

УДК 347.4:338.46(477)

<https://doi.org/10.34142/23121661.2021.33.07>

[orcid.org/0000-0001-9304-8529](https://orcid.org/0000-0001-9304-8529)

© Тобота Ю.А., 2021

**Ю.А. ТОБОТА**

**ДОГОВІР АУТСТАФІНГУ: ПОНЯТТЯ,  
ОСОБЛИВОСТІ СУБ'ЄКТНОГО СКЛАДУ,  
ЮРИДИЧНА ХАРАКТЕРИСТИКА  
ТА ІСТОТНІ УМОВИ**

**Yu. TOBOTA**

**OUTSTAFFING AGREEMENT: DEFINITION,  
SPECIAL FEATURES OF SUBJECTS,  
JURIDICAL CHARACTERISTICS AND  
ESSENTIAL CONDITIONS**

**Анотація.** У статті досліджуються особливості суб'єктного складу, істотні умови та юридична характеристика договору аутстафінгу. На підставі проведеного аналізу автором надається власне визначення поняття договору аутстафінгу.

**Ключові слова:** аутстафінг, договір аутстафінгу, сторони договору, істотні умови, юридична характеристика.

**Аннотация.** В статье исследуются особенности субъектного состава, существенные условия и юридическая характеристика договора аутстаффинга. На основании проведённого анализа автором даётся собственное определение понятия договора аутстаффинга.

**Ключевые слова:** аутстаффинг, договор аутстаффинга, стороны договора, существенные условия, юридическая характеристика.

**Annotation.** In the article special features of subjects, essential conditions and juridical characteristics of outstaffing agreement have been defined, which is the aim of the article. Having finished the analysis of juridical construction mentioned the author gave his own definition of outstaffing agreement which is new legal institution for national judicial system and enforcement practices: according to outstaffing agreement a contracting party (employer) who had entered into a labour contract with an employee transmits the employee to another party of outstaffing agreement (individual person, contractor) for a specified period or without any period and for a charge with the aim of the employee to carry out a labour function mentioned at the outstaffing agreement at another individual person (person). Doing the research the author used developments made by another national scientists whose scientific interests connected with outstaffing agreement. By the author's point of view essential conditions of outstaffing agreement are: subject, purpose and

labour function, period of validity and a contract price. It is notable about dual nature of subject of an outstaffing agreement: juridical (activities about transferring/receiving employee) and so called «material» subject – the employee. In author's opinion, commercial outstaffing agreement can't be conducted but civilian only instead. The research made by the author is useful for doing further researches about outstaffing agreement.

**Key words:** outstaffing, outstaffing agreement, contracting parties, essential conditions, juridical characteristics.

**Постановка проблеми.** Фрагментарність нормативної регламентації, відсутність ґрунтовних доктринальних досліджень договору аутстафінгу та неоднозначність судової практики його застосування свідчать про наявність низки пов'язаних із договором аутстафінгу проблем, які є злободенними та потребують вирішення. Серед них проблема легального визначення цього договору, його юридичної характеристики та з'ясування істотних умов.

**Аналіз останніх публікацій.** Договір аутстафінгу та пов'язані з ним питання становлять науковий інтерес С. Барбашина, В. Комарової, В. Олюхи, Л. Шевченко, Е. Шевченко та ін. Незважаючи на значну кількість присвячених цій темі публікацій, залишається невирішеною проблема визначення змісту поняття «договір аутстафінгу», моменту виникнення прав та обов'язків за договором і його істотних умов.

**Мета статті** полягає в спробі дати авторське визначення поняття договору аутстафінгу, проаналізувати момент виникнення прав і обов'язків сторін договору аутстафінгу та навести перелік його істотних умов.

