

ТЕМА НОМЕРА:

Трудовые контракты с топ-менеджерами.
Компенсации и опционы. Увольнение



**КЛЯЧИН
АНТОН БОРИСОВИЧ**

партнер компании
Salomon Partners



**КУЗЬМИН
АЛЕКСЕЙ ВЯЧЕСЛАВОВИЧ**

старший юрист компании
Salomon Partners

ПРАВОВЫЕ ПРОБЛЕМЫ ПРИВЛЕЧЕНИЯ ИНОСТРАННЫХ СОТРУДНИКОВ НА РУКОВОДЯЩИЕ ДОЛЖНОСТИ В РОССИИ

В статье анализируются действующее регулирование труда иностранных топ-менеджеров в России и возникающие в связи с ним юридические и практические проблемы. Дается описание тенденций смягчения порядка привлечения таких сотрудников. Выдвигаются рекомендации по дальнейшему совершенствованию правового регулирования в этой области. Рассматриваются особенности изменения и прекращения трудовых отношений с участием иностранных граждан.

Ключевые слова: правовой статус иностранных граждан, трудоустройство иностранных граждан, возникновение трудовых отношений с иностранными гражданами, изменение и прекращение трудовых отношений с иностранными гражданами

Тема трудовых правоотношений с иностранными гражданами, привлекаемыми для работы на руководящих должностях в частных компаниях на территории России, является актуальной для нашей страны с тех пор, как транснациональные корпорации стали играть серьезную роль в экономике страны. Последние предпочитают отдавать ключевые руководящие посты в своих дочерних компаниях, зарегистрированных в Российской Федерации, выходцам из других стран по целому ряду причин, среди которых не последнее место занимают наличие у иностранных специалистов образования, которое в большей степени соответствует требованиям современной экономики, а также необходимость предоставления карьерного роста тем перспективным специалистам, которым в стране их постоянного проживания пришлось бы ждать повышения слишком долго, и пр.

Правовые условия, определяющие статус самих иностранных работников, весьма непросты, и часто недостаточное внимание к ним приводит к ошибкам системного и технического характера.

В настоящей статье мы рассмотрим правовой статус иностранных сотрудников, привлекаемых в России на руководящие должности.

1. Возникновение трудовых правоотношений

1.1. Заключение трудового договора

Трудовой договор имеет главной целью своего существования документально закрепить договоренности

сторон относительно сути трудовых отношений. Как всякий юридически связывающий стороны документ, он должен подчиняться определенной юрисдикции. Как правило, трудовые отношения между работодателем и сотрудником оформляются несколькими соглашениями: трудовой договор, оформляемый в соответствии с российским правом, дополняется соглашениями в иных юрисдикциях. Последние заключаются в соответствии с правом страны инкорпорации головной компании, нанимающей сотрудника для работы в своей российской дочерней компании, либо в соответствии с иной правовой системой по усмотрению сторон.

Преимущества такого способа оформления трудовых отношений заключаются в возможности представления сотруднику широкого и гибкого списка возможных поощрений за эффективный труд: такие документы, как правило, позволяют работнику участвовать в бонусных и опционных программах работодателя, уже существующих за пределами России. В то же время в документах, заключенных по иностранному праву, можно зафиксировать обязательства работника, которые традиционно считаются невозможными в праве России, к примеру обязательство воздерживаться от конкуренции с работодателем после прекращения трудовых отношений.

Проблемы, возникающие в связи с наличием нескольких договоров, регулирующих одни и те же правоотношения сторон, очевидны. В силу разности правового регулирования основные условия таких соглашений могут вступать (и на практике вступают) в противоречие друг с другом. Впоследствии это противоречие негативно сказывается на практическом применении норм того или другого договора здесь, в России. Еще хуже дело обстоит в том случае, если иностранная компания, пытаясь предусмотреть в договоре максимальный объем условий, типичных для юрисдикций подчинения ее или сотрудника, включает такие условия в трудовой договор, подчиняя его при этом праву Российской Федерации. Естественно, случается, что такие условия договора просто не работают в силу противоречия прямым императивным нормам отечественного Трудового кодекса и подзаконных нормативных актов.

Гарантии и компенсации

Поскольку при работе за пределами страны постоянного проживания у сотрудника неизбежно увеличиваются

расходы на поддержание своей семьи, работодатели часто стараются предоставить работнику такие гарантии и компенсации материального характера, которые обеспечивали бы его и его семью всем необходимым для комфортного существования вдали от той страны, с которой он связан прочной материальной базой. Работодатель предоставляет такие компенсации, как правило, охотно и достаточно щедро (особенно по российским меркам), дабы стимулировать сотрудника трудиться на территории России, которая видится многим иностранцам как некомфортная для жизни и работы и в то же время весьма дорогая страна. Необходимо помнить, что все такие компенсации составляют доход работника.

