

ФЕДЕРАЛЬНОЕ ГОСУДАРСТВЕННОЕ АВТОНОМНОЕ ОБРАЗОВАТЕЛЬНОЕ УЧРЕЖДЕНИЕ ВЫСШЕГО ОБРАЗОВАНИЯ  
**«БЕЛГОРОДСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ НАЦИОНАЛЬНЫЙ  
ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКИЙ УНИВЕРСИТЕТ»**  
( Н И У « Б е л Г У » )

ЮРИДИЧЕСКИЙ ИНСТИТУТ

КАФЕДРА ТРУДОВОГО И ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОГО ПРАВА

**ПОНЯТИЕ И ПРИЗНАКИ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЙ  
ДЕЯТЕЛЬНОСТИ КАК ПРАВОВОЙ КАТЕГОРИИ**

Магистерская диссертация  
обучающегося по направлению подготовки 40.04.01 Юриспруденция  
магистерской программе «Предпринимательское право; коммерческое право»  
заочной формы обучения, группы 01001562  
Гваладзе Кетеван Семеновны

Научный руководитель:  
к.ю.н., заведующий кафедрой  
Синенко В.С.

Рецензент:  
Доцент кафедры обеспечения  
безопасности на объектах транспорта  
Бел ЮИ МВД России,  
кандидат юридических наук, доцент  
Котарев С.Н.

БЕЛГОРОД 2017

## ОГЛАВЛЕНИЕ

<b>ВВЕДЕНИЕ.....</b>	<b>3</b>
<b>1. ОБЩАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ КАК ОБЪЕКТА ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ .....</b>	<b>9</b>
1.1. ОСОБЕННОСТИ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ .....	9
1.2. ПОНЯТИЕ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ В ГРАЖДАНСКОМ ПРАВЕ	18
1.3. КЛАССИФИКАЦИЯ ПРИЗНАКОВ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ.....	29
<b>2. ПРИЗНАКИ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ.....</b>	<b>36</b>
2.1. САМОСТОЯТЕЛЬНОСТЬ ОСУЩЕСТВЛЕНИЯ КАК ПРИЗНАК ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ.....	36
2.2. РИСКОВЫЙ ХАРАКТЕР КАК ПРИЗНАК ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ .....	40
2.3. СИСТЕМАТИЧНОСТЬ КАК ПРИЗНАК ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ	43
2.4. НАПРАВЛЕННОСТЬ НА ПОЛУЧЕНИЕ ПРИБЫЛИ КАК ПРИЗНАК ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ.....	48
<b>3. НЕЗАКОННАЯ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКАЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ: ОСОБЕННОСТИ ПРАВОВОЙ КВАЛИФИКАЦИИ.....</b>	<b>54</b>
<b>ЗАКЛЮЧЕНИЕ .....</b>	<b>69</b>
<b>СПИСОК ИСПОЛЬЗОВАННОЙ ЛИТЕРАТУРЫ.....</b>	<b>74</b>

## ВВЕДЕНИЕ

**Актуальность темы магистерской диссертации.** Проводимые в настоящее время глубокие структурные преобразования общественно-политической системы, направленные на укрепление вертикали власти, принятие комплекса мер по повышению эффективности правового регулирования рыночных отношений, совершенствованию отдельных сфер деятельности экономической системы, и обусловленное этими процессами, влияние на сферу предпринимательской деятельности, требует адекватного, органичного этим процессам развития соответствующих отраслей права, в частности гражданского и предпринимательского.

Исследуемые в диссертации тенденции развития правового регулирования и контроля предпринимательской деятельности, свидетельствуют о двухстороннем процессе: с одной стороны наблюдается либерализация данной сферы, а с другой - есть все основания говорить об усилении контроля за данным видом деятельности. Указанные тенденции, как один из примеров проявлений государственной воли, являются доказательством необходимости формирования модели баланса частных и публичных интересов, выраженных в законодательстве, применительно к предпринимательской деятельности.

Свобода предпринимательской деятельности, опосредуемая через нормы частного, преимущественно гражданского права, не является естественно абсолютной и корректируется публичным интересом и, соответственно, нормами публичного права. Потребность в такой коррекции обусловлена пониманием того, что сама по себе предпринимательская деятельность не является деятельностью социальной и без системного воздействия на нее со стороны публично-властного представителя общества - государства, таковой не будет, ибо содержание предпринимательской деятельности, ее конкретные проявления обусловлены основной целью - получением прибыли. То есть, применительно к данной сфере основной задачей государства является выстраивание системы отношений, при которых частные интересы синхронизируются посредством правового

регулирования со спектром публичных интересов. При этом, уровень такой «синхронизации» определяется признанием приоритета общего блага, публичных интересов над интересами частными.

Соотношение норм частного и публичного права при регулировании предпринимательской деятельности на каждом историческом этапе развития общества и государства различно и только конкретные политические, экономические и социальные приоритеты в обществе определяют баланс норм обоих макроразделов права в данной сфере деятельности.

Вышеизложенное и сравнительно небольшой опыт России регулирования предпринимательской деятельности, а также необходимость совершенствования действующего законодательства в данной сфере позволяют определить актуальность темы исследования.

**Степень разработанности темы магистерской диссертации.** Место и роль предпринимательской деятельности в социальном развитии являются предметом углубленного и разностороннего научного исследования. Значительный интерес к социокультурным характеристикам предпринимательской деятельности проявляется в зарубежной литературе

Правовое регулирование предпринимательской деятельности в Российской Федерации, а также ее признаков, было объектом исследования диссертационных работ следующих авторов: В.С. Белых, В.А. Вайпан, О.Н. Ермолова, И.В. Ершова, С.Э. Жилинский, О.М. Олейник, А.А. Чукреев и другие.

Следует отметить, что, несмотря на большое количество работ по рассматриваемой тематике, вопросы правовой квалификации предпринимательской деятельности представляются недостаточно разработанными в современных условиях, что еще раз доказывает значимость и актуальность проводимого диссертационного исследования.

**Объектом работы** являются общественные отношения, которые складываются в процессе осуществления предпринимательской деятельности как объекте правового регулирования со стороны гражданского права.

**Предметом,** являются нормы права, регулирующие вопросы определения

самого понятия предпринимательской деятельности, а также ее признаков как обязательных ее составляющих.

**Цель работы** заключается в формировании теоретических обобщений и предложений по совершенствованию законодательства в области понятия предпринимательской деятельности. Исходя из заявленной цели, были поставлены **следующие задачи**:

- рассмотреть основы правового регулирования предпринимательской деятельности;
- выявить круг признаков предпринимательской деятельности как ее обязательных составляющих;
- дать общую характеристику основным признакам предпринимательской деятельности;
- охарактеризовать понятие незаконной предпринимательской деятельности и особенности ее правовой квалификации.

**Методологической основой исследования** следует считать использование общих и специальных научных приёмов и методов научного познания, включающих сравнительно-сопоставительный анализ, конкретно-исторический, формально-юридический, структурно-функциональный, логический, методы дедукции и индукции, а также метод правового моделирования.

**Теоретическую основу исследования** составляют труды таких авторов и учёных как: А.В. Барков, В.С. Белых, В.А. Вайпан, С.Г. Воронцов, О.А. Герасимов, О.Н. Ермолова, И.В. Ершова, С.Э. Жилинский, О.М. Олейник, А.А. Чукреев и др.

**Нормативно-правовая основа.** Выводы и предложения, содержащиеся в работе, основаны на исследовании и оценке Конституции РФ, Гражданского кодекса РФ (части первой и второй) и иных федеральных законов и других нормативных актов. Эмпирической базой исследования послужили материалы судебной и арбитражной практики в форме руководящих разъяснений Пленума Верховного Суда РФ, а также судебных и арбитражных решений по конкретным судебным делам.

**Научная новизна магистерской диссертации.** Научная новизна состоит в том, что в работе представлен авторский взгляд по многим проблемным вопросам правового регулирования предпринимательской деятельности, в частности: предложена авторская формулировка предпринимательской деятельности, проведена классификация критериев предпринимательской деятельности, выявлены особенности правовой квалификации незаконной предпринимательской деятельности. Кроме того, сделаны некоторые предложения по совершенствованию законодательства в обозначенной сфере.

**Положения, выносимые на защиту:**

1. Анализ положений законодательства свидетельствует о наличии единой цели правового регулирования в сфере предпринимательства – *обеспечения баланса частных и публичных интересов*. Данная цель реализуется в двух основных направлениях правового воздействия (функциях): дозволении предпринимательства и обеспечении недопустимости причинения вреда от осуществления предпринимательской деятельности.

2. Правовая категория – «предпринимательская деятельность» используется различными отраслями права, причем как частными, так и публичными. Использование данной правовой категории в таких отраслях как налоговое право, уголовное право обусловлено тем, что свобода предпринимательской деятельности, закрепленная в Конституции РФ, имеет свои пределы. Она должна подчиняться требованиям публичного правопорядка. Однако сама природа данной деятельности остается гражданско-правовой. Именно в таком качестве определение, данное в Гражданском кодексе РФ, имеет межотраслевое значение, что и подтверждает анализ судебной практики.

3. Такой признак предпринимательской деятельности, как осуществление ее лицами, зарегистрированными в этом качестве в установленном законом порядке, является не конститутивным (как иногда указывается в научной литературе), а, скорее, формальным. Именно в силу этого можно говорить о незаконности предпринимательской деятельности, если она осуществляется с нарушением публичного требования о регистрации. Но сама деятельность с точки зре-

ния гражданско-правовой квалификации должна рассматриваться как предпринимательская, и к ней должны применяться нормы, учитывающие особенности такой деятельности.

4. Вышеуказанные признаки, хотя и являются сущностными, однако, по нашему мнению, законодательная дефиниция, закрепленная в Гражданском кодексе Российской Федерации, должна быть облечена в более корректную форму, должна быть более универсальной и носить комплексный характер.

На наш взгляд, более корректной была бы следующая редакция определения, закрепленного в абз. 3 п. 1 ст. 2 ГК: "Предпринимательской является, если иное не предусмотрено законом, систематически осуществляемая деятельность, основная цель которой - получение прибыли. Систематическим осуществлением деятельности по смыслу настоящей статьи является совершение лицом сделки либо взаимосвязанных сделок с учетом ее (их) характера и существа складывающихся правоотношений, а также действий, направленных на исполнение обязательств, возникающих из такой сделки (сделок), необходимых для достижения основной цели этой деятельности в течение соответствующего периода".

5. Предпринимательская деятельность - деятельность, осуществляемая на свой риск. Указанный признак также именуется рисковым характером предпринимательской деятельности. Представляется верной позиция, согласно которой рисковый характер предпринимательства является основным признаком, отличающим предпринимательскую деятельность от хозяйственной деятельности, иных видов деятельности.

6. Налоговая служба выделила ряд признаков, свидетельствующих об осуществлении гражданином предпринимательской деятельности, в частности:

- изготовление или приобретение имущества с целью последующего извлечения прибыли от его использования или реализации;
- хозяйственный учет операций, связанных с осуществлением сделок;
- взаимосвязанность всех совершаемых гражданином в определенный период времени сделок;

- устойчивые связи с продавцами, покупателями, прочими контрагентами.

В этой связи, представляется, существенным критерием отграничения предпринимательской от иной экономической деятельности должно служить использование труда других лиц, объединение ресурсов для получения экономического результата. Исходя из этого, на наш взгляд, передача имущества в аренду может рассматриваться как предпринимательская деятельность, если лицо, например, скупает недвижимость, следит за рынком цен, имеет штат сотрудников, осуществляющих рекламу, поиск клиентов, бухгалтерский учет операций, юридическое сопровождение и т.п. В этом случае налицо и систематичность, и профессионализм, и рисковый характер. Сдача имущества в аренду, не обладающая этими признаками, должна рассматриваться как иная экономическая деятельность.

**Теоретическая и практическая значимость исследования** определяется необходимостью развития теоретических основ правового регулирования осуществления и защиты корпоративных прав. Теоретически значимым является само исследование в целом, поскольку оно носит комплексный характер и сочетает в себе теоретический и практический аспекты.

Содержащиеся в диссертации выводы и предложения могут повлиять на процесс расширения теоретических представлений об исследуемых правовых институтах. Они могут быть использованы в нормотворческой деятельности по совершенствованию законодательства, регламентирующего соответствующие отношения. Результаты работы могут быть полезны в научно-исследовательской деятельности, поскольку данное исследование создает базу для дополнительного изучения отдельных аспектов рассматриваемой темы.

**Структура магистерской диссертации** обусловлена целью и задачами настоящей работы и включает в себя введение, три главы, объединяющие семь параграфов, заключение и список используемой литературы.

# 1. ОБЩАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ КАК ОБЪЕКТА ГРАЖДАНСКО- ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ

## 1.1. Особенности правового регулирования предпринимательской деятельности

Исследуя вопросы понятия и признаков предпринимательской деятельности как правовой категории, необходимо учитывать те особенности, которыми обладает такая деятельность в нашем государстве. Соответственно этому, изучение специфики правового регулирования предпринимательской деятельности по российскому законодательству приводит к необходимости выявления общей цели и функций правового регулирования, а также целей государственного регулирования предпринимательской деятельности и выстраивания системы принципов относительно этих целей и функций.

Анализ положений законодательства свидетельствует о наличии единой цели правового регулирования в сфере предпринимательства – *обеспечения баланса частных и публичных интересов.*

Данная цель реализуется в двух основных направлениях правового воздействия (функциях): дозволении предпринимательства и обеспечении недопустимости причинения вреда от осуществления предпринимательской деятельности<sup>1</sup>.

Наличие двух указанных функций свидетельствует о внутренней дихотомии самой цели правового регулирования предпринимательства: наличия частных и публичных интересов при осуществлении деятельности и необходимости их гармоничного сочетания. Ни одну из этих функций нельзя назвать регулятивной или охранительной в чистом виде, каждая из них сочетает регулятивный и охранительный аспекты, что отчасти проявляется и в принципах.

---

<sup>1</sup> Ермолова О.Н. Система принципов правового регулирования предпринимательской деятельности в аспекте целей и функций права // Журнал предпринимательского и корпоративного права. 2017. № 1. С. 38.

Выделенные функции проявляются в постановке ряда задач, необходимых к выполнению для достижения общей цели: признания права на осуществление предпринимательской деятельности и его защиты, а также установления пределов этого права.

Первая функция правового регулирования предпринимательской деятельности - дозволение предпринимательства - отражает общеправовую презумпцию «Разрешено все, что не запрещено» и проявляется в закреплении конституционного права на использование своих способностей, имущества для осуществления предпринимательской деятельности и основного конституционного принципа правового регулирования в сфере предпринимательства - свободы экономической деятельности (ст. 8 и 34 Конституции РФ<sup>1</sup>).

Осуществление данного права заключается в приобретении лицом статуса предпринимателя, формировании имущественной базы и ее использовании при осуществлении предпринимательской деятельности, заключении предпринимательских договоров, что обеспечивается рядом гарантий и правом на защиту. Принцип защиты также отслеживается как основной принцип правового регулирования предпринимательства, несмотря на то что он прямо не закреплён в Конституции РФ. Оба принципа носят общеправовой характер, поскольку являются проявлениями общей свободы и права каждого на защиту соответственно.

Реализация первой функции находит свое воплощение не только в общеправовых принципах обеспечения свободы предпринимательской деятельности и ее защиты, но также и в специальном принципе, вытекающем из федерального законодательства, - принципе развития предпринимательства в общественных и государственных интересах.

Вторая функция правового регулирования предпринимательской деятельности выступает антитезой первой функции и заключается в определении

---

<sup>1</sup> Конституция Российской Федерации (принята всенародным голосованием 12.12.1993) (с учетом поправок, внесенных Законами РФ о поправках к Конституции РФ от 30.12.2008 №6-ФКЗ, от 30.12.2008 №7-ФКЗ, от 05.02.2014 №2-ФКЗ, от 21.07.2014 №11-ФКЗ) // Собрание законодательства РФ. 2014. №31. Ст. 4398.

пределов свободы предпринимательской деятельности по общеправовому критерию недопустимости причинения вреда. Данная функция реализуется также в принципах двух видов: основном- и специальном. Основным принципом, реализующим вторую функцию, является принцип безопасности предпринимательской деятельности, обеспеченный ответственностью предпринимателя.

Здесь нужно отметить, что в отличие от категории «защита субъектов предпринимательской деятельности» категория «ответственность» не отслеживается в положениях российского законодательства как основное начало, структурирующее определенным образом правовую материю. Несмотря на закрепление в ст. 401 ГК РФ ответственности предпринимателя без вины при исполнении своих обязательств, в иных нормативных актах особое значение предпринимательской ответственности в общественных отношениях не проявляется.

Специальным принципом, соответствующим второй функции, является принцип ограничения предпринимательской деятельности в общественных и государственных интересах. Ограничение заключается в установлении запретов и обязываний (обязательных требований), за соблюдением которых осуществляется контроль.

Таким образом, цель - правового регулирования - обеспечение баланса частных и публичных интересов при осуществлении предпринимательской деятельности - проявляется как следствие законодательного признания предпринимательства в качестве положительного социально-экономического явления, требующего отдельной регламентации. Реализация цели происходит посредством двух функций, каждая из которых одновременно включает и регулятивную, и охранительную составляющие.

Частный интерес в большей части состоит в обеспечении максимальной свободы осуществления предпринимательской деятельности. Принципу свободы предпринимательской деятельности коррелирует принцип защиты прав предпринимателей, который очень ярко проявляется в законодательстве. Данный принцип отнесен нами к числу общеправовых на основании положения ст.

2 Конституции РФ: признание, соблюдение и защита прав и свобод человека и гражданина - обязанность государства. В сфере гражданского оборота право на защиту проявляется в обеспечении восстановления нарушенных прав, их судебной защите (п. 1 ст. 1 Гражданского кодекса РФ<sup>1</sup>).

