

УДК 349.22(477):331.108

<https://doi.org/10.34142/23121661.2020.31.10>

[orcid.org/0000-0001-9304-8529](https://orcid.org/0000-0001-9304-8529)

© Тобота Ю. А., 2020

**Ю.А. Тобота**

**ДО ПРОБЛЕМИ ГАЛУЗЕВОЇ  
НАЛЕЖНОСТІ ДОГОВОРУ  
АУТСТАФІНГУ**

**Yu. Tobota**

**TO THE PROBLEM OF PARTICULAR  
BRANCH BELONGING OF OUTSTUFFING  
AGREEMENT**

**Анотація.** У статті досліджується питання галузевої належності договору аутстафінгу як нового для українського законодавства та правозастосовної практики інституту. Визначено основні проблеми, пов'язані з цим договором. Зроблено висновки щодо подвійного, тобто публічно-приватного характеру, договору аутстафінгу.

**Ключові слова:** аутстафінг, договір аутстафінгу, цивільно-правовий договір, трудовий договір.

**Аннотация.** В статье исследуются вопросы отраслевой принадлежности договора аутстаффинга как нового для украинского законодательства и правоприменительной практики института. Определены основные проблемы, связанные с этим договором. Сделаны выводы относительно двойного, то есть публично-частного, характера договора аутстаффинга.

**Ключевые слова:** аутстаффинг, договор аутстаффинга, гражданско-правовой договор, трудовой договор.

**Annotation.** In the article an author made an attempt to research branch belonging of the outstaffing agreement which is new legal institution for national judicial system and enforcement practices. Making the research the author used developments made by another national scientists whose scientific interests connected with outstaffing agreement. By the author's point of view this type of agreements contains private and public elements and is complex agreement. An attempt of determining juridical nature of this agreement is made. Common features and differences between outstaffing agreement, civil and labour agreements were determined and some recommendations about legislative modifications were proposed.

**Key words:** outstaffing, outstaffing agreement, civil law agreement, labour agreement.

**Постановка проблеми.** Фрагментарність правової регламентації договору аутстафінгу, відсутність ґрунтовних доктринальних досліджень, присвячених цій правовій конструкції, та сталої судової практики його застосування свідчать про наявність низки пов'язаних із договором аутстафінгу проблем, які

є злободенними та потребують вирішення. Однією з таких є проблема галузевої належності договору аутстафінгу.

**Аналіз останніх публікацій.** Питання, пов'язані з договором аутстафінгу, намагалися дослідити такі автори, як О. А. Борзунова, В. С. Вітко, Л. В. Котова, В. П. Кохан, В. Г. Олюха, О. Б. Полякова, Ю. Харитонова та інші. Незважаючи на певну кількість наукових публікацій із зазначеної проблематики, вченими не визначено галузеву належність договору аутстафінгу та характерні особливості цього договору як особливої правової конструкції, яка відрізняється від цивільно-правового та трудового договорів.

**Мета статті** полягає в спробі подати авторське бачення галузевої належності договору аутстафінгу, визначити його загальні відмінності від цивільно-правового та трудового договорів.

**Виклад основного матеріалу дослідження.** В умовах розвитку ринкової економіки та підвищення мобільності робочої сили аспект дослідження правових форм опосередкування відносин щодо можливості надання роботодавцем своїх працівників в «оренду» іншій компанії-замовникові є суттєвим.

У загальному вигляді договір аутстафінгу передбачає виведення працівників підприємства поза штат (*out staff*) без звільнення з подальшою їх передачею компанією-роботодавцем компанії-замовникові для здійснення ними певної трудової функції. Іншим варіантом виникнення правовідносин аутстафінгу може бути «звільнення працівників підприємства та їх працевлаштування в кадровому агентстві, яке укладає з ними трудові договори й здійснює функції роботодавця; проте фактично звільнені працівники можуть працювати в тій компанії, де працювали раніше» [1].