Как правило, стороны оговаривают размер вознаграждения сотрудника *gross / net* (до вычета всех налогов и «чистый» доход). При этом следует помнить, что натуральный доход работника на территории России (в виде приобретенного фирмой персонального автомобиля, снимаемой за ее счет квартиры и т.п.) также подлежит налогообложению в России как полученный из источника на ее территории. В итоге такой работник может обойтись компании существенно дороже, чем изначально предполагалось при его найме, если не зафиксировать документально, что договоренности о размере «чистого» дохода относятся исключительно к налогообложению дохода в части заработной платы, а налоги на натуральный доход подлежат-таки вычету из суммы заработной платы работодателем как налоговым агентом работника (либо подлежат уплате работником самостоятельно). Самой же компании будет выгодно предоставлять сотруднику жилье с точки зрения расходов на заработную плату¹.

Стоит также подумать заранее о необходимости оплачивать личные транспортные расходы работника, не связанные с рабочими командировками. Такое условие трудового договора предусматривают для того, чтобы сократить пребывание сотрудника в России до периода менее 183 дней в год, и таким образом:

¹ Минфин России в письме от 22.02.2007 № 03-03-06/1115 отмечает, что согласно п. 4 ст. 255 Налогового кодекса РФ стоимость предоставляемого в соответствии с установленным законодательством Российской Федерации порядком бесплатного жилья (суммы денежной компенсации за непредоставление бесплатного жилья, коммунальных и иных подобных услуг) относится в состав расходов на оплату труда, которые в свою очередь участвуют в расчете налоговой базы по налогу на прибыль.



- ограничить налогооблагаемую базу работника доходами, получаемыми на территории нашей страны;
- освободить его от необходимости приобретать дорогие билеты за свой счет.

На практике же работники пользуются предоставленной компенсацией и в тех случаях, когда это не продиктовано необходимостью избежания статуса налогового резидента РФ, мягко говоря — широко используют щедрость фирмы. Следует четко фиксировать в трудовом договоре, сколько личных поездок сотрудника компания готова оплатить.

Бонусы и опционы

Трудовой договор может содержать условия о дополнительном материальном стимулировании работников. Например, договор может содержать условие об участии сотрудника в распределении части прибыли, установлении вознаграждения по итогам работы организации за год в процентном отношении от чистой прибыли. В случае достижения определенных экономических показателей договор может предусматривать право сотрудника на получение части акций общества — так называемую опционную программу, суть которой в предоставлении работнику возможности через определенный период времени приобрести акции компании, в которой они работают, по фиксированной цене. При реализации опционных программ руководители становятся заинтересованными в увеличении капитализации компании, увеличении объемов ее производства, расширении сектора предоставляемых компанией услуг и т.д., что непременно влияет на рыночную стоимость акций компании, которые через определенный период времени могут быть реализованы руководителю.

Мы не будем подробно останавливаться на перечислении видов опционов², однако обратим внимание читателей на некоторые юридические особенности мотивирования работников при помощи опционов.

Во-первых, необходимо помнить, что в соответствии со ст. 2 Федерального закона от 22.04.1996 № 39-ФЗ «О рынке ценных бумаг» опцион — это эмиссионная ценная бумага, закрепляющая право ее владельца на покупку в предусмотренный в ней срок и (или) при наступлении указанных в ней обстоятельств определенного количества акций эмитента такого опциона по цене, определенной в опционе. Из этого следует, во-первых, что выпуск опциона сопряжен с формальными корпоративными (принятие решения компетентными органами компании) и административными (регистрация в ФСФР) процедурами выпуска эмиссионных ценных бумаг.

Во-вторых, естественно, что опцион на покупку долей участия при организационно-правовой форме общества с ограниченной ответственностью выпустить нельзя.

В-третьих, сотрудник, получивший обыкновенные именные акции компании, приобретает и права акционера: право участвовать в управлении компанией путем голосования на общих собраниях акционеров, право регулярного участия в прибыли (получения дивидендов), а также право на получение информации о деятельности и финансовом состоянии компании. С увеличением пакета акций расширяются и права акционера. Например, к возможности голосовать на собрании акционеров может прибавиться право вносить вопросы в повестку дня общего собрания.

Ну и в-четвертых, возникает риск размытия основного пакета акций собственника компании и даже риск проникновения в компанию «нежелательных миноритариев»: ограничить право менеджера распоряжаться уже приобретенными им акциями компании — достаточно сложная юридическая задача, которая решается на уровне соглашения акционеров, к которому придется «подключать» сотрудника с правом на приобретение опциона. Такое подключение проблематично до тех пор, пока сотрудник не является акционером компании. Иными словами, в дополнительном опционном соглашении необходимо предусмотреть обязанность работника в будущем подписать соглашение акционеров³ как встречное исполнение за предоставленный ему опцион.

² Интересующиеся этим вопросом могут ознакомиться с компетентным обзором видов опционных программ для руководителей в статье «Российская модель вознаграждения директоров» Л. Бабыниной, доцента РЭА им. Г.В. Плеханова (Кадровик. Кадровый менеджмент. 2008. № 12).

