

УДК 349.235  
ББК 67.405.113.1

## Общее и особенное в сверхурочной работе и ненормированном рабочем дне

*Е.В. Киселева*

Алтайский государственный университет (Барнаул, Россия)

## General and Special in Overtime Work and Unrationed Working Day

*E.V. Kiseleva*

Altai State University (Barnaul, Russia)

Рассматриваются актуальные вопросы работы за пределами установленной продолжительности рабочего времени по инициативе работодателя: сверхурочная работа и ненормированный рабочий день. Ненормированный рабочий день — особый режим рабочего времени, который устанавливается для отдельных категорий работников в трудовом договоре (ст. 101 Трудового кодекса Российской Федерации). К сверхурочной работе привлекается большинство работников, но в случаях, предусмотренных ст. 99 ТК РФ.

Практическое использование двух разных видов работы за пределами установленной продолжительности рабочего времени по инициативе работодателя часто приводит к подмене ненормированного рабочего дня сверхурочной работой.

Указываются причины такого явления, а также другие проблемы, например, связанные с порядком привлечения работника к данным видам работ, особенностью учета переработанных часов, способами поощрения за сверхурочную работу и работу в режиме ненормированного рабочего дня.

Автор формулирует предложения по внесению изменений в Трудовой кодекс РФ: об ограничении продолжительности рабочего времени в год при ненормированном рабочем дне, а также об увеличении ежегодного дополнительного оплачиваемого отпуска за работу в особом режиме.

**Ключевые слова:** инициатива работодателя, ненормированный рабочий день, рабочее время, сверхурочная работа, эпизодически.

DOI 10.14258/izvasu(2018)3-26

Современные рыночные отношения, желание работодателей наиболее эффективно организовать свой бизнес, минимизировать затраты и получить максимум прибыли заставляют последних все чаще привлекать работников к работе за пре-

The article considers the topical issues of the work over the working time limits on the initiative of the employer: overtime work and non-standard working day. Non-standard working day is a particular regime of working time, that is set for the separate categories of workers in a labour contract (article 101 of the Labor Code of the Russian Federation). Most employees work overtime, but in the cases envisaged by the article 99 of the Labor Code of the Russian Federation.

Practical use of two different types of work over the working time on the initiative of the employer often results in the substitution of the non-standard working day by overtime work.

The article identifies the reasons for this, and also other problems, for example, the ones related with the order of involving the worker in the indicated kinds of work; the features of accounting of the working hours; the methods of rewards for overtime work and work in the non-standard working day mode.

In the conclusion the author formulates suggestion on amendments in the Labor Code of the Russian Federation: on the limitation of duration of business hours in a year at the non-standard working day, and also on the increase of an annual additional paid vacation for the work in particular regime.

**Key words:** initiative of the employer, long working hours, working time, overtime, occasionally.

делами установленной продолжительности рабочего времени. Согласно ст. 97 Трудового кодекса Российской Федерации (далее — ТК РФ) [1] работодатель предусмотрел две разновидности такой работы: сверхурочная и ненормированный рабочий

день, выделяя как квалифицирующий признак инициативу работодателя в привлечении к таким работам. Общее между этими разновидностями только то, что работа выполняется по инициативе работодателя и за пределами продолжительности рабочего времени, установленной для работника соответствующими нормативными актами или трудовым договором. В остальном имеются свои особенности: нормативное закрепление — содержится в разных статьях ТК РФ: 99 (сверхурочная работа) и 101 (ненормированный рабочий день), порядок применения и продолжительности, а также способы компенсации переработки. Между тем действующие нормы о ненормированном рабочем дне позволяют работодателю «маскировать» сверхурочную работу под один из режимов рабочего времени, злоупотребляя своей административной властью в отношении работника. По мнению В.Н. Ванюхина, это обусловлено следующим: «ненормированный рабочий день — это порядок труда при разработке и внедрении новых производственных и управленческих технологий, требующий дополнительных повышенных усилий. Ненормированный труд характеризуется отсутствием установленных нормативов (нормы времени, нормы выработки), так как работу такого рода не удастся учесть ни в часах, ни в единицах продукции, ни в производственных операциях. А поскольку не удастся точно учесть и тарифицировать, значит, и невозможно обоснованно оплатить фиксированной частью заработной платы» [2, с. 67].

В.М. Лебедев считает, что «...определение ненормированного рабочего дня, предложенное законодателем, носит откровенно антирабочий характер. Систематические переработки лиц, заключивших трудовой договор с условием ненормированного рабочего дня, стали настоящим бедствием для современной России. Законодательно, под угрозой санкций целесообразно ограничить произвол работодателя в применении режима ненормированного рабочего дня» [3, с. 73].