**Виклад основного матеріалу дослідження.** Ємний вислів німецького професора-правознавця Бернхарда Віндшейда про те, що договір застосовується в усій сфері права, а не лише у праві зобов'язальному, орієнтує на багатогранність поняття договору та використання договірних механізмів у багатьох сферах права [1, с. 3] – трудовому, господарському, адміністративному, цивільно-процесуальному тощо, що свідчить про поліфункціональність (багатопонятійність) цієї правової конструкції та існування договорів, які укладаються в публічній та приватній сферах. Нормативну основу для укладання цих договорів становить приватне або публічне законодавство. Проте існують договірні конструкції, які або взагалі не врегульовані відповідною галуззю законодавства (і тоді єдиним шляхом виходу з такої ситуації є застосування приватно-правового принципу свободи договору), або їхня нормативна основа характеризується прогалинами. Однією з них є майже не врегульований у законодавстві, але все частіше застосовуваний на практиці договір аутстафінгу, з яким пов'язана низка теоретичних і практичних проблем: визначення поняття зазначеного договору, моменту виникнення прав і обов'язків та його істотних умов.

Як одна з новітніх форм працевлаштування, що широко застосовується в країнах Заходу, договір аутстафінгу опосередковує механізм залучення до

роботи працівників потрібної роботодавцеві кваліфікації, з релевантним досвідом та відповідними навичками без необхідності укладання з ними трудових договорів та ведення щодо них бухгалтерської та кадрової роботи. У загальному вигляді аутстафінгом є надання роботодавцем-аутстафером, із яким працівник уклав трудовий договір, працівника, так би мовити, в оренду іншому роботодавцеві-замовникові.

У п. 14.1.183 ст. 14 Податкового кодексу України [2, ст. 112] (далі – ПКУ) закріплене поняття «послуги з надання персоналу» (*de-facto* в цій нормі йдеться про відносини з договору аутстафінгу) – 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». Ураховуючи це, договір аутстафінгу теоретично може мати вигляд цивільно- або господарсько-правової угоди з урегулюванням його істотних умов відповідним приватним чи публічним законодавством.

Виходячи із наведеного в ПКУ визначення послуги з надання персоналу як емпіричної підстави для вивчення однойменного договору, узагальнена правова конструкція, що визначає сутність відносин, які виникають із нього, має таку схему: 1) «трудовий договір між працівником та його роботодавцем (аутстафером)» + 2) «трудовий договір між працівником та роботодавцем-замовником, який приймає працівника від роботодавця-аутстафера (укладання такого договору не є обов'язковим, адже залишаються трудові правовідносини між працівником та попереднім роботодавцем)» + 3) «договір аутстафінгу між роботодавцем-аутстафером та роботодавцем-замовником». З'являється такий собі «трикутник» аутстафінгу – комплексна структура правовідносин із надання персоналу, що виникають із такого договору, де передумовою його виникнення як юридичного факту є укладання трудового договору між працівником та роботодавцем. Така складна побудова правовідносин і зумовлює перелік істотних умов договору аутстафінгу.

Загальновідомо, що договір як одна з підстав виникнення цивільних прав і обов'язків, один із найпоширеніших юридичних фактів та правовий регулятор виконує таку роль лише в разі досягнення його сторонами згоди за всіма істотними умовами. Вони залежать від правової природи (сутності) договору, тих чинників, що впливають на структуру його предмета й прав і обов'язків сторін. Істотні умови договору дозволяють вирізнити один договір з-поміж інших, підкреслюючи його характерні риси та індивідуальність; вони є тим

«орієнтиром», якого мають дотримуватися сторони у процесі вибору тієї чи іншої моделі договору для уникнення визнання його неукладеним або кваліфікації його як іншого договору – такого, до укладання якого не прагнули сторони. Ці теоретичні узагальнення цілком застосовувані й до договору аутстафінгу для вирішення його з безлічі схожих за змістом договорів: трудового, оренди, лізингу тощо<sup>1</sup>.

