

**ГОСПОДАРСЬКЕ ПРАВО,
ГОСПОДАРСЬКО-ПРОЦЕСУАЛЬНЕ ПРАВО**

УДК 346
DOI <https://doi.org/10.32844/2618-1258.2022.2.6>

ЛИШЕНЮК В. К.

**ПОРІВНЯЛЬНИЙ АНАЛІЗ ПРАВОВОГО СТАТУСУ
ЗОВНІШНЬОГО ТА ВНУТРІШНЬОГО КОНСУЛЬТАНТІВ****THE COMPARATIVE ANALYSIS OF LEGAL STATUS
OF THE EXTERNAL AND INTERNAL CONSULTANTS**

Стаття присвячена порівняльному аналізу особливостей діяльності зовнішнього та внутрішнього консультантів, встановленню ключових ознак, що дозволяють відрізнити консалтингову діяльність від трудової. Визначено, що зовнішні консультанти надають відповідну консалтингову послугу за консалтинговими договорами і при цьому вони є адміністративно незалежними від замовника відповідної послуги. Зокрема, автором підкреслюється, що зовнішні консультанти самостійно організовують діяльність щодо надання консалтингових послуг, не підпорядковуються правилам внутрішнього трудового розпорядку клієнта, а також не зобов'язані дотримуватися інструкцій замовника щодо порядку та особливостей надання послуги. Зовнішні консультанти отримують винагороду за надані консалтингові послуги і водночас не мають прав претендувати на отримання трудових пілг та гарантій, що передбачені законодавством. Внутрішні консультанти є працівниками суб'єкта господарювання, який потребує отримання відповідної консалтингової послуги. Такі консультанти знаходяться в штаті роботодавця, працюють на основі трудового договору та надають відповідні послуги в межах своїх службових обов'язків. У дослідженні підкреслюється фінансова та адміністративна залежність внутрішніх консультантів від роботодавця. Розкрито причини формування служб внутрішніх консультантів у межах компанії.

Проаналізовано ключові фактори для відмежування консалтингових та трудових відносин в іноземних країнах, а саме Швейцарії, Італії, Бразилії та Індії. Встановлено перелік відповідних факторів, а саме рівень контролю замовника над роботою консультанта, свобода та незалежність консультанта у ході надання консалтингової послуги, здійснення діяльності консультантом на власний ризик. Досліджено судову практику щодо розмежування трудових та інших відносин в Україні. Підкреслено, що окремі ознаки трудової діяльності можуть бути характерними й для надання консалтингової послуги зовнішнім (незалежним) консультантом, саме тому для встановлення природи відносин між консультантом та клієнтом доцільно комплексно оцінювати особливості їхньої взаємодії, враховуючи всі відповідні ознаки діяльності.

Акцентовано увагу, що особливості залучення зовнішнього консультанта повинні бути врегульовані в консалтинговому договорі, зокрема необхідно чітко визначати обсяг консалтингової послуги, гарантії незалежності консультанта від замовника. Також у ході дослідження встановлено ключові положення, які доцільно

включати в консалтингові договори для усунення ризику визнання відповідного консультанта працівником замовника консалтингової послуги.

Ключові слова: консалтингова діяльність, консультант, працівник, консалтинговий договір, консалтингова послуга.

The article is devoted to a comparative analysis of activities of the external and internal consultants, as well as identification of key features which may be used for distinguishing of the consulting and labour activities. The author determined that external consultants provide the relevant consulting service under consulting contracts and at the same time such consultants are administratively independent from the customer of the relevant service. The external consultants independently organize their activities related to the provision of consulting services and are not obliged to comply with the client's work schedule and to follow the customer's instructions regarding the procedure and specifics of service provision. External consultants receive remuneration for the provided consulting services, but do not have rights to claim benefits and guarantees provided by employment law.

The internal consultants are employees of the person who needs the consulting service. Such consultants are the employer's staff, work on the basis of an employment agreement and provide relevant services within the scope of their official duties. It is highlighted the financial and administrative dependence of internal consultants on their employer. The relevant reasons to establish internal consultants services within the company are revealed.

