

ИК „Труд и право“

Труд и право

В броя:

3
2018

- Какви лични данни на работниците се обработват по време на действието и при прекратяването на трудовия договор, в контекста на Регламент (ЕС) № 2016/679 от 27 април 2016 г. относно защитата на личните данни
- Ред, начин и периодичност на извършване на оценка на риска за здравето и безопасността на работниците и служителите
- Нови моменти в процедурите за промяна на участието и за прехвърляне на средства от един фонд в друг пенсионен фонд от същия вид

Дежурство

и време

на разположение –
преглед на практиката

на Съда на ЕС

и българската
правна уредба



коментари • консултации • експертни решения

Без да е предвидено изрично в закона, за да е налице отказ на работника или служителя **е необходимо работодателят да му е предложил да последва предприятието или неговото поделение**. По този начин даваме отговор на другия Ваш въпрос – да, работодателят е длъжен да Ви информира, защото става въпрос за важна промяна.

Предложението към работника или служителя засяга съществен елемент от съдържанието на трудовото правоотношение и следва да бъде направено **писмено**. Аргументът в подкрепа на това твърдение се съдържа в императивната разпоредба на чл. 62, ал. 1 КТ, според която трудовият договор се сключва в писмена форма. В разглеждания случай предложението има за цел да изясни позициите на страните по трудовото правоотношение във връзка с продължаване на трудовоправната връзка между тях при ново условие – **промяна на мястото на работа**, или евентуално да се изпълни процедурата по правомерното уволнение на работника или служителя, който не желае да последва предприятието в новото населено място, където то ще развива дейността си.

Важно обстоятелство, което следва да имате предвид е, че при прекратяване на трудовия договор на това основание, закрилата при уволнение по чл. 333, ал. 1 КТ не се прилага.

При прекратяване на това основание Вие имате право освен на обезщетение по чл. 220 КТ (ако работодателят евентуално не спази срока на предизвестието или изобщо не отправи предизвестие), но и на обезщетение за неизползван платен годишен отпуск по чл. 224 КТ и на обезщетение по чл. 222, ал. 1 КТ.

Обезщетението по чл. 222, ал. 1 КТ е в размер на брутното трудово възнаграждение на работника или служителя за времето, през което е останал без работа, но за не повече от 1 месец. С акт на Министерския съвет, с колективен трудов договор или с индивидуалния трудов договор може да се предвижда обезщетение за по-дълъг срок. Също така е предвидено, че ако в този срок работникът или служителят е постъпил на работа с по-ниско трудово възнаграждение, той има право на разликата за същия срок.

Тодор ТОМОВ,

главен експерт-юрист

в отдел „Правна закрила на труда“ в КНСБ

Възможно ли е включването на трудов договор с управител на дружество с ограничена отговорност¹

Коментар

Съгласно изричната разпоредба на чл. 141, ал. 7 от Търговския закон (ТЗ) отношенията между дружество с ограничена отговорност (ООД) и управителя му се ureждат с договор за възлагане на управлението, сключен в писмена форма от името на дружеството чрез лице, оправомощено от общото събрание на съдружниците, или от единоличния собственик.

Често в практиката се поставя въпросът, как точно следва да се уредят договорните отношения с управителя в дадено ООД² и каква е правната природа на този договор? Възможно ли е това да стане посредством сключването на трудов договор с управителя, или следва задължително да се прибегне към сключването на граждански такъв? Регистрацията на договора с управителя в Националната агенция за приходите

¹ Представеният анализ няма характера на правен съвет или консултация и не следва да бъде възприеман като достатъчен за разрешаването на конкретни правни проблеми, казуси и др. Информацията и становищата, съдържащи се в материала, не съставляват изчерпател и детайлен анализ на разгледаните правни въпроси.

² Според нас, предвид естеството на ролята на управителя при дружество с ограничена отговорност и сходството ѝ с ролята на членовете на управителните и надзорните органи на акционерно дружество (управителен съвет, съвет на директорите, надзорен съвет), представляващите търговски представителства, клонове и др. подобни, може да се търси аналогия и разсъжденията в настоящия анализ следва да се прилагат и при уреждане отношенията с лицата, изпълняващи тези функции.

