

ПОНЯТТЯ ДОГОВОРУ АУТСОРСИНГУ, ЙОГО ЮРИДИЧНА ХАРАКТЕРИСТИКА ТА ВИДИ

У статті проаналізовано основні підходи до визначення поняття аутсорсингу в сучасній науковій літературі. На підставі цього сформульовано авторське визначення терміну «договір аутсорсингу». Зроблено спробу визначити основні види договору, а також надати юридичну характеристику.

В статье проанализированы основные подходы к определению понятия аутсорсинга в современной научной литературе. На основании этого сформулировано авторское определение термина «договор аутсорсинга». Сделана попытка определить основные виды договора, а также его преимущества и недостатки.

This paper analyzes the main approach to the definition of outsourcing in today's scientific literature. On this basis, the author formulated a definition of "outsourcing contract." An attempt to identify the main areas of application of the treaty in public circulation, as well as its advantages and disadvantages.

Ключові слова: аутсорсинг, договір аутсорсингу, види договору, юридична характеристика, непойменований договір, змішаний договір, аутсорсингова компанія.

Ключевые слова: аутсорсинг, договор аутсорсинга, виды договора, юридическая характеристика, поименованные договор, смешанный договор, аутсорсинговая компания.

Keywords: outsourcing, outsourcing contract, types of contract, legal description, contract mixed contract outsourcing company.

Аутсорсинг - відносно нова послуга на українському ринку, можливості та правові наслідки якої ще погано вивчені як самими

компаніями, так і державними органами, і зокрема, податковою інспекцією. Але, при умілому його застосуванні можна мінімізувати можливі ризики і отримати максимальну вигоду від використання аутсорсингу. Аутсорсинг, або передача сторонній організації виконання деяких завдань, які не є звичайною діяльністю компанії, але в той же час необхідні для її розвитку, зручний і вигідний. Щоб витягти з аутсорсингу максимум переваг, потрібно підготувати хорошу правову основу для його використання.

Сьогодні для успішного ведення бізнесу, в умовах світової кризи, необхідно застосовувати методи, які пов'язані з позбавленням необхідності виконання другорядних функцій, розпорошенням зусиль компанії на врегулювання тих проблем, яких можна уникнути, передавши ці функції іншим, спеціалізованим, компаніям. Ці компанії зможуть їх виконати краще, зважаючи на їх високу кваліфікацію та вузьку направленість. Тобто, кожен повинен займатися своїми справами. Наукова література містить багато праць, у яких досліджується власне саме явище – аутсорсинг, а не договір, за яким повинні передаватися ці функції.

Мета дослідження: на підставі проведеного аналізу законодавства і емпіричного матеріалу, встановити дефініцію договору аутсорсингу, визначити його юридичну характеристику та види.

Теоретичною основою дослідження слугували праці Азаревича Д. І., Афанасієва Р.В., Брагинського М. І., Дідуха О.В., Єщенко І.А., Йоффе О. С., Луця В.В., Майданика Р.А., Мигалюк Л.В., Микало О.І., Петрикіної Н., Харитонова Є.О., Шишки Р.Б. та ін.

Хоча, з переходом України до ринкових відносин та прийняттям у 2003 році Цивільного кодексу в Україні значно розширилося коло договірних відносин, він не може (та й не повинний) охопити усі різновиди договірних відносин, які виникають між суб'єктами господарювання. Тому договори, які укладаються ними, але їх немає у Цивільному кодексі України [1] (далі ЦК України) або в інших нормативно-правових актах називаються непойменованими чи безіменними [2, с. 131-132; 3, с. 179; 4, с. 22].

До таких договорів і належить договір аутсорсингу. Ч.1 ст. 6 ЦК України допускає можливість укладання договорів, які не передбачені актами цивільного законодавства, але не суперечать загальним засадам цивільного законодавства, вимогам добросовісності, розумності та справедливості. Укладання таких договорів є результатом автономної правотворчості сторін, що здійснюється на засадах аналогії закону та аналогії права. У ст. 11 ЦК України зазначено також, що цивільні права та обов'язки виникають із дій осіб, які не передбачені актами цивільного законодавства, але за аналогією породжують цивільні права та обов'язки. Ці норми вказують на можливість укладання непомічених договорів як регуляторів нових видів діяльності.