The author analysed key factors for distinguishing consulting and labour relations in foreign countries, namely Switzerland, Italy, Brazil and India. A list of relevant factors has been established, namely, the level of customer control over the consultant's work, the consultant's freedom and independence in the course of the consulting service provision, the consultant acts at its own risk. The author analysed the Ukrainian court practice in respect of the difference of labor and other relations. It is emphasized that certain signs of labor activity may characterize provision consulting services by an external (independent) consultant. Therefore, to establish the nature of the relationship between the consultant and the client, it is advisable to comprehensively evaluate the features of their interaction, taking into account all relevant factors and characteristics.

It was emphasized that the specifics of engaging an external consultant should be regulated in the consulting agreement, in particular, it is advisable to clearly define the scope of the consulting service, guarantees of independence from the customer. In addition, the study showed key provisions to be included in the consulting contracts to eliminate the risk of recognizing the consultant as an employee of the client of the consulting service.

Key words: consulting activity, consultant, employee, consulting agreement, consulting service.

Вступ. Роль консалтингової діяльності поступово зростає у сфері господарювання в Україні. Поширеною практикою є звернення суб'єктів господарювання за отриманням консультації щодо уникнення або усунення наслідків певної проблеми, яка виникла під час здійснення господарської діяльності. Надати відповідну консалтингову послугу може стороння (незалежна) особа, яка має професійні знання у відповідній сфері. Однак, суб'єкт господарювання може звернутися для вирішення проблеми й до свого працівника – внутрішнього консультанта. Таким чином, виникає необхідність у аналізі особливостей залучення до діяльності зовнішнього та внутрішнього консультантів, а також специфіки консалтингових договорів. Недостатня недослідженість цих питань у науковій доктрині зумовили вибір теми цієї статті.

Постановка завдання. Метою статті є дослідження відмінностей між зовнішнім та внутрішнім консультантом, зокрема з урахуванням існуючих доктринальних положень, законодавства та практики правозастосування.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Особливості діяльності зовнішнього та внутрішнього консультантів досліджувалися у наукових працях вчених-економістів, зокрема О. Бутиліна, Л. Довгань, Ю. Дзюбенко тощо. Однак, у правовій доктрині відсутнє комплексне

дослідження правового статусу зовнішнього та внутрішнього консультантів та особливостей їхнього залучення до надання консалтингової послуги.

Виклад основного матеріалу дослідження. Залежно від відношення до клієнтської організації у науковій доктрині виділяють зовнішніх та внутрішніх консультантів. При цьому під зовнішніми консультантами розуміють незалежних від клієнта осіб, які оперують передовими знаннями і навичками [1, с. 29]. Досліджуючи особливості політичного консалтингу, Посадський А. визначає зовнішніх консультантів як «...незалежних фахівців, які не входять до складу політичного осередку та виконують свої функції згідно укладеного договору» [2, с.76].

Внутрішні консультанти, як правило, є в штаті персоналу великих компаній та працюють у окремому підрозділі, де надають консультування з різноманітних сфер діяльності. Поява посади внутрішнього консультанта обумовлена необхідністю комерційної таємниці, конфіденційністю отримуваної інформації конкуренцією тощо. Внутрішні консультанти можуть залучати для вирішення великого обсягу питань, зокрема можуть оцінювати обґрунтованість запрошення зовнішніх консультантів, координувати роботу над проектом, займатися впровадженням наданих рекомендацій [3, с. 31]. Варто підкреслити, що внутрішні консультанти також можуть здійснювати первинний аналіз відповідної проблеми, що постала перед клієнтом та надавати перші рекомендації для подолання цієї проблеми. Як правило, клієнти звертаються за отриманням консалтингової послуги у зовнішнього консультанта, якщо працівники клієнта не мають достатнього досвіду, знань та експертизи для вирішення відповідної проблеми або не мають права здійснювати таку діяльність у зв'язку із вимогами законодавства.

Основними перевагами внутрішніх консультантів є економія коштів, доступність консультантів у будь-який час, глибоке знання справ, стилю роботи й управління, організаційної культури і політики організації; конфіденційність. Однак, таке консультування може бути шкідливим за відсутності чітких взаємних зобов'язань компанії і внутрішніх консультантів, системного їх використання. Рекомендації служби внутрішнього консультування, яка має низький статус і позбавлена доступу до вищого керівництва, не матимуть авторитету і довіри [1, с. 29].

