

Міністерство освіти і науки України

Шифр: «Уренгой»

Наукова робота

на тему:

«Договір аутсорсингу»

ЗМІСТ

ВСТУП.....	3
РОЗДІЛ 1. ПРАВОВА ПРИРОДА ДОГОВІРНИХ ВІДНОСИН	
АУТСОРСИНГУ.....	4-17
1.1. ПОНЯТТЯ ТА ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА ДОГОВОРУ	
АУТСОРСИНГУ	4-10
1.2. СПІВВІДНОШЕННЯ ДОГОВОРУ АУТСОРСИНГУ ІЗ СУМІЖНИМИ	
ВИДАМИ ДОГОВОРІВ.....	11-13
1.3. МІЖНАРОДНИЙ ДОСВІД ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ	
ДОГОВОРУ АУТСОРСИНГУ.....	14-17
РОЗДІЛ 2. ДИНАМІКА ДОГОВІРНИХ ВІДНОСИН	
АУТСОРСИНГУ.....	25-27
2.1. УКЛАДЕННЯ ДОГОВОРУ АУТСОРСИНГУ.....	18-24
2.2. ВИКОНАННЯ ДОГОВОРУ АУТСОРСИНГУ. ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ	
ЗА ЙОГО НЕВИКОНАННЯ АБО НЕНАЛЕЖНЕ ВИКОНАННЯ.....	25-27
2.3. ПРИПИНЕННЯ ДОГОВОРУ АУТСОРСИНГУ.....	28
ВИСНОВКИ.....	29
СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ.....	30-34

ВСТУП

Актуальність природи аутсорсингу, його суті та проблематики обумовлюється поширеним застосуванням такого виду договору за відсутності чіткої правової регламентації. Глобалізація економічних процесів у світі, підвищення відкритості національних економік сприяли укоріненню у підприємницькій діяльності такої форми взаємодії, як аутсорсинг. Науково-теоретичним підґрунтям статті стали праці науковців, присвячені проблемам правового регулювання суспільних відносин та проблемі впровадження і розвитку аутсорсингу. Так, О. Єщенко Р. Майданик, О. Мельниченко, Н. Оніщенко, Ф. Павелко, Б. Римар, О. Римкевич, А.І. Кузнєцова, С.Л. Безручук свого часу досліджували окремі аспекти названих проблем.

Об'єктом дослідження виступає договір аутсорсингу. Предметом дослідження є права природа аутсорсингу, особливості юридичної практики щодо його укладення та досвіду правової регламентації.

Метою роботи є дослідження правової природи договору аутсорсингу та його особливостей. Завданням дослідження є формування авторського підходу до визначення поняття аутсорсингу, пропозицій щодо покращення регламентації договору аутсорсингу в системі національного законодавства.

Положення, які містять ознаки наукової новизни:

- Удосконалено та конкретизовано поняття «договору аутсорсингу», за яким одна сторона(аутсорсер) зобов'язується перейняти делеговані їй іншою стороною(замовником) функції, які не є профільними для замовника, та виконати певну роботу чи надати послугу за договором на замовлення іншої сторони(замовника), в той час, як замовник зобов'язується прийняти та оплатити виконання такої роботи чи надання послуги;
- Вперше сформовано підхід щодо виокремлення аутсорсингу виключно як самостійного господарського договору;
- Запропоновано введення обов'язковості письмової форми, недотримання якої матиме наслідком нікчемність договору.

РОЗДІЛ 1. ПРАВОВА ПРИРОДА ДОГОВІРНИХ ВІДНОСИН

АУТСОРСИНГУ

1.1. ПОНЯТТЯ ТА ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА ДОГОВОРУ

АУТСОРСИНГУ

Ні Цивільний, ні Господарський кодекс України не оперують поняттям «аутсорсинг». Незважаючи на це, визначення аутсорсингу наведено в розділі 4 Національного класифікатора України «Класифікація видів економічної діяльності» ДК 009:2010, «аутсорсинг» - угода, згідно з якою замовник доручає підряднику виконати певні завдання, зокрема, частину виробничого процесу або повний виробничий процес, надання послуг щодо підбору персоналу, допоміжні функції, тобто аутсорсинг – це передача однією компанією певних бізнес-процесів, функцій або конкретних завдань на виконання іншій компанії (аутсорсеру), що спеціалізується у відповідній галузі.¹

З метою встановлення правового регулювання власне договору аутсорсингу виникає необхідність звернутися до правової доктрини – яким чином термін «аутсорсинг» тлумачиться науковцями. На жаль, серед останніх також немає єдиного підходу.

Так, Микало О.І. вважає, що під аутсорсингом слід вважати інструмент посилення конкурентоспроможності підприємства за рахунок концентрації на ключових, виходячи з ринковимх умов, для підприємства компетенціях, функціях та/або бізнес-процесах². Анікін Б. зазначає, що аутсорсинг – це виконання окремих функцій (виробничих, сервісних, інформаційних, фінансових, управлінських та ін.) або бізнес-процесів (організаційних, фінансово-економічних, виробничо-технологічних, маркетингових) зовнішньою організацією, що володіє необхідними для цього ресурсами, на основі довгострокових відносин.³ Михайлов Д.М. визначає аутсорсинг як

¹ Барбашин С. Аутсорсинг&Аутстафінг: користь чи шкода? [Електронний ресурс] / Сергій Барбашин // Юридичний Вісник України. – 2016. – Режим доступу до ресурсу: <http://yvu.com.ua/autsoryng-autstafing-koryst-chy-shkoda>.

² Микало, О. І. Підходи до визначення терміна «Аутсорсинг» [Електронний ресурс] / О. І. Микало. – Режим доступу: http://economy.kpi.ua/files/files/22_kpi_2010_7.pdf.

³ Анікін, Б. А. Аутсорсинг: создание высокоэффективных и конкурентоспособных организаций [Текст] : учеб. пособие / Под ред. проф. Б. А. Аникина. – М: ИНФРА-М, 2003. – 187 с.

передачу сторонньому підряднику деяких бізнес-функцій або частин бізнес-процесу компанії. Підрядник адаптує свої універсальні засоби та знання до потреб бізнесу конкретного замовника та використовує їх в інтересах замовника за плату, яка визначена вартістю послуг, а не часткою в прибутку.⁴

Р.Майданик, характеризуючи аутсорсинг, аутстафінг, лізинг персоналу як договори 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»⁵.

Ми хотіли б запропонувати авторське визначення поняття договору аутсорсингу. Так, під аутсорсингом слід розуміти договір, за яким одна сторона(аутсорсер) зобов'язується перейняти делеговані їй іншою стороною(замовником) функції, які не є профільними для замовника, та виконати певну роботу чи надати послугу за договором на замовлення іншої сторони(замовника), в той час, як замовник зобов'язується прийняти та оплатити виконання такої роботи чи надання послуги.

Таким чином, стає очевидно, що поняття аутсорсингу є насправді дуже широким та охоплює форми взаємовигідного співробітництва у різних сферах діяльності. Справедливо буде також відносити до аутсорсингу:

- використання послуг спеціалізованих організацій для вирішення внутрішніх завдань компанії (приміром, розробки проектів, кадрового забезпечення, навчання персоналу);
- придбання у сторонніх компаній послуг з реалізації окремих бізнес-процесів (приміром, у сфері логістики, інформаційного і фінансового обслуговування і т. ін.);
- винесення виробництва (частково або повністю) у регіони з дешевшою робочою силою;

⁴ Михайлов, Д. М. Аутсорсинг. Новая система организации бизнеса [Текст] : учебное пособие / Д. М. Михайлов. – М. : КНОРУС, 2009. – 256 с.

⁵ Майданик Р. Договірні цивільно-правові конструкції / Р. Майданик // Підприємництво, госп-во і право. – 2008. – № 9. – С. 3–6

- реалізацію проектів (частково або повністю) силами зовнішніх організацій, які володіють необхідними ресурсами, зокрема, висококваліфікованим персоналом;
- винесення частини активів за межі підприємства, створення дочірніх фірм і спільних підприємств для виконання окремих видів діяльності (виробництва або послуг)⁶.

