

НАУКОВИЙ ВИСНОВОК
щодо можливості на підставі пункту 5 частини першої
статті 41 КЗпП України звільнити працівника філії
державного підприємства, який не є членом
виконавчого органу
(справа № 766/23789/19 (61-3796 сво 21))

Склав: Єфімов Олександр Миколайович,
доцент, доктор філософії права (кандидат
юридичних наук), доцент кафедри приватного
права Київського національного економічного
університету імені Вадима Гетьмана

I. Зміст запиту від 11.11.2022 № 406-0/26-22

Для наукового висновку щодо тлумачення та застосування норм права відповідно до пункту 3.2. Положення про Науково-консультативну раду при Верховному Суді, затвердженого постановою Пленуму Верховного Суду № 1 від 02.02.2018, щодо можливості на підставі пункту 5 частини першої статті 41 КЗпП України звільнити працівника філії державного підприємства, який не є членом виконавчого органу поставлені наступні запитання:

1. Якщо Статутом посада заступника керівника відокремленого підрозділу підприємства, яку обіймав позивач, віднесена до посадових осіб, то чи відноситься він до категорії посадових осіб, на яких поширюється дія пункту 5 частини першої статті 41 КЗпП України?

2. Поняття дієздатності є цивільно-правовим, а отже, формування, зміна, та припинення органів юридичної особи регулюються цивільним законодавством. Чи є вірним, що той факт, що члени колегіального виконавчого органу господарського товариства чи одноособовий його керівник перебувають у трудових відносинах із товариством, не встановлює пріоритет трудового регулювання над цивільним, оскільки до цих відносин не може застосовуватись модель «роботодавець – працівник», властива трудовим відносинам?

II. Нормативно-правові акти, документи та джерела, використані при проведенні науково-правової експертизи:

- 1) Конституція України від 28.06.1996 № 254к/96-ВР;
- 2) Кодекс законів про працю України від 10.12.1971 № 322-VIII – КЗпП України;
- 3) Кримінальний кодекс України від 05.04.2001 № 2341-III – КК України;
- 4) Цивільний кодекс України від 16.01.2003 № 435-IV – ЦК України;
- 5) Господарський кодекс України від 16.01.2003 № 436-IV – ГК України;
- 6) Закон України «Про державну службу» від 16.12.1993 № 3723-XII;
- 7) Закон України «Про внесення змін і доповнень до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності посадових осіб» від 11.07.1995 № 282/95-ВР;
- 8) Закон України «Про місцеве самоврядування в Україні» від 21.05.1997 № 280/97-ВР;
- 9) Закон України «Про службу в органах місцевого самоврядування» від 07.06.2001 № 2493-III;
- 10) Закон України «Про акціонерні товариства» від 17.09.2008 № 514-VI;
- 11) Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо захисту прав інвесторів» від 13.05.2014 року № 1255-VII;
- 12) Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо захисту прав інвесторів» від 07.04.2015 № 289-VIII;
- 13) Постанова Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику в справах про хабарництво» від 07.10.1994 № 12;
- 14) Постанова Пленуму Верховного суду України «Про судову практику у справах про хабарництво» від 26.04.2002 № 5;
- 15) Декрет ВЦВК «Про надання народному комісару Продовольства надзвичайних повноважень по боротьбі із сільською буржуазією, яка приховує хлібні запаси і спекулює ними» від 09.05.1918;
- 16) Постанова ВЦВК і РНК СРСР «Про заходи щодо боротьби з порушеннями законодавства про працю» від 02.01.1929;
- 17) Постанова ЦВК та РНК СРСР «Про Основи дисциплінарного законодавства Союзу РСР і союзних республік» від 13.10.1929;
- 18) Закон СРСР «Про охорону майна державних підприємств, колгоспів і кооперацій і зміцненні громадської (соціалістичної) власності» від 07.07.1932;

