**Предпринимательская деятельность граждан: понятие и конститутивные признаки**

Институт предпринимательской деятельности как разрешенного и поощряемого государством занятия - достаточно новое явление в российском праве последних десятилетий.

В бывшем СССР предпринимательство рассматривалось как антиобщественная деятельность, а его субъекты привлекались к уголовной ответственности (ст. 153 УК РСФСР).

Любопытно отметить, что те признаки предпринимательства, которые учитывались при оценке состава преступления (деятельность по производству товаров, услуг в целях извлечения прибыли (наживы), осуществляемая с привлечением рабочей силы в формах предприятий и организаций)\*, вошли в определение предпринимательства как вполне легального занятия, которое регламентируется и защищается силой государства. И это неудивительно - страна перешла от тоталитаризма к экономическим формам демократии, практически отказалась от внешнеэкономического принуждения личности, что позволяет раскрыть ее деловые и творческие созидательные способности. Существующие реалии не могли не найти своего отражения в законодательстве Российской Федерации.

----------------

\* См.: постановление Пленума Верховного Суда СССР от 25 июня 1976 года N 7 "О практике применения судами законодательства об ответственности за частнопредпринимательскую деятельность и коммерческое посредничество" //Бюллетень Верховного Суда СССР, 1976, N 4.

В Законе РСФСР "О предприятиях и предпринимательской деятельности" впервые было дано определение понятия "предпринимательство", его основных признаков.

Предпринимательством признана инициативная самостоятельная деятельность граждан и их объединений, направленная на получение прибыли, которая осуществляется ее субъектами на свой риск и под имущественную ответственность в тех пределах, которые очерчены организационно-правовой формой предпринимательства.

Принятие части первой Гражданского кодекса 1994 года несомненно стало серьезным этапом развития нормативной базы о предпринимательской деятельности. Законодатель разрешил ряд проблем, устранил некоторые неточности и необоснованные ограничения предпринимательской деятельности, существовавшие в ранее действовавшем законодательстве.

Однако полуторагодовая правоприменительная практика и углубленный анализ принятых норм показали, что они также несовершенны и нуждаются в дальнейшем уточнении и дополнении.

Кодекс определяет предпринимательство как самостоятельную, осуществляемую на свой риск деятельность, направленную на систематическое получение прибыли от пользования имуществом, продажи товаров, работ или оказания услуг лицами, зарегистрированными в этом качестве в установленном законом порядке. Возникает необходимость раскрыть и проанализировать это понятие через его составляющие. Ряд признаков предпринимательства занял стабильное, бесспорное место в нормативном определении. Первым из них является осуществление деятельности с целью получения прибыли (коммерческий характер). Каждый собственник имущества вправе свободно им распоряжаться по своему усмотрению себе во благо, что выражается, как правило, в плодах и доходах от имущества (ст. 3 Закона РСФСР "О собственности в РСФСР", ст. 209 ГК). С учетом этого стала явной недостаточность определения, данного Законом о предприятиях и предпринимательской деятельности, исходя из которого некоммерческое распоряжение имуществом во власти собственника, а любая прибыль (и даже цель ее получения) требовала соблюдения предварительной процедуры регистрации субъекта в качестве предпринимателя, что сопряжено с известными трудностями в виде повышенной ответственности, дополнительного учета, отчетности и расходами, не всегда соотносимыми с возможным доходом.

Попыткой исправить такое положение стал введенный Гражданским кодексом признак систематичности получения прибыли. Но, к сожалению, и он не разрешает имеющейся проблемы полностью. Основным препятствием выступает отсутствие легального определения или устоявшегося обычая в понимании систематичности. Одновременно существуют два крайних подхода к этому понятию. Лингвисты утверждают, что "систематический - постоянно повторяющийся, непрекращающийся", а законодатель применительно к трудовому праву полагает систематическими нарушения трудовой дисциплины, если за них ранее хотя бы один раз применялись взыскания (то есть в соответствии с п. 3 ст. 33 КЗоТ РФ в понятие "систематичности" укладывается событие, произошедшее хотя бы два раза).

Вполне естественно, что в условиях подобной неопределенности толкование этого признака и вытекающих последствий будет различаться у гражданина и заинтересованных государственных органов. Практические последствия малейшей нормативной неопределенности в подобных случаях сказываются немедленно - происходит затруднение реализации прав собственника на уровне ведомственных интересов. Органы, осуществляющие государственное регулирование, ставят собственника-непредпринимателя в худшее положение по сравнению с зарегистрированным лицом.

