УДК 347.133
DOI 10.32782/chasopyskiivp/2022-1-8

Фокша Лілія Володимирівна,
кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри адміністративного права,
інтелектуальної власності та цивільно-правових дисциплін
Київського інституту інтелектуальної власності та права
Національного університету «Одеська юридична академія»
ORCID ID: 0000-0002-8930-083X

ПРАВОВИЙ ЗМІСТ ДОГОВОРУ АУТСТАФІНГУ

Стаття присвячена аналізу правового змісту договору аутстафінгу. Розглянуто наукові підходи до визначення аустафінгу .

Проаналізовано вітчизняне законодавство що регулює правовідносини аутстафінгу. Визначено, що в Україні ще не сформована належна нормативна база, що регулювала б правовідносини в цій сфері. Відсутня законодавча дефініція поняття «договір аутстафінгу». Зазначено що договір аутстафінгу слід розглядати як змішаний непойменований договір.

Визначено що за своїм змістом договір аутстафінгу є договором надання послуг, шо містить окремі елементи підряду. Договір аутстафінгу є двостороннім, консенсуальним договором, згідно з яким аутстафер передає в оперативне підпорядкування замовника спеціалістів певної кваліфікації, при цьому зберігаючи з ними трудові відносини, а замовник зобов'язується прийняти послугу та оплатити її, самостійно організувати запозичену працю із забезпеченням дотримання законодавства про охорону праці.

Зазначено що предметом договору аутстафінгу є не робоча сила, а оплатна послуга з підбору і надання компанією аутстафером своїх працівників для виконання ними робіт у замовника.

Проаналізовано суб'єктивний склад договору аутстафінгу. Визначено що склад учасників договору аутсорсингу не співпадає зі складом його сторін, оскільки учасниками цього договору поряд із замовником та аутстафером є треті особи – кваліфікований персонал, що перебуває у трудових відносинах з аутстафером, але переходить під керівництво замовника.

Визначено положення які мають бути закріплені в договорі аутстафінгу. Зазначена необхідність закріплення в договорі аутстафінгу передачі інтелектуальних прав безпосередньо під час виконання персоналом аутстафера своїх обов'язків.

Визначено необхідність вдосконалення цивільного, податкового, трудового законодавства в частині врегулювання нетипових форм зайнятості, що має бути здійснено на принципах гармонізації вітчизняного законодавства, з нормами міжнародного права; нормативного врегулювання загальної концепції аутстафінгу; захисту прав та інтересів учасників правовідносин.

Ключові слова: *аутстафінг, нетипова форма зайнятості, договір про надання послуг, аутстафер, найманий працівник.*

Foksha Liliia. Legal content of the outstaffing agreement

The article is devoted to the analysis of the legal content of outstaffing agreement. Scientific approaches to the definition of outstaffing are considered.

The domestic legislation regulating legal relations of outstaffing is analyzed. It is determined that Ukraine has not yet formed a proper regulatory framework that regulates legal relations in this area. There is no legislative definition of the concept of "outstaffing agreement". It is specified that outstaffing agreement should be considered as mixed not named agreement.

It is determined that outstaffing contract by its content is a service contract containing separate elements of a contractor. Outstaffing contract is a bilateral consensual contract according to which outstaffer transfers specialists of certain qualification into operative subordination of the customer, while maintaining labor relations with them, and the customer undertakes to accept the service and pay for it, independently organize borrowed work with ensuring compliance with labor protection legislation.

It is pointed out that the subject of outstaffing agreement is not the labor force, but the remunerated service of selecting and providing by outstaffer company its employees to perform their work for the customer.

The subjective composition of the outstaffing agreement was analyzed. It was determined that the composition of the participants of the outsourcing contract does not coincide with the composition of its parties, as the participants of this contract along with the customer and outstaffer are the third parties - qualified personnel who are in an employment relationship with the outstaffer, but go under the supervision of the customer.

