



АНАЛИЗ НОРМАТИВНОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ДОГОВОРА АУТСОРСИНГА В УКРАИНЕ

Марина ЕФИМЕНКО,

аспирант кафедры правового регулирования экономики
юридического факультета Киевского национального
экономического университета имени Вадима Гетьмана

Summary

The article is dedicated to the problems of the outsourcing agreement legal regulation and to the defining of the agreement features by Law of employment of the population. General positions of this act, main signs of the outsourcing agreement in accordance with Law of employment of the population, main problems and disadvantages are analyzed in the article. Ways of these problem improving are also explained there, prospects for the development of outsourcing legislation in Ukraine can be solved through the improving of existing legal acts and adopting important additional acts for the complete and coherent regulation of outsourcing agreement.

Key words: outsourcing, outsourcing agreement, legal regulation of services, hired labor.

Аннотация

Статья рассматривает правовое регламентирование и особенности договора аутсорсинга в Украине на примере Закона Украины «О занятости населения». В статье определяются основные положения указанного акта, указываются характерные черты договора аутсорсинга согласно нормам Закона Украины «О занятости населения», анализируются проблемы и недостатки этого нормативного документа. Согласно сделанным выводам определяются пути устранения недостатков, выделяются перспективы развития законодательства об аутсорсинге в Украине путем усовершенствования существующих нормативных актов и принятия дополнительных актов для полного и целостного регулирования аутсорсинговых отношений.

Ключевые слова: аутсорсинг, договор аутсорсинга, правовое регулирование услуг, заемный труд.

Постановка задачи. Правовое регулирование аутсорсинговых отношений и договора аутсорсинга в Украине находится на стадии развития. Нормативная база, которая устанавливает правила поведения субъектов хозяйствования в сфере аутсорсинга, имеет неопределенный характер, поскольку не определяет категоричный аппарат данных отношений, а также прямо не предусматривает договор аутсорсинга в системе хозяйственных договоров.

Цель. Учитывая недостаточное определение правового регулирования договора аутсорсинга и аутсорсинговых услуг в Украине, целью статьи является исследование нормативно-правовой регламентации договора аутсорсинга с помощью анализа Закона Украины «О занятости населения» как нормативного акта в системе законодательства об аутсорсинге. Вместе с этим отсутствие комплексных исследований теоретических основ договора аутсорсинга в системе хозяйственных договоров порождает новые проблемные вопросы теоретического обоснования договора аутсорсинга. В связи с этим, анализ основных понятий и положений, которые имеют место в аутсорсинговых договорных отношениях, а также обоснование данных отношений с помощью анализа специального законодательства, которое регламентирует

указанный вид хозяйственной деятельности, выяснение основных недостатков и определение перспектив развития законодательства об аутсорсинге является актуальным направлением исследования.

Изложение основного материала.

В связи с указанным выше одним из нормативных актов в системе правового регулирования договора аутсорсинга является Закон Украины № 5067 – VI «О занятости населения» (далее – Закон), принятый 5 июля 2012 и вступивший в силу 1 января 2013. Данный нормативный документ устанавливает основные принципы осуществления субъектами хозяйствования деятельности на рынке труда и рынке услуг, связанных с использованием наемного труда. Вместе с тем указанный правовой акт впервые на законодательном уровне регламентирует порядок предоставления аутсорсинговых услуг в Украине и определяет их как услуги по предоставлению персонала. Хотя Закон и регулирует отношения преимущественно в плоскости трудового права, его отдельные положения дают правовое обоснование договора аутсорсинга с позиции хозяйственного законодательства.

Существенный интерес представляет Раздел VI «Услуги в вопросах посредничества и трудоустройства» [1]. Основная часть норм указанного раздела определяет особенности правового

регулирования предоставления услуг в вопросах посредничества так называемым «рекрутинговыми агентствами», или, как определяет их Закон, субъектами хозяйствования, которые предоставляют услуги по посредничеству в трудоустройстве. Да, в основном большинство норм данного раздела регулирует деятельность именно агентств – посредников, которые осуществляют подбор персонала в соответствии с требованиями работодателя. При этом важным нововведением Закона является необходимость получения такими субъектами лицензии в случае посредничества в трудоустройстве за рубежом, регулируемая законами Украины «О лицензировании определенных видов хозяйственной деятельности», «О внешнеэкономической деятельности», указанным Законом и другими законодательными актами Украины.

