

КРАТКОЕ СОДЕРЖАНИЕ

Обращение к читателям.	4
Благодарности	10
Глава 1. Теоретические и правовые основы договорного регулирования предпринимательской деятельности.	11
Глава 2. Понятие, квалификация и классификация обязательств, связанных с осуществлением предпринимательской деятельности, и предпринимательских договоров	49
Глава 3. Правовое регулирование заключения и содержания договоров в предпринимательской деятельности	71
Глава 4. Правовое регулирование исполнения и прекращения договоров в предпринимательской деятельности	92
Глава 5. Договор купли-продажи и его виды в сфере предпринимательской деятельности	127
Глава 6. Договоры аренды в предпринимательских отношениях.	155
Глава 7. Договоры по выполнению (производству) работ в предпринимательской деятельности	177
Глава 8. Договоры на оказание услуг в предпринимательском обороте	208
Глава 9. Организационные договоры в предпринимательской деятельности.	247
Глава 10. Отдельные виды договоров в предпринимательской деятельности.	261
Глава 11. Правовое регулирование международных коммерческих договоров.	322
Глава 12. Транснациональное и коллизионное регулирование международных договоров и порядок рассмотрения споров в международном коммерческом обороте	339
Заключение	360
Тесты для самоконтроля	363
Список использованной литературы.	373

ОБРАЩЕНИЕ К ЧИТАТЕЛЯМ

Предлагаемый учебник содержит системное изложение материала учебной дисциплины «Договоры в предпринимательской деятельности».

В современном обществе большинство сфер жизнедеятельности основаны на **договорных отношениях**, в том числе, имеющих предпринимательский и торговый характер. Договор — это один из главных, основных регуляторов гражданско-правовых, торговых, предпринимательских, организационных и иных общественных отношений, складывающихся между субъектами предпринимательской деятельности.

В российской рыночной экономике, имеющей в основе многообразие форм собственности и свободу предпринимательской деятельности, новое наполнение получают такие понятия, как **«предпринимательские обязательства»**, **«обязательства, связанные с осуществлением предпринимательской деятельности»**, **«договоры в предпринимательской деятельности»**, **«предпринимательский договор»**.

В процессе осуществления предпринимательской деятельности хозяйствующие субъекты заключают множество различного рода договоров общей направленности, однако особого внимания заслуживают договорные конструкции, имеющие специальный (предпринимательский) характер.

Обязательства, связанные с осуществлением предпринимательской деятельности, преимущественно возникают из договоров. Причем их значение в регламентации предпринимательской деятельности, прогрессивного экономического развития все более усиливается. И если нормативными правовыми актами создается правовая основа предпринимательства, то посредством договоров в предпринимательской деятельности устанавливается конкретный правовой режим хозяйственных договорных связей между контрагентами, определяются формы их экономического взаимодействия, порядок и условия исполнения договорных предпринимательских обязательств и т.д.

С целью получения ответа на вопрос о существовании либо отсутствии особых предпринимательских обязательств, а также об установлении их правовой природы, особенностей исполнения, применения отдельных видов договоров в предпринимательской деятель-

ности в учебнике проведено комплексное исследование действующего законодательства, практики его применения, теоретических изысканий в данной сфере. Именно посредством такого правового анализа можно выяснить, обладают ли «**договоры в предпринимательской деятельности**», «**обязательства, связанные с осуществлением предпринимательской деятельности**», «**предпринимательский договор**» специфическими правовыми чертами, имеют ли ключевые особенности и объективную основу для обособления правовых норм, регламентирующих правоотношения в сфере договорной предпринимательской деятельности.

По мнению автора, **предпринимательский договор как своеобразная правовая форма**, в которую облакаются обязательства, так или иначе вытекает из предпринимательской деятельности, связан с ней. Правовые формы деятельности субъектов предпринимательского права — тема, мало изученная учеными — специалистами в отрасли предпринимательского права и на сегодняшний день остающаяся недостаточно раскрытой областью знаний. В то же время именно правовые формы деятельности субъектов предпринимательства определяют направление их воли, поведение, а в конечном итоге и правовой результат. На практике ежедневно субъектами предпринимательского права совершаются тысячи юридически значимых действий, облеченных в договорную правовую форму, но до настоящего времени в юридических исследованиях этой теме не уделялось достаточно внимания. Полностью отсутствуют соответствующие отраслевые научные разработки в предпринимательском праве.

Целью освоения учебной дисциплины (модуля) «Договоры в предпринимательской деятельности» являются получение обучающимися магистратуры углубленных научных и практических правовых знаний об общих положениях договорного права и договорах в предпринимательской деятельности, реализации и защите субъективных прав участников договорной предпринимательской деятельности.

