

П. Эсплюгас*

АУТСОРСИНГ И ЕГО ЛИМИТЫ ВО ФРАНЦУЗСКИХ ГОСУДАРСТВЕННЫХ УЧРЕЖДЕНИЯХ

История способов управления французскими государственными учреждениями — это, в общем-то, история их аутсорсинга. Начиная с того момента, как модель государственного учреждения была теоретически разработана школой Бордо, аутсорсинг пытался найти способы, позволяющие отдалиться от так называемого традиционного государственного управления. Конечно, не следует забывать, что большинство государственных учреждений еще находятся под управлением государственных органов или самого государства, которые выделяют средства для данных учреждений.

Тем не менее «классическая эпоха» авторов школы Бордо очень быстро приводит к феномену, известному сегодня как разделение администрации. Этот феномен предполагает привлечение разных по своей природе организаций, которые заменяют государство и его территориальные органы¹. Понятие «аутсорсинг государственных учреждений» не является точным юридическим термином², но это понятие необходимо для того, чтобы объяснить механизм передачи определенных полномочий государства или его органов негосударственным организациям для управления государственными учреждениями. В прямом смысле слова аутсорсинг (от английского —

outsourcing) означает «экстериоризация». Аутсорсинг государственных учреждений может применяться к любой государственной деятельности, которую государство или его органы желают передать лицу, не имеющему к государственным органам никакого отношения. В широком смысле (принимая во внимание, что с юридической точки зрения возможны неточности) аутсорсинг отличается от субподрядной работы, у которой поле деятельности более узкое, т.е. более конкретное и более реверсивное³. Следует заметить, что с экономической точки зрения аутсорсинг понимается в более узком смысле, предполагающем передачу третьему лицу лишь части руководства деятельностью государственного учреждения (например, по ремонтному обслуживанию, финансовому управлению или управлению недвижимостью)⁴.

Какой бы смысл ни вкладывался в понятие аутсорсинга государственных учреждений, он всегда является на практике продуктом определенного выбора. Первый выбор осуществляется государственными органами, и этот выбор основан на принципе обращения к аутсорсингу. Второй выбор касается типа аутсорсинга. При выборе следует обращать внимание на сложности, вызванные самим аутсорсингом государственных учреждений.

¹ Выражение «разделение администрации» использовано первый раз Счетной палатой в годовом публичном рапорте 1961 г. и далее часто использовалось в 1982, 1991 и 1996 гг. См. также: Petit J. Les démembrements de l'administration // Droit administratif et administration / dir. J. Petit. Dr. Soc. 2008. P. 43.

² Auby V. J.-B. Problématiques de l'externalisation. Dr. adm. 2008. repère 6 ; Dreyfus J.-D. L'externalisation, éléments de droit public // AJDA, 2002. P. 1214 ; Babin L., Lignières P. L'externalisation : au cœur des préoccupations de l'Etat. Dr. adm., mai 2002. P. 37 ; Yolka Ph. Sur l'externalisation en matière administrative // JCP A. № 17. 30 avril 2012. 2130.

³ Dreyfus J.-D. Op. cit.

⁴ Babin V. L., Lignières P. Op. cit.

ВЫБОР НА ОСНОВЕ ПРИНЦИПА ОБРАЩЕНИЯ К АУТСОРСИНГУ ГОСУДАРСТВЕННЫХ УЧРЕЖДЕНИЙ

Аутсорсинг государственных учреждений часто объясняется не юридическими, а скорее политическими причинами. Политические причины основаны на правовом принципе свободы выбора способов управления государственных учреждений, который является традиционным во французской правовой системе.

Политические причины аутсорсинга

Решение, позволяющее применить аутсорсинг к государственным учреждениям, обычно принимается политической властью (правительством, парламентом — на государственном уровне или специальной ассамблеей по принятию решений — на областном или региональном уровне). Можно было бы представить, что с этой точки зрения большинство политиков от правых, считающихся более либеральными, относятся благосклонно к аутсорсингу и привлечению частного, негосударственного сектора управления. Политики же от левых партий, считающиеся интервентами, предпочитают государственное, а не частное управление.

