

УДК 346.3:005.95

Антоніна Згама,*канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри цивільного та господарського права і процесу
Міжнародного гуманітарного університету*

ДОГОВІРНІ ЗОБОВ'ЯЗАННЯ З АУТСОРСИНГУ: ПРАВОВА ПРИРОДА ТА ДЕЯКІ ПРОБЛЕМИ ЗАСТОСУВАННЯ

Стаття присвячена дослідженню правової природи договору аутсорсингу. Здійснено аналіз наукових підходів до змісту договірних зобов'язань з аутсорсингу. Проведено аналіз національного законодавства про аутсорсинг. Розглядаються проблеми реалізації аутсорсингових відносин.

Ключові слова: договір аутсорсингу, аутсорсинг, аутсорсингові відносини, господарський договір, аутстафінг, послуги з надання персоналу.

Постановка проблеми. Одним із напрямів розвитку та управління суб'єкта господарювання, який спрямований на підвищення його конкурентоспроможності та передбачає укладення договору між замовником та виконавцем з метою передачі останньому первинних та вторинних функцій компанії для оптимізації й скорочення витрат замовника, отримання прибутку, вважається аутсорсинг. Зазначимо, що правове регулювання договору аутсорсингу не склалося, незважаючи на його практичне використання. У юридичній літературі не вироблено єдиного концептуального підходу щодо поняття договору аутсорсингу, його правової природи, місця у системі договорів. Більш того, судова практика свідчить про наявність проблеми неоднозначного трактування аутсорсингових відносин. Досить часто договір аутсорсингу замінюють такими термінами, як аутстафінг, лізинг персоналу, підбір тимчасового персоналу, що не відповідає правовій природі даного договору.

Аналіз останніх досліджень і публікацій із даної теми. Теоретичною основою досліджень договору аутсорсингу стали праці таких учених, як М. М. Єфименко, І. А. Єщенко, В. П. Кохан, А. І. Кузнецової, В. Г. Олюхи, С. В. Терещенка, А. В. Фадєєва та ін. Однак остаточно проблема визначення правової природи та його місця у системі договорів в Україні залишається невирішеною.

Метою статті є визначення правової природи договору аутсорсингу та окреслення основних проблем у застосуванні останнього в тому числі шляхом аналізу наявної судової практики.

Виклад основного матеріалу дослідження. Насамперед звернемося до офіційно-

го розуміння аутсорсингу, оскільки чинне українське законодавство безпосередньо не регламентує сам договір аутсорсингу.

Визначення аутсорсингу наведено у розділі 4 Національного класифікатора України «Класифікація видів економічної діяльності», затвердженого наказом Держспоживстандарту України від 11.10.2010 № 457. Так, аутсорсинг – угода, згідно з якою замовник доручає підряднику виконати певні завдання, зокрема частину виробничого процесу або повний виробничий процес, надання послуг щодо підбирання персоналу, допоміжні функції. Термін «аутсорсинг» також використовують, якщо підрядник здійснює допоміжну діяльність, незалежно від того, чи виконують такі завдання на ринкових умовах. Замовник і підрядник можуть бути розташовані в межах однієї економічної території чи в різних економічних територіях. Фактичне місцезнаходження не впливає на класифікацію цих суб'єктів.

Стосовно банківської діяльності Національний банк України, визначив, що аутсорсинг – виконання певних функцій і робіт, які традиційно є «внутрішніми» і виконуються штатними працівниками шляхом залучення зовнішніх незалежних сторін на договірній основі; аутсорсинг використовується для оптимізації витрат і процесів у банку (Постанова Правління НБУ «Про схвалення Методичних рекомендацій щодо організації та функціонування систем ризик-менеджменту в банках України» від 02.08.2004 № 361).

Стосовно правової природи договору аутсорсингу, то одностайності у цьому питанні не маємо. Одні автори вважають, що договір аутсорсингу є змішаним договором, який, як правило, включає в себе елементи договорів підряду та оплатного надання послуг, в тому

числі договорів, що характеризуються іншою галузевою приналежністю (наприклад, трудових договорів) [1]. При цьому робиться висновок стосовно аутсорсингу як непоіменованого цивільного договору. Такий підхід, насамперед, можна пояснити тим, що господарський договір вважають різновидом цивільно-правового договору, проте у цьому разі не враховуються особливості господарських договорів та наявність галузевої спеціалізації у праві. Указана позиція притаманна російським вченим з огляду на відсутність окремого кодифікованого акта у сфері господарювання.