Указанная цель достигается путем решения следующих **задач**:

1) в области обучения:

- освоить основные понятия подотрасли законодательства «обязательственное право» и институтов «договоры в предпринимательской деятельности» и «гражданско-правовой договор»;
- сформировать способность анализировать различные точки зрения на существующие проблемы договорного регулирования предпринимательской деятельности, изучить действующее законодательство применительно к учебной дисциплине и возможные пути его развития, систематизировать судебную-арбитражную практику, выявляя характерные черты разрешения типовых проблем в сфере применения договоров в предпринимательской деятельности;

- ознакомиться с происхождением, сущностью, современным состоянием и тенденциями развития договоров в предпринимательской деятельности;
- 2) **в области воспитания:**
- сформировать потребность в саморазвитии, самосовершенствовании, культуру мышления в сфере исполнения договоров в предпринимательской деятельности, повысить уровень правосознания, актуализировать мотивы достижения успеха в профессиональной деятельности, сформировать этику юриста, научного работника, предпринимателя;
- 3) **в области развития:**
- развить организаторские способности, необходимые для успешного заключения, изменения и расторжения договоров в предпринимательской деятельности в работе юриста, аналитические качества для решения договорных споров в правоприменительном процессе, а также общие интеллектуальные способности для занятия научной и педагогической деятельностью.

Учебник в первую очередь направлен на формирование и развитие у студентов и магистрантов навыков юридического анализа, обобщения, разрешения и прогнозирования различных, в том числе нестандартных правовых ситуаций в сфере договорного регулирования предпринимательской деятельности, а также усвоение разных форм организации научной работы.

Общеизвестно, что законодательно закрепленное **определение предпринимательского договора отсутствует** в российском гражданском праве. Само существование предпринимательского договора как отдельного вида договоров неоднократно подвергалось сомнению. Существует также мнение, не оспаривающее наличие вида предпринимательского договора, вместе с тем уточняющее, что обозначение договора или группы договоров как предпринимательских носит условный характер: такой класс договоров не предусмотрен Гражданским кодексом Российской Федерации и иным законодательством¹.

Предпринимательским договором следует признать договор, опосредующий отношения по продаже товаров, выполнению работ, оказанию услуг, пользованию имуществом, обеими сторонами которого являются лица, осуществляющие предпринимательскую деятельность, которые подчинены единому правовому режиму, сочетающему частно-правовые и публично-правовые начала². Следует отметить, что особенности (признаки) предпринимательского договора во многом

¹ См.: *Витрянский В. В.* Особенности ответственности за нарушение предпринимательского договора // Журнал российского права. 2008. № 1. С. 24.

² См.: *Предпринимательское право. Правовое сопровождение бизнеса: учебник для магистров / под ред. Ершовой И. В. М., 2017. С. 78.*

базируются на законодательно определенных признаках предпринимательской деятельности.

Новизна и значимость настоящего учебника определялась тем, что в нем проведено **комплексное правовое исследование договоров в предпринимательской деятельности**, при обращении особого внимания на функциональную роль предпринимательского договора в регламентации отношений между субъектами предпринимательской деятельности.

Такой подход позволил автору обосновать актуальность ряда вопросов, касающихся предмета исследования, не нашедших должного освещения в юридической литературе, а также выявить недостатки правовых норм, регулирующих предпринимательские обязательства, связанные с осуществлением сторонами предпринимательской деятельности на основе договоров.

Особо отметим, что вопросы, посвященные раскрытию **института коммерческого договора в международном торговом праве**, являются сегодня достаточно важной сферой с точки зрения практики реализации. Одной из причин, безусловно, выступает широкое его применение в современных экономических условиях и его центральное положение среди иных институтов международного частного права. Заключение и исполнение коммерческих договоров является неотъемлемой частью внешнеэкономической деятельности любого государства и деятельности многих коммерческих организаций. Применение предпринимательских договоров в международных экономических отношениях способствует выходу из экономически кризисных ситуаций всем государствам.

Надлежащее исполнение международных договоров в предпринимательской деятельности является важным фактором стабильного функционирования экономики в отдельном государстве и на макроэкономическом уровне.

Практически весь учебник пронизывают идеи основателей **современных научных взглядов и идей о предпринимательском праве** (В. В. Лаптев, В. С. Мартемьянов, А. Г. Быков), **представителей современной научной школы предпринимательского права** (И. В. Ершова, Е. П. Губин, А. В. Габов, В. С. Белых, М. Н. Илюшина, В. В. Долинская, В. К. Андреев, Л. В. Андреева, Ю. Г. Лескова, О. А. Кузнецова, С. С. Занковский, В. А. Вайпан, М. А. Егорова) о договорном регулировании предпринимательской деятельности, влияния договоров в предпринимательской деятельности на экономическое развитие государства.