Общие положения о защите прав предпринимателей как субъектов имущественного оборота регламентируются Гражданским кодексом РФ, в ст. 12 которого закрепляются способы защиты нарушенных прав, а ст. 11 - судебный порядок защиты.

Публичный же интерес проявляется в том, что предпринимательская деятельность является социально значимым видом деятельности.

В научной и учебной литературе среди принципов предпринимательского (хозяйственного) права как закрепленных в законодательстве основополагающих начал правового регулирования наряду с такими, как: свобода предпринимательской деятельности, юридическое равенство различных форм собственности, используемых в предпринимательской деятельности; свобода конкуренции и ограничение монополистической деятельности, законность предпринимательской деятельности, сочетание частных и публичных правовых начал, единство экономического и правового пространства, государственного регулирования предпринимательской деятельности - отмечен также принцип получения прибыли как цель предпринимательской деятельности<sup>2</sup>. Очевидно, что включение в различные учебные пособия данного принципа произошло под влиянием неудачной формулировки предпринимательской деятельности, легализованной п. 1 ст. 2 ГК РФ, в которой нацеленность на извлечение прибыли рассматривается в качестве ее основного квалифицирующего признака. Вместе с тем представляется, что с учетом устойчивой общемировой тенденции последних лет социализации экономики и права, соответствующей постиндустриальному уровню экономического развития, существует достаточно обоснованная необходимость

---

<sup>1</sup> Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 №51-ФЗ (ред. от 03.07.2016) // Собрание законодательства РФ. 1994. №32. Ст. 3301.

<sup>2</sup> Предпринимательское (хозяйственное) право: Учебник / Н.И. Вознесенская и др.; под ред. В.В. Лаптева, С.С. Занковского. М.: Волтерс Клувер, 2006. 560 с.

корректировки как легальной дефиниции предпринимательской деятельности, так и соответствующего принципа, учитывающего социальную направленность предпринимательства.

О некорректности формулировки предпринимательской деятельности, ее чужеродности предмету гражданского права неоднократно говорилось в научной литературе. В частности, профессор Анатолий Григорьевич Быков обращал внимание на концептуальное несоответствие дефиниции предмету гражданского права. Данное определение игнорирует, по его мнению, положение Конституции РФ о социальном государстве и соответственно о социальных функциях предпринимательства<sup>1</sup>.

Эта позиция убедительно подтверждается следующими аргументами ученого: «Гражданское право как право гражданского оборота по сути своей асоциально и политически индифферентно и не может быть иным. Оно просто регулирует имущественные и иные отношения, составляющие его предмет согласно ст. 2 ГК РФ, и не претендует на решение при этом каких-либо социальных и политических задач общества и государства. Более того, можно считать, что законодатель вообще считает недопустимым какое-либо указание на социальный или политический аспект гражданско-правового регулирования, о чем весьма убедительно свидетельствует «изгнание» из нового ГК РФ норм, подобных тем, которые содержались в прежних ГК и Основах гражданского законодательства». То есть в современном российском законодательстве отсутствует направленность гражданско-правового регулирования на удовлетворение духовных и материальных потребностей граждан. Исходя из вышесказанного, А.Г. Быков делает вывод, что государство, конституционно декларирующее социальную направленность, вправе и обязано возложить на предпринимательскую деятельность решение социальных проблем общества.

В ряде государств эта идея получила практическое воплощение. В 2006 г. в Великобритании при Кабинете министров в структуре Департамента третьего

---

<sup>1</sup> Быков А.Г. О содержании курса предпринимательского права и принципах его построения // Предпринимательское право в рыночной экономике / Под ред. Е.П. Губина, П.Г. Лахно. М., 2004

сектора сформирован Отдел социального предпринимательства и финансов. В 2010 г. в Южной Корее при Министерстве труда создано Агентство по поддержке социального предпринимательства, а в 2011 г. в США объявлено о формировании «четвертого сектора экономики», на базе которого с использованием инноваций социального предпринимательства будут решаться социальные проблемы<sup>1</sup>.

Вместе с тем в условиях формирования модели социального государства полагаем возможным рассматривать принцип социальной направленности правового регулирования в качестве межотраслевого правового принципа. Такое предложение может быть аргументировано тем, что в финансово-правовой литературе принцип социальной направленности финансово-правового регулирования как один из основных принципов финансового права уже был сформулирован Н.И. Химичевой и в настоящее время поддерживается рядом ученых. Однако, по нашему мнению, на формирование модели социального государства должны быть направлены усилия всех отраслей российского гражданского законодательства, и в первую очередь - кодифицированных правовых актов. Поэтому принцип социальной направленности правового регулирования не может быть только гражданско-правовым или финансово-правовым, а должен быть межотраслевым.

Также нужно отметить значение антимонопольного законодательства, которое направлено не только на защиту прав конкретных предпринимателей, но и на предупреждение и пресечение нарушений свободы предпринимательства в целом в соответствии с целями Закона (ст. 1, п. 2, ФЗ «О защите конкуренции»<sup>2</sup>).

На защиту прав и интересов субъектов предпринимательской деятельности в отношениях с органами государственной и муниципальной власти

---

<sup>1</sup> Барков А.В. Социальная направленность предпринимательской деятельности как правовой принцип // Предпринимательское право. 2016. № 3. С. 21 - 24.

<sup>2</sup> Федеральный закон от 26.07.2006 № 135-ФЗ (ред. от 03.07.2016) «О защите конкуренции» // Собрание законодательства РФ. 2006. № 31 (1 ч.). Ст. 3434.

направлены положения п. 4 ст. 4 ФЗ «О саморегулируемых организациях»<sup>1</sup>, ст. 3, 23 ФЗ «О защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при осуществлении государственного контроля (надзора) и муниципального контроля»<sup>2</sup>. В соответствии с Федеральным законом от 07.05.2013 № 78-ФЗ «Об уполномоченных по защите прав предпринимателей в Российской Федерации»<sup>3</sup> в РФ создан государственный орган, обеспечивающий гарантии государственной защиты прав и законных интересов субъектов предпринимательской деятельности и соблюдение указанных прав органами государственной власти, органами местного самоуправления и должностными лицами - Уполномоченный при Президенте Российской Федерации по защите прав предпринимателей и его рабочий аппарат.

С учетом того, что отношения по поводу осуществления предпринимательской деятельности регулируются нормами различной отраслевой направленности, в теории права имеется проблема определения отраслевой принадлежности предпринимательства как вида общественных отношений.

Несмотря на то, что нормативное определение предпринимательской деятельности приводится в гражданском законодательстве, нормы, опосредующие такого рода отношения, содержатся в различных отраслях права (в том числе, и публичного характера).

Все эти разноотраслевые нормы, включая и нормы уголовного права, учитывают особый характер взаимодействия между экономическими субъектами. Это обусловлено тем, что особенности правового регулирования отношений в рамках установления уголовной ответственности зависят от специфики самих отношений, являющихся объектом преступления. Вследствие сказанно-

---

<sup>1</sup> Федеральный закон от 01.12.2007 № 315-ФЗ (ред. от 03.07.2016) «О саморегулируемых организациях» // Собрание законодательства РФ. 2007. № 49. Ст. 6076.

<sup>2</sup> Федеральный закон от 26.12.2008 № 294-ФЗ (ред. от 01.05.2017) «О защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при осуществлении государственного контроля (надзора) и муниципального контроля» // Собрание законодательства РФ. 2008. № 52 (ч. 1). Ст. 6249.

<sup>3</sup> Федеральный закон от 07.05.2013 № 78-ФЗ (ред. от 28.11.2015) «Об уполномоченных по защите прав предпринимателей в Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 2013. № 19. Ст. 2305.

го, рассматривая вопрос об уголовной ответственности за нарушение порядка осуществления предпринимательской деятельности, следует учитывать основные признаки предпринимательства как вида общественных отношений.

Предпринимательство является разновидностью человеческой деятельности. В то же время предпринимательская деятельность не является простой совокупности действий. Она состоит из связанных и последовательных предпринимательских мероприятий (действий), направленных к единой цели<sup>1</sup>. Правовое регулирование такого рода отношений осуществляется нормами различных отраслей права.

Вышесказанное предопределяет необходимость выработки универсального определения предпринимательской деятельности, которое было бы применимо к различным отраслям права, использующим данную категорию. Правовые режимы, объединяющие в себе различные правовые нормы, формируются применительно к различным видам деятельности, субъектам, объектам и др. Они могут быть юридико-технически разработанными и только формирующимися, эффективными и не очень эффективными, реальными и мнимыми, адекватными и неадекватными экономическим запросам и закономерностям.

Для того чтобы придать этим суждениям некоторую предметность, обратимся к примеру государственной регистрации и лицензирования предпринимательской деятельности. По мнению О.М. Олейник, регистрационный и лицензионный режим состоит из нескольких блоков правовых норм:

- а) норм позитивного права, устанавливающих, кто, в каком случае, где и в каком порядке должен проходить регистрацию и получать лицензию;
- б) норм административного права, предусматривающих ответственность за несоблюдение норм позитивного права;
- в) норм уголовного права, предусматривающих уголовно-правовую ответственность в этой сфере<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Белых В.С. Правовое регулирование предпринимательской деятельности в России: Монография. М.: Проспект, 2013. С. 23.

<sup>2</sup> Олейник О.М. Понятие предпринимательской деятельности: теоретические проблемы формирования // Предпринимательское право. 2015. №1. С. 5.

В действительности же необходимо сформировать единый институт лицензирования, который будет представлять собой комплексный правовой режим, охватывающий и негативные правовые последствия, применяемые в случае нарушения требований позитивного права. Такой правовой режим должен и может формироваться в соответствии с сущностью того или иного экономического поведения, а также с учетом тех целей, которых мы стремимся достичь, вводя те или иные правила.

Точно так же необходимо сформировать правовой режим предпринимательской деятельности, который будет эффективным за счет того, что будет точно отражать систему интересов и устанавливать их баланс в данной сфере. Для этого, в свою очередь, необходимо ясно сформулировать, что является предпринимательской деятельностью и чего мы хотим достичь в результате регулирования этой деятельности.

Кроме того, необходимо обратить внимание на то, что такой признак предпринимательской деятельности, как осуществление ее лицами, зарегистрированными в этом качестве в установленном законом порядке, является не конститутивным, а, скорее, формальным. Именно в силу этого можно говорить о незаконности предпринимательской деятельности, если она осуществляется с нарушением публичного требования о регистрации. Но сама деятельность с точки зрения гражданско-правовой квалификации должна рассматриваться как предпринимательская, и к ней должны применяться нормы, учитывающие особенности такой деятельности. Данный вывод, отчасти, подтверждается тем, что суд может применить к сделкам гражданина, осуществляющего предпринимательскую деятельность без образования юридического лица с нарушением требований о регистрации, правила законодательства об обязательствах, связанных с осуществлением предпринимательской деятельности.

Однако, как отмечается в литературе, учитывая, что данное определение содержится в статье ГК РФ, устанавливающей круг отношений, регулируемых ГК РФ, то данное определение нельзя рассматривать как общее понятие предпринимательской деятельности, в нем указывается, какая часть предпринима-

тельской деятельности, отношений связанных с осуществлением предпринимательской деятельности, подпадает под действие ГК РФ.

Поэтому в литературе можно встретить следующие выводы:

1. данное определение является отраслевым, устанавливающим, что в предпринимательской деятельности регулируется Гражданским кодексом РФ.
2. это определение не является универсальным и может использоваться в других отраслях права с некоторыми оговорками;
3. данное определение является неполным определением предпринимательской деятельности, т.к. не охватывает производство товаров;
4. для определения данной категории нужно обращаться к иным законам, однако, по мнению некоторых авторов, в них отсутствует содержательное определение указанного термина.<sup>1</sup>

## **1.2. Понятие предпринимательской деятельности в гражданском праве**

Впервые в российском законодательстве определение понятия «предпринимательская деятельность» нашло закрепление в Законе РСФСР от 25 декабря 1990 г. № 445-1 «О предприятиях и предпринимательской деятельности»<sup>2</sup>. Пункт 1 ст. 1 Закона гласил: «Предпринимательская деятельность (предпринимательство) представляет собой инициативную самостоятельную деятельность граждан и их объединений, направленную на получение прибыли... Она осуществляется гражданами на свой риск и под имущественную ответственность в пределах, определяемых организационно-правовой формой предприятия» (п. 2 ст. 1). «Предприятием является самостоятельный хозяйствующий субъект, созданный в порядке, установленном настоящим Законом, для производства продукции, выполнения работ и оказания услуг в целях удовлетворения общественных потребностей и получения прибыли» (п. 1 ст. 4).

Затем, претерпев некоторые изменения, определение появилось в абз. 3 п.

---

<sup>1</sup> Олейник О.М. Понятие предпринимательской деятельности: теоретические проблемы формирования // Предпринимательское право. 2015. №1. С. 5-7.

<sup>2</sup> Ведомости СНД РСФСР и ВС РСФСР. 1990. N 30. Ст. 418.

1 ст. 2 Гражданского кодекса Российской Федерации: «...предпринимательской является самостоятельная, осуществляемая на свой риск деятельность, направленная на систематическое получение прибыли от пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг лицами, зарегистрированными в этом качестве в установленном законом порядке». Данная дефиниция была закреплена в виде дополнения к положению о том, что «гражданское законодательство регулирует отношения между лицами, осуществляющими предпринимательскую деятельность, или с их участием, исходя из того, что...».

Многие цивилисты увидели в новелле доказательство отсутствия в России дуализма частного права. «Определение предпринимательской деятельности именно в кодексе Гражданском, а не Предпринимательском ознаменовало собой официально признанную победу цивилистического направления над хозяйственно-правовым», - полагала Л.В. Щенникова<sup>1</sup>. Между тем В.В. Лаптев справедливо указывал: «Будучи сформулированным в ГК РФ, данное определение ориентировано на отношения, регулируемые этим законом»<sup>2</sup>. По его мнению, предпринимательская деятельность гражданско-правовыми отношениями не исчерпывается: отношения по организации (регулированию) хозяйственной деятельности («отношения по вертикали») не основаны на равенстве, автономии воли и имущественной самостоятельности их участников<sup>3</sup>. При этом анализируемое определение согласно теории и сложившейся правоприменительной практике имеет межотраслевое значение. Более того, взяв на себя функцию регулирования частноправовых предпринимательских отношений, ГК РФ не предусмотрел сколько-нибудь стройную систему предпринимательских сделок.

Несмотря на многочисленные исследования проблемы определения поня-

---

<sup>1</sup> Щенникова Л.В. Предпринимательская деятельность как гражданско-правовая категория // Цивилистические записки: Межвуз. сб. науч. тр. М.; Екатеринбург, 2005. Вып. 4. С. 75.

<sup>2</sup> Предпринимательское (хозяйственное) право: Учебник / Под ред. В.В. Лаптева, С.С. Занковского. М., 2006. С. 21.

<sup>3</sup> Лаптев В.В. Предпринимательское право: понятие и субъекты. М., 1997. С. 6, 7; Предпринимательское (хозяйственное) право / Под ред. В.В. Лаптева, С.С. Занковского. С. 4, 6, 7; Клеандров М.И. Нефтегазовое законодательство в системе российского права. Новосибирск, 1999. С. 58, 59.

тия предпринимательской деятельности, данный вопрос в науке продолжает оставаться дискуссионным. При рассмотрении правовой природы предпринимательской деятельности важно учитывать, что ее невозможно определить без учета положений о предпринимательстве в экономической теории. В литературе отмечается, что термин «предпринимательство» стал использоваться в научных исследованиях давно и в процессе развития экономической теории содержание данного понятия менялось.

Представляется необходимым рассмотреть доктринальное и законодательное понимание предпринимательской деятельности.

В законодательстве термин «предпринимательская деятельность» употребляется в разном контексте и с разными целями. Так, налоговое законодательство говорит о предпринимательской деятельности с целью взыскания налогов, уголовное и административное законодательство - по поводу привлечения к ответственности за осуществление предпринимательской деятельности без лицензии.

В достаточных количествах отраслевых законов, например, о банковской, инвестиционной и иных видов деятельности, содержится термин «предпринимательская деятельность», однако не раскрывается его содержание.<sup>1</sup>

Общепринято, что более содержательное определение предпринимательской деятельности содержится в ст. 2 ГК РФ, установившей, что предпринимательской является самостоятельная, осуществляемая на свой риск деятельность, направленная на систематическое получение прибыли от пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг лицами, зарегистрированными в этом качестве в установленном законом порядке.

В п. 2 ст. 24 Федерального закона от 12 января 1996 г. «О некоммерческих организациях»<sup>2</sup> под предпринимательской деятельностью понимается приносящее прибыль производство товаров и услуг, отвечающих целям созда-

---

<sup>1</sup> Олейник О.М. Понятие предпринимательской деятельности: теоретические проблемы формирования // Предпринимательское право. 2015. № 1. С. 3-17.

<sup>2</sup> Федеральный закон от 12.01.1996 № 7-ФЗ (ред. от 19.12.2016) «О некоммерческих организациях» // Собрание законодательства РФ. 1996. № 3. Ст. 145.

ния некоммерческой организации, а также приобретение и реализация ценных бумаг, имущественных и неимущественных прав, участие в хозяйственных обществах и участие в товариществах на вере в качестве вкладчика.

Таким образом, определение предпринимательской деятельности, содержащееся в ФЗ «О некоммерческих организациях» несколько отличается от дефиниции, содержащейся в ст. 2 ГК РФ.

В тоже время ФЗ «О некоммерческих организациях», а также ГК РФ в отношении некоммерческих организаций употребляет термин «приносящая доход деятельность».

Важно заметить, что в течение нескольких последних лет наблюдается постепенная замена понятия «предпринимательская деятельность» в отношении некоммерческих организаций на термин «приносящая доход деятельность».