У зв'язку із тим, що аутсорсинг, як такий, може охоплювати собою різноманітні типи діяльності виникають труднощі щодо правильного віднесення типів діяльності до відповідних видів аутсорсингу. Відтак, це знову ж таки зумовлює певні неточності та суперечності у наукових дослідженнях. Зокрема, Партин Г.О. та Дідух О. В. зазначають, що до різновидів аутсорсингу необхідно відносити ІТ-аутсорсинг, аутсорсинг бізнес-процесів, виробничий аутсорсинг та аутстафінг⁷. На нашу думку, такий підхід видається дещо суперечливим, оскільки, виокремлення аутстафінгу в межах аутсорсингу є певним чином сумнівним та непослідовним (про різницю аутсорсингу та аутстафінгу йтиметься в наступних розділах).

Так, у своїй науковій праці Коваленко Т. В. та Зорій О. М. виділяють такі види аутсорсингу:

- Аутсорсинг інформаційних технологій (ІТ- аутсорсинг);
- Виробничий аутсорсинг;
- Аутсорсинг бізнес-процесів (АБП);
- Аутсорсинг у сфері послуг⁸.

Окрім цього, в науковій літературі виділяють також інші можливі сфери застосування аутсорсингу, зокрема:

- 1) Аутсорсинг управління потужностями організацій;
- 2) Аутсорсинг виробництва за контрактом;

⁶ Леденева, И. Ю. Нормативно-правовое регулирование отношений аутсорсинга [Текст] / И. Ю. Леденева // Молодой ученый. – 2013. – № 1. – С. 146–150.

⁷ Партин Г. О. ОСНОВНІ ВИДИ АУТСОРСИНГУ ТА ЇХ ЗАСТОСУВАННЯ В УПРАВЛІННІ ДІЯЛЬНІСТЮ ПІДПРИЄМСТВА [Електронний ресурс] / Г. О. Партин, О. В. Дідух. – 2011. – Режим доступу до ресурсу: <http://ena.lp.edu.ua:8080/bitstream/ntb/16661/1/371-637-638.pdf>.

⁸ Зорій О. М. Особливості застосування аутсорсингу [Електронний ресурс] / О. М. Зорій, Т. В. Коваленко. – 2013. – Режим доступу до ресурсу: <https://www.econa.org.ua/index.php/econa/article/viewFile/224/106>

3) Аутсорсинг трудових ресурсів⁹.

З переходом України до ринкових відносин виникла необхідність у розширенні кола договірних відносин. До Цивільного кодексу 2003 року¹⁰ було включено деякі види договорів, яких ЦК УРСР не передбачав, наприклад, комерційна концесія, факторинг, лізинг тощо. Але, звичайно ж, жодний кодекс не може охопити усі різновиди договірних відносин, які виникають між суб'єктами господарювання. Тому договори, які укладаються ними, але їх немає у Цивільному кодексі України (далі – ЦК України) або в інших нормативно-правових актах, називаються непойменованими чи безіменними¹¹. У зв'язку із тим, що практика укладення договору аутсорсингу є поширеною, але правове регулювання відносин, що виникають власне із такого договору відсутнє, то слід вважати, що договорі аутсорсингу є непоіменованим договором.

Резніченко С.В. зазначає, що договір аутсорсингу є двостороннім, консенсуальним та відплатним. Зокрема, договір є двостороннім, оскільки замовник і аутсорсер мають один перед одним певні обов'язки. Замовник, делегуючи свої повноваження, надає аутсорсеру право здійснювати ту чи іншу діяльність. Також він зобов'язується сплатити певну суму, тобто вчинити зустрічне задоволення аутсорсеру, а це свідчить про відплатність договору.

Договір є консенсуальним тому, що сторонам достатньо досягти домовленості, щоб договір вважався укладеним, а у випадку невиконання умов договору однією із сторін, вона буде нести відповідальність.¹² На думку автора, аутсорсинг вважається змішаним договором. Змішані непойменовані договори – це договори, які містять елементи двох і більше непойменованих видів договорів.

⁹ Тірбах Л. В. Сутність застосування аутсорсингу у сфері агропромислового комплексу [Електронний ресурс] / Л. В. Тірбах // Економічний вісник університету. – 2011. – Режим доступу до ресурсу: <file:///C:/Users/user/Downloads/sutnist-zastosuvannya-autsorsingu-v-sferi-agropromislovogo-kompleksu.pdf>.

¹⁰ Цивільний кодекс України // Офіційний вісник України. – 2003. – № 11. – Ст. 461.

¹¹ Иоффе О. С., Мусин В. А. Основы римского гражданского права / Иоффе О. С., Мусин В. А. – Ленинград: Из-во Ленинградского университета. – 1975. – 156 с.

¹² Резніченко С. В. договір аутсорсингу та сфери його застосування [Електронний ресурс] / С. В. Резніченко – Режим доступу до ресурсу: file:///C:/Users/user/Downloads/Ppip_2014_13_39.pdf.

На думку І. А. Єщенко, договір аутсорсингу носить також елементи трудового договору, тобто виходить за межі цивільно-правового регулювання¹³. Подібного висновку доходить також Кохан В.П. у своїх дослідженнях, зокрема, автор зазначає, що аутсорсинг є видом запозиченої праці, коли працівник, залишаючись оформленим в одного роботодавця, передається в розпорядження іншого. Інакше кажучи, договір аутсорсингу опосередковується шляхом укладення договорів підряду або про надання послуг з одного боку, а також трудового договору з іншого боку.¹⁴ Відтак, автор ще раз наголошує на тому, що природа аутсорсингу є змішаною, оскільки поєднує ознаки договорів підряду на договорі про надання послуг. Згідно з ч. 2 ст. 628 Цивільного кодексу України сторони мають право укласти договір, в якому містяться елементи різних договорів (змішаний договір). До відносин сторін у змішаному договорі застосовуються у відповідних частинах положення актів цивільного законодавства про договори, елементи яких містяться у змішаному договорі, якщо інше не встановлено договором або не впливає із суті змішаного договору.

Ми погоджуємося із тим, що договір слід вважати змішаним через те, що його неможливо чітко віднести виключно до договорів про надання послуг або до групи договорів про виконання робіт. Такий висновок впливає із того, що договір аутсорсингу може укладатися як на виконання робіт, результатом яких буде певний уречевлений результат, наприклад, при оптимізації одним підприємством свого виробництва і передачі частини виробничих процесів іншому підприємству (аутсорсеру), так і на надання послуг. Прикладом для останнього може слугувати надання послуг у сфері логістики, зокрема загальновідоме транспортне експедирування.

Системний аналіз наукової літератури дозволяє зробити висновок, що з приводу розуміння суті договору аутсорсингу вчені доходять спільного

¹³ Єщенко І. А. Договір аутсорсинга в гражданском праве: автореф. дис. на соиск. учён. степени канд. юрид. наук: 12.00.03 «гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право» / И. А. Єщенко. – М. – 2009. – 20 с.

¹⁴ Кохан В. П. Аутсорсинг і договори, що його опосередковують [Електронний ресурс] / В. П. Кохан. – 2013. – Режим доступу до ресурсу: [file:///C:/Users/user/Downloads/dbms_2013_26_15%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/user/Downloads/dbms_2013_26_15%20(1).pdf).

консенсусу щодо розуміння аутсорсингу як цивільно-правового, так і господарсько-правового договору. Так, наприклад, вчені зазначають, що сторонами договору є замовник (юридична чи фізична особа, що делегує частину своїх непрофільних функцій контрагенту) та аутсорсер – особа-виконавець, що спеціалізується на переданій йому діяльності та бере на себе обов'язок добросовісно згідно з договором за плату виконувати доручену йому функцію.

Разом із тим, ми хотіли б запропонувати розглядати договір аутсорсингу власне як господарський договір, що обумовлюється його специфікою.

Так, першою ознакою господарського договору, яку виділяють усі дослідники цієї конструкції, є мета, на яку спрямоване укладення та виконання господарських договорів, зокрема досягнення суспільно-корисного результату господарювання¹⁵.

