III. ГРАЖДАНСКОЕ И ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЕ ПРАВО

Информация для цитирования:
Воронцов С. Г. Признаки предпринимательской деятельности: проблемы терминологической определенности // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2016. Вып. 34. С. 402–412. DOI: 10.17072/1995-4190-2016-34-402-412.
Vorontsov S. G. Legal'nye priznaki predprinimatel'skoy deyatel'nosti: problemy terminologicheskoy opredelennosti [Legal Indicia of Entrepreneurship: Terminological Problems]. *Vestnik Permskogo Universiteta. Juridicheskie Nauki* – Perm University Herald. Juridical Sciences. 2016. Issue 34. Pp. 402–412. (In Russ.). DOI: 10.17072/1995-4190-2016-34-402-412.

УДК 346.26
DOI: 10.17072/1995-4190-2016-34-402-412

ЛЕГАЛЬНЫЕ ПРИЗНАКИ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ: ПРОБЛЕМЫ ТЕРМИНОЛОГИЧЕСКОЙ ОПРЕДЕЛЕННОСТИ

Статья подготовлена при финансовой поддержке РГНФ – грант № 16-03-00741 «Система правовых механизмов стимулирования должника к надлежащему исполнению обязательств и гарантирования интересов кредитора в российском гражданском праве»

С. Г. Воронцов

Кандидат юридических наук, доцент кафедры предпринимательского права,
гражданского и арбитражного процесса
Пермский государственный национальный исследовательский университет
614990, Россия, г. Пермь, ул. Букирева, 15
ORCID: 0000-0003-0184-7468
ResearcherID: K-7286-2016
e-mail: medeo2006@mail.ru

Введение: *легальное определение предпринимательской деятельности, включенное во 2-ю статью ГК РФ, содержит, как известно, несколько признаков, по которым адресаты правовой информации должны свободно отличать предпринимательство от иных вариантов экономического поведения. Вместе с тем непрекращающаяся научная дискуссия и разноречивая правоприменительная практика говорят о том, что российскому законодателю так и не удалось обеспечить потребителей качественным правовым материалом. Терминологическая неопределенность сказывается на эффективности правового воздействия, а также оказывает весьма ощутимое негативное влияние на механизмы стимулирования надлежащего поведения предпринимателей в гражданском обороте. Попробуем разобраться в причинах этого положения, детально проанализировав легальные признаки предпринимательской деятельности.* ***Цель:*** *выявить реальное содержание термина «предпринимательская деятельность» исходя из буквального толкования признаков, содержащихся в легальном определении этого понятия, что позволит повысить эффективность применения стимулирующих механизмов надлежащего исполнения обязательств теми, для кого они, в общем-то, и разрабатываются.* ***Метод:*** *формально-логический и сравнительно-правовой.* ***Результаты:*** *выявлены логические недочеты, допущенные российским законодателем при формулировании легального определения предпринимательской деятельности; уточнен ближайший род и видовые отличия изучаемого понятия; дано доктринальное определение предпринимательства; произведено разграничение понятий коммерческой и предпринимательской деятельности исходя из буквального толкования положений действующего российского законодательства.* ***Вывод:*** *действующее легальное определение предпринимательской деятельности неосновательно усложнено второстепенными, не имеющими значения для обозначения сути предпри-*

© Воронцов С. Г., 2016

нимательства, признаками. Данная терминологическая неопределенность в значительной степени снижает эффективность стимулирующих мер, направленных российским законодателем на обеспечение надлежащего поведения и исполнения гражданско-правовых обязательств. Реальных сущностных признаков в определении всего два (специальная цель и способ ее достижения). Все остальные являются формальными характеристиками и не в состоянии помочь адресатам правовой информации отличить предпринимательскую деятельность от смежных видов экономического поведения.

Ключевые слова: коммерческая деятельность; легальные признаки предпринимательской деятельности; понятие предпринимательской деятельности

LEGAL INDICIA OF ENTREPRENEURSHIP: TERMINOLOGICAL PROBLEMS

S. G. Vorontsov

Perm State University
15, Bukireva st., Perm, 614990, Russia
ORCID: 0000-0003-0184-7468
ResearcherID: K-7286-2016
e-mail: medeo2006@mail.ru

Introduction: *article 2 of the Russian Civil Code contains a legal definition of the term "entrepreneurship". Six indicia of entrepreneurship differ it from other types of economic activity, however, their content is very difficult to define. In theory of law this situation breeds a lot of debates. The application of this rule in practice often leads to violation of rights of citizens and legal persons. Why does this happen? The answer to this question is given in this article.* ***Purpose:*** *to identify the real meaning of the term "entrepreneurship" based on the literal interpretation of the indicia contained in the legal definition of this concept.* ***Methods:*** *a formal-logical method and a comparative legal method are used.* ***Results:*** *as a result of the study, we see a lot of logical fallacies made by the Russian legislator in formulating the legal definition. Based on the Russian legislation, the author of this article has formulated a new doctrinal concept of the term "entrepreneurship". Moreover, the relation of commerce and business activities has been investigated to differentiate between these concepts.* ***Conclusions:*** *the current legal definition of entrepreneurial activities in Russia is groundlessly complicated and comprises secondary indicia that are of no significance. There are only two essential indicia in this definition (a special purpose and the way to achieve it). All other indicia are formal and unable to distinguish entrepreneurship from adjacent kinds of economic activities.*