- 19) Указ Президії Верховної Ради СРСР «Про кримінальну відповідальність за розкрадання державного і громадського майна» від 04.06.1947;
- 20) Положення про дисциплінарну відповідальність у порядку підпорядкованості, затвердженого Постановою ВЦВК і РНК СРСР від 20.03.1932;
- 21) Постанова Пленуму Верховного Суду СРСР від 27.03.1935;
- 22) Кабаевский В. Советское административное право. – Харьков, 1929. – с. 397-399;
- 23) Евтихеев И. И., Власов А. А. Советское административное право. – М., 1946. – с. 49-50;
- 24) Ямпольская Ц. А. О должностном лице в советском государственном аппарате // Вопросы советского административного права. – М.; Л., 1949. – с. 141;
- 25) Пахомов И.Н. Виды советских государственных служащих, их права и обязанности. – Львов, 1965. – с. 56;
- 26) Манохін В. М. Советская государственная служба. – М., 1966. – с. 123;
- 27) Пахомов І.М. Адміністративно-правові питання державної служби в СРСР. – К., 1971;
- 28) Петров Ю. А. К понятию должностного лица // Правоведение. – 1974. – № 6. – с. 36;
- 29) Бельский К.С. Административная власть государственного служащего // Служба в государственных и общественных организациях: Сб. науч. тр. – Свердловск, 1988;
- 30) Служба в государственных и общественных организациях: межвуз. сб. науч. тр. / редкол. : Д.Н. Бахрах (отв. ред.) и др. – Свердловск : Свердловск.юрид. ин-т им. Р.А. Руденко, 1988. – 134 с;
- 31) Петришин А.В. Статус должностного лица: природа, структура, специализация / А.В. Петришин. – К. : УМК ВО, 1990. – 74 с;
- 32) Стариков Ю. Н. Службное право: Учебник. – М., 1996. – С.380-381;
- 33) Гражданское право Украины: [Учебник для вузов системы МВД Украины]: В 2-х частях / А. А. Пушкин, В. М. Самойленко, Р. Б. Шишка и др. / Под ред. проф. А. А. Пушкина, доц. В. М. Самойленко. – Х.: Университет внутренних дел; «Основа», 1996. – Ч. 1. – с. 137;
- 34) Ноздрачев А. Ф. Государственная служба: Учебник. – М., 1999. – с. 175;
- 35) Брич Л. Ознаки посадової особи та кваліфікація господарських злочинів, вчинених нею (закінчення) / Л. Брич, В. Навроцький // Підприємництво, госп-во і право. – 2001. – №2. – с. 68–71;
- 36) Д. І. Кулеба. Міжнародна посадова особа // Українська дипломатична енциклопедія: У 2-х т./Редкол.: Л. В. Губерський (голова) та ін. – К.:Знання України, 2004 – Т.2 – 812 с.;
- 37) Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар. – У 2 т./за заг. ред. Я.М.Шевченко. – К.: Видавничий дім «Ін Юре», 2004. – Ч.2 с. 235;
- 38) Андрушко П. П. Злочини у сфері службової діяльності: кримінально-правова характеристика : навч. посіб. / П. П. Андрушко, А. А. Стрижевська. – К. : Юрисконсульт, 2006. – с. 342;
- 39) Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар (пояснення, тлумачення, рекомендації з використанням позицій вищих судових інстанцій, Міністерства юстиції, науковців, фахівців). – Т.4: Об'єкти. Правочини. Представництво. Строки/За ред. проф. І.В. Спасибо-Фатеевої. – Серія «Коментарі та аналітика». – Х.: ФО-П Лисяк Л.С., 2010. – 768 с;
- 40) Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар (пояснення, тлумачення, рекомендації з використанням позицій вищих судових інстанцій, Міністерства юстиції, науковців, фахівців). – Т.5: Право власності та інші речові права / За ред. проф. І.В. Спасибо-Фатеевої. – Серія «Коментарі та аналітика». – Х.: ФО-П Лисяк Л.С., 2011. – 624с;

41) Тертишник В.М. Науково-практичний коментар Кримінального процесуального кодексу України: із змін та допов. станом на 12.06.2014 Київ: Правова єдність; Алерта, 2014. 767 с;

42) Кравець І. Суб'єкти організаційно-господарських повноважень у структурі господарських систем. *Jurnalul Juridicational: teorie și practică*. 2015. № 2 (12). с. 88–93.

III. Результати науково-правового дослідження

Цей науковий висновок побудований за наступним алгоритмом:

1. Дослідження змісту та обсягу поняття «посадові особи», яке застосовано у положенні пункту 5 частини першої статті 41 КЗпП України.

2. Дослідження типу та організаційно-правових форм юридичних осіб, а також категорії посадових осіб, до яких можливе застосування положення пункту 5 частини першої статті 41 КЗпП України.

3. Дослідження того, чи можна вважати вірним, що той факт, що члени колегіального виконавчого органу господарського товариства чи односторовий його керівник перебувають у трудових відносинах із товариством, не встановлює пріоритет трудового регулювання над цивільним, оскільки до цих відносин не може застосовуватись модель «роботодавець – працівник», властива трудовим відносинам.

1. Дослідження змісту та обсягу поняття «посадові особи», яке застосовано у положенні пункту 5 частини першої статті 41 КЗпП України

Кожен має право на працю, що включає можливість заробляти собі на життя працею, яку він вільно обирає або на яку вільно погоджується. Громадянам гарантується захист від незаконного звільнення (ч. 1 та ч. 6 ст. 43 Конституції України).

Однією із гарантій забезпечення права громадян на працю є передбачений в абз. 7 ст. 5¹ КЗпП України правовий захист від незаконного звільнення.

Підставами припинення трудового договору згідно з п. 4 ч. 1 ст. 36 КЗпП України є розірвання трудового договору з ініціативи працівника (статті 38, 39 КЗпП України), з ініціативи власника або уповноваженого ним органу (статті 40, 41 КЗпП України) або на вимогу профспілкового чи іншого уповноваженого на представництво трудовим колективом органу (ст. 45 КЗпП України).

Відповідно до п. 5 ч. 1 ст. 41 КЗпП України трудовий договір з ініціативи власника або уповноваженого ним органу може бути розірваний у випадку припинення повноважень посадових осіб.

Норму ч. 1 ст. 41 КЗпП України доповнено п. 5 на підставі Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо захисту прав інвесторів» від 13 травня 2014 року № 1255-VII, який набрав чинності 01 червня 2014 року. П. 5 ст. 41 КЗпП України встановлює додаткову підставу розірвання трудового договору, а саме «припинення повноважень посадових осіб».