Непомічений договір є досить гнучкою конструкцією, але його оформлення та стабільність часто носять непередбачуваний характер, оскільки він є договором, де умови, які він вміщує, є досить новими, а тому їх тлумачення може бути різним. Усі непомічені договори можна поділити на дві категорії: ті, які певним чином згадані в законодавстві, в силу їх більшого використання, і договори, взагалі не відображені в актах цивільного законодавства.

Зокрема, Л.В. Мигалюк визначає непомічений договір як домовленість сторін, заснована на принципі свободи договору та вільному волевиявленні сторін щодо врегулювання відносин, які виникають з нових не врегульованих законодавством видів діяльності, спрямована на набуття, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків для досягнення необхідного результату й усунення недоліків правового регулювання нових правовідносин [5, с. 36-40].

Можливість укладення договору аутсорсингу як договору взагалі, передбачена також статтями 626 та 627 Цивільного кодексу України. У них визначено поняття та види договорів, які можуть укладатися сторонами, а також передбачена можливість сторін укладати договори, котрі хоч і не передбачені законодавством, але і не суперечать йому. Зазначені статті

надають можливість сторонам укласти змішані договори, у яких містяться елементи різних договорів, передбачених законодавством.

В наукових джерелах не вироблено єдиної точки зору щодо визначення аутсорсинга та договору аутсорсингу. Автори розглядають його як аутсорсинг, тобто, певне явище, а не договірні відносини між двома сторонами. Так, А. Загородній та Г. Партина під аутсорсингом розуміють передачу частини функцій з обслуговування діяльності підприємства сторонньому підряднику чи постачальнику за умови гарантування ними відповідного рівня якості та ефективності їх виконання на основі трансформації чи оновлення бізнес-процесів і технологій та з можливістю переходу частини персоналу підприємства до аутсорсера [6, с. 88].

О.В. Дідух бачить аутсорсинг як інструмент управління підприємством, спрямований на поліпшення ефективності та конкурентоспроможності діяльності, який передбачає укладання контракту між замовником та постачальником (аутсорсером) з метою виконання останнім як основних, так і другорядних функцій замовника за певну плату, що зумовлює реорганізацію і оптимізацію підприємницької діяльності, а в окремих випадках тимчасове залучення персоналу [7, с. 177, 178].

Дж. Кросс визначає аутсорсинг як стратегію управління компанією, а не просто як вид партнерської взаємодії, він припускає певну реструктуризацію внутрішньокорпоративних процесів і зовнішніх відносин компанії [8].

Цієї точки зору дотримується і О. Єрмошина, вважаючи такий вид відносин стратегією управління, яка дозволяє оптимізувати функціонування організації за рахунок зосередження діяльності на основному напрямі через передачу на договірній основі непрофільних функцій іншим організаціям, які спеціалізуються на конкретній сфері і мають відповідний досвід та знання у ній [9]. Точки зору інших авторів дещо повторюються.

О.І. Микало стверджує, що аутсорсинг – це інструмент посилення конкурентоспроможності підприємства за рахунок концентрації на ключових, виходячи з ринкових умов, для підприємства компетенціях, функціях та/або бізнес-процесах [10].

М.М. Єфіменко у своєму дослідженні бачить аутсорсинг як правочин між господарюючими суб'єктами, в результаті якого одна сторона (замовник) делегує свої функції чи види діяльності (виробничі, сервісні, фінансові, інформаційні та ін.) або бізнес-процеси (організаційні, фінансово-економічні, маркетингові тощо) іншій стороні (аутсорсеру), яка має необхідний кваліфікований персонал (ресурси) для виконання функцій, що були делеговані йому замовником, на платній основі [11].

Проаналізувавши їх наукові позиції, можна зробити спробу дати своє доктринальне визначення договору аутсорсингу. *За договором аутсорсингу одна сторона (замовник) делегує або зобов'язується делегувати на певний період часу свої повноваження з виконання певних функцій чи видів діяльності іншій стороні (аутсорсеру), яка має для цього необхідний кваліфікований персонал, а аутсорсер зобов'язується за плату надавати відповідні послуги (виробничі, сервісні, фінансові, інформаційні, технологічні, організаційні, фінансово-економічні, маркетингові тощо).*

Договір є двохстороннім, т.я. замовник і аутсорсер мають один перед іншим певні обов'язки. Замовник, делегуючи свої повноваження, надає аутсорсеру право та зобов'язує його 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.

