

*В. А. СЕМЕУСОВ
А. А. ТЮКАВКИН
А. А. ПАХАРУКОВ*

**ПРАВОВЫЕ ПРОБЛЕМЫ
ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЙ (ЭКОНОМИЧЕСКОЙ)
ДЕЯТЕЛЬНОСТИ**

Издательство ИГЭА
2001

УДК 346.1
ББК 67.99(2)
С30

Печатается по решению редакционно-издательского совета
Иркутской государственной экономической академии

Рецензент:
доктор юридических наук, профессор *Н. А. Власенко*

Семеусов В. А., Тюкавкин А. А., Пахаруков А. А.
С30 Правовые проблемы предпринимательской (экономической)
деятельности. – Иркутск: Изд-во ИГЭА, 2001. – 100 с.

ISBN 5-7253-0611-9

Феномен современного предпринимательства относится к числу новых для российской правовой системы явлений, поэтому теоретическое исследование предпринимательской деятельности на понятийном уровне имеет известное практическое значение. Настоящая работа посвящена комплексному исследованию теоретических и практических вопросов, связанных с правовым регулированием предпринимательской деятельности в российском праве.

Рекомендуется студентам и аспирантам юридических и экономических вузов, профессиональным юристам и экономистам, а также всем тем, кто интересуется вопросами предпринимательского права.

УДК 346.1
ББК 67.99(2)

ISBN 5-7253-0611-9

© Семеусов В. А., Тюкавкин А. А.,
Пахаруков А. А., 2001
© Издательство ИГЭА, 2001

ОГЛАВЛЕНИЕ

ГЛАВА I. ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКАЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ КАК ПРАВОВАЯ КАТЕГОРИЯ	5
§ 1. ПРАВОВЫЕ ПРИЗНАКИ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ.....	5
<i>Постановка проблемы. Предпринимательская деятельность как самостоятельная деятельность. Предпринимательская деятельность как деятельность, осуществляемая на свой риск. Предпринимательская деятельность как деятельность, направленная на систематическое получение прибыли. Предпринимательская деятельность как легальная деятельность.</i>	
§ 2. ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКАЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ И СМЕЖНЫЕ С НЕЙ КАТЕГОРИИ	47
<i>Предпринимательская и экономическая деятельность. Предпринимательская и хозяйственная деятельность. Предпринимательская и коммерческая (торговая) деятельность.</i>	
ГЛАВА II. СПОРНЫЕ ВОПРОСЫ КВАЛИФИКАЦИИ ОТДЕЛЬНЫХ ВИДОВ ЭКОНОМИЧЕСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ	57
§ 1. УЧАСТИЕ В ДЕЯТЕЛЬНОСТИ ЮРИДИЧЕСКОГО ЛИЦА.....	57
§ 2. АРБИТРАЖНОЕ УПРАВЛЕНИЕ КАК ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКАЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ: <i>pro et contra</i>	63
<i>Понятие арбитражного управления. Правовая форма арбитражного управления. Особенности арбитражного управления как самостоятельной деятельности. Особенности арбитражного управления как деятельности, осуществляемой на свой риск. Правовая природа денежного вознаграждения арбитражного управляющего. Особенности легитимации арбитражного управления. Арбитражное управление как профессиональная деятельность.</i>	
ПРИНЯТЫЕ СОКРАЩЕНИЯ	96
РЕКОМЕНДУЕМАЯ ЛИТЕРАТУРА	97

Процесс всеохватывающего реформирования общественных отношений, происходящий в Российской Федерации с конца 80-х гг. не мог не коснуться отечественной правовой системы, результатом чего стало ее интенсивное обогащение новыми институтами и категориями, нередко в результате некритического заимствования из иностранного права. Между тем нельзя игнорировать тот факт, что многие из этих институтов и категорий были известны еще дореволюционному российскому праву. К их числу относится и предпринимательство. В советский период термин «частное предпринимательство», прежде всего, ассоциировался с применением Уголовного кодекса. Коммерческое посредничество, частная торговля-закупочная деятельность (спекуляция), операции с ценными бумагами, купля-продажа валюты и другие виды предпринимательской деятельности граждан считались преступными. Поэтому как цивилистическая категория рассматриваемый феномен представляет собой «хорошо забытое старое».

Принято считать, что предпринимательская деятельность есть неотъемлемый атрибут рыночной системы хозяйствования. Представляется, что подобный взгляд следует признать в качестве основополагающего. Поэтому не случайно в Конституции Российской Федерации провозглашено право граждан на свободное использование своих способностей и имущества для предпринимательской и иной, не запрещенной законом экономической деятельности (ст. 34).

Основную цель настоящей работы ее авторы видят в развитии теоретических положений учения о признаках предпринимательской деятельности как правового феномена. Полагаем, что раскрытие существа любого правового явления предполагает анализ тех реальных социально-экономических связей, юридической формой которых выступает рассматриваемый компонент правовой материи. Думается, поэтому актуальность такого комплексного теоретического исследования предпринимательской деятельности на понятийном уровне будет иметь важное практическое значение не только для юристов, но и для экономистов.

ГЛАВА I. ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКАЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ КАК ПРАВОВАЯ КАТЕГОРИЯ

§ 1. Правовые признаки предпринимательской деятельности

Постановка проблемы. Понятие предпринимательской деятельности является относительно новым и, на первый взгляд, обстоятельно исследованным в науке институтом российского гражданского законодательства¹. Вместе с тем, несмотря на значительное число работ, посвященных изучению данной области правового регулирования, еще не достигнуто единство во взглядах по различным ее аспектам, а некоторые из них не привлекли к себе достаточного внимания. Как правило, большинство из исследователей ограничиваются комментированием действующего законодательства, регламентирующего указанный вид человеческой деятельности, и выявлением недостатков его правового регулирования. Поэтому можно с известной долей уверенности отметить, что мнение, будто институт предпринимательской деятельности подробно исследован в юридической литературе, является ошибочным, поскольку указанное суждение основывается лишь на количественных (внешних) параметрах литературы, посвященной анализу предпринимательства, а не на их критическом осмыслении.

Думается, что исследование, претендующее на звание научного, должно содержать в себе не только анализ какой-либо правовой конструк-

¹ Для иллюстрации сказанного достаточно привести такие работы, как: *Агеев А. И.* Предпринимательство: проблемы собственности и культуры. М., 1991; *Белых В. С.* Предпринимательское право в системе права России // Правоведение. 2001. № 1. С. 121-136; *Глуценко Е. В., Кутцов А. И., Тихомиров Ю. В.* Основы предпринимательства. Учебное пособие. М., 1996; *Елисеев Н. В., Иванов А. А., Кротов В. В.* Формы предпринимательской деятельности. Комментарий действующего законодательства. Вып. 1. Предпринимательская деятельность. Предприятие и его виды. Создание предприятия. СПб., 1992. С. 4-6, 13-17. (автор раздела – *А. А. Иванов*); *Жилинский С. Э.* Предпринимательское право (правовая основа предпринимательской деятельности). Учебник для вузов. 2-е изд., испр. и доп. М., 1999. С. 37-52; *Попова Ж. А.* Правовые проблемы легитимации предпринимательства // Государство и право. 1997. № 5. С. 46-50; *Кашапина Т. В.* Корпоративное право (Право хозяйственных товариществ и обществ): Учебник для вузов. М., 1999. С. 74-77; *Коммерческое право. Учебник. [Часть I] / Под ред. В. Ф. Попондопуло, В. Ф. Яковлевой.* СПб., 1998. С. 4-9 (автор раздела – *В. Ф. Попондопуло*); *Ковалевский М. А.* Предпринимательская деятельность как деятельность творческая: правовые аспекты // Кодекс-info. 1999. № 3; *Медведев А.* Что такое предпринимательская деятельность граждан и когда их имущество становится основными производственными фондами? // Хозяйство и право. 2000. № 2. С. 65-73; *Моисеев М.* Предпринимательская деятельность граждан: понятие и конституирующие признаки // Хозяйство и право. 1997. № 3. С. 72-80; *Нестолый В. Г.* Предпринимательство несовершеннолетних (правовые аспекты) // Сибирский юридический вестник. 1999. № 4. С. 38-42; *Попондопуло В. Ф.* Правовой режим предпринимательства. СПб., 1994; *Предпринимательское право. Курс лекций / Под ред. Н. И. Клейн.* М., 1993. С. 11-13; С. 15-20 (авторы разделов – *Н. И. Клейн, Г. Е. Авиллов*); *Предпринимательское (хозяйственное) право. Учебник. В 2-х томах. Т. 1 / Отв. ред. О. М. Олейник.* М., 1999. С. 15-28, 158-230 (авторы разделов – *О. М. Олейник, И. В. Ершова*); *Ровный В. В.* Гражданско-правовая природа предпринимательства. Иркутск. 1996; *Семеусов В. А.* Предпринимательская деятельность в вузе // Российская юстиция. 2000. № 10. С. 12-13.

ции и выводы, являющиеся прямым следствием такого анализа. Оно обязано предлагать способы решения выявленных проблем. В то же время процесс научного познания неизбежно подталкивает ученого к синтезу высказанных им предложений и, как следствие, к выводу более высокого порядка, которым будет являться новое, улучшенное определение рассматриваемой правовой конструкции². Следует заметить, что чем больше ведется научных исследований какой-либо сферы правового регулирования, тем выше вероятность нахождения оптимальных результатов.

Гражданский кодекс РФ определяет предпринимательскую деятельность как самостоятельную, осуществляемую на свой риск деятельность, направленную на систематическое получение прибыли от пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг лицами, зарегистрированными в этом качестве в установленном законом порядке (абз. 3 п. 1 ст. 2).

Легальное определение предпринимательской деятельности, на первый взгляд, позволяет однозначным образом определить, чем отличается такая активность от других форм деятельности человека, в том числе экономической, о которой говорится в ст. 34 Конституции РФ. Однако четкая экспликация специфических черт предпринимательства в форме признаков и определений оказывается довольно сложной задачей. Об этом свидетельствуют многообразие дефиниций, непрекращающиеся теоретические дискуссии по проблеме демаркации между предпринимательством и другими формами деятельности и как следствие – сложности, возникающие в процессе применения норм права.

Так, под легальное определение предпринимательской деятельности на практике зачастую подпадает деятельность, не являющаяся таковой по своему характеру, например, продажа бабушкой выращенной на своем дачном участке клубники или получение процентов по договору банковского вклада. С другой стороны, некоторые виды деятельности, удовлетворяющие признакам предпринимательской деятельности, по закону таковой не являются, например, нотариальная практика. Можно привести примеры иного рода, свидетельствующие о неконкретности применяемых в законодательстве признаков предпринимательской деятельности. Гражданин выполняет определенные работы по договору подряда. В случае, когда расчеты по оплате выполненных работ производятся поэтапно, по мере сдачи промежуточных результатов, деятельность такого незадачливого гражданина на практике может быть квалифицирована как предпринимательская. В то же время в случае единовременного расчета до или после передачи результатов выполненных работ заказчику подрядчику нет никакой нужды регистрировать свою деятельность в качестве предпринимательской. По-

² Данный метод диалектического познания известен как метод «отрицание отрицания».

лучается, что одна и та же деятельность в зависимости от различных жизненных обстоятельств может быть как предпринимательской, так и не-предпринимательской.

Все это говорит о значительном элементе субъективизма и, в свою очередь, о неточности (излишней обобщенности) легальных критериев отнесения какой-либо деятельности к разряду предпринимательской и об отсутствии однозначного понимания (официального толкования) данного вида деятельности.

Представляется, что необходимость четкого определения (и, в первую очередь, – четкого легального определения) помимо познавательных целей преследует цели регулятивные. Данное обстоятельство вызвано тем, что определение предпринимательской деятельности влечет за собой определенные правовые последствия:

- определение предпринимательской деятельности дает основания для введения требований, предъявляемых к процессу ее осуществления;
- несоблюдение требований, предъявляемых к предпринимательской деятельности, влечет меры ответственности;
- правовые последствия, конструируемые в иных отраслях права, например, в налоговом, уголовном праве, строятся в соответствии с легальным определением предпринимательской деятельности³.

Например, согласно действующему законодательству осуществление предпринимательской деятельности допускается только при условии ее государственной регистрации. Ее отсутствие рассматривается как правонарушение и влечет за собой возможность наступления по отношению к правонарушителю неблагоприятных последствий, выражающихся в изъятии полученного от незаконной предпринимательской деятельности дохода (имущества) и привлечении правонарушителя к уголовной ответственности. Несмотря на отсутствие государственной регистрации, суд может применить к сделкам лица, подпадающего под признаки лица, осуществляющего предпринимательскую деятельность положения ГК РФ об обязательствах, связанных с осуществлением предпринимательской деятельности. Такое лицо, также как и предприниматель, будет нести ответственность независимо от вины (за исключением случаев, когда надлежащее исполнение обязательств оказалось невозможным вследствие обстоятельств непреодолимой силы).

Осуществление предпринимательской деятельности влечет также возникновение обязанности по уплате налогов и сборов, а также платежей в государственные внебюджетные фонды. В связи с этим в правопримени-

³ Такого же мнения придерживается О. М. Олейник, см.: Предпринимательское (хозяйственное) право. Учебник... Т. 1. С. 17-18.

тельной практике возникает вопрос: любое ли получение прибыли (дохода) следует рассматривать как результат предпринимательской деятельности? Таким образом, необходимо четко разграничить, какая деятельность является предпринимательской и, следовательно, подлежит государственной регистрации и применению к ней специального налогового режима.

Определить понятие какого-либо общественного явления означает не только дать его определение, но и раскрыть систему признаков рассматриваемого явления, характеризующих его содержание (качественную сторону)⁴. В правовой доктрине нет единства мнений по поводу количественного и качественного состава признаков предпринимательской деятельности.

Представляется, что предпринимательство – есть сложный правовой феномен, нуждающийся в глубоком теоретическом анализе, результатом которого должно стать уточнение легального определения предпринимательской деятельности. Однако в литературе такого рода уточнение осуществляется по-разному. Одни исследователи считают, что легальное определение предпринимательства с точки зрения наличия в нем специфических черт является самодостаточным, а потому детализации, по их мнению, подлежат сами признаки, составляющие его содержание⁵ (В. Ф. Попондопуло, В. В. Ровный, С. Э. Жилинский). Другие, не отвергая необходимости конкретизации легальных признаков, предлагают дополнить их перечень, называя, в частности, следующие: инновационный характер⁶, признак фирмы (осуществление деятельности от своего имени), признак самостоятельной имущественной ответственности⁷, признак профессионализма предпринимателя⁸ и др.

Думается, что правы те, кто полагает, что профессионализм наряду с рисковым характером деятельности и самостоятельностью, которые закреплены действующим законодательством, должны рассматриваться в качестве родовых признаков предпринимательства, т. е. имманентных любой свободной (частной) деятельности. Кроме того, по нашему мнению, не

⁴ См.: Протасов В. Н. Что и как регламентирует право: Учебное пособие. М., 1995. С. 5.

⁵ Ровный В. В. Гражданско-правовая природа предпринимательства... С. 28-36; Он же. Понятие и признаки предпринимательства: гражданско-правовой аспект. Иркутск, 1998. С. 5-85, 90; Он же. Проблемы единства российского частного права. Иркутск, 1999. С. 85-89; Жилинский С. Э. Указ. соч. М., 1999. С. 43-52.

⁶ См.: Капашина Т. В. Указ. соч. С. 76; Плиев Э. Г. Правовые проблемы предпринимательства в России. Цивилистический аспект. М., 1999. С. 6; Предпринимательское (хозяйственное) право: Учебник... Т. 1. С. 17 (автор раздела – О. М. Олейник).

⁷ См.: Капашина Т. В. Указ. соч. С. 76; Лаптев В. В. Предпринимательское право: понятие и субъекты / Отв. ред. М. М. Славин. М., 1997. С. 18-20; Предпринимательское (хозяйственное) право: Учебник... Т. 1. С. 14-28 (автор раздела – О. М. Олейник).

⁸ См.: Мартенянов В. С. Хозяйственное право. Том 1. Общие положения. Курс лекций. М., 1994. С. 3; Попондопуло В. Ф. Проблемы правового режима предпринимательства: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. СПб., 1994. С. 17; Жилинский А. Э. Профессиональная деятельность юриста. Введение в специальность: Учебное пособие. М., 1997. С. 36; Моисеев М. Указ. соч. С. 78-79; Предпринимательское (хозяйственное) право: Учебник... Т. 1. С. 20-21 (автор раздела – О. М. Олейник).

имеет смысла усложнять и без того предельно абстрактное правовое понятие предпринимательства, вводя другие, не предусмотренные действующим законодательством существенные признаки, и требуя их законодательного закрепления. Тем более что, как будет показано ниже, для признания той или иной деятельности в качестве предпринимательской достаточно признаков, содержащихся в абз. 3 п. 1 ст. 2 ГК РФ. Следовательно, речь в данном случае должна идти не о введении каких-либо новых критериев предпринимательской деятельности, а о единообразном толковании имеющихся, причем толковании, оптимально отвечающем требованиям современного хозяйственного оборота и не ущемляющем прав ни предпринимателей, ни государства, ни третьих лиц.

В литературе можно также встретить различные критерии, применяемые в целях классификации указанных признаков. Так, В. Ф. Попондопуло разделяет все признаки, содержащиеся в легальном определении предпринимательской деятельности, на *общие (родовые)*, присущие любой свободной (частной) деятельности и *специфические* признаки предпринимательской деятельности⁹. К родовым признакам, по его мнению, относятся самостоятельный и рисковый характер деятельности. Специфическими признаками, содержащимися в официальном определении предпринимательской деятельности, являются направленность на систематическое извлечение прибыли и необходимость государственной регистрации.

Следует не согласиться с В. В. Ровным, считающим, что данный подход «создает очевидные предпосылки к пересмотру современного определения предпринимательской деятельности, направленному на отказ от общих (неспецифичных) признаков этого явления в пользу специальных (специфичных)»¹⁰, что согласуется с предложенным им ранее делением всех признаков предпринимательства на *обязательные* (риск, направленность на получение прибыли, позднее, системность) и *факультативные* (самостоятельность, государственная регистрация субъектов предпринимательской деятельности и, первоначально, систематизм)¹¹. По нашему мнению, нельзя делить признаки предпринимательской деятельности на обязательные и необязательные, хотя бы по той причине, что это может привести значительный элемент субъективизма в анализ правового регулирования предпринимательской деятельности, что снизит в целом его научную и практическую значимость и создаст возможность злоупотребления в правоприменительной практике.

О. В. Тишанской была предложена классификация признаков на *существенные* (характеризующие сущность предпринимательской деятельно-

⁹ См.: Коммерческое право: Учебник... СПб., 1998. [Часть 1]. С. 5. (автор раздела – В. Ф. Попондопуло).

¹⁰ См.: Ровный В. В. Проблема единства... С. 84.

¹¹ См.: Ровный В. В. Гражданско-правовая природа... С. 28-36; *Он же*. Проблема единства... С. 85.

сти) и *формальные* (характеризующие ее форму)¹². Причем формальность такого признака как обязательность государственной регистрации означает не его необязательность, а необходимость анализа сути явления и лишь затем, как следствие, – проверки соблюдения предусмотренной для него формы.

Помимо рассмотренных и подобных им (в большинстве своем дихотомических) классификаций в целях анализа предпринимательства все признаки было предложено делить с позиций их относимости к объекту, субъекту, объективной и субъективной стороне¹³. Действительно, любая деятельность традиционно трактуется философами как совокупность элементов, к которым относятся: субъект, наделенный активностью и направляющий ее на объекты или на других субъектов; объект, на который направлена активность субъекта; сама активность, выражающаяся в том или ином способе овладения объектом или в установлении коммуникативного воздействия между субъектами¹⁴. Сложность использования предложенного автором системного подхода заключается в том, что имеется большой опыт его применения лишь при анализе негативной деятельности (в контексте правонарушения, чаще – преступления), что конечно же не снижает ценности и определенной практической значимости данного подхода.

В настоящей работе авторы исходили из деления всех признаков на *сущностные* (самостоятельность деятельности, ее рисковый характер, систематическое получение прибыли как цель деятельности) и *формальные* (признак легитимации). Среди сущностных признаков возможно выделение *родовых* признаков, присущих любой экономической деятельности (самостоятельность и риск), и *видового* признака (систематичность получения прибыли).

Предпринимательская деятельность как самостоятельная деятельность. Как справедливо отмечается в юридической литературе, «этот признак указывает на волевой источник предпринимательской деятельности. Граждане и юридические лица самостоятельно, т.е. своей властью и в своем интересе осуществляют предпринимательскую деятельность»¹⁵.

В современном русском языке прилагательное «самостоятельный» относится к группе полисемантических слов. К примеру, в толковом словаре, составленном под редакцией Д. Н. Ушакова (1940 г.), отмечено четыре его значения¹⁶, в словаре С. И. Ожегова и Н. Ю. Шведовой (1998 г.) – три зна-

¹² См.: Тишанская О. В. Понятие предпринимательской деятельности // Правоведение. 1994. № 1. С. 68.

¹³ См.: Ровный В. В. Проблема единства... С. 85-89.

¹⁴ См.: Каган М. С. Человеческая деятельность. (Опыт системного анализа). М., 1974. С. 45-46.

¹⁵ См.: Коммерческое право: Учебник... СПб., 1998. [Часть I]. С. 5. (автор раздела – В. Ф. Попондопуло).

¹⁶ Толковый словарь русского языка: В 4 т. Том IV / Под ред. Д. Н. Ушакова. По изд. 1940 г. М., 2000. Стб. 41-42.

чения¹⁷. Как известно, многозначность слова обычно реализуется в речи: чаще всего даже самого узкого контекста бывает достаточно для того, чтобы прояснились оттенки значений таких слов. Представляется, что подобный взгляд в области языкового способа толкования следует признать в качестве основополагающего¹⁸. Таким образом, значение слова «самостоятельный» необходимо рассматривать в контексте абз. 3 п. 1 ст. 2 ГК РФ. На наш взгляд, данному контексту может соответствовать лишь два значения, образующих семантическую структуру слова, первое из которых является основным, а второе – производным: (1) существующий отдельно от других, сам собою, *независимый*; (2) свободный от посторонних влияний, помощи, добытый личными творческими усилиями, *оригинальный*.

По этой причине выделять признак инициативности, как это предусматривалось в ранее действовавшем российском законодательстве, в качестве самостоятельного признака предпринимательской деятельности будет так же неверно, как, к примеру, говорить о кардиограмме сердца¹⁹. Инициатива есть элемент автономии воли, критерий самостоятельности осуществления какой-либо деятельности.

Можно предположить, что аналогичным образом понимают самостоятельную деятельность И. В. Ершова, Т. М. Иванова и В. В. Лаптев, разделившие самостоятельность предпринимательской деятельности на имущественную и организационную²⁰. Под имущественной самостоятельностью предпринимателя понимается наличие у него имущества как «экономической базы» предпринимательской деятельности. Объем имущественной самостоятельности зависит от объема прав предпринимателя на имущество, используемое им при осуществлении предпринимательской деятельности. Отсюда, можно говорить о *полной* (когда имущество принадлежит лицу на праве собственности) и об *ограниченной* (когда имущество принадлежит лицу на ином вещном праве) имущественной самостоятельности.

Заметим, что нельзя смешивать имущественную самостоятельность предпринимателя с наличием у него имущества, используемого непосредственно в процессе предпринимательской деятельности, обособленного от иного имущества предпринимателя. Например, на практике представляет большую трудность провести четкую грань между используемым и неис-

¹⁷ Ожегов С. И., Шведова Н. Ю. Толковый словарь русского языка: 80 000 слов и фразеологических выражений. 4-е изд., доп. М., 1998. С. 695.

¹⁸ Этот подход отмечается как в специальной юридической, так и лингвистической литературе. см.: Проблемы теории государства и права: Учебник / Отв. ред. С. С. Алексеев. М., 1979. С. 362-363 (автор раздела – А. Ф. Черданцев); Розенталь Д. Э., Голуб И. Б., Теленкова М. А. Современный русский язык: Учебное пособие для вузов. М., 1997. С. 24-25 (автор раздела – И. Б. Голуб).

¹⁹ С точки зрения формальной логики такая ошибка называется тавтологией.

²⁰ В. В. Лаптев при рассмотрении организационной самостоятельности использует прилагательное «хозяйственная», что, впрочем, не меняет ее содержания (см.: Лаптев В. В. Предпринимательское право... С. 18-19).

пользуемым для занятия предпринимательской деятельностью имуществом индивидуального предпринимателя, фермерского хозяйства, некоммерческой организации, осуществляющей предпринимательскую деятельность, и коммерческой организации, занимающейся некоммерческой деятельностью. Тем не менее, данное обстоятельство еще не дает оснований говорить об отсутствии имущественной самостоятельности у указанных субъектов. Отсутствие четкого «водораздела» между имуществом, используемым и имуществом, неиспользуемым в процессе осуществления предпринимательской деятельности, влечет за собой возможные отрицательные последствия, прежде всего, для собственника²¹ указанного имущества. Эти последствия могут выражаться в обращении взыскания на все имущество должника по обязательствам, возникшим из предпринимательских правоотношений.

Организационная самостоятельность выражается в возможности принятия самостоятельных решений в процессе предпринимательской деятельности, начиная от принятия решения заниматься предпринимательской деятельностью, определения видов деятельности и заканчивая принятием решения о прекращении деятельности (в случае добровольной ликвидации предпринимателя)²².

На объем организационной самостоятельности большое влияние оказывает объем дееспособности субъекта предпринимательской деятельности²³. Так, например, подростки в возрасте до 14 лет, как и лица, признанные судом недееспособными, не могут быть самостоятельными участниками предпринимательской деятельности по причине отсутствия у них организационной самостоятельности²⁴, хотя при этом в их собственности может быть достаточно имущества для занятия данным видом деятельности. Данное обстоятельство связано с признанной законом (судом) неспособностью перечисленных категорий граждан осознанно осуществлять какие-либо действия гражданско-правового характера. Нарушения (а в ряде случаев – отсутствие) связи между их волей и волеизъявлением приводят к юридически закрепленной возможности прямого, практически ничем и ни-

²¹ Под собственником нами в данном контексте понимается лицо, обладающее этим имуществом на праве собственности или на ином вещном праве.

²² Подробнее см.: *Ершова И. В., Иванова Т. М.* Предпринимательское право: Учебное пособие. М., 1999. С. 3-4; *Лантеа В. В.* Предпринимательское право.... С. 18-19.

²³ Заметим, что дееспособность недопустимо рассматривать как элемент какой-либо деятельности, имеющей правовое значение, поскольку первая является предпосылкой осуществления последней. Однако, в силу очевидности существования связи между дееспособностью и самостоятельностью деятельности (любой, не обязательно предпринимательской) мы не можем обойти вниманием анализ данной правовой категории при рассмотрении признака самостоятельности предпринимательской деятельности.

²⁴ Решение суда говорит о неспособности конкретного человека осознавать результаты своих действий и руководить ими, другими словами, у такого лица отсутствует возможность принятия самостоятельных действий, создающих правовые последствия.

кем не ограниченного воздействия на их волю и волеизъявление со стороны третьих лиц (в особенности, со стороны их законных представителей).

Актуальным с позиций правоприменительной практики является вопрос о возможности осуществления предпринимательской деятельности несовершеннолетними недееспособными гражданами в возрасте от 14 до 18 лет²⁵. Прямое толкование п. 1 ст. 27 ГК РФ позволяет положительно ответить на поставленный вопрос, так как из смысла указанной правовой нормы прямо следует допускаемая законом возможность несовершеннолетних в означенном возрастном промежутке заниматься предпринимательской деятельностью с согласия их законных представителей²⁶.

Вместе с тем, в юридической доктрине можно встретить суждения, согласно которым граждане, не имеющие дееспособности в полном объеме (в том числе и лица в возрастном промежутке от 14 до 18 лет), не могут быть субъектами предпринимательства²⁷. Действительно, на первый взгляд, более привлекательной выглядит вторая точка зрения, которую по аналогии с малолетними можно объяснить отсутствием у рассматриваемой группы граждан полной организационной самостоятельности, что проявляется в возможности вмешательства в их деятельность со стороны законных представителей. Однако при детальном рассмотрении выявляется ряд проблем, порождаемых таким упрощенным подходом. Одна из них – проблема правового статуса несовершеннолетних, занимающихся предпринимательской деятельностью²⁸. С одной стороны, для того чтобы заниматься

²⁵ Актуальность вопроса объясняется уже тем, что ни ГК РФ, ни Положение «О порядке государственной регистрации субъектов предпринимательской деятельности, утвержденное Указом Президента РФ от 8 июля 1994 г. № 1482 «Об упорядочении государственной регистрации предприятий и предпринимателей на территории Российской Федерации» (см.: СЗ РФ, 1994, № 11, ст. 1194) не содержат ответа на него.

²⁶ Так, указание на то, что «несовершеннолетний, достигший шестнадцати лет, ... занимается предпринимательской деятельностью» позволяет сделать вывод о длительности процесса (предпринимательской деятельности) ко времени наступления указанного события, момент возникновения которого (процесса) может быть связан с более ранним сроком, нежели достижение несовершеннолетним шестнадцатилетнего возраста. Аналогичный вывод можно найти в следующих работах.: *Белых В. С., Дубинин А. А., Скуратовский М. Л.* Правовые основы несостоятельности (банкротства): Учебно-практическое пособие / Под общ. ред. В. С. Якушева. М., 2001. С. 236; *Зипченко С., Лапач В., Газарьян Б.* Новый Гражданский кодекс и предпринимательство: проблемы регулирования // *Хозяйство и право.* 1995. № 10. С. 89-90; *Нестолый В. Г.* Указ. соч. С. 39. Свидетельством тому являются также публикуемые в периодической печати сообщения о разного рода юных предпринимателях (см.: *Российская газета.* 1995, 27 мая).

²⁷ См., в частности: *Букина С.* Эмансипация: проблемы и перспективы // *Хозяйство и право.* 1999. № 7. С. 51; *Липтев В. В.* Предпринимательское право... С. 51; *Полоцкий Ю. Д.* Предприниматель без образования юридического лица. 3-е изд., перераб. и доп. М., 1997. С. 5.

²⁸ В пользу того, что несовершеннолетние в возрасте от 14 до 18 лет могут осуществлять предпринимательскую деятельность говорит наличие в ограниченном объеме организационной (психологической) самостоятельности и возможность наличия самостоятельности имущественной. Их самостоятельность будет ограниченной в силу необходимости предварительного или последующего подтверждения сделок на начальном этапе предпринимательской деятельности со стороны своих законных представителей. Однако по мере окупаемости предпринимательской деятельности согласие последних будет требоваться все реже и реже, так как согласно пп. 1 п. 1 ст. 26 ГК РФ несовершеннолетние рассматриваемой возрастной группы вправе *самостоятельно* распоряжаться собственными доходами, в том числе и доходами (прибылью) полученными в результате осуществления предпринимательской деятельности.

предпринимательской деятельностью несовершеннолетний должен регистрироваться в качестве индивидуального предпринимателя. С другой стороны, существует большая вероятность того, что регистрирующий орган откажет указанной категории лиц в регистрации, мотивируя свой отказ отсутствием у последних дееспособности в полном объеме. В связи с этим в настоящее время несовершеннолетнему необходимо будет доказывать свою способность и, как следствие, право осуществлять предпринимательскую деятельность в судебном порядке. По этой причине *de lege ferenda* следует прямо закрепить возможность участия несовершеннолетних в возрасте от 14 до 18 лет предпринимательской деятельностью, как это, например, предусмотрено в отношении граждан ограниченных в дееспособности в силу совершения ими преступлений²⁹. В справедливость сделанных нами выводов сошлемся на норму, содержащуюся в ст. 156 Гражданского кодекса канадской провинции Квебек, согласно которой «несовершеннолетний в возрасте четырнадцати лет и старше считается совершеннолетним в отношении всех действий, связанных с его работой по найму или с его ремесленной или профессиональной (в том числе предпринимательской – прим. авт.) деятельностью»³⁰. Сразу же хотелось бы отметить, что авторы осознают условность каких бы то ни было ссылок на «зарубежный опыт». Однако анализ опыта законодательства зарубежных стран необходим, поскольку он позволяет уловить тенденции современного развития законодательства.