(НАП) има ли значение за характера на договора? Възможно ли е управителят да сключи трудов договор с ОД за трудова функция, различна от тази на управление на дружеството?

Настоящото изложение има за цел да отговори на поставените въпроси чрез анализ на съдебната практика по темата, като даде някои насоки и разяснения за това, как по най-законообразен и прозрачен начин дружествата и управителите следва да уредят отношенията помеждуси.

Какво значи управител на ОД?

С цел прецизност, считаме за необходимо да направим някои предварителни терминологични разяснения. В практиката се е наложила употребата на различни термини за функцията на „управител“ – генерален директор, директор, председател, главен мениджър, президент и т.н. Това допълнително създава неясности и дава възможност за разнопосочни тълкувания. Неслучайно това обстоятелство се критикува от теорията, където се посочва, че наименованията на органите на ОД са определени в закона и „с оглед единство и за яснота би трябвало да се спазват тези наименования, които са установени от закона“³. Отделно в Националната класификация за професиите и длъжностите са предвидени кодове за управители и изпълнителни директори (например 1120 7023; 1120 7026; 1120 7045 и 1120 7046 и др.), което също може да доведе до объркане.

В настоящото изложение обект на изследване ще бъде възможността за сключване на трудов договор с управител по смисъла на Търговския закон като един от органите на управление на ОД – лицето, което управлява и представлява ОД по силата на закона и което следва да бъде вписано в търговския регистър.

³ Таджер, В. и др., Капиталови търговски дружества, София, ИК „Труд и право“, 2011, с. 97.

Отношенията между ОД и управителя не могат да бъдат трудови

Както беше посочено по-горе, изрично правило за уреждане на отношенията между управителя и ОД, се съдържа в ТЗ. Цитираната разпоредба на чл. 141, ал. 7 ТЗ, както и в цялост действащата законодателна уредба **не предвиждат възможност за сключване на трудов договор между управител и дружество с ограничена отговорност**. Нещо повече – дори страните да озаглавят договора „трудов“, да изгответ към него длъжностна характеристика, да го „регистрират“ в НАП, и дружеството да извърши съответни вписвания в трудовата книжка на управителя по повод договора, това не може да дефинира договора като трудов.

Каквото и клаузи да са уговорени между страните и каквото и фактически и правни действия да са извършени по повод договора, те не са в състояние да превърнат договора в трудов, доколкото законодателят изначално не е предвидил възможност отношенията между управителя и дружеството с ограничена отговорност да се регламентират съгласно трудовото законодателство.

Това разрешение се потвърждава и от трайната практика на Върховния касационен съд (ВКС). В този смисъл са например Решение № 306 от 25.06.2012 г. по гр. д. № 1387/2011 г. на ВКС, Решение № 226 от 10.07.2013 г. по гр. д. № 1298/2012 г. на ВКС и Решение № 204 от 28.07.2014 г. по гр. д. № 983/2014 г. на ВКС. Може би най-изчерпателни в тази насока са разсъжденията на съда, обективирани в Решение № 306 от 25.06.2012 г. по гр. д. № 1387/2011 г. на ВКС, в което се приема следното:

„Правоотношението, което се създава между управителя и управляваното от него ОД, възниква от избора на управителя; това правоотношение не е трудово, а има мандатен характер и се регламентира от нормите на гражданското и търговско право. Отношенията между управителя и дружеството се уреждат с договор за възлагане на управлението, който съгласно разпоредбата на чл. 141, ал. 7 ТЗ следва да е писмен. Този договор е мандатен – договор за поръчка, и съществена негова