Відсутність нормативного закріплення переліку істотних умов договору аутстафінгу могла б бути на теоретичному рівні виправлена положеннями ст. 6 Цивільного кодексу України [3, ст. 356] (далі – ЦКУ) щодо визнання його непойменованим із дотриманням визначених ст. 638 цього кодексу та ч. 3 ст. 180 Господарського кодексу України [4, ст. 144] (далі – ГКУ) умов. Але щодо рівня практичного, то тут ситуація діаметрально протилежна: з огляду на прогалини правового врегулювання договору аутстафінгу, вітчизняна судова практика тлумачить його як один зі способів ухиляння від сплати податків та порушення трудового законодавства<sup>2</sup>. Вирішенням цієї ситуації мала б слугувати вже згадана ст. 638 ЦКУ, відповідно до абз. 2 ч. 1 якої «істотними умовами договору є умови про предмет, умови, що визначені законом як істотні або є необхідними для договорів цього виду, а також усі ті умови, щодо яких за заявою хоча б однієї із сторін має бути досягнуто згоди». Проте й вона не може вирішити пов'язаних із розглядуваним договором проблем: предмет є істотною умовою будь-якого договору, а закону, який би визначав істотні умови договору аутстафінгу, в Україні наразі не існує. Крім того, до відносин з договором аутстафінгу не можна застосувати конструкцію «істотні умови, необхідні для договорів даного виду», адже з огляду на нормативну його неврегульованість аутстафінг не можна вважати відомим видом договорів.

Буквальне тлумачення наданого в п. 14.1.183 ст. 14 ПКУ визначення послуги з надання персоналу дає змогу зробити висновок, що надання персоналу іншому роботодавцеві за господарською або цивільно-правовою угодою є нічим іншим, як *послугою*. Отже, за сучасних умов регулювання аутстафінгу необхідно розглядати його саме як послугу (що фактично відповідає юридичній природі цього договору, закріпленій у ПКУ) та, відповідно, виявити його істотні умови, зважаючи саме з уявлень про аутстафінг як відповідний послугі вид суспільних відносин.

Приватне законодавство, зокрема ч. 63 ЦКУ (де, власне, і закріплено загальні положення про послуги), не містить обов'язкового переліку істотних

<sup>1</sup> До речі, у науковій літературі аутстафінг розглядається як один із видів лізингу персоналу (Див.: 5, с. 349–350), як «оренда» працівників [6, с. 10–13; 7, с. 39–43] тощо.

<sup>2</sup> Див.: постанова П'ятого апеляційного адміністративного суду від 08.11.2018 у справі № 821/901/18; постанова П'ятого апеляційного адміністративного суду від 13.12.2018 у справі № [821/902/18](#) тощо.

умов договору про надання послуг. Проте безперечною в цивілістиці є думка, що єдиною істотною умовою цього договору є предмет. Узагальнено предмет договору «охоплює весь спектр показників того, з приводу чого укладається договір; це дані про власне предмет як такий, зокрема кількість, якість та ціну переданих товарів, виконаних робіт, наданих послуг» [8, с. 28–29].

З огляду на це, а також беручи до уваги той факт, що предметом договору про надання послуг є власне нематеріальна послуга – те нематеріальне благо, яке отримує замовник у процесі вчинення виконавцем будь-яких дій або здійснення певної діяльності, видається правильним висновок, що *предметом договору аутстафінгу є сукупність узгоджених сторонами (роботодавцем-аутстафером та роботодавцем-замовником) дій із надання роботодавцем замовникові за плату на певний строк працівника, який відповідає вимогам замовника щодо кваліфікації, досвіду, навичок для виконання в нього певної трудової функції.*

Як бачимо, предмет договору аутстафінгу пов'язаний із діями його сторін, проте вони вчиняються не з матеріальним об'єктом (реччю), а спрямовані на передання працівника як суб'єкта права, який тут, так би мовити, «перебуває за межами» предмета договору. Отже, предмет договору аутстафінгу буде подвійним: юридичний предмет – узгоджені дії сторін із передання замовникові працівника певної кваліфікації та матеріальний предмет (який матеріальним можна назвати умовно) – такий працівник.