Група других науковців розглядає договір аутсорсингу як комплексний договір. Зокрема, М. М. Єфіменко вказує, що договір аутсорсингу містить елементи господарського, цивільного і трудового договору [2, с. 117]. На думку В. П. Кохан, правова конструкція відносин аутсорсингу складається з двох договорів – цивільного і трудового [3, с. 164]. Проте трудові відносини між замовником і працівниками, що перебувають у штаті аутсорсера, не виникають. При цьому трудовий договір укладається між аутсорсером та його працівниками, які й будуть безпосередньо виконувати роботи або надавати послуги для виконання договору аутсорсингу. Як правильно вказує В. Г. Олюха, трудовий договір не є складовою частиною договору аутсорсингу [4, с. 290].

Прихильники третьої групи дотримуються точки зору стосовно договору аутсорсингу як несамоїтного виду (типу) договору, оскільки у нього відсутня видова ознака і він є загальним поняттям, що охоплює різні відомі законодавству договори – виконання робіт, надання послуг, а тому під договором аутсорсингу завжди приховується один із вищевказаних договорів [5, с. 16].

Так, на практиці досить часто має місце укладення договорів про надання послуг аутсорсингу у сфері бухгалтерського та податкового обліку. При цьому суди, розглядаючи спори між сторонами такого договору, доходять висновку, що даний правочин за своєю природою є договором про надання послуг [6].

Із цього приводу варто зазначити, що конструкція договору аутсорсингу може бути доволі складною, оскільки в цьому договорі сторони успішно можуть поєднати передачу бізнес-процесу, певної функції шляхом і виконання робіт, і надання послуг одночасно. Крім того, як правило, має місце довгостроковий характер аутсорсингових відносин, що вимагає додаткової регламентації прав і обов'язків сторін, зокрема, стосовно звітування аутсорсера перед замовником, визначення кваліфікації працівників за бажанням

замовника тощо. Нині, якщо сторони у разі укладення договору про надання послуг намагаються визначити весь спектр послуг, що будуть надаватися, то, відповідно, склад дій, які працівник виконуватиме на підставі договору аутсорсингу у межах переданого бізнес-процесу чи функції, може змінюватися з ініціативи замовника. Крім того, під час виконання функції, бізнес-процесу, що передаються на аутсорсинг, як правило, враховується внутрішній регламент замовника. У свою чергу, у договорі про надання послуг виконавець відповідає за кінцевий результат, а спосіб досягнення цього результату може взагалі не цікавити замовника.

Отже, справді, замовник може укласти договір на разове надання послуг та виконання робіт, проте договір аутсорсингу є більш зручним з огляду на тривале співробітництво замовника і аутсорсера з його кваліфікованими працівниками.

Найбільш прийнятною вважаємо висловлену в юридичній літературі точку зору щодо господарської природи договору аутсорсингу [4, с. 286-292; 7, с. 110-113].

О. А. Беляневич до кваліфікуючих ознак господарського договору відносить наявність: сфери господарювання як особливої сфери суспільних відносин; сторін зобов'язання – суб'єктів господарювання або інших учасників відносин у сфері господарювання; юридичного об'єкта (певних дій господарського чи управлінського характеру) [8, с. 456-457].

За таким підходом спробуємо визначити ознаки договору аутсорсингу.

По-перше, договір аутсорсингу укладається з метою передачі певних бізнес-процесів, виробничих функцій, робіт, які безпосередньо належать до господарської діяльності, тобто для здійснення та обслуговування останньої. Отже, договір аутсорсингу застосовується у сфері господарювання.

По-друге, сторонами даного договору (замовником та виконавцем-аутсорсером) можуть бути виключно суб'єкти господарювання. При цьому склад учасників договору не збігається зі складом його сторін, оскільки учасниками договору аутсорсингу поряд зі сторонами є треті особи – кваліфікований персонал, який надається замовнику для виконання делегованих функцій чи бізнес-процесів.

По-третє, юридичним об'єктом договору аутсорсингу слід вважати виконання певних функцій та робіт для господарських цілей замовника шляхом залучення інших суб'єктів господарювання.

