**Договор найма и трудовой договор: сходства и отличия**

Принять человека на работу можно по трудовому договору, а можно и по договору найма. У каждого из договоров есть свои преимущества и отрицательные моменты для каждой из сторон.

Трудовой договор в РФ регулируется Трудовым кодексом, а договор найма – Гражданским кодексом. Трудовые отношения появляются только на основании трудового договора. Если стороны заключили договор найма (это гражданско-правовой договор), то считается, что между ними нет трудовых отношений, на отношения не распространяются законодательные нормы о труде.

Договариваясь о производстве работ или оказании услуг по гражданско-правовому договору, человек теряет гарантии, которые он мог бы иметь, если бы устраивался на предприятие по трудовому договору.

Гарантии для работника, предусмотренные трудовым договором:

* выплата зарплаты (по закону - дважды в месяц или чаще);
* отпуск (на время отпуска работнику сохраняется рабочее место, выплачиваются отпускные);
* оговорены командировки (оплачиваются расходы, рабочее место сохраняется);
* совмещение при необходимости работы с учебой (для студентов сохраняются рабочие места во время учебы, дается отпуск на период сессий и т.д.);
* наличие гарантий при разрыве договора (выходное пособие и преимущественное право остаться на предприятии);
* наличие понятия временной нетрудоспособности (оплата больничного и сохранение рабочего места на период болезни);
* гарантия возмещения расходов, если работник пользуется для выполнения работы собственным имуществом.

**Главные отличия договора найма и трудового договора**

**Первое отличие. Функции работника и трудовой распорядок предприятия**

При заключении трудового договора работник:

* возмездно и лично выполняет на предприятии трудовую функцию, причем она конкретно определена. Он работает экономистом, бухгалтером, инженером и т.д.;
* не делает какую-либо работу и не оказывает услуг;
* подчиняется нормам внутреннего трудового распорядка.

Если работник устраивается по договору найма, то он:

* делает определенную работу или оказывает услуги;
* не подчиняется правилам внутреннего распорядка.

**Второе отличие. Равенство или неравенство сторон договора**

Когда юридически закрепляются трудовые отношения, то работник подчинен работодателю. При договоре найма обе стороны считаются равными.

**Третье отличие. Выплата вознаграждения**

Зарплату при трудовых отношениях должны платить дважды в месяц или чаще. По договору найма стороны сами соглашаются, как будет выплачено вознаграждение за работу (услуги).

**Четвертое отличие. Трудовая функция и результат работ**

При трудовых отношениях работник осуществляет какую-либо трудовую функцию. Предмет же договора найма - конкретный результат произведенной работы (оказанных услуг). Поэтому в договоре найма нельзя написать, что работник, к примеру, выполняет функции инженера.

**Пятое отличие. Срочность договоров**

При трудовом договоре его срок указывается лишь в каких-либо конкретно оговоренных случаях. А договор найма заключается только на определенный срок или же до появления результатов труда.

Отметим, что при заключении договора найма в документ нельзя включать следующие формулировки:

* оплата осуществляется согласно штатному расписанию;
* соблюдение правил внутреннего трудового распорядка;
* расплывчатое определение предмета договора (выполнение каких-либо функций).

Эти формулировки присущи только трудовому договору. Их нужно или убрать, или переформулировать, иначе такой договор суд признает трудовым.

**Положительные и отрицательные моменты трудового договора для работодателя**

Плюсы для работодателя:

* работник подчиняется правилам внутреннего распорядка. За нарушение правил работодатель может наказать работника, даже уволить;
* если трудовые отношения возникают с индивидуальным предпринимателем, то могут быть два варианта уплаты ЕСН. Налоговые органы склоняются к тому, что этот налог на выплаты индивидуальным предпринимателям начисляет работодатель. Но если толковать статьи Налогового кодекса буквально, то все неустранимые сомнения могут быть истолкованы в пользу налогоплательщика. По Налоговому кодексу индивидуальные предприниматели – налогоплательщики, а налогами облагаются доходы от предпринимательской либо иной профессиональной деятельности. В Налоговом кодексе не содержится точного определения понятия иной профессиональной деятельности, поэтому можно считать, что когда предприниматель что-либо делает по трудовому договору - это и есть иная профессиональная деятельность. Тогда индивидуальный предприниматель обязан платить ЕСН самостоятельно.

Минусы для работодателя:

* он должен вовремя платить работнику зарплату. Ее размер у работника, который отработал норму времени и справился со своими обязанностями, должен быть не менее установленного минимального уровня оплаты труда;
* он должен принять работника в штат, чтобы официально оформить его на работу. Если штатное расписание не позволяет увеличить штат или такой должности не существует в штатном расписании, то приходится менять штатное расписание. А его нужно согласовать с руководителем предприятия и органом представительства работников;
* он должен предоставить работнику социальные гарантии, которые описаны в трудовом законодательстве: зарплату (дважды в месяц или чаще), выходное пособие в случае увольнения, отпуск, дополнительные выходные, оплату сверхурочных, гарантии семейным работникам.
* он должен обеспечить трудовую функцию работника: предоставить условия для работы и устранить препятствия, которые мешают работнику выполнять свои обязанности;
* он должен выплачивать взносы на обязательное соцстрахование;
* он должен вести кадровую документацию, отчитываться перед налоговыми органами, Пенсионным фондом, Фондом соцстраха, Госкомстатом РФ.