Но на практике можно столкнуться с нюансами: на региональном или областном уровне (даже если научные исследования этого не подтверждают) аутсорсинг и привлечение частного сектора к управлению поддерживается большинством голосов как правых, так и левых партий. Таким образом, данный выбор не зависит от сторонников тех или иных партий. Все государственные органы на самом деле уделяют внимание экономии, которой можно добиться при использовании аутсорсинга. Также при передаче полномочий государственного учреждения эти органы принимают во внимание, что финансовые затраты и инвестиции ложатся не на них, а на плечи частных предприятий. Существует определенное предубеждение, что у негосударственных предприятий

лучше получается заниматься коммерческой деятельностью, исходя из их технической оснащенности и уменьшенных затрат на кадры по сравнению с государственными органами. Тем не менее следует заметить, что у негосударственных предприятий, управляющих государственными учреждениями, бюрократия примерно такая же, как и у государственных учреждений, управляемых самой государственной властью.

Основной вопрос, который задается обычно политическим властям, касается цен. С этой точки зрения следует отметить, что негосударственные, или частные, предприятия ищут выгоду, которая обычно сравнивается с издержками, связанными с государственным учреждением. Наглядным тому примером является пример с водой: если посмотреть доклад Государственного совета от 2010 г., то можно убедиться, что цены на воду более высокие, если учреждения управляются с помощью передачи полномочий или при смешанном управлении⁵.

Более тонкий анализ позволяет выделить некоторые нюансы. С одной стороны, эта разница цен значительно уменьшилась в 2000- гг., так как государственная власть была вынуждена увеличить цены. С другой стороны, эту разницу на самом деле трудно определить, так как в этом случае предполагалось бы, что негосударственный или государственный руководитель самого государственного учреждения управляет этим учреждением на одинаковых условиях, а это неверно (разные налоги и таксы). На практике государственная власть также обязана финансировать организацию, которой были переданы полномочия, а это, в свою очередь, отражается на ценах.

В общем, особая причина повышения цен на воду связана с тем, что конкуренция не всегда играет положительную роль. Рынок водоснабжения делят между собой только три предприятия: Véolia-eau, Suez-Environnement и SAUR, филиал группы Bouygues. Это правило еще более ужесточилось по договорам, рассмотренным Счетной палатой⁶, антимоно-

⁵ Государственный совет определил цену на воду в 2010 г.: 1,46 евро за кубометр для эксплуатации при передаче государственного учреждения и 1,12 евро за кубометр при государственном управлении данного учреждения (Rapport CE «L'eau et son droit». Doc. fr, 2010. P. 77).

⁶ Счетная палата, особый публичный доклад «La gestion des services publics locaux d'eau et d'assainissement». Janv. 1997. P. 62.

польным ведомством и Европейской комиссией⁷, и заключенным между этими тремя предприятиями соглашениям с целью поделить рынок. По этой причине, кажется, появилась новая тенденция возврата к государственному управлению, особенно в секторе водоснабжения⁸.

Правовой принцип свободы выбора аутсорсинга

С юридической точки зрения само сравнение, или, используя более современный термин, — бенчмаркинг (benchmarking), способов управления не является обязательным⁹. Французская правовая система традиционно использует принцип свободы выбора способов управления государственными учреждениями. Данный принцип следует из принципов национального суверенитета самого государства, свободы выбора управления местной власти и свободы выбора при заключении договоров для государственной власти.

У принципа свободы выбора способов управления государственными организациями есть некоторые исключения. Конституционный совет, например, считает, что государственные учреждения, предусмотренные Конституцией, не могут быть переданы частному сектору¹⁰. Из этого можно заключить, что государственные учреждения, управляемые самими государственными органами по конституционному принципу суверенитета, не могут быть переданы в негосударственные руки. На региональ-

ном или областном уровне, уточняет Государственный совет, некоторые виды деятельности могут находиться только под управлением государства в связи с их особенностями или по желанию законодательства¹¹. Но это не позволяет точно определить границу между видами деятельности, которые могут или не могут быть переданы в частные руки.