Таким чином, можемо зробити висновок, що договір аутсорсингу слід визнати власне господарським договором. Хоча в науковій

літературі підстави приналежності цього договору до господарських договорів трактуються більш широко. Так, А. В. Фадєєв зазначає, що договір аутсорсингу має всі характеристики, щоб бути названим господарським договором: укладається між суб'єктами господарювання, а отже, сферою його застосування є господарська діяльність; цим договором встановлюється юридичний зв'язок між його сторонами через виявлення взаємних прав та обов'язків при здійсненні підприємницької діяльності; як і будь-який інший договір, він не може укладатися в усній формі, і тому виражений зовні у формі письмового документа; у цьому договорі досягається угода про задоволення взаємних інтересів суб'єктів господарювання щодо використання ресурсів одного підприємця для досягнення господарських цілей іншого підприємця [7, с. 112].

Отже, договором аутсорсингу є зобов'язання суб'єктів господарювання, змістом якого є взаємні права та обов'язки щодо виконання аутсорсером переданих замовником виробничих процесів чи певних функцій для задоволення господарських потреб останнього.

Натепер у судовій практиці співіснують різні правові позиції щодо розуміння поняття аутсорсингу. Наприклад, Окружний адміністративний суд м. Києва по справі № 2а-17883/11/2670 вказав, що за загальним правилом та своєю природою аутсорсинг – це виконання певних функцій і робіт, які традиційно вважаються внутрішніми і виконуються штатними працівниками, через залучення зовнішніх незалежних сторін на договірній основі [9]. В іншому рішенні визначено, що надання послуг аутсорсингу передбачає передачу на договірних умовах певних бізнес-процесів або виробничих функцій на обслуговування іншій компанії, що спеціалізується у відповідній сфері (ухвала Вищого адміністративного суду України у справі № 2а-14047/11/2670) [10].

Разом із тим у низці судових актів аутсорсинг ототожнюється з послугами з надання персоналу (ухвала Харківського апеляційного адміністративного суду у справі 2а-836/12/2070) [11]. У рішенні господарського суду Харківської області по справі № 5023/5802/12 суд розтлумачив зміст договору аутстафінгу як послуг з надання персоналу [12].

Таким чином, у правозастосовчій практиці склалася ситуація, що поряд із терміном «аутсорсинг» застосовуються поняття «аутстафінг», «послуги з надання персоналу», навіть «лізинг персоналу». Спробуємо визначитися з цими категоріями.

Податковий кодекс України (пп. 14.1.183) визначає послугу з надання персоналу як господарську або цивільно-правову угоду, відповідно до якої особа, що надає послугу (резидент або нерезидент), направляє у розпорядження іншої особи (резидента або нерезидента) одну або декількох фізичних осіб для виконання визначених цією угодою функцій. При цьому угода про надання персоналу може передбачати укладання зазначеними фізичними особами трудової угоди або трудового контракту з особою, у розпорядження якої вони направлені. Інші умови надання персоналу (у тому числі винагорода особі, що надає послугу) визначаються угодою сторін.

Здійснення діяльності суб'єктів господарювання, які наймають працівників для подальшого виконання ними роботи в Україні в іншого роботодавця, визначає ст. 39 Закону України «Про зайнятість населення» (05.07.2012 № 5067-VI).

Аутстафінг (англ. outstaffing – виведення за штат, від «out» – вивід, «staffing» – штат) – це модель організації трудових відносин, за якої здійснюється виведення частини працівників за межі штату компанії-замовника та їх оформлення в штат компанії-посередника (кадрове агентство, посередницька компанія), яка формально виконує для них функції роботодавця, але за фактом вони продовжують працювати у своїй компанії.

За договором аутстафінгу виконавець надає працівників, з якими перебуває у трудових відносинах, замовнику для подальшого використання останнім їхньої праці у власній господарській діяльності нарівні з власними працівниками, а замовник зобов'язується прийняти зазначену послугу та оплатити її, організувавши запозичену працю із забезпеченням дотримання трудового законодавства [4, с. 301].

Отже, законодавець, здійснивши правову регламентацію у п. 14.1.183 Податкового кодексу України угоди про надання персоналу, по суті, створив правове підґрунтя для застосування договору аутстафінгу. Тому договір аутстафінгу у широкому розумінні можна розглядати як угоду з надання персоналу.

