**МОСКОВСКИЙ ГОРОДСКОЙ СУД**

**АПЕЛЛЯЦИОННОЕ ОПРЕДЕЛЕНИЕ**

**от 16 июня 2017 г. по делу N 33-19300/17**

Судья: Черкащенко Ю.А.

Судебная коллегия по гражданским делам Московского городского суда в составе председательствующего Владимировой Н.Ю.,

судей Мызниковой Н.В., Нестеровой Е.Б.,

при секретаре Ф\*\*\*,

с участием прокурора Л\*\*\*,

представителя ответчика – **адвоката Бакумовой Е.Я.**

заслушав в открытом судебном заседании по докладу судьи Мызниковой Н.В.,

гражданское дело по апелляционной жалобе У. на решение Тимирязевского районного суда города Москвы от 15 декабря 2016 года, которым постановлено:

В удовлетворении исковых требований У. к Государственному бюджетному учреждению города Москвы "Досугово-спортивный центр семьи и молодежи "Исток" о восстановлении на работе, взыскании заработной платы за время вынужденного прогула, - отказать,

установила:

У. обратилась в суд с иском, уточненным в порядке [ст. 39](consultantplus://offline/ref=07BF8EAAB857C89ACD3DD597C398AF91A68186A158F385764A6FDBC3148A7165869808AD07F61FAEB21BJ) ГПК РФ, к ГБУ г. Москвы "Досугово-спортивный центр семьи и молодежи "Исток" (далее - ГБУ "ИСТОК"), в котором просила восстановить ее на работе в ранее занимаемой должности заместителя директора, взыскать с ответчика в свою пользу средний заработок за время вынужденного прогула с 01.09.2016 г. по 25.11.2016 г. в размере \*\*\* руб. \*\*\* коп., компенсацию морального вреда в размере \*\*\* руб., компенсацию за 23 календарных дня неиспользованного отпуска за период работы с 01.04.2015 г. по 31.08.2016 г. в размере \*\*\* руб. \*\*\* коп., проценты в порядке [ст. 236](consultantplus://offline/ref=07BF8EAAB857C89ACD3DD597C398AF91A68186A858F385764A6FDBC3148A7165869808AE05F3B11CJ) ТК РФ за задержку выплаты компенсации за неиспользованный отпуск в размере \*\*\* руб. \*\*\* коп., ссылаясь на то, что состояла в трудовых отношениях с ответчиком с 01.04.2008 г. и приказом N \*\*\* от 31.08.2016 г. была уволена 31.08.2016 г. по [п. 2 ч. 1 ст. 81](consultantplus://offline/ref=07BF8EAAB857C89ACD3DD597C398AF91A68186A858F385764A6FDBC3148A7165869808A80EBF11J) ТК РФ. Истец полагает свое увольнение незаконным, так как нарушены ее права при увольнении.

Истец и ее представитель в судебном заседании исковые требования поддержали; представитель ответчика в судебном заседании исковые требования не признала.

Суд постановил указанное выше решение, об отмене которого просит истец У. по доводам апелляционной жалобы.

Судебная коллегия, выслушав объяснения истца У. и ее представителя - С., поддержавших доводы апелляционной жалобы, возражения представителей ответчика - **адвоката Бакумовой Е.Я.**, Собольковой М.В., проверив материалы дела, обсудив доводы апелляционной жалобы, приходит к выводу о том, что решение суда первой инстанции является законным и отмене не подлежит.

Согласно [ст. 327.1](consultantplus://offline/ref=07BF8EAAB857C89ACD3DD597C398AF91A68186A158F385764A6FDBC3148A7165869808AE05BF13J) ГПК Российской Федерации суд апелляционной инстанции рассматривает дело в пределах доводов, изложенных в апелляционных жалобе, представлении и возражениях относительно жалобы, представления.

В соответствии с [Постановлением](consultantplus://offline/ref=07BF8EAAB857C89ACD3DD597C398AF91A58987A759FE85764A6FDBC314B81AJ) Пленума Верховного Суда РФ N 23 "О судебном решении" от 19.12.2003 г., решение является законным в том случае, когда оно принято при точном соблюдении норм процессуального права и в полном соответствии с нормами материального права, которые подлежат применению к данному правоотношению.