характеристика е равнопоставеността на страните по него, поради което **управителят няма качеството на работник или служител на дружеството по смисъла на КТ.** Тъй като **основните правомощия на управителя да управлява и представлява дружеството произтичат от закона и от факта на избирането му, в договора за възлагане на управлението неговите права само се конкретизират, като могат да се уговорят и размера на възнаграждението му, определено от общото събрание, начина на плащането му, размера и начина на ползването на отпуски, различни обезщетения и пр., но без това да превръща създаденото мандатно правоотношение в трудово, дори когато договорът е озаглавен „трудов“.** В последния случай, независимо от това как страните са озаглавили договора и независимо дали той е склучен преди или след влизането в сила на правната норма на чл. 141, ал. 7 (нова – ДВ, бр. 58 от 2003 г.) от ТЗ, този договор, уреждащ отношенията между управителя и ОД, не е трудов договор, а е договор за поръчка (мандат) и е действителен, а не е нищожен като склучен в противоречие с посочената правна норма. [...] Регламентираните в КТ основания за възникването и прекратяването на трудовите правоотношения също са неприложими относно управителя и сключения между него и дружеството мандатен договор за възлагане на управлението. Мандатното правоотношение между тях може да бъде прекратено, освен на другите прекратителни основания, посочени в закона (обективното гражданско и търговско право), и по искане на управителя или по решение на органа, който го е изbral – общото събрание, включително и когато то избере нов управител на мястото на стария. В горния смисъл е и константната практика на ВКС, формирана по реда на отменения ГПК от 1952 г. както преди, така и след обнародването и влизането в сила на разпоредбата на чл. 141, ал. 7 (нова – ДВ, бр. 58 от 2003 г.) от ТЗ (Решение № 932 от 10.08.2009 г. по гр. д. № 1877/2006 г. на IV г. о. на ВКС, Решение от 2002 г. по гр. д. № 2186/2001 г. на V г. о. на ВКС, Решение от 2002 г. по гр. д. № 1049/2001 г. на V г. о. на ВКС, Решение от 2001 г. по гр. д. № 281/2001 г. на V г. о. на ВКС)."

Това разбиране се потвърждава и от най-новата съдебна практика

В тази връзка внимание заслужава и един относително нов казус, по който ВКС се е произнесъл с Определение № 946 от 22.12.2017 г. по гр. д. 3118/2017 г., III г.о. С въпросното определение не е допуснато касационно обжалване на въззвинното решение по в. гр. д. 680/2017 г. на Софийски градски съд, г.о., III-б въззвивен състав⁴. Казусът третира именно въпроса възможно ли е договор, сключен с управител, да бъде трудов по своя характер. Фактите по делото са следните: **ОД „уволнено дисциплинарно“ единия от своите управители – майка на дете до 3-годишна възраст по смисъла на чл. 333, ал. 1, т. 1 КТ, без да извърши каквато и да е консултация и да иска предварително разрешение от инспекцията по труда.** Ако договорът действително е бил трудов, това следва да представлява формално основание за отмяна на уволнението. Въпреки това, три поредни инстанции достигат до изложения по-горе извод, а именно – действащото законодателство не предвижда каквато и да е възможност управителите да бъдат наети по трудови договори. Имайки предвид традиционно закрилническата позиция на българските съдилища спрямо работниците и служителите, този казус, по който страна е една от най-уязвимите социални категории, полагащи труд – майка на дете до 3-годишна възраст – може би най-ясно показва непоколебимата позиция на българската съдебна практика по въпроса.

Това разбиране е напълно логично с оглед ролята и отговорността на управителя като орган на ОД

Посочените по-горе разсъждения са напълно логични и според нас заслужават подкрепа най-малко по следните съображения:

- **На първо място** – ролята на управителя като орган на ОД

⁴ Въззвинното решение потвърждава първоинстанционното Решение № 17641 от 03.11.2016 г. по гр. д. № 70659/2015 г. на Софийски районен съд, III г.о., 81-ви състав.