Keywords: entrepreneurship; commercial activity; legal indicia of entrepreneurial activity; concept of entrepreneurship

Введение

Легальное определение предпринимательской деятельности (далее – ПД), сформулированное российским законодателем во 2-й статье Гражданского кодекса РФ[1] (далее ГК – РФ), содержит ряд признаков, при помощи которых адресаты правовой информации должны без труда отличать предпринимательство от иных вариантов экономического поведения.

Для правоохранителей уяснение смыслов рассматриваемой дефиниции призвано служить гарантом соблюдения законности, которая не позволит заменить право произволом. Со стороны экономически активного населения разбираться в этом вопросе необходимо хотя бы потому, что предпринимательство без государственной регистрации может повлечь за собой и уголовную ответственность в порядке ст. 171 Уголовного кодекса РФ[2] (далее – УК РФ) с достаточно жесткими санкциями, вплоть до лишения свободы сроком до 5 лет.

Легальных признаков ПД шесть: самостоятельность, риск, систематический характер,

[1] *Гражданский* кодекс Российской Федерации. Часть первая: Федер. закон Рос. Федерации от 30 нояб. 1994 г. № 21-ФЗ (ред. от 30.03.2016) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 1994. № 32, ст. 3301.

[2] *Уголовный* кодекс Российской Федерации: Федер. закон Рос. Федерации от 13 июня 1996 г. № 63-ФЗ (ред. от 30.03.2016) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 1996. № 25, ст. 2954.

особая цель – получение прибыли, способ извлечения прибыли (от использования имущества, продажи товаров, … работ, ...услуг) и необходимость государственной регистрации.

Кто-то из авторов научной и учебной литературы видит вместо шести признаков пять, как правило, объединяя «систему» и «прибыль», кто-то только четыре, добавляя к указанному объединению еще и игнорирование способа достижения предпринимательской цели. Проиллюстрировать, насколько разнятся представления правоведов по этому поводу, не составит труда. Гораздо сложнее найти схожие варианты.

Краткий обзор отдельных позиций, изложенных в российской юридической литературе, в отношении количества и существа признаков предпринимательской деятельности

Профессор И. В. Ершова выделяет и рассматривает 5 признаков ПД: самостоятельность; риск; систематическое получение прибыли; способ получения прибыли; государственную регистрацию. Первые 4 признака квалифицируются ею как сущностные, последний, пятый, признается формальным [8, с. 19–24].

Профессор В. С. Белых рассматривает также 5 признаков, но состав этой пятерки иной: самостоятельный характер; систематизм; систематическое извлечение прибыли; предпринимательский риск; признак легитимации предпринимательства. Способ извлечения прибыли рассматривается автором в рамках признака систематизма и отдельно не выделяется. Легитимация относится к формальным, внешним признакам предпринимательства [6, с. 10–14].

Профессоры В. В. Гущин и Ю. А. Дмитриев тоже называют 5 нормативных признаков, но их состав отличается от предыдущих вариантов: самостоятельность; рискованный характер; коммерческий характер (направлена на систематическое получение прибыли); способ получения прибыли; необходимость регистрации. Последний признак авторами предлагается считать не признаком, а условием законности ее существования [2, с. 12–22].

И. В. Тимошенко, А. В. Мелкумянц считают, что у ПД 6 нормативных признаков: самостоятельность; цель деятельности – извлечение прибыли; предпринимательский риск; систематический характер получения прибыли; государственная регистрация участников предпринимательской деятельности; ответственность хозяйствующего субъекта [10, с. 8–11].

Н. В. Рубцова и М. В. Голышев, указывая на 6 признаков ПД, вообще выходят за рамки легальной дефиниции: постоянная основа; профессионализм; рисковый характер; направленность на извлечение прибыли; осуществление ПД от собственного имени и под свою имущественную ответственность; самостоятельность и инициативность [9, с. 95–96].

Большинство исследователей сходятся во мнении, что необходимость государственной регистрации является формальным признаком. Профессор С. Э. Жилинский считает формальным еще и признак осуществления ПД на постоянной (профессиональной) основе [3, с. 80].

Таким образом, несмотря на очевидную потребность в простом и доступном для усвоения юридическом материале, ни законодатель, ни наука предпринимательского права пока не выработали единого понимания того, чем же по сути является ПД и с помощью каких признаков можно отличить ее от иных видов экономического поведения. Попробуем разобраться в этой проблеме.

Оценка правового содержания легальных признаков предпринимательской деятельности

Формальный признак – необходимость государственной регистрации ПД мы оставим за рамками настоящей публикации и рассмотрим остальные, которые большинством российских авторов юридической литературы считаются признаками сущностными.