The provisions to be fixed in the contract of outstaffing are determined. The necessity of fixing in the contract of outstaffing of transfer of intellectual rights directly at execution by outstaff personnel of their duties has been specified.

The article identifies the need to improve civil, tax and labor legislation in terms of regulation of atypical forms of employment that should be carried out on the principles of harmonization of domestic legislation with the norms of international law; normative regulation of the general concept of outstaffing; protection of rights and interests of legal relations participants.

Key words: *outstaffing, atypical form of employment, service contract, outstaffer, employee.*

Вступ. Стабілізація економіки, підвищення її конкурентоздатності, забезпечення впровадження ефективних систем організації виробництва вимагають теоретичної розробки та нормативного закріплення нетипових форм зайнятості, таких як аутстафінг та аутсорсинг. Застосування аутстафінгу дозволяє забезпечити доступ до міжнародного ринку праці, можливість створення високотехнологічних продуктів, підвищення конкурентоздатності вітчизняних спеціалістів.

Стан дослідження теми. Правовий зміст аутстафінгу фрагментарно став об'єктом наукових досліджень таких науковців як: Циганчук Н.А., Ляшенко Р.Д., Крушельницька О.В., Мельничук Д.П., Вавженчук С.Я., Малюга М.М. та інших. Проте, відсутність належної нормативної регламентації та теоретичних розробок юридичних аспектів аутстафінгу вимагає комплексного підходу до наукового обґрунтування та доктринальної визначеності категорії «договір аутстафінгу».

Метою даної статті є визначення правового змісту категорії «договір аутстафінгу», його особливостей та проблем правового регулювання.

Виклад основного матеріалу. Термін "аутстафінг" походить від англ. outstaffing, що складається зі слів "outsourcing" і "staff", і передбачає послугу з надання персоналу для виконання певного виду робіт. В європейських країнах даний вид послуг отримав назву "subcontracting"(укр. – субпідряд) або "offshoring", в Австралії – "talent outsourcing" (укр. – аутсорсинг талантів)абовизначаєтьсяяк"hiringacontractworker" (укр. – найняття контрактника).

Глобалізація виробництва призвела до підвищення попиту на нетипові форми зайнятості, такі як аутстафінг, аутсорсинг, лізинг персоналу. На даний час в США 92% малих та середніх компаній частково вивели своїх співробітників за штат, шляхом укладення договорів аутсорсингу та аутстафінгу. У Європі цей показник становить 86%.

Послуга аутстафінгу активно використовується для залучення ІТ-спеціалістів, бухгалтерів, юристів, аналітиків, сезонних працівників тощо. В Україні механізм аутстафінгу передбачає залучення вітчизняних фахівців на проєкти що фінансуються з бюджетів компаній, як правило, розташованих за кордоном. Загальносвітова практика передбачає як внутрішньодержавний, так і міждержавний варіант аутстафінгу.

Перевагами аутстафінгу як нетрадиційної форми організації робочого процесу для замовника є можливість уникнути соціально-трудові обтяження щодо залучених працівників; зменшення податкового тягаря; можливість залучити висококваліфікованих спеціалістів на короткострокові проєкти; доступ до більш дешевої робочої сили; відсутність необхідності організації робочого місце для працівників; доступ до іноземних ринків трудових ресурсів тощо.

Серед науковців не сформовано єдиної точки зору щодо визначення аутстафінгу. Більшість авторів розглядають його як певне явище, а не договірні відносини між двома сторонами [1].

В. К. Макарович, аналізуючи наукові підходи до визначення аутстафінгу, виділяє наступні: діяльність суб'єктів господарювання, які наймають працівників для подальшого виконання ними роботи в іншого роботодавця; виведення персоналу за штат компанії й оформлення його в штат компанії аутстафера, з подальшим наданням цього персоналу організації-замовнику від імені аутстафера за винагороду; це комплекс послуг аутстафінгової компанії, який передбачає надання в тимчасове користування персонал, ведення кадрового, бухгалтерського, консалтингового супроводу, при цьому аутстафер бере на себе юридичну і фінансову відповідальність за персонал [2, с. 235].