Крім того, згідно зі змістом ст. ст. 3, 55 та 175 ГК України кваліфікуючими ознаками майново-господарських відносин, які органічно включають у себе організаційний компонент, є такі:

- 1) суб'єктний склад, до якого включаються господарські організації, індивідуальні підприємці, відокремлені підрозділи господарських організацій (хоча зміст ГК України не дає підстав стверджувати, що на сьогодні такі підрозділи визнаються самостійними суб'єктами господарських договорів), органи державної влади, органи місцевого самоврядування, наділені господарською компетенцією. Окремо слід виділити негосподарюючих суб'єктів-юридичних осіб, які беруть участь у майново-господарських відносинах із метою створення та підтримання своїх матеріально-технічних умов функціонування (господарчого забезпечення своєї діяльності);

¹⁵ Ступник Я. В. Господарський договір: поняття та особливі ознаки [Електронний ресурс] / Я. В. Ступник, Д. М. Григаш – Режим доступу до ресурсу: http://www.pap.in.ua/1_2015/40.pdf.

На думку В. М. Малишка та Є. В. Бородіна, специфіка суб'єктного складу розкривається через те, що зазвичай господарські договори укладаються за участю суб'єктів (суб'єкта) господарювання. Найчастіше сторонами в господарському договорі є суб'єкти господарювання, проте такі договори можуть укладатися і за участю інших учасників господарських відносин - органів/організацій господарського керівництва (при укладенні державних контрактів, зокрема), негосподарських організацій (для задоволення їх господарських потреб у продукції, роботах, послугах суб'єктів господарювання), громадян (для забезпечення здійснення ним спільної діяльності щодо заснування суб'єктів господарювання) як засновників суб'єктів господарювання¹⁶.

- 2) господарський характер (сфера) діяльності цих суб'єктів – суспільне виробництво, спрямоване на виготовлення та реалізацію продукції, виконання робіт чи надання послуг вартісного характеру, що мають цінову визначеність¹⁷.

Таким чином, для впорядкування правового регулювання необхідно чітко відмежувати аутсорсинг від договорів підряду та про надання послуг, залишивши їх у цивільному кодексі, а положення про договір аутсорсинг, з урахуванням мети та спрямованості його укладення, суб'єктного складу та сфер застосування, винести в окрему главу господарського кодексу.

¹⁶ Малишко В. М. ПОНЯТТЯ ГОСПОДАРЬКОГО ДОГОВОРУ: ДОКТРИНАЛЬНИЙ АСПЕКТ [Електронний ресурс] / В. М. Малишко, Є. В. Бородін // Юридичний Вісник. – 2014. – Режим доступу до ресурсу: file:///C:/Users/user/Downloads/Npnau_2014_2_24.pdf.

¹⁷ . Беляєвич О.А. Спеціалізація норм права у сфері регулювання господарських договірних відносин / О.А. Беляєвич // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. – Вип. 67. – 2005. – С. 19–22.

1.2. СПІВВІДНОШЕННЯ ДОГОВОРУ АУТСОРСИНГУ ІЗ СУМІЖНИМИ ВИДАМИ ДОГОВОРІВ

Окрім цього, аутсорсинг необхідно відмежовувати від певних суміжних із ним категорій. Такими категоріями щодо аутсорсингу виступають:

- Аутстафінг
- Лізинг персоналу
- Контрактинг

Аутсорсинг, аутстафінг та лізинг персоналу є спорідненими правовими категоріями при використанні запозиченої праці. Так, на практиці часто виникає питання який саме договір укладати, але не всі категорії претендують на застосування.

Так, Когут О. О. під лізингом персоналу розуміє підбір і надання співробітників, які перебувають у штаті кадрового агенства, організації-клієнту на відносно тривалий строк¹⁸. Л.В. Пащук і Т.В. Білорус дають визначення лізингу персоналу як правовідносин, що виникають, коли рекрутингове агенство підписує договір із працівником від свого імені, а потім направляє його на роботу в якусь компанію на відносно тривалий термін¹⁹.

На нашу думку, такий підхід є не зовсім правильним, бо не відповідає вимогам закону. Відповідно до українського законодавства вживання терміну "лізинг персоналу» не зовсім правильно, тому що об'єктом лізингу може бути тільки майно, але ніяк не працівник і його праця. Правильніше говорити про

¹⁸ Когут О. О. Аутсорсинг, аутстафінг, лізинг персоналу: співвідношення та проблеми правового регулювання [Електронний ресурс] / О. О. Когут // Науковий вісник Херсонського державного університету – Режим доступу до ресурсу: http://www.lj.kherson.ua/2015/pravo02/part_2/12.pdf.

¹⁹ Білорус Т. В., Пащук Л. В. Лізинг персоналу як нетрадиційна форма його привернення / Т. В. Білорус, Л. В. Пащук // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Економіка. – 2008. - №99-100. – С.14-16.

послугу з надання персоналу, суть якої розкривається в положеннях Податкового кодексу України²⁰.

До основних відмінностей аутстафінгу та аутсорсингу слід відносити те, що при аутсорсингу виконуються роботи або надаються послуги, здійснюється ведення певного бізнес-процесу, а при аутстафінгу — однією компанією надаються співробітники іншій для виконання робіт, у тому числі на певний строк, тобто передбачається передача фахівців, а не кінцевого результату.

За договором аутсорсингу, працівники як правило виконують роботу на своїй території, грошова винагорода сплачується по факту виконаних робіт/наданих послуг. При оподаткуванні аутсорсингу, важливим є те, що отримані послуги замовник може включити до витрат і до податкового кредиту з ПДВ (п. 198.1 — 198.3 ПКУ), а виконавець відповідає за надані послуги (виконані роботи), зокрема щодо дотримання якості, строків та інших умов, що Сторони зазначають у договорі.

За договором аутстафінгу компанія аутстафер надає своїх кваліфікованих співробітників у тимчасове користування компанії замовника. Такі працівники можуть підпорядковуватися трудовому розкладу замовника, мати свої робочі місця на території замовника, але отримують щомісячну зарплату від компанії аутстаферу. Інколи трапляються випадки, коли замовник звільняє своїх працівників, а аутстафер зараховує їх у свій штат, тож працівники продовжують виконувати свої звичайні обов'язки, але числяться в штаті компанії аутстафера²¹.

Щодо аутсорсингу та контрактингу, то аутсорсингом у даному випадку слід називати процес передачі сторонніх операцій організації, раніше виконаних внутрішніми працівниками зовнішньою компанією або організацією. Хоча аутсорсинг не обов'язково означає підписання однієї або декількох бізнес-процесів компанії в іншій країні, оскільки існує також аутсорсинг на внутрішньому ринку, сьогодні термін "робота" застосовується компаніями в

²⁰ Суди лояльно ставляться до аутсорсингу [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу: <http://attorneys.ua/ru/publications/practice-shows-that-courts-are-loyal-to-outsourcing/>.

²¹ Барбашин С. Аутсорсинг&Аутстафінг: користь чи шкода? [Електронний ресурс] / Сергій Барбашин. – 2016. – Режим доступу до ресурсу: <http://yvuu.com.ua/autsoryng-autstafing-koryst-chy-shkoda/>.

інших країнах. Більш вузьким є термін офшоринг, який чітко відноситься до процесу, коли компанія переміщує один або декілька бізнес-процесів компанії, що знаходиться в іншій країні.

Контрактинг - це особливий тип аутсорсингу, коли учасник покупки володіє повною інфраструктурою. Це означає, що компанія має частку в аутсорсинговій компанії, але вирішує придбати послуги або продукти, видавши контракти. З іншого боку, якщо аутсорсингова компанія є незалежною від покупця, це традиційний аутсорсинг. В даний час аутсорсинг став таким прибутковим бізнесом, що багато компаній приймають замовлення від іноземних компаній та передають його іншим меншим компаніям, які фактично надають свої послуги або продукти. Це субконтрактинг, і він став дуже популярним, оскільки іноземна компанія в кінцевому рахунку зацікавлена у якості роботи та низькій ціні, а посередницька компанія отримує роботу, що здійснює контроль за якістю роботи та ціною²².

²² Difference Between Outsourcing and Contracting [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу: <http://www.differencebetween.com/difference-between-outsourcing-and-vs-contracting/>.

1.3. ДОСВІД МІЖНАРОДНОГО ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ДОГОВОРУ АУТСОРСИНГУ

Для того, щоб отримати більш чіткі уявлення про застосування аутсорсингу пропонується звернути увагу на практику правового регулювання аутсорсингу у системі національного права Філіппін, Великобританії, Португалії.