Все это подтверждает актуальность данной статьи и предполагает анализ общих и специальных положений в отношении сверхурочной работы и ненормированного рабочего дня с целью совершенствования действующего законодательства и правоприменительной практики.

Итак, привлечение работника к сверхурочной работе должно быть обосновано работодателем, так как это влечет за собой уменьшение времени отдыха работника, которое ему гарантировано законодательством. Сверхурочная работа носит исключительный характер и не может становиться нормой. В ст. 99 ТК РФ установлены конкретные случаи и условия привлечения работника к сверхурочной работе:

— с согласия работника (при необходимости выполнить (закончить) начатую работу, неявляющуюся сменой работника, если работа не допускает перерыва);

— не требующие согласия работника (для предотвращения катастрофы, производственной аварии, при введении чрезвычайного или военного положения);

— остальные случаи, которые помимо согласия работника требуют учета мнения выборного органа первичной профсоюзной организации.

Сверхурочная работа имеет место, если инициатива исходит от работодателя, если же сотрудник остается на работе по собственной инициативе, то такая работа сверхурочной не считается [4].

Для установления работнику режима ненормированного рабочего дня согласно ст. 101 ТК РФ работодатель вводит Перечень должностей работников с ненормированным рабочим днем, который работодатель может разработать и утвердить самостоятельно, зафиксировав его в коллективном договоре, соглашении или локальном нормативном акте (ст. 101 ТК РФ). В отношении организаций, финансируемых за счет средств федерального бюджета, содержание Перечня раскрывается. В него включены: «руководящий, технический и хозяйственный персонал и другие лица, труд которых в течение рабочего дня не поддается точному учету, лица, которые распределяют рабочее время по своему усмотрению, а также лица, рабочее время которых по характеру работы делится на части неопределенной продолжительности» [5]. Однако в самой ст. 101 ТК РФ эти критерии не обозначены, что приводит на практике к ошибочному определению некоторых должностей, например секретаря, инспектора отдела кадров, юриста, водителя, техника и других работников, к лицам с ненормированным рабочим днем.

Режим ненормированного рабочего времени — особый режим работы, поэтому он должен предусматриваться в условиях трудового договора с конкретным работником. Обязательным является то, что должность работника должна быть включена в перечень должностей с ненормированным рабочим днем, установленный в соответствии со ст. 101 ТК РФ.

Следует отметить, что работника, отказавшегося выполнять работу в таком режиме, нельзя привлечь к дисциплинарной ответственности, если в трудовом договоре предусмотрено условие о работе в режиме ненормированного рабочего дня, но в соответствующем перечне должностей не указана. Например, гражданка С. обратилась в суд с иском к ООО «...» о признании незаконными и отмене приказов о наложении дисциплинарных взысканий и взыскании компенсации морального вреда за отказ выполнять работу за пределами своего рабочего дня. Ответчик ссылался на то, что в трудовом договоре истицы про-

писано условие об установлении ей режима ненормированного рабочего дня. Однако суд, исследовав представленные ответчиком доказательства, указал, что ответчиком не представлено в материалы дела ни коллективного договора, ни соглашений, ни локального нормативного акта, в соответствии с положениями статьи 101 ТК РФ содержащего перечень должностей работников ООО «...» с ненормированным рабочим днем, в который включена должность истца. Следовательно, истец в порядке ст. 97 ТК РФ не могла быть привлечена работодателем к работе за пределами продолжительности рабочего времени, в связи с чем постановил признать незаконными приказы ООО «...» от ДД.ММ.ГГ. и от ДД.ММ.ГГ. № ... об объявлении С. замечания [6].

Следующей отличительной особенностью является порядок привлечения работника к работе за пределами установленной продолжительности рабочего времени. Так, привлечение работника к сверхурочной работе в случаях, определенных ч. 2 ст. 99 ТК РФ, допускается только с его письменного согласия. В случае отказа работника от выполнения данной работы он не может быть привлечен к дисциплинарной ответственности, в отличие от непредвиденных случаев, указанных в ч. 3 ст. 99 ТК РФ, не требующих его согласия. В ч. 4 ст. 99 ТК РФ упоминаются другие случаи привлечения к сверхурочной работе, которые помимо согласия работника требуют учета мнения выборного органа первичной профсоюзной организации.

