

Актуальні проблеми правового регулювання та практичні аспекти працевлаштування і законного перебування іноземних громадян в Україні

Станом на сьогодні поширеною є практика іноземних компаній, а також компанії з іноземними інвестиціями віддавати перевагу не українським працівникам, а іноземцям. Це пов'язане як із тим, що на вітчизняному ринку бракує кваліфікованих кадрів, так із бажанням покращити ефективність роботи, і з прагненням засновників особисто управляти справами своєї компанії.

Варто зазначити, що іноземці й особи без громадянства набувають статус суб'єктів трудового права лише у випадку знаходження на території України на законних підставах.

Враховуючи вищезазначене, для початку трудових правовідносин з іноземцем роботодавець зобов'язаний отримати дозвіл на використання його праці.

Ці правовідносини регулюються Законом України "Про зайнятість населення", "Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства", Постановою Кабінету Міністрів України "Про затвердження порядку видачі, продовження строку дії та анулювання дозволів на використання праці іноземців і осіб без громадянства" і так далі.

Відповідно до положень Закону України «Про зайнятість населення» нарівні з громадянами України право на працевлаштування мають лише ті іноземці, які постійно проживають в Україні, тобто, які одержали у встановленому порядку посвідку на постійне проживання.

Щодо іноземців, які прибули в Україну для працевлаштування на певний термін, вони можуть набувати правового статусу працівника й займатися трудовою діяльністю лише на підставі отриманого в установленому порядку дозволу на працевлаштування.

Такий дозвіл видається територіальними органами Держаної служби зайнятості України, на строк до одного року.

Роботодавець, який має намір найняти на роботу іноземця, повинен бути зареєстрований у центрі зайнятості як платник страхових внесків до Фонду загальнообов'язкового державного соціального страхування України на випадок безробіття та не мати перед ним заборгованості, отримати дозвіл державної служби зайнятості на використання праці іноземця.

Для отримання дозволу на працевлаштування іноземця роботодавець зобов'язаний подати до Державної служби зайнятості визначений законодавством пакет документів, які стосуються як самого роботодавця, так і іноземця, якого планується працевлаштувати.

Варто зауважити, що для працевлаштування іноземця, який постійно проживає в Україні (отримав посвідку на постійне проживання), роботодавцеві не потрібно отримувати дозвіл на використання праці іноземця.

Крім того, відповідний дозвіл повинні отримувати лише суб'єкти господарювання (юридичні особи та фізичні особи-підприємці) України.

Наприклад, представництвом іноземного підприємства, що зареєстроване в установленому порядку в Україні, не потрібно отримувати дозвіл на використання праці іноземних громадян – співробітників такого представництва.

Таким іноземним громадянам Міністерством економічного розвитку і торгівлі України видаються спеціальні службові картки, які надають таким особам право працювати в представництві іноземної компанії в Україні.

Частинами 6-7 ст. 42 Закону «Про зайнятість населення» визначені інші категорії іноземних громадян, працевлаштування в Україні яких здійснюється без дозволу на використання праці.

Також згідно роз'яснень державного центру зайнятості, чинним законодавством України (ст.ст. 50-55 ГКУ, ст.ст. 24, 25, 42, 43 Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб - підприємців») не передбачено отримання дозволу на використання праці:

- на здійснення іноземцями в Україні підприємницької діяльності, у тому числі установа суб'єктів господарської діяльності юридичними особами та підприємцями - фізичними особами,

- а також іноземцями, які оформили свої правовідносини з роботодавцями на підставі цивільно-правових угод (договорів підряду).

У той же час фахівці Центру зайнятості звернули увагу, що у випадку, якщо в цивільно-правовій угоді або договорі підряду присутні ознаки трудового договору, визначеного ст.ст. 21, 24 Кодексу Законів про працю до роботодавця може бути застосована штрафна санкція у відповідності з вимогами ч. 5 ст. 53 Закону «Про зайнятість населення».

За використання праці іноземців на умовах трудового чи іншого договору без отримання спеціального дозволу передбачений штраф. Штраф стягується за кожну особу в 20-кратному розмірі мінімальної заробітної плати, встановленої на момент виявлення порушення.

