УДК 349.22(477):331.108

Тобота Ю. А.
доцент кафедри цивільно-правових дисциплін та правового забезпечення підприємницької діяльності Харківського університету, кандидат юридичних наук

ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА ПРЕДМЕТУ ДОГОВОРУ АУТСТАФІНГУ

Анотація. У статті здійснено спробу визначити предмет договору аутстафінгу. Ним є сукупність дій сторін (роботодавця-аутстафера або кадрового агентства та замовника) з передачі працівника, який відповідає кваліфікації, вимоги до якої висуває замовник, останньому за плату на певний строк.

Ключові слова: предмет договору, аутстафінг, послуги.

Аннотация. Аннотация: В статье предпринята попытка определить предмет договора аутстаффинга. Им является совокупность действий сторон (работодателя-аутстафера или кадрового агентства и заказчика) по передаче работника, соответствующего квалификации, требования к которой выдвигает заказчик, последнему за плату на определенный срок.

Ключевые слова: предмет договора, аутстаффинг, услуги.

Abstract. In the article an attempt to determine a subject matter of an outstaffing contract has been done. It is a summary of it's parties' actions (employer-outstaffer or recruitment agency and a customer) about transmitting to a customer for fee and for some term an employee who is qualified to customer's demands .

Key words: subject matter of a contract, outstaffing, services.

Постановка проблеми. Ємний вислів німецького професора-правознавця Бернхарда Віндшейда про те, що договір знаходить застосування в усій сфері права, а не лише у праві

зобов'язальному орієнтує на багатогранність поняття договора та використання договірних механізмів у багатьох сферах права [1, с. 3] - трудовому, господарському, адміністративному, цивільно-процесуальному тощо, що свідчить про поліфункціональність (багатопонятійність) цієї правової конструкції та існування договорів, які укладаються в публічній та приватній сферах. Нормативну основу для укладання цих договорів (предмет, істотні умови тощо) складає приватне або публічне законодавство. Проте існують договірні конструкції, істотні умови яких або взагалі не визначені відповідною галуззю законодавства (і тоді єдиним шляхом виходу з такої ситуації є застосування приватно-правового принципу свободи договору), або нормативна основа їх регулювання характеризується прогалинами та є неповною. Одним з них є майже не врегульований в приватному та публічному законодавстві, але усе частіше застосовуваний на практиці договір аутстафінгу, з яким пов'язана низка теоретичних та практичних проблем. Серед них – проблема визначення предмета договора аутстафінгу.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Учені, які так чи інакше приділяють йому увагу, здебільшого зосереджують свій науковий інтерес не на предметній характеристиці договору аутстафінгу, а на структурі правових зв'язків, що виникають з нього. Так, А.Б. Котляр розглядає аутстафінг як процес виведення працівників поза штат компанії-роботодавця і подальше їх використання шляхом запозичення їхньої праці іншими компаніями-замовниками [2]. На думку В. Комарової, аутстафінг є одним з видів лізингу персоналу та полягає у залученні провайдером (компанією, яка винаймає працівників задля їх подальшої передачі замовникові) працівників на короткий строк для передачі їх замовникові в лізинг [3, с. 349–350]. М.С. Власенко вважає договір аутстафінгу конструкцією, за якою організація-роботодавець «виводить» працівників поза штат та передає їх кадровій агенції, а працівники продовжують працювати в цій організації (це робиться для полегшення документообороту, кадрової та бухгалтерської роботи в організації-роботодавцеві) [4, с. 7]. С. Барбашин та В.Г. Олюха розглядають аутстафінг як «оренду» працівників: компанія-

роботодавець (яку ще називають аутстафером) надає своїх кваліфікованих працівників у тимчасове користування компанії-замовникові [5; 6, с. 41]. О.Є. Костюченко зазначає, що з договору аутстафінгу виникають два види правовідносин: трудові (між працівником і кадровим агентством або роботодавцем) та цивільно-правові (між роботодавцем або кадровим агентством та компанією-замовником) [7, с. 132].