Тем не менее не могут быть переданы в негосударственное управление деятельность полиции¹², экспроприация¹³, безопасность в общественных местах¹⁴. Также не может быть передана в частные руки деятельность местной власти или государственных учреждений, предусмотренная по закону (например, государственные больницы или государственные образовательные учреждения не могут применять аутсорсинг, даже при наблюдении за учениками). В то же время некоторая деятельность государственных учреждений, которая в принципе не может быть передана, все же управляется негосударственными организациями, так как всегда можно отличить эту деятельность от той, которую невозможно передать. Примером является ресторанное дело или прачечная в местах лишения свободы¹⁵ или ресторанное дело в образовательных учреждениях¹⁶.

В целом этот правовой принцип свободы выбора на практике приемлем хотя бы потому, что государственная власть может сделать своего рода сравнительный анализ, сопоставить расходы при государственном и негосударственном управлении.

⁷ Европейская комиссия открыла 18 января 2012 г. формальную процедуру в отношении договоров и превышения власти французскими предприятиями, занимающими доминирующую позицию: SAUR, Suez Environnement/Lyonnaise des Eaux et Veolia, а также захотела определить, договорились ли эти предприятия с Профессиональной федерацией различных водоканалов (FP2E) о координировании их решений на французском водном рынке с нарушением соглашений с Евросоюзом.

⁸ *Pauliat H.* L'évolution des modes de gestion des services publics locaux : un retour à la gestion publique? // JCP A. № 44. Nov. 2012. 2355.

⁹ Государственный совет CE, 4 mai 1906 ; Babin. V., Dreyfus J.-D. Externalisation et liberté d'organisation du service // AJDA. 2009. P. 1529.

¹⁰ Конституционный совет: Cons. const., № 86-207 DC, 25–26 juin 1986.

¹¹ Государственный совет: CE, avis, Section de l'Intérieur, № 340609, 7 oct. 1986, et CE, Sect., req. n° 284736, 7 avril 2007, Cne d'Aix-en-Provence.

¹² Государственный совет: CE, Ass., 17 juin 1932, req. № 12045 Ville de Castelnaudary.

¹³ Государственный совет: CE, avis 11 juin 1991.

¹⁴ Конституционный совет: Cons. const., № 2011-625 DC, 10 mars 2011.

¹⁵ Государственный совет: CE, avis, Section de l'Intérieur, 13 nov. 1986.

¹⁶ Государственный совет: CE, avis, Section de l'Intérieur, № 340609 7 oct. 1986.

ВЫБОР ТИПА АУТСОРСИНГА ГОСУДАРСТВЕННЫХ УЧРЕЖДЕНИЙ

Выбор аутсорсинга не рассматривается только с бинарной позиции — от государственного к частному сектору. Если исходить из толкования аутсорсинга в широком смысле, предложенного во введении к данной статье и предполагающего экстерииоризацию деятельности государственных учреждений третьему лицу, не имеющему отношения к государственным органам, этот широкий смысл можно применить даже в самом государственном секторе. Тогда речь пойдет о так называемом внутреннем аутсорсинге, значение которого будет ограничено. Аутсорсинг более точен, когда передача деятельности государственного учреждения осуществляется частному лицу.

Внутренний аутсорсинг, ограниченный государственным сектором

Французское право предоставляет многочисленные способы управления государственными учреждениями, которые отличаются от градуированной модели государственного управления, но при этом остаются в государственном секторе. Уровень аутсорсинга зависит от выбранной структуры, уровня автономии от главного государственного органа.

Впервые аутсорсинг был применен в той области, где местный государственный орган предоставляет третьему лицу автономии в определенной сфере деятельности, не предоставляя ему при этом правосубъектности. Например, автономия уменьшена при комплексных выплатах, так называемых *inhouse*. Комплексные выплаты переданы государственной властью третьему лицу, но эта власть осуществляет «такой же контроль над третьим лицом, который она производит в отношении своих собственных государственных учреждений»¹⁷. Преимущество такого типа

аутсорсинга ограничено, так как по европейской юриспруденции¹⁸ прямая связь между государственной властью и третьим лицом освобождает государственную власть от заключения контракта с последним по передаче государственного учреждения с возможностью конкуренции.

Аутсорсинг ограничен, когда речь идет об органах местного самоуправления, стоящих во главе государственных коммерческо-индустриальных предприятий. Такие предприятия не обладают правосубъектностью, но имеют определенную финансовую независимость¹⁹.