В Федеральном законе от 26 июля 2006 г. (в редакции от 13 июля 2015 г.) «О защите конкуренции» содержится близкое понятие через субъектный состав, определяя, кто является субъектом предпринимательской деятельности, и дается ссылка на понятие «товар». Данный закон содержит несколько ссылок, которые можно использовать для определения предпринимательской деятельности. Так, ст. 4 указанного закона определяет хозяйствующий субъект как коммерческую организацию, некоммерческую организацию, осуществляющую деятельность, приносящую ей доход. Под товаром понимается объект гражданских прав (в том числе работа, услуга, включая финансовую услугу), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

В Федеральном законе от 27 декабря 2002 г. (в редакции от 13 июля 2015 г.) «О техническом регулировании»<sup>1</sup> говорится в основном о результате предпринимательской деятельности - продукции. Так, в законе указывается, что он применяется при разработке, принятии, применении и исполнении обязательных требований к продукции, в том числе зданиям и сооружениям, или к про-

---

<sup>1</sup> Федеральный закон от 27.12.2002 № 184-ФЗ (ред. от 05.04.2016) «О техническом регулировании» // Собрание законодательства РФ. 2002. № 52 (ч. 1). Ст. 5140.

дукции и связанным с требованиями к продукции процессам проектирования (включая изыскания), производства, строительства, монтажа, наладки, эксплуатации, хранения, перевозки, реализации и утилизации.

При этом указанный закон под продукцией понимает результат деятельности, представленный в материально-вещественной форме и предназначенный для дальнейшего использования в хозяйственных и иных целях.

Рассмотрим доктринальные определения понятий «предпринимательская деятельность», «предпринимательство».

Под предпринимательством В.Д. Симоненко понимает создание фирм за счет собственных или заемных средств для производства и реализации товаров и услуг и получение на этой основе дохода.

Ю.А. Тихомиров добавляет, что это извлечение прибыли является целью хозяйственной деятельности<sup>1</sup>. М.В. Талан определяет предпринимательство как деятельность, направленную на максимизацию прибыли, содержание которой заключается в удовлетворении его путем продажи товаров. При этом безразлично, сам предприниматель организует продажу или выступает в качестве посредника. Разграничивая понятия «предпринимательство» и «бизнес» автор указывает, что это «не одно и то же». Бизнес имеет достаточно широкое толкование». Под бизнесом понимается любой вид экономической деятельности, приносящий доход или иные личные выгоды. В бизнесе принимают участие не только предприниматели, но и, к примеру, менеджеры, эксперты и др.<sup>2</sup>.

Понятие предпринимательской деятельности, которое дано в ст. 2 Гражданского кодекса РФ, подвергается жесткой критике со стороны многих ученых; указывается на его неоднозначное толкование в правоприменительной деятельности, ведущее к правовой неопределенности. Так, Л.В. Щенникова отмечает, что по существу ни один из признаков легального определения не может

---

<sup>1</sup> Тихомиров Ю.А. Предприниматель и закон: Практическое пособие. М., 1996. С. 4.

<sup>2</sup> Талан М.В. Преступления в сфере экономической деятельности: вопросы теории, законодательного регулирования и судебной практики: Дис. ... докт. юрид. наук. - Казань, 2002. С. 116.

быть принят как сущностный<sup>1</sup>.

В зарубежных правовых системах мы едва ли найдем аналогичное легальное определение. Во многих государствах существует так называемый дуализм частного права, который проявляется в существовании наряду с гражданским правом права торгового. Как правило, торговые кодексы оперируют понятием «коммерсант». Наиболее отчетливо данные понятия выведены во Французском и Германском торговых кодексах. А.А. Чукреев и Л.В. Зайцева верно отмечают, что, с одной стороны, раскрытие понятия «предпринимательская деятельность» в торговых кодексах Франции и Германии через описание видов коммерсантов или видов коммерческих сделок является казуистическим, но, с другой стороны, используемый в п. 1 ст. 2 ГК РФ комплексный юридико-технический прием является более казуистическим, так как данное в указанном пункте определение предпринимательской деятельности подлежит применению с учетом специальных норм иных законов, относящихся либо не относящихся тот или иной вид экономической активности к предпринимательству<sup>2</sup>.

Таким образом, существуют различные подходы: одни правовые системы характеризуют признаки деятельности как предпринимательской (РФ), другие - субъекта как коммерсанта (Франция, США). В Германии фактически используется смешанный подход: присутствует и казуистический перечень деятельности, требующей обязательной регистрации, и характеристика субъекта-коммерсанта.

Между тем даже в случае отсутствия в законодательстве четкой дифференциации на коммерсантов и некоммерсантов, как правило, почти все правовые системы выделяют особенности правового регулирования предприниматель-

---

<sup>1</sup> Щенникова Л.В. Предпринимательская деятельность как гражданско-правовая категория // Цивилистические записки: Межвузовский сборник научных трудов. Вып. 4. М.: Статут, 2005. С. 76.

<sup>2</sup> Чукреев А.А., Зайцева Л.В. Запрет на осуществление предпринимательской деятельности и сдача внаем (аренду) помещений государственными служащими // Юрист. 2013. № 1. С. 28.

ских отношений<sup>1</sup>.

При этом в российском Гражданском кодексе РФ имеется положение о том, что деятельность по существу являющаяся предпринимательской, но осуществляемая лицом, не зарегистрированным в качестве предпринимателя, должна квалифицироваться с правовой точки зрения в качестве предпринимательской. Таким образом, к ней должны применяться нормы, учитывающие особенности такой деятельности.

В Торговых кодексах Испании и Португалии содержится сходное правило: положения Торгового кодекса распространяются на указанные в нем торговые сделки вне зависимости от того, совершены они коммерсантом или нет<sup>8</sup>. При этом какой-либо контролирующий орган не вправе потребовать от физического лица, осуществляющего предпринимательскую деятельность, государственной регистрации.

ГК РФ, несмотря на отсутствие в нем понятия торговой сделки, предусматривает целый комплекс особенностей правового регулирования предпринимательских отношений. Среди них можно назвать ответственность независимо от вины (п. 3 ст. 401 ГК РФ); ряд особых договорных конструкций, использовать которые можно лишь в предпринимательских целях (договоры поставки, лизинга, простого товарищества, коммерческой концессии и др.), коммерческое представительство (ст. 184 ГК РФ); солидарность обязательств (п. 2 ст. 322 ГК РФ; аналогичное правило содержится в ст. 100 Торгового кодекса Португалии), особые способы реализации заложенного имущества (п. 2 ст. 350.1 ГК РФ) и др. Ряд специальных положений предусмотрен также в части второй ГК РФ применительно к отдельным договорным моделям.

В зарубежном гражданском праве для торговых сделок также предусмотрены определенные особенности, среди которых упрощение формы заключения сделок, законный процент возмещения кредитору за убытки, упрощенный по-

---

<sup>1</sup> Пьянкова А.Ф. Понятие предпринимательской деятельности в российском и зарубежном праве // Предпринимательское право. 2017. № 1. С. 20.

рядок реализации заложенного имущества<sup>1</sup>.

Как видно, применение указанных особенностей предпринимательских отношений в России, как правило (с учетом п. 4 ст. 23 ГК РФ), определяется не фактом наличия у лица статуса индивидуального предпринимателя, а самим характером правоотношений. Норма, аналогичная п. 4 ст. 23 ГК РФ, содержится в абз. 4 п. 2 ст. 11 Налогового кодекса Российской Федерации.<sup>2</sup>

Вышеуказанное понятие предпринимательской деятельности, как справедливо указывает И.В. Ершова, является универсальным и применимо к отношениям как частноправового, так и публично-правового характера<sup>3</sup>.

В то же время межотраслевые связи гражданского права с другими отраслями не всегда согласованы.

Так, согласно п. 1 ст. 27 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации<sup>4</sup> арбитражному суду подведомственны дела по экономическим спорам и другие дела, связанные с осуществлением предпринимательской и иной экономической деятельности. Арбитражным судам в силу закона подведомственны лишь дела с участием юридических лиц и индивидуальных предпринимателей (за исключением небольшого числа споров, отнесенных к подведомственности арбитражных судов независимо от субъектного состава, например дела о банкротстве, корпоративные споры). На это же указывает и толкование высших судебных инстанций<sup>5</sup>.

Таким образом, даже если спор фактически вытекает из предпринимательских отношений, но хотя бы один из его участников не имеет статуса индивидуального предпринимателя (или прекратил его до принятия искового заяв-

---

<sup>1</sup> Гражданское и торговое право зарубежных государств: Учебник: В 2 т. / Отв. ред. Е.А. Васильев, С.А. Комаров. Т. 1. М.: Международные отношения, 2004. С. 169.

<sup>2</sup> Налоговый кодекс Российской Федерации (часть первая) от 31.07.1998 № 146-ФЗ (ред. от 28.12.2016) // Собрание законодательства РФ. № 31. 1998. Ст. 3824.

<sup>3</sup> Ершова И.В. Понятие предпринимательской деятельности в теории и судебной практике // Lex russica. 2014. № 2. С. 162.

<sup>4</sup> Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации от 24.07.2002 № 95-ФЗ (ред. от 28.05.2017) // Собрание законодательства РФ. 2002. № 30. Ст. 3012.

<sup>5</sup> Постановление Пленума Верховного Суда РФ, ВАС РФ N 12/12 от 18 августа 1992 г. «О некоторых вопросах подведомственности дел судам и арбитражным судам» // Вестник ВАС РФ. 2005. № 12.

ления к производству суда), то данный спор будет подведомственен не арбитражному суду, а суду общей юрисдикции.

За рубежом, как правило, отсутствуют специальные суды исключительно для предпринимателей, однако в целом характерна тенденция к специализации судов. Например, в Германии наряду с Верховным судом и судами земель функционируют суды по трудовым делам, по социальным вопросам, финансовые и административные суды. Во Франции торговые споры хотя и рассматриваются судами общей юрисдикции, однако для их рассмотрения характерен целый ряд особенностей, в том числе устность, короткие сроки рассмотрения дел и т.д.<sup>1</sup>

Охранительные отрасли права предусматривают за отсутствие государственной регистрации ответственность, причем зачастую довольно жесткую. В соответствии с ч. 1 ст. 14.1 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях такое деяние влечет наложение административного штрафа в размере от пятисот до двух тысяч рублей<sup>2</sup>. Если же предпринимательская деятельность, осуществляемая без государственной регистрации, принесла крупный доход либо причинила крупный ущерб (более 1,5 млн руб.), ответственность нести придется уже в рамках Уголовного кодекса Российской Федерации (далее - УК РФ): согласно ст. 171 УК РФ она наказывается штрафом в размере до трехсот тысяч рублей или в размере заработной платы или иного дохода осужденного за период до двух лет, либо обязательными работами на срок до четырехсот восьмидесяти часов, либо арестом на срок до шести месяцев.

В большинстве уголовных кодексов развитых стран отсутствуют подобного рода нормы - наказывается деятельность, изначально запрещенная для всех хозяйствующих субъектов, относящаяся к исключительной монополии

---

<sup>1</sup> Гражданское и торговое право зарубежных стран: Учеб. пособие / Под общ. ред. В.В. Безбаха и В.К. Пучинского. М.: МЦФЭР, 2004. С. 693 - 695.

<sup>2</sup> Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях" от 30.12.2001 № 195-ФЗ (ред. от 07.06.2017) // Собрание законодательства РФ. 2002. № 1 (ч. 1). Ст. 1.

государства, а также связанная с нарушением порядка обращения объектов повышенной опасности. В уголовных кодексах некоторых стран имеются нормы, по содержанию тождественные уголовно-правовому запрету незаконного предпринимательства: осуществление деятельности без государственных полномочий (§ 131 УК Дании), осуществление профессиональной деятельности без лицензии (ст. 436 УК Голландии) и др. Характерно, что в Голландии под предпринимателем понимается любое лицо, осуществляющее предпринимательскую деятельность. В то же время большинство уголовно-правовых норм, связанных с неправомерным осуществлением предпринимательской или профессиональной деятельности, относится к проступкам<sup>1</sup>.

Представляется, что с учетом положений регулятивного закона (п. 4 ст. 23 ГК РФ, абз. 4 п. 2 ст. 11 НК РФ) наличие в охранительном законе таких жестких норм об ответственности за осуществление предпринимательской деятельности лицом, не зарегистрировавшимся в данном качестве, не соответствует даже формальной логике. Полагаем, что данное деяние должно быть декриминализовано<sup>2</sup>. В качестве альтернативы можно рассматривать французский вариант - иск об обязанности произвести государственную регистрацию в качестве индивидуального предпринимателя.

Этот вопрос особенно актуален в связи с неопределенностью самого понятия предпринимательской деятельности, о чем говорилось выше. Поэтому думается, что наличие перечня видов деятельности, осуществление которой требует обязательной государственной регистрации в качестве индивидуального предпринимателя (по аналогии с законодательством Германии и некоторых других стран), пусть даже такой перечень изначально будет неполным и неточным, способствовал бы достижению правовой определенности и препятствовал бы вынесению незаконных решений о привлечении лиц к публично-правовой

---

<sup>1</sup> Плотников С.А. Уголовная ответственность за незаконное предпринимательство: Автореф. дис. ... к. ю. н. М., 2003. С. 11 - 12.

<sup>2</sup> Более подробную аргументацию см.: Попов М.Н., Пьянкова А.Ф. Сдача недвижимого имущества в аренду как незаконное предпринимательство // Адвокат. 2014. № 3. С. 31 - 43.

ответственности.

Подобного рода перечень мог бы быть внесен в п. 2 ст. 23 ГК РФ и мог бы включать систематически совершаемые лицом в качестве профессии сделки: по созданию, переработке, купле-продаже имущества, выполнению работ или оказанию услуг (в том числе комиссии, хранения, предоставления имущества во временное пользование), если при этом используется труд иных лиц; по перевозке; посредничеству по сделкам с недвижимым имуществом.

Ряд авторов придерживается точки зрения, согласно которой «предпринимательство» и «предпринимательская деятельность» - понятия идентичные, что не совсем представляется верным.

На наш взгляд, законодательная дефиниция, закрепленная в Гражданском кодексе Российской Федерации, должна быть облечена в более корректную форму, должна быть более универсальной и носить комплексный характер.

Представляется наиболее целесообразной следующая редакция определения, закрепленного в абз. 3 п. 1 ст. 2 ГК РФ: «Предпринимательской является, если иное не предусмотрено законом, систематически осуществляемая деятельность, основная цель которой - получение прибыли. Систематическим осуществлением деятельности по смыслу настоящей статьи является совершение лицом сделки либо взаимосвязанных сделок с учетом ее (их) характера и существа складывающихся правоотношений, а также действий, направленных на исполнение обязательств, возникающих из такой сделки (сделок), необходимых для достижения основной цели этой деятельности в течение соответствующего периода». Попытку более подробного описания нормативного значения данного в ГК РФ определения предпринимательской деятельности предпринял Минфин России в письме от 14 января 2005 г. № 03-05-01-05/3.

Несмотря на то, что письмо посвящено определению предпринимательской деятельности граждан, описанные в нем признаки и характеристики такой деятельности применимы и к юридическим лицам.

### 1.3. Классификация признаков предпринимательской деятельности

Предпринимательская деятельность является разновидностью человеческой деятельности, если говорить точнее – разновидностью экономической деятельности. Экономическая деятельность в целом может рассматриваться как любой процесс, направленный на воспроизводство материальных благ. Уже это позволяет сделать вывод о том, что предпринимательство является частью экономического процесса. Рассматривая предпринимательскую деятельность с точки зрения права, важнейшей задачей видится отграничение такой деятельности от иных видов, которые также опосредуются правовыми нормами. В этой связи необходимо уделить особое внимание признакам предпринимательской деятельности, которые вытекают из легального определения.

Несмотря на то, что со времени восстановления российского предпринимательства прошло более четверти века, в отечественной юриспруденции к настоящему времени не сложилось единого мнения относительно понятия и признаков предпринимательской деятельности. Более того, отдельные авторы, в частности О.М. Олейник, делают вывод о том, что в настоящее время в российском праве нет легального определения предпринимательской деятельности<sup>1</sup>.

Вместе с тем анализ соответствующих правоположений и формирующейся правоприменительной практики указывает на неоднозначный подход к пониманию нормативно-правовых признаков предпринимательской деятельности также со стороны законодателя и судебных органов.

Нормативное понятие предпринимательской деятельности дается в рамках гражданского законодательства. Так, согласно абз. 3 п. 1 ст. 2 Гражданского кодекса РФ предпринимательской является самостоятельная, осуществляемая на свой риск деятельность, направленная на систематическое получение прибыли от пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг лицами, зарегистрированными в этом качестве в установленном

---

<sup>1</sup> Олейник О.М. Формирование критериев квалификации предпринимательской деятельности в судебной практике // Предпринимательское право. 2013. № 1. С. 3.

законом порядке.

На основе анализа данного определения можно вывести следующие признаки: 1) самостоятельность деятельности; 2) рисковый характер; 3) систематичность; 4) направленность на получение прибыли; 5) наличие государственной регистрации субъекта осуществления предпринимательской деятельности. Данные признаки, полагаем, неоднородны по своему характеру. Первые четыре признака, действительно, можно рассматривать как сущностные. Последний, по нашему мнению, является сугубо формальным. Это связано с тем, что наличие государственной регистрации всего лишь свидетельствует о законности осуществления данной деятельности. Однако, в случае осуществления таковой деятельности без государственной регистрации, последняя также может расцениваться как предпринимательская.

Как известно, для законного осуществления предпринимательской деятельности в нашей стране российские граждане и организации обязаны пройти государственную регистрацию в качестве либо индивидуального предпринимателя или крестьянского (фермерского) хозяйства (не являющегося юридическим лицом), либо юридического лица. Законодатель последовательно обеспечивает соблюдение указанного требования: его неисполнение влечет административную или уголовную ответственность.