По аналогии с гражданами, дееспособность которых ограничена вследствие совершения ими уголовного преступления, а также с несовершеннолетними в возрасте от 14 до 18 лет можно сделать вывод о возможности осуществления предпринимательской деятельности гражданами, дееспособность которых ограничена по причине злоупотребления ими алкогольными, токсическими и наркотическими средствами³¹. При этом по-

²⁹ См.: п. 5 ст. 17, ст. 23 Закона РФ от 27 июля 1993 г. № 5473-1 «Об учреждениях и органах, исполняющих уголовные наказания в виде лишения свободы» (в ред. от 21.07.1998.)// Ведомости РФ. 1993. № 33. Ст. 1316. Заметим, что авторы настоящей работы придерживаются понимания правоспособности как свойства неотчуждаемого, а потому неделимого, результатом чего является невозможность ограничения (ни временного, ни постоянного) правоспособности как в уголовном, так и в гражданском порядке. По нашему мнению, декларируемая возможность ограничения правоспособности гражданина всегда носила политический, но не правовой характер. Аналогичных взглядов придерживается А. М. Нечаева (см.: Нечаева А. М. О правоспособности и дееспособности физических лиц// Государство и право. 2001. № 2. С. 30).

³⁰ См.: Гражданский кодекс Квебек / Пер. с англ. Г. Е. Авилова и др. М., 1999. С. 60. Аналогичные нормы содержатся в законодательстве других стран (см.: Вагфелма С., Ариндзуми Т. Гражданское право Японии (в двух книгах). Книга первая / Пер. с японского В. В. Батуренко; Под ред. и со вступительной статьей Р. О. Халфиной. М., 1983. С. 51; Германское право. Часть I. Гражданское уложение / Пер. с нем Т. А. Доценко и др. М., 1996. С. 33; Гражданское и торговое право капиталистических государств. 3-е изд., перераб. и доп. / Отв. ред. Е. А. Васильев. М., 1983. С. 70).

³¹ Такой же вывод содержится в кн.: Бельх В. С., Дубинин А. А., Скуратовский М. Л. Указ. соч. С. 236.

вторим, что у всех перечисленных здесь категорий граждан самостоятельность будет неполной, ограниченной.

Не менее логичным, на первый взгляд, является и вывод о том, что «деятельность учреждения не может быть отнесена к предпринимательской»³². Однако нельзя полностью согласиться с указанной точкой зрения. Во-первых, чтобы быть последовательным, нужно заметить, что с указанных позиций не только деятельность учреждений, но и деятельность казенных предприятий не может быть отнесена к разряду предпринимательской. Во-вторых, к предпринимательской не может быть отнесена не вся деятельность учреждений и казенных предприятий, а лишь деятельность, планируемая и контролируемая собственником юридического лица. При этом если в Уставе содержится разрешение казенному предприятию или учреждению осуществлять самостоятельную деятельность по производству и реализации товаров, то такая деятельность будет являться предпринимательской.

На практике может возникнуть вопрос: является ли самостоятельной (а следовательно – предпринимательской) деятельность зависимого или дочернего хозяйственного общества? На первый взгляд, перед нами налицо ситуация, аналогичная рассмотренной выше. Однако сходство здесь можно увидеть лишь «на первый взгляд». В действительности же с позиций юриспруденции деятельность зависимых и дочерних обществ, в отличие, например, от деятельности казенных предприятий, будет носить самостоятельный характер. Это связано с тем, что:

- в случае, когда одно хозяйственное общество контролирует и регулирует деятельность другого путем участия в уставном капитале этого общества, контроль и регулирование деятельности осуществляются через органы управления общества (волеобразующие (общее собрание, наблюдательный совет) и волеизъявляющие (исполнительные) органы управления). А так как любые действия, осуществляемые органами юридического лица, считаются действиями самого юридического лица, то можно говорить о том, что в данном случае дочернее или зависимое общество само ограничивает пределы своей деятельности;
- в случае же, когда одно хозяйственное общество контролирует и регулирует деятельность другого иными способами, в том числе с помощью договора между материнским (основным) и дочерним (зависимым) обществом нет смысла говорить о каком-либо отсутствии у дочернего общества возможности принятия самостоятельных решений, инициативной независимости. Речь в данном случае идет лишь о возможности вмешательства материнского (основного)

³² См.: Коммерческое право: Учебник... СПб., 1998. [Часть I]. С. 5. (автор раздела – В. Ф. Попондопуло).

го) общества в хозяйственную деятельность дочернего (зависимого).

Поэтому в отличие от казенных предприятий и учреждений можно утверждать, что зависимые и дочерние общества всегда обладают организационной самостоятельностью, а, следовательно, их деятельность по своему характеру является предпринимательской.

Нужно заметить, что в процессе предпринимательской деятельности очень часто возникают ситуации, когда субъекты не обладают организационной самостоятельностью в полном объеме, к примеру, деятельность организаций, обладающих специальной правосубъектностью в силу закона (некоммерческие организации, унитарные предприятия, банки и др.). В качестве другого примера можно привести деятельность монополистов, организационная самостоятельность которых ограничивается государством. Однако наличие ограниченной организационной самостоятельности еще не означает ее отсутствия и поэтому не дает оснований квалифицировать такую деятельность как непредпринимательскую³³. Поэтому по аналогии с имущественной самостоятельностью организационную также можно разделить на *полную* и *ограниченную*³⁴.

В связи с тем, что для признания какой-либо деятельности в качестве самостоятельной необходимо наличие одновременно и имущественной, и организационной самостоятельности, позволительно говорить о делении самостоятельности на абсолютную и относительную, когда имущественная и (или) организационная самостоятельность предпринимателя носит ограниченный характер. Вместе с тем, объективности ради, нельзя пройти мимо того факта, что в отечественном законодательстве под самостоятельностью предпринимательской деятельности граждан и некоторых юридических лиц понимается исключительно организационная самостоятельность. Наш вывод основан на том положении, что нигде в предпринимательском законодательстве не содержится требований к имущественной базе указанных субъектов, в отличие, например, от хозяйственных обществ. Мы не согласны с этим, поскольку исключение из признака самостоятельности его имущественной составляющей создает опасность для всего хозяйст-

³³ Поэтому нельзя утверждать, что деятельность учреждений, созданных собственником для определенной цели (социально-культурной, управленческой и др.), определяемая и финансируемая им не является самостоятельной, а, следовательно, – и предпринимательской, см.: Коммерческое право: Учебник... СПб., 1998. [Часть I]. С. 5. (автор раздела – В. Ф. Попондопуло). Однако, как мы уже показали, не менее ошибочным будет являться утверждение, что деятельность всегда будет самостоятельной (предпринимательской). см.: Предпринимательское (хозяйственное) право. Учебник... Т. I. С. 21 (автор раздела – О. М. Олейник).

³⁴ По мнению некоторых философов понятие свободы человеческой деятельности – относительно. Более того, они готовы развенчать указанное понятие как иллюзию, самообман, поскольку человек должен непроизвольно вести себя в соответствии с неизбежными законами причинности. Подробнее об этом см.: *ф. Людовиг М.* Человеческая деятельность: Трактат по экономической теории / Пер. с 3-го испр. англ. Изд. А. В. Куряева. М., 2000. С. 101.

венного оборота повышенной вероятностью злоупотребления предпринимателями своими правами (точнее – отсутствием своих соответствующих обязанностей).

Рассматривая признак самостоятельности, нельзя не указать на тот факт, что самостоятельность предпринимателя подразумевает, прежде всего, *ведение деятельности от собственного имени*³⁵. Так, в частности, деятельность комитента не может быть квалифицирована как предпринимательская³⁶. Это объясняется тем, что деятельность последнего заключается лишь в передаче им какого-либо имущества комиссионеру для последующей продажи, сдачи в аренду третьим лицам либо в указаниях комиссионеру совершить определенные сделки в интересах комитента. Всю последующую деятельность, удовлетворяющую содержательным признакам деятельности предпринимательской, осуществляет комиссионер. Заметим, что в Законе СССР «Об общих началах предпринимательства граждан в СССР» в качестве признака предпринимательской деятельности выделялось ее ведение как от своего имени, так и от имени юридического лица – предприятия. Однако, как было справедливо указано в юридической литературе, от имени юридического лица действуют и его работники, и члены органов управления, которых нельзя назвать предпринимателями в строгом смысле этого слова³⁷. Очевидно, этим объясняется тот факт, что уже в законе о предприятиях и предпринимательской деятельности указанный признак отсутствовал.

Предпринимательская деятельность как деятельность, осуществляемая на свой риск. Необходимо заметить, что, несмотря на то, что категория «риск» часто используется в российском законодательстве³⁸, в настоящее время не существует законодательного определения предпринимательского риска, которое можно было бы считать полным и определенным.

Так, например, в страховом законодательстве, в тех его нормах, где упоминается о предпринимательских рисках, под таковыми понимаются риски убытков от предпринимательской деятельности из-за нарушения обязательств контрагентами предпринимателя или изменения условий этой деятельности по независящим от предпринимателя обстоятельствам, в том числе риск неполучения ожидаемых доходов (ст. 929, 933 ГК РФ). В п. 1 ст. 9 Закона РФ от 27 ноября 1992 г. (в ред. федерального закона от 31 декабря 1997 г. № 157-ФЗ) «Об организации страхового дела в Российской

³⁵ Такого же мнения придерживается Н. И. Клейн (см.: Предпринимательское право. Курс лекций / Под ред. Н. И. Клейн... С. 11-12).

³⁶ Данный вывод распространяется еще на целый ряд субъектов, таких как, например, учредитель доверительного управления имуществом, принципал (в случае, когда агент действует от своего имени) и др. См.: Елисеев И. В., Иванов А. А., Кротов В. В. Указ. соч. С. 5.

³⁸ См., например, ст. 211, 459, 705, 929, 931-933 и др. ГК РФ.

Федерации»³⁹ содержится определение страхового риска, которое, с учетом особенностей страхования, может быть применимо для понимания юридической природы риска в целом: «событие, рассматриваемое в качестве страхового риска, должно обладать признаками вероятности и случайности его наступления».

Отечественная юридическая литература имеет значительное число работ, посвященных исследованию категории риска. Хотя достижения в разработке этой важной категории значительны, тем не менее остается еще много дискуссионных вопросов, основными из которых являются следующие: по отношению к каким правовым явлениям целесообразно применять термин «риск» и какой категорией он является – объективной или субъективной?

Большинство ученых полагает, что по характеру обозначаемого правового явления термин «риск» имеет объективную природу, выражающуюся в том, что рассматриваемый термин служит для обозначения явлений объективного порядка, не зависящих от воли и сознания человека. Таким образом, в рамках данной концепции риск трактуется как «вероятность», «возможность», «опасность», «угроза», «событие», «ущерб», «фактическое обременение невыгодными последствиями» и др.⁴⁰

О том, что «понятие страхового риска (*читай: «риска»* – прим. авт.) часто включает в себе неодинаковое содержание и может употребляться в различных значениях» писал В. И. Серебровский⁴¹.

Во-первых, по его мнению, риск может пониматься как событие, от наступления которого зависит выполнение страховщиком своей основной обязанности – уплаты страхового вознаграждения. В изложенном понимании риск характеризуется следующими признаками.

- Событие должно быть фактом, наступление которого возможно. Для признания риска возможным решающей является объективная точка зрения, т. е. та, которая свойственна при данных условиях каждому разумному и сведущему человеку (однако, как замечает В. И. Серебровский, «объективная» точка зрения есть понятие относительное. То, что было невозможно вчера, делается возможным сегодня, например, страхование авиационных рисков).
- Событие должно обладать свойством неизвестности. Решающее значение для признания события «неизвестным» является не «объективная», а «субъективная» неизвестность. Достаточно, чтобы

³⁹ Ведомости РФ. 1993. № 2. Ст. 56; СЗ РФ. 1998. № 1. Ст. 4.

⁴⁰ Обзор имеющихся в литературе определений термина «риск» см.: Ойгензихт В. А. Проблема риска в гражданском праве (Часть общая). Душанбе, 1972. С. 5-13.

⁴¹ См.: Серебровский В. И. Избранные труды. М., 1997. С. 505. (Сер. «Классика российской цивилистики»).

стороны считали такое событие не неизбежным или, в крайнем случае, им было бы неизвестно время наступления этого события.

- Событие обязательно должно относиться к будущему времени.
- Риск всегда должен быть правомерным.

Во-вторых, риск может пониматься как необходимость нести невыгодные последствия возможного, неизвестного события. В этом смысле термин «риск» применяется, когда говорят о принятии на себя риска, о делении риска и т. д. Здесь «риск» оказывается тождественным с «ответственностью». Поэтому с юридической точки зрения вместо выражения «принять на себя риск» в отдельных случаях можно употреблять – «принять на себя ответственность»⁴².

В-третьих, термин «риск» может применяться также и в других значениях: как предел невыгодных последствий страхового случая, как возможная хозяйственная невыгодность отдельной сделки и т. д.⁴³

Не отрицая значимости упомянутых определений для уяснения сущности рассматриваемого феномена, следует все же согласиться с иным подходом, предложенным еще в 1938 году Х. И. Шварцем⁴⁴ и детально разработанным в 70-е годы В. А. Ойгензихтом, который определял риск как «субъективную категорию, которая существует параллельно с виной, но может существовать и совместно с ней, как психическое отношение субъектов к результату собственных действий или действий других лиц, а также к результату объективно-случайных либо случайно-невозможных действий (событий), выражающееся в осознанном допущении отрицательных, в том числе невозместимых имущественных последствий»⁴⁵.

По сути автор доказал необходимость раздельного рассмотрения таких понятий, как риск, с одной стороны, и опасность (угроза), с другой⁴⁶. Признание риска субъективной категорией, позволило сделать вывод о том, что в отличие от вины, связанной с противоправностью и с ответственностью, риск может сопутствовать как противоправным, так и правомерным действиям, выступая в первом случае самостоятельным субъективным основанием ответственности, во втором – основанием компенсации убытков в силу принципа их локализации на причинителя вреда⁴⁷.

⁴² Аналогичным образом определяет риск М. Моисеев. См.: *Моисеев М.* Указ. соч. С. 77-78.

⁴³ См.: *Серебровский В. И.* Указ. соч. С. 505-511.

⁴⁴ *Р-ев В.* Значение вины в обязательствах из причинения вреда (отчет о защите диссертации)// Советская юстиция. 1938. № 22. С. 13-14 (приведено в кн.: *Ойгензихт В. А.* Проблема риска в гражданском праве... С. 211).

⁴⁵ См.: *Ойгензихт В. А.* Проблема риска в гражданском праве (Часть общая)... С. 77.

⁴⁶ См.: *Ойгензихт В. А.* Проблема риска в гражданском праве (Часть общая)... С. 77-81. Под опасностью (угрозой) В. А. Ойгензихт понимал возможность (вероятность) наступления невыгодных последствий (вредного результата), превращения этой возможности в действительность.

⁴⁷ Суждение о субъективной природе риска вызвало неоднозначное отношение ученых-юристов. Одни присоединились к данной точке зрения, попытавшись ее обосновать и развить (*Братусь С. Н.* Юридическая ответственность и законность (Очерк теории). М., 1976. С. 170-197; *Тереженко Л. К.* Проблема рис-

Полагаем, что невозможность понимания риска как события или вероятности наступления события применительно к предпринимательской деятельности очевидна уже из самого текста содержащейся в абз. 3 п. 1 ст. 2 ГК РФ правовой нормы. В частности никакая деятельность не может осуществляться «на свою вероятность...» или «на свое событие...». Это следует из очевидной абсурдности звучания получившихся словосочетаний. В случае, когда в законодательстве говорится о занятии деятельностью «на свой риск», речь явно идет о том, что лицо, осуществляющее предпринимательскую деятельность, осознанно допускает возможность наступления каких-либо неблагоприятных последствий, производя оценку вероятности их наступления. Другими словами, предпринимательская деятельность осуществляется «на собственную оценку (допущение)», и чем она будет точнее, тем больше шансов у предпринимателя избежать убытков и, быть может, получить прибыль.

Предпринимательский (коммерческий) риск как один из частных случаев риска вообще в современной литературе трактуется, как правило, с позиций объективной концепции. Имеющие место субъективные трактовки предпринимательского риска, на наш взгляд, представляются весьма спорными. Так, О. А. Кабышев полагает, что предпринимательский риск – это «деятельность предпринимателя на рынке в ситуации неопределенности относительно вероятного получения прибыли или убытков, когда принимающий решение, не будучи в состоянии однозначно предугадать, добьется он прибыли или понесет убытки, оказывается перед выбором какого-либо из альтернативных вариантов решения». При этом отмечается, что «в самом общем смысле предпринимательский риск обусловлен отклонениями действительных данных от оценки сегодняшнего состояния и прогнозов будущего развития рыночной, политической, климатической и какой-либо иной ситуации. Чем вернее расчеты, тем выше степень совпадения оценок и прогнозов с действительными данными. Позитивное отклонение означает шанс получить дополнительную, по сравнению с первоначаль-

ка в деятельности вычислительных центров // Проблемы совершенствования советского законодательства: Тр. ВНИИСЗ. Т. 21. М., 1981. С. 88-89 и др.), другие, напротив, выступили, в известной мере, последовательными ее противниками (*Илларионова Т. И.* Отдельные аспекты теории правовой ответственности // Правовые проблемы гражданской правосубъектности: Межвузовский сб. научных трудов. Вып. 62. / Отв. ред. О. А. Красавчиков. Свердловск, 1978. С. 153-155.). Развитие взглядов по данной проблеме не обошлось без «компромиссных построений», авторы которых, например, признавая субъективный характер общего понятия риска, тем не менее придерживаются объективной трактовки предпринимательского риска как частного случая риска вообще (*Ровный В. В.* Гражданско-правовая природа предпринимательства... С. 99-101) или, разделяя концепцию субъективного риска, признают существование наряду с ним и объективного риска (см.: *Харитонов Е. О.* Категории субъективного и объективного риска в советском гражданском праве // Проблемы правоведения. Вып. 40. Киев, 1979. С. 63-70).

ными расчетами, прибыль. Негативное отклонение означает шанс понести убытки»⁴⁸.

Представляется, что подобная трактовка риска выхолащивает его суть и искажает реальную картину явления, поскольку при таком подходе определяется не сам риск, а объективированное действие, к которому приводит риск⁴⁹. Риск никак не может быть действием. В противном случае под понятие риска подпадает и деятельность по предотвращению возможных потерь, в том числе страхование, что, на наш взгляд, не является верным⁵⁰. Более того, смеем предположить, что О. А. Кабышев просто неудачно выразил мысль, сформулированную В. А. Ойгензихтом. Очевидно под «деятельностью предпринимателя на рынке в ситуации неопределенности...» автор понимал не столько предпринимательский риск, сколько именно предпринимательскую деятельность, осуществляемую «на свой (предпринимательский) риск».

В правовой литературе ведутся также споры по поводу целесообразности сведения всех предпринимательских рисков только к оценке возможности получить прибыль или понести убытки, и высказывается мнение, что «риск в предпринимательской деятельности – это вероятность неполучения запланированного или ожидаемого положительного результата, равно как возможность получения отрицательных последствий тех или иных действий, в чем бы они не состояли»⁵¹. Разумеется, никто не отрицает, что предприниматель в своей деятельности несет инновационные (инвестиционные), технические, моральные и другие виды рисков. Однако неверным было бы считать, что в отношении перечисленных видов рисков финансовый аспект является второстепенным. Любые отрицательные последствия (будь то риск утраты деловой репутации или возможность неполучения заказанного проекта) всегда ведут к имущественным потерям предпринимателя в виде реального ущерба и (или) неполученной (либо недополученной) прибыли, в противном случае эти риски не относились бы разряду предпринимательских.

В качестве признака (элемента) предпринимательского риска иногда выделяют его правомерность. Объясняется это тем, что, будто в противном случае незаконную торговлю наркотиками, людьми и человеческими орга-

⁴⁸ См.: *Кабышев О. А.* Правомерность предпринимательского риска // *Хозяйство и право.* 1994. № 3. С. 47-48.

⁴⁹ Подобные суждения высказывались и в советский период. Так, В. Абчук определял риск как «вынужденный образ действий в условиях неопределенности, ведущий в конечном результате к преобладанию успеха над неудачей», см.: *Абчук В.* Иду на риск // *Юность.* 1980. № 5. С. 103. Однако и в тот период данная позиция подвергалась справедливой критике, см.: *Ойгензихт В. А.* Воля и волеизъявление (Очерки теории, философии и психологии права) / Отв. ред. С. А. Раджабов. Душанбе, 1983. С. 142.

⁵⁰ Аналогичной точки зрения придерживается О. М. Олейник в кн.: *Предпринимательское (хозяйственное) право. Учебник...* Т. 1. С. 25.

⁵¹ См.: *Предпринимательское (хозяйственное) право. Учебник...* Т. 1. С. 25.

нами, оружием и т. п. можно будет квалифицировать как предпринимательскую деятельность. По нашему мнению, включение правомерности в состав признака предпринимательского риска нецелесообразно по ряду причин. Во-первых, правомерность риска является необходимым условием любой, в том числе предпринимательской деятельности в целом. Во-вторых, включение правомерности в состав элементов (признаков) предпринимательского риска приведет к невозможности квалификации в качестве предпринимательской деятельности граждан, осуществляемой без государственной регистрации (деятельности, характеризующейся лишь наличием сущностных признаков), что вступает в противоречие с п. 4 ст. 23 ГК РФ.

Другими словами, предпринимательский риск – это детерминированный выбор предпринимателем конкретных параметров своей деятельности, осуществляемой в условиях ограниченности ресурсов и при сознательном допущении случайного результата и возможности связанного с этим возникновения отрицательных последствий, выражающиеся, в том числе, в неполучении запланированного или ожидаемого положительного результата (прибыли) или несении убытков. Думается, что местоимение «свой» в официальном определении риска является логическим продолжением признака организационной самостоятельности предпринимателя.

В литературе существует понимание риска как синонима ответственности. В связи с этим необходимо выяснить всегда ли осуществление предпринимательской деятельности «на свой риск» означает «под собственную ответственность»? Очевидно – не всегда. Данное обстоятельство объясняется, во-первых, тем, что ответственность относится к разряду неблагоприятных имущественных последствий деятельности предпринимателя. Во-вторых, наступление таких последствий предприниматель мог и (или) должен был предвидеть. Следовательно, неблагоприятные имущественные последствия деятельности предпринимателя, выражающиеся в привлечении его к юридической ответственности, могут быть по своей природе как субъективны, так и объективны. Для привлечения предпринимателя к ответственности важным является не столько зависимость наступления неблагоприятных последствий от воли предпринимателя или других лиц, сколько их предсказуемость⁵². Причем предсказуемость может как вызвать потери предпринимателя⁵³, так и освободить его от ответственности.

⁵² В п. 3 ст. 401 ГК РФ вместо понятия предсказуемости законодатель оперирует понятием «непреодолимой силы». Несмотря на то понятия «непредсказуемость» и «непреодолимость» не являются синонимами, тем не менее, между ними существует прямая связь: если событие можно и (или) нужно было предсказать, то оно уже не будет относиться к числу непреодолимых. При этом, конечно, нужно учитывать конкретные условия обстоятельств (например, уровень научно-технического прогресса в обществе, степень доступности сведений о конкретных событиях).

⁵³ Это вызвано тем, что лицо, осуществляющее предпринимательскую деятельность, несет ответственность независимо от вины (п. 3 ст. 401 ГК РФ). Другими словами, законодатель в качестве условия при-

сти⁵⁴. В-третьих, предприниматель может понести имущественные потери, не только в результате своей деятельности⁵⁵, но и в результате деятельности других лиц, а также в результате наступления обстоятельств непреодолимой силы.

Все это с убедительностью говорит о том, что «риск» – понятие более широкое, чем «ответственность». Тем не менее «ответственность» не во всех случаях будет означать «риск». Как уже неоднократно упоминалось, одним из признаков любого риска, в том числе и предпринимательского, является вероятность (случайность) наступления какого-либо события (действия), подразумевающая отсутствие полной уверенности у лица, принимающего решение. В случае же привлечения предпринимателя к ответственности за вред, причиненный его виновным поведением (действиями или бездействием) вероятность наступления неблагоприятных последствий (вреда), повлекших за собой ответственность предпринимателя отсутствовала, так как тот точно знал (или, по крайней мере, должен был знать) о результатах своей деятельности⁵⁶. Кроме того, самостоятельность несения предпринимателем имущественной ответственности перекликается (является частным случаем) с признаком самостоятельного ведения предпринимательской деятельности. Поэтому *признак самостоятельной имущественной*⁵⁷ *ответственности* не может быть признан специфическим признаком предпринимательской деятельности, существующим независимо от признака «рискового характера»; т. е. он входит в состав признаков «осуществления деятельности на свой риск» и «самостоятельного ведения деятельности». Этим, на наш взгляд и объясняется тот факт, что признак самостоятельной имущественной ответственности не входит в состав легальных признаков предпринимательской деятельности.

По мнению Л. И. Петражицкого, основным, существенным с имущественной точки зрения признаком предпринимательства является риск

влечения предпринимателя к ответственности выделяет не вину, а возможность и способность предсказать наступление неблагоприятных последствий своей деятельности.

⁵⁴ Из смысла п. 3, 4 ст. 401 ГК РФ следует, что предприниматель может заранее предусмотреть в договоре ответственность только за виновные действия.

⁵⁵ Под деятельностью предпринимателя здесь понимается не предпринимательская деятельность в общем, а деятельность (действия или бездействие) конкретного предпринимателя.

⁵⁶ Более подробно о соотношении категорий риска и ответственности см.: *Ойгензихт В. А.* Указ. соч. С. 178-224.

⁵⁷ Необходимо отметить, что хотя в юридической литературе «имущественная ответственность» и «гражданско-правовая ответственность» часто употребляются как синонимы. Это не совсем верно. Данное утверждение основывается на том, что в состав гражданско-правовой ответственности помимо имущественной входит неимущественная ответственность. Например, к мерам неимущественной ответственности относится исключение участника из состава общества (товарищества, кооператива) по решению общего собрания. Неимущественная ответственность занимает весьма незначительный удельный вес в составе гражданско-правовой ответственности. Поэтому исследователи часто вольно или невольно ассоциируют имущественную ответственность с гражданско-правовой ответственностью.

(потери – прим. авт.) всего имущества⁵⁸. Действительно, ведение предпринимательской деятельности предполагает осознание предпринимателем возможности потери всего своего имущества. Из сказанного можно сделать вывод, что предпринимательский риск может быть ограничен лишь стоимостью (размерами) имущества предпринимателя. При этом следует указать на то, что даже такое ограничение не будет абсолютным. В частности, индивидуальный предприниматель несет ответственность по всем обязательствам, возникшим в результате причинения вреда жизни и здоровью граждан, а также по всем алиментным обязательствам не только своим имуществом, имеющимся в наличии, но и будущим своим имуществом. Аналогичные правовые последствия наступают и в случае повторного признания гражданина банкротом. Сфера имущественной ответственности юридического лица может быть, в свою очередь, расширена за счет привлечения к субсидиарной ответственности его участников. Кроме того, следует заметить, что ограничение размеров своей ответственности создаст определенную уверенность у лица в «завтрашнем дне», снижает либо вообще исключает элемент неопределенности, характерный для категории риска, в том числе и для риска предпринимательского.

Предпринимательская деятельность как деятельность, направленная на систематическое получение прибыли. Рассмотрение этого признака предполагает выделение в его составе трех относительно самостоятельных моментов: (1) понятие получения прибыли, (2) понятие систематического получения, (3) понятие получения в процессе осуществления определенных видов деятельности.

В экономической литературе прибыль обычно понимается как показатель финансовых результатов хозяйственной (предпринимательской) деятельности в виде превышения доходов от продажи товаров, работ и услуг над затратами, связанными с производством и продажей этих товаров (выполнением работ, оказанием услуг)⁵⁹. В последнее время в юридической литературе появилось мнение о том, что правовое понятие прибыли отличается от экономического на ту сумму, которую государство не признает в качестве необходимых издержек⁶⁰. Однако, такое понимание прибыли нецелесообразно ни с точки зрения теории права, ни с точки зрения правоприменительной практики. Причем нецелесообразно оно не по причине

⁵⁸ См.: *Петражицкий Л. И.* Акции. Биржевая игра и теория экономических кризисов. Том первый. Об акционерном деле и типических ошибках при оценке шансов неизвестной прибыли. СПб., 1911. С. 30.

⁵⁹ См., например: *Большой бухгалтерский словарь* / Под ред. А. Н. Азриляна. М., 1999. С. 349-350; *Экономическая энциклопедия* / Гл. ред. Л. И. Абалкин. М., 1999. С. 608.

⁶⁰ См.: *Предпринимательское (хозяйственное) право. Учебник...* Т. 1. С. 23-24 (автор раздела – *О. М. Олейник*). Такое понимание прибыли сложилось в результате анализа действующего налогового законодательства РФ при определении объекта налогообложения, в частности Закона РФ от 27 декабря 1991 г. «О налоге на прибыль предприятий и организаций» (с последующими изменениями и дополнениями) (Ведомости РФ. 1992. № 11, ст. 525).

ярко выраженной публичной природы данного определения прибыли, а в силу того, что такой «смешанный критерий» правового определения прибыли открывает возможности беспрепятственному и ничем не ограниченному вмешательству государства в предпринимательские отношения. Бесспорно, государственное регулирование цен, устанавливаемых предпринимателями, в том числе государственное регулирование прибыли необходимо. Но, говоря о регулировании прибыли со стороны государства, необходимо заметить, что перечень затрат, включаемых в себестоимость продукции, а следовательно уменьшающих размер прибыли, подлежащей налогообложению, должен устанавливаться не Положением Правительства РФ, а федеральным законом⁶¹. Это, несомненно, повысит качество правовых норм, содержащихся в правовом акте, и снизит возможность злоупотреблений со стороны государственных органов, а также исключит возможность регулировать предпринимательские отношения (в плане определения их «прибыльности» или «бесприбыльности») в зависимости от «прихотей» конкретного правительства.

Что касается государственного определения прибыли, то нужно отметить следующее. При регулировании состава затрат, включаемых в состав себестоимости, главный упор должен производиться не на запрете, как это делается в настоящее время, а на предписании и дозволении поведения предпринимателя-налогоплательщика. То есть при определении себестоимости принцип «все, что не разрешено – запрещено» необходимо заменить на принцип «все, что не запрещено – разрешено». Другими словами, вместо того, чтобы закреплять четкий перечень затрат, входящих в состав себестоимости, было бы эффективнее определить перечень затрат, полностью или частично компенсируемых из чистой прибыли предпринимателя (не включаемых в себестоимость), и определить границы затрат, частично включаемых в себестоимость продукции.

Рассматривая проблему правовой природы прибыли, нельзя не заметить, что она тесным образом связана с другой, более крупной проблемой – проблемой метода предпринимательского права. Однако решение данной проблемы не является целью настоящей работы. Поэтому акцентируем внимание лишь на некоторые моменты. По мнению В. Д. Сорокина, «метод правового регулирования может существовать только как объединение всех трех первичных компонентов – дозволения, предписания и запрета, т. е. как система, основанная на тесном взаимодействии, взаимо-

⁶¹ Это наблюдается в настоящее время на примере налога на прибыль организаций (ст.ст. 252-273 НК РФ), см.: Федеральный закон РФ от 6 августа 2001 г. № 110-ФЗ «О внесении изменений и дополнений во вторую часть Налогового кодекса Российской Федерации и некоторые другие акты законодательства Российской Федерации о налогах и сборах, а также о признании утратившими силу отдельных актов (положений актов) законодательства Российской Федерации о налогах и сборах»// Российская газета. 2001. 8 авг.