Риск. Этот признак можно назвать самым «древним» из всех признаков, употребленных в определении. Современные российские учебники говорят о том, что риск имманентно присущ ПД, он всегда ее характеризовал, и что А. Смит, и Р. Катильон, и даже Аристотель об этом писали...

Действительно, с этой общепринятой характеристикой предпринимательства, может быть как раз в силу «возраста», мало кто спорит и ее почти не критикуют. Максимум кто-то скажет, что данный критерий не имеет в российском законодательстве определенного правового содержания, даст свое доктринальное соображение по этому поводу или разыщет легальную формулировку в специальном законе, регулирующем, к примеру, общественные отношения в области страхования. И совершенно напрасно.

Риск, если понимать его как возможность наступления неблагоприятных последствий, так или иначе сопровождает любую человеческую деятельность. Разве не рискует пожарный, полицейский, хирург, журналист или водитель автобуса? Даже безобидный литератор может не попасть на заседание МАССОЛИТА, потому что «Аннушка уже … разлила масло». В боль-

шей или меньшей степени рискуют все и предприниматель от остальных в этом плане совершенно неотличим.

Можно утверждать, что риск как незапланированный отрицательный результат является запрограммированным атрибутом любой целенаправленной деятельности. И хотя Остап Бендер и говорил, что стопроцентную гарантию может дать страховой полис, многочисленные банкротства страховых организаций убеждают нас в обратном. Не бывает абсолютных гарантий. А значит, риск сопровождает нас повсюду.

С другой стороны, необходимо признать, что есть виды ПД, обнаружить в которых повышенную степень риска практически невозможно. Попробуйте обосновать повышенные социальные издержки, связанные с риском, у предпринимателя, выполняющего работы по ремонту обуви.

Поэтому, отчасти, необходимо солидаризироваться с профессором С. Э. Жилинским, который считает, что риск, хоть и является «вечным спутником предпринимательства, но не обязательно присутствует в деятельности каждого отдельного предпринимателя» [3, с. 83].

Таким образом, получается, что риск, во-первых, может характеризовать не только предпринимательство, а и другие виды социальной активности. Во-вторых, в отдельных видах ПД он может отсутствовать напрочь. Возникают закономерные вопросы: можно ли считать такую характеристику сущностной? Есть ли необходимость указывать в легальном определении «риск» в качестве видового отличия ПД? Представляется, что нет. Риск – это не видовое отличие или особенность предпринимательства. Это родовая характеристика. Для предпринимательства это формальный и далеко не обязательный признак.

Следующее легальное отличие – ***систематическая основа.*** Что значит осуществлять ПД на систематической основе или стремиться к систематическому извлечению прибыли, точно не скажет ни один российский правовед. И дело даже не в том, что, прописывая признак, законодатель «забыл» указать его критерии (время, промысел, частоту, количество повторений, объемы продаж, величину полученной прибыли, количество заключенных сделок...), а в том, что это опять что угодно, но не характеристика сути.

Нелепость подхода определения сущности через «систематизм» становится более наглядной, если употребить этот признак в дефинициях каких-либо хорошо известных понятий. Любых (труд, спорт, секс, воровство... что угодно). Например: измена – это секс с непостоянным партнером, совершаемый на систематической основе. А если один раз в неделю, то это не измена. Или, ближе к цивилистике. Автор произведения – это тот, кто создает произведения на систематической основе. А раз у Огинского всего один полонез, значит, он и не автор. Получается откровенная ерунда.

Любым делом можно заниматься на систематической основе, профессионально или от случая к случаю. Никакого отношения к сути определяемого понятия этот признак не имеет. С его помощью можно решать вопросы налогового администрирования, устанавливать виды юридической ответственности, но к пониманию изучаемого понятия это мнимое видовое отличие нас совершенно не приближает. Если разбираться с сутью понятия, а не решать попутно какие-то еще дополнительные задачи, этот признак тоже надо выводить за рамки легального определения.

В итоге систематическая основа является таким же формальным признаком предпринимательства, как риск и необходимость легитимации. Легальная и нелегальная, систематическая и разовая, рисковая и безрисковая – все это виды или формы ПД.

Самостоятельность. Это еще одно, мягко говоря, не бесспорное «изобретение» теории предпринимательского права. Откуда вообще взялась эта характеристика? Это наследие союзного законодательства времен перестройки. И мы по инерции, бездумно продолжаем использовать этот термин, совершенно позабыв об исторических условиях, определивших его появление. Впервые «самостоятельность» появилась в Законе РСФСР от 25 декабря 1990 г. № 445-1 «О предприятиях и предпринимательской деятельности»[1], а через четыре месяца была продублирована уже в союзном законодательстве – Законе СССР от 2 апреля 1991 г. № 2079-1 «Об общих началах предпринимательства граждан в СССР»[2].