В научной литературе данный вопрос, хотя и не единодушно, но в большинстве случаев решается также в пользу признания государственной регистрации в качестве внешнего атрибута предпринимательской деятельности. Данная деятельность при условии наличия государственной регистрации приобретает законный характер. Например, И.В. Ершова выделяет следующие признаки предпринимательской деятельности: самостоятельность осуществления, наличие предпринимательского риска, систематическое получение прибыли, а также государственную регистрацию. При этом сразу же отмечается, что наличие государственной регистрации является формальным признаком, в отличие

от остальных, которые рассматриваются как сущностные<sup>1</sup>.

В.С. Белых также отмечает, что самостоятельность осуществления, систематический характер осуществления и систематичность в извлечении прибыли, наличие предпринимательского риска являются сущностными признаками предпринимательской деятельности. При этом признак легитимации относится к числу внешних признаков такой деятельности.<sup>2</sup>

В.В. Гущин и Ю.А. Дмитриев предлагают рассматривать необходимость регистрации при осуществлении предпринимательской деятельности не в качестве признака, а условия законности его осуществления<sup>3</sup>. В этой связи можно добавить, что государственная регистрация в качестве предпринимателя может рассматривать в качестве элемента правового статуса личности<sup>4</sup>.

В целом вполне можно согласиться с представленными суждениями, добавив в качестве дополнительных аргументов следующее. В соответствии с п. 4 ст. 23 Гражданского кодекса РФ «Гражданин, осуществляющий предпринимательскую деятельность без образования юридического лица с нарушением требований пункта 1 настоящей статьи, не вправе ссылаться в отношении заключенных им при этом сделок на то, что он не является предпринимателем. Суд может применить к таким сделкам правила настоящего Кодекса об обязательствах, связанных с осуществлением предпринимательской деятельности». Таким образом, видно, что законодатель распространяет правила, устанавливающие особенности правового регулирования предпринимательской деятельности, на такие отношения, которые соответствуют признакам такой деятельности, но осуществляются без государственной регистрации гражданина в качестве индивидуального предпринимателя.

---

<sup>1</sup> Российское предпринимательское право: Учебник / Отв. ред. И.В. Ершова, Г.Д. Отнюкова. М.: Проспект, 2012. С. 19-24.

<sup>2</sup> Предпринимательское право России: Учебник / Отв. ред. В.С. Белых. М.: Проспект, 2008. С. 10-14.

<sup>3</sup> Гущин В.В., Дмитриев Ю.А. Российское предпринимательское право: Учебник. М.: Изд-во Эксмо, 2005. С. 10.

<sup>4</sup> Витрук Н.В. Общая теория правового положения личности. М.: НОРМА, 2008. С. 237.

Получается, что необходимость соответствующей регистрации не является существенным признаком предпринимательской деятельности: при отсутствии только его она не перестает быть предпринимательской, но становится незаконной. А потому правильнее было бы вынести данный атрибут за рамки рассматриваемого легального определения и закрепить его в виде одной из основных обязанностей отечественных предпринимателей (такое закрепление фактически было сделано в п. п. 1, 5 ст. 23, п. п. 1, 3 ст. 50, ст. 51 ГК РФ).

Нельзя не согласиться с мнением тех ученых, которые выступают за декриминализацию предпринимательской деятельности, осуществляемой без государственной регистрации (ст. 171 УК РФ). При этом они учитывают недостаточную определенность легальной дефиниции такой деятельности и существенность ограничения уголовным законом конституционного права каждого человека на занятие последней<sup>1</sup>.

Следует подчеркнуть, что в целях выявления в той или иной деятельности признаков предпринимательства анализируемой легальной дефиниции недостаточно, необходимо учитывать специальное законодательство.

Так, в силу ст. 2 Федерального закона от 7 июля 2003 г. № 112-ФЗ «О личном подсобном хозяйстве»: «личное подсобное хозяйство - форма предпринимательской деятельности по производству и переработке сельскохозяйственной продукции» (п. 1); «реализация гражданами, ведущими личное подсобное хозяйство, сельскохозяйственной продукции, произведенной и переработанной при ведении личного подсобного хозяйства, не является предпринимательской деятельностью» (п. 4).

Согласно ст. 1 Основ законодательства Российской Федерации о нотариате<sup>2</sup> деятельность нотариусов, занимающихся частной практикой, не относится к предпринимательской, а с точки зрения буквального толкования признаков, закрепленных в абз. 3 п. 1 ст. 2 ГК РФ, такой вывод не очевиден. Получается, ес-

---

<sup>1</sup> Васильчиков И.С. Преступления в сфере экономики. Ростов н/Д, 2007. С. 24 - 26; Концепция модернизации уголовного законодательства в экономической сфере. М., 2010.

<sup>2</sup> Основы законодательства Российской Федерации о нотариате от 11 февраля 1993 г. № 4462-1 (с изм. от 23 июня 2014 г.) // Ведомости СНД РФ и ВС РФ. 1993. № 10. Ст. 357.

ли учитывать недостаточную конкретность анализируемого законодательного определения, в ряде законов можно обнаружить исключения из него: некоторые формы экономической активности по соображениям политико-правового характера отнесены законодателем к видам экономической деятельности, не являющейся предпринимательством. При этом в самой норме возможность таких исключений прямо не предусмотрена. На наш взгляд, правильнее было бы данную возможность в ней все-таки предусмотреть.

Частной практикой признается адвокатская деятельность (п. 2 ст. 1 Федерального закона от 31 мая 2002 г. N 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации»<sup>1</sup>), профессиональная деятельность арбитражных управляющих (п. 1 ст. 20 Федерального закона от 26 октября 2002 г. N 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» - с 1 января 2011 г.). Не считается предпринимательством деятельность медиатора (п. 3 ст. 15 Федерального закона от 27 июля 2010 г. N 193-ФЗ «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)»).

Из изложенного следует, что легальное определение понятия «предпринимательская деятельность» требует совершенствования. Однако Концепция развития гражданского законодательства и разрабатываемые в рамках ее реализации законопроекты не предусматривают каких-либо ее изменений.

Такой подход обнаруживается не только в нашем государстве, но и в иных национальных правовых системах. Так, в Торговых кодексах Испании и Португалии содержится сходное правило: положения Торгового кодекса распространяются на указанные в нем торговые сделки вне зависимости от того, совершены они коммерсантом или нет<sup>2</sup>. При этом какой-либо контролирующий орган не вправе потребовать от физического лица, осуществляющего предпринимательскую деятельность, государственной регистрации. Во Франции,

---

<sup>1</sup> Федеральный закон от 31.05.2002 № 63-ФЗ (ред. от 02.06.2016) «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 2002. № 23. Ст. 2102.

<sup>2</sup> Гражданское, торговое и семейное право капиталистических стран: Сб. норм. актов. Обязательственное право: Учеб. пособие / Под ред. В.К. Пучинского, М.И. Кулагина. М.: Изд-во УДН, 1986. С. 212, 259 - 260.

напротив, если коммерсант - физическое лицо не потребует своей регистрации в течение предписанного срока, то судья по собственной инициативе или по требованию прокурора республики или любого заинтересованного лица выносит постановление, предписывающее этому коммерсанту подать ходатайство о регистрации (ст. 58 ФТК).

Отметим, что в Коммерческом кодексе Франции и Торговом уложении Германии понятие предпринимательской деятельности по существу не определено, оно раскрывается относительно казуистически через описание видов коммерческих актов и коммерсантов или коммерсантов и торговых сделок. В России используется комплексный юридико-технический прием: понятие предпринимательской деятельности дается через закрепление в абз. 3 п. 1 ст. 2 ГК РФ его определения, которое подлежит применению с учетом специальных норм ГК РФ и специальных законов, относящих либо не относящих тот или иной вид экономической активности к предпринимательству.

Интересно, что в п. 1 § 344 Торгового уложения Германии закреплена презумпция торговой сделки: «Осуществляемые коммерсантом сделки считаются, если не доказано иное, относящимися к его коммерческой деятельности». Аналогичная презумпция была бы полезна и в нашем праве, в ГК РФ ее можно закрепить в абз. 3 п. 1 ст. 2, например, в таком виде: «Совершаемые коммерческой организацией сделки считаются, если не доказано иное, относящимися к предпринимательской деятельности такой организации». Данная презумпция в силу п. 3 ст. 23 ГК РФ подлежала бы применению и к индивидуальным предпринимателям, «если иное не вытекает из закона, иных правовых актов или существа правоотношения».

ГК РФ, несмотря на отсутствие в нем понятия торговой сделки, предусматривает целый комплекс особенностей правового регулирования предпринимательских отношений. Среди них можно назвать ответственность независимо от вины (п. 3 ст. 401 ГК РФ); ряд особых договорных конструкций, использовать которые можно лишь в предпринимательских целях (договоры поставки, лизинга, простого товарищества, коммерческой концессии и др.), ком-

мерческое представительство (ст. 184 ГК РФ); солидарность обязательств (п. 2 ст. 322 ГК РФ; аналогичное правило содержится в ст. 100 Торгового кодекса Португалии), особые способы реализации заложенного имущества (п. 2 ст. 350.1 ГК РФ) и др. Ряд специальных положений предусмотрен также в части второй ГК РФ применительно к отдельным договорным моделям<sup>1</sup>.

Такое законодательное решение видится вполне разумным. Особенности правового регулирования устанавливаются в зависимости от специфики существа регулируемых отношений. Если какая-либо деятельность соответствует признакам предпринимательской (самостоятельность, рисковый характер, систематичность в осуществлении и направленность на систематическое извлечение прибыли), то она должна быть квалифицирована в качестве таковой вне зависимости от того, имеет ли осуществляющий ее субъект статус предпринимателя. Например, правило о безвиновной гражданско-правовой ответственности в предпринимательской деятельности имеет значение вне зависимости от формализации статуса ее субъекта.

Таким образом, считаем, что к легальным признакам предпринимательской деятельности необходимо относить следующие: 1) самостоятельность осуществления; 2) наличие рискового характера; 3) систематичность в осуществлении; 4) направленность на систематическое получение прибыли. Наличие же государственной регистрации должно рассматриваться только в качестве условия законности такой деятельности, но не в виде сущностного его признака.

---

<sup>1</sup> Пьянкова А.Ф. Понятие предпринимательской деятельности в российском и зарубежном праве // Предпринимательское право. 2017. № 1. С. 19.

## 2. ПРИЗНАКИ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

### 2.1. Самостоятельность осуществления как признак предпринимательской деятельности

Предпринимательская деятельность - это самостоятельная деятельность. Данный признак опирается на одну из основ конституционного строя - свободу экономической деятельности, которая неразрывно связана с необходимостью обеспечения единства экономического пространства и конкуренции, а также гарантирования права каждого на свободное использование своих способностей и имущества для предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности (п. 1 ст. 8, п. 1 ст. 34 Конституции Российской Федерации). Таким образом, предпринимательская деятельность - разновидность деятельности экономической, любому виду которой гарантируется свобода.

На основании изложенного, А.А. Чукреев<sup>1</sup> делает вывод о том, что признак самостоятельности есть не сущностный признак предпринимательской деятельности, так как он в той или иной степени присущ любой экономической деятельности и «любой свободной деятельности»<sup>2</sup> вообще.

При этом проявлением инициативы является не любая деятельность.

Инициатива может быть обнаружена только в активной, самостоятельной и свободной предпринимательской деятельности. Можно сказать, что самостоятельность в осуществлении предпринимательской деятельности предполагает, прежде всего, наличие вариантов альтернативного поведения при использовании имущества, свободу договора, инициативную позицию в выборе организационно-правовой формы.

Следует заметить, что самостоятельность как признак предпринимательской деятельности указан в легальном определении предпринимательской деятельности, данному в ГК РФ.

---

<sup>1</sup> Чукреев А.А. К проблеме легального определения предпринимательской деятельности // Российский юридический журнал. 2015. № 2. С. 106.

<sup>2</sup> Попондопуло В.Ф. Коммерческое (предпринимательское) право: Учебник. М., 2008. С. 19.

Поэтому представляется верной точка зрения, согласно которой самостоятельность является неотъемлемым признаком предпринимательской деятельности.

Однако представляется необходимым детально раскрыть составляющие самостоятельности предпринимательской деятельности: организационную и имущественную самостоятельность.

Во-первых, предпринимательская деятельность – деятельность самостоятельная. Законодатель не случайно ставит в определении предпринимательской деятельности этот признак на первое место. Получение прибыли, риск – лишь результат самостоятельности.

Отсутствие самостоятельности не позволило бы предпринимателю по своему усмотрению распоряжаться имуществом, выполнять работы, оказывать услуги.

Без самостоятельности предпринимательской деятельности сложно было бы говорить и о риске. Поэтому, если деятельность лица не является самостоятельной, то она не относится к предпринимательской.

Самостоятельность предпринимательской деятельности обусловлена многообразием форм собственности и их юридическим равенством.

Признак самостоятельности указывает на волевой источник предпринимательской деятельности. Граждане и юридические лица самостоятельно, т.е. своей властью и в своем интересе, осуществляют предпринимательскую деятельность.

Они сами устанавливают, каким видом предпринимательской деятельности заниматься, определяют методы ведения хозяйства, способы получения прибыли и т.д.

Наличие юридически уравненных форм собственности (государственной, муниципальной, частной и иных) создает условия для самостоятельной и не зависимой деятельности на рынке. Каждый из участников хозяйственной деятельности независимо от формы собственности вступает в предпринимательские отношения с другими участниками от своего имени, самостоятельно реа-

лизует предоставленные ему права и обязанности.

Самостоятельность предпринимательской деятельности основывается на обособленности имущества хозяйствующих субъектов. Форма такого обособления – баланс. Каждый предприниматель самостоятельно ведет баланс, осуществляет учет и оценку имеющегося у него имущества. Именно наличие обособленного имущества и правомочия владения, пользования и распоряжения им дают возможность предпринимателю самостоятельно решать, каким образом для получения какой-либо выгоды в виде плодов, продукции, доходов. Никто не может навязать предпринимателю свое мнение по вопросам использования имущества.

Современное российское правоведение по каким-то причинам расширяет границы предпринимательской самостоятельности. Во-первых, более «самостоятельными» у нас вдруг становятся не только граждане, но и остальные субъекты ПД. Во-вторых, в современной правовой доктрине термин «самостоятельность» начинает отделять предпринимателей не только от государства, но и от всех остальных субъектов права. Например, аргументируя наличие превосходства предпринимателя в плане организационной самостоятельности, часто сравнивают его правовое положение с наемным работником, субъектом трудовых отношений. Правильно ли это?

Действительно, если сопоставить универсальную правоспособность коммерческих организаций со специальной или ограниченной правоспособностью некоммерческих юридических лиц, то превосходство первых в плане самостоятельности еще как-то можно обосновать. Но при сопоставлении степени самостоятельности индивидуального предпринимателя и обычного физического лица такого превосходства обнаружить не удастся.

Как известно, по достижении определенного возраста у нас все одинаково самостоятельны. Кроме того, необходимо вспомнить, что сама возможность заниматься ПД является элементом общегражданской правоспособности. А разве часть бывает больше целого? Можно утверждать, что обычный дееспособный гражданин более самостоятелен. Например, при желании он может поступить

на государственную службу, а предприниматель - нет.

Что касается трудовых правоотношений. Превосходство предпринимателя над наемным работником по степени самостоятельности обычно иллюстрируют следующим образом: предприниматель волен выбирать контрагентов, сферу применения своих способностей, устанавливать условия труда (в смысле он может вообще не ходить на «работу»). А наемный работник подчиняется правилам внутреннего трудового распорядка и его могут уволить за прогул. Остается спросить, а разве наемный работник не свободен в выборе профессии, места работы и работодателя? Не потеряет ли предприниматель за свои «прогулы» выручку, клиента, долю рынка?

Предлагаемое сравнение по меньшей мере некорректно. Это попытка сопоставлять понятия, полученные в результате деления по различным основаниям. Что-то по типу: железные качели лучше, чем зеленые. У наемного работника правоспособность трудовая, у предпринимателя - гражданско-правовая. В пределах своей правоспособности все субъекты права одинаково самостоятельны.

По существу самостоятельность предпринимателя иллюзорна и явно преувеличена. Предприниматель столь же жестко «вписан» в социальную структуру рыночного общества, как и все остальные. С учетом этой позиции у нас все предпринимательство социальное, а не только то, которое зарабатывает деньги путем оказания социальных услуг.

Выгодно ли от других участников гражданского оборота проявляется самостоятельность предпринимателя в следующих ситуациях: ПД является единственно возможным вариантом самозанятости; деятельность ведется в условиях высокой конкуренции, монополизированного или неразвитого рынка; предприниматель является элементом коммерческого объединения; не имеет доступа к ресурсам; находится в процессе банкротства?.. Нет. Все его решения predetermined, выбор невелик, если вообще возможен. Никаких преимуществ у предпринимателя в плане самостоятельности нет.

Рассматриваемый признак вполне можно положить в основу видовой

классификации предпринимателей, и с одного конца элементов этого ряда будут собственники средств производства, на которых работают огромные трудовые коллективы, а с другого - стартаперы, из активов у которых только долги и собственные руки... Но это все не видовые, а внутривидовые характеристики<sup>1</sup>.

Надо сказать, что названные крайние позиции этого предпринимательского ряда фактически выбиваются за рамки легального определения ПД. Первые в силу того, что не ведут активной деятельности, имея в собственности ценные бумаги, доли, средства производства и другое имущество - самостоятельно работающие, самовозрастающие стоимости, или капитал, по определению К. Маркса. Это не предприниматели, их правильнее называть капиталистами, инвесторами, рантье... Стоящие на другом конце гомологического ряда, «простейшие» предприниматели сливаются уже с иным видом социальной активности - трудовой деятельностью. Кстати говоря, ранее, в советском законодательстве, существовал более точный термин для определения этого состояния - «индивидуальная трудовая деятельность».