Аутсорсинг вважається змішаним договором. Змішані непомінені договори, це договори, які містять елементи двох і більше непомінені видів договорів. Договір аутсорсингу відноситься до груп договорів про

надання послуг та договорів підряду, а на думку І.А. Єщенко, ще й носить елементи трудового договору, тобто, виходить за межі цивільно-правового регулювання [12, с. 8].

Істотною умовою договору є умова про предмет. Предметом договору може бути виконання роботи чи надання послуг. Якщо це робота, то повинен бути матеріалізований предмет, а якщо послуга, то вона повинна бути спожита під час надання послуги. Що саме входить до переліку послуг аутсорсера, має бути відображено в договорі детально. Оскільки невключення до договору якоїсь дії має чіткі правові наслідки, аутсорсер не зобов'язаний буде їх виконувати. Також розпливчата вказівка послуг може призвести до різного трактування їх внутрішнього змісту не тільки аутсорсером і компанією, а й самим працівником. Тому при укладанні договору необхідно максимально деталізувати предмет.

У договорі крім умови про предмет договору, можуть бути вимоги замовника стосовно кваліфікації фахівців, ступеню відповідальності сторін тощо.

Істотною умовою договору аутсорсингу також є умова про плату за надання послуг чи виконання роботи.

Форма договору повинна бути простою письмовою.

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 договору за плату виконувати доручену йому функцію.

На підставі емпіричного матеріалу можна зробити спробу класифікувати види договору аутсорсингу.

1. За сферою застосування договори можна поділити на:

- ІТ-аутсорсинг. Найбільш характерним проявом специфіки індустрії програмного забезпечення (ПЗ) стало широке використання провідними світовими ІТ-компаніями фахових ресурсів з інших країн (так званий ІТ-

аутсорсинг). ІТ-аутсорсинг це аутсорсинг інформаційних технологій, зокрема робіт зі створення та супроводу програмних продуктів. Очевидним чином можливість зменшення витрат при цьому пов'язана з великою зарплатнею програмістів (та в цілому з вартістю інтелектуальної праці) в країнах з розвинутою економікою. Відповідно й утримання ІТ-підрозділів великих корпорацій вимагає колосальних витрат. Щоб їх зменшити, доцільно відмовитися від повного штату програмістів і передати якусь частину їхньої роботи (а в багатьох випадках — усю таку роботу повністю) іншим фірмам, в багатьох випадках — за кордон (офшорне програмування), що обходиться набагато дешевше. Так на різниці в оплаті праці «всередині» компанії та «зовні» (за межами країни) зародилося «офшорне програмування» як бізнес-напрямок.

У світовому рейтингу виробників ПЗ Україна посідає 15 місце. У нашій країні налічується близько двох тисяч компаній, що займаються розробкою ПЗ. Тут зайнято близько 25-30 тисяч вітчизняних фахівців, причому 55-60 відсотків нашого аутсорсингу - це продукція на експорт. Індустрія ПЗ добре розвинена в Києві, де працевлаштовано більше 50 відсотків усіх фахівців у сфері розробки ПЗ, швидко розвивається у Львові, Харкові, Дніпропетровську, Донецьку, Сімферополі, Одесі та інших містах.

- військовий аутсорсинг, котрий застосовується в збройних силах різних країн світу. З переходом України на контрактну службу не можна обійтися без підрядників, які будуть виконувати функції, котрі раніше виконували тилові служби Збройних Сил України. Сюди можна віднести харчування персоналу, постачання та інші функції які забезпечують не тільки життєдіяльність армії, але і обороноздатність країни.

- банківський аутсорсинг: багатоканальне обслуговування й взаємодія із клієнтами, рахівництво, оплата й страхування життя персоналу, іпотечне кредитування та ін. Перспективним для банків аутсорсинговим напрямком є передача проблемної заборгованості колекторським організаціям. На рівні окремих операцій до аутсорсингу прибігають при

створенні й обслуговуванні баз даних, систем розподілу й збуту, при керуванні мережами й позиками, кліринговими операціями, при оплаті або поставці цінних паперів, веденні електронного бізнесу тощо [13, С. 28-31]. Крім зазначених сфер, договір аутсорсингу може бути: бухгалтерським, маркетинговим, логістичним, управлінським тощо.