Так, законодавство Філіппін передбачає тісний взаємозв'язок між використанням аутсорсингу та положенням трудового законодавства. Вимоги щодо використання аутсорсингу у практиці Філіппін врегульоване окремими наказами відповідного Міністерства праці. Так, трудове законодавство Філіппін фактично встановлює вимоги щодо суб'єктного складу договору аутсорсингу, тобто по суті до сторін. Зокрема, встановлено, що договір буде визнаватись дійсним за умови відповідності таких положенням:

- Підрядник зареєстрований у порядку, встановленому наказом Міністерства праці.
- Підрядник здійснює чітке і незалежне виконання замовлення і зобов'язується виконувати роботу у власний спосіб, власними методами та під власну відповідальність поза контролем замовника, окрім контролю за результатом замовлення.
- Підрядник має у розпорядженні значний капітал.
- Виконання за договором повинне відповідати усім вимогам, передбаченими трудовим законодавством щодо запозиченої праці.²³

Наразі використання аутсорсингу регулюється наказом Міністерства праці №183²⁴. Зокрема, зазначений наказ встановлює заборону щодо укладення договору аутсорсингу, якщо аутсорсер неспроможний забезпечити умову щодо володіння ним істотного капіталу, засобів, знарядь, механізмів на забезпечення виконання делегованих за договором обов'язків.

²³ Outsourcing Philippines 2017 [Електронний ресурс]. – 2017. – Режим доступу до ресурсу: <https://iclg.com/practice-areas/outsourcing/outsourcing-2017/philippines#chaptercontent1>.

²⁴ Dayao D. After DO 174 Comes DO 183: New Guidelines on Labor Law Compliance Inspections [Електронний ресурс] / Dayao Dayao – Режим доступу до ресурсу: <https://medium.com/the-looking-glass/after-do-174-comes-do-183-new-guidelines-on-labor-law-compliance-inspections-f3588a9af4ce>.

Окрім цього, законодавство Філіппін встановлює ряд типових істотних вимог до підрядника за договором аутсорсингу, зокрема:

- Бути зареєстрованим у встановленому законодавством порядку;
- Підрядник зобов'язується надавати безперервне та ефективне обслуговування;
- Наявність у підрядника необхідних ліцензій для видів діяльності, що згідно із національним законодавством підлягають ліцензуванню;
- Наявність у підрядника відповідного капіталу для забезпечення виконання зобов'язання за договором;
- Обов'язок забезпечити належні умови праці працівникам, які перебувають у штатному розписі підрядника.

Щодо встановлення відповідальності сторін, то у даному питанні сторони можуть встановлювати будь-які положення на власний розсуд за умови, що вони не суперечать вимогам чинного законодавства, звичаям ділового обороту та принципам суспільної моралі. Так, наприклад, сторони можуть визначати випадки, за яких наставатиме відповідальність, а також визначати розміри максимального відшкодування збитків. Принагідно варто зауважити, що стаття 1191 цивільного кодексу Філіппін встановлює право «постраждалої сторони», у випадку невиконання однією стороною умов договору, обирати між виконанням чи скасуванням зобов'язання, разом з виплатою компенсації в обох випадках.

Стосовно правового регулювання договору аутсорсингу в законодавстві Португалії, то напевно можна сказати, що воно є подібним до ситуації в Україні, оскільки, португальська правова система не визнає комерційної чи оперативної концепції аутсорсингу, що означає відсутність конкретного типу контракту, передбаченого законом на врегулювання відносин, що виникають в результаті укладення договору аутсорсингу і тому немає специфічного регулювання.

Як наслідок, розглядаючи сфери, які не регулюються, контракти на аутсорсинг все-таки укладаються, виконуються та дотримуються з урахуванням

загальних положень про договори. На практиці компанії укладають письмові угоди, які дозволяють вільно узгодити умови щодо припинення, відповідальності, тривалості, надання послуг, права та обов'язки сторін.

Порядок укладення договору аутсорсингу залежить від статусу підрядника. Відтак, у випадку, коли підрядником є приватні організації, замовник готує документ, що містить специфікації свого бізнесу та його потреби щодо аутсорсингу. Потім клієнт складає список потенційних постачальників, зв'язавшись з ними та узгодивши приблизні обсяги бюджету обмежує список потенційних аутсорсерів і починає остаточні переговори, щоб досягти консенсусу для укладення договору.

Якщо підрядник є державною установою, процедура укладення визначається специфікою законодавства щодо проведення публічних тендерів, що підпадає під дію виконання кількох критеріїв, пов'язаних з формалізацією пропозиції або пов'язані з компетенцією ініціатора²⁵. Португальське законодавство не визначає мінімальних чи максимальних допустимих термінів для укладення договору аутсорсингу, тобто строк договору встановлюється на розсуд сторін.

Положення, що мають бути погоджені сторонами у договорі аутсорсингу визначаються безпосередньо сферою, в якій такий договір буде застосований. До основних умов, які мали б визначатися договором належать умови щодо виконання робіт чи надання послуг, тобто фактично предмет договору, а також строк, на який укладається такий договір. З приводу порядку оплати та проведення розрахунку, то відсутній єдино визначений спосіб. Так, існують три поширені способи розрахунків, зокрема:

а) фіксованою платою, де передбачається певна сума за виконаний обсяг робіт;

б) порядок розрахунку, який називається «time and material», де ціна

²⁵ The International Comparative Legal Guide to Outsourcing [Електронний ресурс]. – 2017. – Режим доступу до ресурсу: http://www.caiadoguerreiro.com/xms/files/COMUNICACAO/05_Artigos/Artigos_Versao_Unica_em_Ingles/OUT17_Chapter_15_Portugal.pdf.

залежить від очікуваної тривалості послуги та суми матеріалів, які використовуються під час обслуговування наданих послуг;

с) порядок розрахунку, який іменується як «cost plus», за яким підрядник сплачує як обслуговування та певну узгоджену маржу прибутку.

Законодавство Великобританії у свою чергу досить чітко регламентує застосування договору аутсорсингу. Так стосовно порядку його укладення, то він в цілому подібний до того, який передбачений законодавством Португалії.

Типовий процес закупівель зазвичай працює таким чином:

- Замовник складає специфікацію бізнесу і список потенційних аутсорсерів.
- Клієнт може надіслати запит на отримання інформації (RFI) та / або запрошення до тендеру (ІТТ) потенційним аутсорсерам.
- Після отримання RFI / ІТТ, клієнт буде оцінювати відповіді від постачальників і короткий список невеликої кількості можливих аутсорсерів.
- Після короткого викладу починаються більш детальні переговори замовника із аутсорсерами.

Принциповим у юридичній практиці Великобританії є підтвердження того, що договір аутсорсингу має господарський характер. Підтвердженням сказаному є те, що сторони мають узгоджувати умови щодо предмету договору, ціни, порядку оплати, індексації, строку договору та умов щодо його автоматичного продовження²⁶.

²⁶ The International Comparative Legal Guide to Outsourcing [Електронний ресурс]. – 2016. – Режим доступу до ресурсу: <https://www.twobirds.com/~media/iclg-outsourcing-2016-by-bird-bird.pdf?la=en>.

РОЗДІЛ 2. ДИНАМІКА ДОГОВІРНИХ ВІДНОСИН АУТСОРСИНГУ

2.1. УКЛАДЕННЯ ДОГОВОРУ АУТСОРСИНГУ

Як вже зазначалося, договір аутсорсингу слід тлумачити як господарський, а тому він підпадає під дію Господарського кодексу, відтак, для аналізу правового статусу сторін потрібно звернутись до положень кодексу. Відповідно до положень Господарського кодексу предметом регулювання виступають господарські відносини, тобто такі, що виникають у процесі організації та здійснення господарської діяльності між суб'єктами господарювання, а також між цими суб'єктами та іншими учасниками відносин у сфері господарювання. Стаття 179 кодексу встановлює, що господарсько-договірні зобов'язання виникають між суб'єктами господарювання або між суб'єктами господарювання і негосподарюючими суб'єктами-юридичними особами на підставі господарських договорів. До суб'єктів господарювання належать господарські організації – юридичні особи, створені відповідно до вимог законодавства, державні, комунальні та інші підприємства, а також інші юридичні особи, які здійснюють свою діяльність та зареєстровані у встановленому законом порядку, та громадяни України, іноземці та особи без громадянства, які здійснюють свою господарську діяльність та зареєстровані як підприємці у встановленому законом порядку.