Решение является обоснованным тогда, когда имеющие значение для дела факты подтверждены исследованными судом доказательствами, удовлетворяющими требованиям закона об их относимости и допустимости, или обстоятельствами, не нуждающимися в доказывании ([статьи 55](consultantplus://offline/ref=07BF8EAAB857C89ACD3DD597C398AF91A68186A158F385764A6FDBC3148A7165869808AD07F61CA2B21FJ), [59](consultantplus://offline/ref=07BF8EAAB857C89ACD3DD597C398AF91A68186A158F385764A6FDBC3148A7165869808AD07F61CA0B21BJ) - [61](consultantplus://offline/ref=07BF8EAAB857C89ACD3DD597C398AF91A68186A158F385764A6FDBC3148A7165869808AD07F61CA0B21FJ), [67](consultantplus://offline/ref=07BF8EAAB857C89ACD3DD597C398AF91A68186A158F385764A6FDBC3148A7165869808AD07F61CAEB21EJ) ГПК РФ), а также тогда, когда оно содержит исчерпывающие выводы суда, вытекающие из установленных фактов.

В соответствии со [статьей 330](consultantplus://offline/ref=07BF8EAAB857C89ACD3DD597C398AF91A68186A158F385764A6FDBC3148A7165869808AE02BF12J) ГПК Российской Федерации, основаниями для отмены или изменения решения суда в апелляционном порядке являются: неправильное определение обстоятельств, имеющих значение для дела; недоказанность установленных судом первой инстанции обстоятельств, имеющих значение для дела; несоответствие выводов суда первой инстанции, изложенных в решении суда, обстоятельствам дела; нарушение или неправильное применение норм материального права или норм процессуального права.

Таких нарушений судом первой инстанции при рассмотрении данного дела допущено не было.

Согласно [ст. 22](consultantplus://offline/ref=07BF8EAAB857C89ACD3DD597C398AF91A68186A858F385764A6FDBC3148A7165869808AD07F61FAFB21FJ) ТК РФ работодатель имеет право заключать, изменять и расторгать трудовые договоры с работниками в порядке и на условиях, которые установлены настоящим [Кодексом](consultantplus://offline/ref=07BF8EAAB857C89ACD3DD597C398AF91A68186A858F385764A6FDBC314B81AJ), иными федеральными законами.

В соответствии с [п. 2 ст. 81](consultantplus://offline/ref=07BF8EAAB857C89ACD3DD597C398AF91A68186A858F385764A6FDBC3148A7165869808A80EBF11J) ТК РФ, трудовой договор может быть расторгнут работодателем в случае сокращения численности или штата работников организации, индивидуального предпринимателя.

Увольнение по основанию, предусмотренному [пунктом 2](consultantplus://offline/ref=07BF8EAAB857C89ACD3DD597C398AF91A68186A858F385764A6FDBC3148A7165869808A80EBF11J) или [3 части первой настоящей статьи](consultantplus://offline/ref=07BF8EAAB857C89ACD3DD597C398AF91A68186A858F385764A6FDBC3148A7165869808A80EBF1EJ), допускается, если невозможно перевести работника с его письменного согласия на другую имеющуюся у работодателя работу (как вакантную должность или работу, соответствующую квалификации работника, так и вакантную нижестоящую должность или нижеоплачиваемую работу), которую работник может выполнять с учетом его состояния здоровья. При этом работодатель обязан предлагать работнику все отвечающие указанным требованиям вакансии, имеющиеся у него в данной местности. Предлагать вакансии в других местностях работодатель обязан, если это предусмотрено коллективным договором, соглашениями, трудовым договором.

Согласно [ст. 179](consultantplus://offline/ref=07BF8EAAB857C89ACD3DD597C398AF91A68186A858F385764A6FDBC3148A7165869808AB00BF13J) ТК РФ при сокращении численности или штата работников преимущественное право на оставление на работе предоставляется работникам с более высокой производительностью труда и квалификацией.

При равной производительности труда и квалификации предпочтение в оставлении на работе отдается: семейным - при наличии двух или более иждивенцев (нетрудоспособных членов семьи, находящихся на полном содержании работника или получающих от него помощь, которая является для них постоянным и основным источником средств к существованию); лицам, в семье которых нет других работников с самостоятельным заработком; работникам, получившим в период работы у данного работодателя трудовое увечье или профессиональное заболевание; инвалидам Великой Отечественной войны и инвалидам боевых действий по защите Отечества; работникам, повышающим свою квалификацию по направлению работодателя без отрыва от работы.