³ Юридическая сила обязательств, принятых по акционерному соглашению лицом, которое в момент подписания юридически акционером не является, представляется нам сомнительной. Однако не все юристы придерживаются такого мнения: см. статью «К вопросу о соглашениях

Часть перечисленных неудобств опционных программ можно преодолеть при помощи так называемого фантомного опциона. В этом случае работодатель обещает сотруднику выплатить денежную премию, которая равна разнице между действительной рыночной стоимостью акций на время предоставления опциона и их будущей рыночной стоимостью на момент исполнения опциона⁴. Юридически такая договоренность сторон будет являться гражданско-правовой сделкой, совершенной под условием, поэтому есть смысл оформлять ее дополнительным соглашением сторон, отдельно от трудового договора.

Также можно оговорить максимальное число обыкновенных именных акций, которые может получить сотрудник, либо выпускать в пользу сотрудника привилегированные акции компании. Важно помнить при этом, что в соответствии с п. 5 ст. 32 Федерального закона от 26.12.1995 № 208-ФЗ «Об акционерных обществах» акционеры — владельцы привилегированных акций имеют право участвовать в общем собрании акционеров с правом голоса по всем вопросам его компетенции, начиная с собрания, следующего за годовым общим собранием акционеров, на котором независимо от причин не было принято решение о выплате дивидендов или было принято решение о неполной выплате дивидендов по привилегированным акциям этого типа. Право акционеров — владельцев привилегированных акций такого типа участвовать в общем собрании акционеров прекращается с момента первой выплаты по указанным акциям дивидендов в полном размере.

Налоги

Интересно отметить, что затраты компании на опцион (затраты на выпуск и разница в величине реализации своим работникам) во многих юрисдикциях трактуются как затраты компании по удержанию сотрудников. Другими словами, это признается расходом по оплате труда, и наниматель при расчете налогооблагаемой прибыли может отнести его на затратную часть⁵. Наше

же налоговое законодательство не содержит норм, позволяющих отнести затраты на опцион в затратную часть для целей налога на прибыль как расходы на заработную плату.

Для самого сотрудника проблемы с налогообложением еще серьезней. Во-первых, считается, что работник получает материальную выгоду в виде разницы между рыночной стоимостью акций, определяемой на момент их передачи работнику, и той суммой, которую он уплачивает либо за опцион, либо за акции. Если же сотрудник захочет продать свои акции, то должен будет также заплатить налог с дохода от разницы между ценой реализации и ценой приобретения акций.

Во-вторых, поскольку речь идет об иностранном гражданине, не стоит забывать и о соглашении об избежании двойного налогообложения: в случае его отсутствия между правительствами России и страны, гражданином которой является работник, налог он должен будет заплатить и там. В таких условиях материальные выгоды работника от приобретения опциона могут существенно сократиться.

В-третьих, необходимо также учитывать специальные ставки НДФЛ для физических лиц — нерезидентов.

Важно помнить, кроме того, что согласно подп. 6 п. 1 ст. 208 Налогового кодекса РФ вознаграждение директоров и иные аналогичные выплаты, получаемые членами органа управления (совета директоров или иного подобного органа) организации — налогового резидента Российской Федерации, местом нахождения (управления) которой является Российская Федерация, рассматриваются как доходы, полученные от источников в Российской Федерации, независимо от места, где фактически исполнялись возложенные на этих лиц управленческие обязанности или откуда производились выплаты указанных вознаграждений.

Следует оговориться, что все сказанное выше о системах мотивирования сотрудников представляет пока что скорее научный, нежели практический интерес. В сложившейся практике иностранные сотрудники по различным причинам (мы упомянули лишь о некоторых) предпочитают заключать соглашения об опционах и премиальных выплатах в соответствии с законодательством зарубежных стран. Соответственно, речь часто идет о распределении

акционеров» в журнале «ЭЖ-Юрист» (2009. № 44).

⁴ Надо ли говорить, что самым надежным критерием определения рыночной стоимости акций компании является их котировка на бирже. В противном случае работник и работодатель рискуют долго спорить в суде, представляя различные результаты оценки акций компании независимыми оценщиками.

⁵ <http://www.kariera.orc.ru/01-02/Jungl036.html>.



акций компаний, зарегистрированных за пределами России, где законодательство позволяет более гибко подходить к определению категорий распределяемых акций и соответственно к объему предоставляемых ими прав, к определению схем обратного выкупа этих акций, их конвертации и т.п., а параметры прибыли компании (от которых зависит размер причитающегося сотруднику опциона) будут определяться по МСФО.

1.2. Административные формальности

Для того чтобы иностранный гражданин на законных основаниях находился и трудился на территории России, ему нужны виза и разрешение на работу. Из этого общего правила есть отдельные исключения, обусловленные конкретными обстоятельствами пребывания иностранца на территории России. Ниже мы рассмотрим подробнее эти обстоятельства, чтобы понять, с какими административными трудностями придется столкнуться работодателю при оформлении иностранного сотрудника на работу в России. Для начала приведем краткий список административных формальностей, которые работодателю по умолчанию необходимо совершить для привлечения иностранной рабочей силы. До недавнего времени процесс оформления иностранного гражданина на работу в России выглядел следующим образом.