Мета. Незважаючи на такий широкий спектр думок, залишається поза увагою вчених з'ясування предметної складової договору аутстафінгу як однієї з його істотних умов. Тому метою даної статті є спроба визначити предмет договору аутстафінгу.

Виклад основного матеріалу. В загальному вигляді конструкція договору аутстафінгу може передбачати виведення працівників підприємства поза штат (*out staff*) без звільнення з подальшою їх передачею компанією – роботодавцем до компанії – замовника для виконання ними певної трудової функції у замовника або звільнення працівників підприємства та їх працевлаштування у кадровому агентстві, яке укладає з ними трудові договори і виконує функції роботодавця, але фактично звільнені працівники продовжують працювати у попереднього роботодавця.

На рівні публічного законодавства не існує легального визначення договору аутстафінгу, натомість в п. 14.1.183 ст. 14 Податкового кодексу України (далі – ПК України) [8, Ст. 112] йдеться про послугу з надання персоналу - «це господарська або цивільно-правова угода, 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. Угода про надання персоналу може передбачати укладання зазначеними фізичними особами трудової угоди або трудового контракту із особою, у розпорядження якої вони направлені…». В ст. 39 Закону України «Про зайнятість населення» [9, Ст. 243] закріплено, окрім іншого, обов'язок суб'єкта господарювання-роботодавця, який наймає працівників для подальшого працевлаштування у іншого роботодавця, укласти з останнім відповідний договір про застосування праці працівника (мова

йде, вочевидь, про відносини аутстафінгу - Ю. Т.). Як бачимо, формулювання «договір про застосування праці працівника» відрізняється від наданого у ПК України («угода про надання персоналу»). Додає невизначеності в правовому регулюванні розглядуваного договору й ч. 1 ст. 39 зазначеного закону, відповідно до якої «діяльність суб'єктів господарювання – роботодавців, які наймають працівників для подальшого виконання ними роботи в Україні в іншого роботодавця на умовах трудових договорів, здійснюється на підставі дозволу, виданого центральним органом виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері зайнятості населення та трудової міграції». Наразі питання видачі таких дозволів в чинному законодавстві не врегульоване, адже постанова КМУ від 20.05.2013 р. № 359 «Про затвердження Порядку видачі дозволу на наймання працівників для подальшого виконання ними роботи в Україні в іншого роботодавця» не набула чинності.

В приватно-правовій сфері (цивільному та трудовому праві) договір аутстафінгу свого закріплення не знайшов, але ознаки його предметної характеристики слід, без сумніву, шукати саме у цій сфері і при дослідженні цієї договірної конструкції користуватися саме досягненнями цивілістичної науки. (Це й не дивно: питання предмету різних типів договорів найбільш детально розроблені ученими-цивілістами). Тож, за відсутності адекватного нормативного регулювання та доктринальних досліджень договору аутстафінгу вважаємо за доцільне при розгляді його предмету використовувати досягнення саме цивілістичної думки.

Визначення предмету договору аутстафінгу залежить не в останню чергу від з’ясування співвідношення понять «предмет - об’єкт договору». Так, загальновизнаною і, на на погляд, найбільш виваженою є точка зору про предмет цивільно-правового договору як основну дію (сукупність дій), яку необхідно вчинити задля досягнення мети договору; для поіменованих договорів такі дії закріплено у відповідній дефініції договору, тоді як об’єкт договору (точніше, об’єкт договірного правовідношення, яке виникає з договору) - це конкретне благо (майнове чи немайнове), щодо якого сторони виконують ті чи