Статья 39 Закона в случае внесения необходимых изменений, которые будут рассматриваться далее в статье, является наиболее актуальной для определения правового регулирования указанного договора. Да, статья 39 Закона анализирует деятельность субъектов хозяйствования, которые нанимают работников для дальнейшего выполнения ими работы в Украине у другого работодателя. При этом еще одной новеллой Закона является то, что такая деятельность осуществляется



на основании разрешения, выданного центральным органом исполнительной власти, реализующим государственную политику в сфере занятости населения и трудовой миграции. Порядок выдачи разрешения на наем работников для дальнейшего выполнения ими работы в Украине у другого работодателя устанавливается Кабинетом Министров Украины. Основными условиями деятельности субъектов хозяйствования – работодателей, которые нанимают работников для дальнейшего выполнения ими работы в Украине у другого работодателя, является направление работников на работы при условии, если это предусмотрено коллективным договором такого работодателя, и при наличии согласия первичной профсоюзной организации.

Наряду с этим такие работодатели обязаны: заключить договор с работодателем о применении труда работника; выплачивать работнику заработную плату в размере не ниже размера минимальной заработной платы, установленной законом, и заработной платы, которую получает работник у работодателя за выполнение такой же работы; обеспечивать работнику время работы и отдыха на условиях, определенных для работников работодателем, предусмотренных условиями коллективного договора и правилами внутреннего трудового распорядка; начислять и уплачивать единый взнос на общеобязательное государственное социальное страхование в пользу работника в соответствии с классами профессионального риска производства, к которому отнесен работодатель, применяющий труд работника; не препятствовать заключению трудового договора между работником и работодателем, у которого выполнялись работы.

Также важным условием для найма работников для дальнейшего выполнения ими работы в Украине у физических лиц является деятельность исключительно на основании заключенного договора между предприятием и физическим лицом о предоставлении услуг. Однако в контексте статьи 39 Закона не подразумевается договор аутсорсинга, поскольку последний заключается между заказчиком и аутсорсером, который и обеспечивает наличие квалифицированного персонала. Здесь идет речь о договоре между будущим ра-

ботником и будущим работодателем, где последний нанимает работника с целью выполнения последним определенных договором функций для другого работодателя. Вместе с тем нормы комментируемой статьи в случае игнорирования изменений, в которых она нуждается, могут считаться несколько некорректными при регулировании договора аутсорсинга, учитывая следующее. Во-первых, под аутсорсингом подразумевается деятельность, связанная именно с делегированием функций для их последующего выполнения персоналом исполнителя, а не переводом или специальным наймом персонала для выполнения функций на предприятии заказчика. Во-вторых, нормы данной статьи не предусматривают возможность делегирования заказчиком своих функций исполнителю, который в силу специфики своей хозяйственной деятельности уже имеет в своем штате квалифицированный персонал, что также можно считать недостатком правового регулирования, поскольку ограничивает возможности развития деятельности на рынке услуг.

Далее, системный анализ указанного нормативного акта позволяет определить ключевые признаки аутсорсинговых услуг, или, в соответствии с Законом, – услуг о предоставлении персонала.

К таким признакам следует отнести делегирование заказчиком неосновных функций или (и) процессов исполнителю в лице компетентного персонала с целью выполнения переданных функций, на что указывает часть 4 статьи 39 Закона. Как уже отмечалось, сутью аутсорсинговых отношений является трансфер неосновных, или второстепенных, функций заказчика постороннему субъекту – исполнителю, поскольку последний имеет в своем штате квалифицированный персонал для эффективного и надлежащего выполнения делегированных аутсорсеру услуг [2, с. 117]. Поэтому очевидно, что данный Закон нормативно относит делегирования заказчиком своих неосновных бизнес-процессов исполнителю к главным признакам аутсорсинговой деятельности.