Наразі аутстафінг не має відповідної правової регламентації в законодавстві України. У світовій практиці аутстафінг регулюється Конвенцією Міжнародної організації праці «Про приватні агентства зайнятості» № 181 від 19 червня 1997 року, згідно з якою приватні агентства зайнятості мають право «найму працівників з наміром надання їх у розпорядження третій стороні, яка може бути як фізичною, так і юридичною особою, та яка визначає їм робочі завдання і контролює виконання цих завдань»[3]. Проте, до цього часу Україна не ратифікувала Конвенцію № 181, а термін «аутстафінг» законодавчо не закріплений в законодавстві нашої держави.

Відсутність належного нормативного регулювання негативно впливає на розвиток аутстафінгу в Україні: гальмує розвиток висококваліфікованих

видів бізнесу, таких як ІТ-бізнес, призводить до відтоку висококваліфікованих спеціалістів за кордон, недоотримання коштів у вигляді сплачених податків до бюджетів всіх рівнів.

Науковці й практики до правового регулювання аутстафінгу відносять норму статті 39 Закону України «Про зайнятість населення», що передбачає діяльність компаній, які надають послуги з найму персоналу з метою подальшої передачі цього персоналу іншим компаніям для виконання роботи. Така діяльність може здійснюватися лише за наявності відповідного дозволу, який має видати Центр зайнятості [4]. Нормою вищезазначеного Закону закріплено, що дозвіл Центр зайнятості оформлює та надає в порядку, передбаченому постановою 212 Кабінету Міністрів України №359 від 20.05.2013 р. Однак ця постанова досі не набрала чинності.

Стаття 14 п.п. 14.1.183 Податкового кодексу України (далі – ПКУ) містить визначення послуги з надання персоналу. Це, зокрема, господарська або цивільно-правова угода, відповідно до якої особа, що надає послугу (резидент або нерезидент), направляє в розпорядження іншої особи (резидента або нерезидента) одну або кількох фізичних осіб для виконання визначених цією угодою функцій [5].

У ПКУ закріплена можливість вносити до змісту угоди про надання персоналу умову про укладання фізичними особами – працівниками трудової угоди або трудового контракту з особою, у розпорядження якої вони направлені. Положення цієї норми сформульовані не зовсім коректно та виходить за межі змісту договору аутстафінгу. Працівники у зазначеному договорі виступають як треті особи та не є стороною цих зобов'язальних відносин. Сутність аутстафінгу полягає саме у відсутності оформлених трудових відносин з фактичним роботодавцем. Тому складається враження що законодавець мав на меті закріпити положення що дозволяло б працівнику безперешкодно переходити на постійну роботу від аутстафера до замовника з дотриманням вимог трудового законодавства. Але неоднозначність трактування статті ПКУ має бути усунута.

На сьогодні в Україні відсутня і законодавча дефініція поняття «договір аутстафінгу», тому вбачається можливим керуватися ст. 6 Цивільного кодексу України (далі – ЦКУ), де закріплено право сторін укласти договір, який не передбачений актами цивільного законодавства, але відповідає загальним засадам цивільного законодавства»[7].

Розуміння правової природи договору важливе з точки зору встановлення норм права, що застосовуються до відносин сторін, а також для визначення умов договору. Керуючись ст. 628 ЦКУ, договір аутстафінгу слід розглядати як змішаний непойменований договір (такий що містить елементи двох і більше видів договорів). Як зазначає Резніченко С.В., непойменований договір є досить гнучкою конструкцією, але його оформлення та стабільність часто носять непередбачуваний характер, оскільки він є договором, де умови, які він вміщує, є досить новими, а тому їх тлумачення може бути різним [7].