е да организира и ръководи в цялост дейността на дружеството. Самият ТЗ предвижда в действията си той да се ръководи от закона и от решенията на общото събрание. Няма предвидена подчиненост на управителя спрямо самото дружество, което би било работодателят по смисъла на КТ. Ако управителят има качеството „служител“, **същият ще бъде в конфликт на интереси, тъй като ще трябва сам да упражнява дисциплинарна власт спрямо себе си.** Макар да няма изрична разпоредба в КТ относно конфликта на интереси⁵, следва да се държи сметка, че управителят е законният представител на ООД – той е волеизявящият орган на дружеството, т.е. ООД действа като работодател именно чрез своя управител. Поради това няма как същият да съвместява и качеството служител при управлението на дружеството. Продължение на тази линия на разсъждение може да се намери и в това, че ТЗ в чл. 141, ал. 7 отделя изрично внимание на оправомощеното да сключи договора с управителя лице – оправомощаването му произтича от решението на общото събрание на съдружниците или на единоличния собственик. В този смисъл прозира волята на законодателя сключването на договора да не е свързано с упражняването на работодателски функции от страна на дружеството – ако беше така, определянето на оправомощени лица би било излишно, тъй като кръгът им е очертан от трудовото законодателство.

➤ **Второ** – съгласно ТЗ отговорността на управителя за причинени на дружеството вреди е неограничена (чл. 145 ТЗ⁶). Ако управителят беше служител по трудово правоотношение, неговата отговорност на общо основание щеше да бъде ограничена по вид и размер. Работниците/служителите отговарят само за претърпяна загуба, но не и за пропусната полза (чл. 205, ал. 1 КТ). Ръководителите, включително и непосредствените ръководители, причинили вреди при или по повод упражняване на

⁵ За разлика от други актове – вж. например чл. 114 от Закона за публично предлагане на ценни книжа, където е предвидена недействителност на определени сделки, сключени при конфликт на интереси, без изрично овластяване на общото събрание на публичното дружество. Според ВКС обаче този режим е изключителен и не може да бъде прилаган към други видове сделки (Тълкувателно решение № 3/2013 от 15.11.2013 г. на ОСГТК на ВКС).

⁶ Член 145 ТЗ гласи: „Управителят и контрольорът отговарят имуществено за причинени на дружеството вреди.“

ръководните си функции, отговарят в размер на вредата, но **не повече от трикратния размер на уговореното месечно трудово възнаграждение** (чл. 206, ал. 2 КТ). Единствените хипотези на пълна имуществена отговорност на работника и служителя са при умишлено причиняване на вредата, причиняване на вреда в резултат на престъпление или причиняване на вреди не при или по повод изпълнение на трудовите задължения⁷. Тази отговорност се търси по реда на гражданския закон. Посочените хипотези обаче силно биха ограничили възможността за търсене отговорност на управителя за вземането на управленски решения, т.е. решения, свързани с функцията му по организация и ръководство на дейността на дружеството. Иначе казано, ООД би било поставено в много неблагоприятната позиция да може да реализира претенциите си за причинени вреди в много ограничен кръг хипотези. Няма как отговорността на управителя – лицето, което е отговорно за цялостното управление на дружеството и което взима решенията, предопределящи стопанското поведение на ООД, да бъде ограничена – би се стигнало до колизия с интересите на собствениците на дружеството (съдружниците), чийто интереси е призвана да бранят разпоредбата на чл. 145 ТЗ. **Ограниченната отговорност е несъвместима с фигурата на управителя.**

➤ **Трето** – дори договорът, сключен с управителя, да бъде регистриран в НАП, от това не може да се почерпи аргумент в полза на това договорът да се квалифицира като трудов. Подаването на уведомление по чл. 62, ал. 3 КТ се инициира от работодателя, като НАП не извършва проверка по същество на съдържанието на договора и няма отношение към неговия характер, а единствено е длъжна да приеме съответното уведомление, ако то отговаря на приложимите изисквания.

➤ **Четвърто** – ТЗ съдържа правила, които ограничават извършването на конкурентна дейност от управителя (чл. 142 ТЗ). **На плоскостта на трудовото право подобни законови забрани за извършване на конкурентна дейност се разглеждат като несъвместими с конституционно гарантиралото право на труд и свобода на избор на професията.** Така например основ-

⁷ Мръчков, В., Трудово право, 8 издание, „Сиби“, София, 2012, с. 551.