Так, письмами Государственной налоговой инспекции РФ от 22 февраля 1993 года N 01-2-10 "Об арендной плате, включаемой в себестоимость продукции (работ, услуг)", ГНИ по г. Москве от 25 января 1993 года N 11-13/929 "Об отражении в учете расходов по аренде" предприятиям предписывается относить арендную плату по имуществу, арендуемому у физического лица, не зарегистрированного как предприниматель, на прибыль, остающуюся в распоряжении предприятия. В то же время плата за аренду имущества у предприятий и граждан-предпринимателей включается в состав затрат, относимых на себестоимость.

В законодательном регулировании произошла динамика в разрешении вопроса, прибыль от какой деятельности считается полученной от предпринимательства. Его объектом согласно ГК является пользование имуществом, продажа товаров, выполнение работ или оказание услуг. Закон о предприятиях и предпринимательской деятельности указывал на получение прибыли вообще, без конкретизации ее источников. В Гражданском кодексе, по моему мнению, сделана неудачная попытка охватить в одном предложении всю гамму возможных источников получения прибыли.

Действительно, по общему правилу предприниматели получают прибыль от реализации товаров и услуг. Несколько абстрактнее выглядит понятие "прибыль от пользования имуществом". Если рассматривать его буквально и в системе с нормами части второй ГК, то договоры займа, подряда, на выполнение научно-исследовательских, опытно-конструкторских и технологических работ, перевозки, транспортной экспедиции, банковского вклада, банковского счета, хранения, поручения, комиссии, доверительного управления имуществом и некоторые другие договоры с элементом прибыли не вправе заключать гражданин, не зарегистрированный в качестве предпринимателя.

Наиболее ярко это проявляется в таких договорах, как заем, доверительное управление имуществом и договор банковского вклада. Гражданин вполне может самостоятельно, на свой риск на достаточно длительный период передать другой стороне имущество или деньги в целях получения прибыли (процентов), но формально подпадает под необходимость регистрации в качестве предпринимателя. То есть в настоящее время десятки миллионов граждан - владельцев счетов в банках нарушают норму ст. 2 ГК, если воспринимать ее буквально. Это подтверждает несоответствие данной нормы реальности. Если один гражданин дает другому заем с компенсацией заемщиком инфляции (например, по курсу доллара), он считается получающим прибыль, так как государством до сих пор должным образом не учитывается при налогообложении коэффициент инфляции, хотя нормативных деклараций на этот счет было достаточно. Таким образом, не имея на деле не только прибыли, но и цели ее получения, гражданин идет против закона, что чревато признанием такой сделки недействительной, изъятием мнимой прибыли и штрафом.

Не вполне точно и понятие "прибыль от продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг". Нередки случаи, когда гражданин реализует бывшие в употреблении и даже новые товары, ранее приобретенные для личного потребления (без цели перепродажи), в связи с отпадением надобности в них (например, излишки строительных материалов при сооружении индивидуального жилого дома). Такая продажа может осуществляться достаточно длительный период или по частям, что вполне возможно истолковать как систематичность. Ввиду того, что при продаже гражданин преследует цель получить доход (прибыль), его также можно счесть нарушителем закона, так как он не зарегистрировался в качестве предпринимателя.

Многие граждане от случая к случаю производят мелкие работы по договорам подряда или поручения за плату. В силу законодательной неопределенности по данному вопросу налоговые инспекции не могут объяснить, почему на практике к "арендодателям" имущества предъявляют требование о государственной регистрации в качестве предпринимателей, а к "подрядчикам" - нет, хотя по признакам предпринимательства, указанным в ст. 2 ГК, их деятельность часто совпадает. Дело, видимо, не в том, что "подрядчиков" во много раз больше (они почти ежедневно сотрудничают с большинством предприятий и многими гражданами), а в том, что правосознание подсказывает: нельзя относительно простые сделки возводить в ранг предпринимательской деятельности, подвергшейся специальному регулированию, при том, что это никак не влияет на налогообложение.

Почти каждый гражданин заключает в год несколько гражданско-правовых сделок с элементом прибыли. Как правило, доход выражается в незначительных суммах, которые один гражданин (организация) выплачивает другому сразу по окончании работ наличными. Если требования о регистрации понимать буквально, то необходимо сразу и заранее все дееспособное население зарегистрировать как предпринимателей и обязать вести учет. Последствия такого допущения очевидны: с одной стороны, теряется смысл гипертрофированного понятия "предприниматель", отождествляемого с гражданином (или наоборот), с другой стороны, норма закона не обеспечивается практической возможностью ее реализации. Гражданину нет смысла терять ради небольшого дохода время и средства на регистрацию, поэтому огромное большинство мелких доходов граждан, особенно по договорам между собой (устным сделкам в особенности), будет оставаться неучтенным, количество "нарушителей закона" станет астрономическим, а работу судов можно существенно затруднить огромным числом дел по требованиям налоговых органов о признании сделок граждан недействительными по формальным признакам.