Этап I — оформление на работу

- Подать заявку на привлечение иностранной рабочей силы (ПИРС) для получения квоты.
- Подать в Центр занятости населения сведения о потребности в работниках.
- Оформить разрешение на привлечение иностранной рабочей силы (не касается иностранных граждан из стран СНГ).
- Встать на учет в УФМС (не касается иностранных граждан из стран СНГ).
- Получить разрешение на работу для иностранных сотрудников (не касается иностранных граждан, получивших вид на жительство или временно проживающих в России).

- Оформить уведомления о приеме на работу иностранных сотрудников.

Этап II — оформление пребывания на территории России

- Получить приглашение на въезд иностранного гражданина в РФ (не касается иностранных граждан из стран СНГ).
- Поставить иностранного гражданина на миграционный учет.
- Получить многократную визу «работа по найму» (не касается иностранных граждан из стран СНГ).

Оформление на работу

Квотирование рабочей силы (а точнее, определение размера квоты приглашений на въезд в Российскую Федерацию в целях осуществления трудовой деятельности) было введено в целях защиты отечественного рынка труда от чрезмерного наплыва иностранной рабочей силы и введения контроля над количеством мигрантов, получающих средства к существованию на территории нашей страны за счет тех рабочих мест, которые по тем или иным причинам не были предоставлены отечественным специалистам. Как это нередко бывает с механизмами, призванными решать проблемы, квотирование само по себе также породило целый ряд сложностей. Пожалуй, основной проблемой действовавшего до недавнего времени порядка квотирования можно считать универсальность подхода к иностранным сотрудникам разных квалификаций: заградительные меры в виде квот одинаково бьют как по сотням тысяч граждан ближнего и дальнего зарубежья, приезжающих в Россию для выполнения нехитрой низкооплачиваемой работы, так и по «штучным» специалистам — управленцам и инженерам, за знаниями и опытом которых буквально идет охота среди работодателей. Сложно сказать, было ли это сделано по недомыслию или в целях соблюдения неких принципов социального равенства и справедливости, недопустимости предоставления привилегий «дорогим» специалистам и дискриминации «дешевых». Однако не совсем понятно, как можно применять равные заградительные меры к неравным по квалификации работникам, занятым в совершенно разных сферах производства и оказания услуг.

В свое время были отмечены и другие недостатки института квотирования иностранной рабочей силы: «Основной провал механизма квотирования заключается в том, что заявки на привлечение рабочей силы подает работодатель, а разрешение на работу получает сам работник. То есть за счет этих заявок формируется только общее количество людей, которых необходимо привлечь, при этом даже их специальность в итоге не учитывается. Например, строительная компания пишет, что ей нужно 100 каменщиков и 20 электриков из Таджикистана, т.е. всего 120 человек. Допустим, это и будет та самая квота. Только разрешение на работу получают не каменщики и электрики, а те, кто первый обратится в миграционную службу, например 120 дворников. В итоге работодатель так и не получает необходимых ему рабочих»⁶. Так бесспорно полезный и нужный для гармоничного развития экономики и демографии институт стал неудобным для всех участников процесса без исключения: для работников, для работодателей и для регулирующих органов.

На совещании в Обнинске, проведенном Президентом РФ в начале мая 2010 г., глава Минэкономразвития Эльвира Набиуллина сообщила о предлагаемых изменениях законодательства, призванных упростить порядок привлечения иностранных высококвалифицированных специалистов для работы в отечественных технопарках. «Речь идет об отмене квотирования для специалистов, уровень заработной платы которых составляет не менее 2 млн руб. в год. То есть предполагается, что если работодатель готов платить такую сумму, значит, речь идет именно о высококвалифицированном сотруднике. Для таких людей предлагается упростить миграционный режим, механизм и сроки получения рабочей визы, разрешения на работу. При этом, как подчеркивает г-жа Набиуллина, правительству дается право в определенных случаях снижать планку, что может быть сделано, в частности, и для Сколково»⁷.

Итогом работы законодателей стал Федеральный закон от 19.05.2010 № 86-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон „О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации“ и отдель-

ные законодательные акты Российской Федерации», который, за исключением отдельных положений, вступил в силу 1 июля 2010 г.