У юридичній літературі можемо побачити для характеристики відносин із надання персоналу поняття «лізинг персоналу» або «наймана праця» [13, с. 26]. Агентства з лізингу робочої сили (агентства тимчасової праці) передають власних робітників підприємствам-замовникам, так би мовити, у найм, в оренду, напрокат та на певний термін. Для лізингового агентства надання послуг зі здачі персоналу в оренду – це свого роду підряд на

надання персоналу та вид підприємницької діяльності, що приносить дохід [14, с. 52].

Стосовно договору лізингу персоналу зазначимо, що сам термін є некоректним з правової точки зору. Адже об'єктом лізингу є індивідуально-визначене майно, і ніяк не працівник як об'єкт зобов'язання. Крім того, відносини так званого «лізингу персоналу» охоплюються поняттям аутстафінгу, і, як правильно зазначає В. Г. Олюха, «... не існує ніяких проблем, щоб поняття «аутстафінг» розуміли у широкому значенні як позначення будь-якого виду запозиченої праці» [4, с. 295].

Проте яким же чином співвідносяться поняття аутсорсингу та аустафінгу? Насправді дане питання є доволі дискусійним. Одні автори повністю отожднюють аутстафінг і аутсорсинг. Наприклад, В. П. Кохан зазначає, що аутсорсинг – це вид запозиченої праці, коли працівник, залишаючись оформленим в одного роботодавця, передається в розпорядження іншого, а далі вказує: «...цей договір [аутсорсингу – А.З.] опосередковує «оренду» персоналу або надання його у користування...» [3, с. 160, 163]. Інші науковці говорять про аутстафінг як про різновид аутсорсингу [5, с. 36-42].

Підтримуємо позицію, що аутстафінг не є різновидом аутсорсингу, а виступає самостійним інструментом менеджменту [4, с. 295].

Справді, відносини аутстафінгу та аутсорсингу схожі між собою. Відмінність між ними полягає в тому, що, по-перше, за договором аутстафінгу виводиться деяка кількість найманих працівників без визначення їх конкретних функцій, а за договором аутсорсингу передається певна функція підприємства, бізнес-процес іншому суб'єкту господарювання; по-друге, предметом договору аутстафінгу є послуга з надання робочої сили, аутсорсингу – послуга з виконання конкретної функції, бізнес-процесу.

Як вказує О. Б. Полякова, аутстафінг та аутсорсинг відрізняють один від одного мета та правова форма вказаних відносин. Так, відносини аутсорсингу оформлюються контрагентами договором про надання послуг чи виконання робіт, аутстафінгу – договором про надання персоналу [15, с. 130].

Разом із тим ще одним проблемним питанням, пов'язаним з аутсорсинговими та аутстафінговими відносинами, слід визнати несприйняття деякими органами державної влади, наприклад органами фіскальної служби, цих договорівних структур. Як наслідок, до судових органів звертаються суб'єкти господарювання з позовом про визнання протиправними та скасування податкових повідо-

лень-рішень. Так, у справі № 804/2/13-а суд звернув увагу, що факт відсутності у контрагента матеріальних та трудових ресурсів не виключає можливості реального виконання ним господарської операції та не свідчить про одержання необґрунтованої податкової вигоди покупцем, оскільки залучення працівників є можливим за договорами цивільно-правового характеру, аутсорсингу та аутстафінгу (оренда персоналу). Основні та транспортні засоби можуть перебувати у контрагента на праві оренди або лізингу [16].

Хоча на практиці можемо натрапити на протилежні судові рішення в аналогічних правовідносинах, наприклад у справі № 826/1708/15 [17].

Висновки

Підсумовуючи вищевикладене, зазначимо, що договором аутсорсингу є зобов'язання суб'єктів господарювання, змістом якого є взаємні права та обов'язки щодо виконання аутсорсером переданих замовником виробничих процесів чи певних функцій для задоволення господарських потреб останнього. У зв'язку з цим обґрунтовується господарсько-правова природа договору аутсорсингу з тими особливостями, що характерні для власне господарських договорів.

Вважаємо необґрунтованою позицію отожднення таких видів господарської діяльності, як аутсорсинг та аутстафінг. Відповідно, предметом договору аутсорсингу є послуга з виконання конкретної функції, бізнес-процесу, аутстафінгу – послуга з надання робочої сили.

