

ДЕЯКІ ПРОБЛЕМИ РЕАЛІЗАЦІЇ ПРАВ ГРОМАДЯН НА СВОБОДУ ПРАЦЕВЛАШТУВАННЯ НА ПРИКЛАДІ ДОГОВОРУ АУТСТАФІНГУ: ПРИВАТНИЙ ТА ПУБЛІЧНО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТИ

Юрій Анатолійович ТОБОТА,

*канд. юрид. наук, доцент кафедри цивільно-правових дисциплін та правового забезпечення підприємницької діяльності
ТОВ «Харківський університет»*

Сучасний етап розвитку приватного права характеризується значною динамікою, формуванням нових концепцій і конструкцій, призначених для обслуговування цивільного обороту, що передбачає необхідність розробки та прийняття відповідного нормативного матеріалу. Проте з багатьох причин правотворчість так би мовити «не встигає» за тими новими суспільними відносинами, що виникають та потребують свого нормативного впорядкування. Можливою також є ситуація, за якої приватний за своєю сутністю інститут, який мав би бути врегульованим нормами відповідного законодавства, правової регламентації у ньому не знайшов, але так чи інакше впорядкований у нормах публічного законодавства. Виникає таким чином розбалансованість правового регулювання суспільних відносин: певні відносини виникли, існують та потребують свого визнання в приватній сфері, однак їх впорядковано у публічній площині. Відтак, приватні за своєю природою відносини знаходять публічно-правову регламентацію, що певною мірою створює проблеми при правозастосуванні, зокрема коли на учасників суто приватних правовідносин покладається тягар публічної відповідальності.

Однією з таких приватних за змістом, натомість публічних за формою є конструкція договору аутстафінгу – за відсутності адекватного регулювання в Цивільному кодексі України [1, Ст. 356] (далі – ЦКУ) про правовідносини, що виникають із договору про надання персоналу (мова йде фактично про аутстафінг), йдеться у п.п. 14.1.183 ст. 14 Податкового кодексу України [2, Ст. 3248] (далі – ПКУ): «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». Відсутність врегулювання цього договору на рівні ЦКУ створює низку теоретичних та, як наслідок, практичних проблем, які мають публічно-приватне «зabarвлення».

По-перше, діюче законодавство не містить переліку істотних умов цього договору. Єдиним шляхом вирішення слугуватиме конструкція непойменованого договору (ст. ст. 6, 638 ЦКУ), що має наслідком визнання істотною умовою договору аутстафінгу його предмету – узгоджених сторонами дій з надання роботодавцем-аутстафером замовникові на певний строк працівника, який відповідає вимогам замовника щодо кваліфікації, досвіду, навичок, для

© Тобота Ю. А., 2021

виконання у нього трудової функції. Розуміння предмету розглядуваного договору саме як дій сторін свідчить про можливість віднесення аутстафінгу до договорів про надання послуг, але з урахуванням специфіки такого предмету, викликані особливостями суб'єктного складу договору аутстафінгу: працівник, що його передає замовникові роботодавець, із яким працівником укладено трудову угоду, так би мовити перебуває поза межами предмету договору (адже працівника не можна передати як річ). Крім того, з огляду на вказану особливість суб'єктного складу виникають й потреби практичного характеру - слід в умовах про предмет договору аутстафінгу зазначити положення про дотримання працівником техніки безпеки, часу роботи, особливості праці за шкідливих умов тощо. Останнє свідчить не лише про виконання умов законодавства про працю (передача працівника за договором аутстафінгу іншому роботодавцеві так би мовити «у оренду» зближує цей договір з трудовим договором), але й про дотримання усіма сторонами договору аутстафінгу (працівником, роботодавцем та замовником) справедливого балансу їх прав та інтересів, коли на роботодавця-аутстафера та замовника буде покладено договором обов'язок здійснення моніторингу за умовами праці та дотриманням працівником техніки безпеки.