Коллективным договором могут предусматриваться другие категории работников, пользующиеся преимущественным правом на оставление на работе при равной производительности труда и квалификации.

В силу [ст. 180](consultantplus://offline/ref=07BF8EAAB857C89ACD3DD597C398AF91A68186A858F385764A6FDBC3148A7165869808AD07F71FA3B219J) ТК РФ, при проведении мероприятий по сокращению численности или штата работников организации работодатель обязан предложить работнику другую имеющуюся работу (вакантную должность) в соответствии с [частью третьей статьи 81](consultantplus://offline/ref=07BF8EAAB857C89ACD3DD597C398AF91A68186A858F385764A6FDBC3148A7165869808A80EBF1EJ) настоящего Кодекса.

О предстоящем увольнении в связи с ликвидацией организации, сокращением численности или штата работников организации работники предупреждаются работодателем персонально и под роспись не менее чем за два месяца до увольнения.

Согласно [п. 23](consultantplus://offline/ref=07BF8EAAB857C89ACD3DD597C398AF91A5898FA259FC85764A6FDBC3148A7165869808AD07F61CA0B218J) Постановления Пленума ВС РФ N 2 от 17.03.2004 года "О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации", при рассмотрении дела о восстановлении на работе лица, трудовой договор с которым расторгнут по инициативе работодателя, обязанность доказать наличие законного основания увольнения и соблюдение установленного порядка увольнения возлагается на работодателя.

В соответствии с [п. 29](consultantplus://offline/ref=07BF8EAAB857C89ACD3DD597C398AF91A5898FA259FC85764A6FDBC3148A7165869808AD07F61CAEB21BJ) Постановления Пленума ВС РФ N 2 от 17.03.2004 года, в соответствии с [частью третьей статьи 81](consultantplus://offline/ref=07BF8EAAB857C89ACD3DD597C398AF91A68186A858F385764A6FDBC3148A7165869808A907BF11J) Кодекса увольнение работника в связи с сокращением численности или штата работников организации индивидуального предпринимателя допускается, если невозможно перевести работника с его письменного согласия на другую имеющуюся у работодателя работу (как вакантную должность или работу, соответствующую квалификации работника, так и вакантную нижестоящую должность или нижеоплачиваемую работу), которую работник может выполнять с учетом его состояния здоровья. Судам следует иметь в виду, что работодатель обязан предлагать работнику все отвечающие указанным требованиям вакансии, имеющиеся у него в данной местности. При решении вопроса о переводе работника на другую работу необходимо также учитывать реальную возможность работника выполнять предлагаемую ему работу с учетом его образования, квалификации, опыта работы.

При этом необходимо иметь в виду, что расторжение трудового договора с работником по [пункту 2 части первой статьи 81](consultantplus://offline/ref=07BF8EAAB857C89ACD3DD597C398AF91A68186A858F385764A6FDBC3148A7165869808A80EBF11J) Кодекса возможно при условии, что он не имел преимущественного права на оставление на работе ([статья 179](consultantplus://offline/ref=07BF8EAAB857C89ACD3DD597C398AF91A68186A858F385764A6FDBC3148A7165869808AB00BF13J) ТК РФ) и был предупрежден персонально и под расписку не менее чем за два месяца о предстоящем увольнении ([часть вторая статьи 180](consultantplus://offline/ref=07BF8EAAB857C89ACD3DD597C398AF91A68186A858F385764A6FDBC3148A7165869808AB0FBF16J) ТК РФ).

Таким образом, из смысла приведенных выше норм действующего трудового законодательства следует, что право определять численность и штат работников принадлежит работодателю.