По нашему мнению, главная новелла Закона в том, что он наконец-то сделал порядок привлечения иностранной рабочей силы дифференцированным. Однако вместо указания на квалификацию сотрудников или хотя бы наименование должности (трудовой функции) в качестве основного критерия дифференциации и применения различного подхода к квотированию и выдаче разрешений на работу законодатель избрал уровень оплаты труда иностранного сотрудника. С одной стороны, это кажется не совсем логичным: выше мы уже указывали на то, что наибольшую ценность для работодателей (и для экономики в целом) представляет именно квалификация сотрудника⁸. С другой стороны, такой критерий установлен, вероятно, для противодействия потенциальным недобросовестным работодателям. Приведем пример: допустим, что законом установлен облегченный порядок получения разрешений на работу для руководства компаний и для старших управленцев. Что мешает такому работодателю заключить трудовые договоры с несколькими десятками дворников как с «начальниками отдела № 23 по благоустройству территорий», назначить их заместителями директора и таким образом оформлять через службу занятости и ФМС в упрощенном порядке толпы мигрантов? А реальные трудовые функции (ручную уборку территорий) оставить прежними. В этом отношении заработная плата — критерий куда более объективный, ибо «спрятать» ее сравнительно несложно, а вот показать больше, чем есть на самом деле, — затруднительно.

Что касается компетентности и уровня квалификации иностранных граждан, то их оценку работодатель (или заказчик работ и услуг) осуществляет теперь самостоятельно⁹.

⁶ <http://www.ikd.ru/node/6479>.

⁷ Воейков Д. Сколково как территория «беззакония» // <http://www.pcweek.ru/themes/detail.php?ID=123140>.

⁸ Надо отметить, что правительство в свое время полагало вести работу именно в этом направлении. В п. 6 Концепции действий на рынке труда на 2008—2010 годы, одобренной Распоряжением Правительства РФ от 15.08.2008 № 1193-р, указано: «На основе прогноза потребности работодателей в рабочей силе предполагается сформировать перечень дефицитных профессий, по которым не будет квотироваться привлечение иностранных работников».

⁹ См.: ст. 13.2 Федерального закона от 25.07.2002 № 115-ФЗ «О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации» (с изм. от 19.05.2010).



Однако у такого варианта есть и недостатки. Если подходить дифференцированно к уровню дохода, то возникает проблема квотирования внутри группы высокооплачиваемых специалистов: сколько сотрудников с заработной платой меньше миллиона рублей в год можно привлечь? Сколько с зарплатой больше миллиона? На основании каких заявок и показателей выделять квоты? Задачи осложняются еще и тем обстоятельством, о котором мы говорили выше: разнообразной и порой очень сложной системой премирования сотрудников и расчета их ежемесячного дохода от экономических показателей фирмы. Чтобы не использовать тонкий инструмент внутригруппового квотирования, законодатель решил идти прямым путем и просто отменил квоты для сотрудников, чья заработная плата составляет два и более миллионов рублей за период, не превышающий одного года¹⁰. В этой связи можно рекомендовать работодателям и работникам вовремя пересмотреть достигнутые ранее договоренности относительно выплаты премиальной части денежного вознаграждения за труд, чтобы исключить возможное неоднозначное толкование размера годового дохода работника.

Что касается заработной платы как критерия для облегчения оформления на работу, то здесь законодатели достигают сразу нескольких целей. Во-первых, работодатель избавляется от части административных формальностей, ему проще строить отношения с государственными органами и самими сотрудниками. Во-вторых, государство также разгружает свой аппарат управления от части административных формальностей; создается стимул выплачивать большую часть дохода иностранного сотрудника в России; повышается привлекательность страны для проживания и труда высококвалифицированных специалистов.

Нельзя сказать, что подвижки в миграционном законодательстве явились исключительно следствием инициативы Президента по развитию инновационной экономики при помощи создания технопарков на территории страны и привлечения иностранных специалистов для работы в таких технопарках. Причиной послужил скорее всего комплекс накопившихся недостатков законодательства, описанных выше. Однако нельзя отрицать, что темпы разработки и утверждения

изменений действующего законодательства своей достаточно высокой скоростью во многом обязаны именно президентской инициативе.

Оформление пребывания иностранного сотрудника на территории России

Согласно Федеральному закону от 25.07.2002 № 115-ФЗ «О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации» закономерно находящийся в Российской Федерации иностранный гражданин — лицо, имеющее один из следующих документов:

- вид на жительство,
- разрешение на временное проживание,
- визу и (или) миграционную карту,

либо имеющее иные предусмотренные федеральным законом или международным договором Российской Федерации документы, подтверждающие право иностранного гражданина на пребывание (проживание) в Российской Федерации.

Согласно ст. 25.1 Федерального закона от 15.08.1996 № 114-ФЗ «О порядке выезда из Российской Федерации и въезда в Российскую Федерацию» виза — выданное уполномоченным государственным органом разрешение на въезд в Российскую Федерацию и транзитный проезд через территорию Российской Федерации по действительному документу, удостоверяющему личность иностранного гражданина или лица без гражданства и признаваемому Российской Федерацией в этом качестве. Эта же статья определяет, что виза может быть дипломатической, служебной, обыкновенной, транзитной и визой временно проживающего лица. Рабочая виза (как разновидность обыкновенной визы) выдается иностранному гражданину, въезжающему в Российскую Федерацию в целях осуществления трудовой деятельности, на срок действия трудового договора, но не более чем на один год.

