Правовая категория «предпринимательская деятельность»: законодательная дефиниция и реальность

ШУВАЛОВ Игорь Иванович, председатель государственной корпорации развития «ВЭБ.РФ»,
кандидат юридических наук, заслуженный экономист Российской Федерации
Россия, 107078, г. Москва, просп. Академика Сахарова, 9
E-mail: info@veb.ru

В настоящее время российское законодательство содержит определение предпринимательской деятельности, которое сложилось в первые годы формирования рыночной экономики, а само предпринимательство до сих пор нередко ассоциируется с конкретными актами товарообмена: выполнение работ, оказание услуг, изготовление продукции. Вместе с тем современный мир характеризуется научно-техническим прогрессом, что сопровождается появлением новых видов объектов права, которые в ближайшем будущем будут активно вовлекаться в гражданский оборот. Требуется адаптировать сложившиеся подходы законодательства к определению предпринимательской деятельности не только с позиций разграничения предпринимательской и экономической деятельности, но и с точки зрения отражения социальной функции бизнеса.

В статье предпринята попытка сформулировать новое теоретическое определение предпринимательской деятельности с возможностью его дальнейшей имплементации в гражданское законодательство с учетом таких новшеств, как криптовалюта, развитие робототехники и т. д. Автор рассматривает законодательные и доктринальные признаки предпринимательской деятельности, отмечая несовершенство некоторых из них, сопоставляет категорию предпринимательской деятельности с общим понятием экономической деятельности и иными используемыми в законе и доктрине ее видами.

Ключевые слова: понятие и признаки предпринимательской деятельности, выполнение работ, оказание услуг, изготовление продукции, незаконная предпринимательская деятельность.

Для цитирования: Шувалов И. И. Правовая категория «предпринимательская деятельность»: законодательная дефиниция и реальность // Журнал российского права. 2020. № 5. С. 59—65. DOI: 10.12737/jrl.2020.055

The Legal Category of “Entrepreneurial Activity”: The Legal Definition and the Reality

I. I. SHUVALOV, VEB.RF, Moscow 107078, Russian Federation
E-mail: info@veb.ru

Currently, the legal definition of entrepreneurial activity is disclosed through such categories as performance of works, provision of services, and production of products. At the same time, the modern world is characterized by scientific and technological progress, which is accompanied by the appearance of new types of objects of law, which in the near future will be actively involved in civil circulation.

The article attempts to formulate a new theoretical definition of entrepreneurial activity with the possibility of its further implementation in civil legislation, taking into account such innovations as cryptocurrency, the development of robotics, etc. The author considers the legislative and doctrinal features of business activity, noting the imperfection of some of them, compares the category of business activity with the general concept of economic activity and other types used in the law and doctrine.

Keywords: concept and signs of business activity, performance of works, rendering of services, production of products, illegal business activity.

For citation: Shuvalov I. I. The Legal Category of “Entrepreneurial Activity”: The Legal Definition and the Reality. *Zhurnal rossijskogo prava = Journal of Russian Law*, 2020, no. 5, pp. 59—65. DOI: 10.12737/jrl.2020.055 (In Russ.)

Согласно ч. 1 ст. 34 Конституции Российской Федерации 1993 г. «каждый имеет право на свободное использование своих способностей и имущества для предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности». Из данного конституционного постулата вытекает вывод о том, что прежде всего предпринимательская деятельность представляет собой составную часть более широкого собирательного понятия — экономической деятельности.

И. В. Ершова справедливо указывает, что каждая из разновидностей экономической деятельности (хозяйственная, предпринимательская, торговая, коммерческая и т. д.) характеризуется «...различными признаками, позволяющими проводить разграничение и проследить соотношение рассматриваемых категорий, что находит проявление в законодательстве, судебной практике и является предметом научных исследований»¹.

Хозяйственная деятельность как разновидность экономической деятельности заключается в осуществлении организации, обеспечении, руководстве и непосредственной реализации производства. Причем ее осуществление может быть направлено как на получение прибыли, так и на обеспечение собственных нужд субъекта. Таким образом, получение прибыли или дохода не является квалифицирующим признаком хозяйственной деятельности. Отождествляя хозяйственную деятельность с экономической деятельностью в активной форме, А. Я. Курбатов высказал мнение о том, что законодатель отказался от использования термина «хозяйственная

деятельность» скорее по идеологическим причинам, чем исходя из его сущности². Принимая во внимание, что это понятие активно использовалось в годы советской власти и в переходный период становления рыночной экономики, данное утверждение звучит довольно убедительно.