Недостаточно ясным с точки зрения определения предпринимательства остается и вопрос приобретения акций и облигаций предприятия. Дело в том, что признак самостоятельности деятельности можно расценивать по-разному, в том числе и так, что гражданин самостоятельно приобретает ценные бумаги и извлекает прибыль, "пользуясь" ими.

Так, в Кировский районный народный суд г. Ростова-на-Дону АО "Ростовкнига" предъявило иск о признании недействительными договоров ряда граждан с ТОО "Финансовый центр "Инис", так как договоры были направлены на систематическое получение гражданами прибыли от вложения в акции (в том числе АО "Ростовкнига") приватизационных чеков через чековые аукционы. Одним из основных аргументов истца было то, что граждане не зарегистрированы в качестве предпринимателей, а значит, договоры являются недействительными. К чести суда, он сумел должным образом разобраться в материалах дела и недостаточно четких правовых нормах и отказал в иске.

Государственная регистрация индивидуального предпринимателя и предприятия неодинаковы по своему значению.

До государственной регистрации предприятие юридически не существует, не имеет прав и обязанностей. Но правоспособность гражданина возникает с момента рождения (ст. 17 ГК); регистрация факта рождения носит учетный, вторичный характер, лишь подтверждающий юридическое событие рождения. В содержание гражданской правоспособности гражданина входят наряду с другими и правовые возможности собственника легально приобретенного имущества. Какую же нагрузку несет регистрация гражданина как предпринимателя, без которой его сделки, направленные на получение прибыли, будут недействительными?

Здесь имеют значение два аспекта. С одной стороны, если субъект постоянно занимается профессиональной деятельностью по производству товаров и услуг, общество вправе ожидать от него известной надежности и безопасности в вопросах качества, а также имущественной ответственности при недобросовестности в коммерческой деятельности. Государство в данном случае должно употреблять специфические меры регулирования предпринимательской деятельности, начиная с регистрации при выполнении ряда условий (например, наличие знаний и материальной базы для производства определенных товаров или услуг) до надзора за соответствием стандартам качества и безопасности, правилам торговли, разрешения споров по хозяйственной деятельности в особых судах и по особой процедуре.

С другой стороны, если гражданин получает прибыль от собственного имущества и деятельности нерегулярно либо в небольших объемах, общество не имеет к нему существенного интереса и не может понести от такой деятельности больших потерь.

Для общества и каждого конкретного потребителя более важна ясность - с каким субъектом они в данный момент имеют дело. При отсутствии четкого правового разделения постоянно хозяйствующего субъекта и гражданина, осуществляющего свою правосубъектность в рамках общего регулирования, четкое понимание прав и обязанностей контрагента, реализующего имущество, товар или услугу, затруднено.

Следующий бесспорный признак предпринимательской деятельности ее осуществление на свой риск, то есть под собственную имущественную ответственность. Такой риск включает принятие на себя предпринимателем как собственником имущества не только могущих произойти неблагоприятных последствий, но и дополнительного (специфического предпринимательского) риска в обязательственных отношениях. Ответственность предпринимателя является повышенной, на него возлагаются неблагоприятные последствия, возникшие не только по его вине, но и в иных случаях, кроме непреодолимой силы.

До введения в действие ГК РФ 1994 года из этого правила для гражданина-предпринимателя по сравнению с предприятием было сделано исключение: он нес ответственность только при наличии вины (постановление Верховного Совета РФ от 3 марта 1993 года "О некоторых вопросах применения законодательства Союза ССР на территории Российской Федерации")\*.

----------------

\* Ведомости Съезда народных депутатов РФ и Верховного Совета РФ, 1993, N 11, ст. 393.

Такой подход представляется не совсем верным. Потребитель (контрагент) вправе ожидать одинаковой ответственности от продавца товара (услуги) независимо от того, кто осуществляет предпринимательскую деятельность - гражданин или предприятие. Как представитель общества потребителей государство обязано вырабатывать одинаковый подход к ответственности любого хозяйствующего субъекта.

Это никоим образом не затрагивает принцип дифференциации регулирования предпринимательской деятельности разномасштабных субъектов в целях стимулирования их развития, так как упрощать предпринимательство вопреки интересам других субъектов прав недопустимо.

Поэтому вполне обоснованными являются нормы п. 3 ст. 23, п. 3 ст. 401 ГК, в соответствии с которыми уравнены в правовом режиме коммерческие организации и индивидуальные предприниматели, в том числе и в вопросах ответственности.