ното разрешение в КТ при договора за външно съвместителство, т.е. извършване на работа за друг работодател извън уговореното по първия трудов договор работно време, е, че такава допълнителна дейност е **разрешена, освен ако не е уговорено друго**. Още повече, касае се за полагане на труд по друго трудово правоотношение („при друг работодател“), а не труд изобщо. Именно относно сключването на други трудови договори може да се предвиди забрана в индивидуалния трудов договор на служителя. Няма възможност обаче да му се забрани полагането на труд изобщо, при положение че то се осъществява извън уговореното работно време и при спазване на задълженията на служителя, най-вече тези да бъде лоялен към работодателя и да не злоупотребява с неговото доверие. Ето защо забраната за конкурентна дейност на управителя, предвидена в чл. 142 ТЗ, би влязла в противоречие с правилата на трудовото законодателство, ако допуснем, че управителят е служител на дружеството.

➤ **Пето – различен е осигурителният статус на управителите и работниците и служителите според Кодекса за социално осигуряване (КСО)**. Според чл. 4, ал. 1, т. 7 КСО „*управителите и прокурристите на търговски дружества и на еднолични търговци и на техните клонове, членовете на съвети на директорите, на управителни и надзорни съвети и контрольорите на търговски дружества*“ са отделна категория осигурени лица, различна от „*работниците и служителите*“ по чл. 4, ал. 1, т. 1 КСО.

С оглед пълнота следва да се споменат и някои „екзотични“ тълкувания, според които трудов договор с управител може да се сключи само със съдружник при ООД, но не и при ЕООД с лицето, имащо качеството „едноличен собственик на капитала“ (ЕСК). Подобно тълкуване няма опора в закона, защото изложените по-горе съображения важат в еднаква степен, независимо от разпределението на капитала между няколко съдружници или концентрирането му само в едно лице (ЕООД). **В този смисъл еднакво невъзможно е трудов договор да се сключи с управител както при ЕООД, така и при ООД с няколко съдружници**. Ирелевантно е какво е качеството на управителя – съдружник, ЕСК и други подобни – ако е управител, същият не може да бъде служител на дружеството.

Може ли управителят да сключи трудов договор за друга длъжност в ООД?

На последно място, интересен е въпросът може ли управителят да сключи трудов договор за друга длъжност, различна от управлението на ООД – например за счетоводител, системен администратор, ръководител „Човешки ресурси“ и други подобни. Основният проблем в такава хипотеза е посоченият по-горе конфликт на интереси, т.е. управителят, от една страна, ще бъде законен представител и волеизявващ орган на ООД (ще действа като работодател), а от друга страна, ще бъде служител за съответната друга длъжност. Също така, следва да се държи сметка и за **правилата за договаряне сам със себе си по чл. 38, ал. 1 от Закона за задълженията и договорите (ЗЗД)**. В този смисъл в Тълкувателно решение № 3/2013 от 15.11.2013 г. на ОСГТК на ВКС приема, че забраната за договаряне сам със себе си по чл. 38, ал. 1 от Закона за задълженията и договорите не се прилага за органното представителство при сключване на **търговска сделка**. Според ВКС правилата за договаряне сам със себе си не могат автоматично да се прилагат към волеобразуването и волеизявването на юридически лица (ЮЛ).

Склучването на трудов договор обаче не следва да се квалифицира като търговска сделка, поради което се поставя въпросът, дали правилата за договаряне сам със себе си по ЗЗД важат и при сключването на трудови договори от управителя със себе си. Ясна е логиката на ВКС, че формирането на воля при органното представителство на ЮЛ е нещо различно от института на упълномощаването, където и систематически се намира правилото на чл. 38 ЗЗД. Това е силен аргумент, че управителят може да сключи трудов договор със себе си за друга длъжност, без правилата за договаряне сам със себе си да бъдат пречка за това.