## **2.2. Рисковый характер как признак предпринимательской деятельности**

Предпринимательская деятельность - деятельность, осуществляемая на свой риск. Указанный признак также именуется рисковым характером предпринимательской деятельности<sup>2</sup>. Однако практически любая деятельность сопряжена с теми или иными рисками. Не исключение и предпринимательская деятельность, в которой риск - возможная экономическая неэффективность предпринимателя: превышение его расходов над доходами (убытки) и (или) неполучение ожидаемой прибыли. Конечно, предпринимательский риск имеет свою специфику, его страхование выделено в особую разновидность имуще-

---

<sup>1</sup> Воронцов С.Г. Легальные признаки предпринимательской деятельности: проблемы терминологической определенности // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2016. № 4. С. 405.

<sup>2</sup> Белых В.С. Указ. соч. С. 43; Предпринимательское право России: Учебник / Отв. ред. В.С. Белых. М., 2010. С. 13.

ственного страхования (подп. 3 п. 2 ст. 929, ст. 933 ГК РФ). Однако нужно заметить, что в анализируемой легальной дефиниции сущность, особенности риска (рисков) не раскрываются.

Представляется верной позиция, согласно которой рисковый характер предпринимательства является основным признаком, отличающим предпринимательскую деятельность от хозяйственной деятельности, иных видов деятельности.

Следует заметить, что в литературе можно встретить позицию, согласно которой риск не является сущностным признаком, т.к. почти любая деятельность сопряжена с определенными рисками.

Так, например, А.А. Чукреев пишет, что речь здесь идет не столько о самом рисковом характере предпринимательской деятельности, сколько о том, что предприниматель риск своей экономической неэффективности несет на себе.<sup>1</sup> Конечно, «риск и ответственность - оборотная сторона предпринимательской деятельности», «риск - логическое продолжение самостоятельности предпринимателя», как и его имущественная ответственность. Так, при несостоятельности (банкротстве) юридического лица или индивидуального предпринимателя по общему правилу никто не обязан оказывать им финансовую помощь. Между тем, как и риск, имущественная ответственность или банкротство не являются прерогативой, отличительной чертой предпринимательства.

С предпринимательским риском нередко связывают и особую ответственность предпринимателя за нарушение обязательств, точнее то, что она согласно п. 3 ст. 401 ГК наступает в порядке исключения из общего правила, установленного в п. 1 ст. 401 ГК РФ, независимо от вины (если иное не предусмотрено законом или договором). Однако нельзя забывать, что принцип, закрепленный п. 3 ст. 401 ГК РФ, «является оригинальным по сравнению не только с российской дореволюционной гражданско-правовой доктриной, но и с со-

---

<sup>1</sup> Лебедев К.К. Предпринимательское и коммерческое право: системные аспекты (предпринимательское и коммерческое право в системе права и законодательства, системе юридических наук и учебных дисциплин). СПб., 2002. С. 77

временным законодательством стран континентальной Европы»<sup>1</sup>. И порожденный данной новеллой особый юридический риск обусловлен не столько сущностью предпринимательской деятельности, сколько правовой политикой. При этом практика демонстрирует немало примеров, когда суды, возлагая ответственность на предпринимателя на основании п. 3 ст. 401 ГК РФ, ссылаются на то, что предпринимательская деятельность осуществляется в соответствии с абз. 3 п. 1 ст. 2 ГК РФ на свой риск<sup>2</sup>. Правда, такие ссылки в мотивировочных частях судебных актов носят факультативный характер, они являются попытками доктринального подкрепления применения соответствующих санкций, но такие попытки, на наш взгляд, избыточны.

Более того, никакой конкретный риск не может выводиться из указания абз. 3 п. 1 ст. 2 ГК РФ на то, что предпринимательская деятельность осуществляется «на свой риск», так как такая установка - всего лишь констатация самостоятельности имущественной ответственности предпринимателей, вытекающей из основных начал гражданского законодательства (ст. 1 ГК РФ) и прямо закрепленной специальными нормами права (ст. ст. 24, 56 ГК РФ). Тем не менее в правоприменительной практике можно встретить и случаи, когда при возложении на субъектов предпринимательской деятельности каких-либо неблагоприятных последствий суды в подкрепление своих выводов ссылаются на риск, упомянутый в абз. 3 п. 1 ст. 2 ГК РФ. Например, необоснованные, на наш взгляд, ссылки нередко делаются при применении так называемой доктрины должной осмотрительности при выборе контрагента в налоговых спорах<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право: Общие положения. М., 2011. С. 609.

<sup>2</sup> Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 26 января 2011 г. по делу № А82-2638/2010 // СПС Консультант Плюс: Судебная практика; Постановление ФАС Московского округа от 23 июня 2014 г. № Ф05-4204/2014 по делу № А40-132600/13 // СПС Консультант Плюс: Судебная практика; Постановление ФАС Центрального округа от 10 августа 2012 г. по делу № 35-1104/2011 // СПС Консультант Плюс: Судебная практика.

<sup>3</sup> Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 13 декабря 2012 г. по делу № А75-2072/2012 // СПС Консультант Плюс: Судебная практика; Постановление ФАС Северо-Западного округа от 25 апреля 2011 г. по делу № А13-3893/2010 // СПС Консультант Плюс: Судебная практика; Постановление ФАС Центрального округа от 3 декабря 2013 г. по делу № А62-6760/2012 // СПС Консультант Плюс: Судебная практика. Подробнее см.: Чукреев

Несмотря на наличие доктринальных определений и легальных дефиниций различных видов риска универсального определения правового риска в настоящий момент не существует. Вопрос о необходимости разработки такого рода универсального понятия остается открытым. Как было отмечено, определение понятия «правовой риск» не является самоцелью, для права главной задачей является выяснение назначения данной категории.

Вместе с тем, учитывая, что, прежде всего, «риск» является явлением, включенным в социальный контекст, является междисциплинарным понятием, как категория имеет общеправовое значение, занимает центральное место в науке частного права и имеет фундаментальное значение в экономике, представляется, что отсутствие единого подхода к рассмотрению правового риска может существенно затормозить развитие не только юридической науки и практики, но и других наук, которые так или иначе задействованы в решении вопросов социальной значимости. Отсутствие единого подхода к определению риска затрудняет формирование комплексных подходов к предотвращению неблагоприятных последствий риска, а также не дает научной основы для формирования законодательной базы и правоприменительной практики<sup>1</sup>.

### **2.3. Систематичность как признак предпринимательской деятельности**

В науке утвердилось представление, что сама предпринимательская деятельность обладает признаком системности или относительного постоянства и представляет собой последовательность объединенных особой целевой направленностью сделок и действий.

Следовательно, на наш взгляд, в анализируемом определении правильнее закрепить в качестве признака не систематическое получение прибыли, а систематичность самой деятельности, нацеленной на ее получение. Под система-

---

А.А. Доктрина "должная осмотрительность при выборе контрагента" в практике рассмотрения налоговых споров // Хоз-во и право. 2012. № 12. С. 89 – 96.

<sup>1</sup> Болобонова М.О. Понятие гражданско-правового риска // Право и экономика. 2016. № 10. С. 20.

тичностью следует понимать неоднократность совершаемых лицом действий (прежде всего сделок), направленных на получение прибыли в течение периода, необходимого для достижения этой цели, и на исполнение обязательств, возникающих из заключенных сделок. Так, акцент на систематичности предпринимательства без дополнительного указания на систематичность получения прибыли был сделан в ст. 42 Хозяйственного кодекса Украины. В п. 1 ст. 1 Закона РСФСР «О предприятиях и предпринимательской деятельности» указание на систематическое получение прибыли в качестве признака предпринимательской деятельности отсутствовало; нет его и в п. 1 ст. 10 Гражданского кодекса Республики Казахстан<sup>1</sup>.

С нашей точки зрения, указание в законе на систематичность анализируемой деятельности избавило бы законодателя от необходимости дополнять легальное определение последней таким признаком, как профессионализм, за что ратуют некоторые ученые<sup>2</sup>. Многие специалисты необходимости в таком дополнении не видят.

Правда, и придание систематичности в данном аспекте значения существенного признака предпринимательства вызывает обоснованную критику за неопределенность характеристики в отечественных доктрине и законе. В.С. Белых отмечает: «Можно иметь единовременную прибыль от систематических поведенческих актов; и наоборот, систематическую прибыль от единичного действия»<sup>3</sup>. Можно от систематических поведенческих актов (допустим, от заключения и исполнения одного договора - строительного подряда) иметь прибыль неоднократно (частичная предварительная оплата и (или) оплата отдельных этапов работы) или однократно (оплата результата выполненной работы в целом).

При буквальном толковании анализируемой легальной дефиниции кажет-

---

<sup>1</sup> Гражданский кодекс Республики Казахстан / Науч. ред. Н.Э. Лившиц. СПб., 2002. С. 114

<sup>2</sup> Предпринимательское (хозяйственное) право / Отв. ред. О.М. Олейник. Т. 1. С. 19 - 21

<sup>3</sup> Белых В.С. Правовое регулирование предпринимательской деятельности в России: Монография. М.: Проспект, 2013. С. 59.

ся, что в случае разового получения прибыли от систематических действий предпринимательство отсутствует. Однако, если предпринимательская активность начиналась не только ради единовременной прибыли, такой вывод не будет бесспорным<sup>1</sup>.

В качестве предпринимательской, на наш взгляд, может быть квалифицирована и экономическая активность соответствующей направленности, связанная с совершением одной сделки (допустим, с заключением подрядчиком договора строительного подряда) и действий, направленных на исполнение обязательств по данной сделке (хотя на этот счет высказываются и противоположные суждения).

Тем не менее в подобных случаях нелогично ставить соответствующую квалификацию в зависимости от систематичности (однократности) получения прибыли субъектом такой деятельности, учитывая, что «извлечение прибыли является целью предпринимательской деятельности, а не ее обязательным результатом».

Г.Ф. Шершеневич отмечал, что в торговом праве выделяют два основных подхода к определению торговых сделок: 1) объективный, или абсолютный, квалифицирующий в качестве торговых сделок те, которые являются таковыми, даже если «производятся в форме единичной» (приобретение с целью отчуждения, поставка и др.); 2) субъективный, или относительный, считающий сделки торговыми, если они «производятся в виде промысла» (банкирские и биржевые операции, комиссия и др.); кроме того, сделки купца становятся «торговыми сделками по приращению», когда они входят в область его промысла (например, покупка дров на фабрику). Сам Г.Ф. Шершеневич ратовал за максимальную точность в определении круга торговых сделок, отдавая предпочтение объективному подходу, констатируя, впрочем, относительность, взаимопроникновение обоих подходов, а также преобладание субъективного подхода в зару-

---

<sup>1</sup> Яни П.С. Сдача недвижимости внаем как незаконное предпринимательство // Законность. 2009. № 6. С. 12, 13.

бежных правопорядках и в праве Российской империи.<sup>1</sup>

Заключение и исполнение одного договора, даже общегражданского, могут быть отнесены к предпринимательству, если соответствующие операции совершаются лицами, которые зарегистрированы в надлежащем порядке в качестве предпринимателей, в рамках осуществления ими предпринимательской деятельности. Так сложилась единообразная практика квалификации (в целях применения законодательства о налогах и сборах) в качестве предпринимательской деятельности продажи одного или нескольких нежилых помещений индивидуальным предпринимателем, когда такие помещения не предназначены для личного, семейного и иного использования<sup>2</sup>. Аналогичные выводы можно встретить и применительно к сдаче в аренду нежилых помещений индивидуальным предпринимателем<sup>3</sup>. На данную тенденцию в практике обращает внимание И.В. Ершова<sup>4</sup>. Еще более очевиден предпринимательский характер деятельности при неоднократной перепродаже индивидуальным предпринимателем объектов недвижимости, в том числе жилых помещений, не использовавшихся им для личного, семейного проживания.

Однако проблема толкования анализируемого понятия усугубляется тем, что оно должно охватывать не только законное, но и незаконное предпринимательство, имеющее место без соответствующей государственной регистрации.

При этом определить в данном контексте систематичность деятельности с точки зрения юридико-технической - задача более реалистичная, а с точки зрения юридической практики - более продуктивная, чем определить систематич-

---

<sup>1</sup> Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. Введение. Торговые деятели. М., 2003. Т. 1.

<sup>2</sup> Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 16 марта 2010 г. № 14009/09 по делу № А07-15653/2008-А-ЧСЛ/БЛВ // СПС Консультант Плюс: Судебная практика; Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 18 июня 2013 г. № 18384/12 по делу № А76-23943/2011 // СПС Консультант Плюс: Судебная практика; Определение Высшего Арбитражного Суда РФ от 16 июня 2014 г. № ВАС-6544/14 по делу № А73-16758/2012 // СПС Консультант Плюс: Судебная практика; Определение Высшего Арбитражного Суда РФ от 16 июня 2014 г. № ВАС-6869/14 по делу № А10-4369/2012 // СПС Консультант Плюс: Судебная практика.

<sup>3</sup> Определение Высшего Арбитражного Суда РФ от 25 июля 2011 г. № ВАС-9788/11 по делу № А13-7445/2010 // СПС Консультант Плюс: Судебная практика.

<sup>4</sup> Ершова И.В. Указ. соч. С. 102.

ность получения прибыли. Главным образом потому, что в анализируемой легальной дефиниции, как уже было подчеркнуто, не говорится о фактическом получении прибыли как об обязательном признаке предпринимательской деятельности.

Специфическая основная цель предпринимательской деятельности обособливает особый характер и набор действий, совершаемых в процессе ее осуществления. Вот почему в интересующей нас юридической квалификации должны учитываться характер совершаемых сделок и сущность возникающих правоотношений - условия, которые практически невозможно конкретизировать в легальном определении предпринимательства. Попытка такой конкретизации была сделана в абз. 3 п. 1 ст. 2 ГК РФ путем перечисления форм, в которых может проявляться предпринимательская деятельность (пользование имуществом, продажа товаров, выполнение работ или оказание услуг), но этого явно недостаточно. Получается, что такая конкретизация - дело правоприменительной практики. Если, например, «гражданин посредством, в частности, договора банковского вклада осуществляет иную не запрещенную законом экономическую деятельность», то последняя не является предпринимательством, - к та

И здесь практика сталкивается с проблемой отсутствия разработанной учеными и закреплённой законодателем системы предпринимательских договоров (сделок). На необходимость разработки такой системы в законодательстве Российской империи указывал еще Г.Ф. Шершеневич. Сегодня в связи с отрицанием в нашей стране дуализма частного права вопрос разработки системы предпринимательских договоров законодателем не решен. Как верно отмечает В.С. Белых, «структура и внутренняя логика Гражданского кодекса не позволяют (без ущерба для концептуальной основы продукта цивилистической мысли) разместить общие положения о предпринимательском договоре, равно как нормы о конкретных видах данного договора».

ГК РФ проливает в некоторой степени свет на те договорные формы экономической активности, которые следует считать предпринимательством. Так,

во многих видах договоров одна из сторон - лицо, осуществляющее предпринимательскую деятельность: в договоре розничной купли-продажи - продавец (п. 1 ст. 492 ГК РФ), договоре поставки - поставщик (ст. 506 ГК РФ), договоре финансирования под уступку денежного требования - финансовый агент (ст. 825 ГК РФ), договоре складского хранения - хранитель (товарный склад) (п. 1 ст. 907 ГК РФ), договоре доверительного управления имуществом - доверительный управляющий (по общему правилу п. 1 ст. 1015 ГК РФ) и т.д. Иногда сторонами договоров (к примеру, договора коммерческой концессии) могут быть только предприниматели (п. 1 ст. 1027 ГК). Возвращаясь к распространенному мнению об отсутствии в России дуализма частного права, процитируем М.И. Кулагина, который, анализируя развитие зарубежных правовых порядков, писал: «Принятие единых гражданских кодексов не устранило дуализма в правовом регулировании имущественных отношений, построенных на началах юридического равенства. По существу, во всех странах Запада, включая Англию, США и другие государства общего права, имеются специальные нормы, призванные регулировать исключительно коммерческие или торговые отношения»<sup>1</sup>.

Конечно, и само понятие прибыли требует в анализируемых целях нормативно-правового определения. Большинство ученых полагают, что под прибылью следует понимать доходы в части, превышающей расходы, связанные с осуществлением предпринимательской деятельности; при этом размеры и доходов, и расходов должны исчисляться в соответствии с положениями законодательства о налогах и сборах.

#### **2.4. Направленность на получение прибыли как признак предпринимательской деятельности**

Предпринимательская деятельность - это деятельность, направленная на систематическое получение прибыли. Закрепив данный признак, ГК РФ не

---

<sup>1</sup> Кулагин М.И. Избранные труды. М., 1997. С. 200.

определил ни понятия прибыли, ни понятия систематичности ее получения, что вызвало справедливую критику ученых и попытки толкования этих терминов<sup>1</sup>.

Для юридической квалификации деятельности в качестве предпринимательской первостепенное значение имеет не факт получения прибыли, а направленность на ее систематичность<sup>2</sup>, «поскольку извлечение прибыли является целью предпринимательской деятельности, а не ее обязательным результатом»<sup>3</sup>.

Некоторые ученые не согласны с законодательной формулировкой анализируемого признака еще и потому, что в ней говорится только об одной цели предпринимательской деятельности. Так, К.К. Лебедев, утверждая двуединый характер цели последней, пишет: «Ее ведущий (объективный) аспект состоит в направленности на удовлетворение определенных общественных потребностей в товарах, работах, услугах, а производный от этого (субъективный) аспект - в направленности на систематическое получение прибыли (дохода)»<sup>4</sup>.

Конечно, «предприятие получает прибыль, если его товары или услуги пользуются спросом, т.е. удовлетворяются определенные общественные потребности». Более того, сегодня актуальна разработка комплексного, межотраслевого правового регулирования таких новых для России видов предпринимательской активности, как социальное и экологическое предпринимательство, для субъектов которых прибыль не самоцель, а средство решения социальных и экологических проблем. «Социальный бизнес может быть определен как не убыточный, не дивидендный бизнес («non-loss, non-dividend business»)), - пи-

---

<sup>1</sup> Жилинский С.Э. Предпринимательское право (правовая основа предпринимательской деятельности): Учебник для вузов. М., 2007. С. 74 – 80.