2. Залежно від обсягу функцій, що виконується спеціалізованою організацією, можна виділити такі види аутсорсингу:

- договір повного аутсорсингу, за яким у розпорядження виконавця на час дії контракту виділяється штат співробітників, а можливо і певні активи замовника;

- договір часткового аутсорсингу, при якому переважна частина підрозділів залишається у віданні замовника;

- договір сумісного аутсорсингу, коли обидві сторони виступають партнерами у комерційній діяльності;

- договір проміжного аутсорсингу, як правило, застосовується у випадку, коли компанія, маючи своїх фахівців з високим рівнем кваліфікації, передає управління цими підрозділами третій стороні;

- договір трансформаційного аутсорсингу, коли компанія-замовник запрошує виконавця, який повністю виконує роботу підрозділу, розробляючи і створюючи новий кінцевий продукт і передаючи його клієнтові (такий вид аутсорсингу відрізняється від повного лише тим, що перехід співробітників і активів не є остаточним: після завершення проекту клієнт знову отримує повний контроль над ними) [14].

Отже, підсумовуючи вище викладене, можна зробити висновки, що за договором аутсорсингу одна сторона (замовник) делегує або зобов'язується делегувати на певний період часу свої повноваження з виконання певних функцій чи видів діяльності іншій стороні (аутсорсеру), яка має для цього необхідний кваліфікований персонал, а аутсорсер зобов'язується за плату надавати відповідні послуги (виробничі, сервісні, фінансові, інформаційні, технологічні, організаційні, фінансово-економічні, маркетингові тощо).

Аутсорсинг закріплюється на найважливіших позиціях у діяльності підприємств будь-яких форм власності. Він має досить гнучку конструкцію. Договір аутсорсингу є змішаним непойменованим договором, який не передбачений ЦК України, але не суперечить йому та на практиці застосовується підприємцями як у більшості країн світу, так і в Україні.

Список використаної літератури:

1. Цивільний кодекс України // Офіційний вісник України. — 2003. — № 11. - Ст. 461.
2. Иоффе О. С., В. А. Мусин Основы римского гражданского права / Иоффе О. С., Мусин В. А. – Ленинград: Из-во Ленинградского университета. – 1975. – 156 с.
3. Азаревич Д. И. Система римского права. Т. II ч. 1. / Д. И. Азаревич – Варшава: Тип. М. Земкевич, 1888 г. – 288 с.
4. Брагинский М. И. Основы учения о непоименованных (безымянных) и смешанных договорах / М. И. Брагинский – М.: Статут, 2007. – 79 с.
5. Мигалюк Л.В. Непойменовані договори в цивільному праві України : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Мигалюк Людмила Василівна. – К., 2013 - 230 с.
6. Загородній А. Г. Аутсорсинг та його вплив на витрати підприємства / А. Г. Загородній, Г. О. Партин // Фінанси України. – 2009. – № 9 (166). – С. 87–97.
7. Дідух О.В. Сутність аутсорсингу та перспективи його застосування в Україні / О.В. Дідух // Економічний простір. 2001. - № 54. - С. 173-182.
8. Кросс Дж. Аутсорсинг: British Petroleum's / Дж. Кросс // Гарвард Бизнесревью. – 73(3).
9. Ермошина Е. А. Что такое аутсорсинг? [Електронний ресурс] / Е. А. Ермошина // НКО “ИНКАХРАН” [сайт]. – Режим доступу: <http://audit-it.ru/account5/audar29.php> – Назва з екрану.
10. Микало О.І. Підходи до визначення терміна “аутсорсинг” / О.І. Микало // Економічний вісник НТУУ «КПІ» С. 111-115.
11. Єфіменко М.М. Дефініції договору аутсорсингу як правочину у системі господарських правовідносин [Електронний ресурс] / Єфіменко М.М. - Режим доступу: http://legalactivity.com.ua/index.php?option=com_content&view=article&id=281%3A160512-13&catid=44%3A4-0512&Itemid=48&lang=ru – Назва з екрану.
12. 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.

13. Кузнецова А. І., Афанасієв Р. В. Договірне регулювання відносин банківського аутсорсингу / А. І. Кузнецова, Р. В. Афанасієв // Молодіжний науковий вісник Української академії банківської справи НБУ. Серія «Юридичні науки». Збірник наукових праць студентів, магістрантів та молодих вчених. 2012. № 2(3). м. Суми. С. 28-31.

14. Беліков О. Аутсорсинг як делегування функцій управління [Електронний ресурс] / О. Беліков // <http://www.justinian.com.ua/article.php?id=2735> – Назва з екрану.