При втором уровне аутсорсинга государственная власть передает управление одним из сервисов третьему лицу, обладающему правосубъектностью. Сюда можно отнести государственное учреждение. Аутсорсинг объясняется желанием избежать слишком жестких правил при государственном управлении, что показывает доклад Государственного совета²⁰. Государственное учреждение позволяет в этом случае избежать иерархии государственной власти и приспособить управление к самой деятельности, написанной в регламенте.

При третьем и последнем уровне деятельности государственного сервиса осуществляется с помощью третьего лица, которое тем не менее относится к государственной власти в организационном смысле, но становится частным лицом, исходя из формы собственности. Это соответствует положению о государственном коммерческо-индустриальном предприятии. Такое предприятие функционирует по логике частного права, при этом сохраняя часть публичного права, которое может меняться. Подобный тип аутсорсинга используется, когда закон трансформирует государственное коммерческо-индустриальное предприятие в анонимное общество. Этот метод применяется для изменения статуса государственных национальных предприятий, находящихся на попечении государственного учреждения и имевших ранее монополию, например EDF

¹⁷ Государственный совет: CE, Sect., 6 avril 2007, req. № 284736, Cne d'Aix-en-Provence.

¹⁸ Европейский суд юстиции: CJCE, 18 nov. 1999, affaire C-107/98, TeckalSrl c/ Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia.

¹⁹ CGCT, art. L 2221-11 et s.

²⁰ Государственный совет: CE, La réforme des établissements publics, Doc. fr., 1972 ; CE, «Etude sur les établissements publics. Réflexions sur les catégories et les spécificités des établissements publics nationaux», EDCE, 1985 ; CE, Rapport d'étude sur les établissements publics, Etude adoptée par l'Assemblée générale plénière le 15 oct. 2009.

(электросети)²¹ и La Poste (почта)²², а также la SNCF (железные дороги) и даже la RATP (управление парижским транспортом)²³.

Органы местного самоуправления призывают анонимные общества принять миссии государственных учреждений, применяя при этом частное право, но оставаясь в государственном секторе с учетом их структуры и капитала. Сюда можно отнести местные предприятия со смешанной экономикой (SEML)²⁴, включающие в себя государственные (благодаря местному самоуправлению) и частные капиталовложения. При присутствии частного акционера применяется публичное право. По этой причине совсем недавно были созданы местные государственные предприятия (SPL)²⁵ с полностью государственными капиталовложениями, деятельность которых можно сравнить с деятельностью SEML²⁶. В основе их создания лежит идея об освобождении от публичного права, такие структуры считаются inhouse. В данной гипотезе аутсорсинг относится к первому уровню. Это означает согласие с критерием «аналогичного контроля», осуществляемого государственной властью в такой же степени, в какой она контролирует свои собственные учреждения. Данный критерий рассматривается с конкретными фактами in concreto, но определение структуры inhouse местных государственных предприятий (SPL) не всегда происходит автоматически²⁷.

Свободный аутсорсинг при передаче управления частному сектору

Аутсорсинг при передаче управления частному сектору может иметь две основы — односторонний акт (закон, указ, решение) или контракт. Здесь выделяют две гипотезы. Первая гипотеза касается законодательного изменения статуса государственного коммерческого индустриального предприятия FranceTélécom²⁸ и GDF²⁹ на статус частного коммерческого предприятия. Что касается сектора электронной связи, то законодательство обязало выбранное частное предприятие учитывать всеобщий интерес, как это делают государственные учреждения (т.е. FranceTélécom теперь называется Orange)³⁰. В газовом секторе эти обязанности были поделены между разными операторами (частными предприятиями), существующими на рынке.

Вторая гипотеза аутсорсинга государственного учреждения относится к контракту или специальной конвенции о передаче управления в частные руки. Три основных вопроса можно задать государственной власти при таком типе передачи управления. Первый касается способа передачи той или иной деятельности в частные руки. В частности, речь идет о так называемом двойном эффекте: политическом, касающемся коррупции, и юридическом, касающемся европейского права³¹.

²¹ Закон L. 2004-803, 9 août 2004.