Якщо при реєстрації юридичної особи, іноземний громадянин надасть відомості про себе, як керівника юридичної особи, без належного оформлення, тобто без дозволу на працевлаштування, державна служба зайнятості може розглядати даний факт, як порушення законодавства. Тобто існує ризик застосування до такої юридичної особи штрафних санкцій.

Зрозумілим є те, що у юридичної особи, до моменту реєстрації відсутні можливості отримання дозволу на працевлаштування, оскільки у неї відсутні необхідні документи для отримання такого дозволу.

Отже, на момент реєстрації новоствореної юридичної особи, у відомостях, що подаються державному реєстратору, керівником може бути лише особа, яка є громадянином України або іноземним громадянином, який постійно проживає на території України. Тому для проведення державної реєстрації юридичної особи, власнику на посаду керівника необхідно прийняти громадянина України, який буде займати дану посаду до моменту подання документів на отримання іноземним громадянином дозволу на працевлаштування.

Після проведення державної реєстрації юридичної особи, взяття на облік у всіх необхідних інстанціях та отримання нею печатки, засновникам своїм рішенням необхідно звільнити керівника і подати у центр зайнятості звіт про наявність вакансій. У випадку відсутності таких даних роботодавцю може бути відмовлено у видачі дозволу на працевлаштування.

Перелік документів, які роботодавцю або уповноваженій ним особі необхідно подати до відповідного центру зайнятості для отримання дозволу на використання праці іноземних громадян, передбачений п. 5 Порядку видачі, продовження строку дії та анулювання дозволів на використання праці іноземців та осіб без громадянства, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 08 квітня 2009р. № 322.

Згідно вищевказаного Порядку дозвіл на використання праці іноземця видається на строк до одного року. Для продовження строку дії зазначеного дозволу роботодавець подає до центру зайнятості не пізніше ніж за місяць до закінчення строку дії дозволу необхідні документи, згідно вказаного Порядку. Трудовий контракт з іноземним громадянином носить строковий характер і не може бути укладений на термін більше, ніж термін дії дозволу на використання праці іноземця.

Тож, наразі існують певні перешкоди на етапі створення компанії, а саме в прийнятті на посаду керівника іноземного громадянина. Іноземному інвестору залишається варіант залучити до співпраці громадянина України, який буде номінальним керівником на період реєстрації компанії у всіх необхідних інстанціях, як того вимагає законодавство України.

З практичного досвіду можна відзначити, що найбільше труднощів при отриманні дозволу на працевлаштування іноземця в Україні виникають з обґрунтуванням доцільності використання праці іноземця.

Законодавство не містить чітких вимог до даного документу, тож при прийнятті рішення про доцільність використання праці іноземця конкретним роботодавцем, керівник центру зайнятості керується суб'єктивною оцінкою такого документу.

Слід дотримуватись інших формальних процедур.

Пунктом 16 Порядку видачі, продовження строку дії та анулювання дозволів на використання праці іноземців та осіб без громадянства визначено підстави анулювання дозволу на використання праці іноземця: дозвіл анулюється, зокрема, у разі встановлення факту використання праці іноземця на інших умовах, ніж зазначені у дозволі на використання праці іноземця, або іншим роботодавцем.

Так, оскільки дозвіл на працевлаштування іноземця в Україні видається на конкретну посаду, що зазначалась роботодавцем при поданні заяви до центру зайнятості, переводити працівника на іншу посаду та і навіть змінювати назву посади протягом дії дозволу буде проблематичним, оскільки служба зайнятості може це розцінити як виконання іноземцем роботи без належного дозволу.

Крім того, слід правильно оформлювати трудові відносини з працівником-іноземцем, зокрема, укладаючи трудовий договір на строк дії дозволу на працевлаштування. Також, як порушення законодавства буде розглядатись зміна умови трудового контракту у сторону погіршення прав працівника чи зменшення заробітної плати.