Аналіз пояснювальної записки до законопроекту зазначеного вище закону дає підстави для висновку про те, що метою прийняття проекту Закону України є вдосконалення законодавчих актів, що регулюють питання припинення повноважень та звільнення посадових осіб юридичної особи та посилення їх матеріальної відповідальності. Також пропонується передбачити таку підставу для звільнення, як припинення повноважень посадових осіб (ст. 41 КЗпП України), забезпечивши можливість розірвання трудового договору без наведення підстав при припиненні повноважень посадових осіб.

При цьому, в якості компенсації для захисту інтересів посадових осіб, пропонується законодавчо встановити мінімальний розмір вихідної допомоги при розірванні трудового договору у зв'язку із припиненням повноважень посадової особи в розмірі середньої заробітної плати за шість місяців (ст. 44 КЗпП України).

Проектом передбачається внесення змін до ЦК України, ГК України, КЗпП України, Закону України «Про акціонерні товариства». Реалізація положень цього законопроекту після його прийняття не потребує внесення змін до інших законів України.

Як прогноз результатів вказаного законопроекту зазначено, що прийняття проекту Закону України «Про внесення до деяких законодавчих актів України (щодо захисту прав інвесторів)» дозволить більш чітко врегулювати питання, щодо процедур припинення повноважень (звільнення) та матеріальної відповідальності посадових осіб юридичної особи. Як наслідок, більш захищеними стануть інтереси як самої юридичної особи, так і її акціонерів (учасників), більш зрозумілими і врегульованими правовідносини у цьому сегменті ринку.

Отже, ані в Законі України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо захисту прав інвесторів» № 1255-VII від 13.05.2014 (п. 5 ч. 1 ст. 41 КЗпП України), ані в пояснювальній записці до цього законопроекту не визначено, яких саме посадових осіб стосуються вказані зміни, натомість, у вказаних актах зазначено загальне поняття «посадова особа» без будь-якого його тлумачення, визначення критеріїв, переліку таких осіб тощо.

Відтак, викладена норма характеризується юридичною невизначеністю, внаслідок чого неможливо встановити коло таких посадових осіб, а також випадки та підстави (причини) припинення їх повноважень. Формулювання цього положення є загальним та не містить посилаць як щодо змісту та обсягу поняття посадових осіб, так і типу та організаційно-правових форм юридичних осіб, яких вони стосуються.

Відповідно, для дослідження змісту та обсягу поняття «посадові особи», яке застосовано у положенні п. 5 ч. 1 ст. 41 КЗпП України, необхідним є визначення поняття «посадова особа» у широкому розумінні відповідно до загальних теоретичних критеріїв визначення цього поняття та відповідно до визначень цього поняття у чинному законодавстві.

Поняття «посадова особа» у своєму історичному розвитку характеризується протиборством двох тенденцій: розширювальної (до посадових осіб відносились всі особи, які займали посади в державних органах, включаючи і допоміжний персонал: прибиральниць, друкарок, кур'єрів, сторожів тощо) і обмежувальної (поняття «посадова особа» було синонімом поняттю «керівник»).

Розширювальна тенденція поняття «посадова особа» існувала до 1917 року. Напочатку двадцятих років минулого століття розширювальна тенденція поняття «посадова особа» знайшла своє відображення у низці нормативно-правових актів Радянського Союзу, зокрема: Декреті ВЦВК від 09.05.1918 «Про надання народному комісару Продовольства надзвичайних повноважень по боротьбі із сільською буржуазією, яка приховує хлібні запаси і спекулює ними», Постанові ВЦВК і РНК СРСР Від 02.01.1929 «Про заходи щодо боротьби з порушеннями законодавства про працю», постанові ЦВК та РНК СРСР від 13.10.1929 «Про Основи дисциплінарного законодавства Союзу РСР і союзних республік».

Розширювальне трактування поняття «посадова особа» мало однозначної підтримки в адміністративній науці. Поряд із пануванням даної тенденції як в науці, так і в законодавстві, з'являлися окремі критичні зауваження щодо надмірного розширювання даного поняття [22, с. 397-399].

На початку тридцятих років вперше, на законодавчому рівні, з прийняттям таких нормативно-правових актів, як Закону СРСР «Про охорону майна державних підприємств, колгоспів і кооперацій і зміцненні громадської (соціалістичної) власності» від 07.07.1932, Указу Президії Верховної Ради СРСР від 04.06.1947 «Про кримінальну відповідальність за розкрадання державного і громадського майна» було зроблено спробу звужити коло службових осіб, які відносились до «посадових осіб». Однак, загальна спрямованість на розширювальне трактування поняття «посадова особа» ще залишалася.

Одночасно, увага вчених стала зосереджуватися на особливостях правового статусу окремих категорій державних службовців з точки зору здійснення ними державно-владних повноважень. В результаті їхньої діяльності було прийнято ряд нормативних актів, які встановлювали спеціальні критерії для визначення поняття «посадова особа».

Так, відповідно до Положення про дисциплінарну відповідальність у порядку підпорядкованості, затвердженого Постановою ВЦВК і РНК РРФСР від 20.03.1932, дисциплінарні стягнення у порядку підпорядкованості за службові провини, зокрема, за порушення трудової дисципліни, не переслідуються у кримінальному порядку, могли бути накладені лише на посадових осіб, до яких відносилися:

- посадові особи, які користуються правом найму і звільнення;
- виборні посадові особи;
- відповідальні працівники інших категорій (до таких відносилися керівники підприємств, установ і організацій, їхні заступники і помічники, головні інженери, головні бухгалтери, головні лікарі, начальники цехів, старші майстри і майстри, керівники управлінь, відділів, тощо).