В соответствии со ст. 2 Федерального закона № 115-ФЗ иностранец может быть принят на работу в России, если он законно въехал на территорию России и законно на ней находится, т.е. имеет действительные виды на жительство, либо разрешение на временное проживание, либо визу и (или) миграционную карту, либо иные

¹⁰ См.: ст. 13.2 Федерального закона от 25.07.2002 № 115-ФЗ «О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации» (с изм. от 19.05.2010).

Сравнительная таблица порядка привлечения на работу высококвалифицированных специалистов по старому и новому закону

СТАРЫЙ МИГРАЦИОННЫЙ РЕЖИМ	НОВЫЙ МИГРАЦИОННЫЙ РЕЖИМ
Механизм квотирования и согласования	Квотирование отменяется
Необходимость получения квоты на выдачу разрешений на работу	—
Необходимость получения квоты на выдачу приглашений на въезд	—
Согласование работодателем выдачи разрешения на работу с органами занятости	Согласование выдачи разрешения на работу с органами занятости отменяется
Срок оформления разрешительных документов в среднем занимает от 12 до 23 месяцев	—
Разрешение на работу: выдается отдельно на каждый регион с необходимостью его ежегодного продления	Разрешение на работу: будет выдаваться сроком до трех лет (вместо одного) с возможностью неоднократного продления на такой же срок в течение срока действия трудового договора с иностранным гражданином. Ожидаемый срок всей процедуры — один месяц. Разрешение на работу будет действовать во всех регионах присутствия организации-работодателя в России
Рабочая виза: срок действия визы составляет 1 год с необходимостью подтверждения каждые три месяца	Рабочая виза: будет продлеваться на срок до трех лет (вместо одного года) аналогично с порядком выдачи разрешения на работу
Миграционный учет: при перемещении внутри России необходимо сниматься с учета и вставать на учет в каждом регионе. При этом срок командирования не может превышать 15 дней в течение одного года	Миграционный учет: при выезде иностранного гражданина с территории России снятие с учета будет производиться непосредственно миграционными органами. При перемещении из региона в регион отменяется необходимость уведомления работодателем миграционных органов о снятии с учета иностранного работника
Подтверждение квалификации: отсутствие единой системы определения эквивалентности образования, полученного за рубежом, уровню образования, полученного в российском вузе	Подтверждение квалификации: оценка компетентности сотрудника будет осуществляться непосредственно организацией-работодателем на основе документов, предъявляемых иностранным гражданином
Вид на жительство: практика получения вида на жительство не распространена из-за сложности и длительности разрешительных процедур	Вид на жительство: высококвалифицированные работники и члены их семей получают возможность вместо разрешения на работу в упрощенном порядке получать вид на жительство на период работы в России

предусмотренные федеральным законом или международным договором Российской Федерации документы, подтверждающие право иностранного гражданина на пребывание (проживание) в Российской Федерации. Соответственно, временно пребывающий в Российской Федерации иностранный гражданин — лицо, прибывшее в Российскую Федерацию на основании визы или в порядке, не требующем получения визы, и получившее миграционную карту, но не имеющее вида на жительство или разрешения на временное проживание.

Кроме того, следует иметь в виду, что по общему правилу временно пребывающий в Российской Федерации иностранный гражданин не вправе осуществлять трудовую деятельность вне пределов субъекта Российской Федерации, на территории которого ему выдано разрешение на работу (п. 4.2 ст. 13 Федерального закона № 115-ФЗ).

Оформление на работу иностранных граждан, на которых распространяется безвизовый порядок въезда



на территорию России, совершается работодателем в уведомительном порядке. Безвизовый порядок въезда на территорию России установлен для граждан Украины, Беларуси, Казахстана и других стран (полный перечень приведен в письме МИД России от 27.09.2006 № 32253/19 «О перечне стран и режимах въезда их граждан на территорию Российской Федерации»).

Для оформления «безвизового» иностранного работника необходимо только то разрешение на работу, которое иностранный работник получает сам. Получать разрешение на привлечение иностранной рабочей силы работодателю в этом случае не нужно. Компания только сообщает в территориальный орган службы занятости населения, территориальные органы ФМС России о привлечении к работе иностранца (п. 9 ст. 13.1 Федерального закона № 115-ФЗ).

2. Изменение трудовых правоотношений

Заявление (согласование) изменений

Изменения, вносимые сторонами в трудовой договор с иностранным сотрудником, касаются, как правило, только самих сторон договора. Исключения составляют условия о заработной плате (если стороны согласятся ее уменьшить до уровня менее двух миллионов рублей в год, то организация утратит право привлекать иностранного сотрудника вне квот), а также несколько других случаев.