Також законодавством встановлено обмеження щодо використання праці іноземців, які тимчасово перебувають в Україні, на декількох робочих місцях (посадах) або двома і більше роботодавцями, у зв'язку з чим Державна служба зайнятості не може видати більше одного дозволу на використання праці іноземця в період дії виданого дозволу.

Законодавцями розроблений Законопроект від 22.03.2013 р. № 2620, яким пропонується доповнити ст. 42 Закону України «Про зайнятість населення» новими абзацами, згідно з якими плата за видання дозволів роботодавцям на використання праці іноземців та осіб без громадянства на одну особу повинна встановлюватися залежно від професій, але не нижче:

— двадцятикратного розміру мінімальної заробітної плати — для осіб, які виконують роботу високої кваліфікації (у 2013 році — від 22 940 грн до 24 360 грн);

— десятикратного розміру мінімальної заробітної плати — для осіб, які виконують роботу середньої кваліфікації (у 2013 році — від 11 470 грн до 12 180 грн);

— двократного розміру мінімальної заробітної плати — за один календарний місяць для осіб, які виконують роботу низької кваліфікації (у 2013 році — від 2294 грн до 2436 грн).

Також Законопроектом пропонується встановити розмір плати за видання дозволу на застосування праці іноземців та осіб без громадянства, які здійснюють діяльність у сфері спорту (професійні спортсмени) на рівні не нижче сорокакратного розміру заробітної плати (у 2013 році — від 45 880 грн до 48 720 грн).

Для порівняння, діюча норма передбачає плату у розмірі 4х мінімальних заробітних плат. Скоріш за все, законодавці за рахунок істотного збільшення розмірів плати за працевлаштування іноземців (в окремих випадках — у 5 і навіть 10 разів), прагнуть зробити все можливе для забезпечення роботою українців. Таким чином, за задумом законодавців, роботодавці, які планують наймати іноземних працівників, особливо на висококваліфіковані посади, повинні добре зважити, чи вигідно їм сплачувати таку плату, або все-таки краще найняти надати перевагу громадянину України.

На майбутнє також ж планується переглянути процедуру видачі дозволу на працевлаштування загалом (скоротити перелік документів, термін їх розгляду) та ввести пластикові дозволи (чіпи), які б містили всю необхідну інформацію в електронному вигляді.

Підстави законного перебування іноземних громадян в Україні

Іноземці та особи без громадянства, які прибули в Україну на законній підставі, можуть тимчасово перебувати на території країни за паспортним документом. Паспортний документ подається іноземцем та особою без громадянства для реєстрації у пункті пропуску через державний кордон посадовій особі Держприкордонслужби України. Реєстрація на період короткотермінового перебування проводиться: для іноземців та осіб без громадянства з держав з візовим порядком в'їзду – на період дії візи, але не більш як 90 днів, якщо інший термін не визначено міжнародними угодами; для іноземців та осіб без громадянства з держав з безвізовим порядком в'їзду – на термін не більш як 90 днів протягом 180 днів, якщо інший термін не визначено міжнародними угодами.

Іноземним громадянам на підтвердження їх права перебувати на території України протягом терміну довшого ніж 90 днів видається відповідний документ – посвідка.

Закон «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства» визначає перелік підстав, які дають право на отримання посвідки на тимчасове або постійне перебування та перелік необхідних для цього документів.

За умов успішного подання документів, посвідку зобов'язані видати не пізніше, ніж через 15 днів. На практиці готовий документ іноземець забирає в прийомні години рівно через 2 тижні.

Інша особа може подати документи за довіреністю, пред'явивши оригінал паспорта іноземця, а от отримати готову посвідку може лише іноземець особисто.

На практиці оригінал паспорту залишається у державній міграційній службі також. Натомість іноземний громадянин мав би отримати довідку, яка частково заміняла документ, що посвідчує особу. Та Постанова КМУ №185 від 13.03.2013 року не передбачає навіть процедури оформлення такого документу.

Тимчасова посвідка на проживання видається строком до одного року. У паспорті іноземця проставляється штамп, де вказується, що особа знаходиться в Україні на підставі виданої тимчасової посвідки на проживання.