На рівні приватних галузей законодавства, зокрема цивільного та трудового, легальне визначення договору аутстафінгу відсутнє, але загальні риси правовідносин, що виникають з цього договору, визначені в актах публічного законодавства. Так, згідно з п.п. 183 п. 1 ст. 14 Податкового кодексу України [2, ст. 3248] (далі – ПКУ) аутстафінг – це господарська або цивільно-правова угода, відповідно до якої особа, що надає послугу (резидент або не резидент), направляє в розпорядження іншої особи (резидента або не резидента) одну або декілька фізичних осіб для здійснення визначених цією угодою функцій. Угода про надання персоналу може передбачати укладання зазначеними фізичними особами трудової угоди або трудового контракту з особою, у розпорядження якої вони направлені. Інший публічний нормативно-правовий акт – Закон України «Про зайнятість населення» [3, Ст. 243] – передбачає в ст. 39 обов'язковість укладання трудових угод суб'єктами господарювання, які наймають працівників для подальшого працевлаштування в іншого роботодавця.

Можливо, законодавець допускає можливість укладання договору аутстафінгу як непойменованого цивільно-правового або господарського договору (ч. 1 ст. 6, ст. 627 Цивільного кодексу України [4, Ст. 356], далі – ЦКУ) або трудового договору, передбаченого ст. 24 Кодексу законів про працю

України [5]. Необхідно визначити, чи є цей договір комплексним (таким, що врегульований нормами декількох галузей законодавства, зокрема публічного.

Комплексний аналіз норм ЦКУ, КЗпПУ та ПКУ дає підстави зробити такі висновки: *по-перше*, публічне законодавство визначає договір аутстафінгу як «послугу з надання персоналу», що наближує його до цивільно-правових (господарських) договорів про надання послуг. Таким чином, договір аутстафінгу протиставляється класичним договорам найму (оренди), в яких предметом договору є річ, визначена індивідуальними ознаками, майнові права тощо, тобто предметом таких договорів є визначений в ст. 177 ЦКУ об'єкт цивільних прав. Людина, як відомо, є суб'єктом цивільних правовідносин, тому вона не може бути предметом договору найму (оренди). Договір аутстафінгу також не може належати до договорів підрядного типу, адже «визначальною ознакою, яка дозволяє кваліфікувати діяльність виконавця як роботу, є наявність матеріалізованого результату цієї діяльності» [6, с. 23] у вигляді виготовлення нової речі, її оброблення, перероблення чи ремонту. У договорі аутстафінгу такий результат відсутній. Крім того, оплату компанією-замовником роботодавцеві (кадровому агентству) послуги з надання працівників не можна вважати «матеріалізованим результатом», адже останній є складовою предмета договору, а оплата цих послуг – складовою ціни договору; *по-друге*, незважаючи на спорідненість договору аутстафінгу з цивільно-правовим договором про надання послуг, немає підстав для висновку щодо цивільно-правового характеру першого з них. Як відомо, в цивільному праві існує усталена класифікація договорів за їхніми типами: договори про передання майна у власність, у користування, на виконання робіт, надання послуг, договори про розпорядження майновими правами інтелектуальної власності. Договір аутстафінгу не належить до жодного з цих типів. Також не можна вважати його й цивільно-правовим непойменованим договором, адже предметом такого договору є не об'єкт цивільних прав (як у будь-якому непойменованому договорі), а суб'єкт (тобто передача роботодавцем компанії-замовникові фізичної особи-працівника на певний строк). Цей договір не є корпоративним або таким, що укладається в галузі спадкового, житлового або сімейного права. Отже, договір аутстафінгу не належить до предмета регулювання цивільного права (його підгалузі) або суміжної приватноправової галузі; *по-третьє*, у правовідносинах, пов'язаних із передачею роботодавцем (кадровим агентством) працівників компанії-замовникові, існують комплексні правові зв'язки. Вони виникають між трьома зазначеними суб'єктами цих правовідносин, і деякі з них є організаційними. Це означає, що договір аутстафінгу є одним із юридичних фактів комплексного юридичного складу «працівник – роботодавець-аутстафер або кадрове агентство (трудоий договір)» + «працівник – компанія-замовник (укладання трудового договору або без його укладання)» + «роботодавець-аутстафер – компанія-замовник (цивільно-правовий або господарський договір аутстафінгу)». У цьому випадку останній правовий зв'язок не