Тогда этот признак относился только к гражданам-предпринимателям. В условиях тотальной государственной собственности, когда практически единственным работодателем являлось государство, а за тунеядство можно было получить срок, гражданину-предпринимателю необходимо было дать правовую основу, легализующую его «незанятость» в процессе планового общественного производства. С учетом этих обстоятельств термин «самостоятельный» имеет совершенно иной смысл и далеко не со-

[1] *Ведомости* Съезда народных депутатов РСФСР и Верховного Совета РСФСР. 1990. № 30, ст. 418.

[2] *Ведомости* СНД СССР и ВС СССР. 1991. № 16, ст. 442.

ответствует его современному пониманию. Советский гражданин-предприниматель признавался самостоятельным по отношению к государству и таким образом легализовался в правовом пространстве.

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 трудоправовых 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 удается.

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 трудоправовая, 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 предопределены, 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.

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».

В итоге получается, что самостоятельность тоже не является специфической характеристи-

кой ПД. Вместе с тем как внутривидовая особенность форм предпринимательской активности она вполне уместна.

Следующий квалифицирующий признак ПД – специальная цель – ***прибыль***, которая по определению ст. 247 Налогового кодекса РФ[1] (далее – НК РФ) представляет собой доходы за вычетом расходов. Как можно оценить это целеполагание? Вначале несколько общих суждений.

Первое. Указывая прибыль в качестве единственной цели ПД, российский законодатель фактически определяет предпринимателя как субъекта, стремящегося к неэквивалентному, неравноценному обмену, любое взаимодействие с которым ведет всех остальных к безусловным экономическим потерям. В этом варианте предпринимательство есть форма хищения, форма узаконенного социального грабежа. Насколько быстро это сугубо эгоистичное и никак не связанное с общими интересами целеполагание может приводить субъекта к социальной деформации, можно проиллюстрировать следующим примером.

Российское государство отвечает за то, чтобы все граждане страны имели возможность реализовать свои конституционные права, включая право на отдых и охрану здоровья (п. 5 ст. 37 и п. 1 с. 41 Конституции РФ [2] соответственно). И вроде бы общее направление государственных усилий должно быть очевидным. Но как только российские железные дороги превращаются в коммерческую организацию, ОАО «РЖД» начинает повышать стоимость проезда в два с лишним раза в период массовых отпусков российских граждан. И это при том, что все акции этой организации пока еще принадлежат государству. Что будет после их приватизации, представить нетрудно.

Легализуя предпринимателя в качестве субъекта, стремящегося исключительно к извлечению прибыли, мы своими руками создаем ситуацию, в которой всегда будем сражаться с постоянным ростом стоимости товаров, работ, услуг с одновременным понижением их качества.

Послушайте ведущих представителей предпринимательского сообщества. Они совершенно однозначно оценивают свое социальное предназначение, кстати говоря, точно следуя букве российского закона: «Кризис – это хорошее время, остаются только эффективные предприниматели. Если по-честному, и девелопер, и ритейлер занимаются одной вещью: они максимально стараются обобрать потребителя. Максимально» [4, с. 14].

Любое нормальное социальное сообщество, будь то семья, трудовой коллектив, спортивная команда, друзья …, обнаруживая в своих рядах «трутня», «несуна», лентяя, жулика, наркомана или любую другую форму социального иждивенчества, старается «излечить» этот недуг, избавиться от него... С самого детства вместе с басней И. А. Крылова «Стрекоза и муравей» мы усваиваем этот социальный алгоритм. У подавляющей массы населения страны нет ни малейшего желания и надобности в оплате ежегодного необоснованного роста стоимости тарифов, проезда, продуктов и коммунальных услуг. Зачем российский законодатель легализует предпринимателей в виде «стрекоз», объяснить достаточно сложно. Заметьте, как бы ни колебалась стоимость нефти на внешних рынках, цена бензина в России только растет. И в этом нет ничего удивительного, потому как нет никакой зависимости между этими показателями в нашей экономической модели. Если цель только одна – прибыль, то все происходящее является лишь поводом для ее извлечения.

С учетом вышеизложенного представляется более уместным употребление в исследуемой дефиниции другого термина – «доход», который сделает предпринимательское целеполагание не таким узконаправленным и социально враждебным.

Второе. Любая система, как известно, может находиться в одном из трех состояний: развитие, равновесие, распад. Прибыль, будучи вариантом неэквивалентного обмена, уместна как характеристика предпринимательства только в период роста, как элемент расширенного воспроизводства, к примеру, в условиях развивающихся рынков. В остальных случаях такое целеполагание не только не уместно, а попросту вредно. Это хорошо известно на примере биологических систем. По общему правилу, клетка живого организма как элемент системы альтруистична. Как только, в силу каких-то причин, она переключается на эгоистичный механизм неэквивалентного обмена, возникает болезнь. Например, сборищем клеток-эгоистов является раковая опухоль.

Третье. Возвращаясь к правоведению, необходимо отметить, что в зарубежных право-

[1] *Налоговый* кодекс Российской Федерации. Часть вторая: Федер. закон Рос. Федерации от 5 авг. 2000 г. № 117-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации 2000. № 32, ст. 3340.