Отже, закріплення на законодавчому рівні поняття договору аутсорсингу сприятиме формуванню чіткого розуміння сутності цього договору, що має вагомe значення для правозастосовчої практики.

Список використаних джерел:

1. Ещенко И. А. Договор аутсорсинга в гражданском праве : автореф. дисс. канд. юрид. наук. : спец. 12.00.03 «Гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право [Електронний ресурс] / И. А. Ещенко. – М., 2009. – 21 с. – Режим доступа : <http://www.law.edu.ru/article/article.asp?articleID=1314841>.

2. Єфименко М. М. Визначення договору аутсорсингу як однієї з форм взаємодії суб'єктів господарських правовідносин / М. М. Єфименко // Підприємництво, господарство і право. – 2013. – № 2. – С. 114-117.

3. Кохан В. П. Аутсорсинг і договори, що його опосередковують [Електронний ресурс] / В. П. Кохан // Державне будівництво та місцеве самоврядування. – 2013. – Вип. 26. – С. 159-174. –

Режим доступу: http://nbuv.gov.ua/UJRN/dbms_2013_26_15.

4. Олюха В. Г. Оптимізація капітального будівництва: господарсько-правові проблеми: монографія / В. Г. Олюха. – К.: Центр учбової літератури, 2015. – 302 с.

5. Витко В. С. Юридическая природа договора аутсорсинга и аутстаффинга / В. С. Витко, Е. А. Цатурян. – М., 2012. – 128 с.

6. Рішення Господарського суду м. Києва від 29 серпня 2016 р. у справі № 910/10746/16 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/60171221>.

7. Фадеев А. В. Правовая природа договора аутсорсинга / А. В. Фадеев // Право і суспільство. – 2013. – № 6. – С. 110-113.

8. Беляневич О. А. Особливості господарських договорів / О. А. Беляневич // Договірне право України. Загальна частина: навчальний посібник / за ред. О. В. Дзери. – К.: Юрінком Інтер, 2008. – С. 896 с.

9. Постанова Окружного адміністративного суду м. Києва від 31 січня 2012 р. у справі № 2а-17883/11/2670 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/21736970>.

10. Ухвала Вищого адміністративного суду України від 14 січня 2015 р. у справі № 2а-14047/11/2670 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/42404251#>.

11. Ухвала Харківського апеляційного адміністративного суду від 29 травня 2012 р. у справі 2а-836/12/2070 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/24902699>.

12. Рішення господарського суду Харківської області від 04 лютого 2013 р. у справі № 5023/5802/12 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/29624204>.

13. Харитонова Ю. Как заключить договор о предоставлении персонала? / Ю. Харитонова // Хозяйство и право. – 2004. – № 10. – С. 26-29.

14. Коселев И. Концепция правового регулирования заемного труда / И. Коселев, Б. Карабельников, Э. Черкасова [и др.] // Хозяйство и право. – 2004. – № 2. – С. 52-60.

15. Полякова О. Б. Щодо співвідношення аутсорсингу з аутстафінгом, лізингом та тимчасовим підбором персоналу / О. Б. Полякова // Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ. – 2013. № 4. – С. 126-131.

16. Ухвала Вищого адміністративного суду України від 09 грудня 2015 р. у справі 804/2/13-а [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/54436224>.

17. Ухвала Київського апеляційного адміністративного суду від 23 квітня 2015 р. у справі 826/1708/15 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/43760356>.

Статья посвящена исследованию правовой природы договора аутсорсинга. Осуществлен анализ научных подходов к содержанию договорных обязательств по аутсорсингу. Произведен анализ национального законодательства об аутсорсинге. Рассматриваются проблемы реализации аутсорсинговых отношений.

Ключевые слова: договор аутсорсинга, аутсорсинг, аутсорсинговые отношения, хозяйственный договор, аутстаффинг.

The article is devoted to the study of the legal nature of outsourcing agreement. The analysis of scientific approaches of scientists to the content of outsourcing agreement is carried out. There is provided the analysis of the national legislation on outsourcing. The article is devoted to the statement of the problem of the outsourcing relationship implementation.

Key words: outsourcing agreement, outsourcing, outsourcing relationships, economic agreement, outstaffing.