Следующим признаком аутсорсинговых услуг Закон определяет наличие договора между субъектом, который нанимает работников для дальнейшего

выполнения ими работы в Украине у другого работодателя, и субъектом, который имеет целью привлечь к работе таких работников, о чем указано в пункте 1 части 1 статьи 39 Закона. Также данная норма указывает на то, что при возникновении договорных отношений по аутсорсингу между субъектами хозяйствования сторона-исполнитель нанимает квалифицированный персонал в соответствии со спецификой делегированных заказчиком функций, а также согласно другим требованиям заказчика.

Трудовой договор между исполнителем и работником, который находится в штате исполнителя, является признаком услуг аутсорсинга. Особенностью субъектного состава договора аутсорсинга считается то, что состав участников договора не совпадает с составом его сторон. Кроме сторон договора, заказчика и исполнителя, участниками договора аутсорсинга являются третьи лица – квалифицированный персонал, который непосредственно и выполняет делегированные заказчиком функции. В договоре аутсорсинга такая правовая связь возникает между заказчиком и организацией – аутсорсером, а также между аутсорсером и персоналом (непосредственным исполнителем), который предоставляется заказчику для выполнения делегированных функций или бизнес-процессов.

Последние правоотношения по своей сути являются трудовыми и осуществляются в соответствии с трудовым договором между аутсорсером и работниками, который заключается в письменной форме в соответствии с требованиями действующего законодательства.

Также есть потребность снова указать на существенные нововведения Закона, а именно необходимость аутсорсера, т.е. лица, выполняющего делегированные заказчиком функции путем их передачи квалифицированному персоналу, получить разрешение Государственной службы занятости Украины на проведение аутсорсинговой деятельности, а для рекрутинговых агентств – в случае трудоустройства лиц в иностранных странах – получение лицензии. Порядок выдачи разрешения на наем работников для дальнейшего выполнения ими работы в Украине у другого работодателя устанавливается Кабинетом



Министров Украины. Однако нужно заметить, что наряду с данной нормой отсутствует указание на порядок выдачи разрешения и нормативного обеспечения выдачи такого разрешения. Постановление Кабинета министров Украины от 20 мая 2013 № 359 Об утверждении Порядка выдачи разрешения на наем работников для дальнейшего выполнения ими работы в Украине у другого работодателя является недействующим, она вступает в силу со дня вступления в силу Закона о внесении изменений в некоторые законы Украины о выдаче разрешения на наем работников для дальнейшего выполнения ими работы в Украине у другого работодателя, которые, в свою очередь, тоже еще не набрали законной силы.

Учитывая содержание анализируемого нормативного акта, как уже указывалось, подавляющей сферой регулирования услуг, связанных с привлечением наемного труда, являются трудовые отношения. Большинство статей Закона представляют интерес для субъектов хозяйственной деятельности с целью соблюдением норм трудового законодательства при осуществлении ими аутсорсинговой деятельности. С точки зрения хозяйственной деятельности субъектов на рынке услуг, полезными могут быть нормы, касающиеся ответственности этих субъектов в случае нарушения ими правил ведения предпринимательской деятельности, связанной с использованием наемного труда. Согласно ч. 3 ст. 53 Закона за осуществление деятельности по найму работников без разрешения Государственной службы занятости Украины к компании может применяться такая хозяйственная санкция, как штраф в двадцатикратном размере минимальной заработной платы, установленной на момент определения нарушения. В большинстве случаев данная норма Закона касается тех компаний-исполнителей, которые не имеют в своем штате квалифицированного персонала для выполнения делегированных функций и вынуждены такой персонал нанимать, в связи с этим у таких субъектов и возникает необходимость получить указанный выше разрешение. Однако из формулировки приведенной статьи следует, что к исполнителю, который уже располагает квалифицированных работников в силу специфики своей де-

ятельности, такой вид санкции применяться не будет, поскольку у него уже нет необходимости в найме персонала. Вместе с тем, хотя Закон и не устанавливает ответственность для заказчиков, которые пользуются услугами аутсорсеров, определенные вопросы для таких субъектов все же остаются. В связи с тем, что на данный момент исполнители предоставляют аутсорсинговые услуги без соответствующего разрешения, существует риск того, что все договоры по аутсорсингу, заключенные после вступления в силу Закона, могут быть признаны не соответствующими законодательству.