Утім, вирішуючи теоретичну проблему предмета договору аутстафінгу, ми стикаємося з іншою, але вже практичною проблемою – можливістю укладання цивільно-правового або господарсько-правового договорів аутстафінгу. Її виникнення пов'язане з декількома обставинами.

*По-перше*, як відомо, ЦКУ в ст. 638 закріплює як єдину істотну умову цивільно-правового договору умову про його предмет. Проте ГКУ в ч. 3 ст. 180 містить інший підхід: «у процесі укладення господарського договору сторони зобов'язані в будь-якому разі погодити предмет, ціну та строк дії договору». Отже, умова про предмет є обов'язковою в разі укладання цивільно-правового або господарського договору аутстафінгу.

*По-друге*, буквально тлумачення ч.ч. 1, 2 та 3 ст. 39 Закону України «Про зайнятість населення» [9, ст. 243]<sup>3</sup> дає підстави для попереднього висновку про можливість укладання договору аутстафінгу за двома схемами:

---

<sup>3</sup>Згідно із ч. 1 ст. 39 «діяльність суб'єктів господарювання – роботодавців, які наймають працівників для подальшого виконання ними роботи в Україні в іншого роботодавця на умовах трудових договорів, здійснюється на підставі дозволу, виданого центральним органом виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері зайнятості населення та трудової міграції. Порядок видачі дозволу на наймання працівників для подальшого виконання ними роботи в Україні в іншого роботодавця встановлюється Кабінетом Міністрів України». У ч.ч. 2, 3 цієї статті йдеться про те, що

1) «суб'єкт господарювання-роботодавець – суб'єкт господарювання-замовник (юридична особа чи ФОП)» або 2) «суб'єкт господарювання-роботодавець – інший роботодавець (фізична особа)». (Нагадаємо, що суб'єктами господарювання згідно зі змістом ст. 55 ГКУ є юридичні особи, створені відповідно до ЦКУ та ГКУ, і громадяни України, іноземці та особи без громадянства, які здійснюють господарську діяльність та зареєстровані відповідно до закону як підприємці).

За першої схеми суб'єкт господарювання-роботодавець зобов'язаний згідно з вимогами ч.ч. 1, 2 ст. 39 зазначеного Закону отримати дозвіл, порядок видачі якого врегульовано Постановою КМУ від 20.05.2013 № 359 «Про затвердження Порядку видачі дозволу на наймання працівників для подальшого виконання ними роботи в Україні в іншого роботодавця», яка на цей час не набула чинності. Зважаючи на останню обставину і той факт, що без отримання такого дозволу діяльність суб'єктів господарювання-роботодавців, які наймають працівників для подальшого виконання ними роботи в Україні в іншого роботодавця-суб'єкта господарювання, забороняється (ч.ч. 2, 3 ст. 39 Закону), на теперішній час унеможлиблюється укладання господарсько-правового договору аутстафінгу. Його укладання може мати як приватно-правові наслідки – він може бути визнаний судом недійсним на підставі ст. 227 ЦКУ або вважатися нікчемним згідно зі ст. 228 ЦКУ, так і публічно-правові санкції, зокрема у вигляді штрафу за порушення трудового законодавства на підставі ст. 265 Кодексу законів про працю України [10] (далі – КЗпП). Тож єдиною за таких обставин залишається схема укладання цивільно-правового договору аутстафінгу між суб'єктом господарювання-роботодавцем та фізичною особою (роботодавцем) з метою подальшого працевлаштування працівника в іншій фізичній особі. Така схема цілком відповідає моделі трудових відносин, закріпленій у ст. 21 КЗпП, відповідно до якої трудовий договір може бути укладений між фізичною особою та працівником (тобто за схемою «фізична особа-роботодавець – фізична особа-працівник»).