обеспечении этих компонентов... Пропорции между дозволением, предписанием и запретом не одинаковы в различных конкретных ситуациях, и прежде всего применительно к предмету регулирования отраслей советского (*читай: российского – прим. авт.*) права»⁶². Метод правового регулирования предпринимательских отношений характеризуется тем, что в нем преобладают дозволения и предписание, степень или удельный вес практического использования которых примерно одинаков. Поэтому, с одной стороны, метод предпринимательского права не совпадает с методом частноправовых отраслей права, например, гражданского права, основное место в котором занимают дозволения. С другой стороны, рассматриваемый метод нельзя отнести и к методу публично-правовых отраслей, например, административного права, в которых преобладают предписания и запреты. Все это убедительно свидетельствует о недопустимости рассмотрения предпринимательских отношений как разновидности гражданско-правовых или, тем более, административно-правовых отношений⁶³. Исходя

⁶² См.: *Сорокин В. Д.* Метод правового регулирования. Теоретические проблемы. М., 1976. С. 111.

⁶³ О необходимости разграничении предпринимательского и гражданского права говорит хотя бы следующий факт. Как справедливо замечают американские и отечественные исследователи, все договоры в сфере предпринимательской деятельности делятся на три группы. В первую группу входят договоры между предпринимателями. Во вторую – договоры потребительские, между предпринимателями и гражданами-потребителями. И, наконец, договоры, в которых так или иначе участвует государство или муниципальные органы, государственные (муниципальные) средства, государственное (муниципальное) имущество (См.: *Яковлев В. Ф.* Гражданский кодекс и государство // *Гражданский кодекс России. Проблемы. Теория. Практика: Сб. памяти С. А. Хохлова / Отв. ред. А. Л. Маковский.* М., 1998. С. 61). При этом, несмотря на то, что все они в той или иной мере регулируются нормами частного права, нельзя утверждать, что какая-либо группа предпринимательских договоров (обязательств) является исключительно частноправовой. Рассмотрим, к примеру, договоры между предпринимателями, которые, на первый взгляд, регулируются лишь нормами гражданского права. Однако более тщательный анализ позволяет обнаружить публично-правовые «вкрапления». В качестве примера таких «вкраплений» можно привести любой публичный договор (в частности, договор банковского счета), такие последствия недействительности сделок как односторонняя реституция или недопущение реституции (когда применяется санкция в виде взыскания всего полученного по сделке в доход государства) и др. При этом наличие публично-правовых «вкраплений» презюмируется в случаях, когда речь заходит о договорах во внешне-экономической, банковской, страховой деятельности, договорах, в которых одна из сторон является монополистом. Договоры между предпринимателями и гражданами-потребителями имеют смешанную юридическую природу, уже хотя бы в силу того факта, что они кроме всего прочего регулируются законодательством о защите прав потребителей, в котором преобладают нормы публично-правового характера. Несмотря на то, что государство (муниципалитет) в большинстве случаев участвует в хозяйственном обороте как юридически равная другим предпринимателям сторона, многие договоры с его участием регулируются, в том числе, и нормами публичного права. Например, договоры по поводу владения, пользования и (или) распоряжения государственным (муниципальным) имуществом, включая все сделки с землей, а также сделки, осуществляемые государством (муниципальными органами) в процессе приватизации, договоры бюджетного инвестирования или бюджетного кредитования. Конечно, многие цивилисты признают, что говорить о гражданском праве как о частноправовой отрасли права можно лишь с определенной долей условности по причине наличия в нем публично-правовых норм, часть из которых мы уже перечислили (См., например, *Алексеев С. С.* Частное право: научно-публицистический очерк. М., 1999. С. 50; *Ровный В. В.* Гражданско-правовая природа предпринимательства... 1996. С. 10; *Суханов Е. А.* Система частного права // *Вестник МГУ. Серия 11, Право.* 1994. № 4. С. 26-30; *Яковлев В. Ф.* Указ. соч. С. 58-66). Однако такое признание еще не является достаточным условием для включения предпринимательского права в состав гражданского. В противном случае гражданское право станет слишком «разбавлено» нормами публичного права и не сможет претендовать на звание частноправовой

из этого можно сделать вывод о недопустимости как свободного определения прибыли (что на практике может привести к злоупотреблениям со стороны предпринимателей), так жесткого определения прибыли (что приводит к злоупотреблениям уже со стороны государства).

Симптоматично, что в главе 23 НК РФ, посвященной налогообложению доходов граждан, вообще отсутствует понятие прибыли, даже в случаях, когда речь идет об уплате налога на доходы физических лиц гражданами, осуществляющими предпринимательскую деятельность без образования юридического лица. По нашему мнению, в ст. 209 НК РФ следовало бы прямо указать, что объектом налогообложения по налогу на доходы физических лиц для граждан-индивидуальных предпринимателей является *не доход, а прибыль* (полученный доход, уменьшенный на величину произведенных расходов, определяемых в соответствии с гл. 24, 25 НК РФ). В противном случае может создаться ложное представление о том, что гражданине не обязаны регистрироваться в качестве индивидуального предпринимателя, поскольку целью их деятельности будет систематическое получение дохода, но не прибыли.

Объективности ради заметим, что в п. 1 ст. 221 НК РФ все же содержится отсылка на гл. 25 «Налог на прибыль организаций», из чего можно сделать вывод, что законодатель путь не прямо, а косвенно, но все же оперирует понятием прибыли в отношении граждан, ведущих предпринимательскую деятельность без образования юридического лица. Другими словами, в случае, когда гражданин несет какие-либо расходы при осуществлении деятельности, удовлетворяющей содержательным признакам предпринимательской деятельности, можно смело говорить о получении им именно прибыли, но не дохода. В то же время регистрация гражданина в качестве предпринимателя приводит к возникновению презумпции получения гражданином прибыли, что нашло свое отражение в п. 1 ст. 221 НК РФ, в котором прямо говорится: «Если налогоплательщики не в состоянии документально подтвердить свои расходы, связанные с деятельностью в качестве индивидуального предпринимателя, профессиональный налоговый вычет производится в размере 20 процентов общей суммы до-

отрасли права в силу преобладания в нем норм публично-правового характера. Но ведь именно против «опубличенности» гражданского права, на наш взгляд, выступали, выступают и, думается, будут выступать все истинные цивилисты. Тем более недопустимо включать предпринимательское (хозяйственное) право в состав административного права. Данное мнение основывается хотя бы на том, что субъектами предпринимательского права являются, прежде всего, предприниматели (юридические и физические лица) и лишь затем государство в лице своих органов. В то же самое время административное право характеризуется наличием специальных субъектов – органов исполнительной власти. «Расчленять» же предпринимательское право на две составляющих: административную и гражданскую и, соответственно, рассматривать предпринимательские (хозяйственные) правоотношения в рамках административного и гражданского права также нецелесообразно по той причине, что ряд правоотношений выпадает из сферы влияния обеих указанных отраслей права (к примеру, правоотношения с участием малых предприятий или финансово-промышленных групп).

ходов, полученной индивидуальным предпринимателем от предпринимательской деятельности (иначе говоря, презюмируется прибыль гражданина-предпринимателя в размере восьмидесяти процентов полученных им доходов – прим. авт.), – и далее следует уточнение. – Настоящее положение не применяется в отношении физических лиц, осуществляющих предпринимательскую деятельность без образования юридического лица, но не зарегистрированных в качестве индивидуальных предпринимателей».

Вместе с тем остается нерешенным вопрос о том, обязательно ли получение именно прибыли для признания деятельности предпринимательской, или же достаточно факта (либо цели) получения дохода. Приведем пример. Не для кого не секрет, что образовательная, юридическая и целый ряд других видов деятельности (так называемая частная практика) зачастую не влекут за собой каких-либо материальных затрат. Основными расходами здесь являются затраты труда педагога (юриста, агента и др.). В связи с этим весь полученный в результате осуществления таких видов деятельности доход может рассматриваться в качестве вознаграждения за труд. Более того, отсутствие материальных затрат хотя и не влечет за собой отсутствие предпринимательского риска, но значительно снижает его величину (риск в большинстве случаев, если договором не предусмотрено иное, состоит не в получении убытков, а в неполучении прибыли)⁶⁴. Решение данного вопроса значительно осложняется тем обстоятельством, что определение предпринимательской деятельности, как деятельности, осуществляемой с целью получения дохода (но не прибыли) может еще больше затруднить понимание указанного вида человеческой деятельности и создать почву для злоупотребления со стороны органов государственной (местной) власти⁶⁵.

Представляется неверным подход, избранный законодателем: особо указывать на то, что определенные виды деятельности являются разновидностью деятельности предпринимательской. Объясняется это тем, что те или иные исключения в большинстве случаев вызваны сиюминутными «прихотями», интересами очередного правительства, и вместо строгой, понятной большинству граждан системы норм предпринимательского законодательства вносят хаос. Проиллюстрируем сказанное следующим примером. Так, с одной стороны, индивидуальная педагогическая (образовательная) деятельность граждан *de lege lata* является предприниматель-

⁶⁴ Мы осознанно не рассматриваем риск быть привлеченным к ответственности за ведение незаконной (незарегистрированной) предпринимательской деятельности, поскольку нашей целью как раз и является выяснение характера такой деятельности.

⁶⁵ Один из таких примеров приведен на страницах правовой газеты «эж – ЮРИСТ», когда работник, пытающийся реализовать свою заработную плату, выданную ему в натуральной форме, может быть привлечен, как это не покажется странным, к ответственности за ведение незаконной предпринимательской деятельности. См.: Ситникова Е. Мучения с получением // эж – ЮРИСТ. 2001. № 33 (авг.). С. 11.

ской⁶⁶. С другой стороны, согласно ст. 11 Федерального закона РФ от 31 июля 1995 г. № 119-ФЗ «Об основах государственной службы Российской Федерации»⁶⁷ и целого ряда норм других нормативных актов, регулирующих деятельность государственных служащих⁶⁸, последним запрещено заниматься иной оплачиваемой деятельностью, а также предпринимательской деятельностью лично или через доверенных лиц; но при этом им разрешено заниматься *педагогической*, научной и иной творческой деятельностью. Другими словами, возникает парадокс: если индивидуальной педагогической деятельностью занимается обычный гражданин, к примеру, педагог, пытающийся таким образом «поправить» материальное положение своей семьи, такая деятельность будет предпринимательской, если аналогичную деятельность будет осуществлять «бедный» государственный служащий – уже нет.

Резюмируя сказанное, отметим, что предпринимательской деятельностью будет являться лишь деятельность, направленная на получение прибыли, но не дохода. Какие бы то ни было исключения из указанного правила должны признаваться незаконными⁶⁹, кроме случаев, когда гражданин сам пожелал зарегистрироваться в качестве индивидуального предпринимателя.

Одной из общепризнанных проблем правового регулирования предпринимательства является отсутствие единообразного понимания в отношении того, что скрывается под «систематическим получением прибыли». Причина возникновения данной проблемы кроется в том, что ГК РФ закрепляя признак систематического получения прибыли, не раскрывает его содержание. Подобная ситуация уже имела место в трудовом праве при решении проблемы определения систематического нарушения трудовой дисциплины. В свое время решение указанной проблемы было выработано в правоприменительной практике и в последствие было закреплено в трудовом законодательстве (в п. 3 ст. 33 КЗоТ РФ)⁷⁰. Систематическими в настоящее время считаются нарушения трудовой дисциплины, за которые хотя бы один раз применялось дисциплинарное взыскание, т. е. под систематичностью понимается событие, имевшее место не менее двух раз в год (что объясняется протяженностью во времени срока действия дисциплинарного взыскания по общему правилу).

⁶⁶ См.: ст. 48 Закона РФ от 10 июля 1992 г. № 3266-1 «Об образовании» (ред. 07.08.2000.) // СЗ РФ. 1996. № 3. Ст. 150.

⁶⁷ СЗ РФ. 1995. № 31. Ст. 2990.

⁶⁸ См.: *Семеусов В. А.* Граждане как субъекты индивидуального предпринимательства. Иркутск. 1999. С. 36-43.

⁶⁹ Сходная точка зрения уже высказывалась в юридической литературе (см.: *Жилинский С. Э.* Указ. соч. С. 45-46).

⁷⁰ Норма, содержащаяся в п. 3 ст. 33 КЗоТ РФ, была разъяснена Госкомтруда СССР и Секретариатом ВЦСПС от 25 октября 1983 г. (Бюл. Госкомтруда СССР, 1984. № 1).

Следует признать, что при определении предпринимательской деятельности государственные органы зачастую пользуются именно таким определением систематичности, игнорируя различную правовую природу предпринимательских и трудовых отношений, что неизбежно приводит к известным противоречиям. Гражданин в выходные дни регулярно помогает своему соседу строить гараж в течение месяца, за что еженедельно получает денежное вознаграждение. Если понимать систематичность по аналогии с трудовым законодательством, то наш гражданин может быть привлечен к административной или даже к уголовной ответственности за осуществление предпринимательской деятельности без государственной регистрации (занятие незаконным предпринимательством). Однако если бы гражданин получил единовременное вознаграждение по окончании строительства, то его деятельность уже не попала бы в разряд предпринимательской. Получается, что в зависимости от способа получения дохода одна и та же деятельность может быть как предпринимательской, так и непредпринимательской, что свидетельствует о необъективности используемого критерия систематичности⁷¹.

Существует еще один подход к определению понятия «систематическое получение прибыли» – лингвистический. По утверждению лингвистов систематический – это:

- следующий определенной системе, образующий определенную систему, построенный по определенному плану;
- строго последовательный, планомерный;
- постоянный, постоянно повторяющийся, регулярный, непрерывающийся⁷².

По мнению О. М. Олейник системность и постоянство относятся к признакам, присущим любой деятельности. Причем в ее понимании системность осуществления означает наличие свойства, объединяющего все совершаемые действия в единое целое, а постоянство – длительность осуществления операций (действий), предполагающая осуществление тех или иных действий (операций) в течение длительного, возможно даже конкретно неопределенного времени⁷³. Следовательно, систематическое получение прибыли – это действия (операции) гражданина или юридического лица, объединенные одной общей целью – целью получения прибыли, осуществляемые (или предполагающие их осуществление) в течение дли-

⁷¹ О недопустимости использования количественных показателей при определении систематичности см. также: Жилинский С. Э. Указ. соч. С. 47-48; Предпринимательское (хозяйственное) право. Учебник. Т. I / Отв. ред. О. М. Олейник... С. 19.

⁷² Большой толковый словарь русского языка / Сост. и гл. ред. С. А. Кузнецов... С. 1189; Толковый словарь русского языка. Т. IV / Гл. ред. Б. М. Волин Д. Н. Ушаков; Под ред. Д. Н. Ушакова... С. 194.

⁷³ См.: Предпринимательское (хозяйственное) право. Учебник. Т. I / Отв. ред. О. М. Олейник... С. 19. Иную позицию занимает С. Э. Жилинский, считающий, что необходимо различать «систематичность» и «постоянство» деятельности. См.: Жилинский С. Э. Указ. соч. С. 48-49.

тельного (или даже неопределенного) промежутка времени. Если направленности на длительное, постоянное получение прибыли не наблюдается, то, с учетом иных факторов, следует говорить об отсутствии элемента систематичности. Например, реализация гражданином остатков, излишков материалов, оставшихся у него после окончания ремонта, строительства и т. п. не является предпринимательской деятельностью, поскольку в данном случае отчетливо видна цель гражданина на единичные случаи получения прибыли (дохода), хоть даже таковых было более двух. Аналогичным образом, не будет предпринимательской деятельность, выполняемая гражданином по единичному договору подряда, независимо от того, будет ли единовременная или поэтапная оплата выполненных работ. В то же время одновременное или последующее заключение гражданином других договоров подряда дают основание предполагать наличие элемента систематичности в его деятельности.

Подобное понимание систематичности получения прибыли позволяет решить другую проблему, встречающуюся в правоприменительной практике, а именно: является ли реальное получение прибыли обязательным признаком предпринимательской деятельности? Судебная коллегия по гражданским делам ВС РФ признала, что само по себе отсутствие прибыли не служит основанием для вывода о том, что такая деятельность не относится к предпринимательской⁷⁴. Другими словами, достаточно систематического получения прибыли в качестве цели деятельности. Причем в качестве любой цели, не обязательно основной, как считает Е. А. Зверева⁷⁵. В противном случае из области предпринимательских отношений необоснованно будут выведены все некоммерческие организации, в том числе занимающиеся предпринимательской деятельностью. Кроме того, возникают сложности в случаях привлечения к ответственности граждан, осуществляющих предпринимательскую деятельность без государственной регистрации. Указанное решение Судебной коллегии ВС РФ вполне согласуется с рискованым характером предпринимательской деятельности. Осуществление предпринимательской деятельности допускает наступление неблагоприятных последствий имущественного или неимущественного характера для предпринимателя. Поэтому отсутствие прибыли или несение предпринимателем убытков⁷⁶ говорит скорее не о некоммерческом (непредпринимательском) характере деятельности, а о неблагоприятном стечении обстоятельств, чрезмерной рискованности его деятельности либо об отсутст-

⁷⁴ См.: п. 12 Обзора Судебной коллегии по гражданским делам ВС РФ «Некоторые вопросы судебной практики по гражданским делам» // Бюл. ВС РФ. 1997. № 10.

⁷⁵ См.: Зверева Е. А. Ответственность предпринимателя за нарушение договорных обязательств. М., 2000. С. 8-9.

⁷⁶ Убытки есть такой же результат предпринимательской деятельности, как и прибыль. Однако в отличие от прибыли убытки являются отрицательным результатом.

вин у предпринимателя качеств, знаний и (или) квалификации, необходимых для осуществления предпринимательской деятельности.

С признаком систематического получения прибыли тесно связан **признак профессионального осуществления предпринимательской деятельности (признак профессионализма)**. Этот признак, по аналогии с признаком самостоятельной имущественной ответственности предпринимателя, является элементом (частью) признака систематического извлечения прибыли, неразрывно связанным с другими сущностными признаками предпринимательской деятельности. Его наличие презюмируется для любой деятельности, удовлетворяющей легальным (содержательным) признакам предпринимательской деятельности⁷⁷. Такой признак упоминается в законодательстве ряда стран, например, Франции⁷⁸, США⁷⁹. Намерение вести торговлю как промысел также выделялся и российскими дореволюционными юристами в качестве признака, присущего любому предпринимателю (купцу). Причем под промыслом понималась деятельность, направленная на получение выгоды (к примеру, от торговли) посредством постоянного занятия либо действия, имеющие своим намерением получение прибыли (наем лавки, приказчиков, взятие промыслового свидетельства и т. п.)⁸⁰.

В современной отечественной юридической литературе понятие профессиональной деятельности (применительно к профессиональной деятельности юриста) было введено в понятийный научный аппарат А. Э. Жалинским, который в качестве признаков профессионализма деятельности выделял следующие: осуществление деятельности по принятым методикам; соблюдение требований к ее процессу и результатам; возмездность деятельности; влияние субъекта на осуществляемую им работу⁸¹. В последствие понятие профессионализма являлось предметом научного анализа других авторов. Например, по утверждению О. М. Олейник профессионализм предпринимателя состоит в:

⁷⁷ См., например: абз. 2 п. 1 ст. 901 ГК РФ, признак профессионализма также презюмируется для любого вида деятельности, требующего лицензирования.

⁷⁸ См., например: Жалин К., Лакур Л. Торговое право: Учебное пособие / Под общ. ред. К. Лобри. М., 1993. С. 26.

⁷⁹ В ст. 2-104 ЕТК США содержится следующее определение коммерсанта: «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» (цитата по кн.: Гражданское, торговое и семейное право капиталистических стран: Сб. нормативных актов: гражданские и торговые кодексы / Под ред. В. К. Пучинского, М. И. Кулагина. М., 1986. С. 284.).

⁸⁰ См.: Шершеневич Г. Ф. Учебник торгового права (по изд. 1914 г.). М., 1994. С. 61.

⁸¹ См.: Жалинский А. Э. Профессиональная деятельность юриста. Введение в специальность. Учебное пособие. М., 1997. С. 36.

- осуществлении этой деятельности людьми, имеющими определенную квалификацию или информацию, необходимую для принятия и реализации решений. В качестве подтверждения профессионализма действующее законодательство в одних случаях признает ранее полученное образование (например, юридическое, медицинское, экономическое), в других требует аттестации предпринимателя (например, необходимая сдача экзаменов для аудиторов, арбитражных управляющих), а в третьих случаях лишь предполагает наличие у предпринимателя определенной информации, позволяющей ему принять то или иное решение;

- осуществлении предпринимательской деятельности по определенным правилам и методикам, которые в большинстве случаев имеют нормативное закрепление в виде правил оказания услуг, проведения работ либо обычаев делового оборота;

- соответствии результатов деятельности определенным требованиям, которые носят нормативный характер (например, требования сертификации и стандартизации товаров, работ и услуг, требования выполнения правил, касающихся финансовых результатов предпринимательской деятельности: уплата налога, иных обязательных платежей, ведение бухгалтерской отчетности и др.);

- подконтрольности деятельности государственным органам, уполномоченным выполнять общественно необходимые функции в интересах потребителей, лиц, занятых в процессе производства, самих предпринимателей, общества в целом;

- наличии государственных гарантий деятельности⁸².

С таким суждением в целом следует согласиться, однако некоторые вопросы соотношения указанных признаков требуют своего уточнения. Представляется, что, с точки зрения правового нормирования, отличающегося строгой формальной определенностью, предложенные признаки довольно широко определяют профессионализм, в известной степени можно говорить о необходимости их ограничения. Действительно, с общеправовых позиций любой вид человеческой деятельности, будь то познавательная, ценностно-ориентационная, коммуникативная или собственно преобразовательная деятельность (разновидностью которой следует считать профессиональную деятельность), должны осуществляться по специальным правилам, соответствовать определенным требованиям, для их полноценного осуществления необходимы соответствующие гарантии. Но то же самое можно сказать о любой правовой форме. Безусловно, что система гарантий, правил и требований для каждого конкретного вида человеческой активности будет различна по содержанию и форме установления. По-видимому, без них, также нельзя представить правоотношение как

⁸² См.: Предпринимательское (хозяйственное) право. Учебник... Т. 1. С. 20-21.

правовую форму деятельности, однако они не включаются в его содержание в качестве самостоятельных элементов, в известной степени выражаясь в субъективных правах и обязанностях.

Поэтому представляется необходимым разграничить *существенные* (конституирующие), *производные* и *случайные* признаки профессионализма как вида преобразовательной деятельности человека. Существенными, на наш взгляд, являются существование *нормативных условий и требований* к процессу и результатам деятельности (в том числе – наличие квалификации или информации у субъекта деятельности, необходимой для принятия решений) и *возмездность*. Подконтрольность государственным органам следует рассматривать в качестве производного (вторичного) признака. Все остальные признаки – соблюдение правил и методик и существование гарантий – случайны.

Учитывая особенности предпринимательства, можно выделить следующие его признаки как профессиональной деятельности:

1. деятельность направлена на постоянное получение прибыли (деятельность носит возмездный характер) либо действия лица (лиц) явно выражают намерение получить прибыль в будущем;
2. такая деятельность должна быть основной для предпринимателя, что определяется по времени, затрачиваемому на ее осуществление либо по удельному весу доходов, полученных от такой деятельности, в общем объеме доходов предпринимателя;
3. осуществление такой деятельности предполагает соблюдения специальных нормативных требований и условий;
4. деятельность ведется людьми, имеющими определенную квалификацию или информацию, необходимую для принятия и реализации решений (условие, касающееся обладания информацией является презумпцией).

Заметим, что действия лица, прямо указывающие на его желание вести деятельность на профессиональной основе, в виде промысла, должны расцениваться в качестве предпринимательской деятельности. Так, в случае, когда в целях осуществления деятельности гражданином привлекаются работники (по трудовому договору или исходя из фактических трудовых отношений), следует вести речь именно о предпринимательской, а не какой-либо иной деятельности.

Из анализа определения предпринимательской деятельности, содержащегося в абз. 3 п. 1 ст. 2 ГК РФ следует вывод, что помимо соответствия деятельности сущностным признакам необходимо, чтобы таковая была прямо названа предпринимательской. В частности, в указанной норме сказано, что прибыль должна быть получена от пользования имуществом, передачи товаров, выполнения работ, оказания услуг. В правовой доктрине

уже высказывались мнения о неудачности предпринятой в ГК РФ попытки законодательного определения области существования предпринимательской деятельности⁸³. Поэтому остановимся лишь на некоторых из вопросов, оставшихся вне сферы внимания исследователей. Одним из таких моментов является неопределенность понятия пользования имуществом в контексте признаков предпринимательства. Как известно, пользование, в качестве одного из правомочий права собственности, означает извлечение из имущества полезных свойств путем его производительного или личного потребления либо эксплуатации (причем как самим собственником, так и третьими лицами)⁸⁴. Думается, что потребление, и личное, и производительное, никоим образом не связано с получением прибыли. При эксплуатации имущества самим собственником уже можно вести речь о наличии у последнего выгоды. Но и в этом случае выгода будет носить ярко выраженный нематериальный характер, в силу чего она не может быть подведена под понятие прибыли, поскольку прибыль, выражаясь в денежном измерении, всегда является отражением материального, овеществленного результата деятельности. Значит, остается рассмотреть лишь случай эксплуатации имущества третьим лицом, которая становится возможным после передачи собственником указанного имущества во временное владение и (или) пользование третьего лица. Наиболее логичным будет предположить, что передаваться во временное владение и (или) пользование может лишь индивидуально определенное имущество, поскольку имущество, определенное родовыми признаками, будет передаваться уже не в пользование, а в собственность другому лицу⁸⁵. В качестве подтверждения сделанного нами вывода сошлемся на норму, содержащуюся в п. 1 ст. 807 ГК РФ. Возникает интересная ситуация, когда ростовщичество не может быть квалифицировано как предпринимательская деятельность⁸⁶. Смеем предполо-

⁸³ См.: *Зверева Е. А.* Указ. соч. С. 11; *Моисеев М.* Указ. соч. С. 74-76.

⁸⁴ Ю. К. Толстой считает, что эксплуатация имущества, проявляющаяся в его передаче в наем, является выражением правомочия распоряжения (см.: *Гражданское право. Том 1. Учебник. 4-е изд., перераб и доп. / Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. М., 2000. С. 338*). Однако мы придерживаемся иного понимания правомочия распоряжения, а именно – как основанной на нормах права возможности определять юридическую судьбу имущества путем изменения его принадлежности, состояния или назначения, см.: *Гражданское право. В 2-х т. Том 1: Учебник. 2-е изд., перераб и доп. / Под ред. Е. А. Суханова. М., 1998. С. 484.* (автор раздела – *Е. А. Суханов*). При этом мы признаем, что при передаче собственником имущества во временное владение и (или) пользование имеет место наличие определенных элементов правомочия распоряжения. Если все же придерживаться позиций, на которых стоит Ю. К. Толстой, то в таком случае вообще не имеет смысла вести речь о каком бы то ни было получении прибыли от пользования имуществом.

⁸⁵ О собственности здесь можно говорить с достаточной долей условности. Подробнее о возможности использования вещных элементов в обязательственных правоотношениях см.: *Брагинский М. И., Витрянский В. В.* Договорное право: Общие положения. М., 1997. С. 220-238. (автор раздела – *М. И. Брагинский*).

⁸⁶ Иного мнения придерживается М. Моисеев, который к случаям получения прибыли от пользования имуществом относит договоры займа, банковского вклада, банковского счета, перевозки, транспортной экспедиции, хранения, поручения, комиссии, доверительного управления имуществом, на выполнение

жить, что на практике в случае возникновения спора указанную деятельность обязательно постараются подвести под понятие деятельности, связанной с оказанием услуг, тем более что в науке (и, как следствие, в законодательстве) до сих пор не сложилось единого, четкого представления о правовой категории «услуга». В настоящее время в понятие последней вкладывается совершенно разное содержание – от самого широкого, когда им охватывается практически любая полезная деятельность, до предельно узкого, когда услуги сводятся лишь к предмету договора возмездного оказания услуг. На наш взгляд, наиболее оптимальным является определение, предложенное А. П. Сергеевым, согласно которому услуги представляют собой действия субъектов гражданского оборота, которые либо вообще не завершаются каким-либо определенным результатом, а заключают полезный эффект в самих себе, либо имеют такой результат, который не воплощается в овеществленной форме⁸⁷. Следовательно деятельность кредиторов по договорам займа (займодавцев, вкладчиков) не может быть охарактеризована как «оказание услуг», следствием чего является невозможность признания указанной деятельности в качестве предпринимательской.

Мы уже приводили примеры законодательного декларирования некоммерческого характера некоторых видов деятельности, удовлетворяющих всем сущностным признакам деятельности предпринимательской. К примеру, в ст. 45-46 Закона РФ «Об образовании» говорится о том, что платная образовательная деятельность образовательного учреждения не рассматривается в качестве предпринимательской, «если получаемый от нее доход идет на возмещение затрат на обеспечение образовательного процесса (в том числе и на заработную плату), его развитие и совершенствование в данном образовательном учреждении». Такую практику следует признать не менее порочной, чем практика прямого признания каких-либо видов деятельности предпринимательскими, поскольку и та, и другая входят в явное противоречие с Конституцией РФ (ст. 19). Кроме того, в большинстве указанных случаев государство может достигнуть необходимый ему эффект иными, конституционными способами. К примеру, в приведенном выше случае, исходя из комплексного анализа ст. 45-46 Закона РФ об образовании в свете п. 3 ст. 40 данного закона, можно прийти к выводу, что таким незамысловатым способом государство пытается предоставить образовательным учреждениям налоговую льготу в форме освобождения их от уплаты всех налогов. По нашему мнению, наиболее верным было бы представление указанной льготы в тексте НК РФ, что кроме всего прочего

научно-исследовательских, опытно-конструкторских и технологических работ, подряда (см.: *Моисеев М.* Указ. соч. С. 74-75). Если по поводу первых двух договоров мы уже фактически высказали свое мнение выше, то в отношении оставшихся заметим, что они представляют собой примеры получения прибыли от выполнения работ и оказания услуг, но никак не от пользования имуществом.

⁸⁷ См.: Гражданское право. Том I... / Под ред. А. П. Сергеева. Ю. К. Толстого... С. 239.

устранило бы существующие в настоящее время в правоприменительной практике коллизии⁸⁸.

В силу цивилистической природы предпринимательства является очевидным, что публично-правовая деятельность, направленная на систематическое получение прибыли, не может быть квалифицирована как предпринимательская. Например, нотариальная деятельность не относится к предпринимательству не столько в силу прямого указания норм закона, согласно которым она «не преследует цели извлечения прибыли»⁸⁹, сколько по причине особенностей правовой природы нотариата, конституирующим признаком которой следует считать выполнение правоохранительной функции⁹⁰.

Предпринимательская деятельность как легальная деятельность. Признак легитимности означает, что деятельность осуществляется с соблюдением всех предъявляемых к ней требований. Полагаем, что легитимация предпринимательской деятельности как форма государственного регулирования – есть государственное признание законности права на ее осуществление⁹¹. Действующее законодательство знает несколько форм легитимации: регистрация, лицензирование, аккредитация, аттестация, сертификация, квотирование и др. Однако теоретическое осмысление данного правового феномена и систематизация его отдельных форм выходит за рамки настоящей работы. Сделаем лишь ряд общих замечаний, касающихся только регистрации и лицензирования, чаще всего применяемых в процессе легитимации предпринимательской деятельности.

Правоотношения, возникающие при легитимации, являются публично-правовыми, поскольку имеет место реализация специальными государ-

⁸⁸ Подробнее об этих коллизиях см.: Налоговое право: Учебное пособие / Под ред. С. Г. Пепеляева. М., 2000. С. 226-229.

⁸⁹ См.: ст. 1 Основ законодательства РФ о нотариате: Утв. Верховным Советом РФ 11 февраля 1993 г. № 4462-1 // Российская газета. 1993. 13 марта.

⁹⁰ См.: Комментарий к Основам законодательства Российской Федерации о нотариате / Под ред. В. Н. Аргунова. М., 1996. С. 5-8 (автор соответствующего комментария – В. Н. Аргунов). Тех же правовых позиций придерживается КС РФ. См.: Постановление КС РФ от 19 мая 1998 года № 15-П «По делу о проверке конституционности отдельных положений статей 2, 12, 17, 24 и 34 Основ законодательства Российской Федерации о нотариате» // Сборник постановлений Конституционного Суда Российской Федерации (Гражданское и налоговое право) / Сост. С. Г. Ласточкина, Н. Н. Хохлова. М., 2000. С. 18-19.