Вместе с тем, реализуя закрепленные Конституцией Российской Федерации ([статья 34, часть 1](consultantplus://offline/ref=07BF8EAAB857C89ACD3DD597C398AF91A68981A454ACD2741B3AD5C61CDA3975C8DD05AC06F5B11EJ); [статья 35, часть 2](consultantplus://offline/ref=07BF8EAAB857C89ACD3DD597C398AF91A68981A454ACD2741B3AD5C61CDA3975C8DD05AC06F5B11AJ)) права, работодатель в целях осуществления эффективной экономической деятельности и рационального управления имуществом вправе самостоятельно, под свою ответственность принимать необходимые кадровые решения (подбор, расстановка, увольнение персонала), обеспечивая при этом в соответствии с требованиями [статьи 37](consultantplus://offline/ref=07BF8EAAB857C89ACD3DD597C398AF91A68981A454ACD2741B3AD5C61CDA3975C8DD05AC06F2B11FJ) Конституции Российской Федерации закрепленные трудовым законодательством гарантии трудовых прав работников.

Принятие решения об изменении структуры, штатного расписания, численного состава работников организации относится к исключительной компетенции работодателя, который вправе расторгнуть трудовой договор с работником в связи с сокращением численности или штата работников организации ([пункт 2 части первой статьи 81](consultantplus://offline/ref=07BF8EAAB857C89ACD3DD597C398AF91A68186A858F385764A6FDBC3148A7165869808A80EBF11J) Трудового кодекса Российской Федерации) при условии соблюдения закрепленного Трудовым [кодексом](consultantplus://offline/ref=07BF8EAAB857C89ACD3DD597C398AF91A68186A858F385764A6FDBC314B81AJ) Российской Федерации порядка увольнения и гарантий, направленных против произвольного увольнения: преимущественное право на оставление на работе предоставляется работникам с более высокой производительностью труда и квалификацией; одновременно с предупреждением о предстоящем увольнении, осуществляемым работодателем в письменной форме не менее чем за два месяца до увольнения, работнику должна быть предложена другая имеющаяся у работодателя работа (вакантная должность), причем перевод на эту работу возможен лишь с письменного согласия работника ([часть первая статьи 179](consultantplus://offline/ref=07BF8EAAB857C89ACD3DD597C398AF91A68186A858F385764A6FDBC3148A7165869808AB00BF10J), [части первая](consultantplus://offline/ref=07BF8EAAB857C89ACD3DD597C398AF91A68186A858F385764A6FDBC3148A7165869808AB00BF1FJ) и [вторая статьи 180](consultantplus://offline/ref=07BF8EAAB857C89ACD3DD597C398AF91A68186A858F385764A6FDBC3148A7165869808AB0FBF16J), [часть третья статьи 81](consultantplus://offline/ref=07BF8EAAB857C89ACD3DD597C398AF91A68186A858F385764A6FDBC3148A7165869808A907BF11J) Трудового кодекса Российской Федерации).

При этом работодатель обязан предложить работнику другую имеющуюся у работодателя в данной местности работу (вакантную должность) в той же организации, соответствующую квалификации работника, а при отсутствии такой работы - иную имеющуюся в организации вакантную нижестоящую должность или нижеоплачиваемую работу, которую работник может выполнять с учетом его образования, квалификации, опыта работы и состояния здоровья.

В силу положений [ст. 127](consultantplus://offline/ref=07BF8EAAB857C89ACD3DD597C398AF91A68186A858F385764A6FDBC3148A7165869808AD07F616A1B219J) Трудового кодекса РФ денежная компенсация за все неиспользованные отпуска подлежит выплате при увольнении работника.

Как установлено судом и следует из материалов дела, с 01.04.2008 г. У. осуществляла трудовую деятельность в организации ответчика в должности заместителя директора на условиях трудового договора от 01.04.2008 г. N \*\*\* в редакции дополнительных соглашений к нему.

На основании приказа ГБУ "ИСТОК" от 17.06.2016 г. "О проведении мероприятий по сокращению штата" в связи с вводом в действие нового штатного расписания с 01.09.2016 г. сокращены следующие должности: заместитель директора - 1 ед., руководитель структурного подразделения - 1 ед., администратор - 1 ед.

27.06.2016 г. истец под роспись была уведомлена о сокращении с 01.09.2016 г. занимаемой должности и увольнении 31.08.2016 г. по основанию сокращения штата.

По состоянию в период предстоящего увольнения с 01.07.2016 г. вакантными являлись следующие должности: по состоянию на 22.06.2016 г. - руководитель структурного подразделения "Спорт" "Досуг", специалист по организации спортивно-досуговой деятельности, руководитель студии (досуг), руководитель кружка (спорт), администратор; по состоянию на 27.06.2016 г. - специалист по организации спортивно-досуговой деятельности, руководитель студии (досуг), руководитель кружка (спорт).

