

Договір аутсорсингу як непойменований договір

Не зважаючи на те, що з переходом України до ринкових відносин та прийняттям у 2003 році Цивільного кодексу в Україні значно розширилося коло договірних відносин, він не зміг охопити усі різновиди договірних відносин, які виникають між суб'єктами господарювання. Тому договори, які укладаються ними, але не зазначені 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].

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 непойменованих договорів як регуляторів нових видів діяльності.

Непойменований 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 непойменовані 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, Мигалюк Л.В. визначає непойменований 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 укладати змішані договори, у яких містяться елементи різних договорів, передбачених законодавством.

В наукових джерелах не вироблено єдиної точки зору щодо визначення договору аутсорсингу. Автори розглядають його як аутсорсинг, тобто, певне модне явище, ноу-хау або як інструмент, а не як цивільно-правовий договір. Так, 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 [6].

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 [7]. Точки зору інших авторів дещо повторюються.

Єфіменко М.М. 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 [8].

Проаналізувавши їх наукові позиції, можна констатувати, 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).

Договір є двохстороннім, т.я. замовник і аутсорсер мають один перед іншим 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.

Істотною умовою договору є умова про предмет. Предметом договору може бути виконана робота 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.

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

надання послуг та договорів підряду, а на думку Єщенко І.А., ще й носить елементи трудового договору, тобто, виходить за межі цивільно-правового регулювання [9, с. 8].

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

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, військовий аутсорсинг, котрий застосовується в збройних силах різних країн світу, банківський аутсорсинг, бухгалтерський, маркетинговий, логістичний, управлінський тощо.

2. Залежно від обсягу функцій, що виконується спеціалізованою організацією, можна виділити такі види аутсорсингу: договір повного аутсорсингу, договір часткового аутсорсингу, договір сумісного аутсорсингу, договір проміжного аутсорсингу, договір трансформаційного аутсорсингу [10].

Отже, підсумовуючи вище викладене, можна зробити висновки, що договір аутсорсингу є непойменованим договором та таким, де 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).

Література:

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. Кросс Дж. Аутсорсинг: British Petroleum's / Дж. Кросс // Гарвард Бизнесревью. – 73(3).
7. 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.
8. 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.
9. 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.
10. Беліков О. Аутсорсинг як делегування функцій управління [Електронний ресурс] / О. Беліков // <http://www.justinian.com.ua/article.php?id=2735> – Назва з екрану.