⁹¹ Обоснованность толкования легитимации как «государственное подтверждение законности вхождения субъектов в хозяйственный оборот» (см.: Попова Ж. А. Указ. соч. С. 46) представляется весьма спорной. Это связано с тем, что понятие легитимации охватывает не только начальный момент осуществления предпринимательской деятельности, ибо в любой последующий период реализации соответствующего конкретного субъективного права дополнительно может возникнуть необходимость в подтверждении законности его осуществления. Ограничительное определение рассматриваемого явления приводит к выделению только двух его форм (регистрация и лицензирование), тогда как действующее законодательство позволяет выделить и некоторые другие. Отметим также, что легальное определение предпринимательской деятельности указывает только на одну из форм легитимации – регистрацию, распространяющуюся на всех хозяйствующих субъектов. Между тем в случаях предусмотренных законодательством могут применяться и дополнительные (специальные) формы легитимации, что допускается ГК РФ (абз. 3 п. 1 ст. 49).

ственными органами юридически властных полномочий исполнительного характера в сфере государственного регулирования экономики⁹².

Государственная регистрация является одним из легальных критериев предпринимательской деятельности. В литературе принято относить данный признак к числу специфических (видовых) характеристик предпринимательства, указывая при этом на его формальный (внешний) характер⁹³. Трудно согласиться с такой точкой зрения в силу следующих обстоятельств. Из содержания п. 4 ст. 23 ГК РФ следует, что деятельность может быть квалифицирована как предпринимательская при отсутствии соответствующей регистрации. И, наоборот, при известных условиях сделка, совершенная предпринимателем, прошедшим соответствующую регистрацию, может не иметь коммерческого характера. Следовательно, с позиций формальной логики недопустимо рассматривать признак государственной регистрации в качестве видового. Не является он и родовым, поскольку не всякая свободная (частная) деятельность требует регистрации, и даже, если бы речь шла о профессиональной (в виде промысла) деятельности, говорить о родовом характере данного признака также было бы некорректно по следующей причине. Содержанием государственной регистрации является требование, предъявляемое к предпринимательству, со стороны законодателя, что в терминах логики должно составлять *номинальное* определение, тогда как другие легальные признаки решают качественно иную задачу описания сущности, специфики рассматриваемого феномена, что в совокупности представляет собой *реальное* определение. Полагаем, что такого рода «смешение» является нецелесообразным⁹⁴.

Как уже отмечалось, государственная регистрация и лицензирование предпринимателей по своей юридической природе являются *юридическими фактами*, с которыми законодатель связывает легитимность их функ-

⁹² Данный вывод признается представителями как административного права, так и цивилистами, см.: *Алехин А. П., Кармолицкий А. А., Козлов Ю. М.* Административное право Российской Федерации: Учебник. М., 1996. С. 57, 391, 402-405. (авторы глав – *Козлов Ю. М., Алехин А. П., Тихомиров Ю. А.* Публично-правовое регулирование: динамика сфер и методов // Журнал российского права. 2001. № 5. С. 7, 10-11; *Алексеев С. С.* Частное право: Научно-публицистический очерк. М., 1999. С. 50; *Коммерческое право: Учебник...* СПб., 1998. [Часть I]. С. 66-67. (автор раздела – *В. Ф. Попондопуло*). Иное суждение было высказано А. А. Ивановым, который полагает неверным отнесение норм о регистрации юридических лиц к административному праву. Согласно позиции ученого, к указанным отношениям следует применять принципы частного права, не основанного на власти и подчинении (см.: *Телюкина М. В.* Конференция о проблемах преподавания гражданского права // Юридический мир. 1999. № 5-6. С. 14).

⁹³ См.: *Коммерческое право: Учебник...* СПб., 1998. [Часть I]. С. 5. (автор раздела – *В. Ф. Попондопуло*).

⁹⁴ На формальный характер данного признака уже указывалось в литературе, см.: *Зверева Е. А.* Указ. соч. С. 13. На этом основании был сделан еще более категоричный вывод. Так, по мнению А. Курбатова, включение требования о государственной регистрации в легальное определение предпринимательства «является принципиальной ошибкой законодателя», см.: *Курбатов А.* Обеспечение баланса частных и публичных интересов – основная задача права на современном этапе // Хозяйство и право. 2001. № 6. С. 95. Однако в логике принято считать, что «о номинальных определениях не спорят», указывая при необходимости лишь на нецелесообразность или неэффективность их использования, см.: *Войшвилло Е. К., Дестярев М. Г.* Логика: Учебник для вузов. М., 1998. С. 253-254.

ционирования как субъектов предпринимательской деятельности, а при известных обстоятельствах – и некоторые иные правовые последствия. К примеру, государственная регистрация юридических лиц является основанием возникновения их правосубъектности (абз. 1 п. 3 ст. 49, п. 2 ст. 51 ГК РФ).

В литературе имеет место позиция, согласно которой при получении лицензии возникает *специальная* предпринимательская правоспособность⁹⁵. Думается, что с таким суждением следует согласиться лишь отчасти. По общему правилу лицензирование отдельных видов деятельности не оказывает никакого влияния на объем правоспособности лицензиата, ибо абстрактный характер последней означает возможность иметь любое право или обязанность из предусмотренных или допускаемых законом (универсальная правоспособность) или иметь лишь те права и обязанности, которые соответствуют целям деятельности, предусмотренным в учредительных документах организаций и не запрещенным законом (специальная правоспособность). Именно поэтому ее рассматривают как необходимую (заметим – не всегда достаточную) *общую предпосылку* возникновения конкретных субъективных прав и обязанностей⁹⁶, что вовсе не исключает существования предусмотренных законом специальных требований к возможным субъектам права для возникновения их конкретных прав и обязанностей. В данном случае в качестве такого специального требования как раз и выступает лицензирование.

Совершенно иная ситуация при лицензировании тех видов деятельности, которые имеют исключительный характер (банковская, страховая, аудиторская и некоторые другие). При таких условиях лицензирование следует рассматривать одним из способов возникновения специальной правоспособности таких организаций, наряду с указанием в законе цели их деятельности. Объем специальной правоспособности таких организаций будет определяться исходя не только из содержания соответствующей лицензии, но и лицензионных требований и условий, которые вкуче предопределяют и саму цель деятельности организации.

В юридической литературе имеется и другая точка зрения, обосновывающая введение в научный оборот так называемую «исключительную» правоспособность, которая возникает при лицензировании исключительных видов деятельности⁹⁷. Такой вывод нельзя считать бесспорным. Полагаем, что обогащение правовой науки новым термином целесообразно

⁹⁵ См.: Попова Ж. А. Указ. соч. С. 46.

⁹⁶ См.: Веберс Я. Р. Правосубъектность граждан в советском гражданском и семейном праве. Рига, 1976. С. 39-42.

⁹⁷ См.: Тосунян Г. А., Викулин А. Ю. Исключительная правоспособность банка // Хозяйство и право. 1999. № 5. С. 58-63; Тосунян Г. А., Викулин А. Ю., Экмация А. М. Банковское право Российской Федерации. Общая часть: Учебник / Под общ. ред. Б. Н. Топорнина. М., 1999. С. 99, 102-110.

лишь в том случае, если он не адекватен какому-либо другому явлению, а сама дифференциация понятий имеет вполне определенный практический смысл. В данном случае, на наш взгляд, эта методологическая предпосылка не всегда последовательно соблюдается.

Во-первых, из пяти отличительных признаков исключительной правоспособности, которые приводят авторы в обоснование ее самостоятельности, основным (конституирующим) является только первый (получение лицензии, изменяющая объем правоспособности организации), а все остальные признаки производны от него (различие в правовых последствиях, существование запретов, исключительность осуществления и цель установления).

Во-вторых, исключительная правоспособность вполне могла бы претендовать на статус самостоятельной категории, если бы отсутствовала возможность объяснения данного правового феномена в рамках устоявшихся в науке традиционных категорий, получивших, кстати, легальное закрепление. Думается, что учение о специальной правоспособности позволяет рассматривать лицензирование одним из способов ее установления без какого-либо противоречия требованиям научности или законодательству.

В-третьих, по правилам научной классификации существование трех разновидностей одного явления (общей, специальной, исключительной правоспособности) требует выделение единого классификационного критерия, который, вероятно, может быть найден только при объединении специальной и исключительной правоспособности (в виду их значительной однородности) обобщающей категорией (скажем «неуниверсальная» правоспособность). Все это вряд ли целесообразно, поскольку ведет к чрезмерной теоретизации, осложняет и без того сложные вопросы и обуславливает излишние споры и дискуссии.

В-четвертых, рассматриваемая концепция допускает возможность параллельного существования у одной и той же организации и общей, и специальной, и исключительной правоспособности *одновременно*, что, по сути, девальвирует абстрактный характер правоспособности и сводит ее к набору отдельных субъективных прав. При такой трактовке правоспособности выхолащивается ее суть и искажается реальная картина явления.

Между тем, как бы ни была неприемлема концепция «исключительной» правоспособности по своим конечным выводам, она не лишена известных положительных моментов, поскольку ориентирует на исследование способов установления специальной правоспособности, а также такого правового феномена как исключительный вид деятельности.

В литературе было предложено проводить различие между лицензиями в зависимости от правового режима (общего дозволения или общего

запрета), действующего в отношении лицензируемого вида деятельности. Это дало основания полагать, что в результате лицензирования хозяйственной деятельности в области действия локального запрета при общем дозволении легитимируется уже имеющаяся правоспособность, а в сфере общего запрета субъекты наделяются специальной правоспособностью. Логическим выводом предлагаемой концепции явилось введение в научный оборот интегрального понятия «смешанной» правоспособности, предполагающей одновременное наличие у юридического лица и общей, и специальной правоспособности (когда речь идет о лицензировании деятельности из сферы общего запрета)⁹⁸. С таким предложением трудно согласиться. Общеизвестно, что правоспособность возникает один раз и прекращается также только один раз. Момент возникновения правоспособности юридического лица приурочен к его государственной регистрации (п. 3 ст. 49, п. 2 ст. 51 ГК РФ). Никаких изменений не претерпевает правоспособность юридического лица при лицензировании хозяйственной деятельности (за исключением, как указывалось выше, исключительных видов деятельности). Легитимируется в данном случае не «имеющаяся правоспособность», а субъективное право предпринимателя на осуществление лицензируемого вида деятельности⁹⁹.

Кроме того, неправильно, на наш взгляд, ограничивать объем общей правоспособности только сферой общего дозволения, на чем строится система аргументации В. В. Кудашкина. Данное предположение может привести к ложному представлению, будто правоспособность не является максимально полной, суммарно выраженной возможностью правообладания. При этом указание закона о том, что объем общей правоспособности имеет свои пределы еще ничего не опровергает. Лицензируемые виды деятельности не могут относиться к запрещенным в смысле абз. 2 п. 1 ст. 49 ГК РФ. Следовательно, объем общей правоспособности не исчерпывается сферой общего дозволения, а распространяется и на локальные дозволения из сферы общего запрета. Иной подход не позволяет раскрыть сущность правоспособности как самостоятельной правовой категории.

Модифицированным вариантом теории «исключительной» и «смешанной» правоспособности является концепция так называемой «расши-

⁹⁸ См.: Кудашкин В. В. Экспорт продукции военного назначения. Правовое регулирование. М., 2000. С. 83-88, 198-211; *Он же*. Отказ лица от действий, разрешенных лицензией, как право реализации правоспособности и субъективного права // Государство и право. 1999. № 11. С. 22-24; *Он же*. Специальная правоспособность субъектов гражданского права в сфере действия общего запрета // Государство и право. 1999. № 5. С. 48-49, 52.

⁹⁹ В советской юридической науке вопрос о правовой природе явления, занимающего как бы промежуточное положение между правоспособностью и субъективным правом, являлся дискуссионным, см.: Иоффе О. С. Развитие цивилистической мысли в СССР. Часть I // Иоффе О. С. Избранные труды по гражданскому праву: Из истории цивилистической мысли. Гражданское правоотношение. Критика теории «хозяйственного права». М., 2000. С. 289-290. (Сер. «Классика российской цивилистики»).

ренной правоспособности», согласно которой лицензирование деятельности субъектов гражданского права непосредственно связано с изменением объема дееспособности организации, не оказывая влияния на имеющийся у них объем правоспособности¹⁰⁰. Однако неприемлемость такого взгляда очевидна уже потому, что в момент образования юридического лица его право- и дееспособность возникают одновременно, при этом их характер не может быть разнородным, ибо «дееспособность – в области гражданского права – вторичное явление»¹⁰¹. Общая правоспособность предполагает «общую» дееспособность, специальная – специальную. Поэтому получение лицензии организацией, обладающей общей правоспособностью, не может расширить содержание общей дееспособности (расширить то, что уже в себе содержит), но получение лицензий организациями, обладающими специальной правоспособностью, может изменить объем их специальной право- и дееспособности одновременно¹⁰². В науке широко признанным является то, что единство правоспособности и дееспособности составляет содержание правосубъектности. Если дееспособность уже правоспособности, то она должна быть восполнена действиями законных представителей, что до момента лицензирования не предусматривается. Косвенно подтверждает обоснованность рекомендуемой позиции тот факт, что лицензированию подлежат также и некоторые сферы деятельности граждан, однако никто в литературе не считает, что пределы общей дееспособности физических лиц ограничены сферой нелицензируемых видов деятельности, справедливо признавая возникновение их *полной* дееспособности только при достижении совершеннолетия, при вступлении в брак до 18 лет или при эмансипации.

Признак легитимности предпринимательства состоит из трех компонентов. Прежде всего, предпринимательская деятельность должна быть легальной, т. е. она не должна нарушать требования, содержащиеся в правовых нормах. Затем, предпринимательская деятельность должна быть зарегистрирована в установленном законом порядке. И, наконец, в определенных случаях деятельность должна осуществляться на основании специального разрешения, получаемого в форме лицензии, аккредитации и т.п.

Признак легальности предпринимательской деятельности (соблюдения требований закона) является общим признаком для любого вида общественной деятельности. Он означает, что любые сделки, противоречащие основам правопорядка и нравственности, признаются ничтожными (ст. 169

¹⁰⁰ См.: *Емелин А. В.* Проблемы классификации видов правоспособности и дееспособности юридических лиц в российском гражданском праве // Юрист. 2000. № 3. С. 13-14.

¹⁰¹ См.: *Субъекты гражданского права* / Под ред. С. Н. Братуся. М., 1984. С. 14. (автор раздела – С. Н. Братусь).

¹⁰² Признание вторичного (производного) характера дееспособности по отношению к правоспособности вовсе не исключает, а, наоборот, допускает возможность при известных условиях ограничения дееспособности, не оказывая влияния на правоспособность.

ГК РФ). Ничтожными признаются также сделки, не соответствующие закону или иным правовым актам, если законом прямо не предусмотрена оспоримость таких сделок (ст. 168 ГК РФ). Ничтожность (абсолютная недействительность) же, как известно, означает, что все действия (совершенные в виде сделки) не порождают для ее участников правовые последствия в силу своего несоответствия закону. Другими словами, все действия, противоречащие основам правопорядка и нравственности и, в большинстве случаев, правовым актам, с точки зрения не существуют и, следовательно, не могут порождать никаких правовых последствий ни для участников этих действий, ни, тем более, для третьих лиц. Например, не может считаться предпринимательской деятельность по купле-продаже объектов, изъятых из хозяйственного оборота или деятельность «домов терпимости», которая расцвела в последнее время во всех регионах России. Как правило, все переданное или предназначенное к передаче в результате такой деятельности (по этим сделкам) обращается в доход государства.

Признак регистрации предпринимательской деятельности, также как и принцип лицензирования отдельных ее видов являются частным случаем признака легальности. Однако в отличие от указанного признака все сделки, совершенные лицом, незарегистрированным в качестве индивидуального предпринимателя, а также группой лиц, незарегистрированной в качестве юридического лица, осуществляющей свою деятельность от имени несуществующего юридического лица, будут по своему характеру оспоримыми (относительно действительными). Оспоримость, как известно, означает, что все действия (совершенные в виде сделки) признаются недействительными в судебном порядке по иску уполномоченных лиц при наличии предусмотренных законом оснований. Другими словами, оспоримая сделка (деятельность), не будучи оспоренной, порождает такие же правовые последствия, что и действительная. Поэтому любая предпринимательская деятельность, осуществляемая без государственной регистрации (фактическая предпринимательская деятельность), хотя и является незаконной, сама по себе не является основанием для расторжения всех сделок, заключенных предпринимателем (п. 4 ст. 23 ГК РФ). Как правило, правовым последствием такой деятельности является односторонняя реституция. В случае, когда односторонняя реституция приведет к нарушению прав добросовестной стороны, на наш взгляд, целесообразно применять лишь санкции к недобросовестной стороне (в нашем случае – к лицу (лицам), осуществляющему предпринимательскую деятельность без государственной регистрации) в виде обращения взыскания всего полученного ей в результате незаконной деятельности. Если же вторая сторона знала или должна была знать о том, что ее контрагент осуществляет свою деятельность без регистрации, она также будет считаться недобросовестной и, соответственно, к

ней будут применяться все вышеперечисленные санкции, т. е. правовым последствием всех сделок, совершенных недобросовестными лицами, будет недопущение реституции. Нами уже упоминался тот факт, что в предпринимательском праве существует презумпция признания деятельности предпринимателя, зарегистрированной надлежащим образом, в качестве предпринимательской. При этом, конечно, предприниматель вправе опровергнуть ее, предъявив суду или иным государственным органам соответствующие доказательства. Как справедливо указывается в литературе, вывод о существовании такой презумпции основан на том основании, что «отношения между предпринимателями или с их участием специально выделяются в структуре предмета гражданского права (п. 1 ст. 2 ГК РФ)»¹⁰³.

В силу того, что определение предпринимательской деятельности будет еще длительное время вызывать сложности в практике правоприменения, по нашему убеждению, в отношении граждан следовало бы легализовать (признать законными) фактические предпринимательские отношения, пусть не все, а их часть. Для примера, можно было бы законодательно закрепить, что в случае, когда ежемесячный размер прибыли (в совокупности с иными видами доходов) гражданина явно не превышает и не может превышать прожиточного минимума в данном регионе (потребительской корзины, среднего уровня заработной платы и т.п.) деятельность не должна подлежать государственной регистрации. При этом факт получения незначительного по сумме дохода должен был бы доказывать сам гражданин. В этих условиях отсутствие регистрации не нарушает интересов государства, поскольку обязанность платить налог с полученного дохода существует в отношении всех граждан, а не только индивидуальных предпринимателей. Напротив, легализация указанных фактических предпринимательских отношений может привести к уменьшению случаев сокрытия полученного дохода. Благодаря этому исчезнет, в частности, какая бы то ни было необ-

¹⁰³ См.: Коммерческое право: Учебник... СПб., 1998. [Часть 1]. С. 48-49 (автор раздела – В. Ф. Попондопуло). Симптоматично, что действие такой презумпции имеет давнюю историю. Еще до революции в результате анализа российского и зарубежного торгового законодательства российские цивилисты указывали на существование двух критериев торговых сделок – объективного (абсолютного) и субъективного (относительного). Содержание первого заключается в том, что торговыми признавались те сделки, которым закон придавал соответствующий характер даже тогда, когда они совершались единично, лицами, вообще не занимающимися торговлей. Суть второго – торговый характер сделки признавался за действиями лиц, которые занимались торговлей как промыслом. При этом второй критерий объединял действия двоякого рода: (1) те, которые закон признавал торговыми лишь под условием, что данное лицо совершает их как сделки своего промысла; (2) те, которые являются торговыми по предположению их связи с торговлей и могут быть опровергнуты доказательством противного (см.: Цитович П. П. Учебник торгового права. Выпуск первый. Киев: СПб., 1891. С. 40-53; Шершеневич Г. Ф. Курс торгового права. Том I. Введение. Торговые деятели. 4-е изд. СПб., 1908. С. 82-113; Он же. Учебник торгового права. По изд. 1914 г. М., 1994. С. 47-60). Современное законодательство зарубежных стран сохраняет действие такой презумпции (см.: Гражданское и торговое право капиталистических стран: Учебник. 3-е изд., перераб. и доп. / Отв. ред. Е. А. Васильев. М., 1993. С. 106-107 (автор главы – В. В. Зайцева).

ходимость «закрывать глаза» на «предпринимательский» характер отношений, связанных с реализацией гражданами (особенно пенсионного возраста) продукции собственного производства и (или) переработки¹⁰⁴.

Рассматривая третий признак легальности предпринимательской деятельности – лицензирование, следует подчеркнуть, что правовые последствия деятельности без лицензии будут более суровыми для предпринимателя, чем последствия деятельности без государственной регистрации. То есть все сделки, совершенные предпринимателем в результате деятельности без специального разрешения (лицензии), в случаях, когда такое разрешение (лицензия) обязательно или с нарушением условий лицензирования будут абсолютно недействительными (ничтожными). Вызвано это тем, что в отечественном законодательстве о лицензировании содержится презумпция, согласно которой все подлежащие лицензированию виды деятельности признаются разновидностью деятельности предпринимательской¹⁰⁵.

Что касается других признаков предпринимательской деятельности, предлагаемых различными авторами, то нужно указать на нецелесообразность их выделения. Чрезмерное количество признаков приведет к сложности определения предпринимательской деятельности в правоприменительной практике и может, к примеру, создать «лазейки» для «законного» уклонения от уплаты налогов и иным правонарушениям.

Приведем в качестве примера выделяемый большинством экономистов и некоторыми юристами **признак инновационности предпринимательской деятельности**¹⁰⁶. Появление этого признака связывают с именем Й. Шумпетера, который отличительной чертой предпринимателя считал осуществление новых функций: изготовление нового блага, усовершенствование существующих благ, внедрение новых технологий, освоение нового рынка сбыта и новых источников сырья, изменение структуры сферы деятельности. Функциональная роль предпринимателя, по его мнению, заключается в получении чего-то иного, нового, отличного от предыдущего¹⁰⁷. Если выделять данный признак в качестве самостоятельного признака предпринимательской деятельности, то на практике это приведет к тому, что деятельность субъектов, предположим, в форме торговли продовольственными товарами (например, хлебом, молоком, сметаной, творо-

¹⁰⁴ В данном случае точнее было бы сказать: «отношения, подпадающие под легальные признаки предпринимательской деятельности».

¹⁰⁵ См. ст. 2, п. 1 ст. 7 Федерального закона РФ от 25 сентября 1998 г. № 158-ФЗ «О лицензировании отдельных видов деятельности» (ред. 29.12.2000.) // СЗ РФ. 1998. № 39. Ст. 4857; СЗ РФ. 2001. № 33 (часть I). Ст. 3430. См. также: ст. 2 Федерального закона РФ от 8 августа 2001 г. № 128-ФЗ «О лицензировании отдельных видов деятельности» // Российская газета. 2001. 10 авг.

¹⁰⁶ См.: *Кашанина Т. В.* Корпоративное право... С. 76; *Плиев Э. Г.* Указ. соч. С. 6; *Предпринимательское (хозяйственное) право. Учебник...* Т. 1. С. 17 (автор раздела – *О. М. Олейник*).

¹⁰⁷ См.: *Шумпетер Й.* Теория экономического развития. М., 1982. С. 159.

гом, мясом) или в форме открытия ресторана, бара, кафе, не связанная с выпуском и последующей реализацией новых, доселе неизвестных потребителю товаров (либо товаров с новыми, неизвестными до этого качествами, свойствами) или с новыми, усовершенствованными формами обслуживания потребителей, не будет считаться предпринимательской¹⁰⁸. Следовательно, такие субъекты, как, например, ОАО «Иркутский мясокомбинат», не будут предпринимателями, а значит, они будут вправе претендовать на получение соответствующих налоговых льгот.

Другой причиной, не позволяющей выделить инновационный признак предпринимательской деятельности в качестве правового, является тот факт, что среди самих экономистов ведутся споры о наличии новаторства, инноваций в предпринимательской деятельности. Так, противники инновационного подхода приводят следующий довод. «Согласно данным доклада Комиссии по конкурентоспособности Конгресса США за 1992 год, рыночные отношения «не способствуют инновационной деятельности». Все основные научно-технические достижения США последних 30-40 лет авторы доклада сводят к двум группам. В первую входят достижения, связанные с военной промышленностью, которые были достигнуты в рамках государственного сектора экономики. Если к военным программам были подключены частные компании, и они достигали значительных успехов в опытно-конструкторской деятельности, то только потому, что именно государство создало для них совершенно тепличный режим «сверхблагоприятствования» и попросту заваливало деньгами, не считаясь с критерием «затраты – эффективность». Вторая группа научно-технических успехов связана, по мнению авторов доклада, со «случайным стечением очень благоприятных обстоятельств». К таким они относят успехи в микробиологической промышленности, где технологии из лаборатории в цех легко переносить. Авторы особо подчеркивают, что это скорее исключение из правил. Именно рыночная экономика и не позволила бы эффективно внедрять научные результаты, если бы инновационный процесс в микробиологии оказался бы хоть немного продолжительнее и многоэтапнее. Как, например, в американском станкостроении, где, по свидетельству авторов доклада, успехи США куда как скромнее»¹⁰⁹.

Другой, выделяемый некоторыми авторами, признак предпринимательской деятельности – это ее **конкурентность (признак конкуренции)**. Данная точка зрения основывается на том, что, с одной стороны, предпринимательская деятельность осуществляется с целью получения прибыли, для достижения которой предприниматель стремится находить оптималь-

¹⁰⁸ К такому выводу приходит большинство современных экономистов (см., в частности: Друкер П. Ф. Рынок: как выйти в лидеры. Практика и принципы / Пер. с англ. А. Мкервалли. М., 1992. С. 31.

¹⁰⁹ См.: Козлов А. Рыночный миф // Предпринимательство. 1999. № 3. С. 20.

ные экономические решения с тем, чтобы производимые им товары (выполняемые работы, оказываемые услуги) пользовались спросом у потребителей. С другой стороны, поскольку в условиях рынка к достижению указанной цели стремится каждый предприниматель, большую прибыль из них получит тот, кто сделает свой товар конкурентоспособным. В этом смысле конкуренция, осуществляемая на добросовестных началах, позитивных обычаях делового оборота (добросовестная конкуренция) выступает необходимым условием предпринимательской деятельности¹¹⁰. Однако отсутствие конкуренции еще не означает непредпринимательский (некоммерческий) характер осуществляемой деятельности. Например, если в сельской местности находится один предприниматель (монополист), занимающийся торговлей продуктов питания и промышленных товаров, это еще не говорит о незаконности его деятельности, а тем более об ее непредпринимательском характере. Сказанное в полной мере справедливо и по отношению к естественным монополиям. Государство не запрещает таким лицам получать прибыль, оно лишь контролирует их деятельность с целью предотвращения шиканы (злоупотребления правом) со стороны предпринимателей-монополистов. В случае же, когда предприниматель получает прибыль, используя средства недобросовестной конкуренции, с его стороны будет уже нарушение общего принципа легальности предпринимательской деятельности, что повлечет за собой соответствующие, неблагоприятные для него последствия¹¹¹.

§ 2. Предпринимательская деятельность и смежные с ней категории

Важное научное и практическое значение имеет определение места предпринимательской деятельности в системе юридических категорий, что предполагает необходимость отграничить ее от смежных правовых феноменов, прежде всего, таких видов активности как: экономическая, хозяйственная, коммерческая, торговая деятельность. Думается, что как правовое явление предпринимательская деятельность органически и функционально связана с данными правовыми явлениями. По-своему выражаясь в них, она тем не менее не теряет своей специфики. Названные понятия отнюдь не равнозначны и не тождественны по объему, кругу лиц и операций, составляющих их содержание, что не всегда учитывается в литературе¹¹². Поэтому

¹¹⁰ См.: *Плиев Э. Г.* Указ. соч. С. 7-12.

¹¹¹ Мнение о том, что предпринимательская деятельность может осуществляться и при отсутствии состязательности (конкуренции) также было высказано К. Ю. Тотьевым, см.: *Тотьев К. Ю.* Конкурентное право (правовое регулирование, конкуренция). Учебник. М., 2000. С. 23.

¹¹² Так, в частности, не разграничивают понятия «предпринимательской», «коммерческой» и «торговой» (в широком смысле слова) деятельности представители кафедры коммерческого права СПбГУ, см.: *Коммерческое право: Учебник...* СПб., 1998. [Часть 1].

му методологически более правильным является суждение о том, что смешивать эти понятия также неверно, как и рассматривать их изолированно вне связи друг с другом.

Думается, что раскрытие существа того или иного правового явления предполагает в качестве отправной методологической посылки признание того факта, что данное явление не может быть понято вне анализа общественных отношениях, лежащих в его основе. Отметим, что понятия «деятельность» и «общественные отношения», по нашему мнению, соотносятся между собой как содержание и форма. Наличие человеческой деятельности – имманентная черта любых общественных отношений, основной критерий, отличающий общественные отношения от других связей в обществе¹¹³. Таким образом, правоотношение – суть юридическая форма общественных отношений (деятельности).

Учитывая сказанное, исследование какой-либо деятельности как правовой категории должно предполагать: (1) выявление специфических особенностей активности как социально-экономического феномена (социальное содержание); (2) анализ правовой формы, содержанием которой является эта деятельность (юридическое содержание). Этот же подход должен учитываться и при разграничении предпринимательской деятельности с другими близкими понятиями.

Предпринимательская и экономическая деятельность. Конституция Российской Федерации определяет юридические возможности человека в экономической сфере путем закрепления таких основных экономических прав и свобод, как то: право частной собственности, право наследования, свобода труда и иные трудовые права. Провозглашено также право на экономическую деятельность, предусматривающее свободное использование человеком своих способностей и имущества для предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности (ч. 1 ст. 34). Защита экономических прав предусматривается также международно-правовыми документами¹¹⁴. Таким образом, определение сущности экономической активности как научной категории представляет собой важную с точки зрения правоприменения задачу.

В российской юридической литературе экономическая деятельность традиционно трактуется с известных позиций формационной теории. Это легко можно установить, анализируя лишь дефиниции данного термина, предлагающиеся различными источниками.

«Экономическая деятельность – один из видов экономической активности человека, форма участия индивида в общественном про-

¹¹³ См.: Ткаченко Ю. Г. Методологические вопросы теории правоотношения. М., 1980. С. 80.

¹¹⁴ См.: Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах от 19 декабря 1966 г.: Ратифицирован Президиумом Верховного Совета СССР 18 сентября 1973 г. // Ведомости Верховного Совета СССР. 1976. № 17. Ст. 291.

изводстве и способ получения средств для обеспечения жизнедеятельности его самого и членов его семьи»¹¹⁵.

Экономическая деятельность существует в сфере, где «людьми создаются материальные и духовные блага для удовлетворения потребностей человека»¹¹⁶.

Тот же самый формационный подход является методологической основой определения экономических отношений, являющихся, как уже отмечалось, формой экономической деятельности. В период проведения второй кодификации советского гражданского законодательства (1956-1964) исследование данного феномена получило наибольшую остроту и актуальность. Это было связано с тем, что имущественные отношения признавались разновидностью экономических связей, при этом уяснение сущности и содержания первых давало возможность обоснования предметного единства гражданского права¹¹⁷.

Экономическими отношениями являются «общественные отношения, которые возникают в процессе производства, распределения, обмена и потребления материальных благ»¹¹⁸.

«Экономическое отношение представляет собой социальную связь по поводу владения, пользования или распоряжения материальными благами (средствами производства и предметами потребления)»¹¹⁹.

Экономические отношения связаны с теми видами деятельности, которые связаны с производством и распределением материальных благ¹²⁰.

Обобщая высказанные в литературе суждения, отметим следующие особенности экономической деятельности как социального и юридического феномена.