Одночасно у постанові Пленуму Верховного Суду СРСР від 27.03.1935 роз'яснювалося, що до посадових осіб колгоспів і радгоспів відносяться категорія працівників, які виконують функції адміністративно-господарські та оперативно-розпорядницькі. У цій постанові визначення поняття «посадової особи» давалося не через поняття посади, як це було в кримінальному кодексі, а через особливості змісту і характеру службових функцій, хоча сам зміст таких функцій не розкривався.

Подальше визначення поняття і особливостей «посадової особи» проводилося шляхом класифікації всіх службовців на види:

- 1) працівників, які виконують винятково господарсько-технічну роботу або функції підсобного господарського обслуговування (допоміжний технічний персонал);
- 2) керівних і оперативних працівників, які виконують функції адміністративно-управлінського характеру, здійснення яких пов'язане з виданням актів управління, спрямованих на настання юридичних наслідків (посадові особи у вузькому розумінні цього слова) [23, с. 49-50].

Ю.О. Петров визначив, що посадовими особами є державні і громадські службовці, які від імені державних і громадських організацій, установ, підприємств здійснюють управління людьми, а також пов'язані з рухом матеріальних і грошових цінностей.

Всі посадові особи наділені юридично-владними повноваженнями стосовно управління людьми. На даній властивості наголошують у своїх працях прихильники як широкого, так і вузького розуміння посадової особи (І.М.Пахомов, В.М.Горшенев, О.В.Петришин).

У вузькому розумінні посадовими особами є службовці, які здійснюють «державно-владні повноваження, що визначаються компетенцією і службовою діяльністю» [25, с. 56]. Перебуваючи на державній службі, посадова особа наділяється службовими повноваженнями і виконує їх в інтересах держави. О.В. Петришин зазначає, що це є суб'єкт, який наділений державно-владними повноваженнями, здатністю приводити в дію апарат державного примусу [31, с. 74].

За К.С. Бельським, владні повноваження – це спеціальні суб'єктивні права, зумовлені статусом посади, які дають змогу приймати рішення, видавати розпорядження, здійснювати контроль і координацію [29]. Посадова особа, перебуваючи на посаді, не може відмовитися від виконання цих повноважень.

В науці була зроблена спроба дати визначення поняття «посадова особа» через виокремлення однієї визначальної ознаки: «фізична особа, яка виконує посадові функції» [22, с. 64], «державний службовець, який при реалізації своїх службових повноважень має право здійснювати юридично значимі дії, зокрема видавати адміністративні акти» [24, с. 141], «державний службовець як суб'єкт державно-владних повноважень» [25, с. 56].

«службовець, який здійснює управління людьми, і особа, діяльність якої пов'язана з рухом матеріальних і грошових цінностей» [28, с. 36], «службовець, який наділений розпорядчими повноваженнями» [26, с. 123].

Така спроба показала, що дати визначення посадової особи через одну визначену особливість неможливо, що зумовило наступні спроби вчених-адміністративістів виділити низку таких особливостей:

- займає посаду в державних органах і/або органах місцевого самоврядування, в державних і муніципальних установах тощо;
- реалізує владні повноваження;
- представляє державу і муніципальні утворення;
- має, як і всі державні і муніципальні службовці, права, обов'язки, обмеження і заборони по службі;
- може застосовувати заходи примусу;
- реалізує повноваження щодо накладення дисциплінарних стягнень;
- може видавати адміністративні акти;
- здійснює контрольні-наглядні повноваження;
- може бути суб'єктом юридичної відповідальності [32, с. 380-381].

На відміну від такого розширювального переліку ознак посадової особи, в іншому випадку пропонувалися три ознаки:

- 1) управлінські функції;
- 2) обов'язки щодо забезпечення якості праці інших осіб;
- 3) владні повноваження [34, с. 175].

Вперше поняття посадової особи на законодавчому рівні закріплено в ст. 2 Закону «Про державну службу» від 16.12.1993 № 3723-ХІІ, згідно з якою посадовими особами вважаються керівники та заступники керівників державних органів та їх апарату, інші державні службовці, на яких законами або іншими нормативними актами покладено здійснення організаційно-розпорядчих та консультативно-дорадчих функцій.

Таким чином, визначення поняття посадової особи дається, виходячи із двох основних ознак:

- 1) посади – керівники та заступники керівників;
- 2) функцій – організаційно-розпорядчих і консультативно-дорадчих.

Для порівняння слід зазначити, що ст. 1 Закону від 21.05.1997 «Про місцеве самоврядування в Україні» та ст. 2 Закону від 07.06.2001 «Про службу в органах місцевого самоврядування» закріплено, що посадовою особою місцевого самоврядування є особа, яка працює в органах місцевого самоврядування, має відповідні посадові повноваження у здійсненні організаційно-розпорядчих та консультативно-дорадчих функцій і отримує заробітну плату за рахунок місцевого бюджету.