[2] *Конституция* Российской Федерации: принята всенар. голосованием 12 дек. 1993 г. (с учетом поправок, внесенных Законами РФ о поправках к Конституции РФ от 21 июля 2014 г. № 11-ФКЗ) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2014. № 31, ст. 4398.

порядках, которые по разным причинам современный российский законодатель выбирает для себя в качестве образца, подобное целеполагание не употребляется. В США, к примеру, среди хозяйствующих субъектов нет никаких profit corporation, а есть «business corporation» наряду с «puplic», «quasi public» и «non profit corporation». Согласитесь, что термин «бизнес» (дело, занятие, профессия, фирма...) довольно трудно свести к неконтролируемой российской погоне за прибылью.

В континентальной системе права можно наблюдать аналогичное состояние. В Германии, например, в соответствии с § 14 Гражданского уложения предпринимателем является лицо (физическое, юридическое или правоспособное товарищество), которое заключает сделку, осуществляя предпринимательскую либо самостоятельную профессиональную деятельность [1, с. 2]. Снова нет никакого упоминания о прибыли или о чем-то похожем.

Попутно надо отметить, что указанное немецкое определение, содержащееся в русскоязычном переводном источнике, нельзя признать удачным. После его прочтения возникает дилемма: либо германский законодатель допустил логическую ошибку, определив неизвестное через неизвестное (предприниматель – это тот, кто осуществляет предпринимательскую деятельность), либо по какой-то причине «хромает» русский перевод.

Если заглянуть в немецкий оригинал, второе допущение окажется верным. Немецкий законодатель ошибки не совершал. Употребленные им термины, переведенные на русский язык как «предприниматель» (Unternehmer) и «предпринимательская» (Gewerblichen) деятельность, как несложно заметить, разнокоренные. Немецко-русские экономические словари употребленное прилагательное чаще всего обозначают как «промысловый», «ремесленный», «промышленный», «производственный». Как видим, никакого намека на прибыль как основную и единственную цель деятельности предпринимателя обнаружить снова не удается.

Кстати говоря, аналогичные претензии в отношении точности перевода можно высказать и по поводу определения коммерсанта в § 1 переведенного на русский язык Торгового уложения Германии [11, с. 7]. Коммерсант (Istkaufmann) – это тот, кто занимается коммерческой (Handelsgewerbe) деятельностью. И далее. Коммерческой (Handelsgewerbe) деятельностью считается любая деятельность (Gewerbebetrieb). Как видим, русский перевод абсолютно не передает реального правового содержания легальных немецких дефиниций.

Четвертое. В российской юридической литературе не раз высказывались предложения ввести в тексты федеральных законов определения социального, экологического, социально-ответственного предпринимательства и т. д. То есть предлагается усложнить имеющуюся правовую конструкцию легального определения ПД дополнительным целеполаганием. Представляется, что в этом нет необходимости.

Предпринимательская прибыль по сути своей это вообще не цель, а средство достижения целей, которых в определении ПД зашифровано множество. Государство, развивая и поддерживая предпринимательство, борется с бедностью, безработицей, развивает товарные рынки, наполняет бюджеты... Частные субъекты пекутся о своих интересах. Поговорите с предпринимателями, и выяснится, что своей деятельностью они занимаются: ради социального статуса, от безысходности, по призванию, из интереса к работе, делу, профессии, из желания помочь родным и близким, «поднять» детей и дать им хорошее образование... Наличие предпринимательского дохода позволяет решить всем им эти проблемы.

Куда направить средства, полученные от ПД, есть сфера публично-частного усмотрения. Дом, семья, машина, яхта, благотворительность, решение экологических проблем... Не надо пытаться вместить все это многообразие в легальную дефиницию. ПД есть деятельность возмездная. Точка. Опосредованно, через призму предпринимательского дохода, все вышеперечисленные цели, при желании, можно разглядеть.

Теперь по существу. Несмотря на высказанные замечания и критику, термин «прибыль» является первым реально квалифицирующим признаком ПД из всех ранее рассмотренных. Эта цель материальная, и она позволяет отличать ПД не только от других нематериальных, некоммерческих видов деятельности, но и от иных видов экономической (материальной) активности. Например, мы можем соотнести ПД с хозяйственной деятельностью, имея для сопоставления две внятные правовые категории: «прибыль» и «доход».

Последний из сущностных признаков – ***способ извлечения прибыли*** – самый критикуемый. В науке предпринимательского права считается, что нет необходимости ограничивать способы извлечения прибыли путем их конкретизации. Практика совершенно с этим запуталась и чаще всего попросту его игнорирует. И это недопустимо. Потому что, в отличие от самостоятельности, риска и систематичности, «способ получения прибыли» есть признак действенный и реально работающий. По крайней мере, с его

помощью, как и при помощи «прибыли», действительно можно отличать ПД от «иной экономической деятельности». Как именно?