Во-первых, экономические отношения как форма указанной деятельности при самом общем приближении можно определить как отношения, возникающие в сфере общественного материального производства. Между тем представляется, что указание на сферу их функционирования может

¹¹⁵ См.: Предпринимательское (хозяйственное) право... Т. 1. С. 16 (автор главы – О. М. Олейник).

¹¹⁶ См.: Жилинский С. Э. Указ. соч. С. 46.

¹¹⁷ Подробнее о содержании имевшей место дискуссии и ее итогах см.: Иоффе О. С. Развитие цивилистической мысли в СССР (часть I) // Иоффе О. С. Избранные труды по гражданскому праву: Из истории цивилистической мысли. Гражданское правоотношение. Критика теории «хозяйственного права». М., 2000. С. 234-239. Обзор имеющихся суждений о сущности имущественных отношений как предмета гражданско-правового регулирования содержится в кн.: Ровный В. В. Проблемы единства ... С. 16-39.

¹¹⁸ См.: Егоров Н. Д. Гражданско-правовое регулирование экономических отношений: Учебное пособие. Л., 1986. С. 6.

¹¹⁹ См.: Советское гражданское право: Учебник. В 2-х томах. Т. 1 / Под ред. О. А. Красавчикова. 3-е изд., испр. и доп. М., 1985. С. 6. (автор главы – О. А. Красавчиков).

¹²⁰ См.: Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. М., 1998. С. 44. (Сер. «Классика российской цивилистики»).

рассматриваться только лишь как родовой критерий разнообразных в своей совокупности экономических отношений. Поэтому в доктрине принято различать *организационно-экономические* (иногда их еще называют «конкретными экономическими отношениями», «субъективной (волевой) стороной производственных отношений») и *социально-экономические* отношения. Первые из них возникают в процессе организации и осуществления общественного производства, основными стадиями которого являются собственно производство, распределение, обмен, потребление. Суть и основу вторых составляет процесс присвоения материальных благ или отношения собственности, которые рассматриваются всегда как определенное социальное единство (совокупность). Право, как известно, регулирует поведение людей, поэтому оно способно воздействовать только на те отношения, которые являются волевыми. Отношения первой группы формируются между конкретными лицами, которые ставят перед собой определенные цели и избирают те или иные средства их достижения, поэтому могут быть предметом правового регулирования. Однако отношения второй группы не зависят от воли людей, что проявляется по крайней мере в том, что они развиваются по объективным экономическим законам, отменить или изменить которые человек не может. Таким образом, право не в состоянии оказывать на них регулирующее воздействие¹²¹.

Во-вторых, экономическая деятельность граждан как социальное явление может быть охарактеризовано с позиций системного анализа. Представляется, что интегрирующим признаком такой системы выступает специфическая цель, детерминирующая удовлетворение потребностей жизнеобеспечения путем совершения преобразовательных действий, что в период развития товарно-денежных отношений выражается в стоимостном характере взаимоотношений участников этой деятельности. Исходя из этого можно сделать вывод, что *экономическая деятельность, юридической формой которой являются конкретные правоотношения – суть форма участия субъектов в общественном производстве, необходимой предпосылкой которой является самостоятельное владение, пользование и распоряжение материальными благами, и имеющая в качестве основной своей цели получение дохода или благ, носящих стоимостной характер и используемых для удовлетворения материальных потребностей.*

В литературе в зависимости от наличия признака профессионализма принято разделять экономическую деятельность на *активную* (хозяйствен-

¹²¹ В литературе имеются другого рода суждения. Так, например, указывается, что хотя человек не в состоянии изменить объективные законы, по которым развиваются производственные отношения, однако он может ускорить либо затормозить их развитие, оказывая определенное воздействие на их содержание, в том числе посредством правового регулирования. Другими словами, «нельзя изменить сущность производственных отношений, однако их содержание может изменяться под воздействием правовых норм». см.: *Есоров Н. Д.* Указ. соч. С. 4.

ную) деятельность (производство и реализация товаров, работ, услуг) и *пассивную* (передача имущества в аренду, доверительное управление, распоряжение собственным имуществом, в том числе путем внесения в уставные (складочные) капиталы организаций и т. п.)¹²². При этом предпринимательство в рамках данной классификации рассматривается как разновидность хозяйственной деятельности. Обоснованность такого положения представляется весьма спорной.

Во-первых, логика развертывания указанной концепции довольно уязвима по той причине, что при делении экономической деятельности на активную и пассивную не соблюдается единство классификационного критерия. Между тем системный анализ экономической деятельности предполагает обнаружение именно такого критерия, который бы позволил рассматривать вычленимые виды деятельности как необходимые и достаточные подсистемы целостной системы экономической деятельности как правового феномена. Критерий профессионализма, который используется при делении, не отличается необходимой для этих целей точностью, поскольку его содержание можно трактовать сколь угодно распространительно. Так, очевидно, что некоторые виды «пассивной» (непрофессиональной) деятельности (к примеру, передача гражданином недвижимого имущества в аренду) требует от лиц, ее осуществляющих, наличие определенной информации для принятия и реализации соответствующих решений, соблюдение определенных правил, а при определенных условиях такая деятельность должна осуществляться под контролем государства и уж во всяком случае требует государственных гарантий добровольности и законности ее осуществления.

Во-вторых, теория «активной» – «пассивной» экономической деятельности не свободна от противоречий. Так, передача имущества в аренду не может рассматриваться как правовая форма исключительно пассивной деятельности, хотя бы потому, что по договору проката арендодатель осуществляет сдачу имущества в аренду в качестве постоянной предпринимательской деятельности (п. 1 ст. 626 ГК РФ), что в терминах рассматриваемой концепции считается деятельностью активной.

В-третьих, считаем также методологически некорректным употребление понятия «деятельность» в контексте терминов «активный», «пассивный». Любая деятельность уже предполагает в качестве необходимого элемента *активность*, которая выражается в том или ином «способе овладения объекта субъектом или в установлении субъектом коммуникативного воздействия с другими»¹²³. Поэтому словосочетания «активная актив-

¹²² См.: Курбатов А. Обеспечение баланса частных и публичных интересов – основная задача права на современном этапе // Хозяйство и право. 2001. № 6. С. 95-96.

¹²³ Каган М. С. Указ. соч. С. 46.

ность» или «пассивная активность» не могут передавать суть рассматриваемого явления.

В-четвертых, думается, что деление экономической деятельности на активную и пассивную вряд ли целесообразно еще и потому, что оно носит сугубо догматический характер. Не имея под собой реального практического значения, такое деление ведет к чрезмерной теоретизации, осложняет и без того сложные вопросы и обуславливает излишние споры и дискуссии.

Полагаем, что деление экономической деятельности как правового понятия теоретически возможно и практически необходимо. Однако в качестве классификационного критерия можно использовать признак систематичности получения прибыли, о котором уже говорилось в § 1 настоящей главы. Таким образом, можно говорить о дихотомии экономической деятельности, выделяя предпринимательскую и непредпринимательскую активность, что основано на нормах действующего законодательства¹²⁴.

Предпринимательская и хозяйственная деятельность. В доктрине высказывались различные суждения по поводу содержания понятия «хозяйственная деятельность». Прежде все было принято считать, что производство и реализация (как правило, возмездная) продукции (работ, услуг) составляет сущность рассматриваемого феномена¹²⁵. Представителями советской школы хозяйственного права традиционно указывалось на неразрывную связь хозяйственной деятельности и хозяйственного руководства, которая находила свое юридическое выражение в «едином сложном хозяйственном правоотношении»¹²⁶. Характер взаимосвязи хозяйственной деятельности и хозяйственного руководства, вероятно, проявлялся в том, что содержание первого понятия включало второе. Представители цивилистической школы последовательно отстаивали принципиальную невозможность существования в таком виде хозяйственных отношений, полагая, что хозяйственная деятельность есть свободная экономическая деятельность,

¹²⁴ Отметим, что такой подход является традиционным в современной юридической литературе. см.: Предпринимательское право. курс лекций / Под ред. Н. И. Клейн... С. 13 (автор главы – Н. И. Клейн). Лаптев В. В. Предпринимательское право... С. 21; Мартымянов В. С. Хозяйственное право. Т. I... С. 1.

¹²⁵ Хозяйственное законодательство: Учебник / Под ред. Н. И. Клейн. М., 1990. С. 6 (автор главы – Н. И. Клейн).

¹²⁶ См.: Теоретические проблемы хозяйственного права / Под ред. В. В. Лаптева. М., 1975. С. 13; Лаптев В. В. Предпринимательское право... С. 5. Отметим, что взгляды и суждения представителей данной концепции претерпели определенную эволюцию. Первоначально указывалось на то, что при переходе к рыночной экономике ощутимо повышается роль хозяйственного права, которое становится правом предпринимательской деятельности. см.: Лаптев В. В. Хозяйственное право – право предпринимательской деятельности // Государство и право. 1993. № 1. С. 36-40. В последующем В. В. Лаптев расширил содержание хозяйственной деятельности за счет иной не имеющей предпринимательского характера деятельности. Симптоматично, что в экономической литературе также признается, что хозяйственная деятельность в условиях рыночной экономики на микроуровне характеризуется такими понятиями как предпринимательская деятельность и бизнес. см.: Общая экономическая теория (политэкономия): Учебник / Под общ. ред. В. И. Видяпина, Г. П. Журавлевой. М., 1995. С. 165 (автор главы – М. В. Савинова).

составляющая экономического базиса, тогда как хозяйственное руководство – суть управленческая активность, относящаяся к сфере надстройки¹²⁷.

В специальной юридической литературе современного периода хозяйственная деятельность признается разновидностью экономической. При этом разграничение между ними осуществляется с известных позиций экономической теории. Так, в частности указывается, что добавление к экономической деятельности определения «хозяйственная» непременно включает в себя *момент рациональности*. Следовательно, хозяйственная активность – есть рациональная экономическая деятельность, в том числе деятельность государства, органов управления, как в обществе, так и в отношении внутренней деятельности хозяйствующего субъекта¹²⁸.

Признавая обоснованность упреков авторов данной научной концепции о том, что отказ от использования в юридической науке термина «хозяйственный» обусловлен больше идеологическими штампами, нежели ее сущностью, позволим все же не согласиться с предложенной трактовкой содержания хозяйственной деятельности. Во-первых, думается, что стремление к рациональности осуществления какой-либо частной (свободной) деятельности присуща любому ее субъекту, а потому юридически может презюмироваться. Такой же подход признается и в экономической литературе. Так, Ф. И. Шамхалов обоснованно полагает, что функция оптимального комбинирования факторов производства относится к латентной функции предпринимательства, имеющей общественно значимый характер. Внешнее выражение этой функции проявляется в эффективном управлении собственными, заемными, а также иными, находящимися в распоряжении данного субъекта предпринимательской деятельности экономическими ресурсами. Если данная функция им не выполняется, то, по мнению Ф. И. Шамхалова, он перестает быть таковым и приобретает статус банкрота, т. е. несостоявшегося предпринимателя¹²⁹.

Во-вторых, правовое нормирование, отличающееся строгой формальной определенностью, предполагает, что любая дифференциация понятий должна быть подкреплена практическим смыслом: различные правовые понятия, будучи законодательно закрепленными, должны вызывать различные правовые последствия. Примерные признаки понятия «рациональность», используемые О. М. Олейник, вероятно, имеют определенное значение для целей экономического анализа, однако при определении юриди-

¹²⁷ См.: Коммерческое право: Учебник... СПб., 1998. [Часть 1]. С. 10 (автор главы – В. Ф. Попондопуло).

¹²⁸ Предпринимательское (хозяйственное) право: Учебник... Т. 1. С. 17, 39 (автор главы – О. М. Олейник).

¹²⁹ Шамхалов Ф. И. Государство и экономика (власть и бизнес). М., 1999. С. 36. (Сер. «Системные проблемы России»). Симптоматично, что даже для Евангелия расчет эффективности хозяйственной деятельности – истина вполне аксиоматичная: «Кто из вас, желая построить башню, не сядет прежде и не вычислит издержек, имеет ли он, что нужно для совершения ее» (Лука 14:28).

чески значимых признаков хозяйственной активности – малопригодны в виду возможного несоответствия их автономии формирования и выражения воли участниками предпринимательской деятельности. Действительно, повышение эффективности деятельности, выражающееся не только в максимизации дохода при минимальных затратах, но и в достижении социально значимых результатов (увеличение компенсации за труд, увеличение расходов на социальные нужды, расширение услуг социального характера, уменьшение ущерба, наносимого окружающей среде), на что указывает О. М. Олейник, не должно, на наш взгляд, иметь правового значения при квалификации деятельности как правомерного действия¹³⁰. Представляется, что прежде всего государство обязано опосредованно создавать необходимые условия, в том числе посредством правовых средств, при которых экономически стало бы не выгодным осуществлять нерациональную деятельность. Но это вовсе не означает, что свобода хозяйственной инициативы имеет абсолютный характер. Напротив, идея необходимости государственного регулирования предпринимательства поддерживается многими экономистами, более того возможность ограничения прав, связанная с прямым государственным регулированием, допускается Конституцией Российской Федерации, но только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства (ст. 55)¹³¹.

В-третьих, с позиций требований юридической техники выделение понятия рациональной экономической деятельности означает необходимость обоснования и толкования «негативного» ее варианта. Однако значимость «нерациональной» деятельности как правовой категории малопо-

¹³⁰ Предпринимательская деятельность осуществляется в определенной социальной и политико-культурной среде, поэтому предприниматели не могут не учитывать общественные интересы, с которыми они должны соотносить свои собственные интересы. Однако вопрос о необходимости существования социальной ответственности бизнеса является в экономической науке дискуссионным. Так, к примеру М. Фридмен убежден, что в свободной экономике есть только одна социальная ответственность бизнеса – использовать свои ресурсы и осуществлять деятельность, направленную на увеличение своих прибылей до тех пор, пока она участвует в открытой свободной конкуренции без обмана и мошенничества (подробнее о содержании дискуссии см.: *Шамхалов Ф. И.* Указ. соч. С. 76-84.). Между тем и сторонники и противники концепции социальной ответственности бизнеса едины в признании ее *социально-экономического*, а не юридического характера.

¹³¹ Примечательно, что такой подход признается не только экономистами, но и известными юристами. Так, Председатель ВАС РФ В. Ф. Яковлев акцентирует внимание на том, что «введение рыночной экономики, широкое использование в ее построении товарно-денежных отношений отнюдь не означает ухода государства из экономики». По его мнению, «самоустранение государства может привести к печальным, а иногда даже губительным последствиям» (*Яковлев В. Ф.* Указ. соч. С. 59-60.). Судья КС РФ Г. А. Гаджиев отмечает, что федеральный законодатель может признать, что определенные общественные или государственные цели настолько важны, что ради них можно пойти на ограничение прав и свобод предпринимателей. Однако, по его мнению, в Основном законе заложены большие дискреционные полномочия федерального законодательства, подробнее см.: *Гаджиев Г. А.* Защита основных экономических прав и свобод предпринимателей за рубежом и в Российской Федерации (опыт сравнительного исследования). М., 1995. С. 169.

нятна и трудноуловима. В случае прямого государственного регулирования такой деятельности существует вероятность недопустимого ограничения свободы ее осуществления, так как практически в любом действии предпринимателя можно увидеть элемент нерациональности по тому или иному критерию, тем более что сами экономисты признают отсутствие четко разработанных критериев оценки социальной роли предпринимателей¹³².

Думается, что понятие хозяйственная и экономическая деятельность – суть одно и то же. Убеждены, что на данном этапе развития правовой системы нет практической необходимости в дифференциации экономической деятельности на какие-либо ее отдельные разновидности, кроме выделения предпринимательской активности.

Предпринимательская и коммерческая (торговая) деятельность. Уяснение содержания понятия «коммерческий» имеет не только теоретическое, но и практическое значение, поскольку он используется действующим российским законодательством. Так, все юридические лица делятся на коммерческие и некоммерческие организации (ст. 50 ГК РФ). Известны также и другие легальные понятия, такие как «коммерческая тайна» (ст. 139 ГК РФ), «коммерческое представительство» (ст. 184 ГК РФ), «коммерческий кредит» (ст. 823 ГК РФ), «коммерческая концессия» (гл. 54 ГК РФ), «коммерческий конкурс» (ст. 21 Федерального закона от 21 июля 1997 г. № 123-ФЗ «О приватизации государственного имущества и об основах приватизации муниципального имущества в Российской Федерации»¹³³).

Однако вопрос о содержании понятия коммерческая деятельность в юридической науке является дискуссионным. Имеющаяся на сегодняшний день научная и учебно-методическая литература свидетельствует о существовании широкой и узкой трактовки данного понятия. По мнению В. Ф. Попондопуло коммерческие отношения, являясь по сути гражданскими (частными) отношениями, характеризуются особенностями, определенными тем, что их участники занимаются предпринимательской деятельностью¹³⁴. Более того, по его мнению, вопросы, подлежащие освещению в соответствии с Государственным образовательным стандартом в курсах предпринимательского и коммерческого права, целесообразнее объединить, поскольку они имеют общий предмет¹³⁵. Следовательно, согласно этой точки зрения, понятия «предпринимательская» и «коммерческая» деятельность должны рассматриваться как тождественные.

¹³² Шамхалов Ф. И. Указ. соч. С. 86.

¹³³ СЗ РФ. 1997. № 30. Ст. 3595.

¹³⁴ См.: Коммерческое право: Учебник... СПб., 1998. [Часть 1]. С. 5. (автор раздела – В. Ф. Попондопуло).

¹³⁵ Там же. С. 3.

Более категоричной позиции по данному вопросу придерживается О. М. Олейник, которая полагает, что «в настоящее время отсутствует потребность в обозначении какого-либо правового явления термином «коммерческое право» в отличии и наряду с предпринимательским»¹³⁶. Следовательно, коммерческая и предпринимательская деятельность хотя и рассматриваются как тождественные понятия, но использование двух терминов, обозначающих одно явление, оценивается негативно.

Иногда коммерческая деятельность рассматривается *в узком смысле*. Так, принципиально иной позиции придерживается Б. И. Пугинский, который полагает, что коммерческая деятельность – это то же самое, что и торговая деятельность, в общем виде представляющая собой совокупность действий по продвижению товаров от изготовителей к потребителям¹³⁷. По его мнению, ошибочное смешение предпринимательской и коммерческой деятельности обусловлена нечетким разделением в ст. 50 ГК РФ всех организаций на коммерческие и некоммерческие, т. е. «торгующие» и «неторгующие». Тогда как коммерческая (торговая) деятельность – только разновидность предпринимательской.

Представляется, что исходной методологической посылкой в вопросе разграничения каких-либо юридических понятий должно стать признание того факта, что обогащение правовой науки новым термином целесообразно лишь в том случае, если он не адекватен какому-либо другому понятию. Учитывая данное обстоятельство, следует согласиться с научной позицией Б. И. Пугинского, несмотря на то, что в законодательстве рассматриваемый термин употребляется в широком смысле, в известной степени отождествляясь с предпринимательством.

¹³⁶ Предпринимательское (хозяйственное) право: Учебник... Том 1. С. 39-40.

¹³⁷ Российская юридическая энциклопедия / Гл. ред. А. Я. Сухарев. М., 1999. С. 445, 975-977 (автор статей – Б. И. Пугинский); Пугинский Б. И. Коммерческое право России. М., 2000. С. 9, 13. Такая позиция нашла своих последователей, см.: Семусов В. А. Очерки хозяйственного права России. Иркутск, 2001. С. 4.; Круслова Н. Ю. Коммерческое право: Учебник. М., 1999. С. 13; Горковенко М. Л. Коммерческое право. Иркутск, 2001. С. 16; Иванов А. В. О соотношении понятий «коммерция» и «предпринимательство» и особенностях предпринимательства в сфере строительства // Юрист. 2001. № 5. С. 30-32.

ГЛАВА II. СПОРНЫЕ ВОПРОСЫ КВАЛИФИКАЦИИ ОТДЕЛЬНЫХ ВИДОВ ЭКОНОМИЧЕСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

§ 1. Участие в деятельности юридического лица

В юридической литературе при описании юридических лиц довольно часто можно встретить высказывания о том, что те являются «коллективными предпринимателями». «Коллективность», а не «индивидуальность», «единоличность» объясняются якобы тем, что реальным субъектом (субстратом) юридического лица является граждане объединившиеся в коллектив (организацию). Более того, иногда можно встретить прямо выраженную мысль, согласно которой учредитель (участник) организации осуществляет предпринимательскую деятельность от имени юридического лица¹. Представляется, корни такого, ярко выраженного фикционного понимания, кроются в истории развития отечественного института юридического лица. В частности, в конце 80-х – начале 90-х гг. в отечественном гражданском (предпринимательском) законодательстве преобладали воззрения на природу организации в рамках теории фикции, результатом чего стало закрепление в законах РСФСР «О собственности в РСФСР» и «О предприятиях и предпринимательской деятельности» норм, в соответствии с которыми имущество юридического лица принадлежало не самой организации, а его участникам². Следствием такого подхода как раз и стали различные высказывания о юридических лицах как об объединениях граждан – коллективных предпринимателях (партнерах)³. Показательно, что новый ГК РФ, признав реальность существования юридических лиц и, как следствие этого, их способность обладать имуществом на праве собственности и ином вещном праве, вместе с тем не был до конца последовательным в проведении сквозь все свои нормы принципа реальности организаций. Так, в п. 1 ст. 23 ГК РФ говорится о праве гражданина «заниматься предпринимательской деятельностью без образования юридического лица... в качестве индивидуального предпринимателя». Как антитеза процитированной нами норме возникает мысль о праве гражданина «заниматься предпринимательством в качестве коллективного предпринимателя, в том числе путем создания юридического лица». Сама по себе эта мысль, конечно же, неверна, но она, имея определенные предпосылки в ранее действовавшем законодательстве и имея косвенное подтверждение в законодательстве дейст-

¹ См., например: *Потапова И. Е.* Учредитель фирмы как субъект ее производственной деятельности // Государство и право. 1992. № 9. С. 45.

² См.: ст. 5 Закона РСФСР от 25 декабря 1990 г. № 445-1 «О предприятиях и предпринимательской деятельности» (Ведомости СНД РСФСР, 1990, № 30, ст. 418), п. 1 ст. 10 Закона РСФСР от 24 декабря 1990 г. № 443-1 «О собственности в РСФСР» (Ведомости РСФСР, 1990, № 30, ст. 416.).

³ См.: п. 1 ст. 2 Закона РСФСР о предприятиях и предпринимательской деятельности.

вующем, вызывает «разброд и шатания» не только в умах обывателей, но и среди некоторого числа правоведов. Логическим результатом всего этого является появление на практике конфликтных ситуаций, аналогичных представленной ниже.

В Кировский районный суд г. Ростова-на-Дону поступил иск от АО «Ростовкнига» 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 в акции 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 недействительными⁴.

Что, прежде всего, привлекает к себе внимание, так это законность с формальной точки зрения требований истца. Однако суд отказал истцу в иске, ограничившись отговоркой, согласно которой, исходя из характера акционерных правоотношений, прямо вытекает непредпринимательский характер данного вида деятельности. Другими словами, суд затруднился дать правовую аргументацию принятому им решению, интуитивно приняв правильное, соответствующее здравому смыслу решение. В защиту работников суда заметим, что данная проблема не является такой легкой, как может показаться на первый взгляд, причем сложность квалификации отношений, связанных с участием в юридическом лице, признавалась еще дореволюционными цивилистами⁵.

Прежде чем ответить на вопрос, является ли участие в юридическом лице предпринимательской деятельностью, необходимо четко определить, что понимается нами под членством (участием)⁶. Проблема понимания членства и участия является одной из актуальных проблем корпоративного права⁷. Все формы участия в деятельности юридического лица условно можно разделить на пять групп:

⁴ См.: Моисеев М. Указ. соч. С. 76.

⁵ См., например: Петражицкий Л. И. Указ. соч. С. 24-77.

⁶ По нашему мнению, понятия «участие» и «членство» соотносятся друг с другом как целое и часть этого целого. Подробнее об этом см.: Семеусов В. А., Тюкавкин А. А. Производственный кооператив как субъект предпринимательской деятельности. Учебно-методическое пособие. Иркутск, 1999. С. 8-10; Тюкавкин А. А. О членстве (участии) в производственном кооперативе // Вестник Иркутской государственной экономической академии. 2000. № 1. С. 165-167. Однако в рамках настоящей работы данные понятия используются нами в качестве синонимов, поскольку речь в действительности об анализе характера института членства в организации. Термин «участие» используется нами, прежде всего, в силу его распространенности в юридической литературе и правоприменительной практике.

⁷ Сходная точка зрения уже неоднократно высказывалась в юридической литературе. (см., например: Брызгалов А. В., Берник В. Р., Головкин А. Н. и др. Комментарий к Налоговому Кодексу Российской Федерации, части первой (постатейный, расширенный) / Под ред. А. В. Брызгалова. М., 1999. С. 132-133; Бутурлин А. Принципы налогообложения и субъекты фиска // Закон. 1998. № 11-12).

- личное участие, которое является характерной чертой организаций – объединений лиц (труда), например, хозяйственных товариществ, производственных и потребительских кооперативов;
- имущественное участие, проявляющееся во внесении вклада в уставный (паевой, складочный) капитал и иных взносов, не являющихся вкладами и, следовательно, не создающих никаких прав для участников;
- участие в органах управления юридического лица;
- финансовое участие, выражающееся в приобретении векселей, облигаций и иных долговых ценных бумаг организации, а также в иных формах существования отношений займа, где заемщиком (должником) является юридическое лицо;
- личное трудовое участие, регулируемое нормами трудового права.

В рамках настоящей работы нас интересуют лишь первые три формы участия, которые с определенной долей условности можно назвать корпоративным участием. Финансовое же и трудовое участие не представляет интереса в связи с тем, что в первом случае (в случае финансового участия) участие в заемных правоотношениях юридических лиц не порождает никаких особенностей в правовом регулировании данного вида отношений. Во втором случае (в случае трудового участия) можно с уверенностью констатировать отсутствие элемента предпринимательства, что объясняется следующими причинами. Во-первых, трудовые отношения не являются свободными, они больше тяготеют к отношениям власти и подчинения, где зависимой стороной является работник. В связи с этим, можно говорить о том, что хотя работники и обладают самостоятельностью, но она является весьма ограниченной. Причем ограничения организационной самостоятельности могут быть как реальными, так и потенциальными, что, тем не менее, не дает права говорить о самостоятельности работников как субъектов предпринимательского (хозяйственного оборота). Во-вторых, в трудовых отношениях абсолютно отсутствует предпринимательский риск, поскольку работник всегда уверен в получении вознаграждения за свой труд (пусть даже и по решению суда – в случае задержек или отказов в выплате заработной платы). В-третьих, отношения, возникающие между организацией-работодателем и работниками, регулируются нормами трудового права, в то время как предпринимательство – это институт гражданского (предпринимательского) права.

Если проанализировать деятельность членов организации, связанную с их участием в ней, то на первый взгляд имеет место формальное соответствие указанной деятельности сущностным признакам деятельности предпринимательской. Прежде всего, не вызывают сомнений утверждения о самостоятельности участников данной деятельности. Затем, участие в

юридическом лице, как и любую деятельность, сопровождает риск, проявляющийся здесь в форме риска потери вклада, внесенного в уставный капитал организации⁸. И, наконец, среди прочих целей участия в юридическом лице можно выделить получение дивидендов и иных доходов. Причем поскольку участие изначально предполагается как бессрочное и, исходя из возможности начислять и получать дивиденд с периодичностью чаще одного раза в год (которой участники вправе не воспользоваться), можно вести речь о систематическом получении прибыли. Говорить о получении прибыли, но не доходов становится возможным в виду того, что дивиденд представляет собой часть чистой прибыли, распределяемой между участниками юридического лица⁹.

Прежде чем подтвердить или опровергнуть суждение о предпринимательском характере корпоративного участия разобьем его для удобства анализа на две части: участие в органах управления юридического лица и имущественное, производственное и иное участие. Участие в органах управления организации следует рассматривать с позиций участия в заседаниях общего собрания участников, участия в наблюдательном совете (совете директоров) и участия в исполнительных органах юридического лица. Участие в работе общего собрания организации само по себе (в отрыве от имущественного участия) не приводит к получению членами каких-либо дополнительных доходов, а, следовательно, не должно квалифицироваться в качестве предпринимательской деятельности.

В то же участие в наблюдательном совете и, особенно, в исполнительных органах часто сопровождается дополнительным вознаграждением членов данных органов управления. Случаи, когда члены наблюдательного совета исполняют свои обязанности на безвозмездной основе (на общественных началах) не представляют для нас никакого интереса по причинам, указанным выше применительно к участникам общего собрания. В то же время необходимо заметить, что на практике совет директоров редко встречается с периодичностью чаще одного раза в месяц (исключение составляют случаи возникновения чрезвычайных обстоятельств). По этой причине, а также по причине очевидности того факта, что члены наблюдательного совета не подчиняются правилам внутреннего распорядка, установленным в организации, и не находятся в отношениях власти и подчинения с кем-либо из ее должностных лиц, можно сделать вывод о гражданско-правовом, но не трудовом характере отношений, возникающих между

⁸ См., например: п. 1 ст. 87, п. 1 ст. 96 ГК РФ.

⁹ См.: п. 2 ст. 42 Федерального закона РФ от 26 декабря 1995 г. № 208-ФЗ «Об акционерных обществах» (ред. 07.08.2001) (СЗ РФ, 1996, № 1, ст. 1), ст. 28 Федерального закона РФ от 8 февраля 1998 г. № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью» (ред. 31.12.1998.) (СЗ РФ, 1998, № 7, ст. 785). Заметим, что применительно к большинству организаций законодатель оперирует понятием «распределение прибыли», которое, однако, полностью совпадает с понятием «выплата дивидендов».

членами совета директоров и юридическим лицом¹⁰. Вместе с тем деятельность участников наблюдательного совета нельзя назвать предпринимательской. Данный вывод основывается на том, что в указанной деятельности отсутствует предпринимательский риск¹¹. Кроме того, вознаграждение членов совета директоров является их доходом, ни никак не прибылью, поскольку участие в заседаниях наблюдательного совета, как правило, не влечет за собой каких-либо расходов, а если и влечет, то согласно п. 2 ст. 64 Закона «Об акционерных обществах» эти расходы компенсируются отдельно, независимо от вознаграждения.

По поводу юридической природы деятельности членов исполнительных органов юридического лица среди правоведов нет какого-либо единого мнения¹². По нашему мнению, отношения, возникающие между членами исполнительного органа (как единоличного, так и коллегиального) и организацией, регулируются, прежде всего, нормами трудового права. Как следствие этого возникает вывод о непредпринимательском характере данной деятельности. Предусмотренную же п. 3 ст. 103 ГК РФ и ст. 42 Закона «Об обществах с ограниченной ответственностью» возможность передачи полномочий единоличного исполнительного органа общества управляющему (индивидуальному предпринимателю или коммерческой организации) следует рассматривать как недоразумение, которое все-таки будет устранено. Объясняется это тем, что в ГК РФ из всех отношений, связанных с управлением, урегулированы лишь отношения, возникающие из договора доверительного управления имуществом. В то же время, как уже было замечено, юридическое лицо в настоящее время признается в качестве реально существующего субъекта, но не объекта права, вследствие чего применение к отношениям, связанным с управлением деятельностью организации является некорректным. Текущее управление деятельностью юридического лица традиционно регулировалось и регулируется по сей день нормами двух отраслей права: права гражданского и права трудового, субъектом которого, как известно, на стороне работника может быть лишь

¹⁰ К аналогичному выводу приходит Б. Р. Карабельников. См. подробнее: *Карабельников Б. Р.* Трудовые отношения в акционерных обществах. М., 2001. С. 31-32.

¹¹ Это связано с тем, что вероятность неполучения доходов членами наблюдательного совета зависит не от их собственной воли (действий), а от воли общего собрания (п. 2 ст. 64 Закона «Об акционерных обществах»). Кроме того, отсутствие возможности определять величину (размер) своего вознаграждения приводит к существенному ограничению организационной самостоятельности членов наблюдательного совета. Что же касается риска быть привлеченным к юридической ответственности, то он является элементом любой деятельности, регулируемой нормами права, а не только предпринимательской.