Поняття «посадова особа» визначається і в КК України. Так, у примітці до статті 364 цього Кодексу «Зловживання владою або службовим становищем» визначено, що службовими особами є особи, які постійно, тимчасово чи за спеціальним повноваженням здійснюють функції представників влади чи місцевого самоврядування, а також обіймають постійно чи тимчасово в органах державної влади, органах місцевого самоврядування, на державних чи комунальних підприємствах, в установах чи організаціях посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських функцій, або виконують такі функції за спеціальним повноваженням, яким особа наділяється повноважним органом державної влади, органом місцевого самоврядування, центральним органом державного управління із спеціальним статусом, повноважним органом чи повноважною особою підприємства, установи, організації, судом або законом.

За своїм змістом ця дефініція повністю відповідає дефініції поняття «посадова особа», яке містила примітка до ст. 164 попередньої редакції КК України. Практично, відбулася лише зміна термінів без зміни змісту самих понять.

Законом України «Про внесення змін і доповнень до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності посадових осіб» від 11.07.1995 № 282/95-ВР у КУпАП словосполучення «службова особа» замінено словосполученням «посадова особа». Таким чином, можна дійти висновку про те, що поняття «посадова особа» та «службова особа» є синонімічними.

Поняття «посадові особи господарського товариства» було визначено в ч. 2 ст. 89 ГК України до внесення змін Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо захисту прав інвесторів» від 07.04.2015 № 289-VIII, відповідно до якої посадовими особами господарського товариства є фізичні особи – голова та члени наглядової ради, виконавчого органу, ревізійної комісії, ревізор товариства, а також голова та члени іншого органу товариства, наділені повноваженнями з управління товариством, якщо утворення такого органу передбачено установчими документами товариства.

У п. 15 ч. 1 ст. 2 Закону України «Про акціонерні товариства» міститься визначення «поняття посадові особи органів акціонерного товариства» – це фізичні особи - голова та члени наглядової ради, виконавчого органу, ревізійної комісії, ревізор акціонерного товариства, а також голова та члени іншого органу товариства, якщо утворення такого органу передбачено статутом товариства.

Відтак, кваліфікуючою ознакою посадової особи є ті функції, які на неї покладаються. Функції – це основні напрямки діяльності. Отже функції посадової особи – це основні напрямки її діяльності в межах, передбачених чинним законодавством і компетенцією юридичної особи.

Законодавець визначав, що сутність посадової особи визначають два види функцій: організаційно-розпорядчі і консультативно-дорадчі.

Однак, суттєвою прогалиною чинного законодавства є те, що в ньому не визначається зміст названих функцій, що дає право на їх досить розширене і неоднозначне тлумачення.

Визначення поняття названих функцій не передбачено в жодному нормативно-правовому акті.

Постанова Пленуму Верховного Суду України від 07.10.1994 № 12 «Про судову практику в справах про хабарництво» передбачала, що **організаційно-розпорядчі функції** – це «функції щодо здійснення керівництва галуззю промисловості, трудовим колективом, ділянкою роботи на підприємствах, в установах чи організаціях...». Іншими словами, це повноваження щодо безпосереднього управління людьми, ділянками роботи, виробничими або технологічними процесами. Ці повноваження виявляються у правах і обов'язках щодо підбору і розстановки кадрів, прийому і звільнення, в плануванні діяльності підприємства, установи, організації і керівництва ними.

Чинна на цей момент Постанова Пленуму Верховного суду України від 26.04.2002 № 5 визначає, що **організаційно-розпорядчими обов'язками** (наявність яких є характерним для поняття «посадова особа») є обов'язки по здійсненню керівництва галуззю промисловості, трудовим колективом, ділянкою роботи, виробничою діяльністю окремих працівників на підприємствах, в установах, організаціях незалежно від форм власності. Такі функції виконують, зокрема, керівники міністерств, інших центральних органів виконавчої влади, державних, колективних чи приватних підприємств, установ і організацій, їх заступники, керівники структурних підрозділів (начальники цехів, завідувачі відділами, лабораторіями, кафедрами), їх заступники, особи, які керують ділянками робіт (майстри, виконроби, бригадири тощо); **адміністративно-господарські обов'язки** – це обов'язки по управлінню або розпорядженню державним, колективним чи

приватним майном (установлення порядку його зберігання, переробки, реалізації, забезпечення контролю за цими операціями тощо). Такі повноваження в тому чи іншому обсязі є у начальників планово-господарських, постачальних, фінансових відділів і служб, завідуючих складами, магазинами, майстернями, ательє, їх заступників, керівників відділів підприємств, відомчих ревізорів та контролерів тощо.

Разом з тим Д.І. Кулеба визначає, що посадова особа – особа, в якій наявні організаційно-розпорядчі або адміністративно-господарські функції [36, с. 812].

Шляхом класифікації службовців на посадових осіб та інших службовців за критерієм наявності у них розпорядницьких повноважень пішов М.М. Кошів. При цьому, на його думку, до посадових осіб належать керівники, відповідальні фахівці і частина фахівців-виконавців (наприклад, технік) [30, с. 134].

У свою чергу О.В. Петришин пропонує таку дефініцію поняття посадової особи: «посадова особа – це громадянин, який виконує службову функцію з управління на професійній основі, наділений хоча б мінімумом державно-владних повноважень і здатністю приводити в дію апарат примусу, спеціальним юридичним статусом і офіційними атрибутами посади» [31, с. 74].

Пахомов наголосив, що наявність організаційно-розпорядчих повноважень має прояв у правомочності посадових осіб здійснювати адміністративно-господарські або інші обов'язки, які пов'язані з можливістю проводити дії юридичного значення [25, с. 71].