На практиці набувають поширення спільні групи, які складаються із зовнішніх і внутрішніх консультантів. Перевагами таких спільних груп є скорочення накладних витрат, більш швидке вивчення проблеми, більш легке впровадження змін та передача знань від зовнішніх консультантів. За такого підходу зовнішні консультанти діють на партнерських засадах із внутрішніми консультантами, оскільки в багатьох випадках тактично більш правильно давати спільні пропозиції як напрацювання внутрішніх підрозділів [1, с. 29-30]. Доцільність одночасного застосування спільних груп можна оцінити залежно від таких факторів: масштабність проекту, складність проблем, обмежені терміни для вирішення проблеми, потреба в спеціальних знаннях і навиках, яких немає в клієнтській організації [3, с. 31].

Для встановлення різниці між внутрішнім та зовнішнім консультантом доцільно звернутися до судової практики щодо порядку визначення трудових відносин. У постанові Верховного Суду від 6 лютого 2020 року у справі № 0840/3690/18 зроблено висновок: «трудова угода – це угода щодо здійснення і забезпечення трудової функції. За трудовим договором працівник зобов'язаний виконувати не якусь індивідуально-визначену роботу, а роботу з визначеної однієї або кількох професій, спеціальностей, посади відповідної кваліфікації, виконувати визначену трудову функцію в діяльності підприємства. Після закінчення виконання визначеного завдання трудова діяльність не припиняється. Предметом трудового договору є власне праця працівника в процесі виробництва» [4]. Аналогічна позиція була викладена й в інших постановках Верховного Суду, зокрема від 8 травня 2018 року у справі № 127/21595/16-ц, від 24 грудня 2019 р. у справі № 823/1167/16.

Крім цього, у постанові Верховного Суду від 13 квітня 2020 року у справі № 344/2293/19 підкреслено, що «установлення факту наявності трудових відносин між робітником і роботодавцем можливе при встановленні виконання робітником трудових функцій, підпорядкування робітника правилам внутрішнього трудового розпорядку, забезпечення робітнику умов праці та виплати винагороди за виконану роботу» [5].

Таким чином, внутрішній консультант знаходиться в штаті клієнта та працює на основі трудового договору. Зовнішній консультант не знаходиться в трудових відносинах із замовником консалтингової послуги.

Варто зазначити, що загальні правила відмежування внутрішніх та зовнішніх консультантів є доволі схожими в іноземних державах, що різняться між собою системами права та географічним положенням. Нижче ми аналізуємо відповідні правила та підходи до розмежування внутрішніх та зовнішніх консультантів у Швейцарії, Італії, Бразилії та Індії.

Швейцарія. У своєму рішенні 4С.276/2006 від 25 січня 2007 року Верховний суд встановив Швейцарії ключові фактори, що відрізняють незалежного консультанта від працівника компанії, а саме:

- консультант здійснюється діяльність на власний ризик;
- консультант не надає послуги виключно одному клієнту;
- має право надавати послуги декільком компаніям-клієнтам;
- між консультантом та компанією-клієнтом відсутня підпорядкованість;
- консультант вільно організовує свою діяльність, зокрема визначає види діяльності, власний графік та робоче місце;
- винагорода консультанта не є фіксованою [6, с. 1].

Індія. Рівень контролю над роботою консультанта – це ключовий фактор для відмежування працівників компанії та консультантів. Так, консультант має свободу та гнучкість у наданні послуг на основі своїх знань та досвіду з мінімальним наглядом і контролем з боку клієнта. Незалежний консультант може бути проінструкований клієнтом щодо характеру консалтингових послуг, що є предметом договору, але не може бути зобов'язаний надавати ці послуги в чітко визначений спосіб. Отже, при визначенні характеру відносин між сторонами доцільно враховувати такі фактори:

- рівень контролю за працівником / зовнішнім консультантом;
- інтеграція працівника в бізнес клієнта;
- обов'язок виплати винагороди та утримувати внески на соціальне страхування;
- відповідальність за організацію роботи та надання обладнання;
- характер взаємних обов'язків сторін;
- умови договору між сторонами [7, с. 1].