²² Закон L. № 2010-123, 9 févr. 2010.

²³ Письмо Комиссии французскому Правительству от 11 февраля 2010 года и решение Европейского Суда от 20 сентября 2012 г. показывают, что имплицитная финансовая гарантия государства государственному учреждению составляет помощь государства, которая идет вразрез с европейской регламентацией о конкуренции. В этом смысле вполне возможно, что сегодняшний статус железной дороги — государственное коммерческо-индустриальное предприятие — будет меняться на статус коммерческого предприятия частного права.

²⁴ Общий кодекс местных властей: CGCT, art. L 1521-1.

²⁵ Доля, принадлежащая государственной власти, зафиксирована законом № 2002-1 от 2 января 2002 г. между 50 и 85 % капитала.

²⁶ Закон L. № 2010-559, 28 mai 2010 ; CGCT, art. L 1531-1.

²⁷ Чтение Законодательной комиссии Сената от 20 мая 2009 г. ; Доклад № 2227 депутата Ж. П. Шостека, предназначенный для Законодательной комиссии, представленный 3 февраля 2010 г. ; циркулярное письмо № COT/V/11/08052/C о правовом режиме местных государственных предприятий и государственных предприятий по различным перепланировкам.

²⁸ Закон L. № 96-660, 26 juill. 1996.

²⁹ Закон L. № 2004-803, 9 août 2004.

³⁰ Уголовный кодекс: CP, art. L 35-2.

³¹ Eckert G. Les délégations de service public sous l'influence du droit de l'Union européenne // Revue juridique de l'économie publique. № 704. Janv. 2013. Étude 1.

При этом законодательство захотело внести больше ясности при выборе лица, принимающего полномочия³². Лицо, передающее полномочия, также должно опубликовать решение о передаче полномочий, что позволяет ознакомиться с различными предложениями конкурирующих организаций³³. В этом случае все кандидатуры, даже не конкурирующие между собой, находятся в одинаковой ситуации и «получают одинаковую информацию, приводящую к конкуренции», но сам выбор органа, принимающего полномочия, остается свободным с юридической точки зрения и основан на *intuitupersonae*³⁴.

Даже если выбор органа, принимающего полномочия, достаточно широк, существует ряд факторов, которые могут его ограничить. На практике государственная власть использует логику государственного рынка и ограничивает свое право выбора. В этом случае административный суд проверяет, правильно ли государственная власть использовала критерии отбора, которые она сама же и установила³⁵, т.е. свобода выбора не означает, что можно предоставлять незаслуженные привилегии определенным предприятиям, так как это является правонарушением фаворитизма³⁶. В общем конвенции о передаче государствен-

ного учреждения в частные руки (по судебным решениям) должны быть подчинены «общим принципам права государственного управления», среди которых выделяют: принцип свободы доступа к государственному управлению, равенство между кандидатами и ясность процедуры³⁷.

Необходимо выделить важный элемент, касающийся контроля государством деятельности частного предприятия. Этот контроль подчиняется специальным регламентам, находящимся в книге расходов³⁸, при этом государственная власть имеет право одностороннего изменения или расторжения договора³⁹. Сложность состоит в том, что на практике трудно провести эффективный контроль. Результаты экспертиз не всегда однозначны. Поэтому контроль, который предусмотрен законом и осуществляется государственными органами на основе годового доклада (который представлен принимающей полномочия стороной), «анализируемого на основе качества предоставляемых услуг», является лишь формальным и малоэффективным⁴⁰.

Следует отметить, что аутсорсинг более или менее навязан в зависимости от длительности конвенций. С этой точки зрения законодательство предложило общее правило (в довольно

³² Закон L. № 284736, 29 janv. 1993 dite loi «Sapin».

³³ Общий кодекс местных властей: CGCT, art. L. 1411-1 à L. 1411-19.

³⁴ Традиционный принцип, представленный в судебных решениях, о свободном выборе концессионера (CE, 19 déc. 1913, Drapeyron : Rec. CE 1913, p. 1280) не был взят под сомнение законодательством. Статья 38 Закона Сапэна (loi Sapin) объясняет, что предложения «свободно обсуждаются представителем от государственного органа, и он выбирает лицо, принимающее полномочия».