Разом з тим, Л.П. Брич та В.О. Навроцький вважають, що із суті визначення службової особи та покладення на неї організаційно-розпорядчих та адміністративно-господарських обов'язків випливає, що не може бути визнано службовою особою засновника підприємства, навіть у тому випадку, коли він обіймає посаду керівника, а «тому за чинним законодавством посадовою особою може бути визнаний директор приватного підприємства, який працює за наймом, інші працівники такого підприємства, на яких покладені відповідні повноваження, але не його власник, хоча він одночасно і виконував би обов'язки керівника такого підприємства».

Не можна визнати службовою особою власника приватного підприємства, який не має найманих працівників, оскільки функціями службової особи не може охоплюватися керівництво самим собою чи своїм власним майном.

Також, як зазначали П.П. Андрушко та А.А. Стрижевецька, якщо приватне підприємство чи товариство з обмеженою відповідальністю (з одним засновником (власником)) не мають найманих працівників і господарська діяльність ними здійснюється безпосередньо їх власником чи засновником, який одночасно й одноособово є їх керівником (виконавчим органом), то в цій частині її діяльності такі керівники не виконують організаційно-розпорядчих обов'язків, а отже, не повинні визнаватися службовою особою.

Тобто особами, які виконують організаційно-розпорядчі функції є ті, які від імені юридичних осіб, їх філій чи підрозділів, керують діяльністю інших людей чи організують їх роботу. Особами, які виконують адміністративно-господарські функції є ті, які від імені власника чи уповноваженого ним органу, управляють чи розпоряджаються чужим для себе майном.

Отже, визначальним для визначення працівника посадовою особою є обсяг функцій (обов'язків) відповідного працівника. Відповідно, якщо особа обіймає посаду, пов'язану з виконанням організаційно-розпорядчих, консультативно-дорадчих, адміністративно-господарських функцій, то вона відноситься до категорії посадових осіб і на неї поширюється дія п.5 ч. 1 ст. 41 КЗпП України.

З огляду на вищевикладене, відповідно до ст. 99 ЦК України, ст. 2 Закону України «Про державну службу», ст. 2 Закону України «Про службу в органах місцевого самоврядування», примітки до ст. 364 КК України слід стверджувати, що передбачено дві групи посадових осіб, діяльність яких підпадає під п. 5 ч. 1 ст. 41 КЗпП України:

- це голова та члени органів товариства (голова та члени наглядової ради, виконавчого органу, ревізійної комісії, ревізор, голова та члени іншого органу товариства, якщо утворення такого органу передбачено установчими документами товариства);
- інші працівники, які здійснюють організаційно-розпорядчі, консультативно-дорадчі, адміністративно-господарські функції.

І пояснювальна записка, і сам Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо захисту прав інвесторів» № 1255-VII від 13.05.2014 не містить визначення поняття «посадова особа», що вказує на широке тлумачення вказаного поняття, відсутність обмеження у визначенні таких осіб виключно як таких, які є членами виконавчих органів господарських товариств або виконують організаційно-розпорядчі, консультативно-дорадчі, адміністративно-господарські функції, що свідчить про відсутність наміру у законодавця обмежити тлумачення застосованого поняття «посадова особа» лише певними категоріями осіб, а свідчить про намір застосувати це поняття у широкому розумінні шляхом застосуванням п. 5 ч. 1 ст. 41 КЗпП України до всіх посадових осіб без виключень.

Враховуючи, що формулювання положення п. 5 ч. 1 ст. 41 КЗпП України є досить загальним, не містить будь-яких обмежень для визначення поняття «посадові особи», зміст та обсяг застосованого у цій статті поняття «посадові особи» слід тлумачити у широкому розумінні відповідно до посади та/або функцій працівника. Відтак, до вказаних осіб слід відносити:

- голова та члени органів товариства (голова та члени наглядової ради, виконавчого органу, ревізійної комісії, ревізор, голова та члени іншого органу товариства, якщо утворення такого органу передбачено установчими документами товариства);
- інші працівники, які здійснюють організаційно-розпорядчі, консультативно-дорадчі, адміністративно-господарські функції.

2. Дослідження типу та організаційно-правових форм юридичних осіб, а також категорії посадових осіб до яких можливе застосування положення пункту 5 частини першої статті 41 КЗпП України

Організаційно-правова форма юридичної особи – певний тип організації, в якій повинна створюватися і діяти юридична особа того або іншого виду [33, с. 137].

Вид організаційно-правової форми юридичної особи – це тип організації, яка має сукупність конкретних ознак, що об'єктивно відрізняють її від інших юридичних осіб однієї організаційно-правової форми

При цьому законодавець встановлює, що положення глави 7 ЦК України «Загальні положення про юридичну особу» застосовуються до всіх товариств та установ, якщо інші правила для окремих видів товариств або установ не встановлені законом.

Відповідно до ст. 80 ЦК України юридичною особою є організація, створена і зареєстрована у встановленому законом порядку. Юридична особа наділяється цивільною правоздатністю і дієздатністю, може бути позивачем та відповідачем у суді.