<sup>2</sup> Там же. С. 78.

<sup>3</sup> Пункт 13 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 24 октября 2006 г. № 18 "О некоторых вопросах, возникающих у судов при применении Особенной части Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях" (с изм. от 9 февраля 2012 г.) // Бюл. Верховного Суда РФ. 2006. № 12.

<sup>4</sup> Лебедев К.К. Предпринимательское и коммерческое право: системные аспекты (предпринимательское и коммерческое право в системе права и законодательства, системе юридических наук и учебных дисциплин). СПб., 2002. С.91.

шет М. Юнус<sup>1</sup>. Основных целей у предприятия в данном случае несколько, но извлечение прибыли среди них остается.

Действительно, целей у предпринимателя может быть множество. Однако правильным, с учетом потребностей юридической практики, является закрепление в анализируемом определении именно одной из возможных целей предпринимательства - получение прибыли. Только эта цель необходимо мотивирует предпринимательство (иные цели могут в конкретном случае просто отсутствовать), и ее наличие позволяет отграничить предпринимательскую деятельность от иных форм экономической активности. Еще Г.Ф. Шершеневич пришел к выводу об объединении всех отношений, включаемых законодательством в сферу торгового права, капиталистической организацией хозяйства. «Отличительный признак капиталистического хозяйства следует видеть в том, что оно имеет своей целью, и соответственно тому рассчитано, не доставление средств существования, а доставление прибыли как таковой»<sup>2</sup>.

И здесь нельзя не согласиться с мнением ряда ученых о том, что законодателю в анализируемой дефиниции необходимо добавить следующее: «Извлечение прибыли - основная цель предпринимательской деятельности» (подобное было сделано при характеристике коммерческих и некоммерческих организаций в п. 1 ст. 50 ГК РФ).

Предпринимательская деятельность может проявляться в следующих формах: пользование имуществом, продажа товаров, выполнение работ или оказание услуг.

Здесь мы видим слабую попытку законодателя конкретизировать в анализируемой дефиниции характер сделок и правоотношений, которые могут быть связаны с предпринимательской деятельностью. Однако данные формы свойственны не только предпринимательской, но и иной экономической деятельности, а потому законодатель с успехом применяет данный «предметный» крите-

---

<sup>1</sup> Yunus M. Creating a world without poverty: social business and the future of Capitalism. N.Y., 2007. P. 24.

<sup>2</sup> Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. Введение. Торговые деятели. М., 2003. Т. 1. С. 40.

рий в части второй ГК РФ для классификации договоров (не только предпринимательских). Таким образом, рассматриваемый признак не является существенным признаком предпринимательской деятельности.

Многие ученые считают, что законодатель искусственно ограничивал разнообразие форм предпринимательской активности в исчерпывающем перечне<sup>1</sup>. Следует признать, что упоминание в нем пользования имуществом вне связи с реализацией товаров, работ, услуг выглядит бессмысленно. Очевидно, законодатель имел в виду передачу предпринимателями принадлежащего им на законном основании имущества в аренду (внаем), так как такие операции в отечественной цивилистике традиционно не считаются продажей товаров, выполнением работ или оказанием услуг. Сдача имущества в аренду (внаем) может быть квалифицирована в качестве предпринимательской деятельности (при наличии у этой экономической активности иных признаков анализируемого понятия); о такой возможности свидетельствует и правоприменительная практика.

Особенно остро данный вопрос встает в связи с тем, что многие граждане в нашей стране, имея в собственности то или иное имущество, сдают его в аренду (внаем) без государственной регистрации в качестве индивидуальных предпринимателей. Согласно закону такая регистрация необходима тогда, когда осуществляется предпринимательская деятельность (п. 1 ст. 23 ГК РФ). За неисполнение требования грозит юридическая ответственность - административная или уголовная.

По этому поводу в п. 2 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 18 ноября 2004 г. N 23 содержится следующее разъяснение: «В тех случаях, когда не зарегистрированное в качестве индивидуального предпринимателя лицо приобрело для личных нужд жилое помещение или иное недвижимое имущество либо получило его по наследству или по договору дарения, но в связи с отсутствием необходимости в использовании этого иму-

---

<sup>1</sup> Российское предпринимательское право / Отв. ред. И.В. Ершова, Г.Д. Отнюкова. С. 23, 24.

щества временно сдало его в аренду или внаем и в результате такой гражданско-правовой сделки получило доход (в том числе в крупном или особо крупном размере), содеянное им не влечет уголовной ответственности за незаконное предпринимательство».

Между тем вопрос о том, когда сдача имущества в аренду (внаем) является предпринимательской деятельностью, правоприменительная практика (включая процитированное Постановление) не проясняет<sup>1</sup>. Думается, что вности определенность должен закон.

В последнее время в судебной практике можно усмотреть тенденцию к признанию сдачи имущества в аренду (внаем) физическими лицами, не прошедшими государственную регистрацию в качестве индивидуальных предпринимателей, деятельностью, не являющейся предпринимательской. Такая практика либеральна по отношению к арендодателям (наймодателям), но не основана на букве закона.

Наша страна, как известно, остро нуждается в развитии малого и среднего предпринимательства. Государство для этого прилагает большие усилия, например осуществляет либерализацию законодательства, регулирующего доступ на рынок новых хозяйствующих субъектов. В соответствии с Указом Президента РФ от 7 мая 2012 г. N 596 «О долгосрочной государственной экономической политике» разработан План мероприятий («дорожная карта») «Оптимизация процедур регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей», утвержденный распоряжением Правительства РФ от 7 марта 2013 г. № 317-р.

Между тем способствовать развитию предпринимательства в России может и упрощение легализации физических лиц для осуществления некоторых видов экономической деятельности без специальной их регистрации в качестве индивидуальных предпринимателей. Отметим, что отсутствие специальной регистрации индивидуальных предпринимателей (sole proprietorship) характерно

---

<sup>1</sup> Попов М.Н., Пьянкова А.Ф. Сдача недвижимого имущества в аренду как незаконное предпринимательство // Адвокат. 2014. №3. С. 37.

для стран англосаксонской правовой семьи. Однако и у нас без отказа от общего правила (п. 1 ст. 23 ГК РФ) можно предоставить право (пусть с определенными ограничениями) физическим лицам - не индивидуальным предпринимателям сдавать принадлежащее им на праве собственности имущество в аренду (наем), если, допустим, распространить на них патентную систему налогообложения.

### **3. НЕЗАКОННАЯ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКАЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ: ОСОБЕННОСТИ ПРАВОВОЙ КВАЛИФИКАЦИИ**

Первостепенность воздействия экономических причин и условий на незаконное предпринимательство представляется очевидным.

Предпринимательство, как известно, является содержательным ядром рыночной экономики, существование которой в России насчитывает чуть больше двадцати лет, не в пример вековой истории в большинстве развитых стран.

Законная предпринимательская деятельность сопряжена со следующими особенностями: налоговое бремя, необходимость обеспечения трудовых и социальных прав работников, административные издержки и т.д.

Указанные условия ведения предпринимательской деятельности являются абсолютно нормальными и вытекают по большей части из существа рыночных правил ведения бизнеса. Стремление же их нарушить является нарушением не только юридического закона, но и закона ведения бизнеса, поскольку отступлением от такого рода правил конкретный субъект предпринимательской деятельности ставит себя в неравные условия перед другими участниками рыночных отношений, т.к. получает незаконное преимущество перед ними.

Такого рода умозаключение, являясь полностью справедливым в условиях стабильных рыночных отношений, развитого правопорядка, учитывающего интересы хозяйствующих субъектов, благоприятного политического климата, т.е. в ситуации, существующей в некоторых иностранных государствах, не совсем корректно для России.

Проблема заключается в том, что в развитых иностранных экономиках ведение честного бизнеса, без нарушения юридических законов и законов предпринимательской деятельности может само по себе приносить прибыль, и немалую. При такой ситуации у предпринимателя нет необходимости нарушать закон.

Нарушение же закона при ведении предпринимательской деятельности объясняется желанием извлечь сверхприбыль, что абсолютно справедливо вызывает негативное к себе отношение как со стороны делового сообщества, так и со стороны государства.

По-иному ситуация выглядит в России. При существующей экономической конъюнктуре, значительной монополизации рынков, непосильном налоговом бремени, недоступности кредитных ресурсов осуществление предпринимательской деятельности в точном соответствии с требованием закона практически невозможно, т.к. она не будет приносить прибыль, а будет убыточной.

Именно по этой причине предприниматель вынужден искать способы увеличения рентабельности своего бизнеса, в т.ч. и за счет нарушения закона.

При этом нарушение закона будет являться следствием не стремления предпринимателя извлечь сверхдоходы, а просто обеспечить минимальную рентабельность своего дела.

Таким образом, можно заключить, что стремление любого предпринимателя увеличить прибыльность своего бизнеса за счет сокращения издержек и увеличения дохода является абсолютно нормальным в системе рыночных отношений. В ряде случаев закон ограничивает возможность предпринимателя в возможности увеличить прибыльность своей деятельности в связи с необходимостью защиты определенных общественных институтов, что естественным образом сказывается на экономическом результате бизнеса. К числу таких ограничений, без сомнения, можно отнести и требование об обязательной регистрации субъектов предпринимательской деятельности.<sup>1</sup>

В условиях стабильных экономических отношений и продуманной государственной политики в сфере предпринимательства бизнесмен может обеспечить прибыльность своего дела, не нарушая закон. Нарушение же им закона объясняется желанием извлечь сверхприбыль вопреки интересам других общественных институтов, что естественным образом не может не вызывать соот-

---

<sup>1</sup> Геворкян С.К. Экономические детерминанты незаконного предпринимательства в современной России // Юридический мир. 2013. №3. С. 63.

ветствующей правовой реакции со стороны государства в виде определенных санкций, в т.ч. и уголовного свойства.

Россия, как известно, ни стабильностью в экономике, ни разумностью политики не отличается, что приводит к тому, что законопослушание в сфере предпринимательской деятельности делает саму предпринимательскую деятельность невыгодной, в связи с чем предприниматель вынужден идти на нарушение закона, в т.ч. совершать и те деяния, которые описаны в диспозиции ст. 171 УК РФ (см. приложение 3)

Следует заметить, что именно поэтому нарушения в сфере осуществления предпринимательской деятельности не вызывают какого-либо возмущения ни у простых граждан, ни у представителей бизнес-сообщества, т.е. в обществе существует состояние абсолютной терпимости к рассматриваемому явлению.

Для изменения ситуации, на наш взгляд, необходимо создавать такие экономические условия, при которых соблюдение предпринимателем как юридических законов, так и законов бизнеса не будет делать его бизнес нерентабельным, а, наоборот, будет способствовать развитию легального предпринимательства, что, как известно, является одной из главных целей модернизации экономики.

Стоит отметить, что при назначении уголовных наказаний виновным за совершение незаконного предпринимательства по приговорам судов имеют место типичные недостатки, связанные с необоснованным применением норм уголовного закона, направленные в сторону смягчения уголовного наказания.

Кроме того, анализ уголовных дел показал, что суд при назначении уголовного наказания за незаконное предпринимательство, применяя ст. 64 УК РФ, по-разному оценивает одни и те же обстоятельства, в одних случаях признавая их исключительными, а в других - нет.

Например, 20 июня 2011 г. Черемшанским районным судом Республики Татарстан вынесен обвинительный приговор по п. «б» ч. 2 ст. 171 УК РФ в отношении Р.Г. Харисова (ранее не судим), который, являясь директором ОАО «Д», будучи должностным лицом и единоличным исполнительным органом

ОАО «Д», имея умысел, направленный на осуществление незаконной предпринимательской деятельности, без обязательной соответствующей лицензии, с целью извлечения дохода в особо крупном размере, в период с августа 2010 г. по октябрь 2010 г., точное время следствием не установлено, осуществлял эксплуатацию отдельно стоящих приемно-отпускных устройств, зарегистрированных в государственном реестре опасных производственных объектов и складов бестарного напольного хранения зерна, зарегистрированных в государственном реестре опасных производственных объектов, расположенных по адресу: РТ, Черемшанский район, без обязательного специального разрешения (лицензии) на эксплуатацию взрывопожароопасных производственных объектов. При этом, оказав услуги по хранению и отпуску зерна, осуществляя предпринимательскую деятельность без лицензии, незаконно извлек доход в особо крупном размере.

Оценив все обстоятельства в их совокупности, учитывая поведение подсудимого во время и после совершения преступления, его активное способствование расследованию преступления, при наличии положительных характеристик личности виновного и отсутствии каких-либо отягчающих обстоятельств, суд признает их исключительными обстоятельствами и в соответствии со ст. 64 УК РФ считает возможным назначить Р.Г. Харисову наказание ниже низшего предела. Учитывая изложенное, суд считает необходимым при альтернативных видах наказаний, установленных ч. 2 ст. 171 УК РФ, назначить наказание подсудимому в виде штрафа в размере 45000 в доход государства<sup>1</sup>.

Или другой пример, когда полное признание вины, чистосердечное раскаяние и активное способствование расследованию преступления признавались лишь в качестве смягчающих наказание обстоятельств.

Так, 15 февраля 2011 г. Ленинский районный суд г. Орска Оренбургской области вынес обвинительный приговор по п. «б» ч. 2 ст. 171 УК РФ в отношении А.В. Чернышева (ранее не судим), который с 2009 по 2010 г., являясь со-

---

<sup>1</sup> Архив Черемшанского районного суда Республики Татарстан [Электронный ресурс] // Справочно-правовая система «Консультант Плюс» – Режим доступа: <http://base.consultant.ru>

учредителем и директором ООО «Т.», осуществлял незаконную предпринимательскую деятельность по эксплуатации взрывопожароопасного производственного объекта ООО «Т.» - площадки воздуходелительной установки, строения со складом пустых и полных баллонов, наполнительной рампы и транспортных цистерн для жидкого кислорода, с последующей реализацией полученного в результате этой деятельности газообразного кислорода контрагентам, в результате чего получил доход в размере 8350704,44 рубля, которым впоследствии распорядился по своему усмотрению.

К обстоятельствам, смягчающим наказание подсудимого А.В. Чернышева, суд в соответствии со ст. 61 УК РФ относит полное признание вины, раскаяние в содеянном, кроме того, согласно п. «и» ч. 1 указанной статьи - активное содействие расследованию преступления, поскольку подсудимый в ходе предварительного следствия подробно рассказал об обстоятельствах совершенного преступления (т. 10, л.д. 6 - 9, 15 - 18, 20 - 21, 42 - 43), наличие малолетних детей (т. 10 л.д. 56; т. 11, л.д. 4).

Оснований для применения к А.В. Чернышеву положений ст. ст. 64, 73 УК РФ суд не усматривает.

Учитывая изложенное, суд назначил А.В. Чернышеву наказание с применением ст. 62 УК РФ в виде штрафа в размере ста тысяч рублей<sup>1</sup>.

По мнению В.Н. Лубешко, «незаконное предпринимательство должно наказываться не лишением свободы, не изоляцией, а прежде всего рублем, что вытекает из особенностей этого преступления. Поэтому следует установить такой размер штрафа, который будет для виновного своеобразным «экономическим шоком», будет иметь необходимый предупредительный эффект»<sup>2</sup>.

Между тем практика изученных уголовных дел о незаконном предпринимательстве показывает, что при назначении наказаний по ч. 2 ст. 171 УК РФ в

---

<sup>1</sup> Уголовное дело N 1-38/2011. Архив Ленинского районного суда г. Орска Оренбургской области // Справочно-правовая система «Консультант Плюс»

<sup>2</sup> Лубешко В.Н. Незаконное предпринимательство как вид преступного посягательства против установленного порядка экономической деятельности: Уголовно-правовой и криминологический аспекты: Дис. ... канд. юрид. наук. Ростов, 2004. С. 155.

30,8% лишение свободы назначается в соответствии со ст. 73 УК РФ (условно) без штрафа. При этом неприменение по ч. 2 ст. 171 УК РФ такого вида наказания, как штраф, в приговорах суда редко находит свое какое-либо отражение и обоснование. Причем при аналогичных обстоятельствах в одном случае суд наряду с уголовным лишением свободы назначает в качестве дополнительного вида наказания штраф, в других случаях - нет.

Например, в сентябре 2011 г. Орджоникидзевским районным судом г. Магнитогорска Челябинской области вынесен обвинительный приговор по п. «б» ч. 2 ст. 171 УК РФ в отношении О.В. Дорохина, который в течение 2010 г., имея умысел на осуществление незаконной предпринимательской деятельности, достоверно зная, что эксплуатация взрывопожароопасного производственного объекта - сосуда полуприцепа-цистерны марки 96112-0000010-01 VIN X 8996112180AV 7084 2008 года выпуска емкостью 31,2 куб. м с рабочим давлением 1,6 МПа, т.е. более 0,07 МПа, предусматривающая получение, использование, хранение, транспортирование легковоспламеняющихся, горючих, взрывчатых веществ, подлежит лицензированию, осуществлял незаконную предпринимательскую деятельность. Дорохин для извлечения прибыли в денежном эквиваленте через наемных рабочих организовал работу по заправке автотранспорта сжиженным газом, а фактически автомобильной газозаправочной станции. Приобретая в указанный период сжиженный углеводородный газ, наполняя им полуприцеп-цистерну, через наемных рабочих сбывал его потребителям за наличный и безналичный расчет, производя заправку баллонов автомобильного транспорта и извлекая прибыль от увеличения стоимости продаваемого газа за единицу объема по сравнению со стоимостью единицы объема газа, приобретенного у поставщиков. Осуществляя свою предпринимательскую деятельность, Дорохин лицензию на эксплуатацию взрывопожароопасного производственного объекта не получал, в Федеральную службу по экологическому, технологическому и атомному надзору (Ростехнадзор) до 17 мая 2010 г. за получением лицензии не обращался. В результате умышленных преступных действий О.В. Дорохин извлек доход от незаконной предпринимательской дея-

тельности на сумму 8482269 руб. 70 коп., т.е. в особо крупном размере.