29.06.2016 г. ответчиком в ГКУ Центр занятости населения поданы сведения о предстоящем высвобождении по сокращению численности или штата 4 работников, в том числе истца.

Приказом N \*\*\* от 31.08.2016 г. У. уволена 31.08.2016 г. в связи с сокращением штата по [п. 2 ч. 1 ст. 81](consultantplus://offline/ref=07BF8EAAB857C89ACD3DD597C398AF91A68186A858F385764A6FDBC3148A7165869808A80EBF11J) ТК РФ; с приказом истец ознакомлена 31.08.2016 г., в тот же день истцу выдана трудовая книжка.

Разрешая спор, суд первой инстанции, дав оценку собранным по делу доказательствам, в соответствии со [ст. 67](consultantplus://offline/ref=07BF8EAAB857C89ACD3DD597C398AF91A68186A158F385764A6FDBC3148A7165869808AD07F61CAEB21EJ) ГПК РФ, и с учетом требований закона, правомерно пришел к выводу об отказе У. о восстановлении на работе, поскольку у ответчика имелись основания для увольнения истца по [п. 2 ч. 1 ст. 81](consultantplus://offline/ref=07BF8EAAB857C89ACD3DD597C398AF91A68186A858F385764A6FDBC3148A7165869808A80EBF11J) ТК РФ и был соблюден установленный законом порядок увольнения по данному основанию, так как факт сокращения штата и занимаемой истцом должности подтверждается представленными в суд приказами и штатными расписаниями, о расторжении трудового договора в связи с сокращением штата истец была уведомлена в установленные законом сроки, в порядке трудоустройства истцу работодателем были предложены имеющиеся вакантные должности, от замещения которых истец конклюдентно отказалась.

Довод истца о том, что в порядке трудоустройства ответчиком ей не была предложена 0,25 ставки должности психолога, суд правомерно отклонил, поскольку согласно должностной инструкции для назначения на указанную должность необходимо условие о наличии высшего или среднего профессионального образования (психологическое и педагогическое), а истец таким требованиям не отвечала, учитывая, что имея степень магистра Манчестерского Университета от 2005 г., свою квалификацию в течение срока предупреждения о предстоящем увольнении по сокращению штата не подтвердила (решением аттестационной комиссии Муниципалитета внутригородского муниципального образования \*\*\* в г. \*\*\* от 25.05.2009 г. У. сроком на пять лет была присвоена высшая квалификационная категория по должности "психолог").

Правилен и вывод суда об отсутствии оснований для применения [ст. 179](consultantplus://offline/ref=07BF8EAAB857C89ACD3DD597C398AF91A68186A858F385764A6FDBC3148A7165869808AB00BF13J) Трудового кодекса РФ о преимущественном праве на оставление на работе, поскольку по смыслу действующего трудового законодательства преимущественное право на оставление на работе исследуется работодателем, если подлежит сокращению одна из одинаковых должностей определенного структурного подразделения, т.е. между работниками, занимающими одинаковые должности, часть из которых подлежит сокращению, поскольку степень производительности труда и квалификации работников возможно сравнить, лишь оценив выполнение ими одинаковых трудовых функций; поскольку занимаемая истцом должность заместителя директора была единственной, то оснований для установления лиц, обладающих более высокой квалификацией и производительностью труда у работодателя не имелось.

Установив, что при увольнении с истцом произведен окончательный расчет, в том числе, выплачена компенсация за 9 календарных дней неиспользованного отпуска, суд правомерно отказал в удовлетворении исковых требований У. о взыскании компенсации за неиспользованный отпуск, и как следствие, процентов в порядке [ст. 236](consultantplus://offline/ref=07BF8EAAB857C89ACD3DD597C398AF91A68186A858F385764A6FDBC3148A7165869808AE05F3B11CJ) ТК РФ за задержку выплаты компенсации за неиспользованный отпуск.

Учитывая, что оснований для признания увольнения незаконным и нарушения трудовых прав истца судом не установлено, то требования У. о взыскании среднего заработка за время вынужденного прогула и компенсации морального вреда обоснованно отклонены судом.