може існувати без інших складових, отже, є похідним від них (тут може йти мова про додатковий характер такого зв'язку, тобто акцесорність договору аутстафінгу). Інші правові зв'язки (що виникають між працівником і роботодавцем, з одного боку, та працівником і компанією-замовником, з іншого) є організаційними, тобто такими, які, на думку О. О. Красавчикова, «спрямовані на впорядкування (нормалізацію) інших відносин, дій інших учасників, зокрема майнових соціальних зв'язків» [7, с. 80]. Саме трудовий договір, укладений працівником з роботодавцем або з компанією-замовником, є передумовою виникнення правовідносин із договору аутстафінгу. Але чи може таке твердження свідчити про «трудова» характер договору аутстафінгу? На нашу думку, відповідь має бути негативною. Він не належить до предмета регулювання трудового законодавства, не містить істотних умов трудового договору й спрямований на врегулювання інших трудових відносин. Отже, необхідно погодитися з думкою П. П. Богуцького, що аутстафінг передбачає особливий правовий режим регулювання, а тому норми, які врегульовують цей договір, не повинні міститися у Трудовому кодексі [8].

На відміну від трудового договору договір аутстафінгу є похідним, отже, він містить іншу темпоральну складову: згідно з принципом *neto plus iuris transferre potest quam ipse habet* строк дії договору аутстафінгу може перевищувати строку дії трудової угоди *d* разі її укладання на визначений термін (не можна передати працівника «в оренду» на строк, більший за строк, на який сама компанія-роботодавець винайняла працівника за трудовою угодою). Проте укладання безстрокового трудового договору є наслідком виникнення низки проблем, однією з яких є нормативна вимога до визначення строку дії господарського договору аутстафінгу: за імперативною нормою ч. 3 ст. 180 Господарського кодексу України [9, Ст. 144] (далі – ГКУ) істотними умовами господарського договору є предмет, ціна та строк дії. Оскільки договір аутстафінгу укладається зазвичай між суб'єктами господарювання (юридичними особами та/або фізичними особами – підприємцями), дотримання приписів зазначеної норми ГКУ унеможлиблюється, адже безстроковість трудового договору позбавляє сторони господарського договору аутстафінгу можливості визначити строк його дії із зазначенням кінцевої дати. За таких обставин можливим вирішенням цієї проблеми може стати укладання працівником строкового трудового договору з компанією-роботодавцем з подальшим укладанням з компанією-замовником договору аутстафінгу, строк дії якого дорівнює або є меншим за строк трудового договору, або подальше укладання працівником договору безпосередньо з компанією-замовником щодо припинення ним трудових відносин з компанією-роботодавцем.

За обрання першого варіанту йдеться про так звану «запозичену працю», або «розщеплення трудових відносин», коли працівник залишається у трудових відносинах з роботодавцем-аутстафером з усіма наслідками, які із цим пов'язані (соціальні гарантії, у тому числі страхування, матеріальна відповідальність

працівника перед роботодавцем тощо, окрім, звісно, дотримання розпорядку дня), але фактично працює в іншій компанії. Як наслідок, здійснюється так би мовити «перенесення» трудової функції працівника з трудового договору між ним та роботодавцем в договір аутстафінгу, який, у свою чергу, матиме складний предмет – послугу з надання персоналу, що її надає компанія-роботодавець компанії-замовникові, та опис трудової функції, що її здійснює працівник. Такий вид праці є новим для вітчизняного законодавства та правозастосовної практики і також породжує низку проблем (наприклад, визначення суб'єктів та механізму матеріальної відповідальності за заподіяння працівником матеріальної шкоди майну компанії-замовника), які потребують доктринального вирішення та законодавчого врегулювання.