Враховуючи положення гл. 61 ЦКУ, договір аутстафінгу не є договором підряду, оскільки предметом договору аутстафінгу не є конкретний результат, який має бути прийнятим замовником. Не можна розглядати договір аутстафінгу також як і договір оренди (гл. 58 ЦКУ), оскільки людина не є річчю і не може бути об'єктом орендних відносин.

Договір аутстафінгу є договором надання послуг. Стаття 901 ЦКУ передбачає, що за договором про надання послуг одна сторона (виконавець) зобов'язується за завданням другої сторони (замовника) надати послугу, яка споживається в процесі вчинення певної дії або здійснення певної діяльності, а замовних зобов'язується оплатити виконавцеві зазначену послугу, якщо інше не встановлено договором. Положення Глави 63 можуть застосовуватися до всіх договорів про надання послуг, якщо це не суперечить суті зобов'язання, в тому числі й відносно аутстафінгу.

Але при цьому слід враховувати, що договору аутстафінгу притаманні окремі елементи підряду, оскільки аутстафер зобов'язується досягти певного результату: надати певну кількість працівників заданої кваліфікації на визначений термін.

Отже, предметом договору аутстафінгу є не робоча сила, а оплатна послуга з підбору і надання компанією аутстафером (виконавцем) своїх працівників для виконання ними робіт у замовника. Тобто саме послуги, а не робота конкретного працівника. Слід погодитися з думкою С. Вавженчука, що предметом договору аутстафінгу не може бути надання персоналу контрагенту, оскільки персонал не є об'єктом цивільних правовідносин. Правам на особу не властивий майновий характер. Персонал належить до суб'єктів правовідносин, тому предметом договору аутстафінгу він не може бути. Предметом договору аутстафінгу є дії спрямовані на реалізацію трудової функції, тобто на підбір відповідного персоналу [8, с. 178].

Сторонами договору аутстафінгу виступають замовник і виконавець (аутстафер). Аутстафер надає компанії-замовнику спеціалістів необхідної

кваліфікації для виконання певних функцій, тобто, фактично надає своїх працівників в «оренду» (при цьому слід пам'ятати про те, що людина не може бути об'єктом оренди). При цьому, вони можуть знаходитися на території аутстафера, перебувають з ним в трудових відносинах і, відповідно, отримують заробітну плату. Аутстафер не несе жодних зобов'язань по відношення до замовника, окрім зобов'язання щодо надання кваліфікованого персоналу. Аутстафер не несе відповідальності за результати виконання робіт (послуг) робітниками. Право контролювати діяльність найманого персоналу як власного, регулювати процес виконання замовлення, переходить до замовника.

За аутстафером залишаються закріплені трудовим законодавством обов'язки працедавця стосовно персоналу.

Важливою умовою правовідносин є змінність працівників, тобто, аутстафер зобов'язується надати не конкретних працівників, а працівників, кваліфікація яких відповідає договору, укладеному із замовником.

При цьому особливістю аутстафінгу є те, що замовлення може стосуватися як окремого спеціаліста, так і «спрацьованої» команди професіоналів.

Суб'єктний склад договору аутстафінгу має наступні особливості: - по-перше, сторонами договору аутсорсингу можуть бути лише суб'єкти господарювання; - по-друге, замовник організовує процес виконання трудової функції, але не є юридичним працедавцем стосовно робітника; по-третє, склад учасників договору аутсорсингу не співпадає зі складом його сторін, оскільки учасниками цього договору поряд із замовником та аутстафером є треті особи – кваліфікований персонал, що перебуває у трудових відносинах з аутстафером, але переходить під керівництво замовника. При цьому, замовник не сплачує заробітну плату персоналу, а розраховується з аутстафером за його послугу.

Отже, аутстафінг, як форма організації виробничого процесу, породжує наступні договірні відносини:

– між замовником та аутстафером – цивільно-правові чи господарсько-правові відносини;

– між аутстафером і працівником – трудові відносини.