Подібний підхід щодо суб'єктного складу за договором аутсорсингу передбачає і національна правова система США - учасниками можуть бути лише господарюючі суб'єкти, тобто фізичні особи-підприємці (sole proprietorship, partnership) та юридичні особи (corporate entities), зареєстровані у встановленому законом порядку та наділені необхідною дієздатністю з боку держави²⁷.

Відповідно до статті 180 ГК України, зміст господарського договору становлять умови договору, визначені угодою його сторін, спрямованою на

²⁷ Єфіменко М. Правова регламентація аутсорсингових відносин в США та Україні: порівняльно-правовий аспект / М. Єфіменко // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Юридичні науки. - 2014. - Вип. 1. - С. 110-113.

встановлення, зміну або припинення господарських зобов'язань, як погоджені сторонами, так і ті, що приймаються ними як обов'язкові умови договору відповідно до законодавства. У зв'язку із тим, що договір аутсорсингу не передбачений ні Цивільним, ні Господарським кодексами, то для визначення обов'язкових умов необхідно аналізувати загальні положень про договори або спеціальне законодавство, яке регулює ту чи іншу сферу операцій, які сторони передають на аутсорсинг.

Істотними умовами аутсорсингу як господарського договору є предмет, ціна та строк договору. Разом із тим, до істотних умов належать і ті, які законодавчо визначені як обов'язкові. Так, наприклад, при виробництві певного виду продукції з подальшим її постачанням до кінцевого споживача, за умови передачі доставки товару на аутсорсинг автотранспортному підприємству, слід враховувати положення наказу Міністерства транспорту України «Про затвердження Правил перевезень вантажів автомобільним транспортом в Україні», в якому зазначається, що у договорі встановлюються: термін його дії, обсяги перевезень, умови перевезень, вартість перевезень і порядок розрахунків, порядок визначення раціональних маршрутів, обов'язки сторін, відповідальність тощо²⁸.

Аналогічно при укладенні договору аутсорсингу щодо надання послуг експедирування слід керуватися положеннями закону України «Про транспортно-експедиторську діяльність» від 03.08.2012 року, де власне встановлено, що до істотних умов відповідного договору належать пункти відправлення та призначення вантажу, порядок погодження маршруту та інші²⁹.

У юридичній літературі і досі відсутній єдиний підхід до визначення предмету договору. Головною на те причиною є неоднаковість підходів до розмежування та встановлення понять предмет та об'єкт договору, а також розуміння поняття «предмет виконання».

²⁸ Про затвердження Правил перевезень вантажів автомобільним транспортом в Україні: Наказ Міністерства транспорту України від 14 жовтня 1997 № 363// Офіційний вісник України.— 1998 р.— № 8, стор. 283.— стаття 312.

²⁹ ЗУ "Про транспортно-експедиторську діяльність" [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/1955-15>.

Найбільш популярними підходами до розуміння предмету є:

- 1) Ототожнення предмету та об'єкту договору;
- 2) Ототожнення об'єкту договору із об'єктами цивільних прав, щодо яких за договором виконуються певні дії, а предмету – із самими діями;
- 3) Розуміння під «предметом» як матеріальну складову, так і нематеріальну складову предмету договору.

На наш погляд, третя позиція є оптимальною з огляду на доступність розуміння, а також практичне значення. Предмет договору – одна з істотних умов будь-якого договору. Деякі дослідники вважають умову про предмет договору єдиною дійсно істотною умовою договору³⁰. Цивільний кодекс України визнає предмет договору абсолютною істотною умовою для будь-якого виду договору (ч. 1 ст. 638). Господарський кодекс України також зараховує предмет договору до умов (поряд із ціною та строком дії договору), які сторони зобов'язані в будь-якому разі погодити (ч. 3 ст. 180). Отже, виходячи з положень Цивільного та Господарського кодексів України та сучасної теорії цивільного права, договорів, які не мають свого предмета, не існує³¹.

У зв'язку із тим, що аутсорсинг опосередковується через договір підряду та договору про надання послуг, то висновок про істотні умови аутсорсингу треба робити на підставі аналізу істотних умов підряду та договору про надання послуг.

Предметом договору підряду може бути будь-яка робота, в процесі виконання якої створюється результат, що передається замовнику. Закон не містить вичерпного переліку робіт, які можуть виконуватися за договором підряду. Безперечним, однак є факт, що предметом договору підряду є індивідуалізований результат праці підрядника, який набуває тієї чи іншої матеріалізованої форми (наприклад, виготовлення речі, здійснення її ремонту, зміна її споживчих властивостей і т. п.). Єдність роботи та її результату є основною рисою предмета договору підряду, яка дозволяє відмежувати цей

³⁰ Ландкоф С. Н. Основи цивільного права / Ландкоф С. Н. – К. : Радянська школа, 1948.

³¹ Стрижак І. В. Проблема визначення "предмета договору" [Електронний ресурс] / І. В. Стрижак – Режим доступу до ресурсу: [file:///C:/Users/user/Downloads/vamsup_2010_2\(5\)_22%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/user/Downloads/vamsup_2010_2(5)_22%20(1).pdf).

договір від інших типів цивільно–правових договорів, зокрема, від договору купівлі-продажу та договору на надання послуг. Під час виконання замовлення підрядник зберігає свою господарську та організаційну самостійність, тобто замовник не має права втручатися в організацію праці підрядника, у виробничі й технологічні процеси. Підрядник виконує роботу за винагороду, право на одержання якої у нього виникає після виконання і здачі роботи замовнику. У юридичній літературі договори підряду залежно від результату роботи поділяються на договори на створення нових речей, а також договори, спрямовані на відтворення, зміну або покращення споживчих властивостей уже існуючих речей. Із визначення договору підряду, що містить у ч. 1 ст. 837 ЦК впливає, що істотною умовою договору підряду, встановленою законодавчо є умова про роботу, що повинна бути виконана за договором.³²

Предметом договору про надання послуг є вчинення виконавцем певних дій. в якості предмета виступає корисний ефект від вчинення дії або діяльності послугодавцем, який ніколи не набуває форми нової речі чи зміни (покращення споживчих якостей) уже існуючої. Якість послуги, що надається, є чи не найважливішою характеристикою предмета договору. Законом чи іншими правовими актами можуть бути передбачені обов'язкові вимоги до якості результату, який буде отриманий внаслідок наданої за даним договором послуги. Гарантії якості наданої послуги можуть бути договірні та такі, що встановлюються в законі. Гарантії якості поширюються на результат наданої послуги в цілому.

На необхідність чітко визначати предмет договору аутсорсингу вказують також зарубіжні юристи-практики. Дуже важливо, щоб договір аутсорсингу чітко описував послуги та визначав мінімальні рівні обслуговування.

Щоб покрити ризик низької продуктивності, контракт повинен містити:

- чітке опису послуг - це лінчпін будь-якого контракту з аутсорсингом.
- рівень обслуговування - визначення стандартів, яким надаються послуги,

³² Цивільне право України: навчальний посібник / кол. авторів; за ред. Г.Б. Яновицької, В.О. Кучера. – Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2011. – 468 с.

- права припинення - застосовуватись у разі невиконання основних рівнів обслуговування та інші.³³

Судова практика з цього питання віддає перевагу положенням ЦК України (наприклад, постанова ВГСУ від 13 травня 2015 року у справі №910/21594/14³⁴, рішення господарського суду Черкаської області від 26 листопада 2015 року у справі №925/310/15³⁵, рішення господарського суду міста Києва від 20 листопада 2014 року у справі №910/19891/14³⁶). Коли йдеться про ціну господарського договору, зокрема, про ч. 3 ст. 180 ГК України щодо обов'язкового погодження ціни, слід враховувати, що ціна не обов'язково повинна бути визначена на момент укладення договору, але вона може бути визначена відповідно до умов договору на моменту виникнення відповідного зобов'язання.