¹² См., в частности: *Акопов Д. Р.* Правовое регулирование труда руководителей – участников хозяйственных обществ // Правоведение. 1999. № 2; *Бычкова Е. Н.* Договоры акционерного общества с его исполнительным органом и ответственность за их нарушение // Правоведение. 2000. № 2.; *Карабельников Б. Р.* Указ. соч. С. 5-25, 36-56; *Куреттой А.* Контракт с руководителем предприятия // Закон. 1995. № 10; *Мартыросян Э. Р.* Правовая природа отношений между руководителем организации и собственником ее имущества // Государство и право. 1996. № 10; *Миронов В. И.* Увольнение руководителя акционерного общества // Государство и право. 1999. № 3.

человек, причем не обязательно обладающий статусом индивидуального предпринимателя. Что же касается возможности другой организации исполнять функции единоличного исполнительного органа, то мы можем лишь приветствовать этот шаг со стороны законодателя, являющийся очередным подтверждением статуса реально существующего субъекта права за юридическим лицом. При этом мы считаем своим долгом заметить, что выступление одной организации в качестве единоличного исполнительного органа другой не может не вызвать трудностей в правоприменительной практике, хотя бы в силу своей новизны для отечественного правопорядка. В любом случае отношения между двумя этими юридическими лицами будут иметь некоммерческий характер по причине их идентичности с трудовыми отношениями между директором (управляющим)-гражданином и организацией-работодателем. Более того, отечественной правовой системе известны случаи участия организации (трудовой артели) в трудовых отношениях в качестве работника¹³.

Говоря об ином корпоративном участии, не связанном с участием в деятельности органов управления организации, на первый взгляд, можно легко заметить присутствие в нем признака самостоятельности. Вместе с тем следует указать на отсутствие в данной деятельности имущественной самостоятельности. Это объясняется тем, что имущество, которым гражданин или организация «участвуют» в деятельности юридического лица, по общему правилу, не принадлежит им, поскольку в момент внесения его в качестве вклада в уставный капитал юридического лица одновременно происходит переход права собственности на это имущество от участника к юридическому лицу. Исключение из данного правила составляют случаи передачи в качестве вклада не самого имущества, а прав владения и (или) пользования им. Нельзя говорить и об организационной самостоятельности участников организации. Как мы уже говорили, вся деятельность вовне с точки зрения юридической техники осуществляется не участниками, а самим юридическим лицом, как самостоятельным субъектом, в чем и проявляется реальность существования последнего. Члены организации, также как и ее работники выступают во внешнем хозяйственном обороте лишь в качестве представителей юридического лица. Кроме того, по общему правилу, участники не несут ответственности по обязательствам организации. В результате их риск сводится лишь к риску потери своих вкладов в уставный капитал юридического лица. Однако, повторим, предпринимательский риск не может быть изначально ограничен какими либо рамками, граница-

¹³ См.: Генкин Д. М. Законодательство о промысловой кооперации («Положение о промысловой кооперации» от 11 июня 1928 года с теоретическими и практическими постанетейными разъяснениями. М., 1930. С. 30-31.

ми; любое такое ограничение позволяет усомниться в предпринимательском характере осуществляемой деятельности.

Не вступая в дискуссию по поводу правовой природы дивиденда, укажем лишь на то, что с точки зрения действующего налогового законодательства дивиденд определяется не как прибыль, но как доход. И действительно, чистая прибыль организации после ее распределения будет являться для участников доходом, поскольку его получение не сопровождалось какими-либо материальными затратами членов. Как следствие, в случае имущественного и иного участия можно говорить лишь о получении дохода. Помимо всего прочего, необходимо указать и на то, что участие в организации не подпадает ни под пользование имуществом (исключения составляют все те же случаи передачи в качестве вклада прав владения и (или) пользования имуществом), ни под продажу товаров, ни, тем более, под оказание услуг или выполнение работ. Все это с убедительностью доказывает, что имущественное и иное участие, в частности, и корпоративное участие, в общем, не могут быть квалифицировано в качестве предпринимательской деятельности¹⁴.

§ 2. Арбитражное управление как предпринимательская деятельность: *pro et contra*

Понятие арбитражного управления. Для обозначения деятельности арбитражного управляющего используются разные термины. Думается, что причина этого заключается в том, что в ЗоН¹⁵ она определяется через указание субъекта деятельности, а потому ее название слишком громоздко – «деятельность по осуществлению арбитражным управляющим полномочий, установленных законом, в том числе по проведению процедур банкротства». Допускаются также и более сокращенные названия (ст. 2, 22 и др.). Соответственно закону в лицензии данный вид активности назван как «деятельность в качестве арбитражного управляющего»¹⁶.

В специальной научной экономической литературе широко применяется термин «антикризисное управление»¹⁷, а в юридической – «арбитраж-

¹⁴ Требования об обязательном наличии статуса предпринимателя для участников полного товарищества (п. 4 ст. 66 ГК РФ) ничуть не колеблет сделанного нами вывода. Данные требования объясняются отсутствием исполнительных органов полном товариществе и возможностью осуществления деятельности, в том числе и предпринимательской всеми полными товарищами, если иное не предусмотрено учредительным договором товарищества.

¹⁵ Федеральный закон от 8 января 1998 г. № 6-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» // СЗ РФ. 1998. № 2. Ст. 222. Здесь и далее – ЗоН.

¹⁶ См.: Форма лицензии арбитражного управляющего: Утв. Приказом ФСДН РФ от 5 января 1999 г. № 1 // Вестн. ФСДН РФ. 1999. № 1.

¹⁷ Экономисты используют и другие термины-синонимы, например «антикризисный менеджмент», «риск-менеджмент», см.: Антикризисное управление: 17-ти модульная программа для менеджеров «Управление развитием предприятия». Модуль 11 / Под ред. В. И. Кошкина. М., 1999; Торкановский Е. Антикризисное управление // Хозяйство и право. 2000. № 1. С. 14-30; Антикризисный менеджмент / Под

ное управление»¹⁸. Представляется, что названные понятия отнюдь не равнозначны по объему, кругу действий, составляющих их содержание, а также кругу субъектов, осуществляющих указанные виды деятельности. Сущностью антикризисного управления является разработка и реализация наиболее рационального новаторского варианта выхода предприятия из кризисного состояния, в том числе из состояния банкротства¹⁹. Арбитражное управление представляет собой деятельность арбитражного управляющего или иных лиц по осуществлению полномочий, установленных конкурсным законодательством, которые, в частности, могут выражаться как в реализации восстановительных (реабилитационных), так и ликвидационных процедур банкротства. Поэтому отождествлять эти понятия, так же неверно, как и рассматривать их изолированно вне связи друг с другом²⁰.

Правовая форма арбитражного управления. В доктрине вопрос о характере деятельности арбитражного управляющего, как правило, не вызывает сомнений. Регистрация физического лица в качестве индивидуального предпринимателя является обязательным условием его назначения арбитражным управляющим (п. 1 ст. 19 ЗоН). В научной литературе уже только на этом основании был сделан категоричный вывод о том, что такая деятельность признается предпринимательской²¹. Позднее были предприняты попытки доказательства этой, впрочем, не совсем очевидной, научной позиции. Логика рассуждений сводилась к сопоставлению предпринимательской деятельности и деятельности по осуществлению процедур бан-

ред. А. Г. Грязновой. М., 1999; *Уткин Э. А.* Риск-менеджмент: Учебник. М., 1998 и др. Отметим также, что с 1997 года в высших учебных заведениях РФ ведется подготовка экономистов-менеджеров по специальности 35.10.00 «Антикризисное управление», см.: Приказ Министерства образования РФ от 2 марта 2000 г. № 686 «Об утверждении государственных образовательных стандартов высшего профессионального образования» (Бюл. Министерства образования РФ, 2000, № 8).

¹⁸ См.: Арбитражное управление: теория и практика наблюдения / Под общ. ред. В. В. Голубева. М., 2000; Арбитражное управление предприятием: Практическое пособие / Отв. ред. Г. К. Таль, Г. Б. Юн. М., 2000; *Белых В. С., Дубинин А. А., Скуратовский М. Л.* Правовые основы несостоятельности (банкротства): Учебно-практическое пособие / Под общ. ред. В. С. Якушева. М., 2001. С. 87-91.

¹⁹ Отметим, что термин «антикризисное управление», несмотря на значительное число публикаций по данной тематике, не получил однозначного толкования. Представляется, что более правильны суждения тех, кто полагает, что наличие кризиса – единственный фактор применения специальных мер управленческого воздействия, суть которых и составляет антикризисное управление, см.: *Торкиновский Е.* Указ. соч. С. 14; *Анохин С. А.* Антикризисное управление как экономическая категория и предпочтительные механизмы его реализации на предприятиях // Организационные и экономические проблемы становления конкурентоспособного производства: Материалы международной научно-практической конференции. Воронеж, 2000. Т. 3.

²⁰ Между тем иногда в литературе не делается каких-либо различий между указанными понятиями, что, на наш взгляд, является недопустимым, см.: Арбитражное управление предприятием: Практическое пособие / Отв. ред. Г. К. Таль, Г. Б. Юн. М., 2000. С. 9-17.

²¹ См.: Федеральный закон «О несостоятельности (банкротстве)»: Постатейный комментарий / Под общ. ред. В. В. Витрянского. М., 1998. С. 76 (авторы соответствующего комментария – *В. В. Голубев, Т. П. Прудникова; Черныш А. П.* Некоторые аспекты правового положения арбитражного управляющего // www.kodeks.net).

кротства, в результате чего был сделан вывод о соответствии арбитражного управления всем признакам предпринимательства²².

Между тем правоприменительная практика по данному вопросу не столь категорична и единодушна в своих выводах. Так, обобщение арбитражной практики показало, что при отсутствии соответствующих разъяснений со стороны высших судебных органов арбитражные суды нижестоящих инстанций по-разному подходят к разрешению споров, связанных с определением правовой природы деятельности управляющих. Так, одни арбитражные суды занимают жесткую позицию непризнания предпринимательского характера деятельности таких субъектов, другие – прямо не отрицают этого, однако из анализа содержания мотивировочной части судебных решений можно судить о существовании диаметрально противоположной позиции, занимаемой последними. Подобная ситуация имеет место и в практике деятельности некоторых органов исполнительной власти, в частности налоговых органов.

Безусловно, что обозначенная нами проблема имеет не столько теоретическое (познавательное), сколько практическое (регулятивное) значение. Ведь признание предпринимательского характера деятельности арбитражного управляющего, как уже отмечалось, влечет определенные правовые последствия – от установления требований, предъявляемых к процессу ее осуществления, до установления мер ответственности за их неисполнение, в связи с чем в научной литературе обосновывается существование особого правового режима предпринимательства²³. Более того, практический интерес к рассматриваемому вопросу обусловлен еще и тем обстоятельством, что существует объективная необходимость изменения соответствующих норм конкурсного законодательства таким образом, чтобы сделать возможным осуществление процедур банкротства не только физическими лицами, но и специализированными организациями (юридическими лицами). И хотя данная точка зрения в настоящее время признается и поддерживается почти всеми исследователями в области конкурсного права, а также руководством ФСФО России, такие вопросы как правосубъектность подобных специализированных организаций, требования к их организационно-правовой форме и некоторые другие не привлекли к себе достаточно-го внимания.

После этих предварительных замечаний обратимся к позитивному решению обозначенной нами проблемы, для чего попытаемся критически проанализировать имеющиеся на этот счет суждения и выявить возможные «сильные» и «слабые» стороны каждой позиции.

²² См.: Мухачев И. Ю. Арбитражный управляющий: кто он и как им стать? // Законодательство. 2000. № 12. С. 27-31.

²³ См.: Попондонуло В. Ф. Правовой режим предпринимательства. СПб., 1994.

Система доказательств предпринимательской природы арбитражного управления, как уже указывалось, строится на основе двух аргументов – формального (нормативного) и содержательного (феноменологического). Действительно, российским законодательством предусматривается, что для того, чтобы получить соответствующую лицензию и быть назначенным арбитражным управляющим, физическому лицу необходимо приобрести статус индивидуального предпринимателя, что, повторим, уже само по себе является порождающим юридическим фактом и влечет строго определенные правовые последствия, выражающиеся, в частности в том, что все заключаемые им сделки презюмируются связанными с его предпринимательской деятельностью и квалифицируются как предпринимательские, по крайней мере, если не доказано иное. Следовательно, можно говорить о существовании презумпции предпринимательского характера арбитражного управления. Данная презумпция может быть опровергнута доказательством того, что конкретная сделка не относится к деятельности предпринимателя, что, по сути, сводится к обоснованию исключительно гражданско-правового характера спорного обязательства, не связанного с предпринимательской деятельностью, либо к отсылке на соответствующую правовую норму, прямо указывающую, что такая деятельность не является предпринимательской.

Полагаем, что нормативный (формальный) аргумент может быть усилен доказательством от противного (*argumentum a contrario*). Существует точка зрения, в соответствии с которой индивидуальный предприниматель обладает специальной правосубъектностью, т. е. вправе заниматься только теми видами деятельности, которые специально указаны в свидетельстве о его регистрации²⁴. Гражданин, ранее не занимавшийся предприниматель-

²⁴ См.: Подопский Ю. Д. Указ. соч. С. 8; Фаршатов И. А. Противоречия в правосубъектности индивидуального предпринимателя // Российский юридический журнал. 2000. № 1. С. 71; Лантев В. В. Предпринимательское право... С. 49-50; Белых В. С., А. А. Дубинчин, М. Л. Скуратовский Указ. соч. С. 234 и др. Основанием для такого вывода служит норма, содержащаяся в п. 1 ст. 4 Закона РСФСР от 7 декабря 1991 г. № 2000-1 «О регистрационном сборе с физических лиц, занимающихся предпринимательской деятельностью, и о порядке их регистрации» (Российская газета, 1992. 14 фев.), в соответствии с которой предприниматели могут осуществлять только те виды деятельности, которые указаны в свидетельстве о регистрации. Регистрирующие органы последовательно придерживаются этой нормы, см., например: п. 3.1 Положения «О порядке регистрации индивидуальных предпринимателей регистрационной палатой администрации г. Иркутска», утвержденной постановлением мэра г. Иркутска от 13 октября 1998 г. № 031-06-1224/8 (Восточно-Сибирская правда, 1998, 16 нояб.). Между тем в литературе справедливо указывается на необходимость ее отмены, см.: Лантев В. В. Предпринимательское право... С. 50. Обоснованность суждения о специальном характере правоспособности индивидуальных предпринимателей представляется весьма спорным. Основанием для такого вывода служит толкование отдельных норм гражданского законодательства. По общему правилу (п. 3 ст. 23 ГК РФ) к предпринимательской деятельности граждан применяются правила, регулирующие деятельность коммерческих организаций, правоспособность которых за некоторым исключением является общей (ст. 49 ГК РФ). В соответствии со ст. 4 Федерального закона от 30 ноября 1994 г. № 52-ФЗ «О введении в действие части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» (СЗ РФ, 1994, № 32, ст. 3302) законы и иные правовые акты, принятые до введения в действие ГК РФ применяются постольку, поскольку они не противоречат части первой ГК РФ. Таким образом, соответствующая норма закона о регистрационном сборе не подлежит примене-

ской деятельностью, перед получением лицензии арбитражного управляющего обязан приобрести соответствующий статус предпринимателя, в удостоверении которого будет указан вид деятельности – «арбитражное управление». В том случае, если гражданин уже был ранее зарегистрирован, то он должен переоформить свидетельство для включения в него указанного вида деятельности²⁵. Если предположить, что осуществление процедур банкротства не является предпринимательской деятельностью, возникает парадоксальная ситуация: гражданин имеет статус индивидуального предпринимателя, а заниматься предпринимательской деятельностью не вправе (или по крайней мере одним из указанных в свидетельстве видов деятельности). Впрочем, даже если считать правоспособность индивидуального предпринимателя общей, а не специальной, вопрос о необходимости регистрации в подобной ситуации все равно остается неясным.

Представляется также, что правовое регулирование арбитражного управления в режиме предпринимательской деятельности имеет ряд позитивных моментов. Во-первых, по общему правилу предприниматель несет безвиновную ответственность за неисполнение или ненадлежащее исполнение своих обязательств (п. 3 ст. 401 ГК РФ), что в конечном итоге может способствовать эффективности проведения процедур банкротства. Во-

нию. Такой точке зрения придерживаются большинство ученых, см.: Каримов А. А. Правовое регулирование несостоятельности индивидуального предпринимателя: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 1997. С. 11-12; Коммерческое право: Учебник... СПб., 1998. [Часть I]. С. 89 (автор раздела – Д. В. Нефедьев); Семенов В. А. Граждане как субъекты индивидуального предпринимательства... С. 45-47; Закупень Т. В. Государственная регистрация юридических лиц и индивидуальных предпринимателей. Научно-практическое пособие. М., 2001. С. 74 и др. Примечательно, что КС РФ, ссылаясь на п. 1 и 3 ст. 23 и п. 1 ст. 49 ГК РФ, сформулировал правовую позицию (по содержанию сходную с отставиваемой), согласно которой индивидуальные предприниматели *вправе заниматься любыми видами деятельности, не запрещенными законом*, см.: Определение КС РФ от 13 января 2000 г. № 8-О «По жалобе гражданки Маршаковой Екатерины Захаровны на нарушение ее конституционных прав статьей 10 Закона Республики Мордовия «О торговле и оказании услуг населению в Республике Мордовия» и постановлениями Правительства Республики Мордовия «Об аттестации хозяйствующих субъектов в сфере оптовой торговли товарами народного потребления» и «Об аттестации хозяйствующих субъектов в сфере розничной торговли товарами народного потребления на территории Республики Мордовия» (содержится в СПС «Консультант-Плюс»).

²⁵ Заметим, что, по мнению налоговых органов, для изменения и дополнения видов деятельности требуется новая регистрация с уплатой государственного регистрационного сбора. Однако, это указание содержится в документе, не являющимся нормативно-правовым, см.: Методические пособия по учету доходов и расходов физических лиц, занимающихся предпринимательской деятельностью: Утв. Письмом ГНС РФ от 20 февраля 1996 г. № НВ-6-08/112 (содержится в СПС «Консультант-Плюс»). Порядок внесения изменений и дополнений в свидетельство о регистрации регулируется актами органов местного самоуправления. Так, в соответствии с п. 4.11 Инструкции «О порядке государственной регистрации граждан, осуществляющих предпринимательскую деятельность без образования юридического лица», утвержденной Приказом Московской регистрационной палаты от 10 ноября 1998 г. № 231 по заявлению предпринимателя выдается новое свидетельство с сохранением реестрового номера и даты первоначальной регистрации, а ранее выданное возвращается в регистрационную палату. Экземпляр нового свидетельства направляется в налоговую инспекцию по месту учета предпринимателя. В соответствии с п. 6.1 Положения «О порядке регистрации индивидуальных предпринимателей регистрационной палатой администрации г. Иркутска», в случае дополнения видов деятельности производится оформление нового свидетельства, а не новая регистрация. При такой процедуре регистрационный сбор не взимается.

вторых, арбитражный управляющий может быть признан несостоятельным (банкротом) при условиях, в порядке и с последствиями такого признания, установленными для индивидуального предпринимателя (ст. 25 ГК РФ, § 2 гл. IX ЗоН), правовой режим которых более жесткий, нежели для граждан, не имеющих статуса предпринимателя. В-третьих, предприниматель ведет учет осуществляемых им хозяйственных операций, что может обеспечить дополнительную «прозрачность» деятельности такого лица как управляющего²⁶.

По-видимому, учитывая вышеназванные обстоятельства, достоверность нормативного (формального) основания не вызывает сомнений у многих правоприменительных органов. Так, по мнению Министерства финансов РФ, исчисление, удержание и перечисление подоходного налога с сумм вознаграждений, выплачиваемых арбитражным судом внешним и конкурсным управляющим должно производиться в соответствии с порядком, предусмотренным *как с доходов, полученных от предпринимательской деятельности*²⁷, что является логическим следствием п. 1 ст. 19 ЗоН. Следовательно, по мнению финансовых органов, основанием для распространения правового режима налогообложения доходов предпринимателя на вознаграждение арбитражного управляющего является либо признание арбитражного управления предпринимательской активностью, либо, по крайней мере, презумпция такого вывода. Сходную позицию занимают и некоторые судебные органы.

В Арбитражный суд г. Москвы обратилась предприниматель Л. В. Лушников с иском к ФСФО России о признании недействительным отказа в выдаче лицензии арбитражного управляющего второй категории, а также об обязанности ответчика выдать указанную лицензию. Решением суда первой инстанции, оставленным без изменения постановлением апелляционной инстанции, иск был удовлетворен в полном объеме. Однако суд кассационной инстанции, куда обратилась ФСФО России, счел жалобу подлежащей частичному удовлетворению.

Было установлено, что стаж работы, в качестве арбитражного управляющего, необходимый для получения лицензии второй категории, истец обосновал судебными актами Арбитражного суда Архангельской области о назначении его временным и внешним управляющим Вилегодского райпо, конкурсным управляющим ТОО «Березы

²⁶ См.: Порядок учета доходов и расходов и хозяйственных операций для индивидуальных предпринимателей: Утв. Приказом Министерства финансов РФ и Министерства РФ по налогам и сборам от 21 марта 2001 г. № 24н/БГ-3-08/419 // Российская газета. 2001. 19 мая.

²⁷ См.: Письмо Министерства финансов РФ от 19 марта 1998 г. № 04-04-06 (содержится в СПС «Консультант-Плюс»). Хотя этот документ не является нормативно-правовым, тем не менее он довольно четко проясняет позицию органа исполнительной власти и имеет определенный регулятивный потенциал.

России». В обоих случаях назначение производилось по представлению регионального органа ФСФО России, при этом проведение процедур банкротства осуществлялось истцом без соответствующей лицензии. Суд отметил, что ведение предпринимательской деятельности без соответствующей лицензии на основании актов суда не влечет исключение такой деятельности из общего стажа работы в качестве арбитражного управляющего, в связи с чем признал оспариваемый отказ ФСФО России не соответствующим закону и по правилам ст. 13 ГК РФ недействительным. Однако обжалуемые по делу судебные акты в части обязанности ответчика выдать истцу лицензию второй категории были отменены, поскольку суд первой инстанции по существу исследовал только обстоятельства, послужившие основанием для признания ненормативного акта несоответствующим закону, а соответствие соискателя другим требованиям и условиям, предъявляемым законодательством, суд в рамках данного процесса не проверил²⁸.

Применительно к рассматриваемой нами проблеме интерес представляет указание суда на то, что осуществление предпринимательской деятельности без соответствующей лицензии на основании актов суда не влечет исключение такой деятельности из общего стажа работы в качестве арбитражного управляющего. Буквальное толкование мотивировочной части постановления позволяет прийти к следующим выводам. Во-первых, деятельность арбитражного управляющего судом рассматривается как предпринимательская. И это не вызывает каких-либо сомнений. Во-вторых, такая деятельность может при известных условиях осуществляться независимо от наличия соответствующей лицензии на основании судебных актов. Стоит заметить, что законом о несостоятельности такие случаи точно определены, поэтому назначение судом арбитражным управляющим гражданина, не имеющим соответствующей лицензии, в иных случаях, не предусмотренных конкурсным законодательством, не допустимо.

Таким образом, буквальное толкование процессуально правовой нормы, гипотеза и диспозиция которой содержится в п. 1 ст. 19 ЗоН, приводит к выводу о признании предпринимательской правовой природы арбитражного управления, что также явствует из практики некоторых правоприменительных органов.

Обратимся теперь к феноменологическим (содержательным) аспектам арбитражного управления, логика развертывания которых с неизбежностью выводит нас на необходимость сопоставления признаков предприни-

²⁸ См.: Постановление ФАС Московского округа от 25 января 2001 г. Дело № КА-А40/6371-00 (содержится в Интернете по адресу: <http://www.bankr.ru/law/arbit/okruga/moscow/ka-a41-5533-00.html>).

мательской активности и содержания деятельности арбитражного управляющего.

Особенности арбитражного управления как самостоятельной деятельности. Учитывая, что право обладать имуществом и совершать сделки с ним входит в содержание правоспособности гражданина (ст. 18 ГК РФ), а на основании п. 3 ст. 21 ЗоН должник и его кредиторы вправе потребовать от арбитражного управляющего возмещения убытков, причиненных действиями (бездействием) управляющего, нарушающими законодательство РФ, то можно констатировать о его полной имущественной самостоятельности.

Что же касается организационной самостоятельности, то анализ конкурсного законодательства позволяет утверждать следующее. Возможность управляющего в процессе своей деятельности независимо и свободно формировать и проявлять свою волю существенно ограничена решениями собрания (комитета) кредиторов, интересами должника, позицией арбитражного суда и ФСФО России. Действительно, данный признак самостоятельности заключается в том, что предпринимательская деятельность организуется лицом по своему усмотрению, т. е. «своей волей и в своем интересе» (абз. 1 п. 2 ст. 1 ГК РФ) путем принятия самостоятельных управленческих решений, охватывающих вопросы начала ее осуществления, а также определения временных, производственных, технологических, финансовых и иных параметров деятельности. Другими словами, начало предпринимательской деятельности и порядок ее осуществления – есть результат свободного волеизъявления предпринимателя. В этом отношении правовые возможности арбитражного управляющего ограничены следующими обстоятельствами:

- цель деятельности арбитражного управляющего четко определена в законе;
- управляющий назначается арбитражным судом, а в тех случаях, когда назначение временного управляющего производится из числа зарегистрированных в суде кандидатур, невозможность отказа со стороны лицензиата презюмируется, что следует из системного толкования п. 4 ст. 19 и п. 1 ст. 59 ЗоН (более того, временный управляющий вправе обратиться в арбитражный суд с ходатайством об освобождении его от исполнения обязанностей управляющего *только при наличии уважительных причин* (п. 4 ст. 59 ЗоН), а не по «собственному желанию»)²⁹;

²⁹ Еще более категорична судебная практика по данному вопросу. По мнению ФАС Северо-Западного округа, в случае, когда назначается *конкурсный управляющий* из числа зарегистрированных в суде *его согласия для назначения на должность не требуется* (Дело № 1363.), см.: Почечуев И. П. Дела о несостоятельности (банкротстве) (Обобщение судебно-арбитражной практики Федерального арбитражного суда Северо-Западного округа) // Арбитражные споры. 2000. № 2. Принимая во внимание п. 1 ст. 99 ЗоН.

- определения суда о назначении внешнего и конкурсного управляющего могут быть обжалованы (п. 4 ст. 72, п. 1 ст. 99 ЗоН);
- необоснованный неоднократный отказ лицензиата от назначения его арбитражным управляющим является основанием принятия решения лицензирующим органом о приостановлении действия лицензии (п. 28 Положения о надзоре³⁰);
- внешний управляющий может быть освобожден судом от исполнения своих обязанностей по разным основаниям и в том числе на основании решения собрания кредиторов (п. 1 ст. 73 ЗоН), но даже тогда, когда освобождение производится «по собственному желанию», оно оформляется соответствующим определением суда, которое, кстати, может быть обжаловано;
- при осуществлении своих прав и обязанностей арбитражный управляющий обязан действовать добросовестно и разумно с учетом интересов должника и его кредиторов (п. 3 ст. 20 ЗоН).

Последнее обстоятельство находит свое развитие в других нормах конкурсного законодательства: разработанный управляющим план внешнего управления подлежит утверждению собранием кредиторов (абз. 1 п. 1 ст. 82, 83 ЗоН), которое может принять решение об отклонении плана и отстранении управляющего с одновременным утверждением новой кандидатуры (п. 4 ст. 83 ЗоН) и др.

Думается, что при известной степени условности объем экономической самостоятельности предпринимателя определятся не только с точки зрения наличия имущества и (или) свободы воли, но и с позиции автоно-

согласно которому конкурсный управляющий назначается в порядке, установленном для назначения внешнего, следует вывод о том, что назначение внешнего управляющего из числа зарегистрированных в суде также не сопряжено с необходимостью учета его согласия. По нашему мнению, эта позиция суда не основана на законе. Действительно, статьи ЗоН, посвященные порядку назначения временного и внешнего (конкурсного) управляющих из числа зарегистрированных в суде, почти дословно повторяют друг друга. Между тем имеются свои особенности, заключающиеся, в частности, в том, что при назначении временного управляющего его кандидатура предлагается ФСФО России по запросу суда только *при отсутствии* зарегистрированных в суде *управляющих* (п. 1 ст. 59). Думается, что при наличии хотя бы одного зарегистрированного управляющего, соответствующего требованиям ст. 19, обратиться с соответствующим запросом в ФСФО России суд не вправе, что также следует из содержания Письма ВАС РФ от 28 июля 1999 г. № С4-7/УП-848 «О некоторых вопросах назначения арбитражных управляющих» (Вестн. ВАС РФ, 1999, № 11). При назначении внешнего (конкурсного) управляющего возможные кандидатуры предлагаются ФСФО России только *при отсутствии возможности* назначить внешнего (конкурсного) управляющего из числа, зарегистрированных в суде (абз. 2 п. 5 ст. 71). Очевидно, что «отсутствие возможности» – более широкое основание, чем «отсутствие лиц». Однако каких-либо общих критериев невозможности назначения закон не предлагает. Представляется, что возможность назначения кандидата в арбитражные управляющие не исчерпывается требованиями ст. 19, а подлежит распространительному толкованию. Учитывая социально-экономическую значимость и возможные негативные последствия при проведении внешнего управления и конкурсного производства, согласие лица осуществлять эти процедуры является безусловным.

³⁰ Положение об осуществлении сотрудниками Федеральной службы России по финансовому оздоровлению и банкротству надзора за деятельностью арбитражных управляющих: Утв. Распоряжением ФСФО России от 27 августа 1999 г. № 23-р // Российская газета. 1999. 3 нояб.

мни финансирования деятельности хозяйствующего субъекта, суть которой состоит в наличии независимых источников обеспечения денежными средствами потребностей расширенного воспроизводства³¹. Очевидно, что полное самофинансирование исключает какое-либо экзогенное влияние на деятельность хозяйствующего субъекта и, наоборот – преобладающая доля государственного, коммерческого или банковского финансирования хозяйствующего субъекта создает предпосылки, при которых становится возможным определять его управленческие решения, а потому деятельность таких лиц с экономических позиций не может быть абсолютно самостоятельной.

Учитывая данное обстоятельство, арбитражное управление имеет свою специфику. Дело в том, что финансовым источником деятельности арбитражного управляющего, как правило, является имущество должника, что, безусловно, не исключает иного. Так, управляющий вправе привлекать для обеспечения осуществления своих полномочий на договорной основе иных лиц с оплатой их деятельности из средств должника, если иное не установлено ЗоН или соглашением с кредиторами (п. 1 ст. 20, п. 3 ст. 22 ЗоН). Кроме того, расходы на выплату вознаграждения самому арбитражному управляющему также относятся на имущество должника и возмещаются за счет этого имущества вне очереди (п. 1 ст. 54 ЗоН). Логичным следствием данного обстоятельства является ограничение правовых возможностей арбитражного управляющего в действующем конкурсном законодательстве. Проиллюстрируем сказанное примером из арбитражной практики.

Временный управляющий ОАО «Баковский завод резиновых изделий» П. В. Федулов заключил договор с некоммерческим партнерством «Российское сообщество независимых экспертов и антикризисных управляющих», по условиям которого последний обязался оказать консультационные услуги по вопросам практики реализации процедуры наблюдения.

В последствии при рассмотрении дела о несостоятельности (банкротстве) временный управляющий заявил ходатайство об оплате услуг привлеченных специалистов. Суд отклонил данное ходатайство, сославшись на то, что временный управляющий, привлекая специалистов для обеспечения своей деятельности, действовал неразумно, без учета интересов должника и кредиторов. Также указывалось на то, что кредиторы не дали согласия на оплату этой суммы.