Заслуговує уваги наукова позиція Р. Майданика, який характеризуючи аутстафинг як договір платного надання послуг (обслуговування), зазначає, що за своєю юридичною природою ця правова конструкція є прикладом поєднання трудових і цивільних правовідносин найму працівників приватними агентствами зайнятості з метою надання їхньої праці третім особам як правової форми економічних відносин «лізингу фізичного капіталу» [9, с. 3].

Оплата послуг за договором аутстафінгу може бути фіксованою, а може здійснюється за фактично витрачений час кожного окремого працівника. При цьому зафіксована у договорі сума оплати не залежить від якості виконуваних цим персоналом послуг (робіт).

Залежно від терміну дії договору, виділяють договори аутстафінгу, що діють протягом певного періоду та безстрокові договори аутстафінгу.

Виконання договору аутстафінгу підтверджується актами добору працівників та актами наданих послуг. Зобов'язання аутстафера вважаються виконаними якщо він надасть замовнику персонал обумовленої кваліфікації у необхідній кількості.

Враховуючи що договір аутстафінгу передбачає нетипову для вітчизняного трудового права ситуацію, коли працівник дисциплінарно підпорядковується своєму працедавцю, а фактично потрапляє під контроль замовника, то вбачається необхідним в договорі зазначити наступні положення:

– порядок заміни спеціаліста;

– посадові інструкції робітників;

– уповноважена особа Замовника, що має право давати вказівки працівникам;

– порядок відшкодування шкоди, яка була спричинена робітником;

– вимоги щодо збереження конфіденційності інформації, що була отримана в результаті виконання робіт (надання послуг) та інші.

В договорі, з урахуванням вимог Закону України «Про охорону праці» мають бути відображені умови праці, в яких будуть виконуватись трудові функції, технологічні процеси, для забезпечення яких залучається персонал, заходи з охорони та безпеки праці.

Також врегулювання потребують питання інтелектуальної власності, якщо спеціалісти згідно з договором аутстафінгу залучаються до проєктів що передбачають створення результатів авторського права. Особливої актуальності це питання набуває в ІТ-сфері.

ЦКУ закріплює норму, що майнові права інтелектуальної власності на твір, створений у зв'язку з виконанням трудового договору (контракту), належать працівникові, який створив цей твір, та юридичній або фізичній особі, де або у якої він працює, спільно, якщо інше не встановлено договором або законом. (ч.3 ст.440 ЦКУ).

Що ж до майнових прав на комп'ютерні програми та (або) бази даних, створені у зв'язку

з виконанням трудового договору (контракту), то вони належать юридичній або фізичній особі, де або у якої працює працівник, який створив ці комп'ютерні програми та (або) бази даних, якщо інше не встановлено договором.

Тобто, аутстафер як роботодавець набуває право інтелектуальної власності на результат творчої діяльності, якщо в договорі не буде визначено умови та порядок переходу майнових прав замовнику. Доцільно закріпити в договорі аутстафінгу передачу інтелектуальних прав безпосередньо під час виконання персоналом аутстафера своїх обов'язків. Виконавець відчужує всі ексклюзивні права на об'єкти інтелектуальної власності створені персоналом аутстафера під час виконання умов договору. Відповідальність за порушення інтелектуальних прав замовника персоналом виконавця може нести як і аутстафер, так і замовник, так і фахівці аутстафера.

Враховуючи вищезазначене, можна дійти до висновку що договір аутстафінгу є двосторонній, консенсуальним договором, згідно з яким аутстафер передає в оперативне підпорядкування замовника спеціалістів певної кваліфікації, при цьому зберігаючи з ними трудові відносини, а замовник зобов'язується прийняти послугу та оплатити її, самостійно організувати запозичену працю із забезпеченням дотримання законодавства про охорону праці.