Повертаючись до особливостей предмета договору аутстафінгу, які обумовлені суб'єктним складом відповідних правовідносин, варто зазначити, що істотними умовами цього договору є також *мета* та *трудова функція працівника*, якого роботодавець (аутстафер) «передає» замовникові. Обидві умови є взаємопов'язаними, оскільки метою договору є передача працівника

---

«забороняється діяльність суб'єктів господарювання – роботодавців, які наймають працівників для подальшого виконання ними роботи в Україні в іншого роботодавця без дозволу. Суб'єкт господарювання може здійснювати наймання працівників для подальшого виконання ними роботи в Україні у фізичних осіб на підставі укладеного договору між суб'єктом господарювання та фізичною особою про надання послуг».

для виконання ним у роботодавця певної роботи, то характер виконуваної роботи має охоплюватися трудовою функцією працівника за відповідною посадою (професією, фахом, кваліфікацією). Беручи до уваги акцесорний характер договору аутстафінгу (адже його укладання безпосередньо залежить від наявності укладеного між роботодавцем-аутстафером і працівником трудового договору, який таким чином виконує функцію організаційного договору щодо договору аутстафінгу), з метою гарантування прав і свобод працівника та, з огляду на публічно-правові аспекти (зокрема необхідність оподаткування прибутку від аутстафінгу), договір аутстафінгу має містити інформацію про трудову функцію працівника, або принаймні під час його укладання необхідно обов'язково зазначати в ньому посилання на укладений трудовий договір (його реквізити та сторони).

Акцесорність договору аутстафінгу має наслідком ще одну його особливість, яка водночас є однією з його істотних умов: відповідно до правила *transfere potest quam ipse habet* строк дії договору аутстафінгу не може перевищувати строку дії трудового договору (у разі укладання строкового трудового договору). Тому істотною умовою розглядуваного договору варто визнати *строк дії*, який може визначатися календарною датою, роками (місяцями тощо) або вказівкою на обставину, яка має настати в майбутньому, – завершення терміну дії строкового трудового договору між роботодавцем-аутстафером та працівником.

Можливим є укладання безстрокового трудового договору як умови укладання договору аутстафінгу – у цьому разі останній укладається на невизначений термін, проте у випадку припинення трудового договору договір аутстафінгу теж припиняє свою дію<sup>4</sup>.

Виходячи з того, що роботодавцем-аутстафером за договором аутстафінгу може бути суб'єкт господарювання, підприємницька діяльність якого пов'язана з отриманням прибутку, а також зважаючи на закріплену в ст. 626 ЦКУ презумпцію відплатності договору, наступною істотною умовою договору аутстафінгу є *ціна* – визначена договором грошова сума, яку роботодавець-замовник сплачує роботодавцеві-аутстаферу за передання визначеного договором працівника. Окрім того, визначення ціни як істотної умови договору аутста-

---

<sup>4</sup>Ця обставина також свідчить про неможливість (з огляду на стан нормативного регулювання) укладання господарського договору аутстафінгу: однією з його істотних умов є умова про строк дії (ч. 3 ст. 180 ГКУ), який відповідно до ч. 1 ст. 252 ЦКУ «визначається роками, місяцями, тижнями, днями або годинами». У разі укладання безстрокового трудового договору договір аутстафінгу також буде безстроковим (що суперечить формальній позиції законодавця, визначеній в ч. 3 ст. 180 ГКУ і ч. 1 ст. 252 ЦКУ). Тому господарське законодавство щодо кількості істотних умов договору підлягає зміні або потрібно прийняти спеціальний закон щодо аутстафінгу, у якому було б регульоване питання строку його дії.

фінгу обумовлено неможливістю застосування до цих правовідносин категорії «розумної ціни».

Остання застосовується, коли можна говорити про звичайні ціни за надання аналогічних послуг, але у зв'язку із законодавчими прогалинами у врегулюванні розглядуваної договірної конструкції надання послуг за договором аутстафінгу є на практиці доволі незвичним явищем. У такому разі йдеться про відплатний договір про надання послуг (ч. 1 ст. 901, ч. 1 ст. 903 ЦКУ), у якому ціна є зустрічним предметом такого зобов'язання.