³¹ Механизм правового регулирования финансирования предпринимательской деятельности рассматривается в следующих работах: Еришова И. В. Имущество и финансы предприятия. Правовое регулирование: Учебно-практическое пособие. М., 1999. С. 161-180; Хозяйственное право. Курс лекций: Учебник для вузов. Т. 2 / Отв. ред. В. С. Мартемьянов. М., 1994. С. 196-225 (автор раздела – И. В. Еришова).

Суд кассационной инстанции оставил без изменения определение арбитражного суда в части отказа в оплате услуг по договору, а кассационную жалобу временного управляющего без удовлетворения. Доводы суда сводились к следующему.

В материалах дела имелись акты, свидетельствующие о том, что некоммерческое партнерство «Российское сообщество независимых экспертов и антикризисных управляющих» предоставило консультационные услуги по вопросам практики проведения наблюдения, направления уведомлений кредиторам о возбуждении дела о несостоятельности, составления и ведения реестра требований кредиторов, отнесения заявленных требований кредиторов к числу установленных, подготовки и проведения первого собрания кредиторов, предварительного анализа финансового состояния и результатов хозяйственной деятельности должника, оценки возможности восстановления платежеспособности, целесообразности подачи различных заявлений и ходатайств. Из протокола собрания кредиторов следовало, что специалисты указанного партнерства привлекались временным управляющим для участия в первом собрании кредиторов с целью разъяснения вопросов, поднимаемых кредиторами. П. В. Федулов подтвердил, что отчет временного управляющего по существу составлен на основе данных, представленных во исполнение указанного договора.

По мнению суда, это свидетельствовало о том, что фактически специалисты привлекались не для выполнения отдельных поручений временного управляющего. П. В. Федулов по существу переложил выполнение своих обязанностей, оплачиваемых за счет средств должника, на иных лиц, требуя при этом оплату и их труда³².

Таким образом, говорить о полной самостоятельности арбитражного управляющего нельзя, поскольку он не обладает всей полнотой господства над предприятием, свобода его усмотрения во многом ограничивается волей отдельных субъектов, участвующих в деле о банкротстве. В частности, это находит свое выражение в существовании исключительной компетенции собрания (комитета) кредиторов, в ограничении полномочий управляющего со стороны судебных и лицензирующих органов. С другой стороны, нельзя признать арбитражное управление абсолютно несамостоятельной деятельностью, что прямо следует из системного толкования норм конкурсного законодательства (ст. 20, 59, 61, 73, 74, п. 2 ст. 75, 76, 77, 79, 82, п. 10, 11 ст. 86, 87, 88, 90, п. 2 ст. 91, 94, 100-102, п. 1 ст. 104, п. 1, 4

³² См.: Постановление ФАС Московского округа от 17 февраля 1999 г. Дело № КА-А41/280-99 (содержится в Интернете по адресу: <http://www.bankr.ru/law/arbit/okruga/moscow/280.html>).

ст. 105, п. 1, 3 ст. 112, п. 1 ст. 113, п. 1, 6 ст. 114, 115, 117, п. 1 ст. 118, п. 2 ст. 119 ЗоН)³³. По-видимому, *самостоятельность арбитражного управляющего является ограниченной*, объем которой зависит от процедур банкротства. Так, деятельность конкурсного управляющего в значительной степени формализована и подчинена конкретной цели – наиболее справедливому удовлетворению требований кредиторов. Напротив, правовое положение временного и внешнего управляющих предполагает совершение относительно самостоятельных действий, в значительно меньшей степени связанных решениями иных органов (в том числе и арбитражного суда).

Признание относительного характера самостоятельности арбитражного управляющего может вызвать известные сложности в процессе правоприменения. Так, к примеру, Е. Б. Хохлов, исследуя механизм правового регулирования смежного института – наемного управляющего, пришел к выводу о том, что труд таких субъектов является пограничной формой между самостоятельным и служебным трудом³⁴. Думается, однако, что данный вывод не может быть распространен на деятельность арбитражного управляющего. Напротив, ограниченный объем самостоятельности еще не означает его полного отсутствия; арбитражный управляющий, согласно действующему законодательству, не вступает в трудовые отношения ни с должником, ни с назначившим его арбитражным судом, в силу чего он имеет право на получение вознаграждения, а не заработной платы в размере и порядке, предусмотренных ст. 22 и 54 ЗоН. Поэтому ФАС Северо-Западного округа обоснованно пришел к выводу о том, что при рассмотрении споров о правильности исчисления размера вознаграждения, суд должен исходить из норм ГК РФ³⁵.

Особенности арбитражного управления как деятельности, осуществляемой на свой риск. Арбитражное управление имеет рисковый характер. Анализируя деятельность арбитражного управляющего с позиций субъективной теории риска, следует отметить следующее. Во-первых, риск связан с психикой индивида, что выражается в том, что управляющий при осуществлении своей деятельности не только допускает преимущественно случайный результат и связанные с ним отрицательные последствия, но и выбирает модель поведения и принимает решение с целью достижения оптимального исхода в ситуации, не исключая наступление нежелаемого

³³ Данный вывод подтверждается и судебной практикой. Так, при рассмотрении дела в кассационной инстанции суд правомерно указал: «...арбитражный управляющий выполняет свои функции самостоятельно с момента назначения, что означает невозможность осуществления тех же функций другим лицом». См.: Постановление ФАС Московского округа от 25 августа 2000 г. Дело № КГ-А41/3725-00 (содержится в Интернете по адресу: <http://www.bankr.ru/law/arbitr/okrug/moscow/3725.html>).

³⁴ См.: Хохлов Е. Б. Правовое регулирование труда в современных условиях: проблемы теории и практики: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. СПб., 1992. С. 18.

³⁵ Постановление ФАС Северо-Западного округа от 28 сентября 1999 г. Дело № А56-9692/99 (содержится в Интернете по адресу: <http://www.kodeks.net>).

результата (субъективный момент). Во-вторых, деятельность управляющего характеризуется наличием альтернатив, каковыми могут быть возможная неудача, отрицательные нежелательные последствия или, напротив, вероятность достижения необходимого результата. Данный вывод подтверждается содержанием отдельных норм конкурсного законодательства, предусматривающих вариантность действий суда и арбитражного управляющего в зависимости от результатов арбитражного управления (п. 4 ст. 83, п. 3 ст. 91, ст. 92 и др.). В-третьих, рисковый характер арбитражного управления основан и на объективных категориях, связанных с тем, что психическое регулирование реализуется в объективном волевом акте. Однако при этом риск не сводится лишь к объективным последствиям, опасности или ситуации, таящей возможные отрицательные последствия.

Помимо общих признаков риск деятельности арбитражного управляющего имеет свои особенности. Во-первых, арбитражный управляющий в большинстве случаев допускает преимущественно случайный результат и как следствие возможные отрицательные последствия не в отношении собственного имущества, а, как правило, в отношении имущества управляемого должника. Таким образом, выбор поведения управляющим будет детерминирован несколько иными мотивами, нежели в обычной ситуации. При этом закрепление в законе императивной нормы о том, что арбитражный управляющий обязан действовать добросовестно и разумно с учетом интересов должника и его кредиторов (п. 3 ст. 20 ЗоН) еще не девальвирует сказанное. Во-вторых, единый процесс регулирования поведения в соответствии с выбором определяется не только самим управляющим, но и другими участниками процедур банкротства. В-третьих, риск как сознательно-волевая деятельность субъекта предполагает стремление добиться оптимального результата, о чем уже отмечалось выше. Однако положительный исход арбитражного управления должен возникнуть, прежде всего, на стороне должника и (или) его кредиторов. Управляющий при банкротстве хотя и является относительно независимой фигурой, однако не имеет права на осуществление действий, направленных на получение личной имущественной выгоды, при проведении процедур банкротства. Позитивным итогом для управляющего может явиться – психологическое удовлетворение, возможность профессионального роста, получение строго фиксированного вознаграждения и др. При этом получение управляющим дополнительного вознаграждения, выплачиваемого по результатам его деятельности, что предусмотрено в бланкетной норме, содержащейся в п. 2 ст. 22, действующим законодательством пока не урегулировано.

Судебная практика в настоящее время такова, что делает невозможным реализацию упомянутой нормы. Так, по мнению ФАС Московского округа, судебный акт, содержащий оценку деятельности конкурсного

управляющего (что совершенно необходимо для реализации нормы п. 2 ст. 22), обжалуем, поскольку этим затрагиваются права арбитражного управляющего, имеющего статус предпринимателя. Действия суда по оценке деятельности конкурсного управляющего по своей инициативе не отвечают требованиям закона³⁶. В подобной ситуации арбитражный суд, при рассмотрении отчета конкурсного управляющего и установлении невыполнения им своих обязанностей (в случае неутверждения отчета), вправе по собственной инициативе отстранить конкурсного управляющего и назначить нового. Как указал ФАС Поволжского округа, назначение нового конкурсного управляющего суду следует провести в соответствии с требованиями законодательства о банкротстве, согласно которому кандидатура конкурсного управляющего должна быть предложена собранием кредиторов, что требует от суда соответствующего анализа и оценки протоколов собраний кредиторов³⁷.

Учитывая, что в легальном определении предпринимательской деятельности указывается на то, что таковая осуществляется «на свой риск» (что в рамках субъективной концепции риска является внешним выражением самостоятельности), то можно констатировать, что рисковый характер деятельности выступает в качестве родовой характеристики любой свободной (независимой) деятельности. Поэтому риск – есть необходимый, но вовсе не достаточный признак предпринимательской деятельности. Вопрос о том несет ли арбитражный управляющий предпринимательский риск произведен от характера осуществляемой им деятельности. Признание деятельности предпринимательской *a priori* признает предпринимательский (коммерческий) характер риска.

Правовая природа денежного вознаграждения арбитражного управляющего. При исследовании данного вопроса показательным является дело из практики ФАС Волго-Вятского округа.

Арбитражный управляющий М. С. Фотиев обратился в налоговый орган с заявлением о выдаче патента на право применения упрощенной системы налогообложения, учета и отчетности как субъекту малого предпринимательства по виду деятельности – «арбитражное управление». Решением от 10 декабря 1999 г. № 13 инспекцией Министерства РФ по налогам и сборам по Эжвинскому району г. Сыктывкара ему было отказано в выдаче патента по указанному виду деятельности, поскольку, по мнению налогового органа, возна-

³⁶ См.: Постановление ФАС Московского округа от 16 марта 2000 г. Дело № КА-А40/1003-00 (содержится в Интернете по адресу: <http://www.bankr.ru/law/arbit/okruga/moscow/1003.html>). На недопустимость оценки деятельности временного управляющего арбитражным судом указано в другом судебном постановлении, см.: Постановление ФАС Московского округа от 7 июня 2000 г. Дело № КА-А40/2188-00 (содержится в Интернете по адресу: <http://www.bankr.ru/law/arbit/okruga/moscow/ka-a40-2188-00.html>).

³⁷ См.: Постановление ФАС Поволжского округа от 25 мая 2000 г. Дело № 188/19 (содержится в Интернете по адресу: <http://www.bankr.ru/law/arbit/okruga/povol/188-19.html>).

граждение арбитражного управляющего не может рассматриваться как доход от предпринимательской деятельности. Предприниматель попытался обжаловать названное решение в судебном порядке. Однако Арбитражный суд Республики Коми, куда обратился предприниматель, решением от 4 мая 2000 г. отказал в удовлетворении иска. В апелляционной инстанции дело не рассматривалось. ФАС Волго-Вятского округа, рассмотрев кассационную жалобу индивидуального предпринимателя, не нашел оснований для отмены обжалуемого решения³⁸.

Доводы суда сводились к тому, что в деятельности арбитражного управляющего отсутствуют основные признаки предпринимательской деятельности, предусмотренные ст. 2 ГК РФ. Во-первых, было указано, что целью деятельности арбитражного управляющего является проведение процедур банкротства и осуществление иных полномочий, установленных ЗоН, а не извлечение прибыли. Во-вторых, на основе анализа ст. 22 ЗоН был сделан вывод о том, что «арбитражный управляющий не имеет возможности самостоятельно устанавливать размер своего вознаграждения и каким-либо образом влиять на порядок его выплаты. Доход носит фиксированный характер и не является доходом от предпринимательской деятельности».

Между тем отдельными финансовыми органами и их представителями были высказаны иного рода суждения по поводу правового режима денежного вознаграждения арбитражного управляющего, о чем свидетельствуют многочисленные разъяснения и консультации³⁹, приводимые в справочно-правовой системе (СПС) «Консультант-Плюс», суть которых заключается в следующем.

Во-первых, по мнению финансовых органов, исчисление, удержание и перечисление подоходного налога с сумм вознаграждений, выплачиваемых арбитражным судом арбитражным и конкурсным управляющим, должно производиться в таком же порядке как с доходов, полученных от предпринимательской деятельности⁴⁰. Налогообложение доходов такой категории налогоплательщиков производят налоговые органы, и арбитражным управляющим предъявляются требования об уплате авансовых платежей, а по окончании года они обязаны подавать декларацию о совокупном годовом доходе. В соответствии с действующим законодательством удержание подоходного налога по месту осуществления арбитражного управления у

³⁸ См.: Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 16 августа 2000 г. Дело № А 29-1168/00А (содержится в Интернете по адресу: <http://www.bankr.ru/law/arbit/okruga/vv/vva29-1168-00a.html>).

³⁹ Безусловно, такого рода документы не являются нормативно-правовыми, а носят индивидуальный правовой характер.

⁴⁰ См.: Письмо Министерства финансов Российской Федерации от 19 марта 1998 г. № 04-04-06 06 (содержится в СПС «Консультант-Плюс»).

источника получения доходов у таких индивидуальных предпринимателей не производится⁴¹.

Во-вторых, арбитражные управляющие имеют статус индивидуально-го предпринимателя, поэтому они обязаны регистрироваться в Пенсионном фонде РФ как плательщик страховых взносов и самостоятельно уплачивать их в те сроки, по тем тарифам и в том порядке, которые установлены законодателем для данной категории плательщиков⁴².

В-третьих, арбитражные управляющие *не осуществляют передачу результатов выполненных работ и не оказывают услуг какому-либо лицу*, в связи с чем обязанности по уплате налога с продаж и налога на добавленную стоимость с сумм получаемого денежного вознаграждения у них не возникает⁴³.

В-четвертых, в зависимости от выполняемых арбитражным управляющим функций расходы по оплате его вознаграждения будут иметь различное отражение в бухгалтерском учете. Начисление вознаграждения временному и внешнему управляющему относится на себестоимость произведенной продукции (работ, услуг) как затраты, связанные с управлением производством. Вознаграждение конкурсного управляющего относится на уменьшение конкурсной массы⁴⁴.

Таким образом, позиция финансовых органов состоит в признании денежного вознаграждения управляющего предпринимательским доходом, который, с одной стороны, не считается доходом (выручкой) от выполнения работ или оказания услуг, а с другой – нигде не называется прибылью. Симптоматично, что подобную позицию занимают также некоторые судебные органы.

Конкурсный управляющий А. К. Барабанов обратился в Арбитражный суд Республики Карелия с иском к инспекции МНС РФ по г. Петрозаводску о признании недействительным решения о взыскании штрафа по ст. 119 НК РФ за нарушение срока представления расчетов по налогу с продаж. Арбитражный суд иск удовлетворил,

⁴¹ Данное суждение консультанта Н. А. Шороховой (советник налоговой службы I ранга) содержится в СПС «Консультант-Плюс».

⁴² Данное суждение консультантов Г. С. Перовой и З. М. Селивановой (Пенсионный фонд РФ) содержится в СПС «Консультант-Плюс».

⁴³ Данное суждение консультанта О. С. Думинской (советник налоговой службы III ранга) содержится в СПС «Консультант-Плюс». Аналогичная позиция приводится в Письме Управления МНС по г. Москве от 11 февраля 2000 г. № 09-11/3407 (содержится в Интернете по адресу <http://www.bankrotstvo.ru>), а также в Письме МНС РФ от 16 июля 2001 г. № 03-3-06/2015/22-Ф197 (Аудиторские ведомости, 2001, № 8). Примечательно, что такую позицию занимали не все налоговые органы. Так, по мнению Управления Министерства РФ по налогам и сборам по Рязанской области (см.: Письмо от 6 июня 2001 г. № 06-15-21910), содержащееся в Интернете по адресу <http://www.bankrotstvo.ru>), с 1 января 2001 года у арбитражных управляющих возникала обязанность по уплате налога на добавленную стоимость.

⁴⁴ Письмо Министерства финансов Российской Федерации от 2 февраля 2000 г. № 04-02-04/1 (содержится в СПС «Консультант-Плюс»). Такую же позицию занимает аудитор О. Н. Прохорова (Главный бухгалтер, 2000, № 13).

придя к выводу, что А. К. Барабанов, являясь конкурсным управляющим, не относится к плательщикам налога с продаж, в связи с чем не обязан представлять в налоговую инспекцию расчет по указанному налогу. Апелляционная инстанция решение суда оставила без изменения.

В кассационной жалобе в ФАС Северо-Западного округа налоговая инспекция просила отменить судебные акты в связи с неправильным применением судами норм материального права и принять новое решение об отказе в иске.

Суд кассационной инстанции пришел к следующему выводу. Во-первых, конкурсный управляющий назначается арбитражным судом не для оказания услуг обанкротившемуся должнику, а для выполнения обязанностей, возложенных на него федеральным законом (ст. 99, 101 ЗоН). Во-вторых, налог с продаж исчисляется от цены товара, а вознаграждение конкурсному управляющему устанавливается и выплачивается в размере, определяемом собранием кредиторов и утверждается арбитражным судом (ст. 22 ЗоН) без указанного налога. Таким образом, выводы суда первой и апелляционной инстанций о том, что конкурсный управляющий не является плательщиком налога с продаж, поскольку выплачиваемое ему вознаграждение не является объектом этого налога, являются, по мнению суда кассационной инстанции, законными и обоснованными. С учетом изложенного суд не нашел оснований для удовлетворения жалобы налоговой инспекции⁴⁵.

На наш взгляд, анализ действующего российского законодательства не позволяет с достаточной определенностью сделать вывод о том, является ли доход арбитражного управляющего предпринимательским. При первом приближении можно констатировать, что денежное вознаграждение управляющего – есть обобщающий показатель финансовых результатов осуществляемой им предпринимательской деятельности, что формально следует из содержания п. 1 ст. 19 ЗоН. Однако при дальнейшем углубленном изучении механизма правового регулирования отношений, связанных с арбитражным управлением, следует вывод об отсутствии специфических признаков прибыли при получении денежного вознаграждения, что подтверждает, в частности, позиция ФАС Волго-Вятского округа, которая может быть усилена за счет следующих аргументов⁴⁶.

⁴⁵ Постановление ФАС Северо-Западного округа от 5 декабря 2000 г. Дело № А26-2365/00-02-07/120 (сохраняется в Интернете по адресу <http://www.kodeks.net>).

⁴⁶ Сторонниками предпринимательского характера арбитражного управления также отмечается неоднозначный характер юридической природы денежного вознаграждения арбитражного управляющего (см.: Мухачев И. Ю. Указ. соч. С. 29).

Во-первых, с позиций системного подхода, проведение процедур банкротства и осуществление иных полномочий, установленных законом о несостоятельности как цель деятельности арбитражного управляющего – есть конституирующий (системообразующий, интегративный) признак, задающий конечное состояние системы арбитражного управления. Признание предпринимательского характера деятельности управляющего потребовало бы закрепить в законе несколько иную цель – извлечение прибыли путем осуществления процедур банкротства, если законом не предусмотрено иное. Это сделало бы, в частности, возможным получение управляющим определенного процента от каждой эффективно совершенной им сделки, создало бы условия для личной материальной заинтересованности, что могло, в свою очередь, нарушить другой основополагающий принцип конкурсного права, согласно которому арбитражный управляющий должен действовать с учетом интересов должника и его кредиторов. Действующее конкурсное законодательство справедливо ограничивает имущественный (материальный) интерес арбитражного управляющего исключительно получением денежного вознаграждения, правовой режим которого определен ст. 22 ЗоН.

Во-вторых, цель предпринимательской деятельности заключается в систематическом получении прибыли, но это вовсе не означает, что ее наличие есть неотъемлемый атрибут такой активности. Напротив, доктрина и судебная практика едины в одном: отсутствие прибыли не служит основанием для вывода о том, что такая деятельность не относится к предпринимательской⁴⁷. Правовое регулирование выплаты денежного вознаграждения арбитражному управляющему основывается на таких принципах как *публичность, гарантированность получения и нормирование размера выплат*, что нехарактерно для предпринимательской деятельности.

Публичность заключается в том, что размер вознаграждения либо определяется собранием кредиторов с последующим утверждением арбитражным судом, либо непосредственно устанавливается арбитражным судом (абз. 1 п. 1 ст. 22). В любом случае в определении суда о назначении лица арбитражным управляющим указывается размер его вознаграждения, следовательно, такая информация является доступной для всех лиц, участвующих в деле о банкротстве.

Принцип гарантированности получения реализуется в следующих нормах конкурсного законодательства, носящих, как правило, бланкетный характер. Федеральными законами и иными правовыми актами может быть определен *минимальный* размер вознаграждения (абз. 2 п. 1 ст. 22).

⁴⁷ См.: *Ровный В. В.* Гражданско-правовая природа предпринимательства... С. 28-31; п. 12 Обзора Судебной коллегии по гражданским делам ВС РФ «Некоторые вопросы судебной практики по гражданским делам» (Бюл. ВС РФ. 1997. № 10). Подчеркнем, что мы придерживаемся противоположной позиции.

При этом в целях обеспечения дополнительных гарантий арбитражный управляющий вправе заключить договор со специализированным фондом при ФСФО России, гарантирующий получение им этого минимального вознаграждения (п. 4 ст. 22). Немаловажное значение для реализации рассматриваемого принципа имеет и тот факт, что расходы, связанные с выплатой вознаграждения управляющим удовлетворяются вне очереди (п. 1 ст. 54, п. 1 ст. 106). Иной порядок распределения подобных расходов может быть установлен только мировым соглашением. Надо заметить, что в случае отсутствия или недостаточности имущества у должника для возмещения судебных расходов и денежного вознаграждения управляющего, субъектами таких внеочередных выплат могут являться кредиторы должника, что должно быть установлено в решении или определении суда, принятых по результатам рассмотрения дела о банкротстве (п. 3 ст. 54). При этом все другие внеочередные требования при таких обстоятельствах будут считаться погашенными. Кроме того, следует учитывать, что в период приостановления производства по делу о банкротстве за арбитражным управляющим сохраняется право на получение вознаграждения⁴⁸. Таким образом, требования арбитражного управляющего о выплате ему вознаграждения носят *бесспорный характер*, что делает, например, невозможным взыскание известной денежной суммы в рамках искового производства в случае ее недоплаты или невыплаты⁴⁹.

Между тем позиция Арбитражного суда Республики Хакасия, выраженная в одном из рассмотренных им дел, дает основание сделать противоположный вывод. Так, по мнению суда, вознаграждение арбитражного управляющего подлежит выплате *только за надлежащее исполнение им своих обязанностей*⁵⁰. Обоснованность такого положения представляется весьма спорным. Во-первых, системное толкование отдельных норм ЗоН позволяет утверждать, что право управляющего получать вознаграждение не обусловлено какими-либо качественными результатами его деятельности (абз. 4 п. 1 ст. 20, п. 1, 4 ст. 22.). Более того, закон гарантирует получение управляющим вознаграждения хотя бы в минимальном размере при любых обстоятельствах. Во-вторых, лишение права на вознаграждение

⁴⁸ См. пункт 7 О некоторых вопросах применения в судебной практике Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)»: Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 14 июня 2001 г. № 64 (Вестн. ВАС РФ, 2001, № 9).

⁴⁹ См.: Постановление ФАС Уральского округа от 15 декабря 1999 г. Дело № Ф09-1640/99ГК (содержится в Интернете по адресу: <http://www.bankr.ru/law/arbit/okruga/ural/uo-fo9-1640-99gk.html>).

⁵⁰ См.: п. 27 Информационного письма Президиума Арбитражного суда Республики Хакасия от 28 августа 2000 г. № 3 «О некоторых вопросах практики применения Арбитражным судом Республики Хакасия Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)» при рассмотрении жалоб на действия арбитражных управляющих по делам о несостоятельности (банкротстве)» (Вестн. ВАС РФ, 2000, № 11).

можно рассматривать как санкцию за недолжное поведение, однако в законе такого рода имущественные обременения не предусмотрены⁵¹.

Принцип нормирования размера выплат заключается в том, что федеральное законодательство может устанавливать не только минимальный, но и *максимальный* размер вознаграждения. Вознаграждение предполагает две составляющие – фиксированную часть, выплачиваемую ежемесячно, и дополнительную часть, выплачиваемую единовременно по результатам его деятельности. Таким образом, реализация упомянутых принципов делает процедуру выплаты вознаграждения прозрачной и безусловной.

В-третьих, арбитражный управляющий, по сути, лишен возможности объективно влиять на определение размера своего вознаграждения. Так, согласие лица, зарегистрированного в суде, на его назначение временным управляющим не требуется. В этом случае суд самостоятельно определяет сложность и трудоемкость предстоящей работы и в своем определении утверждает размер вознаграждения. И только наличие уважительных причин дает основание управляющему обратиться в суд с ходатайством об освобождении его от исполнения обязанностей временного управляющего. Очевидно, что низкий размер вознаграждения уважительной причиной являться не может. По общему правилу кандидатуру внешнего и конкурсного управляющего предлагает собрание кредиторов, в этом случае кандидат имеет возможность обусловить свое согласие на назначение определенным размером вознаграждения. Однако конкретную сумму устанавливает суд, который может не согласиться с предложением собрания кредиторов.

Обобщение практики дел о несостоятельности свидетельствует, что арбитражные суды все чаще стали снижать сумму вознаграждения арбитражных управляющих, установленную собраниями кредиторов. По мнению некоторых арбитражных управляющих, наше общество рискует оказаться без высокопрофессиональных управленческих кадров, место которых займут «бабушки» и «дедушки», которым прибавка к пенсии в размере 10 000 рублей будет являться разве что дополнительным стимулом на покупку бальзама «Биттнер»⁵². Оставляя в стороне иронические суждения управляющих, заметим, что проблема достойной оплаты профессионального труда арбитражных управляющих должна быть решена, и, прежде всего, путем принятия комплекса специальных нормативных документов, ссылки на которые содержатся в ЗоН. Между тем ФАС Уральского округа занял такую позицию, согласно которой действующее законодательство не

⁵¹ Такую же позицию занимает ФАС Волго-Вятского округа. По его мнению, нормы ЗоН *не предоставляют суду право лишать* арбитражного управляющего *вознаграждения* за период его деятельности в случае ненадлежащего исполнения возложенных на него обязанностей, см.: Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 23 мая 2000 г. Дело №214/23/7 (содержится в Интернете по адресу <http://www.bankr.ru>).

⁵² Содержится в Интернете по адресу: <http://www.bankrotstvo.ru>.

предоставляет арбитражному суду право уменьшать размер вознаграждения арбитражному управляющему, определенный собранием кредиторов⁵³. Полагаем, что данный вывод суда следует считать ошибочным. В соответствии с абз. 1 п. 1 ст. 22 ЗоН возможно два варианта установления размера вознаграждения арбитражного управляющего: (1) собрание кредиторов определяет конкретный размер, а суд его утверждает; (2) конкретный размер вознаграждения непосредственно утверждается судом. Очевидно, что во втором случае судебное утверждение размера вознаграждения предполагает оценку трудоемкости и сложности предстоящей работы, определение конкретного размера и собственно утверждение путем вынесения соответствующего определения. Думается, что и в первом случае предусматривается тот же самый смысл судебного утверждения.

Специфичен правовой режим денежного вознаграждения, которое причитается государственному управляющему, осуществлявшему функции арбитражного управляющего. Указанные суммы зачисляются в бюджеты ФСФО России или его территориальных органов в качестве средств, полученных от предпринимательской и иной приносящей доход деятельности⁵⁴, а соответствующий работник сохраняет за собой право на получение заработной платы по месту основной работы.

Особенности легитимации арбитражного управления. В отношении арбитражных управляющих конкурсное законодательство предусматривает три формы легитимации – государственную регистрацию в качестве индивидуального предпринимателя, лицензирование и специальную регистрацию в арбитражном суде. В тридцатидневный срок с момента выдачи лицензии управляющие обязаны зарегистрироваться как минимум в одном арбитражном суде, уведомив об этом ФСФО России в течение 15 дней⁵⁵, и могут приступить к осуществлению своих полномочий только с момента вынесения судебного решения (определения) о их назначении.

Суд вправе *по своей инициативе* отстранить управляющего от исполнения им своих обязанностей за ненадлежащее исполнение или их неисполнение, что, в сущности, представляет собой форму судебного надзора за ходом проведения процедур банкротства. Такое суждение основывается на толковании п. 2 ст. 21 ЗоН, а также подтверждается правоприменитель-

⁵³ См.: Постановление ФАС Уральского округа от 14 декабря 1999 г. Дело № Ф09-1637/99ГК (содержится в Интернете по адресу: <http://www.bankrotstvo.ru>).

⁵⁴ См.: абз. 2 п. 3 ст. 179 ЗоН, Приказ ФСФО России от 18 сентября 2000 г. № 301 «О зачислении и расходовании средств, поступающих в качестве вознаграждения арбитражных управляющих» (Вестн. ФСФО России, 2000, № 10).

⁵⁵ См.: пп. «г» и «д» п. 27 Положения о лицензировании деятельности физических лиц в качестве арбитражных управляющих: Утв. Постановлением Правительства РФ от 25 декабря 1998 г. № 1544 (СЗ РФ, 1999, № 1, ст. 194). Далее – Положение Правительства РФ № 1544.

ной практикой⁵⁶. К сожалению, правовая наука до сего времени не сумела выработать бесспорной точки зрения по данному вопросу. Так, если одни правоведы признают в данном случае право самостоятельной судебной инициативы безусловным, то другие, напротив, убеждены в необходимости его опосредования соответствующими обращениями заинтересованных лиц⁵⁷. Думается, что отстранение судом арбитражного управляющего не следует рассматривать исключительно с точки зрения осуществления защиты нарушенных или оспариваемых прав и законных интересов отдельных лиц, ибо в противном случае, действительно, данное правомочие суда могло быть реализовано только при обращении заинтересованных лиц. Между тем управляющий, по нашему мнению, может быть отстранен судом и при других обстоятельствах (после рассмотрения отчета конкурсного управляющего, при выявлении обстоятельств, препятствовавших назначению лица внешним управляющим (абз. 4 п. 1 ст. 73) и др.). Здесь же отметим, что назначение нового управляющего суду следует производить в строгом соответствии с требованиями конкурсного законодательства, согласно которому, например, кандидатура внешнего или конкурсного управляющего должна быть предложена собранием кредиторов.

Лицензирование деятельности арбитражных управляющих прекращается 8 февраля 2002 года в соответствии с п. 2 ст. 18 и ч. 1 ст. 20 нового закона о лицензировании. По мнению разработчиков закона, причиной отмены является то, что государственное регулирование арбитражного управления может и должно осуществляться другими методами, а именно: государственной регистрацией, установлением обязательных профессиональных требований, а также требований по ограничению на осуществление этой деятельности. Кроме того, отмечалось и то, что назначение управляющих отнесено к компетенции арбитражных судов⁵⁸.

Обоснованность такого рода суждений представляется весьма надуманной и спорной. Полагаем, что в конечном итоге, отмена лицензирования арбитражного управления будет иметь больше негативных, нежели позитивных последствий. Так, у арбитражных судов появятся несвойственные им функции административного надзора за соблюдением управляющими условий их назначения. Суду потребуются каждый раз выяснять такие сведения об арбитражных управляющих как: факт аннулирования го-

⁵⁶ См.: п. 26 Информационного письма Президиума Арбитражного суда Республики Хакасия от 28 августа 2000 г. № 3 (Вестн. ВАС РФ, 2000, № 11.); Постановление ФАС Уральского округа от 29 марта 2000 г. Дело № Ф09-353/2000 ГК (содержится в Интернете по адресу: <http://www.bankr.ru/law/arbit/okrug/ural/uo-f09-353-2000.html>).