По-друге, особливості предмету договору аутстафінгу та його наближеність до трудового договору свідчать про наявність в його структурі інших, окрім предмета, істотних умов - *мети та трудової функції працівника*, що має віднайти закріплення в законодавстві. Метою договору є передача працівника для виконання ним у роботодавця певної роботи, характер якої охоплюється трудовою функцією працівника за відповідною посадою. Про це з огляду на необхідність дотримання трудового законодавства та балансу прав та інтересів сторін договору слід обов'язково зазначити в трудовому договорі (між працівником та роботодавцем-аутстафером) та робити посилання на нього в договорі аутстафінга (між роботодавцем та замовником) у разі, якщо трудовий договір не укладається між працівником та новим роботодавцем (замовником). Але якщо реєстрація у податковому органі трудових відносин не викликає жодних сумнівів, то постає питання щодо необхідності реєстрації договору аутстафінгу (адже він містить трудові компоненти) за умов нормативної невизначеності цього. Видається, така реєстрація могла б бути здійснена в процесі отримання дозволу, про обов'язковість якого йдеться у ч. 1 ст. 39 Закону України «Про зайнятість населення» [3, Ст. 243], але Постанова Кабінету Міністрів України від 20.05.2013 р. № 359 «Про затвердження Порядку видачі дозволу на наймання працівників для подальшого виконання ними роботи в Україні в іншого роботодавця», яка покликана врегулювати порядок видачі таких дозволів, наразі не набрала чинності.

По-третє, згадана норма ПКУ передбачає можливість існування цивільно-правового та господарського договорів аутстафінгу. Незважаючи на це, укладання договору аутстафінгу за схемою господарського договору виключається: його сторонами можуть бути виключно суб'єкти господарювання (юридичні особи та/або ФО-П) за схемою «суб'єкт господарювання-роботодавець» – «суб'єкт господарювання-замовник», проте укладання договору аутстафінгу за такою схемою унеможливають положення вказаних Закону та Постанови Кабінету Міністрів. Адже перший нормативно-правовий акт закріплює обов'язок суб'єкта господарювання у разі найму працівників

для подальшого виконання ними роботи в Україні в іншого роботодавця на умовах трудових договорів отримати відповідний дозвіл, а інший нормативно-правовий акт, що регулює порядок отримання такого дозволу, не набрав чинності. Відтак, залишається за сучасних умов укладання договору аутстафінгу за схемою цивільно-правового договору про надання послуг між суб'єктом господарювання-роботодавцем та фізичною особою (замовником-роботодавцем) з метою подальшого працевлаштування працівника у іншій фізичній особі.

По-четверте, однією з проблем, пов'язаних із розглядуваним договором, є визначення строку його дії. Відповідно до правила *transfere potest quam ipse habet* строк дії договору аутстафінгу не може перевищувати строку дії строкового трудового договору, на підставі якого укладено договір аутстафінгу. Тому строк дії є його істотною умовою. Він може визначатися календарною датою, роками (місяцями тощо) чи вказівкою на обставину, яка має настати у майбутньому, - закінчення строку дії строкового трудового договору між роботодавцем-аутстафером та працівником. Можливим є укладання безстрокового трудового договору як умови укладання договору аутстафінгу - тоді останній укладається на невизначений строк, проте у разі припинення трудового договору договір аутстафінгу теж припиняє свою дію (у цьому виявляється акцесорність договору аутстафінгу і організаційний характер трудового договору). Цей аргумент також свідчить на користь неможливості укладання господарського договору аутстафінгу: однією з його істотних умов є умова про строк дії (ст. 180 Господарського кодексу України [4, Ст. 144] (далі - ГКУ)). У разі укладання безстрокового трудового договору договір аутстафінгу також буде безстроковим (що суперечить формальній позиції законодавця, визначеній в ст. 180 ГКУ і ч. 1 ст. 252 ЦКУ).

Як висновок зазначимо наступне. Існує низка теоретичних прогалин, пов'язаних із відсутністю ґрунтовних доктринальних розробок та нормативного врегулювання договору аутстафінгу, який покликаний слугувати однією зі складових механізму реалізації трудових прав громадян. Це породжує низку практичних проблем - від нормативної невизначеності поняття договору аутстафінгу та його істотних умов до визнання цієї конструкції правозастосовними органами одним зі способів ухиляння від сплати податків з відповідними приватно- та публічно-правовими наслідками.

Список використаних джерел:

1. Цивільний кодекс України: Закон України від 16.01.2003 р. № 435-IV. *Відом. Верхов. Ради України*. 2003. № 40-44. Ст. 356.
2. Податковий кодекс України: Закон України від 02.12.2010 р. № 2755-VI. *Офіційний Вісник України*. 2010. № 92. Ст. 3248.
3. Про зайнятість населення: Закон України від 05.12.2012 р. № 5067-VI. *Офіційний Вісник України*. 2012. № 63. Ст. 2565.
4. Господарський кодекс України: Закон України від 16.01.2003 р. № 436-IV. *Відом. Верхов. Ради України*. 2003. № 18-22. Ст. 144.