К смягчающим наказание обстоятельствам суд отнес: наличие у подсудимого малолетнего ребенка, признание вины и раскаяние в содеянном, положительную характеристику с места жительства. Отягчающих наказание подсудимого обстоятельств судом не установлено.

Учитывая изложенное, суд назначил О.В. Дорохину наказание в виде лишения свободы сроком на один год со штрафом в размере 30000 руб. В силу ст. 73 УК РФ назначенное наказание в виде лишения свободы считать условным с испытательным сроком два года<sup>1</sup>.

Представляется, что подобная практика неоднозначного назначения уголовных наказаний за совершение незаконного предпринимательства не может быть признана отвечающей цели единообразного применения судами уголовного закона, что содержит в себе скрытые риски, которые будут детерминировать новые проявления случаев совершения незаконного предпринимательства.

Анализ правоприменительной практики показывает, что по уголовным делам о незаконном предпринимательстве в основном назначаются наказания, не связанные с реальным лишением свободы.

Однако изучение уголовных дел свидетельствует, что суды вообще не применяют профилактический потенциал и дополнительные обязанности в отношении условно осужденных, за совершение преступлений, предусмотренных ст. 171 УК РФ. Суд ограничивается лишь общепринятой формулировкой: не менять постоянного места жительства без уведомления специализированного государственного органа, ведающего исправлением осужденного, куда периодически являться для регистрации. При этом так называемая работа с условно осужденными сводится лишь к тому, что последние сами наносят формальный визит в уголовно-исполнительную инспекцию, чтобы отметить. А чем они занимаются, никого не интересует.

Вместе с тем эффективность мер уголовно-правового воздействия на лиц,

---

<sup>1</sup> Архив Орджоникидзевского районного суда г. Магнитогорска Челябинской области // Справочно-правовая система «Консультант Плюс»

совершивших преступления, предусмотренные ст. 171 УК РФ, во многом зависит от уровня результативности деятельности правоохранительных органов по предупреждению незаконного предпринимательства.

Свидетельством вышеизложенного является также проанализированная авторами судебно-следственная практика в Сибирском федеральном округе по делам о незаконном предпринимательстве.

В частности, за период с 2001 по 2012 г. в Сибирском федеральном округе лишь 50,4% уголовных дел из общего количества предварительно расследованных преступлений было направлено в суд. Аналогичный показатель в Российской Федерации составил 61,9%. Остальные уголовные дела были прекращены в связи с непричастностью или по иным реабилитирующим и нереабилитирующим основаниям, предусмотренным уголовно-процессуальным законодательством.

Сравнительно невелико соотношение количества выявленных лиц и лиц, привлеченных к уголовной ответственности за незаконное предпринимательство. Фактически приблизительно половине (45%) выявленных лиц, совершивших незаконное предпринимательство, удалось избежать уголовной ответственности. При этом в Российской Федерации этот показатель составляет одну треть (37%). Представляется, что при таких обстоятельствах цель восстановления социальной справедливости в большинстве случаев реализована не была.

Таким образом, исходя из изученной практики назначения уголовных наказаний за незаконное предпринимательство можно сделать следующие выводы:

- 1) случаи осуждения виновных за незаконное предпринимательство редки;
- 2) наказание виновных в совершении этих преступлений заключается обычно в условном осуждении к лишению свободы или назначении небольших размеров штрафа, что не соответствует характеру и степени общественной опасности, которую представляют собой преступления, предусмотренные ст. 171 УК РФ, в связи с их относительной распространенностью, латентностью и

вредом, ими причиняемым;

3) множественность случаев назначения судами чрезвычайно мягких наказаний за преступления, предусмотренные ст. 171 УК РФ, свидетельствует о недооценке правоприменителем потенциальных криминальных угроз незаконного предпринимательства, что косвенным образом свидетельствует о том, что судебная система перестает быть действенным рычагом в борьбе с их проявлениями.

В практике возникают вопросы о возможности квалификации определенного вида деятельности в качестве предпринимательской и, соответственно, применению ст. 171 УК РФ, если она осуществляется без регистрации. Одна из наиболее актуальных – это вопрос о сдаче имущества в аренду как вида предпринимательской деятельности.

Что касается аренды имущества, закон предъявляет требование об обязательной государственной регистрации лишь к арендодателю по договору бытового проката (ст. 626 ГК РФ). Иногда этот аргумент используется для доказательства того, что для сдачи всякого имущества в аренду требуется государственная регистрация в качестве индивидуального предпринимателя<sup>1</sup>.

Думается, в этом рассуждении заложена логическая ошибка: из этого следует, скорее, обратное. Если законодатель предусмотрел обязательность государственной регистрации в качестве ИП именно для данного вида договора аренды, то из этого можно сделать вывод: для иных видов договора аренды данное правило неприменимо. Исходя из принципа дозвоительной направленности гражданско-правового регулирования, все, что прямо не запрещено законом, разрешено.

По мнению Л.В. Щенниковой, субъективный признак предпринимательства должен заключаться не в государственной регистрации, а в наличии у лица профессиональных знаний и осуществлении такой деятельности в качестве

---

<sup>1</sup> Яни П.С. Сдача имущества внаем как незаконное предпринимательство // Законность. 2009. №6. С. 11 - 14.

профессии<sup>1</sup>. Такое положение находит отражение в законодательстве многих зарубежных стран<sup>2</sup>.

Налоговая служба выделила ряд признаков, свидетельствующих об осуществлении гражданином предпринимательской деятельности, в частности:

«- изготовление или приобретение имущества с целью последующего извлечения прибыли от его использования или реализации;

- хозяйственный учет операций, связанных с осуществлением сделок;

- взаимосвязанность всех совершаемых гражданином в определенный период времени сделок;

- устойчивые связи с продавцами, покупателями, прочими контрагентами»<sup>3</sup>.

Представляется, существенным критерием отграничения предпринимательской от иной экономической деятельности должно служить использование труда других лиц, объединение ресурсов для получения экономического результата. Исходя из этого, на наш взгляд, передача имущества в аренду может рассматриваться как предпринимательская деятельность, если лицо, например, скупает недвижимость, следит за рынком цен, имеет штат сотрудников, осуществляющих рекламу, поиск клиентов, бухгалтерский учет операций, юридическое сопровождение и т.п. В этом случае налицо и систематичность, и профессионализм, и рисковый характер. Сдача имущества в аренду, не обладающая этими признаками, должна рассматриваться как иная экономическая деятельность.

В этом отношении стоит отметить, что легальная дефиниция предпринимательской деятельности имеет недостатки, связанные с оценочным характером заложенных в ней признаках. Это проявляется при квалификации действий

---

<sup>1</sup> Щенникова Л.В. Предпринимательская деятельность как гражданско-правовая категория // Цивилистические записки: Межвузовский сборник научных трудов. Вып. 4. М.: Статут, 2005. С. 84.

<sup>2</sup> Попов М.Н., Пьянкова А.Ф. Сдача недвижимого имущества в аренду как незаконное предпринимательство // Адвокат. 2014. №3. С. 39.

<sup>3</sup> Письмо ФНС России от 08.02.2013 №ЕД-3-3/412 // Справочно-правовая система «Консультант Плюс»

лица по статье 171 УК РФ «Незаконное предпринимательство». Опираясь на эту дефиницию, нетрудно обосновать привлечение к уголовной ответственности физического лица, не имеющего статуса ИП, за занятие многими видами экономической деятельности, приносящей регулярный доход, которые по существу нельзя отнести к предпринимательской.

По-видимому, Пленум Верховного Суда РФ, обнаружив эти недостатки легального определения предпринимательской деятельности, в пункте 2 Постановления от 18 ноября 2004 г. №23 дал разъяснение, в котором попытался сузить сферу применения статьи 171 УК РФ. В этом разъяснении введены два дополнительных признака, при наличии которых деятельность по сдаче имущества в аренду не признается предпринимательской и не влечет уголовную ответственность по статье 171 УК РФ:

- приобретение имущества для личных нужд (или по договору дарения, наследования);
- временный характер сдачи имущества в аренду<sup>1</sup>.

По смыслу Постановления оба признака должны быть в совокупности.

Полагаем, и данное разъяснение не только не решает все вопросы, связанные с применением статьи 171 УК РФ, но, более того, порождает новые вопросы. Так, из этого разъяснения неясно, что понимать под временным характером сдачи имущества в аренду, учитывая, что аренда - всегда передача имущества во временное пользование; как оно соотносится с используемым законодателем в статье 2 ГК РФ понятием «систематическое получение прибыли»; исходя из него неясно, будет ли рассматриваться как предпринимательская деятельность сдача законным представителям в аренду нежилого помещения, полученного по наследству малолетним или несовершеннолетним, вплоть до достижения указанными лицами совершеннолетия. Руководствуясь данным разъяснением, нетрудно обосновать привлечение к уголовной ответственности лю-

---

<sup>1</sup> Пункт 2 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 18 ноября 2004 г. №23 «О судебной практике по делам о незаконном предпринимательстве и легализации (отмывании) денежных средств или иного имущества, приобретенных преступным путем» (в ред. от 23 декабря 2010 г.) // Российская газета. 2004. №271.

бого пенсионера, получающего небольшую пенсию и систематически на протяжении ряда лет сдающего комнату в двух- или трехкомнатной квартире студенту для того, чтобы хоть как-то улучшить свое материальное положение и зачастую скрасить одиночество.

Между тем изложенное выше разъяснение применяется самим же Верховным Судом РФ расширительно, в противоречие с его буквальным смыслом. Например, Ю.Ю. Сенчук была привлечена к административной ответственности по статье 14.1 Кодекса РФ об административных правонарушениях (осуществление предпринимательской деятельности без государственной регистрации) за сдачу квартиры внаем посуточно и по часам в период с 1 марта по 11 мая 2011 г. Суды первой и апелляционной инстанций исходили из того, что сдача внаем посуточно и по часам жилого помещения является предпринимательской деятельностью. Однако Верховный Суд РФ отменил судебные акты о привлечении к ответственности со ссылкой на пункт 2 Постановления N 23, а также на разъяснения МНС России, согласно которым сдача квартиры внаем выступает одним из способов реализации законного права гражданина на распоряжение принадлежащим ему на праве собственности имуществом и не является предпринимательской деятельностью<sup>1</sup>.

Представляется, если исходить из буквального смысла разъяснения пункта 2 Постановления №23, нижестоящие суды имели основания для привлечения Ю.Ю. Сенчук к административной ответственности. Несмотря на непродолжительный характер сдача жилого помещения внаем осуществлялась посуточно и по часам, что образует систематичность деятельности и получение Ю.Ю. Сенчук регулярного дохода, тем более что ее намерение сдавать квартиру внаем не ограничивалось указанными временными рамками.

Еще более показателен другой пример. В отношении гражданина было возбуждено уголовное дело по статье 171 УК РФ в связи с получением им дохода в крупном размере на основании одного-единственного договора займа.

---

<sup>1</sup> Постановление Верховного Суда РФ от 10 января 2012 г. №51-АД11-7 // СПС Консультант Плюс: Судебная практика.

Суд сделал вывод: заключенный гражданином «один договор займа представляет собой однократное действие, регулярность выплат процентов за пользование денежными средствами является лишь порядком исполнения обязательств, а не совокупностью систематических действий, направленных на извлечение прибыли в результате возмездного удовлетворения потребностей третьих лиц»<sup>1</sup>.

По мнению М.Н. Попова, «если экстраполировать данные выводы на договор аренды, можно заключить, что передача одной вещи в аренду, пускай на длительный срок, не образует предпринимательскую деятельность (т.е. регулярное получение арендных платежей не образует систематичность) и, соответственно, лицо, ее осуществляющее, не может быть привлечено к уголовной ответственности за незаконное предпринимательство»<sup>2</sup>.

Между тем данный подход не основан на действующем уголовном законодательстве. Объектом преступления, предусмотренного статьей 171 УК РФ, является нормальный порядок осуществления законной предпринимательской деятельности<sup>3</sup>. Введение данной статьи в УК РФ преследовало цель недопущения перехода экономической деятельности в теневой сектор. Несомненно, сдача имущества в аренду (или передача денег взаем) на несколько лет по одному договору во многих случаях представляет существенно большую угрозу отношениям, охраняемым статьей 171 УК РФ, чем сдача имущества внаем (или передача денег взаем) на короткий срок несколько раз в течение одного года. Доход, полученный арендодателем или заимодавцем в первом случае, будет в десятки раз превышать доход, полученный во втором случае.

На практике зачастую не учитываются проанализированные сложности квалификации действий лица по статье 171 УК РФ, связанные как с недостат-

---

<sup>1</sup> Верин В.П. О некоторых вопросах судебной практики по делам о незаконном предпринимательстве и легализации (отмывании) денежных средств или иного имущества, приобретенных преступным путем // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2005. №2. С. 27.

<sup>2</sup> Попов М.Н., Пьянкова А.Ф. Сдача недвижимого имущества в аренду как незаконное предпринимательство // Адвокат. 2014. №3. С. 39.

<sup>3</sup> Наумов А.В. Практика применения УК РФ: Комментарий судебной практики и доктринальное толкование. М.: Волтерс Клувер, 2005. С. 400.

ками легального определения предпринимательской деятельности, так и с осознанием противоправности своих действий лицом, привлекаемым к уголовной ответственности. Так, по приговору Ленинского районного суда г. Перми от 11 декабря 2012 г. А. был признан виновным в совершении преступления, предусмотренного пунктом «б» ч. 2 ст. 171 УК РФ, и ему назначено наказание в виде двух лет лишения свободы (условно) без штрафа. А. осужден за то, что на протяжении ряда лет сдавал в аренду принадлежащие ему на праве собственности два объекта коммерческой недвижимости. Суд признал сдачу в аренду коммерческой недвижимости предпринимательской деятельностью, требующей для ее занятия государственной регистрации в качестве индивидуального предпринимателя. Суд согласился с доводами обвинения о том, что А. действовал умышленно, осознавал общественную опасность своих действий. Об умысле, по мнению суда, свидетельствует обстоятельство, что А. приобретал коммерческую недвижимость для последующей сдачи ее в аренду. Суд не принял во внимание доводы защиты, что сдача имущества в аренду не являлась для А. профессиональной деятельностью (он занимался другой оплачиваемой работой), что он, не будучи профессиональным юристом, не осознавал ни общественную опасность, ни противоправность своих действий по сдаче имущества в аренду, так как до начала деятельности получил консультации юристов, которые разъяснили ему, что сдача имущества в аренду не является предпринимательской деятельностью и не требует государственной регистрации в качестве ИП. Суд также не согласился с доводами защиты, что налоговые органы неоднократно издавали письма, в которых подтверждали, что сдача имущества в аренду не является предпринимательской деятельностью и А., руководствуясь указанными письмами, не осознавал противоправность своих действий. Таким образом, суд вообще проигнорировал доводы защиты о том, что обвинение не доказало осознание А. противоправности своих действий<sup>1</sup>.

Таким образом, бланкетная диспозиция статьи 171 УК РФ явно не отвеча-

---

<sup>1</sup> Попов М.Н., Пьянкова А.Ф. Сдача недвижимого имущества в аренду как незаконное предпринимательство // Адвокат. 2014. №3. С. 42.

ет требованиям принципа правовой определенности. Существующие проблемы квалификации действий лица по сдаче имущества в аренду во многом обусловлены недостатками легального определения понятия предпринимательской деятельности. Ввиду его правовой неопределенности всякое привлечение лица к публичной ответственности за нарушение правовых норм, не отвечающих требованиям правовой определенности, является нарушением гарантированных Конституцией РФ прав и свобод.

В качестве вывода по данному параграфу можно сказать, что действующее законодательство, регулирующее вопросы предпринимательской деятельности, имеет существенные недостатки и противоречия и не отвечает требованиям правовой определенности, а легальное, доктринальное и судебное толкование вопросов о необходимости регистрации физического лица, сдающего имущество в аренду, неоднозначно и противоречиво. Исходя из действующего законодательства, как видится, привлечение лица к уголовной ответственности по статье 171 УК РФ возможно лишь в случае, когда будет доказано, что оно осознавало противоправность своих действий.

## ЗАКЛЮЧЕНИЕ

По завершении анализа основных вопросов магистерской диссертации можно сформировать некоторые выводы. Основными из них являются следующие.

1. Исследуя вопросы понятия и признаков предпринимательской деятельности как правовой категории, необходимо учитывать те особенности, которыми обладает такая деятельность в нашем государстве. Соответственно этому, изучение специфики правового регулирования предпринимательской деятельности по российскому законодательству приводит к необходимости выявления общей цели и функций правового регулирования, а также целей государственного регулирования предпринимательской деятельности и выстраивания системы принципов относительно этих целей и функций.

Анализ положений законодательства свидетельствует о наличии единой цели правового регулирования в сфере предпринимательства – *обеспечения баланса частных и публичных интересов.*

Данная цель реализуется в двух основных направлениях правового воздействия (функциях): дозволении предпринимательства и обеспечении недопустимости причинения вреда от осуществления предпринимательской деятельности.

2. Правовая категория – «предпринимательская деятельность» используется различными отраслями права, причем как частными, так и публичными. Нормативное определение предпринимательской деятельности приводится в гражданском законодательстве, а именно в абз. 3 п. 1 ст. 2 ГК РФ. Данное определение и, соответственно, признаки деятельности, квалифицируемой в качестве предпринимательской, не должны меняться при использовании данного понятия в отраслях публичного права (например, налогового, административного или уголовного). Использование данной правовой категории в таких отраслях обусловлено тем, что свобода предпринимательской деятельности, закрепленная в Конституции РФ, имеет свои пределы. Она должна подчиняться

требованиям публичного правопорядка. Однако сама природа данной деятельности остается гражданско-правовой. Именно в таком качестве определение, данное в Гражданском кодексе РФ, имеет межотраслевое значение, что и подтверждает анализ судебной практики. Кроме того, в пункте 1 ст. 11 НК РФ установлено: институты, понятия и термины гражданского, семейного и других отраслей законодательства Российской Федерации, используемые в настоящем Кодексе, применяются в значении, в каком они используются в этих отраслях законодательства, если иное не предусмотрено НК РФ. Полагаем, что подобная норма должна быть закреплена и в УК РФ.