При ненормированном рабочем дне работодатель не должен получать согласие ни самого работника, ни представительного органа работников на привлечение (в дни производственной необходимости) работников к работе сверх установленной продолжительности рабочего времени (ст. 101 ТК РФ). Это право работодателя уже предусмотрено в условиях трудового договора. Отказ работника от выполнения таких работ будет грубым нарушением трудовой дисциплины. Это подтверждает пример судебной практики, 4 марта 2016 г. гражданин З. обратился в суд с иском к Управлению ФССП России по Хабаровскому краю о признании незаконным и отмене приказа, восстановлении на службе, взыскании заработной платы за время вынужденного прогула и компенсации морального вреда. З. оспаривал свое увольнение за неисполнение гражданским служащим без уважительных причин должностных обязанностей, которое выразилось в отказе от участия в вечернем (после 18.00) рейдовом мероприятии. Суд пришел к выводу, что служебным контрактом истца предусмотрен ненормированный рабочий день, предоставление ежегодного дополнительного оплачиваемого отпуска за ненормированный рабочий день, в связи с чем оспариваемые З. указания руководителя не свидетельствовали о привлечении

его к сверхурочной работе, для которой требовалось его согласие. И доводы истца о том, что работодатель не имел права привлекать истца к работе после 18 часов, не заслуживают внимания, так как ему был установлен режим ненормированного служебного дня [7].

В оформлении привлечения к работе за пределами установленной продолжительности рабочего времени также есть свои особенности. Как правило, согласие работника на привлечение к сверхурочной работе отмечается его подписью в приказе (распоряжении) работодателя.

Для работы в условиях ненормированного рабочего дня определенной формы (устной или письменной), в которой работодатель отдает распоряжение на привлечение работника к работе за пределами рабочего времени, не установлено. Такой режим работы изначально предполагает возможность привлечения работника к выполнению обязанностей за пределами установленной для него продолжительности рабочего времени. Вместе с тем, полагаем, работодателю целесообразно письменно проинформировать работника о необходимости выполнить поставленную задачу.

Еще одна из особенностей связана с продолжительностью рабочего времени при сверхурочной работе и ненормированном рабочем дне. Для ненормированного рабочего дня нет ограничений на его продолжительность, не установлены пределы за переработку в неделю, месяц, год. Проблема в толковании понятия «эпизодичность» по-прежнему создает на практике большие трудности, о чем неоднократно указывалось в юридической литературе [8–10]. Понятие «эпизодичность» можно охарактеризовать как случайность, внезапность, что является сходным с основаниями по привлечению к сверхурочной работе в условиях чрезвычайных обстоятельств. Как следствие, одни и те же основания позволяют легко подменять переработку часов при сверхурочной работе ненормированным рабочим днем.

В практическом применении очень сложно определить степень эпизодичности или систематичности привлечения, и любая оценка обстоятельств неизбежно становится субъективной, так как отсутствуют какие-либо конкретные критерии. И все же если работодатель злоупотребляет правом и привлекает работника без явной необходимости чрезмерно часто, действия работодателя можно оспорить в суде. В данном случае суд может признать переработку при ненормированном рабочем дне прикрытием сверхурочной работы, которая оплачивается дополнительно. Аналогичная позиция по данному вопросу высказана в Письме Роструда от 7 июня 2008 г. № 1316-6-1 [11].

Работодателю становится выгодным не только эпизодическое, но систематическое привлечение ра-

ботника к работе в условиях ненормированного рабочего дня, ведь такая переработка в таблице учета рабочего времени не отражается. В отличие от ограничений, установленных для сверхурочной работы, которая не должна превышать для каждого работника 4 часов в течение двух дней подряд и 120 часов в год (ч. 6 ст. 99 ТК РФ). Кроме того, законодатель обязывает работодателя обеспечить точный учет продолжительности сверхурочной работы каждого работника (ч. 7 ст. 99 ТК РФ), чего нельзя сказать об учете работы в условиях ненормированного рабочего дня.

Это противоречит положениям ст. 91 ТК РФ, которая определяет, что работодатель обязан вести учет рабочего времени, фактически отработанного каждым работником. Как правило, в организациях для этого есть журнал учета привлечения сотрудников к работе сверх установленной продолжительности рабочего времени. В п. 16 Рекомендации МОТ № 116 от 1962 г. о сокращении продолжительности рабочего времени указывается, что «все часы, проработанные сверх нормальной продолжительности рабочего времени, должны считаться сверхурочными, кроме тех случаев, когда согласно принятому обычаю эти часы учитываются при установлении заработной платы» [12, с. 1340]. Т.е. по смыслу Рекомендации работа в режиме ненормированного рабочего дня является сверхурочной. Полагаем, что исключение работы в режиме ненормированного рабочего дня из категории сверхурочных работ не соответствует нормам международного трудового права и нарушает права работников на справедливую оплату такого труд, а следовательно, должна строго учитываться.