Тем не менее на постсоветском пространстве термин «хозяйственная деятельность» используется в законодательстве. Например, в соответствии со ст. 3 Хозяйственного кодекса Украины 2003 г. под хозяйственной деятельностью понимается деятельность субъектов хозяйствования в сфере общественного производства, направленная на изготовление и реализацию продукции, выполнение работ или оказание услуг стоимостного характера, имеющих ценовую определенность. В части 2 указанной статьи дано понятие предпринимательства (это хозяйственная деятельность, осуществляемая для достижения экономических и социальных результатов и с целью получения прибыли), а также некоммерческой хозяйственной деятельности (это деятельность, осуществляемая без цели получения прибыли). Заслуживает внимания ч. 3 ст. 6 Кодекса, в которой деятельность нехозяйствующих субъектов права, направленная на создание и поддержание необходимых материально-технических условий их функционирования, осуществляется при участии или без участия субъектов хозяйствования, является хозяйственным обеспечением деятельности нехозяйствующих субъектов.

Один из видов экономической деятельности — предпринимательская деятельность, легальное поня-

¹ Ершова И. В. Экономическая деятельность: понятие и соотношение со смежными категориями // *Lex Russica*. 2016. № 9. С. 46—61.

² См.: Курбатов А. Я. Обеспечение баланса частных и публичных интересов — основная задача права на современном этапе // *Хозяйство и право*. 2001. № 6. С. 88—97.

тие которой закреплено в ст. 2 Гражданского кодекса РФ, согласно которой предпринимательской является самостоятельная, осуществляемая на свой риск деятельность, направленная на систематическое получение прибыли от пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг. Таким образом, отечественный законодатель раскрывает категорию предпринимательской деятельности через перечисление ее признаков.

Примечательно, что несмотря на легальную дефиницию предпринимательской деятельности, в юридической доктрине отсутствуют единые подходы к определению количества признаков предпринимательской деятельности и их содержанию. И это при том, что основные сформированные концепции в литературе основаны на содержащемся в законе определении предпринимательской деятельности. Так, И. В. Ершова выделяет такие признаки предпринимательской деятельности, как самостоятельность, риск, систематическое получение прибыли, способ получения прибыли, которые квалифицируются ею как основные, а также один факультативный признак — государственная регистрация субъектов³. Аналогичным образом определяют признаки предпринимательской деятельности В. В. Гуцин и Ю. А. Дмитриев, которые в отличие от И. В. Ершовой рассматривают необходимость государственной регистрации в качестве условия законности осуществления предпринимательской деятельности, не относя ее к признакам самой деятельности⁴.

По мнению В. С. Белых, способ получения прибыли не относится к основным признакам предпринима-

тельской деятельности, при этом к таковым автор причисляет признак систематизма, разграничивая признаки систематического осуществления предпринимательской деятельности и систематического извлечения прибыли⁵. С. Г. Воронцов, придерживаясь буквального толкования ст. 2 ГК РФ, предлагает шесть признаков предпринимательской деятельности, в числе которых «самостоятельность, риск, систематический характер, особая цель — получение прибыли, способ извлечения прибыли (от использования имущества, продажи товаров... работ... услуг) и необходимость государственной регистрации»⁶.

И. В. Тимошенко и А. В. Мелкумянц называют шесть признаков предпринимательской деятельности, однако исключив из их состава способ извлечения прибыли, но добавляя ответственность хозяйствующего субъекта в качестве отдельного самостоятельного признака⁷.

Некоторые авторы также выделяют признаки предпринимательской деятельности, выходящие за пределы законодательного определения данной правовой категории. Например, в числе таких признаков Н. В. Рубцова и М. В. Гольшев называют осуществление предпринимательской деятельности на постоянной основе, профессионализм, осуществление предпринимательской деятельности от своего имени и под свою имущественную ответственность, самостоятельность и инициативность⁸.

⁵ См.: Предпринимательское право России: учебник / отв. ред. В. С. Белых. М., 2008. С. 10—14.

⁶ Воронцов С. Г. Легальные признаки предпринимательской деятельности: проблемы терминологической определенности // Вестник Пермского университета. Серия: Юридические науки. 2016. № 34. С. 403—404.