Подвійний характер предмета договору аутстафінгу визначає його юридичну характеристику: ураховуючи, що працівник, якого передає роботодавець-аутстафер замовникові, може в будь-який час розірвати укладений між ним та аутстафером трудовий договір (або взагалі відмовитися від «переходу» до іншого роботодавця з будь-яких причин), договір аутстафінгу є реальним – за ним права та обов'язки у сторін виникають із моменту передання такого працівника замовникові. Протилежний висновок (визнання договору аутстафінгу консенсуальним) свідчив би про порушення принципу свободи обрання працівником роботодавця та укладання трудового договору. Іншими словами, відповідно до консенсуального договору аутстафінгу працівник, навіть поза його волею, без дотримання його згоди, мав би бути переданим замовникові немов би річ.

Підсумовуючи викладене та з урахуванням адекватного нормативного врегулювання відносин з аутстафінгу, видається можливим надати таке визначення поняття «договір аутстафінгу»: *за договором аутстафінгу одна сторона (роботодавець), із якою працівником укладено трудовий договір, передає іншій стороні (фізичній особі-роботодавцеві, замовникові) такого працівника на певний строк або безстроково за плату для виконання працівником у іншій фізичної особи (фізичних осіб) визначеної договором аутстафінгу трудової функції.*

Здається, таке визначення відбиває всі особливості правовідносин, що виникають із договору аутстафінгу, зокрема характерні ознаки суб'єктного складу сторони-роботодавця (нею може бути як суб'єкт господарювання, так і фізична особа), а також неможливість витребування працівника в разі порушення умов договору аутстафінгу роботодавцем-аутстафером на кшталт витребування індивідуально-визначеної речі (ст. 387 ЦКУ).

**Висновки.** Обумовлений цілком прагматичними потребами, викликаними зміною економічної кон'юнктури та мобільністю трудових ресурсів, договір аутстафінгу як угода про передання роботодавцем-аутстафером працівника замовникові має бути врегульований окремим нормативно-правовим актом публічного чи приватного характеру, яким мало б бути визначено його поняття, особливості суб'єктного складу, істотні умови, форма тощо. Задля досягнення



такої мети існує нагальна необхідність проведення наукових розвідок щодо аутстафінгу, яким, імовірно, сприятиме й ця стаття.

### Література

1. Харьковская цивилистическая школа: о договоре: монография / И. В. Спасибо-Фатеева и др.; под общ. ред. И. В. Спасибо-Фатеевой. Харьков: Право, 2017. 576 с.;
2. Податковий кодекс України: Закон України від 02.12.2010 № 2755-VI. *Офіційний Вісник України*. 2010. № 92. Ст. 3248;
3. Цивільний кодекс України: Закон України від 16.01.2003 № 435-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 40. Ст. 356;
4. Господарський кодекс України: Закон України від 16.01.2003 № 436-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 18, № 19–20, № 21–22. Ст. 144;
5. Комарова В. Сучасні тенденції впровадження лізингу персоналу в менеджмент готельно-туристичної індустрії. *Ефективність державного управління*. 2011. Вип. 26. С. 349–350;
6. Барбашин С. Аутсорсинг&Аутстафінг: користь чи шкода? *Юридичний Вісник України*. 2016. № 18 (6–12.05). С. 10–13;
7. Олюха В. Аутстафінг у капітальному будівництві. *Підприємництво, господарство, право*. 2013. № 12. С. 39–43;
8. Шевченко Л., Шевченко Е. Теоретические и практические проблемы определения содержания гражданско-правовых договоров и круга их существенных условий. *Хозяйство и право*. 2006. № 12. С. 26–36;
9. Про зайнятість населення: Закон України від 05.12.2012 № 5067-VI. *Офіційний Вісник України*. 2012. № 63. Ст. 2565;
10. Кодекс законів про працю України: Закон України від 10.12.1971 № 322-VIII. *Відомості Верховної Ради УРСР*. 1971. Дод. до № 50.