Стаття 81 ЦК України визначає види юридичних осіб, так, у вказаній статті визначено, що юридична особа може бути створена шляхом об'єднання осіб та (або) майна. Юридичні особи, залежно від порядку їх створення, поділяються на юридичних осіб приватного права та юридичних осіб публічного права. Юридична особа приватного права створюється на підставі установчих документів відповідно до статті 87 цього Кодексу. Юридична особа приватного права може створюватися та діяти на підставі модельного статуту в порядку, визначеному законом. Юридична особа публічного права створюється розпорядчим актом Президента України, органу державної влади, органу влади Автономної Республіки Крим або органу місцевого самоврядування. Цим Кодексом встановлюються порядок створення, організаційно-правові форми, правовий статус

юридичних осіб приватного права. Порядок утворення та правовий статус юридичних осіб публічного права встановлюються Конституцією України та законом.

Стаття 83 ЦК України визначає **організаційно-правові форми юридичних осіб**, відповідно до якої юридичні особи можуть створюватися у формі товариств, установ та в інших формах, встановлених законом. Товариством є організація, створена шляхом об'єднання осіб (учасників), які мають право участі у цьому товаристві. Товариство може бути створено однією особою, якщо інше не встановлено законом. Товариства поділяються на підприємницькі та непідприємницькі. Установою є організація, створена однією або кількома особами (засновниками), які не беруть участі в управлінні нею, шляхом об'єднання (виділення) їхнього майна для досягнення мети, визначеної засновниками, за рахунок цього майна. Особливості правового статусу окремих видів установ встановлюються законом. Положення цієї глави застосовуються до всіх товариств та установ, якщо інші правила для окремих видів товариств або установ не встановлені законом.

Відповідно до ст. 92 ЦК України юридична особа набуває цивільних прав та обов'язків і здійснює їх через свої органи, які діють відповідно до установчих документів та закону. Порядок створення органів юридичної особи встановлюється установчими документами та законом. У випадках, встановлених законом, юридична особа може набувати цивільних прав та обов'язків і здійснювати їх через своїх учасників.

У свою чергу ст. 97 ЦК України визначає, що управління товариством здійснюють його органи. Органами управління товариством є загальні збори його учасників і виконавчий орган, якщо інше не встановлено законом.

Разом з тим, Розділ II ГК України поділяє юридичних осіб як суб'єктів господарювання на підприємства, господарські товариства.

Відповідно до абз. 5 ч. 1 ст. 63 ГК України одним із видів підприємства є державне підприємство, що діє на основі державної власності.

Відтак, у ч. 3 ст. 65 ГК України встановлено, що керівник підприємства, головний бухгалтер, члени наглядової ради (у разі її утворення), виконавчого органу та інших органів управління підприємства відповідно до статуту є посадовими особами цього підприємства. Статутом підприємства посадовими особами можуть бути визнані й інші особи.

Таким чином, бачимо, що перелік посад, наведений у ст. 65 ГК України не є вичерпним та може бути доповнений кожним конкретним підприємством окремо. **Норма ст.65 ГК України є диспозитивною.**

Тож, якщо статутом підприємства посаду (особу) віднесено до категорії посадових осіб, то вона на даному підприємстві такою і являється (визнається).

Відповідно до вищевикладених положень, законодавство не містить визначення, що лише у певних типах та/або організаційно-правових формах юридичних осіб можуть бути посадові особи (у тому числі і посадові особи, які визначені у положенні пункту 5 частини першої статті).

Разом з тим, і пояснювальна записка, і сам Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо захисту прав інвесторів» № 1255-VII від 13.05.2014 не містять обмеження (визначення), щодо якого типу та організаційно-правових форм юридичних осіб можливе застосування положення п. 5 ч. 1 ст 41 КЗпП України, що вказує на можливість застосування положення п. 5 ч. 1 ст. 41 КЗпП України до всіх без виключення типів та організаційно-правових форм юридичних осіб.

Враховуючи, що формулювання положення п. 5 ч. 1 ст. 41 КЗпП України є досить загальним, не містить будь-яких обмежень щодо застосування вказаного положення до певних типів та організаційно-правових форм юридичних осіб, слід буквально та у широкому розумінні тлумачити, що положення п. 5 ч. 1 ст. 41 КЗпП України підлягає застосуванню до всіх типів та організаційно-правових форм

юридичних осіб, а також до всіх категорій посадових осіб визначених на підприємстві такими.

3. Дослідження питання, чи можна вважати вірним, що той факт, що члени колегіального виконавчого органу господарського товариства чи одноособовий його керівник перебувають у трудових відносинах із товариством, не встановлює пріоритет трудового регулювання над цивільним, оскільки до цих відносин не може застосовуватись модель «роботодавець – працівник», властива трудовим відносинам.

Статтями 92 та 97 ЦК України визначено, що юридична особа набуває цивільних прав та обов'язків і здійснює їх через свої органи, які створюються та діють відповідно до установчих документів та закону.

Тож управління товариством покладено на його органи, якими є загальні збори учасників і виконавчий орган, якщо інше не встановлено законом.

Загальні збори учасників товариства мають право приймати рішення з усіх питань його діяльності, у т. ч. з тих, що передані ними до компетенції виконавчого органу (ч. 1 ст. 98 ЦК України). Своім рішенням вони створюють виконавчий орган, що може складатися з однієї (одноосібний) або кількох осіб (колегіальний), та встановлюють його компетенцію і склад (ч.ч. 1, 2 та 4 ст. 99 ЦК України).