Опять же, необходимо отметить, что, несмотря на попытки законодателя регламентировать договорные аутсорсинговые отношения, одной из проблем указанного Закона является недостаточное определение понятий, которыми он оперирует. Это порождает возможность неоднозначной трактовки основных терминов Закона. Сейчас украинское законодательство не предоставляет четкого и унифицированного определения аутсорсинга и аутсорсинговых услуг, называя такие услуги наймом или привлечением работников для дальнейшего выполнения ими работы в Украине для другого работодателя (часть 1 статьи 39 Закона).

Также привлекает внимание сама формулировка определения аутсорсинговых услуг по привлечению персонала, а именно указание на то, что территории предоставления услуг по привлечению персонала является Украина, в соответствии со статьей 39 Закона. То есть законодатель не предусматривает возможность существования международного элемента в аутсорсинговой деятельности. Если для субъектов, которые нанимают персонал для осуществления им работы для заказчика (имеются в виду «рекрутинговые агентства») предусмотрен иностранный элемент в создаваемых ими отношениях по поводу предоставления услуг по найму персонала, то для субъектов, которые уже имеют в своем штате квалифицированный персонал и могут выполнять делегированные ему заказчиком функции, такой элемент отсутствует. Данная позиция, учитывая стремительное развитие международных отношений и рынка услуг в частности, считается такой, которая может созда-

вать существенные препятствия для субъектов хозяйственной деятельности в намерениях последних осуществлять свою деятельность на международном рынке, а также является препятствием для иностранных субъектов, которые намерены делегировать свои функции украинскому аутсорсеру.

Приведение указанной нормы Закона в соответствие с реальными хозяйственными потребностями субъектов международного рынка услуг, а также в связи с развитием самих отношений по аутсорсингу, является необходимым условием для украинских субъектов, имеющих целью делегирование своих производственных функций и неосновных бизнес-процессов иностранным субъектам или наоборот. Это более выгодно как со стороны правовых отношений, так и со стороны экономических показателей. Например, для иностранного субъекта в случае возникновения необходимости ведения дел на территории Украины более рационально и выгодно делегировать ведение таких дел квалифицированному субъекту на украинском рынке услуг, чем собственному, поскольку первый лучше знает специфику законодательства и возможные практические решения проблемного вопроса.

Вместе с тем нужно отметить, учитывая формулировки норм данного акта, что прямого отношения к аутсорсинговой деятельности такие нормы не имеют и могут быть целесообразными при регулировании похожей деятельности с аутсорсингом, а именно – при регулировании аутстаффинга. Если аутсорсингом считается хозяйственная деятельность, при которой заказчик делегирует свои функции и бизнес-процессы исполнителю, что имеет в своем штате соответствующий квалифицированный персонал, то аутстаффинг предполагает трансфер именно персонала для выполнения отдельных функций на предприятии заказчика. В связи с этим предлагается внести изменения в статью 39 Закона с целью возможности регламентации им не только посредничества при трудоустройстве и возможности перевода персонала для выполнения определенной работы, но и применения данных норм для регулирования аутсорсинговой деятельности.

К тому же, целесообразно определить одним из направлений совер-



шенствования норм законодательства, регулирующего аутсорсинговые отношения, нормативное расширение территориальных границ осуществления субъектами хозяйствования своей предпринимательской деятельности. Такое решение возможно путем предвидения статьей 39 Закона возможности делегирования полномочий на выполнение работы персоналом исполнителя не только в пределах Украины, но и компаниям, сотрудники которой находятся за границей. Для решения проблемных вопросов, которые указывались в статье, в случае внесения предложенных изменений, часть 1 статьи 39 Закона Украины «О занятости населения» будет иметь следующую формулировку.

«Статья 39. Деятельность субъектов хозяйствования, которые нанимают работников для дальнейшего выполнения ими работы для другого работодателя

1. Деятельность субъектов хозяйствования – работодателей, которые нанимают работников для дальнейшего выполнения ими работы для другого работодателя на условиях трудовых договоров, осуществляется на основании разрешения, выданного центральным органом исполнительной власти, реализующим государственную политику в сфере занятости населения и трудовой миграции.