⁵⁷ См.: Кресс В. Жалобы кредиторов о нарушении их прав и интересов по делам о несостоятельности (банкротстве) // *эж-ЮРИСТ*. 2001. № 2 (январь). С. 8.

⁵⁸ См. Пояснительную записку к проекту федерального закона, а также Перечень лицензируемых видов деятельности, которые предлагается исключить, размещенных на официальном сайте Министерства экономического развития и торговли РФ в Интернете (www.economy.gov.ru).

сударственной регистрации в качестве индивидуального предпринимателя, факт наличия судимости у гражданина – арбитражного управляющего, факт прохождения необходимой переподготовки (повышения квалификации). Суд также должен будет осуществлять проверку достоверности представляемых для регистрации документов. Думается, что в целом будет утрачен превентивный характер государственного надзора. Так если ранее для аннулирования лицензии у арбитражного управляющего, осуществляющего эти функции в нескольких организациях, ФСФО России не должна была доказывать факт нарушения лицензиатом лицензионных требований во всех организациях, если после освобождения предпринимателя от исполнения функций арбитражного управляющего ФСФО России не лишалась возможности обратиться в суд с иском об аннулировании у него лицензии (при условии установления фактов неисполнения лицензионных условий)⁵⁹, то по новому законодательству наступление ответственности управляющего за нарушения конкурсного законодательства в форме лишения его права осуществлять арбитражное управление во многом утратит свой неотвратимый характер. К примеру, после отстранения управляющего одним судом, ничего не препятствует возможности его регистрации в другом⁶⁰.

Следует, однако, признать, что нормативно-правовое регулирование лицензирования деятельности управляющих во многом было несовершенно, свидетельством чего может являться практика ВС РФ⁶¹. Думается, что правы также и те, кто полагает, что реализованный в Постановлении Правительства РФ № 1544 подход, в соответствии с которым вместо выдачи единой для всех управляющих лицензии предусматривается их градация по категориям, не может устанавливаться на подзаконном уровне⁶². Чтобы избежать возможных отрицательных последствий нынешнего законодательства и преодолеть противоречия предыдущего, предлагаем дополнить

⁵⁹ См.: Постановление ФАС Московского округа от 23 октября 2000 г. Дело № КА-А40/4884-00 (содержится в Интернете по адресу: <http://www.bankr.ru/law/arbit/okruga/moscow/ka-a40-4345-00.html>).

⁶⁰ В противном случае в системе арбитражных судов придется создавать всероссийский единый банк данных по всем зарегистрированным и назначенным арбитражным управляющим. Только зачем создавать то, что уже существует в системе ФСФО России и эффективно работает, тем более что задачи судов несколько иные?!

⁶¹ См.: Решение ВС РФ от 20 июня 2000 г. № ГКПИ 00-547 «По делу о признании недействительными п. 38 «Положения о процедуре осуществления сотрудниками ФСФО России надзора за деятельностью арбитражных управляющих», утвержденного Распоряжением ФСФО России от 27 августа 1999 г. № 23-р, и п. 2 Распоряжения ФСФО России от 27 августа 1999 г. № 23-р «Об осуществлении сотрудниками ФСФО России надзора за деятельностью арбитражных управляющих» (содержится в СПС «Консультант-Плюс»); Определение ВС РФ от 3 апреля 2001 г. Дело № КАС01-102 «О признании недействительными (незаконными) абз. 7 п. 16, абз. 1 п. 34, абз. 2, 4, 5, 8 и 9 п. 28 «Положения об осуществлении сотрудниками ФСФО России надзора за деятельностью арбитражных управляющих», утвержденного Распоряжением ФСФО России от 27 августа 1999 г. № 23-р» (содержится в СПС «Консультант-Плюс»).

⁶² Арбитражное управление: теория и практика наблюдения... С. 309-310. Хотя, в целом, мы не отрицаем позитивного значения градации лицензий на категории.

перечень видов деятельности, на которые не распространяется закон о лицензировании (п. 2 ст. 1), арбитражным управлением, а также предусмотреть в ЗоН (п. 2 ст. 19) возможность градации лицензий арбитражных управляющих⁶³.

Подводя итог вышесказанному, отметим, что особенности правового регулирования, цель и содержание деятельности арбитражного управляющего свидетельствуют о невозможности признания такой активности в качестве предпринимательской. Думается, что ее следует рассматривать в качестве *экономической деятельности, не направленной на систематическое получение прибыли*.

Косвенно подтверждает обоснованность рекомендуемой позиции следующее. Во-первых, содержание деятельности конкурсного управляющего при банкротстве ликвидируемого должника и деятельности ликвидационной комиссии при обычной ликвидации во многом совпадает. Между тем никто не рассматривает деятельность ликвидационной комиссии как разновидность предпринимательской, не считает полученный членами комиссии доход прибылью, не требует членам комиссии регистрироваться в качестве индивидуальных предпринимателей.

Во-вторых, в отдельных случаях арбитражный суд вправе назначить для проведения отдельных процедур банкротства лиц, не являющихся индивидуальными предпринимателями. К примеру, это могут быть:

- *сотрудники ФСФО России* (п. 2 ст. 178, п. 4 ст. 185 ЗоН);
- *физические лица*, не имеющие лицензии арбитражного управляющего, при проведении внешнего управления крестьянским (фермерским) хозяйством (п. 2 ст. 170 ЗоН);
- *председатель ликвидационной комиссии (ликвидатор)* при банкротстве ликвидируемого должника (ст. 175 ЗоН).

Во всех этих случаях возможность назначения управляющим не ставится в зависимость от наличия специальной регистрации и лицензии, тогда как содержание деятельности от этого не меняется.

В-третьих, в случаях, предусмотренных законом о несостоятельности, арбитражные управляющие могут вовсе не назначаться, а их функции возлагаются на государственные органы. Так, при банкротстве гражданина (в том числе индивидуального предпринимателя) процедуры, связанные с исполнением решения о признании должника банкротом, осуществляются в порядке исполнительного производства судебным приставом-исполнителем. Само решение о признании гражданина банкротом и об открытии конкурсного производства направляется арбитражным судом всем

⁶³ Следует отметить, что последнее предложение содержалось в проект федерального закона «О внесении изменений и дополнений в Федеральный закон «О несостоятельности (банкротстве)», который был поддержан обеими палатами Федерального Собрания РФ, но отклонен Президентом РФ.

известным кредиторам с указанием срока предъявления ими своих требований. И только при необходимости постоянного управления недвижимым имуществом или ценным движимым имуществом гражданина арбитражный суд назначает конкурсного управляющего.

Безусловно, что приведенные аргументы еще недостаточны для того, чтобы опровергнуть тезис о предпринимательской природе арбитражного управления. Однако они позволяют прийти к бесспорному выводу о том, что действующее конкурсное законодательство формально допускает осуществление процедур банкротства как в режиме предпринимательской, так и непредпринимательской деятельности, что уже позволяет, по крайней мере, трансформировать вопрос о характере деятельности арбитражного управляющего из области догматических рассуждений в область возможного и должного. Речь, таким образом, может идти не о признании или непризнании действующим законодательством арбитражного управления предпринимательской деятельностью, а о том должно ли оно считаться таковой⁶⁴.

Арбитражное управление как профессиональная деятельность. В XX веке в целом ряде стран в ходе реформ законодательства о банкротстве был введен институт *профессиональных* должностных лиц конкурсного производства, заключающийся в установлении специальных условий назначения управляющих⁶⁵. Следует признать, что требуемый уровень профессиональных и личностных качеств управляющих трудно формализуем, поэтому конкурсное законодательство многих стран изобилует такими расплывчатыми формулировками как «гарантии высоких нравственных качеств», «надежность», «безупречная репутация» и т. п. Основными позитивными условиями, как правило, являются следующие: гражданство (Франция); возраст (во Франции – не старше 65 лет); наличие специальной квалификации и сдача соответствующих экзаменов (Австрия, Англия, Германия, Россия, Франция, Швеция); опыт работы (Швеция); нравственные требования (Австрия, Франция); требования легитимации (Франция, Россия); внесение в суд залога (США). Содержание негативных условий, как правило, сводится к отсутствию заинтересованности по отношению к должнику и кредиторам (Австрия, Германия, Италия, Россия), к невозмож-

⁶⁴ В юридической литературе постановка вопроса не в догматическом, а в прогностическом виде уже имела место, когда в качестве предложения по совершенствованию конкурсного законодательства обосновывалось, что «статуса индивидуального предпринимателя арбитражные управляющие иметь не должны», см.: *Зипченко С., Казачанский С., Зипченко О.* Поиск новой модели законодательства о банкротстве // *Хозяйство и право.* 2001. № 3. С. 33.

⁶⁵ Отметим, что еще раньше конкурсное законодательство отдельных стран требовало наличие специальных знаний для лиц, осуществляющих процедуру банкротства. Так, в Шотландии уже в XVIII веке существовало особое общество ликвидаторов – «*Chartered Society at Edinburgh*», для записи в члены которого было установлено испытание в знании счетоводства и торговых законов, см.: *Малышев К.* Исторический очерк конкурсного процесса. СПб., 1871. С. 242.

ности совмещения рассматриваемого вида деятельности с любой другой профессией (Франция), к отсутствию судимости (Италия, Россия).

Анализ конкурсного законодательства разных стран позволяет выявить существование двух противоположных тенденций, заключающихся в том, что одни страны стремятся максимально полно формализовать все возможные условия назначения управляющего (Россия, Франция) на законодательном уровне, тогда как другие ограничиваются в специальных законах лишь указанием общих критериев, оставляя принятие окончательного решения в каждом конкретном случае за судом. К примеру, германский закон о регулировании порядка производства по делам о несостоятельности (*Insolvenzordnung*) от 5 октября 1994 г. лаконично определяет, что конкурсным управляющим может быть назначено *пригодное в конкретном случае*, в частности компетентное и независимое от кредиторов и должников физическое лицо (п. 1 § 56). Проблема поиска оптимальной обобщенности правовой нормы, как отмечается известными компаративистами, не нова для романо-германской правовой системы⁶⁶. В рассматриваемом случае возможные упреки в излишней казуистичности норм российского конкурсного законодательства представляются несостоятельными, поскольку арбитражное управление носит профессиональный характер и имеет в целом общественно-значимый интерес. Кроме того, для российской правовой системы не характерна ситуация при которой судебный прецедент формально не признается, а фактически существует и применяется, что типично как раз для германской системы⁶⁷.

Проблема правового регулирования арбитражного управления как профессиональной деятельности может являться предметом отдельного рассмотрения. Авторы не ставят своей целью исследовать этот вопрос во всей его полноте, как он этого заслуживает. Речь идет лишь о самой предварительной постановке проблем в связи с задачей совершенствования действующего конкурсного законодательства.

Так, наиболее трудно формализуемым в форме конкретных правил является условие, определяющее уровень и содержание личностных качеств, профессиональных знаний и умений арбитражного управляющего. Анализ правоприменительной практики, к сожалению, выявил низкий профессиональный уровень управляющих, проявляющийся в некомпетентном, а иногда в недобросовестном ведении дел должника. Практика Арбитражного суда Иркутской области показывает, что в процессе осуществления процедур банкротства постоянно происходит замена назначенных на предприятия арбитражных управляющих другими. В отдельных

⁶⁶ См.: Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности: Пер. с фр. М., 1999. С. 70-71.

⁶⁷ См.: Мирченко М. Н. Сравнительное правоведение. Общая часть: Учебник для юрид. вузов. М., 2000. С. 344-345.

случаях замен может доходить до 3-4 раз, при чем каждый раз выясняется, что прежний управляющий действовал с нарушениями действующего законодательства.

В этой связи более удачными, на наш взгляд, были нормы прежнего законодательства, согласно которым управляющим необходимо было иметь высшее экономическое или юридическое образование либо обладать опытом хозяйственной работы не менее пяти лет из последних семи лет работы⁶⁸. Симптоматично, что подобные условия назначения действуют сейчас только в отношении арбитражных управляющих при банкротстве естественных монополий топливно-энергетического комплекса, а также для руководителей временной администрации по управлению кредитной организацией⁶⁹.

Следует все же отметить, что в целях повышения качества деятельности арбитражных управляющих ФСФО России ввело дополнительное требование о необходимости наличия у них высшего образования, а в отдельных случаях и стажа руководящей работы, а также стажа арбитражного управления⁷⁰. Не отрицая позитивной значимости данного условия назначения, оно едва ли может быть признано правильным *de lege lata*. В соответствии со ст. 34 Конституции РФ каждый имеет право на свободное использование своих способностей и имущества для предпринимательской и иной не запрещенной законом деятельности. В соответствии со ст. 55 Конституции РФ права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены только *федеральным законом* и только в строго определенных целях. Аналогичная норма содержится и в ГК РФ (абз. 2 п. 2 ст. 1). Введение требования о наличии высшего образования и стажа работы фактически представляет собой установление ограничения на ведение экономической деятельности актом более низкого уровня по сравнению с федеральным законом, поскольку ЗоН подобных условий не устанавливает, требуя лишь от кандидатов в управляющие наличие специальных знаний. Таким образом,

⁶⁸ См.: п. 4 ст. 12, п. 2 ст. 21 ЗоН 1992 г., п. 5 Положения об аттестации специалистов по антикризисному управлению: Утв. Распоряжением ФУДН России от 13 сентября 1994 г. № 57-р (с изм. от 02.02.1998 № 1-р) (ЭЖ, 1994, № 43 (окт.), С. 17).

⁶⁹ Так, согласно ч. 1 ст. 4 ЗоН СЕМ ТЭК арбитражным управляющим требуется иметь соответствующий опыт работы. Более жесткие требования установлены для кандидата на получение аттестата руководителя временной администрации по управлению кредитной организацией, который в том числе должен иметь высшее экономическое или юридическое образование, опыт руководства отделом или иным подразделением кредитной организации, связанным с осуществлением банковских операций, не менее одного года, а при отсутствии специального (высшего) образования – опыт руководства таким подразделением не менее двух лет, см.: п. 3.2 Положения ЦБ РФ от 21 июля 1999 г. № 83-П (с изм. от 15.09.1999 № 88-П) «О порядке выдачи и аннулирования Банком России аттестатов руководителя временной администрации по управлению кредитной организацией и арбитражного управляющего при банкротстве кредитной организации» (Российская газета, 1999, 11 авг.).

⁷⁰ См. п. 3 Требований, предъявляемых к физическим лицам, осуществляющим деятельность в качестве арбитражных управляющих: Утв. Распоряжением ФСФО России от 15 февраля 2001 г. № 48-р (Вестн. ФСФО России, 2001, № 3).

рассматриваемые нормы введены с превышением ФСФО России полномочий, определенных ЗоН и Положением о ФСФО России⁷¹.

Действующее законодательство исходит из того, что все, что должен знать и уметь кандидат в арбитражные управляющие, он сможет получить на специальных краткосрочных курсах, проводимых аккредитованными ФСФО России образовательными учреждениями, осуществляющими обучение в соответствии с типовыми программами, а в последующем сможет восполнить пробелы в знаниях в процессе переподготовки (повышения квалификации), на краткосрочных специализированных семинарах, в ходе стажировок на территории РФ и за рубежом⁷². Не умаляя значения различных программ краткосрочной подготовки, реализация которых позволила в кратчайшие сроки запустить механизм банкротства в России, следует отметить, что делать ставку только на них было бы ошибочным. Дело в том, что анализ содержания типовых программ⁷³ дает все основания полагать, что основательных теоретических и практических знаний по итогам обучения приобрести вряд ли возможно в виду непозволительно малого количества часов, отводимых на изучение отдельных разделов.

Кроме того, вызывает в известной степени скептическое отношение и форма проведения квалификационного экзамена, проводимого, как известно, в виде теста. Для этого соискателю лицензии предлагается за три часа ответить на 70 вопросов с приведенными вариантами ответов, из которых только один является правильным. Примечательно, что на экзамене разрешается пользоваться текстом ЗоН. Лицо считается успешно сдавшим экзамен, если количество правильных ответов составляет 80 % и более; те из них, которые правильно ответили не менее чем на 60 % вопросов теста, имеют право повторной пересдачи⁷⁴. Глубоко убеждены в том, что результаты теста нельзя абсолютизировать, что обусловлено следующими обстоятельствами. Во-первых, всегда есть вероятность случайного выбора правильных ответов в тесте; во-вторых, только в ходе устного опроса можно выявить творческие способности экзаменуемого (глубину мышления, разносторонность, аналитические способности и т.д.). Таким образом, результаты теста дают только вероятностную оценку знаний, а потому

⁷¹ Положение о Федеральной службе России по финансовому оздоровлению и банкротству: Утв. Постановлением Правительства РФ от 4 апреля 2000 г. № 301 (СЗ РФ, 2000, № 15, ст. 1597).

⁷² См. п. 3 Положения о системе подготовки арбитражных управляющих: Утв. Распоряжением ФСДН РФ от 16 сентября 1998 г. № 18-р (Вестн. ФСДН РФ, 1999, № 2.).

⁷³ Типовая программа подготовки специалистов по антикризисному управлению первого уровня, Типовая программа подготовки специалистов по антикризисному управлению второго уровня: Утв. Распоряжением ФСФО России от 4 сентября 2000 года № 128-р // Вестн. ФСФО России, 2000, № 9; Типовая программа повышения квалификации специалистов по антикризисному управлению: Утв. Распоряжением ФСДН РФ от 17 сентября 1999 г. № 27-р // Вестн. ФСДН РФ, 1999, № 12.

⁷⁴ Положение о порядке проведения экзамена по Типовой программе подготовки специалистов по антикризисному управлению: Утв. Распоряжением ФСФО России от 17 июля 2000 года № 88-р (содержится в СПС «Гарант»).

окончательное решение должно быть за специалистом в данной области, подобно тому, как, учитывая компьютерную диагностику, окончательный диагноз ставит все-таки врач. Почему бы в этой связи наряду с тестовыми испытаниями не использовать в качестве одной из форм контроля написание и защиту какой-либо практической работы по итогам обучения, скажем бизнес-плана восстановления платежеспособности, тогда можно было бы с большими основаниями утверждать о наличии практических навыков и умений у кандидата в арбитражные управляющие⁷⁵.

Предшествующий опыт работы должен учитываться при назначении управляющего – в этом мы солидарны со многими учеными. Однако вопрос о характере имеющегося опыта у кандидата вызывает неоднозначное отношение у юристов. Проблема заключается в возможности назначения руководителя должника на должность управляющего с согласия самих кредиторов (как известно, действующее, как впрочем, и прежнее законодательство запрещает такое назначение). В обоснование своей позиции авторы, как правило, приводят следующие аргументы. Во-первых, считается, что у руководителей должника в этом случае появится более высокая мотивация, а во-вторых, будут использованы знания и опыт руководства должника⁷⁶.

На наш взгляд, стоит все же поддержать позицию законодателя в этом вопросе в силу следующих обстоятельств. Основным принципом конкурсного законодательства является соблюдение баланса интересов должника и кредиторов, который находит свою реализацию в том, что в отношениях между должником и кредиторами участвует третье лицо – арбитражный управляющий, исключение которого может привести к злоупотреблениям той или другой стороны. При осуществлении им своих функций он не

⁷⁵ Следует отметить, что рассматриваемая проблема имеет не только «качественный», но и «количественный» аспект. В литературе постоянно указывается на отсутствие необходимого числа подготовленных арбитражных управляющих. Так, на конец 1999 года в производстве Арбитражного суда Красноярского края находилось 230 дел, а соответствующую лицензию имели только 62 человека (*Машкина Т. И.* О некоторых вопросах практики применения закона «О несостоятельности (банкротстве)» Арбитражным судом Красноярского края // *Вестн. ВАС РФ.* 1999. № 10. С. 123). Однако ФСФО России, необоснованно полагая, что «арбитражные суды обеспечены необходимым количеством арбитражных управляющих для проведения процедур банкротства» установила, что с 1 сентября 2000 года подготовка, переподготовка и повышение квалификации антикризисных управляющих должна осуществляться только в соответствии с плановыми заданиями, которые должны устанавливаться службой ежегодно на основе прогноза необходимого количества арбитражных управляющих с лицензией соответствующих категорий. см. п. 1 Распоряжения ФСФО РФ от 21 августа 2000 г. № 123-р «О повышении качества подготовки специалистов по антикризисному управлению» (содержится в СПС «Гарант»). Думается, что планирование все-таки необходимо, но тотального характера носить не должно. Вместе с тем, норма, предусмотренная в п.3 того же распоряжения, имеет, на наш взгляд, позитивное значение. Ее содержание состоит в том, что формирование групп для обучения на семинарах по подготовке, переподготовке и повышению квалификации специалистов по антикризисному управлению должно осуществляться по результатам предварительного тестирования, предусматривающего проверку соответствия кандидатов квалификационным требованиям, а также уровня их профессиональной подготовки.

⁷⁶ См.: *Степанов В. В.* Несостоятельность (банкротство) в России, Франции, Англии, Германии. М., 1999. С. 147-148.

вступает в трудовые отношения ни с должником, ни с назначившим его арбитражным судом⁷⁷. Весьма проблематичным является и то, что прежнее руководство, допустившее финансовую несостоятельность предприятия, сможет эффективно осуществлять оздоровительные или ликвидационные процедуры банкротства. Полагаем, что возможность назначения прежнего руководителя управляющим «по просьбе кредиторов» может создать условия для сговора руководителя с крупными кредиторами – «выразителями» воли собрания кредиторов, тогда ценой назначения будет совершение действий в интересах отдельных участников конкурсного процесса. Лишение должника права распоряжения имуществом со средних веков являлось главнейшим правовым последствием начала конкурсного производства и таковым остается и в наше время в законодательстве стран романо-германской системы⁷⁸.

В связи с обсуждаемой проблемой следует критически отнестись к предложению о рецепции конструкции американского законодательства «*debtor in possession*» (должник во владении)⁷⁹. На первый взгляд может показаться, что данный институт предполагает выполнение прежним руководителем должника функций и обязанностей доверительного управляющего (в США это арбитражный управляющий). Между тем сущность этого института состоит в сохранении права исполнительного органа (или собственника) должника назначать его административных работников⁸⁰, что в российских условиях нецелесообразно. Да и в самом американском законодательстве полномочия должника, «оставшегося во владении», не являются тождественными объему полномочий доверительного управляющего, отсутствующая часть которых восполняется действиями так называемого ревизора, назначаемого судом. В частности, он проводит финансовый анализ для изучения возможности продолжения деятельности должника и формирования условий плана реорганизации, выявляет факты мошенничества, осуществляет другие функции, которые суд не разрешил выполнять «должнику во владении».

В целях повышения профессионализма арбитражных управляющих следовало бы подумать над возможностью осуществления арбитражного управления как исключительного вида деятельности, как это предусмотре-

⁷⁷ Как уже отмечалось ранее функции арбитражного управляющего в случаях, установленных законодательством могут выполнять иные лица – государственные служащие, ликвидатор и даже сам должник. Однако это ничуть не умаляет значение общего правила, поскольку данные нормы следует рассматривать как исключения, имеющие объективный характер (отсутствие специалистов в отдельных отдаленных сельских районах, необходимость оперативного осуществления процедур банкротства, недопустимость их затягивания со стороны кредиторов и т.д.).

⁷⁸ См.: Гражданское и торговое право капиталистических государств... С.451. (автор раздела – Е. А. Васильев).

⁷⁹ См.: Витрянский В. В. Пути совершенствования законодательства о банкротстве // Вестн. ВАС РФ. 2001. № 3. С. 96.

⁸⁰ См.: Стетенов В. В. Указ. соч. С. 80.

но французским конкурсным законодательством. Это позволило бы пресечь возможные злоупотребления со стороны управляющих, сконцентрировало бы их усилия исключительно на одном виде деятельности, повысило их материальную заинтересованность в эффективных результатах работы и т. п. Возможные потери доходов управляющих во время «вынужденного простоя», обусловленного отсутствием соответствующих «вакансий», можно было бы компенсировать, введя институт обязательного страхования своих доходов.

Как одну из форм надзора за соблюдением запрета на совмещение арбитражного управления с другими видами профессиональной деятельности (имеющей к тому же превентивный характер) следует рассматривать введение требования обязательного декларирования управляющими своих доходов и имущественного состояния до и после назначения, подобно тому, как это предусматривалось в ЗоН 1992 г. и о чем уже указывалось в литературе⁸¹.

Действующее законодательство не ограничивает арбитражного управляющего по количеству предприятий-должников, в отношении которых он может осуществлять процедуры банкротства. Закон только предписывает арбитражному управляющему «зарегистрироваться как минимум в одном арбитражном суде, по назначению которого он обязуется исполнять обязанности арбитражного управляющего» (п. 4 ст. 19 ЗоН). О возможных негативных последствиях такого законоположения мы уже указывали⁸². Практика применения закона показала, что объем управления большинства арбитражных управляющих составляет несколько предприятий-должников, что непосредственно сказывается на эффективности мероприятий банкротства. Считаем, что подобная практика недопустима и требуется внесение соответствующих изменений в действующее законодательство о несостоятельности.

По общему правилу действующее конкурсное законодательство предусматривает осуществление процедур банкротства физическими лицами только как частной профессиональной практики. Назначение государственных служащих ФСФО России хоть и допускается, но рассматривается как исключительный случай (ст. 185). По мнению разработчиков ЗоН такая возможность была введена в качестве временной меры на первой стадии применения закона в виду возможного отсутствия лиц, удовлетворяющих требованиям ст. 19⁸³. В последствии введение жестких (по сути заградительных) требований к соискателям лицензии третьей категории сделали

⁸¹ См.: Жилинский С. Э. Указ. соч. С. 608.

⁸² См.: Семеусов В. А., Пахаруков А. А. Банкротство предприятий. Внешнее управление: Учебное пособие. Иркутск, 1999. С. 69.

⁸³ См.: Федеральный закон «О несостоятельности (банкротстве)»: Постатейный комментарий... С.357 (автор комментария – В. В. Витрянский).

«вынуждено» возможным назначением государственных служащих арбитражными управляющими в крупных или социально значимых организациях.

С отменой лицензирования упомянутые ограничения прав независимых (негосударственных) управляющих перестанут существовать. Между тем, подобный механизм правового регулирования до известной степени имел все же рациональное начало. Полагаем поэтому сохранить смешанную систему организации арбитражного управления, по типу того как наравне с частными нотариусами действуют и государственные нотариальные конторы. При этом на государственных управляющих должны распространяться те же требования, что и для частных (за исключением государственной регистрации в качестве индивидуального предпринимателя). Потребуется также установить ограничительные критерии должников, в отношении которых они могут назначаться, так чтобы сфера их деятельности не носила всеобъемлющего характера. К примеру, это могут быть только предприятия оборонного комплекса или стратегического значения, банкротство которых сопряжено с нарушением интересов государственной или национальной безопасности.

Обоснованность нашего суждения подтверждает и мировой опыт правового регулирования несостоятельности. Так, во Франции органами конкурсного управления наряду с конкурсным управляющим и представителем кредиторов является *судья-комиссар*; в Италии конкурсный управляющий выступает в качестве *должностного лица государства*, осуществляя управление имуществом должника под руководством уполномоченного судьи; в Швеции при банкротстве общественно значимого предприятия по решению суда в состав органов конкурсного управления может быть введен *советник – третейский судья*, выполняющего роль эксперта; в США органы управления не формируются при урегулировании долгов муниципальных корпораций (их функции выполняет суд) и при реорганизации железнодорожной корпорации. В последнем случае суд назначает конкурсного управляющего из числа пяти незаинтересованных лиц, которых министр транспорта представляет суду⁸⁴.

Следует учитывать, что институт государственных управляющих может иметь известные нежелательные последствия, которые выявила практика применения российского ЗоН. Как правило, арбитражные управляющие, назначенные из числа сотрудников ФСФО России в очень редких случаях оспаривали законность предъявленных требований со стороны государства. Ведь находясь в отношениях подчиненности государственному органу, представляющего одного из кредиторов, управляющий не может

⁸⁴ См.: Основные институты гражданского права зарубежных стран. Сравнительно-правовое исследование / Рук. авторского коллектива В. В. Залесский. М., 1999. С. 149, 155, 159, 165.

действовать независимо и незаинтересовано, обеспечивая в равной степени защиту прав и интересов всех кредиторов. Представляется поэтому необходимым не наделять их статусом государственных служащих, объединив их в рамках специализированной службы (агентства) в структуре ФСФО России.

Учитывая, что по роду своей деятельности арбитражный управляющий должен быть и экономистом, и бухгалтером, и юристом, возникает вполне резонный вопрос: сможет ли один человек эффективно осуществлять процедуры банкротства в отношении крупных промышленных предприятий (даже с привлечением к этой деятельности экспертов и специалистов)? В определенном смысле решение этой проблемы содержится в п. 2 ст. 99 ЗоН, которая допускает в определенных случаях назначение нескольких конкурсных управляющих⁸⁵.

Российское законодательство не знает такого субъекта как *помощник арбитражного управляющего*, между тем стаж работы в таком качестве вполне мог бы учитываться при назначении лица управляющим. Очевидно и то, что его деятельность могла бы освободить управляющего от выполнения рутинной, не требующей профессиональных навыков, деятельности, что в итоге обеспечило бы более эффективное осуществление процедур банкротства. К помощникам управляющего следует предъявлять требования об отсутствии заинтересованности по отношению к должнику или кредиторам, судимости, дисквалификации. Думается, что их кандидатуры по ходатайству арбитражного управляющего и размер вознаграждения должны утверждаться судом.

Как возможное негативное последствие может рассматриваться увеличение расходов, связанных с арбитражным управлением. Нивелировать этот недостаток представляется возможным за счет установление императивных норм о размере максимального денежного вознаграждения помощника, об их количестве в зависимости от размеров предприятия должника, ответственности за ненадлежащее исполнение или неисполнение ими своих обязанностей и т. п.

По тем же причинам полагаем необходимым внести изменения в действующее законодательство, согласно которым допускалась бы возможность передачи управления имуществом крупной организации – должника юридическим лицам.

⁸⁵ В. В. Степанов справедливо полагает, что механизм взаимодействия между такими управляющими «недостаточно прописан» в законе, и предлагает выработать жесткую схему взаимоотношений, опирающуюся на центрального конкурсного управляющего, см.: *Степанов В. В.* Указ. соч. С. 158.

ПРИНЯТЫЕ СОКРАЩЕНИЯ

Ведомости РФ (РСФСР) – «Ведомости Съезда народных депутатов РФ (РСФСР) и Верховного Совета РФ (РСФСР)».

СЗ РФ – «Собрание законодательства Российской Федерации».

ЭЖ – «Экономика и жизнь».

эж-ЮРИСТ – «Экономика и жизнь-Юрист».

СПС – справочно-правовая система.

ГК РФ – Гражданский кодекс Российской Федерации (Часть первая) от 30 ноября 1994 г., Гражданский кодекс Российской Федерации (Часть вторая) от 26 января 1996 г.

НК РФ – Налоговый кодекс Российской Федерации (Часть первая) от 31 июля 1998 г., Налоговый кодекс Российской Федерации (Часть вторая) от 5 августа 2000 г.

АПК РФ – Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации от 5 мая 1995 г.

ЗоН 1992 г. – Закон Российской Федерации от 19 ноября 1992 г. № 3929-1 «О несостоятельности (банкротстве) предприятий».

ЗоН – Федеральный закон Российской Федерации от 8 января 1998 г. № 6-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)».

ЗоН СЕМ ТЭК – Федеральный закон от 24 июня 1999 г. № 122-ФЗ «Об особенностях несостоятельности (банкротства) субъектов естественных монополий топливно-энергетического комплекса».

КС РФ – Конституционный Суд Российской Федерации.

ВС РФ – Верховный Суд Российской Федерации.

ВАС РФ – Высший Арбитражный Суд Российской Федерации.

ФАС – Федеральный арбитражный суд.

МНС РФ – Министерство Российской Федерации по налогам и сборам.

ФСФО России – Федеральная служба России по финансовому оздоровлению и банкротству.

ФСДН РФ – Федеральная служба России по делам о несостоятельности и финансовому оздоровлению.

ФУДН России – Федеральное управление по делам о несостоятельности (банкротстве) при Госкомимуществе России.