⁷ См.: Тимошенко И. В., Мелкумянц А. В. Хозяйственное право: конспект лекций. Ростов н/Д., 2008. С. 8—11.

⁸ См.: Рубцова Н. В., Гольшев М. В. Определение предпринимательской деятельно-

³ См.: Российское предпринимательское право: учебник / отв. ред. И. В. Ершова, Г. Д. Отнюкова. М., 2011.

⁴ См.: Гуцин В. В., Дмитриев Ю. А. Российское предпринимательское право: учебник. М., 2005. С. 12—22.

Рассмотрим кратко признаки, позволяющие отнести ту или иную деятельность к предпринимательской, при этом в процессе анализа и построения системы таких признаков следует учитывать не только признаки, вытекающие из легальной дефиниции рассматриваемой категории, но и иные реально значимые свойства предпринимательской деятельности.

Первым признаком, вытекающим из текста ст. 2 ГК РФ, является направленность на получение прибыли. Считаем данный признак предпринимательской деятельности одним из существенных, поскольку он позволяет отграничить предпринимательскую деятельность в первую очередь от хозяйственной деятельности. Отсутствие направленности совершаемых юридических действий на получение прибыли должно автоматически исключать ее из предпринимательской. Поэтому для отнесения деятельности к предпринимательской существенное значение имеет не факт получения прибыли, а направленность действий предпринимателя на ее получение.

При этом получение прибыли невозможно без введения продукции, товара, услуги и т. д. в гражданский оборот, что также может выступать отличительным признаком предпринимательской деятельности, поскольку отсутствие выхода субъекта предпринимательской деятельности с продукцией на рынок не позволяет квалифицировать его деятельность в качестве предпринимательской.

Безусловно, на практике выявить наличие или отсутствие признака направленности на получение прибыли будет не всегда возможно, поэтому его относительная недостаточность должна быть в определен-

ной степени компенсирована еще одним признаком — направленностью на систематическое получение прибыли.

Данная категория также является оценочной, что на практике порождает споры. Одна из доктринальных позиций, предложенная В. С. Белых, которую также положительно восприняли в судебной практике⁹, заключается в следующем: признак «систематизм» имеет двойственное значение; с одной стороны, он означает систематическое получение прибыли, а с другой — систематическое совершение определенных действий¹⁰. Данная точка зрения, на наш взгляд, заслуживает поддержки.

Еще один не менее важный признак предпринимательской деятельности, который также критикуется в научной литературе, заключается в ее рисковом характере. С. Э. Жилинский отмечает, что риск необязательно присутствует в деятельности каждого предпринимателя¹¹. «Риск, если понимать его как возможность наступления неблагоприятных последствий, так или иначе сопровождает любую человеческую деятельность», — считает С. Г. Воронцов и приходит к выводу о том, что «риск — это не видовое отличие или особенность предпринимательства. Это родовая характеристика. Для предпринимательства это формальный и далеко не обязательный признак»¹². Соглашаясь отчасти с высказанной в доктрине позицией о том, что риск сопутствует любой деятельности, тем не менее считаем, что он является необходимой характеристикой предпри-

⁹ См., например, постановление Пленума Верховного Суда РФ от 18 ноября 2004 г. № 23 «О судебной практике по делам о незаконном предпринимательстве».

¹⁰ См.: Белых В. С. Правовое регулирование предпринимательской деятельности в России: монография. М., 2005. С. 41.

¹¹ См.: Жилинский С. Э. Предпринимательское право. М., 2000. С. 50.

¹² Воронцов С. Г. Указ. соч. С. 402—412.

сти в доктрине и современном российском законодательстве // Вестник Сибирского государственного университета путей сообщения. 2014. № 31. С. 95—96.

нимательской деятельности. Закондатель при ее определении как осуществляемой «на свой риск» не просто делает акцент на возможных рисках при ее осуществлении, а исходит из того, что предприниматель как субъект права действует по своей инициативе и полностью под свою ответственность, что презюмирует его обязанность просчитать все возможные опасности и попытаться предотвратить (избежать) их.

Самостоятельность как один из признаков предпринимательской деятельности, равно как рисковый характер, присуща многим видам экономической деятельности. В связи с этим в научной доктрине самостоятельность также предлагается исключить из перечня признаков предпринимательской деятельности¹³. Самостоятельность определяется как возможность осуществления той или иной деятельности независимо от каких-либо лиц, отдельно от других, свободно, своей властью и в своем интересе¹⁴. При осуществлении предпринимательской деятельности ее участники самостоятельно принимают решения, касающиеся использования имеющихся у них ресурсов. Предполагаем, что исключение признака самостоятельности из числа признаков предпринимательской деятельности вновь может вернуть нас к вопросу об отношении к предпринимательской деятельности, например, деятельности акционеров.