Для того чтобы признак «заработал», необходимо заглянуть в Налоговый кодекс РФ. Специалисты в области налогового права хорошо понимают, о чем идет речь. Продажа товаров, работ, услуг и имущественных прав – это налогооблагаемые «реализационные операции» (ст. 249). В рассматриваемом случае положения ГК и НК РФ четко увязаны между собой. Чего часто нельзя сказать о других нормативно-правовых актах, регулирующих в России ПД. К примеру, «богатый» понятийный аппарат Федерального закона от 24 июля 2007 г. № 209-ФЗ «О развитии малого и среднего предпринимательства в РФ»[1] практически не воспринимается другими нормативными правовыми актами.

Рассматриваемый признак действительно важен. Не будь его, и под ныне действующее легальное определение ПД попадет все что угодно, в том числе и различные виды хищений. Например, воровство. Воровская деятельность – это деятельность самостоятельная, сопряженная с риском, направленная на систематическое извлечение прибыли. Как видим, все признаки подошли.

Что касается замечаний по поводу того, что рассматриваемое законоположение «неполно и неадекватно отражает реальные способы получения прибыли», а «...претензии законодателя... на то, чтобы дать закрытый (исчерпывающий) перечень способов получения прибыли, заранее обречены на неудачу» [3, с. 85], то надо сказать следующее.

Что такое «реализационные» и «внереализационные» операции? Это результат дихотомического деления. Дихотомия в формальной логике, как известно, есть «деление объема понятия на два класса, исчерпывающих весь объем делимого понятия». Следовательно, нет никаких других способов получения прибыли, эти два класса исчерпывают весь объем. Без остатка!

Чем указанные классы отличаются друг от друга? Реализационные операции – это активные действия. ПД – это деятельное поведение субъекта. Внереализационные операции, напротив, пассивны. Налоговый кодекс РФ перечисляет виды доходов от этих операций (ст. 250). Это доходы от:

– долевого участия в других организациях;

– положительной (отрицательной) курсовой разницы;

– сдачи имущества в аренду и др.

Субъект, получающий доходы от внереализационных операций, не предприниматель. Это капиталист, инвестор, рантье, акционер и т. п. Рантье всех сортов пассивны, они ничего не создают, не производят, не предпринимают. За них «работает» капитал, как правило, чужой овеществленный труд.

Банк, кстати говоря, в этом свете предстает перед нами как коммерческая, но не как предпринимательская структура. Предприниматель и коммерсант – это не синонимы по российскому законодательству, равно как и во многих зарубежных правопорядках. В Германии, например, предприниматель является категорией Гражданского, а коммерсант – Торгового уложения. Понятие «коммерческая деятельность» в российском законодательстве шире понятия «предпринимательская деятельность». Под определение «коммерсант» попадают и инвесторы, и организаторы предпринимательских структур, и рантье. Все они коммерсанты, исходя из буквального смысла положений действующего российского законодательства (ст. 50 ГК РФ). Коммерсанты, но не предприниматели. Не все коммерсанты являются предпринимателями, но все предприниматели – коммерсанты. Других выводов из содержания положений ст. 50 ГК РФ сделать нельзя.

Встречающиеся в российской юридической литературе мнения о том, что коммерческая деятельность равна или уже по содержанию ПД, основаны, как правило, на лингвистических приемах. Например, профессор Б. И. Пугинский с помощью буквального перевода на русский язык латинского слова «Commersium» (торговля) создает коммерческое право, определяя таким способом объем целой подотрасли. Торговая деятельность рассматривается им как синоним коммерческой деятельности, и в этой системе координат он оправданно считает, что «предпринимательство гораздо шире коммерции» [7, с. 10]. К правовому содержанию российского понятия «коммерческий» этот подход не имеет прямого отношения, поскольку в силу ст. 50 ГК РФ содержание термина «коммерция» у нас совершенно другое.

Что же такое ПД? Получается, что это вид экономической деятельности, который направлен на извлечение прибыли путем реализации товаров, работ, услуг и имущественных прав (в терминологии НК РФ). Что это за деятельность? И как ее отделить от торговли, строительства, рыбной ловли и т. д.?

Если мы откроем Общероссийский классификатор видов экономической деятельности по состоянию на 2015 г. (в ред. изм. № 2/2011 ОКВЭД, утв. приказом Росстандарта от

[1] *Парламентская* газета. 2007. 9 авг.

17 июня 2011 г. № 134-ст, 3/2011 ОКВЭД, утв. приказом Росстандарта от 14 дек. 2011 г. № 1517-ст), то ПД мы там не обнаружим. В указанном классификаторе есть все: торговля, строительство, рыбная ловля, ветеринарная помощь животным и удаление сточных вод … Все! Кроме ПД.

Раздел 91.11 ОКВЭД «Деятельность коммерческих, предпринимательских и профессиональных организаций» говорит о том, что эта группировка включает в себя «деятельность организаций, интересы членов которых сосредоточены на обеспечении развития и процветания предприятий конкретной сферы деятельности, например торговли, сельского хозяйства и др.».