інші дії, які належать до предмету договору [10, с. 155; 11, с. 59]. В філософії під об'єктом розуміють щось (певне благо), на що спрямована практична чи пізнавальна діяльність людини; це те, що протиставляється суб'єктові. Етимологічно слово «об'єкт» означає явище, на яке спрямована чиясь (суб'єкта) діяльність [12]. З точки зору цивілістики, об'єктами є певні матеріальні (речі, у тому числі гроші та цінні папери тощо) та нематеріальні (інформація тощо) блага, за допомогою яких суб'єкт може задовольняти свої інтереси. Але ж він робить це шляхом вчинення певних дій: передачі речі за договором купівлі-продажу (міни тощо) - в договорах про передачу майна; виготовлення (ремонту) речі та передачі її замовникові - у договорах про виконання робіт; вчинення певної дії чи здійснення певної діяльності – у договорах про надання послуг; нарешті, в корпоративних договорах (скажімо, про створення господарського товариства, про внесення вкладів учасниками таких товариств тощо) їх квінтесенцію складають саме дії їх учасників (в цих договорах кінцева мета - створення нового суб'єкта права-юридичної особи або внесення вкладів - опосередкована відповідними діями сторін цих договорів).

Отже, якщо вважати предметом договору певні блага (матеріальні чи нематеріальні), а не дії його сторін, відбувається змішування понять «предмет» та «об'єкт», і категорія предмету стає взагалі непотрібною, що суперечить природі договору-правочину (як дії, спрямованої на виникнення чи динаміку цивільних правовідносин), договору-зобов'язанню (адже суб'єктивний зв'язок його сторін породжує їхні суб'єктивні права та обов'язки, відповідно реалізація та виконання яких являє собою саме дії сторін договору) та, нарешті, формальній позиції законодавця, викладеній у ст. 626 Цивільного кодексу України [13] (договір – це *домовленність* (курсив наш. - Ю.Т.) сторін, спрямована на встановлення, зміну чи припинення цивільних прав та обов'язків).

У науковій літературі існує думка (О.А. Сурженко) щодо необхідності відшукання предмету договору не в матеріально-уречевленому субстраті, а в дещо іншому. Предметом договору може бути те, з приводу чого сторони досягли домовленості.

Звідси висновок про предмет договору як сукупність дій його сторін (прикладом, в договорі перевезення - це конкретні дії перевізника). О.А. Сурженко робить висновок щодо необхідності поділу усіх договорів на дві групи: 1. які передбачають вчинення дій відносно матеріальних об'єктів (купівля-продаж, поставка тощо), де поряд з діями сторін (юридичним об'єктом) існує й матеріальний об'єкт (річ); 2. які пов'язані із діями, але вони вчиняються не з матеріальним об'єктом, який не є елементом цих договорів (комісія, порука тощо) [14, с. 133]. Іншими словами, в договорах другої групи дії сторон з реалізації їх прав та виконання їх обов'язків, які складають зміст договірного правовідношення, є самоціллю, спрямовані на виконання узгодженої сторонами домовленості та, як наслідок, складають предмет таких договорів.

Підтримуючи в цілому таку позицію, видається правильним віднесення договору аутстафінгу до останньої з цих груп. Адже його предмет складає *сукупність дій його сторін*, які спрямовані на передання працівника (суб'єкта) компанією-роботодавцем (або кадровим агентством) замовникові та сплата останнім договірної ціни (що свідчить також про оплатний характер цього договору). Тому предмет договору аутстафінгу полягає не в матеріально-речовому субстраті, а саме в узгоджених діях його сторін, які й мають для них юридичну цінність. Така теза відповідає квінтесенції договору як згоди про узгоджені дії сторін (ч. 2 ст. 626 ЦК України). При цьому сам працівник так би мовити залишається поза межами предмету договору аутстафінгу. Лише таким чином можливо обгрунтувати специфічність його предмету, адже, з одного боку, не існує безпредметних договорів, з іншого боку, життя породжує суспільні відносини, за яких роботодавець передає за певних організаційних, економічних тощо причин працівника іншій особі на визначений строк.

Як наслідок, однією з особливостей предмету договору аутстафінгу є те, що результат дій сторін договору (тобто передання визначеного працівника та сплата за це грошової суми) має для них правове значення. Адже мета цього договору - передання замовникові працівника, який має бажану замовником

кваліфікацію, навички. Такий результат не має матеріальної (уречевленої) форми, тому не може бути відокремленим від самої діяльності роботодавця (кадрового агентства) з передання працівника замовникові. Остання обставина дає підставу зробити висновок про належність договору аутстафінгу до договорів про надання послуг, що відповідає також формальній позиції законодавця, відображеній в ст. 14 ПК України.