Отличие исследуемых разновидностей также наблюдается и в особенностях компенсации за работу сверх установленной продолжительности рабочего времени. Сверхурочная работа компенсируется за первые два часа работы не менее чем в полуторном размере, за последующие часы — не менее чем в двойном размере или дополнительным временем отдыха (по желанию работника), но не менее времени, отработанного сверхурочно (ст. 152 ТК РФ).

Компенсация за работу в режиме ненормированного рабочего дня предоставляется в виде дополни-

тельного отпуска не менее трех календарных дней, что является крайне недостаточным. Редкий работодатель пойдет на то, чтобы предоставлять работнику больше установленного законодателем минимального размера отпуска. Вместе с тем отсутствие ограничений по времени привлечения к работе в режиме ненормированного дня чаще всего не компенсирует трудозатраты работника. Три дня дополнительного отпуска — это компенсация работнику его постоянной готовности по привлечению к работе сверх установленного времени, вне зависимости от того, привлекался ли он к такой работе.

Таким образом, проведенный анализ двух разновидностей работы за пределами установленной продолжительности рабочего времени по инициативе работодателя показал, что наряду с общим в установлении сверхурочной работы и работы в условиях ненормированного рабочего дня существует много особенностей в порядке их применения и продолжительности, а также в способах компенсации переработки. Однако при практическом соотношении между ними наблюдается нечто общее. В связи с этим предлагается унифицировать нормы о продолжительности переработки за сверхурочную работу и работу в условиях ненормированного рабочего дня. Полагаем, что установление ограничения по продолжительности привлечения работника в течение года (по аналогии со сверхурочной работой — до 120 часов) к работе в условиях ненормированного рабочего дня позволит избежать злоупотребления со стороны работодателя, а также сохранить эпизодический характер ненормированного рабочего дня. Это позволит учитывать переработку рабочего времени в обоих случаях. Помимо этого, предлагается установить большую продолжительность ежегодного дополнительного отпуска за ненормированный рабочий день: не менее 3 календарных дней и не более 15 календарных дней (120 ч. / 8 ч. = 15 к.д.). Конкретную продолжительность ежегодного дополнительного отпуска работодатель может устанавливать на локальном уровне в зависимости от количества отработанного времени сверх установленной продолжительности рабочего времени работника.

## Библиографический список

1. Трудовой кодекс Российской Федерации: Федеральный закон от 30.12.2001 № 197-ФЗ (ред. от 05.02.2018) // Собрание законодательства РФ. — 2002. — № 1 (ч. 1). — Ст. 3.
2. Ванюхин В.В. Ненормированный рабочий день // Кадровик. Трудовое право кадровика. — 2011. — № 2.
3. Лебедев В.М. Трудовое право: проблемы Общей части. — Томск, 1997.
4. В организации установлена пятидневная рабочая неделя с продолжительностью рабочего дня с 9 до 18 часов. Следует ли в случае, когда работникам приходится задерживаться после окончания рабочего дня, предо-

ставлять им дополнительные отгулы? : Письмо Роструда от 18.03.08 № 658-6-0 // Нормативные акты для бухгалтера. — 2008. — № 7.

5. Об утверждении Правил предоставления ежегодного дополнительного оплачиваемого отпуска работникам с ненормированным рабочим днем в федеральных государственных учреждениях : Постановление Правительства РФ от 11.12.2002 № 884 // Российская газета. — 2002. — № 237. — 18 декабря.

6. Определение Санкт-Петербургского городского суда от 12.11.2013 № 33-16209/2013 [Электронный ресурс]. — URL: <http://www.consultant.ru/>.

7. О признании незаконным и отмене приказа № от 04 марта 2016 года, восстановлении на службе, взыскании заработной платы за время вынужденного прогула, компенсации морального вреда : апелляционное определение Судебной коллегии по гражданским делам Хабаровского краевого суда от 21.11.2016 // Сайт Хабаровского краевого суда [Электронный ресурс]. — URL: <https://kraevoy-hbr.sudrf.ru/>.

8. Белицкая И.Я. Правовое регулирование работы за пределами установленной продолжительности рабочего времени : дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2017.

9. Дзугкоева З.В. Правовое регулирование рабочего времени: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2010.

10. Киселева Е.В. Ненормированный рабочий день: от эпизодичности к систематичности // Кадровик. Трудовое право кадровика. — 2017. — № 8.

11. О порядке привлечения работников, которым установлен ненормированный рабочий день, к работе в их выходные и нерабочие праздничные дни : Письмо Роструда от 07.06.2008 № 1316-6-1 // Официальные документы (приложение к «Учет. Налоги. Право»). — 2008. — № 27.

12. О сокращении продолжительности рабочего времени : Рекомендация Международной организации труда от 26.06.1962 № 116 // Конвенции и рекомендации, принятые Международной конференцией труда. 1957–1990. — Т. II. — Женева, 1991.