По-сигурната позиция обаче би била да се обезпечи съблюдаването и на правилата на чл. 38 ЗЗД, т.е. да се получи съгласие на представлявания. Съгласието управителят да сключи трудов договор със себе си за друга длъжност обаче следва да се получи не от управителя (тъй като същият ще съвместява качеството на служител), а по-скоро от друг от основните органи на ООД – общото събрание/ЕСК. Тогава теоретично би могло управителят да съвмести тази друга трудова длъжност с качеството си „управа

вител". Логиката тук би могла да бъде близка до разрешението на чл. 61, ал. 2 КТ, според което „За длъжности, определени в закон или в акт на Министерския съвет, трудовият договор се сключва от по-горестоящия спрямо работодателя орган. В тези случаи трудовото правоотношение се създава с предприятието, в което е съответната длъжност.“ Цитираното правило не е директно приложимо, защото посочените длъжности в ООД не са предвидени в закон/акт на МС. Въпреки това, би могло да се приеме, че чрез съгласието на общото събрание/ECK се преодолява посоченият конфликт на интереси (още повече че, както посочихме и по-горе, изрична забрана за сключване на трудов договор при конфликт на интереси в КТ няма). **Ето защо препоръчително е получаване на съгласието от друг орган на ООД (общо събрание/ECK) управителят да сключи трудов договор със себе си за друга длъжност, различна от управлението на дружеството.**

Изводът, който може да бъде изведен в заключение на настоящия анализ е, че трудов договор с управител за управление на ООД не може да бъде склучен.

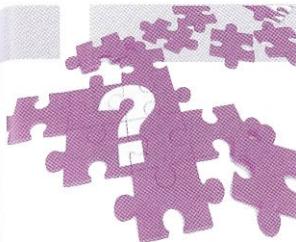
Такова е действащото законодателство, а също и трайното разбиране на българските съдилища, което се потвърждава и в най-новата съдебна практика. Затова винаги, когато ООД и управителите уреждат отношенията помежду си, следва да държат сметка за посоченото ограничение, за да може от самото начало ясно и прозрачно да са наясно с правата, задълженията и отговорностите в отношенията помеждуним. Теоретично би могло управителят да сключи трудов договор с ООД за друга функция, различна от управлението на дружеството, но препоръчително е в тази хипотеза да се получи съгласието за това на друг орган на дружеството (например общото събрание/ECK).

Д-р Мартин ЗАХАРИЕВ,

адвокат в Адвокатско дружество „Димитров, Петров и Ко.“

Зоя ТОДОРОВА, адвокат,

съдружник в Адвокатско дружество „Димитров, Петров и Ко.“



МТСП отговаря

Въпроси и отговори



ВЪПРОС № 1: Въз основа на молба на работник е разрешен неплатен отпуск, считано от 01.11.2017 до 01.03.2018 г. Колко дни неплатен отпуск следва да му бъдат зачетени за трудов стаж – само 30 работни дни, или 60 работни дни за двете календарни години?

ОТГОВОР: Съгласно чл. 160, ал. 1 от Кодекса на труда (КТ) работодателят по искане на работника или служителя може да му разреши неплатен отпуск. Неплатеният отпуск до 30 работни дни в една календарна година се признава за трудов стаж, а над 30 работни дни – само ако това е предвидено в кодекса, в друг закон или в акт на Министерския съвет (чл. 160, ал. 3 КТ).

Посоченият в запитването период на ползвания неплатен отпуск е от 01.11.2017 до 01.03.2018 г. На основание чл. 160, ал. 3 КТ за трудов стаж се признават до 30 работни дни в една календарна година. Следователно за всяка календарна година от горния период се признават по 30 работни дни, а именно: считано от 01.11.2017 г. – 30 работни дни (ако преди 01.11.2017 г. не е ползван друг неплатен отпуск) и считано от 01.01.2018 г. – 30 работни дни.

В чл. 349, ал. 1, т. 9 КТ е предвидено, че в трудовата книжка се вписва продължителността на времето, което се признава за трудов стаж, както и на времето, което не се признава за трудов стаж.

Според чл. 6, ал. 1 от Наредбата за трудовата книжка и трудовия стаж при прекратяване на трудовото правоотношение продължителността на трудовия стаж, придобит от работника или служителя при работодателя към датата на прекратяване