Порядок выдачи разрешения на наем работников для дальнейшего выполнения ими работы для другого работодателя устанавливается Кабинетом Министров Украины.

Субъекты хозяйствования – работодатели, которые нанимают работников для дальнейшего выполнения ими работы для другого работодателя, направляющие работников при условии, если это предусмотрено коллективным договором такого работодателя, и при наличии согласия первичной профсоюзной организации и обязаны:

2. Запрещается деятельность субъектов хозяйствования – работодателей, которые нанимают работников для дальнейшего выполнения ими работы для другого работодателя без разрешения.

3. Предприятие может осуществлять наем работников для дальнейшего выполнения ими работы для физических и юридических лиц на основании заключенного договора между

предприятием и физическим и (или) юридическим лицом о предоставлении услуг...».

Рассматривая другие возможные источники правового управления договора аутсорсинга, нормативная формулировка договора услуг по предоставлению персонала похожа на определение договорных отношений по лизингу, где лизингодатель передает в исключительное пользование лизингополучателю на определенный срок имущество, которое уже находится в собственности лизингодателя или приобретает им исключительно в интересах лизингополучателя [3]. Однако в Хозяйственном кодексе Украины, а также в других законодательных актах предметом договора лизинга является имущество [4], но не производственные функции, а также в лизинговых отношениях отсутствует делегирование полномочий. Указанные основания делают невозможным использование нормативно-правовой базы, регулирующей договор лизинга, для регламентации договора аутсорсинга.

Поэтому среди специальных нормативных актов, регулирующих различные сферы хозяйственной деятельности, Закон Украины «О занятости населения» остается единственным нормативным актом, который регламентирует аутсорсинговые отношения, что еще раз подчеркивает необходимость внесения изменений в данный Закон.

Следует отметить, что, учитывая противоречивость и недостаточную определенность правового регулирования договора аутсорсинга, можно прогнозировать не очень лояльную позицию органов государственной власти в отношении субъектов хозяйственной деятельности в сфере аутсорсинга, поскольку указанные субъекты договорных отношений в этом случае остаются законодательно незащищенными.

Выводы. Следовательно, учитывая изложенное выше, с целью развития и совершенствования отношений по договору аутсорсинга нужно подчеркнуть необходимость доработки и внесения соответствующих изменений в Закон Украины «О занятости населения» от 5 июля 2012. Эта необходимость обусловлена тем, что нормы кодифицированных нормативных актов, регулирующих хозяйственные договорные отношения, носят обобщенный ха-

рактер и применяются в аутсорсинговых отношениях с целью соблюдения участниками таких отношений общих императивных норм. Сейчас, при отсутствии определенной нормативной позиции, теоретических исследований, а также судебной практики в отношении договора аутсорсинга, крайне важны доработка и внесение необходимых изменений в Закон Украины «О занятости населения», которые были предложены в статье, и с учетом замечаний к данному акту, которые так же были указаны в работе. Это связано с тем, что указанный нормативный акт является едва ли не основным специальным актом в системе законодательства об аутсорсинге. Внесение таких поправок сможет повлиять на дальнейшее развитие указанных отношений, а также качественно адаптирует существующее законодательство к реалиям на рынке торговли услугами. Это расширит хозяйственные возможности участников аутсорсинговых отношений и будет способствовать появлению новых теоретических исследований и практического опыта в сфере договора аутсорсинга.

Список использованной литературы:

1. Закон Украины «О занятости населения» от 5 июля 2012 № 5067-VI. // Ведомости Верховной Рады Украины. – 2013. – № 24. – Ст. 243.
2. Ефименко М.М. Определение договора аутсорсинга как одной из форм взаимодействия субъектов хозяйственных правоотношений. // Научно-практический хозяйственно-правовой журнал «Хозяйство и право». – № 2 (206). – Киев. – 2013. – Ст. 117.
3. Закон Украины «О финансовом лизинге» от 16 декабря 1997 года № 723/97-ВР. // Ведомости Верховной Рады Украины. – 1998 г. – № 16. – С. 68.
4. Хозяйственный кодекс Украины от 16.01.2003 № 436-IV // Ведомости Верховной Рады Украины. – 2003. – № 18, № 19-20, № 21-22. – Ст. 144.