Во-первых, это случаи правопреемства, когда права и обязанности прежнего работодателя переходят к новому. Строго говоря, исходя из общих принципов законодательства нет настоятельной необходимости подписывать новое трудовое соглашение с правопреемником организации в случае реорганизации в форме преобразования, слияния или присоединения. Другой вопрос — разделение и выделение. К сожалению, законодательство не содержит ответа на этот вопрос, что дает государственным органам основания для толкования закона не в пользу работников и работодателей: разрешение требуется переоформлять.

Во-вторых, это случаи смены наименования работодателя, когда собственно правопреемство отсутствует. Последствия здесь те же, что описаны выше.

В-третьих, это перевод работника на другую работу. Согласно п. 7.6 ст. 13.1 Федерального закона № 115-ФЗ в случае заключения иностранным гражданином в течение срока действия разрешения на работу нового трудового договора или гражданско-правового договора на выполнение работ (оказание услуг) данный иностранный гражданин в течение семи рабочих дней обязан обратиться в территориальный орган федерального органа исполнительной власти в сфере миграции для внесения изменений в сведения, содержащиеся в разрешении на работу. Если последствия для работника ясны, то последствия для работодателя требуют отдельных комментариев. Полученное работодателем разрешение на привлечение и использование иностранных работников нельзя передавать другому работодателю, а привлекаемых к работе иностранцев нельзя переводить к другому предпринимателю или на другое предприятие. Работодатель может использовать труд иностранных работников только в соответствии с теми профессиями и в том субъекте (тех субъектах) РФ, которые указаны в разрешении (п. 14—15 Правил выдачи разрешительных документов, утвержденных Постановлением Правительства РФ от 15.11.2006 № 681). Из этого следует, что ни один из способов перевода на другую работу, предусмотренных ст. 72.1 ТК РФ (перевод внутри организации и перевод к другому работодателю), к иностранному сотруднику быть применен не может. Допустимо лишь перемещение сотрудника — поручение другой работы без изменения трудовых функций.

И в-четвертых, это изменение трудовой функции работника. Как следует из вышеизложенного, разрешение на привлечение и использование иностранных работников содержит перечень профессий, и отступление от перечня есть нарушение условий выдачи разрешения. Поэтому если иностранный сотрудник не согласится на выполнение другой работы без пересмотра основных условий трудового договора, то работодатель будет вынужден получать новое разрешение на привлечение иностранной рабочей силы.

Продление аккредитации, визовая поддержка

Рабочая виза выдается на срок, не превышающий срока действия разрешения на работу, поэтому возможна ситуация, когда срок действия последнего перекрывает срок действия визы; но никогда срок действия рабочей визы не может быть больше срока действия разрешения на работу.

3. Прекращение трудовых правоотношений

Тема прекращения трудовых отношений является, пожалуй, самой интересной с юридической точки зрения. В тех случаях, когда непосредственным работодателем сотрудника в России является дочернее предприятие иностранной (транснациональной) корпорации либо когда руководящие должности в российской компании занимают иностранные граждане, такие компании-работодатели часто пытаются применить к прекращению трудовых правоотношений со своими сотрудниками порядок, который для иностранных юрисдикций является естественным и обоснованным (и при этом оказывается совершенно неверным по отношению к действующему трудовому законодательству России).

Прекращение трудового договора

Часто приходится встречать уведомления в адрес сотрудника вроде: «Вы уволены с сегодняшнего дня». Если отсутствие у иностранных работодателей желания знакомиться с особенностями российского Трудового кодекса еще можно понять, то их нежелание заглянуть в трудовой договор сотрудника, где порядок расторжения трудового договора, как правило, прописан всегда и вполне однозначно, вызывает недоумение. Даже в случае увольнения сотрудника, занимающего должность генерального директора компании, которое возможно с момента принятия уполномоченным органом организации-работодателя соответствующего решения о прекращении полномочий единоличного исполнительного органа этой компании, необходимо соблюдать сроки уведомления генерального директора о предстоящем увольнении, содержащиеся в трудовом договоре.

Специфика расторжения трудового договора с сотрудником-иностранцем заключается еще и в том, что для расторжения договора, по мнению некоторых юристов, существует такое дополнительное основание, как истечение срока действия разрешения на работу. В этом случае применяется п. 9 ч. 1 ст. 83 ТК: «...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 не-

возможность исполнения работником обязанностей по трудовому договору». Такую позицию следует признать ошибочной. Дело в том, что разрешение на работу, как отмечают многие юристы¹¹, не является специальным правом. Напротив, это право общее, и оно предоставлено Конституцией России не только гражданам нашего государства, но и любым иным гражданам и подданным, которые попадают в орбиту российской юрисдикции: «Труд свободен. Каждый имеет право свободно распоряжаться своими способностями к труду, выбирать род деятельности и профессию» (ч. 1 ст. 37 Конституции РФ). Другое дело, что при прекращении срока действия разрешения на работу работодатель не имеет права продолжать трудовые отношения с сотрудником в силу императивных норм административного права. Некоторые работодатели ищут выход из этого положения путем заключения срочного трудового договора с сотрудником на срок действия разрешения на работу. Такая позиция тоже представляется неверной ввиду того, что подобное основание отсутствует в перечне оснований для заключения срочного трудового договора. Данный перечень является закрытым и не предоставляет сторонам право самостоятельно определять срочный характер трудового договора.

