злоупотребления, хотя у нее и появляются возможности для этого.

В-третьих, соглашение между работником и работодателем может выражаться в согласии первого с условиями, предложенными последним. И этого достаточно, чтобы говорить о наличии соглашения по поводу предоставления работнику неоплачиваемого отпуска. А значит, при наличии определенных обстоятельств, когда сотрудник не может не согласиться с позицией работодателя, формального соблюдения требований ст. 128 ТК РФ вполне достаточно

Когда работодатель обязан предоставить сотруднику отпуск без сохранения зарплаты

В соответствии со ст. 128 ТК РФ на основании письменного заявления работника неоплачиваемые отпуска предоставляются:

- участникам ВОВ — до 35 календарных дней в году;
- работающим пенсионерам по старости (по возрасту) — до 14 календарных дней в году;
- родителям и женам (мужьям) военнослужащих, погибших или умерших вследствие ранения, контузии или увечья, полученных при исполнении обязанностей военной службы, либо вследствие заболевания, связанного с прохождением военной службы, — до 14 календарных дней в году;
- работающим инвалидам — до 60 календарных дней в году;
- работникам в случаях рождения ребенка, регистрации брака, смерти близких родственников — до пяти календарных дней;
- в других случаях, предусмотренных законом либо коллективным договором.

для того, чтобы отправить его в вынужденный отпуск за свой счет.

Уважительная причина — краеугольный камень

Согласно прямому указанию ст. 128 ТК РФ основанием для направления работника в отпуск без сохранения заработной платы может быть «семейная или иная уважительная причина». Однако трудно себе представить, чтобы подобные обстоятельства возникли сразу у всех сотрудников, которых работодатель пожелал отправить в отпуск за свой счет. Поэтому фактическое отсутствие указанных причин означает неправомерность предоставления такого отпуска.

3 См.: Комментарий к Трудовому кодексу Российской Федерации (постатейный) / Под ред. Ю. П. Орловского. 4-е изд. М., 2007 (п. 4 комментария Л. А. Чикановой к ст. 128 ТК РФ).

Такое толкование нормы Трудового кодекса чревато возникновением следующих проблем. Например, работнику удалось убедить работодателя в уважительности причины, по которой он просил предоставить ему отпуск без сохранения зарплаты. Однако оказалось, что этой причины в действительности не существует. При этом ТК РФ не предусматривает правомочия работодателя самостоятельно устанавливать фактическое существование обстоятельств, на которые ссылается работник. Положение работодателя усугубляется в случае, когда работник ссылается на не существующую в реальности причину, в связи с которой предоставление неоплачиваемого отпуска обязательно в силу закона. К примеру, по просьбе работника ему был предоставлен отпуск на предусмотренные ст. 128 ТК РФ пять дней по причине регистрации брака. Но, как выяснилось, сотрудник не только не посещал ЗАГС, но и не собирался туда.

Возникают вопросы: будет ли в таких случаях предоставление отпуска без сохра-

нения зарплаты правомерным? не приведет ли к негативным последствиям для работодателя его согласие предоставить такой отпуск по просьбе работника, если выяснится, что причин для этого не было?

Анализируя практику, можно выделить два подхода к разрешению данного спора.

Подход 1. В центре внимания — соглашение между работником и работодателем. Предполагается, что, предоставив работнику по его просьбе отпуск, работодатель признал существование уважительной причины. А работник, согласившись с работодателем и уйдя в отпуск, выразил свою заинтересованность в этом.

Такой подход игнорирует уважительную причину как необходимое условие предоставления неоплачиваемого отпуска: основанием является само соглашение между работником и работодателем.

Предпосылка такого подхода — позиция, согласно которой неоплачиваемый отпуск является негативным обстоятельством пре-

Заявление работника — основной довод для суда

Татарец Любовь Михайловна,

адвокат Амурской областной коллегии адвокатов

Продолжительность отпусков без сохранения зарплаты ТК РФ не ограничена. Она определяется по соглашению сторон, поэтому оспорить в суде такую договоренность практически невозможно. Лимиты предусмотрены федеральными законами только для определенных категорий работников. Вместе с тем, если отпуск длиннее семи календарных дней, этот период не включается в стаж работы, дающий право на ежегодный основной оплачиваемый отпуск (ч. 2 ст. 121 ТК). Это следует довести до сведения работников.

Отпуск без сохранения заработной платы работодатель предоставляет по заявлению работника, где указывает причины своей просьбы. Поскольку этот отпуск не оплачивается, работник не обязан подтверждать причины документально. Наличие заявления работника для суда будет основным доводом того, что он добровольно оформил отпуск без оплаты.