**Положительные и отрицательные моменты трудового договора для работника**

Плюсы для работника:

* право на зарплату не ниже минимального уровня оплаты труда;
* право быть включенным в штат;
* право на социальные гарантии: зарплата (каждый месяц не реже двух раз), отпуск, гарантии семейным работникам, дополнительные выходные, выплаты сверхурочных и т.п.;
* право на обеспечение трудовой функции: условия для работы, устранение препятствий для выполнения работы;
* право на обязательное соцстрахование;
* выработка стажа для пенсии.

Минусы для работника:

* он должен соблюдать трудовой распорядок. За нарушение его могут наказать, в том числе уволить;
* если трудовые отношения оформляет индивидуальный предприниматель, то он не платит ЕСН с зарплаты. Вместо налога, который работодатель рассчитывает и уплачивает по ставке 35,6%, работник-индивидуальный предприниматель сам платит налог 13,2%.

**Плюсы и минусы договора найма для работодателя**

Плюсы для работодателя:

* работник самостоятельно обеспечивает нужные условия своего труда, поскольку по договору важны именно результаты труда. Работник сам выбирает место работы и рассчитывает необходимое время для ее выполнения. Он применяет собственный материал для работы, если, конечно, договор не предусматривает иное;
* нет единого социального налога в части налога в ФСС (4%).
* не нужно предоставлять работнику гарантии, которые предусматривает Трудовой кодекс;
* не нужно тратиться на взносы на соцстрахование, кроме случаев, когда работодатель при заключении договора найма сам определил собственную обязанность как страхователя платить взносы на соцстрахование;
* вознаграждение за труд по договору найма осуществляется за результат работы. Вознаграждение делается обычно по завершении работы соответственно цене, обозначенной в договоре, а не дважды в месяц.

Минусы для работодателя:

* нет регламентации самой работы, поскольку важен результат. Исполнитель не подчиняется правилам внутреннего распорядка предприятия. За нарушение распорядка работника нельзя наказать;
* такой договор суд может признать трудовым, если он установит, что договор де-факто определяет отношения между работником и работодателем;
* если договор найма подписывается с лицом, не зарегистрированным как предприниматель, то его могут наказать за незаконное занятие предпринимательством.

**Ошибки в формулировках договора найма, которые могут привести к его переквалификации**

Самая типичная ошибка - когда в гражданско-правовых договорах используются термины трудового права. Стороны в договоре найма следует обозначать не «работник» и «работодатель», а «исполнитель» («автор», «подрядчик») и «заказчик». Вместо определения «заработная плата» нужно выбрать формулировку «вознаграждение за выполненную работу (оказанные услуги)».

Другие типичные ошибки в формулировках:

* работник получает оплату за труд ежемесячно;
* договорник ходит на работу в такое-то время, в соответствии с правилами распорядка;
* работник подчиняется заказчику;
* заказчик каждый месяц выплачивает исполнителю такую-то сумму;
* исполнитель выполняет работу, обозначенную в таком-то пункте договора, ежедневно в такое-то время;
* заказчик может проверить ход работ в любое время, а исполнитель выполняет распоряжения заказчика во время действия договора;
* исполнитель должен сделать работу лично, не привлекая третьих лиц.

Также иногда при приеме по договору найма работнику ставят запись в трудовой книжке и оформляют кадровые документы. «Договорникам» такие записи не делаются.

**Итак, основные критерии, по которым отношения могут признать трудовыми:**

* установлены правила внутреннего трудового распорядка;
* есть постоянная зарплата;
* систематически выполняется та же самая работа;
* есть рабочее место и оно обустроено;
* сроки исполнения договора не установлены.

Эти критерии важны для следующих категорий:

* налоговые органы и Пенсионный фонд. Налоговые органы заинтересованы в переквалификации договора найма в трудовой договор, ведь это позволит доначислить налоги. Чаще всего предприятие заключает договор найма с индивидуальным предпринимателем, и работодатель экономит на налогах. Нередко он просит своих работников получить регистрацию индивидуальных предпринимателей, для того чтобы затем оформить их работу по гражданско-правовому договору;
* инспекция по труду и Фонд соцстрахования. Им важно переквалифицировать договор для взимания штрафов (за нарушение прав работника) и для получения страховых взносов;
* сами работники. Они могут требовать судебного признания трудовых отношений с заказчиком, если договор найма фактически характеризует эти отношения как таковые. Мотивацию понять легко - работник желает получить льготы и гарантии, полагающиеся ему по Трудовому кодексу. Когда с иском обращается именно сам работник, суд чаще всего идет ему навстречу и переквалифицирует ГПД в трудовой. Поэтому самая опасная ситуация для работодателя, когда в суд обращается работник.

Подведем итог. Важно заранее выбрать правильную форму договора. Если договор квалифицирован неверно (вместо трудового выбран гражданско-правовой), то при необходимости в суде такой договор могут переквалифицировать в трудовой.

А за этим последует то, что работодатель будет вынужден выполнить следующие действия, которых он, возможно, хотел избежать:

* ему придется полностью выплатить зарплату работнику;
* работника придется включить в штат предприятия;
* выплатить моральный ущерб;
* доначислить часть налогов;
* заплатить взносы в Фонд соцстрахования;
* оплатить пеню;
* оплатить судебные издержки.