Наиболее существенной ошибкой законодателя в понятии предпринимательства, приведенном в Кодексе, следует считать отсутствие упоминания признака профессионализма в деятельности предпринимателя. Такой признак упоминается в законодательстве Франции (ст. 1 Французского торгового кодекса), Германии ( 1 Германского торгового уложения) и ряда других стран. Русские дореволюционные авторы также выделяли намерение вести торговлю как промысел\*.

----------------

\* Шершеневич Г.Ф. Учебник торгового права. - М., 1994, с.61.

Это не означает, что не бывает некомпетентных, непрофессиональных предпринимателей. Условный признак профессионализма призван нести иную нагрузку.

Гражданин-предприниматель должен открыто относиться к объекту своей деятельности как профессионал, специалист. Интересно в этом плане определение ст. 2-104 Единообразного торгового кодекса США: "Коммерсант - это тот, кто совершает операции с товарами определенного рода или каким-либо другим образом по роду своих занятий ведет себя так, как будто он обладает особыми знаниями или опытом в отношении операций и товаров, являющихся предметом сделки, а также тот, кто может рассматриваться как обладающий такими знаниями или опытом вследствие того, что он использует услуги агента, брокера или иного посредника, который ведет себя так, как будто он обладает такими знаниями и опытом"\*.

----------------

\* Гражданское, торговое и семейное право капиталистических стран // Сб. нормативных актов: гражданские и торговые кодексы. М., 1986, с. 284.

Внешними проявлениями такого отношения могут быть использование специального места торговли (оказания услуг) - магазина, павильона, мастерской, иного производственного помещения; специально оборудованного транспортного средства; вывесок информационно-рекламного характера; торговля, за редким исключением, новыми товарами, их наличие в нескольких экземплярах, возможность выбора покупателем товара из определенного ассортимента; публичность предпринимательской деятельности - предоставление возможности практически неограниченному кругу лиц - потребителей или контрагентов приобрести данный товар (услугу); длительный и стабильный режим работы предпринимателя в течение дня (недели).

В качестве последнего признака предпринимательской деятельности законодатель в ст. 2 ГК выделяет ее осуществление лицами, зарегистрированными в этом качестве в установленном законом порядке. При смысловой верности этого признака он весьма неточно расположен юридикотехнически. В результате буквального толкования упомянутой нормы выясняется, что осуществление самостоятельной, на свой риск деятельности, направленной на систематическое получение прибыли лицами, не зарегистрированными в качестве предпринимателей, не является предпринимательством.

Кроме того, формулировка ст. 2 Кодекса противоречит п. 4 ст. 23 ГК, где все же признается незаконной (без регистрации) деятельность по извлечению предпринимательской прибыли.

Упомянутую неточность достаточно легко исправить. Следует вынести требование о необходимости государственной регистрации предпринимателя за рамки легального определения предпринимательства.

Оценивая законодательное развитие понятия предпринимательской деятельности, хотелось бы отметить две тенденции.

Во-первых, конструкция легального определения совершенствуется, делаются попытки уточнить и нормативно отточить его элементы. Законодатель пошел по пути инкорпорации норм о предпринимательской деятельности в Гражданский кодекс и достиг определенных успехов.

Однако, во-вторых, становится все более ясной невозможность избежать теоретических противоречий такого подхода и в достаточной мере удовлетворить потребности правоприменения. Видимо, пришла пора подготовки отдельного нормативного акта (закона) о предпринимательской деятельности. Вот некоторые принципиальные подходы и моменты, на базе которых, с моей точки зрения, должен формироваться такой закон.

Необходимо нормативное, четко проработанное разделение "простого ремесла" и систематической предпринимательской деятельности. Сейчас регистрация гражданина в качестве предпринимателя играет во многом скрытую роль выявления субъекта-налогоплательщика. Пожалуй, шагом вперед стал бы переход к подаче всеми гражданами один раз в год налоговых деклараций (с существенными штрафами за неуплату налогов), а проходить дополнительно регистрацию в качестве предпринимателя нужно будет только действительно "коммерсантам"-профессионалам.

Следует выделить круг сделок, которые всегда требуют статуса предпринимателя; а с другой стороны, ряд сделок, которые независимо от объема и систематичности не относятся к предпринимательским. Должное место надлежит занять признаку профессионализма в деятельности предпринимателя с его подробным легальным толкованием. Хотелось бы, чтобы юридико-технические недочеты, наблюдающаяся усеченность гражданского законодательства в вопросах предпринимательства были устранены проработанным специальным законом о предпринимательской деятельности, который позволит упростить приобретение статуса и деятельность предпринимателя, оптимизировать и удешевить государственное регулирование его деятельности и надзор за нею, что, несомненно, пойдет на пользу всему обществу и облегчит работу правоприменителя.

М. МОИСЕЕВ, преподаватель кафедры предпринимательского права юридического факультета Ростовского госуниверситета