Пожалуй, одним из самых критикуемых в отечественной доктрине признаков предпринимательской деятельности является способ извлечения прибыли. В соответствии с действующим определением предпринимательской деятельности предприниматель получает при-

быль «от пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг». В юридической литературе все чаще встречаются критические оценки подобного подхода, основанные на многогранности предпринимательской деятельности и появлении новых сфер и способов получения прибыли, новых направлений и сфер предпринимательской деятельности¹⁵. Так, по мнению М. И. Клеандрова, в ближайшем будущем в этой части легальная дефиниция понятия предпринимательской деятельности должна быть расширена. При этом автор ссылается на появление таких новых явлений, как производство криптовалюты (блокчейн), создание искусственного интеллекта и т. д.¹⁶ Г. Ю. Мицык считает доктринально необоснованным включение данного признака предпринимательской деятельности в его легальную дефиницию¹⁷. Как отмечает И. В. Ершова, «анализ судебной практики приводит к выводу о том, что достаточно было при квалификации предпринимательской деятельности ограничиться требованием ее законности»¹⁸.

Считаем, что ограничиться в данном случае указанием на законность предпринимательской деятельности в качестве ее признака было бы не оправданно, поскольку,

¹⁵ См., например: Предпринимательское право Российской Федерации: учебник / отв. ред. Е. П. Губин, П. Г. Лахно. 3-е изд. М., 2017; Предпринимательское право: современный взгляд: монография / отв. ред. С. А. Карелина, П. Г. Лахно, И. С. Шиткина. М., 2019.

¹⁶ См.: Предпринимательское право: современный взгляд / отв. ред. С. А. Карелина, П. Г. Лахно, И. С. Шиткина.

¹⁷ См.: Мицык Г. Ю. Нормативно-правовые, доктринальные и правоприменительные признаки предпринимательской деятельности // Право и экономика. 2017. № 7. С. 5—11.

¹⁸ Ершова И. В. Понятие предпринимательской деятельности в теории и судебной практике // Lex Russica. 2014. № 2. С. 160—167.

¹³ См., например: Воронцов С. Г. Указ. соч. С. 402—412.

¹⁴ См.: Ожегов С. П. Словарь русского языка: 70 000 слов / под ред. Н. Ю. Шведовой. 23-е изд. М., 1991. С. 824.

во-первых, все действия субъектов права должны укладываться в рамки закона, а во-вторых, замена перечисленных в легальном определении способов извлечения прибыли указанием на законность ее осуществления еще больше усложнит отнесение той или иной деятельности к предпринимательской. В связи с этим более убедительной выглядит позиция С. Г. Воронцова, по словам которого «способ получения прибыли» является действенным и «реально работающим» признаком предпринимательской деятельности. Более того, он убежден, что с его помощью, как и при помощи прибыли, действительно можно отличать предпринимательскую деятельность от иной экономической деятельности¹⁹.

Не принимая во внимание некоторую категоричность данных выводов, следует признать, что рассматриваемый признак предпринимательской деятельности не просто развивает конституционные гарантии свободного использования способностей и имущества для предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности (ч. 1 ст. 34 Конституции РФ), но и более точно отражает

содержание предпринимательской деятельности, что в совокупности с иными ее признаками дает возможность для более точной ее идентификации.

В результате можно сделать вывод, что закрепленное в действующем законодательстве легальное определение предпринимательской деятельности через перечисленные ее признаки практически отражает ее содержание и позволяет отграничить предпринимательскую деятельность от иных видов экономической деятельности. Тем не менее считаем возможным предложить следующее теоретическое определение предпринимательской деятельности с возможностью его легального закрепления в ГК РФ.

Предпринимательской является разновидность экономической деятельности, выраженная в совершении на постоянной основе определенных взаимосвязанных и последовательных действий, направленных на систематическое получение прибыли от продажи или обмена товаров, иного введения их в оборот, пользования имуществом, выполнения работ или оказания услуг, осуществляемая с использованием собственных и (или) привлеченных способностей и (или) имущества самостоятельно в своем интересе и на свой риск.