Судебная коллегия считает выводы суда первой инстанции правильными, основанными на нормах материального права и соответствующими установленным обстоятельствам дела.

Доводы апелляционной жалобы о том, что ответчик не произвел истцу при увольнении выплату за 23 календарных дня неиспользованного отпуска за период работы с 01.04.2015 г. по 31.08.2016 г. в размере \*\*\* руб. \*\*\* коп., судебная коллегия отклоняет как несостоятельные.

Так, в соответствии с условиями трудового договора, заключенного с истцом, работнику ежегодно предоставляется основной оплачиваемый отпуск, продолжительностью 28 календарных дней (п. 3, Раздел 5); за работу в режиме ненормированного рабочего дня работнику предоставляется ежегодный дополнительный оплачиваемый отпуск, продолжительностью 14 календарных дней (п. 4, Раздел 5).

Как усматривается из материалов дела, всего за период работы с 01.04.2008 г. по 31.03.2014 г. У. работодателем были компенсированы и предоставлены основные и дополнительные оплачиваемые отпуска в объеме, на 16 дней превышающем объем отпусков, положенный ей по трудовому договору из расчета 42 дня отпуска за каждый отработанный год.

В период с 01.04.2014 г. по 31.03.2015 г. У. использовала 38 дней ежегодного оплачиваемого отпуска и 14 дней дополнительного отпуска (что на 10 календарных дней больше, чем положено по трудовому договору) в следующие периоды: с 11.08.2014 г. по 20.08.2014 г. (10 дней - основной), с 20.07.2015 г. по 31.07.2015 г. (12 дней - основной), 07.09.2015 г. - 08.09.2015 г. (2 дня - основной), 15.02.2016 г. - 19.02.2016 г. (5 дней - дополнительный), 28.03.2016 г. - 10.04.2016 г. (14 дней - основной), 18.07.2016 г. - 19.08.2016 г. (9 дней - дополнительный).

За период работы с 01.04.2015 г. по 31.03.2016 г. У. были предоставлены 28 дней основного отпуска: с 18.07.2016 г. по 10.08.2016 г. и с 22.08.2016 г. по 25.08.2016 г.

С учетом установленных обстоятельств, действия работодателя по учету всех излишне предоставленных отпусков предыдущих периодов, при расчете размера компенсации за неиспользованные отпуска при увольнении У. являются правомерными, а именно: излишне предоставленные и оплаченные отпуска за период с 01.04.2014 г. по 31.03.2015 г. в количестве 10 ней и излишне предоставленные и оплаченные основные отпуска за период до 31.03.2014 г. в количестве 16 дней были зачтены как 14 дней дополнительного отпуска за период с 01.04.2015 г. по 31.03.2016 г. и 12 дней основного отпуска за период с 01.04.2016 г. по 31.08.2016 г. При увольнении У. была выплачена компенсация за 9 дней неиспользованного отпуска, тогда как фактически истец имела право на получение компенсации за 6 дней дополнительного отпуска за период работы с 01.04.2016 г. по 31.08.2016 г.

Иные доводы апелляционной жалобы, оспаривающие правомерность произведенного ответчиком увольнения, не содержат каких-либо новых обстоятельств, которые не были бы предметом исследования суда первой инстанции или опровергали выводы судебного решения, аналогичны доводам, заявленным в суде первой инстанции, и не могут служить основанием к отмене правильного по существу решения суда по одним только формальным соображениям на основании [ч. 6 ст. 330](consultantplus://offline/ref=07BF8EAAB857C89ACD3DD597C398AF91A68186A158F385764A6FDBC3148A7165869808AE00BF12J) ГПК РФ.

На основании изложенного и руководствуясь [ст. ст. 328](consultantplus://offline/ref=07BF8EAAB857C89ACD3DD597C398AF91A68186A158F385764A6FDBC3148A7165869808AE04BF10J), [329](consultantplus://offline/ref=07BF8EAAB857C89ACD3DD597C398AF91A68186A158F385764A6FDBC3148A7165869808AE03BF14J) ГПК РФ, судебная коллегия

определила:

Решение Тимирязевского районного суда города Москвы от 15 декабря 2016 года оставить без изменения, апелляционную жалобу У. - без удовлетворения.