Отже, коли йдеться про ціну господарського договору, зокрема, про ч. 3 ст. 180 ГК України щодо обов'язкового погодження ціни, слід враховувати, що ціна не обов'язково має бути визначена на момент укладення договору, але може бути визначена відповідно до умов договору. Так, ВГСУ у постанові від 19 лютого 2013 року у справі №5011-6/9364-2012 зазначив, що сторони чітко визначили чітко формулу, за якою має розраховуватися ціна конкретної партії товару, що відповідає чинним вимогам законодавства, а тому відсутні підстави вважати договір неукладеним³⁷.

Строки у господарських договорах вважаються істотною умовою, тому сторони повинні їх погоджувати. Так, у постанові ВГСУ від 11 квітня 2012 року

³³ Paul J. Outsourcing: key legal issues and contractual protections [Електронний ресурс] / Jones Paul. – 2009. – Режим доступу до ресурсу: <https://www.farrer.co.uk/Global/Briefings/Outsourcing%20-%20key%20legal%20issues%20and%20contractual%20protections.pdf>.

³⁴ Постанова ВГСУ від 13 травня 2015 року у справі №910/21594/14 [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/44290253>.

³⁵ Рішення господарського суду Черкаської області від 26 листопада 2015 року у справі №925/310/15 [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/54355124>.

³⁶ Рішення господарського суду міста Києва від 20 листопада 2014 року у справі №910/19891/14 [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/41754243>.

³⁷ Постанова ВГСУ від 19 лютого 2013 року у справі №5011-6/9364-2012 [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/29482124>.

зазначено, що при укладенні господарських договорів сторони повинні у будь-якому разі погоджувати строк³⁸.

На відміну від господарських договорів, у цивільно-правових договорах умови про ціну та строк є важливими, але не є істотними, тому при укладенні договору аутсорсингу, як цивільно-правового договору, неузгодженість таких умов не мала б мати наслідком визнання його неукладеним.

За загальним правилом процедура укладення договору складається з:

- А) надсилання будь-якою стороною пропозиції укласти договір (оферти);
- Б) прийняття цієї пропозиції іншою стороною (акцепту);
- В) одержання особою, яка направила пропозицію укласти договір, відповіді про прийняття цієї пропозиції.

Щодо господарських договорів, то фактично можна виділити такі стадії укладення господарського договору:

- розроблення проекту договору однією стороною;
- надсилання проекту іншій стороні;
- згода з запропонованим проектом (фактично акцепт), і момент укладення визначений у ЦК України; або
- складення протоколу розбіжностей;
- самостійне узгодження сторонами різниці у запропонованих положеннях договору;
- судовий розгляд переддоговірного спору.

Аутсорсер, отримавши оферту, має право не погоджуватись з зазначеними умовами та запропонувати власну редакцію договору чи пропозиції щодо окремих положень. У розумінні Господарського кодексу підписання договору із складенням протоколу розбіжностей (акцепт на інших умовах) не вважається новою офертою, і укладання договору переходить до стадії складення протоколу розбіжностей).

³⁸ Постанова ВГСУ від 11 квітня 2012 року [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу: http://www.arbitr.gov.ua/docs/28_3658268.html.

Форма договору є важливим аспектом щодо застосування договору аутсорсингу. Оскільки, договори підряду та виконання послуг можуть укладатися як в усній, так і у письмовій формі, то логічно буде припускати, що можливим буде також укладення договору аутсорсингу в усній формі. У зв'язку із цим варто звернути увагу на практику інших держав щодо форми договору аутсорсингу. Так, наприклад, 01 грудня 2012 року були внесені зміни до Федерального закону про працю в Мексиці³⁹. Прийняття кількох нововведень визначило режим аутсорсингу, зокрема, зобов'язала сторони договірних зобов'язань надавати йому письмової форми. На нашу думку, таке положення є логічним та варте уваги з метою внесення змін та визначення письмової форми договору аутсорсингу як обов'язкової, а її недодержання матиме наслідком нікчемність договору.

Як вже зазначалося, на наше переконання договір аутсорсингу допускається тлумачити як господарський договір, що, у свою чергу, не виключає можливість його укладення фізичними особами, за умови, що останні будуть суб'єктами господарювання. Щодо участі саме суб'єктів господарської діяльності у, то ми вважаємо введення такого положення законодавчо необхідним у зв'язку із тим, що аутсорсер має належним чином виконувати покладені на нього обов'язки. Наявність статусу суб'єкта господарської діяльності буде своєрідною гарантією для однієї сторони щодо забезпечення реальної можливості/здатності виконання покладених на іншу сторону функцій. Окрім цього, відповідно до статті 181 Господарського кодексу України господарський договір за загальним правилом викладається у формі єдиного документа, підписаного сторонами.

³⁹ Supreme Court confirms constitutionality of new outsourcing provisions [Електронний ресурс]. – 2015. – Режим доступу до ресурсу: <http://www.internationallawoffice.com/Newsletters/Employment-Benefits/Mexico/Santamarina-y-Steta/Supreme-Court-confirms-new-provisions-regulating-outsourcing-are-constitutional#Introduction>.

2.2. ВИКОНАННЯ ДОГОВОРУ АУТСОРСИНГУ. ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА ЙОГО НЕВИКОНАННЯ АБО НЕНАЛЕЖНЕ ВИКОНАННЯ

Динаміка відносин аутсорсингу відображає процес виконання зобов'язання за укладеним договором та реалізацію прав сторін. Більше того, динаміка відносин охоплює такі категорії як укладення та виконання договору, його припинення та відповідальність за невиконання або неналежне виконання умов договору.

Так, частиною 2 статті 193 Господарського кодексу встановлено, що до виконання господарських договорів застосовуються відповідні положення Цивільного кодексу. Відтак, належним буде виконання за умови дотримання «вимог належності» щодо сторін, предмету, способу, часу, місця виконання зобов'язання. Якщо предметом договору аутсорсингу виступає виконання певної роботи, то до договору можуть застосовувати положення про підряд. У Цивільному кодексі зазначається, що замовник, не втручаючись у роботу підрядника, має право перевіряти хід і якість роботи. У разі виявлення певних порушень замовник має право відмовитись від договору та вимагати відшкодування збитків.

У випадку порушення зобов'язання настають правові наслідки, встановлені договором або законом, зокрема:

- припинення зобов'язання внаслідок односторонньої відмови від зобов'язання, якщо це встановлено договором, законом, або розірвання договору;
- зміна умов зобов'язання;

- сплата неустойки;
- відшкодування збитків та моральної шкоди.

Одностороння відмова від договору за загальним правилом не допускається, окрім випадків неналежного виконання договору другою стороною, або тих, що передбачені законом. Залежно від того, чи відмовилась сторона від усього договору чи лише частини умов, правовими наслідком виступає зміна або припинення договору.

Одним із основних способів захисту порушених прав і одночасно мірою відповідальності є відшкодування збитків. В узагальненнях Вищого господарського суду від 14 січня 2014 року № 01-06/20/2014 “Про деякі питання практики застосування господарськими судами законодавства у справах, в яких заявлено вимоги про відшкодування збитків”, зібрано та проаналізовано практику відшкодування збитків за господарськими договорами, а отже може застосовуватись до договору аутсорсингу⁴⁰.

Відповідно до статті 225 ГК України до складу збитків, що підлягають відшкодуванню особою, яка допустила господарське правопорушення, включаються: вартість втраченого, пошкодженого або знищеного майна; додаткові витрати (штрафні санкції, сплачені іншим суб'єктам, вартість додаткових робіт, додатково витрачених матеріалів тощо); неoderжаний прибуток (втрачена вигода), на який сторона, яка зазнала збитків, мала право розраховувати у разі належного виконання зобов'язання другою стороною; матеріальна компенсація моральної шкоди у випадках, передбачених законом.

У справі *Pegler v. Wang*. Сторони уклали договори аутсорсингу щодо розробки програмного забезпечення. Суд присудив 9 млн. фунтів стерлінгів компенсації, оскільки в суму збитків він включив наступне: втрачений прибуток від продажів, втрачену можливість збільшити прибутки, втрачену можливість зекономити на витратах на працівників, вартість заміни системи і

⁴⁰ Про деякі питання практики застосування господарськими судами законодавства у справах, в яких заявлено вимоги про відшкодування збитків: Оглядовий Лист Вищого Господарського Суду України від 14 січня 2014 № 01-06/20/2014 // Вісник господарського судочинства.— 2014 р.— № 2.— стор. 14.