Таким образом, классификатор делит все виды деятельности на абстрактные (такие как ПД, коммерция и профессиональная деятельность) и на виды «конкретной сферы деятельности» (строительство, торговля и т. д.). Не вдаваясь в основания, достоинства или недостатки этой классификации, зададимся вопросом: а можно ли «конкретные» виды деятельности превратить в предпринимательство? Конечно. Надо просто начать извлекать из «конкретной» деятельности прибыль. Это означает не просто строить, торговать, ловить рыбу исключительно на возмездной, платной основе (это могут делать и некоммерческие субъекты), а еще и стремиться при этом к совершению неэквивалентного обмена, стараясь любыми способами заполучить возмещение в размере, превосходящем произведенные затраты.

Получается, что «предпринимательская деятельность», как и коммерческая деятельность в Германии, это – любая деятельность. Следовательно, по большому счету, нет никакой предпринимательской деятельности. Есть «конкретные» виды экономической деятельности, осуществляемые на коммерческой основе. ПД – это не деятельность, а характер деятельности.

Коммерциализация, вывод на рынок, превращение «чужих», не предпринимательских результатов «конкретных» видов деятельности в товар, работы, услуги... с целью продать по цене, превышающей произведенные затраты. Это и есть сфера «чистого», «рафинированного» предпринимательства. Если предприниматель при этом сам строит, рыбачит, охотится или что-то выращивает... это гибридная форма экономического поведения.

Вопросы правоприменительной практики

Как видим, заложенная законодателем правовая конструкция сложна, неоднозначна для понимания и вызывает многочисленные вопросы даже у профильных теоретиков. По большому счету пользоваться ею совершенно невозможно. В практике правоохранительных органов дело обстоит еще хуже. См., например, кассационное определение судебной коллегии по уголовным делам Пермского краевого суда по делу № 22-1290/2013 от 5 марта 2013 г.[1]

Российские суды без лишних раздумий привлекают к уголовной ответственности за незаконное предпринимательство по ст. 171 УК РФ физических лиц, получающих доходы от внереализационных операций.

Абсурд подобной практики очевиден не только с позиций российской теории цивилистики, но и с точки зрения налогового права. Физическое лицо как налогоплательщик отдает в государственный бюджет в два с лишним раза больше (ставка НДФЛ – 13 %), чем субъекты ПД, находящиеся, к примеру, на упрощенной системе налогообложения (одна из ставок – 6 %). То есть, ставя знак равенства между коммерческой и предпринимательской деятельностью (между реализационными и внереализационными операциями), наши правоохранительные органы наказывают людей за то, что они расплачиваются с государством по повышенной ставке. Какую общественную опасность в действиях этих людей усматривает наша непредсказуемая Фемида, остается только гадать.

Но, как говорил один известный персонаж, других писателей у меня для вас нет. Так и у нас – нет других судей. И претензии к текущему состоянию правоприменительной практики в первую очередь должны быть адресованы российскому законодателю, снабжающему общество неоднозначным, сложным для понимания правовым материалом, качество которого даже профессиональных юристов сбивает с толку.

Остается только согласиться с коллегами из Санкт-Петербургского государственного университета, которые в своих исследованиях отмечают, что «тексты нормативных актов пишутся языком сложных научных текстов и чтобы их понять, нужно не только иметь ученую степень, но и быть готовым к тому, что чтение легким не будет» [5, с. 14].

Теперь, когда содержание всех признаков проанализировано, мы можем «отделить зерна от плевел» и сконструировать определение ПД, исходя из оставшегося правового материала:

[1] *Определение* судебной коллегии по уголовным делам Пермского краевого суда от 5 марта 2013 г. по делу № 22-1290/2013. URL: http://oblsud.perm.sudrf.ru/modules.php?name=sud_delo&srv_num=1&name_op=doc&number=1015358&delo_id=4&new=4&text_numb er=1&case_id=468175 (дата обращения: 12.12.2015).

предпринимательская деятельность – это реализация товаров, работ, услуг и имущественных прав, осуществляемая на коммерческой основе. Или: предпринимательство есть вид коммерческой деятельности, осуществляемой путем реализации товаров, работ, услуг и имущественных прав. Вот это и есть реальное правовое содержание легальной дефиниции ПД в России.

Выводы

1. Из шести легальных признаков ПД, содержащихся в ст. 2 ГК РФ, формальными являются четыре: самостоятельность, риск, систематическая основа и необходимость государственной регистрации. В вопросе определения сути ПД они бесполезны. Подобный уровень терминологической определенности не просто снижает эффективность правового воздействия на гражданско-правовые отношения, но и становится одним из непреодолимых барьеров в решении вопросов обеспечения исполнения обязательств.

2. Реально «работающих» сущностных видовых отличий в легальном определении ПД в РФ только два: цель деятельности (прибыль) и способы ее достижения (от использования имущества, продажи товаров...). Все остальные без ущерба для дефиниции можно «вывести за скобки».

3. Прибыль как единственная легальная цель ПД деконструктивна и порождает неустранимые социальные противоречия. Эту цель в определении необходимо заменить, к примеру, на более нейтральный термин – «доход».