³⁵ Государственный совет: CE, 21 sept. 1992, № 111555, Cne de Bagnols-sur-Cèze.

³⁶ Уголовный кодекс: C. pén., art. 432–14.

³⁷ Государственный совет: CE, 23 déc. 2009, req. № 328827, Ets pub. du musée et du domaine national de Versailles.

Государственный совет делает вывод о принципе прозрачности процедур и о том, что «юридическое лицо должно предоставить кандидатам на передачу государственного учреждения информацию о критериях отбора и предложениях». Государственный совет также добавляет, что есть специальные правила для передачи государственной организации: «юридическое лицо не обязано информировать кандидатов о способах получения этих критериев». Не ставя под сомнение свободу выбора лица, принимающего полномочия, Государственный совет делает противоположный вывод о том, что «никакой принцип не должен быть навязан лицу, предоставляющему эти полномочия об информировании кандидатов о способах получения этих критериев».

³⁸ Государственный совет: CE, 21 déc. 1906, Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli, Rec. CE 1906, p. 962.

³⁹ Например: Государственный совет: CE, 2 févr. 1983, Union des transports publics urbains et régionaux, Rec. CE 1983, p. 33.

⁴⁰ По докладу принимающего полномочия государственного учреждения см. : Vila J.-B. Rapports annuels des délégués de services publics : le devenir d'une réforme depuis le 1er juin 2007 // JCP A. 2007. 2180.

мягкой форме), а также правила в специальных областях (в более императивной форме), которые позволяют ограничить длительность этих конвенций⁴¹. Эффект получился двойной: с одной стороны, нужно избежать увековечения контрактов с длительным сроком и содействовать конкуренции, с другой же стороны, нужно, чтобы аутсорсинг оставался реверсивным, т.е. обратимым, и была возможность возврата к государственному управлению.

ТРУДНОСТИ ВЫБОРА АУТСОРСИНГА ГОСУДАРСТВЕННЫХ УЧРЕЖДЕНИЙ

Выбор аутсорсинга государственных учреждений имеет огромное влияние на средства, предоставляемые государственному учреждению, и на связь с административной системой.

Трудности, связанные со средствами, предоставляемыми государственному учреждению, управляемому негосударственным лицом

Выбор аутсорсинга не является нейтральным, если речь идет о средствах, потраченных на персонал, об имуществе, необходимом для эксплуатации учреждения, и о финансировании данного учреждения.

Во-первых, с социальной точки зрения не всегда легко определить статус персонала, работающего в переданном в частные руки учреждении: он различается в зависимости от самого учреждения и статуса персонала до аутсорсинга⁴². Для негосударственных служащих в соот-

ветствии с законом предлагается трудовой договор частного права⁴³. Для государственных служащих имеется альтернатива: они или остаются, или перестают быть государственными служащими. У рабочих государственного коммерческо-индустриального предприятия еще до аутсорсинга был трудовой договор частного права (кроме директора и бухгалтера), поэтому после аутсорсинга их трудовой договор не изменяется, а просто передается. Независимо от того, какому юридическому режиму подчиняется тот или иной переданный договор, стоимость передачи персонала является важным вопросом для нового руководителя. Но он «зажат между экономическими ограничениями», поэтому не может изменить по своему желанию заработную плату. Здесь речь идет об обязанности принять весь переданный персонал при передаче самой деятельности учреждения. Этот принцип непрерывности трудового договора предполагает, что каждый рабочий имеет право на сохранение в силе своего трудового договора⁴⁴, поэтому при передаче заработная плата не изменяется⁴⁵.

По экономическим причинам новый руководитель также может принять решение об объединении, например, разных отделов, что приведет к сокращению рабочих мест. В таком случае государственным служащим должны предложить три «разумных поста». Если в новой структуре перераспределение невозможно, то решения представляются достаточно комплексными. Не входя в детали, отметим, что эти решения предполагают, что государственный служащий будет либо перекали-

⁴¹ Статья 40 Закона от 29 января 1993 г. (Общий кодекс местных властей, ст. 1411-2-CGCT, art. L. 1411-2): обычно длительность конвенций «зависит от выплат лица, принимающего полномочия». Если инвентарь оплачивается лицом, принимающим полномочия, «конвенция не должна превышать обычный срок, предназначенный для погашения долгов». Для водоканала и сервиса по очистке бытового мусора принятие полномочий не может превышать 20-летний срок (Общий кодекс местных властей: CGCT, art. L. 1411-2).