консультаційні послуги, втрачену можливість зменшити застій запасу готової продукції, втрачену можливість домовитись про покращені умови купівлі товару (сировини) та час, який було витрачено на пошук нового контрагента⁴¹.

Разом із тим, у випадках невиконання чи неналежного виконання може застосовуватися неустойка. Залежно від співвідношенням зі збитками виділяють 4 види неустойки:

- Штрафна
- Залікова
- Альтернативна
- Виключна

Цивільний кодекс встановлює в якості загального правила неустойку штрафну. Це означає, що боржник за договором аутсорсингу сплачує як збитки, так і неустойку у повному розмірі. Якщо ж за договором встановлено, що розмір неустойки зменшується на вартість сплачених збитків, то йдеться про залікову неустойку. Виключна неустойка означає, що відшкодування збитків за умови сплати неустойки виключається, альтернативна неустойка, надає кредиторіві право вибору – або стягнення неустойки, або відшкодування збитків.

Аналізуючи підстави припинення господарського договору, то Господарський кодекс України визначає такі підстави припинення господарського зобов'язання: виконання, проведене належним чином; зарахування зустрічної однорідної вимоги або страхового зобов'язання; у разі поєднання управленої та зобов'язаної сторін в одній особі; за згодою сторін; через неможливість виконання, розірвання або визнання недійсним за рішенням суду та в інших випадках, передбачених Кодексом або іншими законами. Очевидно, що сторони також самостійно можуть встановлювати підстави як припинення, так і зміни договору. Таким чином, підставами припинення договору аутсорсингу є власне договір чи закон.

⁴¹Pelger v Wang [2000] BLR 218/[Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://www.out-law.com/page-8674>.

2.3. ПРИПИНЕННЯ ДОГОВОРУ АУТСОРСИНГУ

Аналізуючи підстави припинення господарського договору, то Господарський кодекс України визначає такі підстави припинення господарського зобов'язання: виконання, проведене належним чином; зарахування зустрічної однорідної вимоги або страхового зобов'язання; у разі поєднання управленої та зобов'язаної сторін в одній особі; за згодою сторін; через неможливість виконання, розірвання або визнання недійсним за рішенням суду та в інших випадках, передбачених Кодексом або іншими законами.

Очевидним є також те, що сторони також самостійно можуть встановлювати підстави як припинення, так і зміни договору. Так, сторони обопільно встановлюють додаткові підстави припинення договору ще на стадії укладення договору.

Національне законодавство визначає перелік послуг та робіт, для надання та виконання яких, необхідним є отримання ліцензій. Відтак, втрата ліцензії чи припинення строку їх дії можуть виступати підставами для припинення договору.

Окрім цього, в договорі потрібно визначити який порядок закінчення дії договору. На практиці внаслідок припинення договору замовнику буде потрібно конкретну інформацію та документацію для того, щоб перевести певний сектор роботи назад до підприємства замовника та стабілізувати робочий процес. Ця проблема особливо гостро постає у сфері аутсорсингу ІТ послуг та бізнес процесів та тоді коли працівники, які виконували завдання і які найкраще у ньому розуміються, не переходять працювати до замовника. У таких випадках аутсорсер повинен надати відповідні схеми, звіти або ж іншого роду документацію про функціональні можливості та особливості роботи певного програмного забезпечення.

Таким чином, підсумовуючи викладене вище, можна стверджувати, що підставами припинення договору аутсорсингу виступають власне договір чи закон, а порядок припинення має прикладне значення, а тому сторони мають узгодити відповідні умови на стадії укладення договору.

ВИСНОВКИ

В ході проведеного дослідження було отримано такі результати:

- 1) Запропоновано авторське поняття договору аутсорсингу, встановлено сутність та правову природу договору аутсорсингу:
 - Відтак, під аутсорсингом слід розуміти договір, за яким одна сторона(аутсорсер) зобов'язується виконати певну роботу чи надати послугу за договором на замовлення іншої сторони (замовника), в той час, як замовник зобов'язується прийняти та оплатити виконання такої роботи чи надання послуги.
 - За своєю суттю договір аутсорсингу необхідно тлумачити як господарський договір та розглядати окремо від цивільних договорів підряду та про надання послуг, із урахуванням суб'єктного складу, мети та сфер застосування договору аутсорсингу.
 - За своєю правовою природою договір аутсорсингу є змішаним, консенсуальним, відплатним, двостороннім, що опосередковує делегування замовником функцій підряднику на виконання
- 2) Визначено істотні умови аутсорсингу. До таких належать : предмет, ціна та строк договору.
- 3) Розмежовано аутсорсинг, аутстафінг, контрактинг та лізинг персоналу. Встановлено, що категорія «лізинг персоналу» не відповідає сучасному законодавству, оскільки, розглядати людей як об'єкт цивільних прав неможливо, в той час як аутсорсинг та аутстафінг є сутнісно відмінними категоріями, але не мають належної правової регламентації, а контрактинг за своєю суттю є різновидом аутсорсингу.
- 4) Запропоновано способи покращення правового регулювання аутсорсингу:
 - Відносити договір аутсорсингу до господарських договорів та сформулювати окрему главу у господарському кодексі України.

- Передбачити обов'язковість письмової форми при укладенні договорів аутсорсингу та встановити, що недотримання такої форми матиме наслідок нікчемність такого договору

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

- 1) Dayao D. After DO 174 Comes DO 183: New Guidelines on Labor Law Compliance Inspections [Електронний ресурс] / Dayao Dayao – Режим доступу до ресурсу: <https://medium.com/the-looking-glass/after-do-174-comes-do-183-new-guidelines-on-labor-law-compliance-inspections-f3588a9af4ce>.
- 2) Difference Between Outsourcing and Contracting [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу: <http://www.differencebetween.com/difference-between-outsourcing-and-vs-contracting/>.
- 3) Outsourcing Philippines 2017 [Електронний ресурс]. – 2017. – Режим доступу до ресурсу: <https://iclg.com/practice-areas/outsourcing/outsourcing-2017/philippines#chaptercontent1>.
- 4) Paul J. Outsourcing: key legal issues and contractual protections [Електронний ресурс] / Jones Paul. – 2009. – Режим доступу до ресурсу: <https://www.farrer.co.uk/Global/Briefings/Outsourcing%20-%20key%20legal%20issues%20and%20contractual%20protections.pdf>.
- 5) Pelger v Wang [2000] BLR 218/[Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://www.out-law.com/page-8674>
- 6) Supreme Court confirms constitutionality of new outsourcing provisions [Електронний ресурс]. – 2015. – Режим доступу до ресурсу: <http://www.internationallawoffice.com/Newsletters/Employment-Benefits/Mexico/Santamarina-y-Steta/Supreme-Court-confirms-new-provisions-regulating-outsourcing-are-constitutional#Introduction>.
- 7) The International Comparative Legal Guide to Outsourcing [Електронний ресурс]. – 2017. – Режим доступу до ресурсу: http://www.caiadoguerreiro.com/xms/files/COMUNICACAO/05_Artigos/Artigos_Versao_Unica_em_Ingles/OUT17_Chapter_15_Portugal.pdf.