4. Коммерческая деятельность представляет собой совокупность активных и пассивных способов извлечения прибыли (от реализационных и внереализационных операций). Она является ближайшим родовым понятием по отношению к ПД. Понятие коммерческой деятельности шире понятия ПД.

5. Предпринимательство в России – это любая экономическая деятельность, осуществляемая на коммерческой основе путем реализации товаров, работ, услуг и имущественных прав.

6. Терминологическая неопределенность базовых конструкций правового механизма влечет за собой снижение эффективности нормативного регулирования и не стимулирует субъектов гражданско-правовых отношений к надлежащему исполнению обязательств.

Библиографический список

1. *Гражданское* уложение Германии. М.: Волтерс Клувер, 2006. 816 с.
2. *Гущин В. В., Дмитриев Ю. А.* Российское предпринимательское право: учебник. М.: Изд-во Эксмо, 2005. 736 с.
3. *Жилинский С. Э.* Предпринимательское право (правовая основа предпринимательской деятельности): учебник. М.: Норма, 2008. 928 с.
4. *Манасян М.* Кризис – это хорошее время // Новый компаньон. 2015. № 44 (857).
5. *Новоселова Е.* Какой язык в законе // Рос. газета. 2016. № 6874(6).
6. *Предпринимательское* право России: учебник / отв. ред. В. С. Белых. М.: Проспект, 2008. 656 с.
7. *Пугинский Б. И.* Коммерческое право России. М.: Юрайт-М, 2002. 314 с.
8. *Российское* предпринимательское право: учебник / отв. ред. И. В. Ершова, Г. Д. Отнюкова. М.: Проспект, 2012. 816 с.
9. *Рубцова Н. В., Голышев М. В.* Определение предпринимательской деятельности в доктрине и современном Российском законодательстве // Вестник Сибирского государственного университета путей сообщения. 2014. № 31. С. 95–98.
10. *Тимошенко И. В., Мелкумянц А. В.* Хозяйственное право: конспект лекций. Ростов н/Д.: Феникс, 2008. 343 с.
11. *Федеративная* Республика Германия. Законы. Торговое уложение Германии. М.: Волтерс Клувер, 2005. 624 с.
12. *Философская* энциклопедия: в 2 т. / гл. ред. В. Ф. Константинов. М.: Сов. энциклопедия, 1962. Т. 2. 576 с.

References

1. *Grazhdanskoe ulozhenie Germanii* [The German Civil Code]. Moscow, 2006. 816 p. (In Russ.).
2. *Gushchin V. V., Dmitriev Yu. A. Rossiyskoe predprinimatel'skoe pravo: uchebnik*. [Russian Business Law: textbook]. Moscow, 2005. 736 p. (In Russ.).
3. *Zhilinskiy S. E. Predprinimatel'skoe pravo (pravovaya osnova predprinimatel'skoy deyatel'nosti): uchebnik* [Business Law (the Legal Basis of Entrepreneurial Activity): textbook]. Moscow, 2008. 928 p. (In Russ.).
4. *Manasyan M. Krizis – eto khoroshee vremya* [Crisis is a Good Time]. *Novyj kompan'on* – New Companion. 2015. Issue 44 (857). (In Russ.).
5. *Novoselova E. Kakoy yazyk v zakone* [What Language is in Law]. *Rossiyskaya gazeta* – Rossiyskaya Gazeta. 2016. № 6874 (6). (In Russ.).

6. *Predprinimatel'skoe pravo Rossii: uchebnik* [Business Law of Russia: textbook]; ed. by V. S. Belykh. Moscow, 2008. 656 p. (In Russ.).
7. *Puginskiy B. I. Kommercheskoe pravo Rossii* [Commercial Law of Russia]. Moscow, 2002. 314 p. (In Russ.).
8. *Rossiyskoe predprinimatel'skoe pravo: uchebnik* [Russian Business Law: texbook]; ed. by I. V. Ershova, G. D. Otnyukova. Moscow, 2012. 816 p. (In Russ.).
9. *Rubtsova N. V., Golyshev M. V. Opredelenie predprinimatel'skoy deyatel'nosti v doktrine i sovremennom Rossiyskom zakonodatel'stve* [The Definition of Entrepreneurial Activity in the Doctrine and Modern Russian Legislation]. *Vestnik Sibirskogo gosudarstvennogo universiteta putey soobshcheniya* – The Siberian Transport University Bulletin. 2014. Issue 31. Pp. 95–98. (In Russ.).
10. *Timoshenko I. V., Mel'kumyants A. V. Khozyaystvennoe pravo: konspekt lektsiy* [Economic Law: Lecture Notes]. Rostov-on-Don, 2008. 343 p. (In Russ.).
11. *Federativnaya Respublika Germaniya. Zakony. Torgovoe ulozhenie Germanii* [Federal Republic of Germany. Laws. The German Commercial Code]. Moscow, 2005. 624 p. (In Russ.).
12. *Filosofskaya entsiklopediya* [Philosophical Encyclopedia]; ed. by F. V. Konstantinov. Moscow, 1962. Vol. 2. 576 p. (In Russ.).