⁴² Marc V. E. Délégation de service public et fonction publique // AJDA. 2013. P. 1456.

⁴³ Трудовой кодекс: Ctrav., art. L 1224-3-1 inséré par L. № 2009-972 du 3 août 2009, о передвижении чиновников: «По закону и специальным регламентам, если юридическое лицо публичного права принимает на работу обычных рабочих, а не государственных чиновников и потом его деятельность передается юридическому лицу частного права или организации публичного права, руководящим государственным коммерческо-индустриальным предприятием, это юридическое лицо или организация предлагает своим служащим трудовой договор в соответствии с данным Кодексом».

⁴⁴ Трудовой кодекс: Ctrav., art. L 1224-1.

⁴⁵ Государственный совет: CE, avis № 299307, 21 mai 2007: «Законодательство не разрешило государственной власти предлагать меньшую заработную плату рабочим при аутсорсинге по единственному мотиву, что эта зарплата превышает... зарплату рабочих принимающего предприятия».

фицирован в сверхштатного служащего, либо (если решение об увольнении принято после трех отказов) применяется недорогая система страхования при увольнении служащих, которой занимаются органы местного самоуправления⁴⁶.

Что касается имущества, необходимого для эксплуатации сервисов, то при аутсорсинге государственного учреждения оно имеет статус возвратного. Это означает, что при передаче права на управление само имущество остается в собственности государственного органа и его необходимо бесплатно вернуть по окончании договора, даже если в период контракта лишь лицо, принимающее полномочия на управление государственным учреждением, имеет право пользоваться данным имуществом. Последние судебные решения показывают, что административный суд отныне допускает возможность контрактного исключения возврата имущества, необходимого для непрерывного функционирования сервиса⁴⁷.

Если аутсорсинг приводит к изменению статуса государственного коммерческо-индустриального учреждения на предприятие частного права, передача имущества в этом случае становится окончательной. Имущество, находившееся в государственной собственности, является теперь частной собственностью и должно быть заранее «деклассировано». Это «деклассирование» должно также включать в себя меры, гарантирующие непрерывное функционирование государственного учреждения⁴⁸.

При ликвидации государственного управления финансовые активы и пассивы остаются бухгалтерии органов местного самоуправления.

С налоговой точки зрения необходимо напомнить, что при государственном управлении неприбыльная деятельность государственного учреждения не подвергается налогообложе-

нию⁴⁹. Но передача управления государственному или, чаще всего, частному оператору предполагает, что переданная деятельность будет облагаться налогом. На практике новый руководитель должен платить, например, налог на предприятие, территориальный налог, отчисления от зарплаты и права на регистрацию.

Сложности касаются регулирования налога на добавочную стоимость (НДС). Когда способ управления предприятием меняется, это изменение в налоговом смысле признается прекращением деятельности. Последствием чего считается регулирование прав на вычет НДС, немедленно подлежащий истребованию. Сказанное приводит к достаточно сложному процессу в бухгалтерии для «нейтрализации» этих прав на вычет. Новому руководителю также необходимо иметь достаточно свободных оборотных средств для выплаты авансом НДС.

В. Сложности, связанные с последовательностью административной системы

Существует важный лимит при аутсорсинге государственных учреждений, связанный с общей последовательностью административной системы. Эта последовательность объясняется желанием избавиться от правил публичного права и слишком сложных процедур — таких, какие встречаются в государственном бухгалтерском учете или в государственной службе. Очевидно, что это желание объясняет стремление к созданию ассоциаций благодаря аутсорсингу. Такие ассоциации административный и финансовый суды часто считают «прозрачными» или «административными», доктрина же признает их «административной фикцией»⁵⁰ если эти ассоциации полностью зависят от самого государства и если их единственной функцией является выплата дополнений к обычной государственной зарплате, не принимая при этом во внимание правила государственного бухгалтерского

⁴⁶ Закон: L. № 84-53 26 janv. 1984 relative au statut de la fonction publique territoriale, modifiée par L. № 2012-347, 12 mars 2012 (art. 122), art. 97 et s.