Підприємство самостійно визначає свою організаційну структуру, встановлює чисельність працівників і штатний розпис (частина третя ст. 64 ГК України). Його засновник може здійснювати свої права щодо управління підприємством безпосередньо або через уповноважені ним органи на основі статуту або інших установчих документів (ч. 2 ст. 65 та ч. 4 ст. 128 ГК України).

При дослідженні цього питання потрібно виходити з хронології «подій». Відтак, спочатку власники (засновники) юридичної особи призначають особу на відповідну посаду (членом виконавчого органу), тобто наділяють повноваженнями і тільки за цим слідує укладення трудового договору. Адже, без наділення відповідними повноважень не має необхідності та сенсу укласти трудовий договір.

Так, відповідно до ч. 1 ст. 42 Закону України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» від 06.02.2018 № 2275-VIII посадовими особами товариства є члени виконавчого органу, наглядової ради, а також інші особи, передбачені статутом товариства.

Згідно з ч. 3 ст. 99 ЦК України повноваження члена виконавчого органу можуть бути в будь-який час припинені або він може бути тимчасово відсторонений від виконання своїх повноважень.

Відтак, за положенням п. 5 ч. 1 ст. 41 КЗпП України припинення повноважень посадової особи є додатковою підставою розірвання трудового договору з ініціативи роботодавця.

Глумачення п. 5 ч. 1 ст. 41 КЗпП України та ч. 3 ст. 99 ЦК України свідчить, що припинення повноважень члена виконавчого органу може відбутись в будь-який час та з будь-яких підстав. При цьому припинення повноважень члена виконавчого органу гарантується нормами цивільного права для припинення або запобігання негативного впливу на управлінську діяльність товариства. Необхідність таких правил обумовлена специфічним статусом члена виконавчого органу, який отримав від уповноваженого органу товариства право на управління.

Таким чином, правовий статус членів колегіального виконавчого органу господарського товариства чи одноособового його керівника значно відрізняється від статусу інших працівників, що обумовлено специфікою його трудової діяльності, яка полягає у виконанні ним функцій по управлінню товариством.

Регулювання трудових відносин в Україні здійснюється на підставі законодавства про працю, зокрема, КЗпП України.

Згідно зі ст. 3 КЗпП України, законодавство про працю регулює трудові відносини працівників усіх підприємств, установ, організацій незалежно від форм власності, виду діяльності та галузевої належності, а також осіб, які працюють за трудовим договором з фізичними особами.

Тому, якщо з членом виконавчого органу укладено трудовий договір, то звісно на нього будуть поширюватись норми трудового законодавства.

Але наразі, мова йде про пріоритет, що є ключовим у вирішенні поставленого питання.

Відтак, вищевикладене дає підстави для висновку, що той факт, що члени колегіального виконавчого органу господарського товариства чи одноособовий його керівник перебувають у трудових відносинах із товариством, не встановлює пріоритет трудового регулювання над цивільним, оскільки до цих відносин не може застосовуватись модель «роботодавець – працівник», властива трудовим відносинам. Більше того сама конструкція п. 5 ч. 1. ст. 41 КЗпП України свідчить про пріоритет цивільно-правового регулювання над трудовим, адже саме припинення цивільно-правових відносин (позбавлення посадових повноважень) унеможливує виконання трудових обов'язків, а не навпаки.

Висновки:

1. Враховуючи, що формулювання положення п. 5 ч. 1 ст. 41 КЗпП України є досить загальним, не містить будь-яких обмежень для визначення поняття «посадові особи», зміст та обсяг застосованого у цій статті поняття «посадові особи» слід тлумачити у широкому розумінні відповідно до посади та/або функцій працівника, відтак, до вказаних осіб слід відносити:

- голову та членів органів товариства (голова та члени наглядової ради, виконавчого органу, ревізійної комісії, ревізор, голова та члени іншого органу товариства, якщо утворення такого органу передбачено установчими документами товариства);

- інших працівників, які здійснюють організаційно-розпорядчі, консультативно-дорадчі, адміністративно-господарські функції.

Враховуючи, що формулювання п. 5 ч. 1 ст. 41 КЗпП України є досить загальним, не містить будь-яких обмежень щодо застосування вказаного положення до певних типів та організаційно-правових форм юридичних осіб, слід буквально та у широкому розумінні тлумачити, що положення п. 5 ч. 1 ст. 41 КЗпП України підлягає застосуванню до всіх типів та організаційно-правових форм юридичних осіб, а також до всіх категорій посадових осіб визначених на підприємстві такими.

2. Той факт, що члени колегіального виконавчого органу господарського товариства чи одноособовий його керівник перебувають у трудових відносинах із товариством, не встановлює пріоритет трудового регулювання над цивільним, оскільки до цих відносин не може застосовуватись модель «роботодавець – працівник», властива трудовим відносинам є вірним. Більше того конструкція п. 5 ч. 1. ст. 41 КЗпП України свідчить про пріоритет цивільно-правового регулювання над трудовим, оскільки припинення цивільно-правових відносин (позбавлення посадових повноважень) унеможливує виконання трудових обов'язків, а не навпаки.

**Член Науково-консультативної ради при ВС,
доктор філософії права (к.ю.н.), доцент
Олександр ЄФІМОВ**

08 грудня 2022 року