Італія. Консалтингові договори підпадають під більш широкую категорію «автономне працевлаштування», що може включати професіоналів із різних сфер діяльності. Як правило, доступ до таких консалтингових професій чітко регламентований законом. Консультант вважається незалежною особою і його контракт з роботодавцем відрізняється від звичайного трудового договору. Однак, у певних випадках консультант може вважатися працівником клієнта і вимагати надання йому трудових прав та гарантій, зокрема якщо:

- робоче місце консультанта знаходиться в офісі клієнта;
- консультант підпорядкований клієнту і виконує його вказівки щодо здійснення консалтингового проекту, наприклад дотримується визначеного графіку роботи [8, с. 1].

Бразилія. Існує можливість того, що консультант може бути визнаний працівником клієнта, якщо положення договору між сторонами містять елементи трудової угоди, наприклад щодо підпорядкування клієнту. У разі встановлення факту трудових відносин, консультант має право на отримання відповідних трудових пільг від роботодавця. Крім цього, клієнт може отримати адміністративне стягнення за результатами державної перевірки працевлаштування консультанта [9, с. 1].

Нижче ми описуємо ознаки консалтингових та трудових відносин, що встановлені у практиці Швейцарії, Італії, Бразилії та Індії.

Швейцарія. Відповідними ознаками, що притаманні консалтинговій діяльності є такі:

- консультант здійснює діяльність від власного імені та за власний рахунок;
- консультант використовує власне приміщення, обладнання тощо;
- наявність у консультанта принаймні трьох постійних клієнтів;
- консультант має право припинити надання консалтингової послуги в будь-який час, а також призначити заміну для надання відповідної послуги;
- консультант зареєстрований як незалежний підрядник для цілей соціального забезпечення.

Відповідні правовідносини можуть бути класифіковані як трудові, якщо:

- працівник зобов'язаний дотримуватися інструкцій роботодавця щодо виконання завдань, робочого графіка, місця роботи тощо, вести облік робочого часу;
- працівник зобов'язаний виконувати відповідну роботу особисто;
- наявне застереження про заборону конкуренції із роботодавцем в трудовому договорі;
- працівник зобов'язаний знаходитися на робочому місці (фізично у певний час);
- працівник використовує приміщення та обладнання роботодавця для роботи;
- винагорода виплачується не за результат праці, а за витрачений час;
- наявний випробувальний термін для прийняття на роботу;

– відбувається інтеграція працівника в компанію роботодавця (наприклад, наявність робочої електронної пошти в компанії) [6, с. 3].

Індія. Ознаки консалтингових відносин:

- консультанту виплачується винагорода за надання послуг;
- мінімальний рівень контролю клієнта над консультантом: клієнт може поставити завдання, але не має права вказувати консультанту яким чином його виконувати;
- консультант має право надавати послуги іншим клієнтам;
- клієнт не зобов'язаний відшкодувати витрати консультанта;
- консультант не зобов'язаний працювати у приміщеннях клієнта, а також дотримуватися часу роботи, встановленого для працівників клієнта.

Ознаки трудових відносин:

- працівнику виплачується заробітна плата за роботу;
- роботодавець має повний контроль над робочою діяльністю працівника, зокрема має право ставити завдання та вказувати яким чином воно повинно бути виконане;
- як правило, працівник зобов'язаний приділяти весь свій робочий час завданням роботодавця;
- на працівника поширюється законодавство про трудові пільги;
- працівнику може надаватися надається посвідчення працівника, відповідне обладнання для роботи тощо [7, с. 1].

Італія. Ознаки консалтингових відносин:

- консультант може найняти заміну, якщо це дозволено контрактом або впливає із специфіки консалтингової послуги);
- як правило, консультант не зобов'язаний досягти певного чітко визначеного результату;
- консультант не підпорядкований роботодавцю.

Однак, консультант може вважатися працівником, якщо він:

- має робоче місце в офісі клієнта або інтегрований в його робоче середовище;
- адміністративно підпорядкований роботодавцю, а саме виконує вказівки щодо виконання завдань, не має свободи у виборі способу організації та виконання роботи, дотримується робочого графіка;
- зобов'язаний досягти певних чітких результатів роботи [8, с. 2].