Если работник находится в отпуске без содержания, его отсутствие на работе не может быть расценено как прогул, даже когда выясняется, что он дезинформировал работодателя относительно причины своей просьбы, поскольку имеется приказ о ее удовлетворении. Работодатель вправе проверить обоснованность указанной работником причины, но это должно предшествовать оформлению приказа.

жде всего для работника. Хотя работодатель и экономит на зарплате, для него уход сотрудника в отпуск не принципиален. Поэтому если окажется, что никакой уважительной причины не существовало, это не будет иметь никакого значения с точки зрения правомерности предоставления отпуска, поскольку достигнуто соглашение сторон.

Практика показывает, что большинство представителей юридического сообщества придерживается именно этого подхода, что выражается, в частности, в признании письменного заявления работника выражением его инициативы.

Но данный подход противоречит норме ч. 2 ст. 128 ТК РФ, которая обязывает работодателя в случаях, предусмотренных законом, предоставить неоплачиваемый отпуск. Таким образом, подразумевается возможная нежелательность для работодателя ухода работников даже в неоплачиваемые отпуска.

Этот подход позволит работникам использовать действие ч. 2 ст. 128 ТК РФ для того, чтобы получить неоплачиваемый отпуск вопреки воле работодателя. Но, как следствие, те станут требовать подтверждений наличия оснований для неоплачиваемого отпуска, если не заинтересованы в его предоставлении. В случае же соблюдения работодателем всех формальностей при отправлении работников в вынужденные отпуска без сохранения заработной платы ему легче будет защищать свою позицию — достаточно лишь ссылки на соглашения между ним и многочисленными работниками.

Подход 2. Предусматривается необходимость подтверждения уважительной причины, поскольку признания ее существования в соглашении между работником и работодателем недостаточно. Ее отсутствие делает предоставление отпуска неправомерным.

Этот подход основывается на том, что уход работника в неоплачиваемый отпуск является нежелательным для обеих сторон, что отражено в ч. 2 ст. 128 ТК РФ. Если бы

для работодателя это имело иное значение, обязанность по предоставлению неоплачиваемого отпуска в определенных случаях не прописывалась бы в законе, а в ч. 1 ст. 128 ТК РФ не было бы указания на уважительность причины. Признание работодателем уважительной определенной причины означает, что она убедила его в необходимости предоставления неоплачиваемого отпуска.

Следующий вопрос: действия работника или работодателя вызвали этот отпуск?

Если придерживаться позиции, что инициатива о предоставлении неоплачиваемого отпуска должна исходить только от работника, получается, что лишь он и может дезинформировать работодателя о наличии уважительной причины. Когда это делается умышленно, отсутствие на работе такого сотрудника следует квалифицировать как прогул.

В случае инициирования предоставления отпуска работодателем, когда реальной причины, не связанной с трудовой деятельностью работника, не существует, отпуск без сохранения заработной платы квалифицируется как простой. Уход в отпуск без сохранения заработной платы сразу массы работников послужит сигналом, что работодатель сокращает издержки за счет средств, полагающихся работникам за простой.

Второй подход более соответствует действующему законодательству, поскольку предоставление неоплачиваемого отпуска по инициативе работодателя, при отсутствии у работника причины личного характера, действительно не предусмотрено. В то же время первый подход вносит большую диспозитивность в регулирование данного вопроса.

Баланс интересов субъектов трудовых отношений

В нормальной экономической ситуации предоставление отпуска без сохранения заработной платы остается без пристального наблюдения со стороны правоохранительных

органов, так как презюмируется отсутствие интереса в нем у обеих сторон трудовых отношений. Сотрудник лишается определенной части заработка, а работодатель рискует нарушить нормальное функционирование предприятия.

В кризисных условиях ситуация кардинально меняется. Работа предприятия останавливается в связи с отсутствием заказов (сырья), а значит, теряется интерес в постоянном нахождении работников на своих местах. В простое последние также не заинтересованы, поскольку предусмотренные ТК РФ выплаты не способствуют оздоровлению предприятия и впоследствии оно может прекратить свое существование (банкротство, ликвидация). Учитывая это, диспозитивное начало в такой ситуации представляется более приемлемым и целесообразным.

Рекомендации работодателям. Так как работодатели фактически не стеснены формальными требованиями ст. 128 ТК РФ, для исключения юридических и финансовых рисков требуется наличие: письменного заявления от каждого работника, отправляемого в неоплачиваемый отпуск, приказа (распоряжения) в отношении каждого такого работника, содержащего указания на свою уважительную причину, дату ухода в отпуск и его продолжительность. Доказательством наличия соглашения работника и работодателя будут подписи обеих сторон на указанных документах. При этом можно рекомендовать не допускать, по мере возможности, ухода в отпуск большого количества работников в одни и те же даты, чтобы подчеркнуть индивидуальный характер каждого принятого кадрового решения.