- 8) The International Comparative Legal Guide to Outsourcing [Електронний ресурс]. – 2016. – Режим доступу до ресурсу: <https://www.twobirds.com/~media/iclg-outsourcing-2016-by-bird-bird.pdf?la=en>.
- 9) Аникин, Б. А. Аутсорсинг: создание высокоэффективных и конкурентоспособных организаций [Текст] : учеб. пособие / Под ред. проф. Б. А. Аникина. – М: ИНФРА-М, 2003. – 187 с.
- 10) Барбашин С. Аутсорсинг&Аутстафінг: користь чи шкода? [Електронний ресурс] / Сергій Барбашин // Юридичний Вісник України. – 2016. – Режим доступу до ресурсу: <http://yvu.com.ua/autsoryng-autstafing-koryst-chy-shkoda>.
- 11) Барбашин С. Аутсорсинг&Аутстафінг: користь чи шкода? [Електронний ресурс] / Сергій Барбашин. – 2016. – Режим доступу до ресурсу: <http://yvu.com.ua/autsoryng-autstafing-koryst-chy-shkoda/>.
- 12) Беяневич О.А. Спеціалізація норм права у сфері регулювання господарських договірних відносин / О.А. Беяневич // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. – Вип. 67. – 2005. – С. 19–22.
- 13) Білорус Т. В., Пашук Л. В. Лізинг персоналу як нетрадиційна форма його повернення / Т. В. Білорус, Л. В. Пашук // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Економіка. – 2008. - №99-100. – С.14-16.
- 14) Ещенко И. А. Договор аутсорсинга в гражданском праве: автореф. дис. на соиск. учён. степени канд. юрид. наук: 12.00.03 «гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право» / И. А. Ещенко. – М. – 2009. – 20 с.
- 15) Єфименко М. Правова регламентація аутсорсингових відносин в США та Україні: порівняльно-правовий аспект / М. Єфименко // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Юридичні науки. - 2014. - Вип. 1. - С. 110-113.
- 16) Зорій О. М. Особливості застосування аутсорсингу [Електронний ресурс] / О. М. Зорій, Т. В. Коваленко. – 2013. – Режим доступу до ресурсу: <https://www.econa.org.ua/index.php/econa/article/viewFile/224/106>

- 17) ЗУ "Про транспортно-експедиторську діяльність" [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/1955-15>.
- 18) Иоффе О. С., Мусин В. А. Основы римского гражданского права / Иоффе О. С., Мусин В. А. – Ленинград: Из-во Ленинградского университета. – 1975. – 156 с.
- 19) Когут О. О. Аутсорсинг, аутстафінг, лізинг персоналу: співвідношення та проблеми правового регулювання [Електронний ресурс] / О. О. Когут // Науковий вісник Херсонського державного університету – Режим доступу до ресурсу: http://www.lj.kherson.ua/2015/pravo02/part_2/12.pdf.
- 20) Кохан В. П. Аутсорсинг і договори, що його опосередковують [Електронний ресурс] / В. П. Кохан. – 2013. – Режим доступу до ресурсу: [file:///C:/Users/user/Downloads/dbms_2013_26_15%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/user/Downloads/dbms_2013_26_15%20(1).pdf).
- 21) Ландкоф С. Н. Основы гражданского права / Ландкоф С. Н. – К. : Радянська школа, 1948.
- 22) Леденева, И. Ю. Нормативно-правовое регулирование отношений аутсорсинга [Текст] / И. Ю. Леденева // Молодой ученый. – 2013. – № 1. – С. 146–150.
- 23) Майданик Р. Договірні цивільно-правові конструкції / Р. Майданик // Підприємництво, госп-во і право. – 2008. – № 9. – С. 3–6
- 24) Малишко В. М. ПОНЯТТЯ ГОСПОДАРСЬКОГО ДОГОВОРУ: ДОКТРИНАЛЬНИЙ АСПЕКТ [Електронний ресурс] / В. М. Малишко, Є. В. Бородін // Юридичний Вісник. – 2014. – Режим доступу до ресурсу: file:///C:/Users/user/Downloads/Npnau_2014_2_24.pdf.
- 25) Микало, О. І. Підходи до визначення терміна «Аутсорсинг» [Електронний ресурс] / О. І. Микало. – Режим доступу: http://economy.kpi.ua/files/files/22_kpi_2010_7.pdf.
- 26) Михайлов, Д. М. Аутсорсинг. Новая система организации бизнеса [Текст] : учебное пособие / Д. М. Михайлов. – М. : КНОРУС, 2009. – 256 с.
- 27) Партин Г. О. ОСНОВНІ ВИДИ АУТСОРСИНГУ ТА ЇХ ЗАСТОСУВАННЯ В УПРАВЛІННІ ДІЯЛЬНІСТЮ ПІДПРИЄМСТВА

[Електронний ресурс] / Г. О. Партин, О. В. Дідух. – 2011. – Режим доступу до ресурсу: <http://ena.lp.edu.ua:8080/bitstream/ntb/16661/1/371-637-638.pdf>.

28) Постанова ВГСУ від 11 квітня 2012 року [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу: http://www.arbitr.gov.ua/docs/28_3658268.html.

29) Постанова ВГСУ від 13 травня 2015 року у справі №910/21594/14 [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/44290253>.

30) Постанова ВГСУ від 19 лютого 2013 року у справі №5011-6/9364-2012 [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/29482124>.

31) Про деякі питання практики застосування господарськими судами законодавства у справах, в яких заявлено вимоги про відшкодування збитків: Оглядовий Лист Вищого Господарського Суду України від 14 січня 2014 № 01-06/20/2014 // Вісник господарського судочинства.— 2014 р.— № 2.— стор. 14.

32) Про затвердження Правил перевезень вантажів автомобільним транспортом в Україні: Наказ Міністерства транспорту України від 14 жовтня 1997 № 363// Офіційний вісник України.— 1998 р.— № 8, стор. 283.— стаття 312.

33) Резніченко С. В. договір аутсорсингу та сфери його застосування [Електронний ресурс] / С. В. Резніченко – Режим доступу до ресурсу: file:///C:/Users/user/Downloads/Ppip_2014_13_39.pdf.

34) Рішення господарського суду міста Києва від 20 листопада 2014 року у справі №910/19891/14 [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/41754243>.

35) Рішення господарського суду Черкаської області від 26 листопада 2015 року у справі №925/310/15 [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/54355124>.

36) Стрижак І. В. Проблема визначення "предмета договору" [Електронний ресурс] / І. В. Стрижак – Режим доступу до ресурсу: [file:///C:/Users/user/Downloads/vamsup_2010_2\(5\)_22%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/user/Downloads/vamsup_2010_2(5)_22%20(1).pdf).

- 37) Ступник Я. В. Господарський договір: поняття та особливі ознаки [Електронний ресурс] / Я. В. Ступник, Д. М. Григаш – Режим доступу до ресурсу: http://www.pap.in.ua/1_2015/40.pdf.
- 38) Суди лояльно ставляться до аутсорсингу [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу: <http://attorneys.ua/ru/publications/practice-shows-that-courts-are-loyal-to-outsourcing/>.
- 39) Тірбах Л. В. Сутність застосування аутсорсингу у сфері агропромислового комплексу [Електронний ресурс] / Л. В. Тірбах // Економічний вісник університету. – 2011. – Режим доступу до ресурсу: <file:///C:/Users/user/Downloads/sutnist-zastosuvannya-autsorsingu-v-sferi-agropromislovogo-kompleksu.pdf>.
- 40) Цивільне право України: навчальний посібник / кол. авторів; за ред. Г.Б. Яновицької, В.О. Кучера. – Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2011. – 468 с.
- 41) Цивільний кодекс України // Офіційний вісник України. – 2003. – № 11. – Ст. 461.

АНОТАЦІЯ

Актуальність - послуги аутсорсингу останнім часом стали досить популярними в Україні. Зважаючи на динаміку бізнес-процесів, багатьом підприємствам необхідна гнучкість та оперативність залучення додаткових ресурсів. Разом із цим, потрібно забезпечити належним чином правове регулювання з метою сприяння у функціонуванні таким підприємствам. Для того, щоб стало можливим в цілому забезпечення такого регулювання, необхідно з'ясувати та розтлумачити зміст і суть аутсорсингу.

Об'єкт дослідження – договір аутсорсингу.

Предмет дослідження - правова природа аутсорсингу, особливості юридичної практики щодо його укладення та досвіду правової регламентації

Мета – визначити суть аутсорсингу як змішаного договору, встановити його види та ознаки, відмежувати від суміжних категорій.

Завданням статті – є компіляція та узагальнення відомостей щодо аутсорсингу та його правового регулювання, а також формування власного бачення можливостей покращення правового регулювання аутсорсингу.

В ході проведених досліджень було отримано ряд результатів, зокрема, встановлення поняття аутсорсингу, його видів, істотних умов та окремих особливостей. Крім того, було запропоновано шляхи покращення правового регулювання з урахуванням специфіки суб'єктного складу та сфери застосування аутсорсингу.