Существует, однако, и другая точка зрения на право иностранного сотрудника на труд: «Право на осуществление трудовой деятельности на территории другого государства в определенной степени можно считать специальным правом, поскольку оно является не гарантированным, а приобретенным при наличии дополнительных условий»¹². На наш взгляд, такое толкование не может считаться верным: реализация практически любого конституционного права обусловлена соблюдением некоего правового порядка, что не должно превращать общее право в специальное.

Выход из такой спорной ситуации видится в другом подходе к решению проблемы. Поскольку речь идет о высококвалифицированных сотрудниках (топ-менеджерах), имеет смысл оформление с ними срочного трудового договора на время действия разрешения на работу, но

¹¹ См., напр.: Андреева В.И. Выступление на тему «Кадровая оптимизация в современных условиях: сокращения, увольнения» // Онлайн-семинар «ГАРАНТ».

¹² Гусарова Н.А. Работники-мигранты: оформление на работу, особенности трудовых отношений // Кадровые решения. 2009. № 2.



по другому основанию, предусмотренному ст. 59 ТК РФ. Например, по соглашению сторон срочный трудовой договор может заключаться с руководителями, заместителями руководителей и главными бухгалтерами организаций независимо от их организационно-правовых форм и форм собственности. Оформив иностранца на должность заместителя генерального директора, можно будет потом прекратить трудовой договор с ним без особых трудностей.

Прекращение трудовых правоотношений: смежные вопросы

Прекращение трудовых правоотношений часто связано с прекращением правоотношений работника и работодателя, напрямую не связанных с трудовым правом, но возникших именно в ходе ведения бизнеса компании увольняемым (увольняющимся) сотрудником. Разбор таких правоотношений часто вызывает запоздалое сожаление у обеих сторон и требует от них дополнительных усилий и затрат на прекращение таких правоотношений, поскольку после расторжения трудового договора в них нет больше никакого смысла.

Например, существует практика оформления актива на управляющего этим активом менеджера¹³. Скажем, инвестиционный фонд в целях сокращения времени и затрат на выстраивание организационной корпоративной структуры портфельной инвестиции может «временно» оформить портфельную компанию на имя лояльного менеджера. С одной стороны, это удобно: такой номинальный акционер портфельной компании компетентно ведет ее дела (нередко и как единоличный исполнительный орган этой компании), и в то же время ему административно легко дать любое распоряжение касательно данного актива. С другой стороны, работодатели в таких случаях забывают, что нет такого лояльного сотрудника, который за очень короткое время не мог бы стать нелояльным. В итоге погоня за сокращением времени на приобретение актива может обернуться многократным увеличением времени на его возврат.

Если такая ситуация возникла с иностранным работником, работодатель может столкнуться с дополни-

тельными трудностями. Срок пребывания иностранного сотрудника на территории России заканчивается в связи с истечением срока визы. Есть несколько дней до того, как он уедет из страны, и за эти несколько дней нужно совершить все формальности по расторжению трудового договора и передаче актива лицу, подконтрольному работодателю. В случае передачи акций такая операция может быть совершена достаточно быстро, а возможные технические ошибки — исправлены непосредственно в офисе регистратора. Но если речь идет о передаче долей в обществе с ограниченной ответственностью, то согласно вступившим в силу в прошлом году изменениям законодательства сделка по отчуждению долей оформляется нотариально; также в присутствии нотариуса подписываются и все необходимые формы заявлений в регистрирующий орган. Требуется безукоризненное оформление всех документов, чтобы с первого раза зарегистрировать изменения сведений о юридическом лице, содержащиеся в Едином государственном реестре. Любая незначительная техническая ошибка грозит неминуемым отказом в регистрации изменений уже тогда, когда сотрудник (к тому времени бывший) покинул Россию. Потребуется возвращать его обратно для того, чтобы снова подписать необходимые документы в присутствии нотариуса; но оформить въездные документы для такого бывшего сотрудника будет непросто, ведь рабочую визу с отнесением этих расходов на производственные нужды уже не получить, если срок трудового договора или разрешения на работу истек.

В заключение отметим, что социальная важность правового регулирования труда иностранных работников будет в ближайшее время только расти. Массив законодательства, регулирующего эту область отношений, также увеличивается год от года. Главная задача такого законодательства — содействовать росту конкурентоспособности России на мировых рынках путем найма квалифицированного персонала. На наш взгляд, смягчение законодательства в части привлечения иностранного топ-менеджмента отвечает этой задаче и должно быть продолжено.

¹³ Иначе как порочной такую практику назвать нельзя, но, поскольку она существует, следует ее проанализировать

и предостеречь потенциальных работодателей от ее применения.