**Ненормированный рабочий день: альтернативный взгляд**

**Ирина Белицкая,** заместитель директора Высшей школы юриспруденции НИУ ВШЭ

В 2006 году из ст. 119 ТК РФ была исключена норма о том, что в случае, если работодатель за использование работника в режиме ненормированного рабочего дня не предоставляет дополнительного отпуска, переработка сверх нормальной продолжительности рабочего времени с письменного согласия работника компенсируется как сверхурочная работа.

Таким образом, в настоящее время единственной компенсацией, предоставляемой работникам с ненормированным рабочим днем, является ежегодный дополнительный оплачиваемый отпуск, продолжительность которого определяется коллективным договором или правилами внутреннего трудового распорядка и который не может быть менее трех календарных дней.

Несмотря на однозначность формулировки, до сих пор ведутся споры о том, положен ли работнику ежегодный дополнительный отпуск, если в течение года ни разу не возникла необходимость в привлечении его к работе за пределами установленной ему продолжительности рабочего времени. Мнение, что в данном случае ежегодный дополнительный отпуск работнику предоставляться не должен, основано на позиции пропорциональности компенсации за режим ненормированного рабочего дня. Однако формулировка ст. 119 ТК РФ предусматривает предоставление данного отпуска не «за работу в режиме ненормированного дня», а «работникам с ненормированным рабочим днем», то есть всем работникам, которым установлен данный режим рабочего времени.

Кроме того, новая редакция ст. 119 ТК РФ с 2006 года не содержит указаний на возможность непредоставления ежегодного дополнительного оплачиваемого отпуска, существовавшую ранее. Не закреплен в трудовом законодательстве и порядок исчисления стажа, дающего право на ежегодный дополнительный оплачиваемый отпуск работникам с ненормированным рабочим днем. Также в ст. 119 ТК РФ предусмотрено право работодателя определять в коллективном договоре или правилах внутреннего трудового распорядка только продолжительность ежегодного дополнительного отпуска за ненормированный рабочий день, но не порядок его предоставления.

Таким образом, императивный характер ч. 1 ст. 119 заставляет предположить, что отпуск должен предоставляться работникам, которым установлен подобный режим, независимо от количества времени, фактически отработанного ими за пределами установленной продолжительности рабочего времени. Аналогичной позиции придерживаются эксперты в области трудового права, указывая, что право на дополнительный отпуск возникает у работника независимо от продолжительности такой работы.

При этом устанавливая продолжительность такого отпуска в коллективном договоре, правилах внутреннего трудового распорядка, работодатель может и должен исходить из объема работы, степени напряженности труда, возможности работника выполнять свои трудовые функции за пределами нормальной продолжительности рабочего времени и других условий.

Еще одним доводом в пользу настоящей позиции могут служить Правила предоставления ежегодного дополнительного оплачиваемого отпуска работникам с ненормированным рабочим днем в организациях, финансируемых за счет средств федерального бюджета, в п. 4 которых прямо предусмотрено, что право на дополнительный отпуск возникает у работника независимо от продолжительности работы в условиях ненормированного рабочего дня.

Аналогичного взгляда придерживаются органы власти субъектов РФ, определяющие согласно ч. 2 ст. 119 ТК РФ порядок и условия предоставления ежегодного дополнительного оплачиваемого отпуска работникам с ненормированным рабочим днем в организациях, финансируемых из бюджета субъекта РФ. Так, например, в Правилах предоставления ежегодного дополнительного оплачиваемого отпуска работникам с ненормированным рабочим днем в организациях, финансируемых за счет средств бюджета Республики Башкортостан, за исключением органов государственной власти Республики Башкортостан, также содержится указание на возникновение права у работника на дополнительный отпуск независимо от продолжительности работы в условиях ненормированного рабочего дня. Подобные указания можно найти в актах органов местного самоуправления, определяющих порядок и условия предоставления ежегодного дополнительного оплачиваемого отпуска работникам с ненормированным рабочим днем в организациях, финансируемых из местного бюджета.

Одновременно спорным представляется вывод, что раз из закона исключена возможность компенсации часов, переработанных работником, по правилам сверхурочной работы, работодатель не должен вести учет времени, фактически отработанного работником за пределами установленной ему продолжительности рабочего времени. Отметим, что в ч. 4 ст. 91 ТК РФ, устанавливающей обязанность работодателя вести учет времени, фактически отработанного каждым работником, не содержится изъятий в отношении работников с ненормированным рабочим днем.

Так, п. 3 Правил предоставления ежегодного дополнительного оплачиваемого отпуска работникам с ненормированным рабочим днем в организациях, финансируемых за счет средств федерального бюджета, установлено, что работодатель ведет учет времени, фактически отработанного каждым работником в условиях ненормированного рабочего дня. И эта норма также воспроизводится в документах органах власти субъектов РФ и органов местного самоуправления.

В заключение хотелось бы привести еще одну авторитетную точку зрения. Заместитель руководителя Федеральной службы по труду и занятости И. И. Шкловец отметил, что: «...сотрудник, которому установлен такой режим, имеет право на дополнительный оплачиваемый отпуск, даже если ни разу не привлекался к выполнению трудовых функций за пределами установленной продолжительности рабочего времени».

Трудовое законодательство: актуальные вопросы, комментарии, разъяснения: практич.пособие / Ю. П. Орловский, А. Ф. Нуртдинова, Л. А. Чиканова; отв. ред. Ю. П. Орловский. – М.: Издательство Юрайт, 2012. – С.249.

Постановление Правительства от 11.12.2002 № 884 «Об утверждении Правил предоставления ежегодного дополнительного оплачиваемого отпуска работникам с ненормированным рабочим днем в организациях, финансируемых за счет средств федерального бюджета».

Утверждены Постановлением Правительства РБ от 20.03.2009 № 101.

Комментарий к Трудовому кодексу Российской Федерации (постатейный). Новая редакция / О.В. Смирнов [и др.]; отв. ред. М. О. Буянова, И. А. Костян. – 5-е изд., перераб. и доп. – М.: КНОРУС, 2006. – С.311.