¹⁹ См.: Воронцов С. Г. Указ. соч. С. 402—412.

Библиографический список

Белых В. С. Правовое регулирование предпринимательской деятельности в России: монография. М., 2005.

Воронцов С. Г. Легальные признаки предпринимательской деятельности: проблемы терминологической определенности // Вестник Пермского университета. Серия: Юридические науки. 2016. № 34.

Гущин В. В., Дмитриев Ю. А. Российское предпринимательское право: учебник. М., 2005.

Ершова И. В. Понятие предпринимательской деятельности в теории и судебной практике // Lex Russica. 2014. № 2.

Ершова И. В. Экономическая деятельность: понятие и соотношение со смежными категориями // Lex Russica. 2016. № 9.

Жилинский С. Э. Предпринимательское право. М., 2000.

Курбатов А. Я. Обеспечение баланса частных и публичных интересов — основная задача права на современном этапе // Хозяйство и право. 2001. № 6.

Мицык Г. Ю. Нормативно-правовые, доктринальные и правоприменительные признаки предпринимательской деятельности // Право и экономика. 2017. № 7.

Предпринимательское право России: учебник / отв. ред. В. С. Белых. М., 2008.

Предпринимательское право Российской Федерации: учебник / отв. ред. Е. П. Губин, П. Г. Лахно. 3-е изд. М., 2017.

Предпринимательское право: современный взгляд: монография / отв. ред. С. А. Карелина, П. Г. Лахно, И. С. Шиткина. М., 2019.

Российское предпринимательское право: учебник / отв. ред. И. В. Ершова, Г. Д. Отнюкова. М., 2011.

Рубцова Н. В., Голышев М. В. Определение предпринимательской деятельности в доктрине и современном российском законодательстве // Вестник Сибирского государственного университета путей сообщения. 2014. № 31.

Тимошенко И. В., Мелкумянц А. В. Хозяйственное право: конспект лекций. Ростов н/Д., 2008.

References

Belykh V. S. *Pravovoe regulirovanie predprinimatel'skoy deyatel'nosti v Rossii*. Moscow, 2005.
Entrepreneurial Law of Russia. Ed. by V. S. Belykh. Moscow, 2008. (In Russ.)
Entrepreneurial Law of Russian Federation. Ed. by E. P. Gubin, P. G. Lakhno. 3rd ed. Moscow, 2017. (In Russ.)

Ershova I. V. Economic Activities: the Concept and its Interrelation with Related Categories. *Lex Russica*, 2016, no. 9, pp. 46—61. (In Russ.)

Ershova I. V. Ponyatie predprinimatel'skoy deyatel'nosti v teorii i sudebnoy praktike. *Lex Russica*, 2014, no. 2, pp. 160—167.

Gushchin V. V., Dmitriev Yu. A. *Russian Entrepreneurial Law*. Moscow, 2005. (In Russ.)

Kurbatov A. Ya. Obespechenie balansa chastnykh i publichnykh interesov — osnovnaya zadacha prava na sovremennom etape. *Khozyaystvo i pravo*, 2001, no. 6.

Mitsyk G. Yu. Regulatory, Doctrinal and Law Enforcement Features of Entrepreneurial Activity. *Pravo i ekonomika*, 2017, no. 7, pp. 5—11. (In Russ.)

Predprinimatel'skoe pravo: sovremennyy vzglyad. Ed. By S. A. Karelina, P. G. Lakhno, I. S. Shitkina. Moscow, 2019.

Rubtsova N. V., Golyshev M. V. Opredelenie predprinimatel'skoy deyatel'nosti v doktrine i sovremennom rossiyskom zakonodatel'stve. *Vestnik Sibirskogo gosudarstvennogo universiteta putey soobshcheniya*, 2014, no. 31, pp. 95—98.

Russian Entrepreneurial Law. Ed. by I. V. Ershova, G. D. Otnyukova. Moscow, 2011. (In Russ.)

Timoshenko I. V., Melkumyants A. V. *Khozyaystvennoe pravo*. Rostov-on-Don, 2008.

Vorontsov S. G. Legal Indicia of Entrepreneurship: Terminological Problems. *Vestnik Permskogo Universiteta. Juridicheskie Nauki = Perm University Herald, Juridical Sciences*, 2016, no. 34, pp. 402—412. (In Russ.)

Zhilinskiy S. E. *Entrepreneurial Law*. Moscow, 2000. (In Russ.)