Какие причины признаются уважительными

Молостова Виолетта

Евгеньевна,

юрист, исполнительный директор ООО «Юридический центр «Эквилибрум»»

Согласно ст. 128 ТК РФ отпуск без сохранения заработка предоставляется при одновременном наличии: письменного заявления работника и уважительной причины. Следует обратить внимание, что причина должна быть уважительной лично для работника, а не для работодателя. Поэтому в заявлении необходимо указывать именно такую причину, которая в дальнейшем не позволит признать отпуск «за свой счет» простым. В ТК РФ нет определения термина «уважительные причины», поэтому работодатель самостоятельно решает, является ли причина, указанная работником, таковой.

Традиционно к уважительным причинам, не считая случаев, прямо предусмотренных ст. 128 Трудового кодекса РФ, относятся: семейные обсто-

ятельства; тяжелое состояние здоровья близкого родственника; форс-мажорные обстоятельства (пожар, затопление и т. п.); экзамены в учебном заведении.

Работодатель может в своих локальных актах предусмотреть перечень обстоятельств, которые считаются уважительными при принятии решения о предоставлении сотруднику отпуска без сохранения зарплаты. При этом рекомендуется делать оговорку по поводу того, что если отсутствие работника может повлечь неблагоприятные последствия для организации, то отпуск по указанным причинам не предоставляется.

Запрашивать у работника документы, подтверждающие уважительность причин, работодатель не обязан, но он вправе отказать работнику в отпуске, если сочтет их неуважительными (кроме случаев, когда предоставление отпуска без сохранения зарплаты является обязанностью работодателя) — такие выводы позволяет сделать анализ ст. 128 ТК РФ.

Работодатели должны отстаивать диспозитивную составляющую ст. 128 ТК РФ, что позволит избежать признания недействительности соглашения с работником в силу факта несуществования уважительной причины. В противном случае неоплачиваемый отпуск будет переквалифицирован либо в простой, либо в прогул. Во избежание споров работодателю стоит заблаговременно получить от работника подтверждение наличия уважительной причины (по мере необходимости).

Рекомендации работникам. Чтобы иметь возможность защитить свои права и подтвердить давление со стороны работодателя, работнику, не желающему уходить в неоплачиваемый отпуск, необходимо доказать отсутствие реальной причины предоставления отпуска, а также инициативу работодателя в принятии этого кадрового решения. Так как специальные процедуры достижения соглашения между сторонами в ТК РФ не прописаны, можно ссылаться только на признаки недобросовестности работодателя, к которым относятся:

- предоставление отпуска без сохранения заработной платы другим работникам (массовый характер явления);
- фактическая приостановка работы предприятия по экономическим, технологическим, техническим или иным организационным причинам;
- тяжелое хозяйственное положение работодателя (т.е. его экономическая заинтересованность).

Рекомендации законодателям и судебной власти. Представляется, что ст. 128 ТК РФ не доработана и следует либо развить идею уважительной причины как основания предоставления неоплачиваемого отпуска в рамках усиления госконтроля, либо усилить диспозитивное начало данного института, позволяя работникам и работодателю по обоюдному согласию разрешать проблемы. В любом случае необходимо вывести из внеправово-

го поля инициативу работодателя, хотя бы на уровне судебной практики.

Если причина, по которой работник ушел в неоплачиваемый отпуск, оказалась несуществующей и он является недобросовестным инициатором, то такую ситуацию следует квалифицировать как прогул. Недобросовестность можно доказать только при наличии соответствующих доказательств. Это чрезвычайно усложняет возможность получения отпуска, но не увеличивает риск обвинения в прогуле, поскольку для этого нужно доказать умышленное введение работодателя в заблуждение.

В случае, когда инициатором неоплачиваемого отпуска выступает работодатель, то необходимо рассмотреть вопрос о признаках поступления инициативы от него. Такая инициатива должна презюмироваться, а при отсутствии реальной причины ухода работника в отпуск — считаться доказанной, если: в неоплачиваемый отпуск направлено большое число работников (массовость); производство простаивает (нерациональность для работников ухода в такой отпуск) и работодатель испытывает потребность в сокращении издержек (его заинтересованность).

Если же исходить из того, что инициатором может выступать только работник, то практику направления в отпуск без сохранения заработной платы можно пресекать только через доказывание наличия давления со стороны работодателя на работника. Первый подход во многом мягче относится к регулированию трудовых отношений. Он не исключает борьбы с давлением на работников, но и не вынуждает идти на дополнительные меры для предотвращения споров (предоставление доказательств реальности причины), кроме случаев, когда работодателя не хотят предоставлять отпуск. В то же время необходимо учитывать, что работник не может до истечения срока, предусмотренного соглашением, вернуться к работе, если он не договорится об этом с работодателем. ■