Бразилія. Ознаки консалтингових відносин:

- консультант самостійно керує своїм робочим часом;
- консультант є економічно та адміністративно незалежним;
- консультант має право відмовитися від надання послуги, однак контракт може передбачати відповідні штрафні санкції;
- консультант використовує власне обладнання та має право залучати до надання послуги помічників.

Ознаки трудових відносин:

- роботодавець встановлює та контролює робочий час працівника;
- працівник отримує заробітну плату за роботу;
- працівник підлягає адміністративному нагляду;
- до працівника можуть застосовуватися дисциплінарні стягнення;
- працівник використовує приміщення та обладнання роботодавця [9, с. 2].

Науковою доктриною та практикою правозастосування встановлено рекомендації як уникнути ризику визнання зовнішнього консультанта працівником клієнта. Відповідне питання повинно бути врегульовано на рівні консалтингового договору, а саме сторонам договору доцільно включити положення, що підкреслювали б незалежність консультанта від замовника консалтингової послуги.

Зокрема, у договорі варто врегулювати особливості надання консалтингової послуги, а саме зазначити, що консультант:

- має право надавати послуги іншим клієнтам;
- самостійно організовує процес надання послуги;
- має право призначити заміну для виконання консалтингового договору;
- самостійно сплачує відповідні податки;
- є незалежним постачальником послуг і має право на оплату наданих послуг;
- не має права на пільги та надбавки, що надаються працівникам клієнта.

Враховуючи практику правозастосування іноземних країн, у **консалтинговому договорі варто уникати** положень, що вказують на підпорядкування консультанта, зокрема норми, що передбачають:

- погодинну або місячну оплату праці;
- наявність вихідних;
- надання обладнання для роботи, обов'язок консультанта працювати у приміщеннях клієнта;
- обов'язок консультанта працювати певну кількість днів;
- відшкодування витрат консультанта;
- заборону або обмеження конкуренції.

На основі аналізу іноземного досвіду, ми можемо зробити висновок, що відмежування консалтингових та трудових відносин ґрунтується на майже ідентичному переліку ознак. Варто підкреслити, що загалом відповідні ознаки також є притаманними для консалтингових та трудових відносин в Україні. Наприклад, працівник також є адміністративно підпорядкованим своєму роботодавцю та виконує роботу відповідно до його інструкцій, доволі поширеною практикою є залучення субпідрядників до надання консалтингових послуг у межах одного проекту [10, с. 73]. При цьому важливе значення має чітке визначення обсягу консалтингової послуги у договорі між сторонами. Відповідно до практики Верховного суду предметом трудових договорів є процес праці, а не її кінцевий результат. Фізичні особи повинні виконувати систематично певні трудові функції відповідно до визначеного виду виконуваної роботи, у встановлений строк. При цьому, в договорах не визначається обсяг виконуваної роботи, а обумовлюється у вигляді зобов'язання виконувати роботи (надавати послуги) [4].

Таким чином, клієнт має право задавати чіткі вимоги до консалтингового проекту, строків та етапності його виконання, однак він обмежений у регулювання порядку надання консалтингової послуги (процесу організації відповідної діяльності консультанта).

При цьому варто звернути увагу, що певні класичні ознаки трудової діяльності можуть мати місце під час надання консалтингової послуги й незалежним консультантом, а саме:

Фіксованість винагороди консультанта. Як правило, консалтингові договори передбачають фіксований розмір винагороди консультанту за надання певної послуги. Однак, на практиці консалтингові договори також можуть встановлювати особливий порядок нарахування винагороди – за кількість годин, що були витрачені консультантом для надання відповідної послуги замовнику. Наявність такої погодинної оплати не повинна автоматично вказувати на трудові відносини та може розцінюватися як звичайна практика здійснення господарської діяльності (наприклад, законодавство прямо передбачає можливість виплати винагороди адвокату за погодинними ставками) [11].

Облік робочого часу. У разі встановлення винагороди консультанта залежно від витрачених годин, консультант повинен забезпечити ведення відповідного обліку. Порядок та особливості ведення такого обліку визначається консультантом або його роботодавцем (консалтинговою компанією), однак на нашу думку, ведення такого обліку повинно відбуватися у певній базі даних через чітко визначені проміжки часу. Також при веденні обліку робочого часу варто зазначити таку інформацію: точну кількість годин, витрачених на консалтинговий проект, дату роботи над проектом, короткий опис відповідної діяльності консультанта.