⁴⁷ Государственный совет: CE, 21 déc. 2012, req. n° 342-748, CneDouai.

⁴⁸ Par exemple, pour France Télécom, Cons. const. № 96-380 DC, 23 juillet 1996, Loi relative à l'entreprise nationale France télécom, cons. 5 et 6, pour Aéroport de Paris ; Конституционный совет: Cons. const. № 2005-513 DC, 14 avril 2005, Loi relative aux aéroports, cons. 5. См. также: Fatôme E. Externalisation et protection des biens affectés au service public // AJDA. 2007. P. 959.

⁴⁹ Государственный совет: CE, 20 juin 2012, req. № 314-410, Cne de la Ciotat. По этому вопросу также см.: Albert J.-L. Fiscalité et personnes publiques. LGDJ, 2012. (Coll. «Systèmes»).

⁵⁰ Laubadère A. De. Les associations et la vie administrative. AJDA, 1980, p. 115.

учета⁵¹. При таком раскладе административный суд считает эти ассоциации фиктивными и пере-квалифицирует их в государственные учрежде-ния⁵². Со своей стороны финансовый суд мо-жет считать управляющих этими ассоциациями «бухгалтерами по роду их деятельности», кото-рые несут ответственность за использованные общественные средства.

Счетная палата придерживается такого же мнения по отношению к работе местных пред-приятий с смешанной экономикой, если эти предприятия создают настоящую параллель-ную административную сеть, недостаточно контролируемую акционерами местной госу-дарственной власти⁵³.

Помимо местных предприятий со смешан-ной экономикой, существует аутсорсинг, пре-вращающий государственное учреждение в коммерческое предприятие и приводящий к потере обязательств этого государственного учреждения. Такие учреждения работают так же, как частные предприятия, их деятельность не является основной, а лишь дополнительной.

Чтобы устранить эти неточности, можно ис-пользовать обязательную процедуру прогноз-ной оценки (*ex-ante*), которая рассматривает

влияние различных представленных способов управления. Трудность заключается в том, что не существует объективного метода, который бы позволил определить, какой способ управ-ления является наиболее выгодным. Фальси-фицированными являются методы оценки, выбор которых по своей природе зависит от субъективности и идеологических пристра-стий⁵⁴.

Процедуры оценки уже организованы. Они осуществляются при изучении влияния закона, если аутсорсинг связан именно с этим зако-ном. Оценка может быть также организована на местном уровне Консультационной комис-сией местных государственных учреждений⁵⁵ при планировании передачи этого учреждения или при создании государственного управле-ния, имеющего финансовую независимость. Эта оценка осуществляется административны-ми органами государственной власти, кото-рые разъясняют выбор политической власти. Результаты оценки публикуются, чтобы любой политик или гражданин могли бы увидеть все выгоды или недостатки аутсорсинга госу-дарственных учреждений.

Перевод Елены Жербо

⁵¹ Административный и финансовый суды считают, что ассоциация прозрачна, если она основана госу-дарственной властью, при этом большинство членов этой ассоциации являются делегатами или аген-тами этой власти, более 75 % ресурсов для данной ассоциации исходят от этой власти и у нее есть миссия государственной организации (см.: Rapport CE, «Les associations de la loi de 1901, cent ans après», EDCE, № 51, 2000, p. 310 ; Advielle V. F., Herzele P. Van. Les chambres régionales des comptes et les activités externalisées des Collectivités locales. AJDA, 2013, 2022).

⁵² Государственный совет: CE, 11 mai 1987, req. № 62457, Divier c./ Association pour l'information municipale.

⁵³ См. особый доклад Счетной палаты № 58559 о регулировании депозита и консигнации в местных пред-приятиях со смешанной экономикой (SEML) от 27 мая 2010 г.

⁵⁴ Perret B. L'évaluation des politiques publiques. La Découverte, 2001. P. 4.

⁵⁵ Общий кодекс местных властей: CGCT, art. L.1413-1.