У випадку вибору другого з зазначених варіантів (укладання працівником трудового договору безпосередньо з компанією-замовником) нівелюється зміст поняття аутстафінгу: передача компанією-аутстафером персоналу «в оренду» передбачає наявність правового зв'язку компанії-аутстафера з таким персоналом (на кшталт оренди майна, за якої саме *власник* передає майно в користування іншій особі). У такому разі мова йде не про відносини аутстафінгу, а про посередницькі послуги з пошуку працівників для замовників компанією-роботодавцем, яка здійснює лише функції агенції зайнятості, правовий статус яких не врегульований у зв'язку з відсутністю ратифікації Україною Конвенції Міжнародної організації праці «Про приватні агенції зайнятості» від 19.06.1997 року № 181 та ненабранням чинності Постанови КМУ від 20.05.2013 року № 359 «Про затвердження Порядку видачі дозволу на наймання працівників для подальшого здійснення ними роботи в Україні в іншого роботодавця». Таким чином, на нашу думку, підлягає відповідному коригуванню п. 5 абз. 3 ч. 1 ст. 39 Закону України «Про зайнятість населення» щодо обов'язку суб'єкта господарювання, який наймає працівників для подальшого здійснення ними роботи в іншого роботодавця, не перешкоджати укладанню трудового договору між працівником та роботодавцем, у якого здійснюються роботи (тобто з компанією-замовником), та друге речення п.п. 183 п. 1 ст. 14 ПКУ.

Як висновок необхідно зазначити, що правове регулювання договору аутстафінгу є фрагментарним та непослідовним. Цей вид правовідносин закріплений лише на рівні публічного законодавства, хоча договору аутстафінгу притаманні приватно-правові риси: він містить ознаки цивільного та трудового договорів, але суттєво відрізняється від класичних цивільного та трудового договорів. Договір аутстафінгу містить публічно- та приватно-правові елементи правового регулювання та, можливо, потребує нормативного закріплення на рівні окремого закону. Отже, існує низка проблем регулювання договору аутстафінгу та необхідність, зумовлена потребами практичного застосування, проведення наукових розвідок щодо змісту цього договору з подальшим втіленням їхніх результатів відповідно до законодавства.

---

## Література

1. Борзунова О. А. Перекладаємо роботу на чужие плечи: договір аутсорсинга // [Електронний ресурс] // Lawmix: <https://www.lawmix.ru/bux/19614>;
2. Податковий кодекс України: Закон України від 02 лют. 2010 р. № 2755-VI. Офіційний вісник України. 2010. № 92. Ст. 3248;
3. Про зайнятість населення: Закон України від 05 груд. 2012 р. № 5067-VI. Офіційний вісник України. 2012. № 63. Ст. 2565;
4. Цивільний кодекс України: Закон України від 16 січ. 2003 р. № 435-IV. Відомості Верховної Ради України. 2003. № 40. Ст. 356;
5. Кодекс законів про працю України: Закон від 10 груд. 1971 р. № 322-VIII. Відомості Верховної Ради УРСР. 1971. Дод. до № 50;
6. 3 позицій вищих судових інстанцій України, науковців, фахівців / за редакцією проф. І. В. Спасибо-Фатєєвої. Харків, «Сму-гастатипографія», 2017. Т. 9. Ч. 1. 592 с.;
7. Красавчиков О.А. Антологія уральської цивілістики. 1925–1989: збірник статей. Москва, 2001;
8. Богуцький П. П. Новації Трудового кодексу: працювати є над чим. URL: <https://ukrainepravo.com/scientific-thought/pravova-pozytsiya/novats-trudovogo-kodeksu-pratsyuvati-nadchim/?month=08&year=2021> (дата звернення: 05.02.2020);
9. Господарський кодекс України: Закон України від 16 січ. 2003 р. № 436-IV. Відомості Верховної Ради України. 2003. № 18, № 19–20, № 21–22. Ст. 144.