Використання приміщення клієнта для роботи. У виключних випадках на практиці консультант справді може надавати консалтингову послугу в приміщенні клієнта, наприклад працювати у спільній робочій групі із внутрішніми консультантами, проводити робочі зустрічі, здійснювати перевірки конфіденційної документації. У такому випадку необхідно підходити комплексно до аналізу природи таких відносин між консультантом та клієнтом та звертати увагу на характер інтеграції консультанта в організацію клієнта.

Ризик визнання консультанта працівником клієнта може бути мінімізований, якщо консалтинговий договір чітко визначатиме обсяг консалтингової послуги та гарантії незалежності консультанта. Однак при визначенні характеру відносин між сторонами (консалтингові або трудові) суди аналізують не лише термінологію та положення договору, а й фактичний характер відносин. Наприклад, згідно з законодавством Швейцарії, наміри сторін повинні встановлюватися незалежно від будь-яких неточних (нечітких) положень або термінів, що могли бути використані помилково або щоб приховати справжній характер договору. Суддя повинен тлумачити угоду, оцінюючи фактичні обставини, що вказують на консалтингові або трудові відносини незалежно від формулювань, використаних в договорі [6, с. 2].

Висновки і пропозиції. Отже, клієнт підписує консалтинговий договір з метою отримання певної послуги, процес організації надання відповідної послуги зазвичай не регулюється відповідним договором. Зовнішній консультант є адміністративно незалежним від клієнта, а саме він самостійно організовує свою роботу, виконує її на власний ризик, не підпорядковується правилам внутрішнього трудового розпорядку клієнта, хоча і може бути з ними ознайомлений. Зовнішній консультант отримує виключно винагороду за надану послугу, але не має права на пільги, компенсації та гарантії, що встановлені трудовим законодавством. Особливості залучення зовнішнього консультанта повинні бути чітко врегульовані в консалтинговому договорі, зокрема обсяг консалтингової послуги та гарантії незалежності консультанта від замовника.

Список використаних джерел:

1. Бутиліна О. В. Управлінське консультування: навч.-метод. посіб. Харків: Видавництво «Форт», 2014. 165 с.
2. Дзюбенко Ю. М. Зовнішнє та внутрішнє політичне консультування: переваги та недоліки. *Актуальні проблеми політики*. 2019. № 63. С. 73-81.
3. Довгань Л. Є., Малик І. П., Семенченко Н.В. Навчальний посібник до вивчення дисципліни «Управлінський консалтинг» для студентів спеціальності 073 «Менеджмент і бізнес адміністрування» освітньо-кваліфікаційного ступеню магістр: навч. посіб. / за ред. Т. В. Лазоренко. Київ : НТУУ «КПІ», 2017. 198 с.
4. Постанова Верховного Суду від 6 лютого 2020 року у справі № 0840/3690/18.
5. Постанова Верховного Суду від 13 квітня 2020 року у справі № 344/2293/19.
6. Consultancy agreements (short form) Q&A: Switzerland. URL: <https://www.bianchischwald.ch/wp-content/uploads/2020/09/sfelg-a-2020-thomsonreuters-consultancy-agreements-qanda-switzerland.pdf>.
7. Consultancy agreements (short form) Q&A: India. URL: https://www.nishithdesai.com/fileadmin/user_upload/pdfs/Research_Papers/Consultancy_agreements_short_form_Q_A_India.pdf.
8. Consultancy agreements (short form) Q&A: Italy. URL: <https://www.lexellent.it/wp-content/uploads/2017/11/PLC-FINAL-VERSION-Consultancy-agreements-short-form.pdf>.
9. Consultancy agreements (short form) Q&A: Brazil. URL: <https://www.veirano.com.br/Upload/Publicacoes/Veirano-Consultancy-agreements-QA-Brazil.pdf>.
10. Охріменко О. О., Кухарук А. Д. Міжнародний консалтинг : навчальний посібник. Київ : НТУУ «КПІ». 2016. 184 с.
11. Про адвокатуру та адвокатську діяльність: Закон України від 05.07.2012 р. № 5076-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2013. № 27. Ст. 282.