Однією з особливостей предмету договору аутстафінгу є те, що його складають лише активні дії сторін, зокрема, передання працівника роботодавцем (кадровим агентством) замовникові та сплата останнім грошової суми. Отже, пасивна поведінка (бездіяльність) не може бути визнаною складовою предмета цього договору. Нарешті, з огляду на застосування законодавцем у наведеній нормі ПК України словосполучення «…направляє у розпорядження іншої особи…» та приймаючи до уваги можливість самого працівника відмовитися від направлення до замовника, договір аутстафінгу слід визнати реальним - момент його укладання пов'язаний не із досягненням згоди між сторонами (роботодавцем та замовником), а з моментом, коли працівник приступив до виконання трудової функції у роботодавця-замовника.

Як **висновок** зазначимо, що відсутність доктринальних досліджень та фрагментарність законодавчого регулювання договору аутстафінгу не сприяють захисту прав та інтересів його сторін. Не в останню чергу це пов'язане з відсутністю адекватного легального унормування питання про предмет договору аутстафінгу як одного з договорів про надання послуг, який, як уявляється, складається з узгоджених сторонами дій з надання роботодавцем (або кадровим агенством) замовникові за плату на певний строк працівника, який відповідає вимогам замовника щодо кваліфікації, досвіду, навичок для виконання у нього трудової функції.

Список використаних джерел:

1. Харьковская цивилистическая школа: о договоре : монография / И. В. Спасибо-Фатеева, О. П. Печеный, В. И. Крат и др. Харьков : Право, 2017. 576 с.

2. Котляр А. Б. Аутсорсинг персоналу як новітня технологія менеджменту. *Особливості ефективного управління підприємствами в умовах глобальних викликів* : матеріали Міжнар. наук.-практ. інтернет-конф. молодих вчених та студ., Чернівці, 22 берез. 2013 р. / Буковин. держ. фін.-екон. ун-т. Чернівці : БДФЕУ, 2013. С . 45-47.

3. Комарова В. Сучасні тенденції впровадження лізингу персоналу в менеджменті готельно-туристичної індустрії. *Ефективність державного управління* : зб. наук. праць. 2011. Вип. 26. С. 346-352.

4. Власенко М. С. Проблемы правового регулирования заемного труда в России : автореф. дис. … канд. юрид. наук : 12.00.05. Москва, 2009. 26 с.

5. Барбашин С. Аутсорсинг&Аутстафінг: користь чи шкода? *Юридичний Вісник України*. 2016. № 18. С. 10-13.

6. Олюха В. Аутстафінг у капітальному будівництві. *Підприємництво, господарство і право*. 2013. № 12. С. 39-43.

7. Костюченко О. Є. Нетипові форми зайнятості у контексті соціально-економічного розвитку України. *Вісник Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»*. 2012. № 1 (8). С. 130-137.

8. Податковий кодекс України : Закон України від 02.12.2010 р. № 2755-VI. *Офіційний Вісник України*. 2010. № 92. Ст. 3248.

9. Про зайнятість населення : Закон України від 05.12.2012 р. № 5067-VI. *Офіційний Вісник України*. 2012. № 63. Ст. 2565.

10. Боднар Т. В. Договірні зобов'язання в цивільному праві: Загальні положення : навч. посібник. Київ : Юстиніан, 2007. 280 с.

11. Шимон С. Об'єкт і предмет договору і цивільного правовідношення: нотатки до наукової дискусії. *Юридична Україна*. 2011. № 4. С. 58-64.

12. Значение слова «объект». URL: https://kartaslov.ru/значение - слова/объект (дата обращения: 27.09.2020).

13. Цивільний кодекс України : Закон України від 16.01.2003 р. № 435-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 40. Ст. 356.

14. Сурженко О. А. К вопросу о предмете договора в гражданском праве. *Проблемы законности*. 2002. № 53. С. 132-136.

Tobota Y.A. General description of a subject matter of an outstuffing contract