Для надання аутстафінгу легального статусу в Україні назріла необхідність вдосконалення цивільного, податкового, трудового законодавства в частині врегулювання нетипових форм зайнятості, що має бути здійснено на наступних принципах:

– гармонізація вітчизняного законодавства, щодо регламентації відносин по наданню послуг за договором аутстафінгу, з нормами міжнародного права;

– нормативне врегулювання загальної концепції аутстафінгу;

– захисту прав та інтересів учасників правовідносин.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Резніченко С.В. Поняття договору аутсорсингу, його юридична характеристика та види. *Південноукраїнський правничий часопис.* 2014. № 1. С. 75-78.

2. Макарович В. К. Аутстафінг: обліковий аспект. *Науковий вісник Ужгородського університету. Серія: Економіка*. 2019. Вип. 1 (53). С. 233– 236.

3. Про приватні агентства зайнятості: Конвенція МОП від 19.06.1997 № 181. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/993_046#Text (дата звернення: 13.06.2022).

4. Про зайнятість населення: Закон України від 05.07.2012 р. № 5067-VI. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5067-17#Text (дата звернення: 13.06.2022).

5. Податковий кодекс України: Кодекс України; Закон, Кодекс від 02.12.2010 р. № 2755-VI. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2755-17#Text (дата звернення: 13.06.2022).

6. Цивільний кодекс України: Кодекс України; Закон від 16.01.2003 р. № 435-IV. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text (дата звернення: 13.06.2022).

7. Резніченко С.В. Договір аутсорсингу та напрями його застосування. *Приватне право і підприємництво*. 2014. Вип. 13. С. 125–128

8. Вавженчук С. Аутсорсинг та аутстаффінг: ескіз проблем правового регулювання. *Публічне право*. 2017. № 1(25). С. 175–183.

9. Майданик Р. Договірні цивільно-правові конструкції. *Підприємництво, госп-во і право*. 2008. № 9. С. 3–6.

REFERENCES:

1. Reznichenko S.V. Ponyattya dohovoru autsorsynhu, yoho yurydychna kharakterystyka ta vydy [The concept of outsourcing contract, its legal characteristics and types]. *Pivdennoukrayins'kyy pravnychyy chasopys*. 2014. № 1, P. 75–78. [in Ukrainian]

2. Makarovych V. K. Autstafinh: oblikovyy aspekt [Outstaffing: accounting aspect]. *Naukovyy visnyk Uzhhorods'koho universytetu. Seriya: Ekonomika.* 2019. No. 1 (53), P. 233–236 [in Ukrainian]

3. Pro pryvatni ahent·stva zaynyatosti [About private employment agencies]: Konventsiya MOP of June 19, 1997 № 181. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/993_046#Text [in Ukrainian]

4. Pro zaynyatist′ naselennya [On employment]: Law of Ukraine of July 5, 2012 № 5067-VI. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5067-17#Text [in Ukrainian]

5. Podatkovyj kodeks Ukrainy [Tax Code of Ukraine]: Law of Ukraine of December 2, 2010 № 2755-VI. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2755-17#Text [in Ukrainian]

6. Tsyvil′nyy kodeks Ukrainy [The Civil Code of Ukraine]: Law of Ukraine of January 16, 2003 № 435-IV. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text [in Ukrainian]

7. Reznichenko S.V. Dohovir aut·sorsynhu ta napryamy yoho zastosuvannya [Outsourcing agreement and directions of its application]. *Pryvatne pravo i pidpryyemnytstvo*. 2014. No. 13. P. 125–128 [in Ukrainian]

8. Vavzhenchuk S. Aut·sorsynh ta aut·staffinh: eskiz problem pravovoho rehulyuvannya [Outsourcing and outstaffing: a sketch of legal regulation problems]. *Publichne pravo*. 2017. № 1(25). P. 175–183. [in Ukrainian]

9. Maydanyk R. Dohovirni tsyvil′no-pravovi konstruktsiyi [Contractual civil law constructions]. *Pidpryyemnytstvo, hospodarstvo i pravo*. 2008. № 9. P. 3–6. [in Ukrainian]