Після отримання посвідки іноземець зобов'язаний протягом десяти днів зареєструватися за вказаною ним раніше адресою.

В законодавстві чітко не прописано, в яких саме днях вимірюється цей строк, компетентні органи ведуть підрахунки в календарних, а не робочих днях. Зазвичай посвідка видається вже наступного дня після прийняття позитивного рішення, проте датою, від якої буде вестись відлік 10 днів, є день не безпосереднього отримання, а прийняття зазначеного рішення, тобто як мінімум день особа вже втрачає.

Для того щоб іноземцю прописатися разом із власниками квартири та особами, що там уже проживають, необхідно відвідати відділ у справах громадянства, імміграції та реєстрації фізосіб і знову зіткнутися з тяганиною. Доволі часто, крім проблеми нестачі часу, на шляху іноземця до законної реєстрації стає небажання орендодавця відвідувати державні органи. Якщо ж строк пропущений, то адмінштраф чекає як на самого іноземця, так і на осіб, що надали йому житлову площу.

Умови і порядок видачі дозволу на імміграцію, а також посвідки на постійне проживання й вирішення інших питань, пов'язаних з імміграцією іноземців та осіб без громадянства, визначаються Законом "Про імміграцію".

Термін розгляду заяви про надання дозволу на імміграцію не може перевищувати одного року з дня її подання. Іноземці та особи без громадянства, які отримали дозвіл на імміграцію, мають отримати посвідку на постійне проживання, що є документом, який підтверджує право іноземця чи особи без громадянства на постійне проживання в Україні.

Частинами першою, другою та четвертою статті 11 закону встановлено, що особі, яка постійно проживає поза межами України і отримала дозвіл на імміграцію, дипломатичне представництво чи консульська установа України за її зверненням оформляють імміграційну візу, що є чинною упродовж року з дня її оформлення. Зазначена особа в'їжджає на територію України в порядку, встановленому законодавством України.

Після прибуття іммігранта в Україну він повинен звернутися упродовж п'яти робочих днів до органу спеціально уповноваженого центрального органу виконавчої влади з питань імміграції за місцем проживання із заявою про видачу йому посвідки на постійне проживання.

Особі, яка перебуває на законних підставах в Україні і отримала дозвіл на імміграцію, орган спеціально уповноваженого центрального органу виконавчої влади з питань імміграції за місцем її проживання видає посвідку на постійне проживання протягом тижня з дня подання нею відповідної заяви. До отримання зазначеної посвідки на постійне проживання особа має статус іноземця чи особи без громадянства, що тимчасово перебуває в Україні.

Щодо правового статусу членів сімей іноземців. Згідно з Законом «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства» іноземці, які прибули в Україну з метою возз'єднання сім'ї, та отримали посвідку на тимчасове проживання, вважаються такими, які на законних підставах перебувають на території України. Таким чином, отримавши посвідку на тимчасове проживання, члени сім'ї іноземця зможуть безперешкодно в'їжджати в чи виїжджати з України.

Для отримання посвідки на тимчасове проживання члени сім'ї залежно від громадянства особи, до якої вони приїхали в Україну, додатково подаватимуть: якщо особа є громадянином України – документ, що підтверджує факт перебування у шлюбі; якщо іноземцем – документ, згідно з яким вони вважаються членами сім'ї особи (вимагається легалізація документів, якщо інше не передбачено законом чи міжнародним договором з Україною).

Передбачається створення національної системи біометричної верифікації та ідентифікації громадян України, іноземців. З початком її функціонування від іноземців вимагатиметься під час проходження прикордонного контролю у пунктах пропуску через державний кордон подача біометричних даних для їх фіксації.

Хоч загалом процедура отримання посвідки на тимчасове чи постійне проживання для іноземних громадян мала б виглядати простішою, та на практиці процес залишається ускладненим, бюрократичними формальностями у тому числі.

Та, на жаль, при особистому зверненні іноземні громадяни досить часто зіштовхуються із неможливістю порозумітись із працівниками державної міграційної служби, та отримати кваліфіковану консультацію чи роз'яснення своїх прав.