**3.** Такой признак предпринимательской деятельности, как осуществление ее лицами, зарегистрированными в этом качестве в установленном законом порядке, является не конститутивным (как иногда указывается в научной литературе), а, скорее, формальным. Именно в силу этого можно говорить о незаконности предпринимательской деятельности, если она осуществляется с нарушением публичного требования о регистрации. Но сама деятельность с точки зрения гражданско-правовой квалификации должна рассматриваться как предпринимательская, и к ней должны применяться нормы, учитывающие особенности такой деятельности. Данный вывод, отчасти, подтверждается тем, что суд может применить к сделкам гражданина, осуществляющего предпринимательскую деятельность без образования юридического лица с нарушением требований о регистрации, правила законодательства об обязательствах, связанных с осуществлением предпринимательской деятельности.

**4.** На основе анализа определения предпринимательской деятельности, которое дано в ст. 2 ГК РФ, можно вывести следующие ее признаки: 1) самостоятельность деятельности; 2) рисковый характер; 3) систематичность; 4) направленность на получение прибыли; 5) наличие государственной регистрации субъекта осуществления предпринимательской деятельности. Данные признаки, полагаем, неоднородны по своему характеру. Первые четыре признака, действительно, можно рассматривать как сущностные. Последний, по нашему мнению, является сугубо формальным. Это связано с тем, что наличие государ-

ственной регистрации всего лишь свидетельствует о законности осуществления данной деятельности. Однако, в случае осуществления таковой деятельности без государственной регистрации, последняя также может расцениваться как предпринимательская.

5. Вышеуказанные признаки, хотя и являются сущностными, однако, по нашему мнению, законодательная дефиниция, закрепленная в Гражданском кодексе Российской Федерации, должна быть облечена в более корректную форму, должна быть более универсальной и носить комплексный характер.

На наш взгляд, более корректной была бы следующая редакция определения, закрепленного в абз. 3 п. 1 ст. 2 ГК: "Предпринимательской является, если иное не предусмотрено законом, систематически осуществляемая деятельность, основная цель которой - получение прибыли. Систематическим осуществлением деятельности по смыслу настоящей статьи является совершение лицом сделки либо взаимосвязанных сделок с учетом ее (их) характера и существа складывающихся правоотношений, а также действий, направленных на исполнение обязательств, возникающих из такой сделки (сделок), необходимых для достижения основной цели этой деятельности в течение соответствующего периода".

Следует признать, что, какой бы объемной и содержательной ни была редакция законодательной дефиниции предпринимательской деятельности, ее закрепление вряд ли снимет все проблемы, связанные с юридической квалификацией такой деятельности. В последней должны учитываться характер совершаемых сделок и сущность возникающих правоотношений, т.е. условия, которые практически невозможно предельно конкретизировать, непосредственно предусмотреть в легальной дефиниции. Их конкретизация - задача нашей правоприменительной практики. В перспективе же система предпринимательских сделок должна найти закрепление в законодательстве - пусть во множестве законов, но лучше в одном - вместе с соответствующим определением в качестве дополнения.

6. Предпринимательская деятельность - деятельность, осуществляемая на

свой риск. Указанный признак также именуется рисковым характером предпринимательской деятельности. Представляется верной позиция, согласно которой рисковый характер предпринимательства является основным признаком, отличающим предпринимательскую деятельность от хозяйственной деятельности, иных видов деятельности.

С предпринимательским риском нередко связывают и особую ответственность предпринимателя за нарушение обязательств, точнее то, что она согласно п. 3 ст. 401 ГК наступает в порядке исключения из общего правила, установленного в п. 1 ст. 401 ГК РФ, независимо от вины (если иное не предусмотрено законом или договором).

**7.** Самостоятельность предпринимательской деятельности обусловлена многообразием форм собственности и их юридическим равенством. Признак самостоятельности указывает на волевой источник предпринимательской деятельности. Граждане и юридические лица самостоятельно, т.е. своей властью и в своем интересе, осуществляют предпринимательскую деятельность. Они сами устанавливают, каким видом предпринимательской деятельности заниматься, определяют методы ведения хозяйства, способы получения прибыли и т.д.

Самостоятельность предпринимательской деятельности основывается на обособленности имущества хозяйствующих субъектов. Форма такого обособления – баланс. Каждый предприниматель самостоятельно ведет баланс, осуществляет учет и оценку имеющегося у него имущества. Именно наличие обособленного имущества и правомочия владения, пользования и распоряжения им дают возможность предпринимателю самостоятельно решать, каким образом для получения какой-либо выгоды в виде плодов, продукции, доходов. Никто не может навязать предпринимателю свое мнение по вопросам использования имущества.

**8.** Налоговая служба выделила ряд признаков, свидетельствующих об осуществлении гражданином предпринимательской деятельности, в частности:

- изготовление или приобретение имущества с целью последующего извлечения прибыли от его использования или реализации;

- хозяйственный учет операций, связанных с осуществлением сделок;
- взаимосвязанность всех совершаемых гражданином в определенный период времени сделок;
- устойчивые связи с продавцами, покупателями, прочими контрагентами.

В этой связи, представляется, существенным критерием отграничения предпринимательской от иной экономической деятельности должно служить использование труда других лиц, объединение ресурсов для получения экономического результата. Исходя из этого, на наш взгляд, передача имущества в аренду может рассматриваться как предпринимательская деятельность, если лицо, например, скупает недвижимость, следит за рынком цен, имеет штат сотрудников, осуществляющих рекламу, поиск клиентов, бухгалтерский учет операций, юридическое сопровождение и т.п. В этом случае наличие и систематичность, и профессионализм, и рисковый характер. Сдача имущества в аренду, не обладающая этими признаками, должна рассматриваться как иная экономическая деятельность.

Таковы основные выводы, сделанные нами по результатам написания магистерской диссертации.

## СПИСОК ИСПОЛЬЗОВАННОЙ ЛИТЕРАТУРЫ

### 1. Нормативные правовые акты

1. Конституция Российской Федерации (принята всенародным голосованием 12.12.1993) (с учетом поправок, внесенных Законами РФ о поправках к Конституции РФ от 30.12.2008 №6-ФКЗ, от 30.12.2008 №7-ФКЗ, от 05.02.2014 №2-ФКЗ, от 21.07.2014 №11-ФКЗ) // Собрание законодательства РФ. 2014. №31. Ст. 4398.
2. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 №51-ФЗ (ред. от 03.07.2016) // Собрание законодательства РФ. 1994. №32. Ст. 3301.
3. Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации от 24.07.2002 № 95-ФЗ (ред. от 28.05.2017) // Собрание законодательства РФ. 2002. № 30. Ст. 3012.
4. Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях" от 30.12.2001 № 195-ФЗ (ред. от 07.06.2017) // Собрание законодательства РФ. 2002. № 1 (ч. 1). Ст. 1.
5. Семейный кодекс Российской Федерации от 29.12.1995 № 223-ФЗ (ред. от 01.05.2017) // Собрание законодательства РФ. 1996. № 1. Ст. 16.
6. Налоговый кодекс Российской Федерации (часть первая) от 31.07.1998 № 146-ФЗ // Собрание законодательства РФ. № 31. 1998. Ст. 3824.
7. Федеральный закон от 26.07.2006 № 135-ФЗ (ред. от 03.07.2016) «О защите конкуренции» // Собрание законодательства РФ. 2006. № 31 (1 ч.). Ст. 3434.
8. Федеральный закон от 01.12.2007 № 315-ФЗ (ред. от 03.07.2016) «О саморегулируемых организациях» // Собрание законодательства РФ. 2007. № 49. Ст. 6076.
9. Федеральный закон от 26.12.2008 № 294-ФЗ (ред. от 01.05.2017) «О защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при осуществлении государственного контроля (надзора) и муниципального кон-

- троля» // Собрание законодательства РФ. 2008. № 52 (ч. 1). Ст. 6249.
10. Федеральный закон от 07.05.2013 № 78-ФЗ (ред. от 28.11.2015) «Об уполномоченных по защите прав предпринимателей в Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 2013. № 19. Ст. 2305.
11. Федеральный закон от 27.12.2002 № 184-ФЗ (ред. от 05.04.2016) «О техническом регулировании» // Собрание законодательства РФ. 2002. № 52 (ч. 1). Ст. 5140.
12. Федеральный закон от 31.05.2002 № 63-ФЗ (ред. от 02.06.2016) «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 2002. № 23. Ст. 2102.
13. Федеральный закон от 12.01.1996 № 7-ФЗ (ред. от 19.12.2016) «О некоммерческих организациях» // Собрание законодательства РФ. 1996. № 3. Ст. 145.
14. Основы законодательства Российской Федерации о нотариате от 11 февраля 1993 г. № 4462-1 (с изм. от 23 июня 2014 г.) // Ведомости СНД РФ и ВС РФ. 1993. № 10. Ст. 357.

## **2. Материалы правоприменительной практики**

15. Постановление Конституционного Суда РФ от 3 июля 2001 г. № 10-П "По делу о проверке конституционности отдельных положений подпункта 3 пункта 2 статьи 13 Федерального закона "О реструктуризации кредитных организаций" и пунктов 1 и 2 статьи 26 Федерального закона "О несостоятельности (банкротстве) кредитных организаций" в связи с жалобами ряда граждан" // СЗ РФ. 2001. № 29. Ст. 3058.
16. Постановление Пленума Верховного Суда РФ, ВАС РФ № 12/12 от 18 августа 1992 г. «О некоторых вопросах подведомственности дел судам и арбитражным судам» // Вестник ВАС РФ. 2005. № 12.
17. Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 16 марта 2010 г. № 14009/09 по делу № А07-15653/2008-А-ЧСЛ/БЛВ // СПС Консультант

тант Плюс: Судебная практика.

18. Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 18 июня 2013 г. № 18384/12 по делу № А76-23943/2011 // СПС Консультант Плюс: Судебная практика.
19. Определение Высшего Арбитражного Суда РФ от 16 июня 2014 г. № ВАС-6544/14 по делу № А73-16758/2012 // СПС Консультант Плюс: Судебная практика.
20. Определение Высшего Арбитражного Суда РФ от 16 июня 2014 г. № ВАС-6869/14 по делу № А10-4369/2012 // СПС Консультант Плюс: Судебная практика.
21. Определение Высшего Арбитражного Суда РФ от 25 июля 2011 г. № ВАС-9788/11 по делу № А13-7445/2010 // СПС Консультант Плюс: Судебная практика.
22. Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 26 января 2011 г. по делу № А82-2638/2010 // СПС Консультант Плюс: Судебная практика.
23. Постановление ФАС Московского округа от 23 июня 2014 г. № Ф05-4204/2014 по делу № А40-132600/13 // СПС Консультант Плюс: Судебная практика.
24. Постановление ФАС Центрального округа от 10 августа 2012 г. по делу № 35-1104/2011 // СПС Консультант Плюс: Судебная практика.
25. Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 13 декабря 2012 г. по делу № А75-2072/2012 // СПС Консультант Плюс: Судебная практика.
26. Постановление ФАС Северо-Западного округа от 25 апреля 2011 г. по делу № А13-3893/2010 // СПС Консультант Плюс: Судебная практика.
27. Постановление ФАС Центрального округа от 3 декабря 2013 г. по делу № А62-6760/2012 // СПС Консультант Плюс: Судебная практика.

### **3. Научная и учебная литература**

28. Архипов Е. Понятие предпринимательской деятельности в сети Интернет //

- Актуальные проблемы предпринимательского права / под ред. А.Е. Молотникова. М.: Стартап, 2016. Вып. V. С. 7 - 17.
29. Барков А.В. Социальная направленность предпринимательской деятельности как правовой принцип // Предпринимательское право. 2016. № 3. С. 21 - 24.
30. Белых В.С. Правовое регулирование предпринимательской деятельности в России: Монография. М.: Проспект, 2013. 432 с.
31. Белых В.С., Белых С.В. Конституция РФ и правовые основы предпринимательской деятельности // Бизнес, Менеджмент и Право. 2015. № 2. С. 19 - 24.
32. Болобонова М.О. Понятие гражданско-правового риска // Право и экономика. 2016. № 10. С. 13 - 20.
33. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право: Общие положения. М.: Статут, 2011. 847 с.
34. Быков А.Г. О содержании курса предпринимательского права и принципах его построения // Предпринимательское право в рыночной экономике / Под ред. Е.П. Губина, П.Г. Лахно. М., 2004
35. Вайпан В.А. Принцип социальной справедливости в правовом регулировании предпринимательской деятельности // Гражданское право. 2016. № 2. С. 3 - 8.
36. Васильчиков И.С. Преступления в сфере экономики. Ростов н/Д, 2007.
37. Витрук Н.В. Общая теория правового положения личности. М.: НОРМА, 2008. 448 с.
38. Воронцов С.Г. Легальные признаки предпринимательской деятельности: проблемы терминологической определенности // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2016. № 4. С. 402 - 412.
39. Герасимов О.А. Формирование правовых основ регулирования предпринимательской деятельности в России (историко-юридический анализ развития института частной собственности) // Гражданское право. 2016. № 3. С. 21 - 26.

40. Гражданское и торговое право зарубежных стран: Учеб. пособие / Под общ. ред. В.В. Безбаха и В.К. Пучинского. М.: МЦФЭР, 2004.
41. Гражданское, торговое и семейное право капиталистических стран: Сб. норм. актов. Обязательственное право: Учеб. пособие / Под ред. В.К. Пучинского, М.И. Кулагина. М.: Изд-во УДН, 1986.
42. Гросул Ю.В. "Приносящая доход деятельность" и "предпринимательская деятельность некоммерческих организаций": проблемы понятийного аппарата // Юрист. 2015. № 10. С. 13 - 16.
43. Гущин В.В., Дмитриев Ю.А. Российское предпринимательское право: Учебник. М.: Изд-во Эксмо, 2005. 736 с.
44. Ермолова О.Н. Система принципов правового регулирования предпринимательской деятельности в аспекте целей и функций права // Журнал предпринимательского и корпоративного права. 2017. № 1. С. 38 - 43.
45. Ершова И.В. Понятие предпринимательской деятельности в теории и судебной практике // Lex russica. 2014. № 2. С. 160 - 167.
46. Жилинский С.Э. Предпринимательское право (правовая основа предпринимательской деятельности): Учебник для вузов. М.: Норма, 2007. 944 с.
47. Лебедев К.К. Предпринимательское и коммерческое право: системные аспекты (предпринимательское и коммерческое право в системе права и законодательства, системе юридических наук и учебных дисциплин). СПб., 2002.
48. Лепиньч К. Понятие предпринимательской деятельности и незаконного предпринимательства // Административное право. 2016. № 4. С. 21 - 25.
49. Олейник О.М. Понятие предпринимательской деятельности: теоретические проблемы формирования // Предпринимательское право. 2015. № 1. С. 3-17.
50. Олейник О.М. Формирование критериев квалификации предпринимательской деятельности в судебной практике // Предпринимательское право. 2013. № 1. С. 2-16.
51. Плотников С.А. Уголовная ответственность за незаконное предпринимательство: Автореф. дис. ... к. ю. н. М., 2003.

52. Предпринимательское (хозяйственное) право: Учебник / Н.И. Вознесенская и др.; под ред. В.В. Лаптева, С.С. Занковского. М.: Волтерс Клувер, 2006. 560 с.
53. Предпринимательское право России: Учебник / Отв. ред. В.С. Белых. М.: Проспект, 2008. 656 с.
54. Пьянкова А.Ф. Понятие предпринимательской деятельности в российском и зарубежном праве // Предпринимательское право. 2017. № 1. С. 18-23.
55. Российское предпринимательское право: Учебник / Отв. ред. И.В. Ершова, Г.Д. Отнюкова. М.: Проспект, 2012. 816 с.
56. Талан М.В. Преступления в сфере экономической деятельности: вопросы теории, законодательного регулирования и судебной практики: Дис. ... докт. юрид. наук. - Казань, 2002. 479 с.
57. Тихомиров Ю.А. Предприниматель и закон: Практическое пособие. М.: Экономика, 1996. 287 с.
58. Чорновол Е.П., Головизнин А.В. Классификация предпринимательской деятельности на формы и виды // Вестник арбитражной практики. 2015. № 6. С. 20 - 29.
59. Чорновол Е.П., Головизнин А.В. Нормативно-правовые, доктринальные и правоприменительные признаки предпринимательской деятельности // Право и экономика. 2016. № 1. С. 16 - 22.
60. Чукреев А.А. Доктрина "должная осмотрительность при выборе контрагента" в практике рассмотрения налоговых споров // Хоз-во и право. 2012. № 12. С. 89 - 96
61. Чукреев А.А. К проблеме легального определения предпринимательской деятельности // Российский юридический журнал. 2015. № 2. С. 105 - 120.
62. Чукреев А.А., Зайцева Л.В. Запрет на осуществление предпринимательской деятельности и сдача внаем (аренду) помещений государственными служащими // Юрист. 2013. № 1. С. 26-29.
63. Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. Введение. Торговые деятели. М., 2003. Т. 1.

- 64.Щенникова Л.В. Предпринимательская деятельность как гражданско-правовая категория // Цивилистические записки: Межвузовский сборник научных трудов. Вып. 4. М.: Статут, 2005.
- 65.Яни П.С. Сдача недвижимости внаем как незаконное предпринимательство // Законность. 2009. № 6. С. 9-14.