Структура учебника представлена 12 главами, которые включают в себя 52 параграфа. *Система курса соответствует требованиям федеральных государственных образовательных стандартов*, полностью раскрывает программу и позволяет последовательно осветить как те-

оретические, так и практические проблемы применения договоров в предпринимательской деятельности.

Безусловно, профессиональный юрист, осуществляющий свою деятельность в сфере правового сопровождения бизнеса, должен грамотно применять нормы законодательства, регулирующие договоры в сфере предпринимательской деятельности. Первичным является наличие фундаментальных теоретических знаний, в особенности по предпринимательскому и гражданскому праву, поэтому автор учебника обращал особое внимание читателей на концептуальные и дискуссионные положения доктрины предпринимательского права в отношении договорных конструкций в предпринимательской деятельности.

Проверить изученный материал можно посредством ответов на контрольные вопросы, которые расположены после каждой из глав учебника.

Дополнить свои теоретические знания обучающийся сможет, обращаясь к рекомендованной в конце каждой главы основной и дополнительной литературе.

В рамках практикоориентированного подхода к изучению материала теоретические положения проиллюстрированы большим количеством примеров из судебной-арбитражной практики. Сам перечень литературы (список источников) судебных актов представлен в конце списка литературы, находящимся в конце учебника. Это тот базовый арсенал, которым обучающийся должен овладеть по завершении освоения предлагаемого курса.

В качестве **методической рекомендации** по изучению дисциплины «Договоры в предпринимательской деятельности» обучающемуся предлагается следующий алгоритм познания:

- 1) ознакомление с соответствующей главой учебника;
- 2) обращение к нормативным правовым актам, на которые имеются ссылки в каждой главе и в списке источников;
- 3) поиск нормативных правовых актов, регулирующих соответствующие общественные отношения и принятых после опубликования учебника. При этой работе рекомендуется использование возможностей справочно-правовых систем «Гарант», «КонсультантПлюс» и др. Учитывая нестабильность российского законодательства, желательно также обращение к документам в режиме *online*;
- 4) ознакомление с судебными актами, перечень которых представлен в списке источников;
- 5) углубленное изучение проблематики соответствующей темы путем обращения к рекомендованным работам в списке литературы (монографиям, учебникам, учебно-практическим пособиям, научным статьям и т.п.), перечень которой представлен в конце каждой главы учебника и полный список — в списке источников в конце учебника.

Подчеркнем, что в конце каждой главы приведен **перечень контрольных вопросов**, позволяющих проконтролировать уровень усвоения излагаемого материала посредством развернутых ответов на поставленные вопросы.

Тестовые задания, которые приведены в конце учебника, направлены на проверку знания норм законодательства и теоретических вопросов. Необходимо выбрать один или несколько правильных вариантов ответов.

В конце учебника расположен список источников, содержащий достаточно большое количество нормативных актов, монографий, материалов судебной практики, которые необходимо изучить для глубокого осмысления теоретических и практических вопросов в сфере применения **договоров в предпринимательской деятельности**.

Автор искренне желает читателям успехов, сил и удачи в освоении учебной дисциплины «Договоры в предпринимательской деятельности» и при реализации полученных знаний в правоприменительной деятельности юриста.

БЛАГОДАРНОСТИ

Автор учебника приносит **благодарность** руководству Московского государственного юридического университета имени О. Е. Кутафина (МГЮА) в лице ректора **Виктора Владимировича Блажеева**.

Особые слова искренней признательности и благодарности доктору юридических наук, профессору, Заслуженному юристу Российской Федерации, заведующей кафедрой предпринимательского и корпоративного права Университета имени О. Е. Кутафина (МГЮА) **Инне Владимировне Ершовой** за поддержку, квалифицированную помощь и консультирование при подготовке данного учебника и реализации многих иных научно-образовательных проектов.

Отдельные **слова благодарности** за квалифицированное, объективное и профессиональное рецензирование учебника и многолетнюю дружбу многоуважаемым рецензентам — доктору юридических наук, профессору, заведующему кафедрой гражданского права ФГБОУ ВО «Российский государственный университет правосудия» **Кулакову Владимиру Викторовичу** и доктору юридических наук, профессору, заведующему кафедрой гражданского и предпринимательского права, декану юридического факультета ФГБОУ ВО «Ульяновский государственный университет» **Морозову Сергею Юрьевичу**.

Выражаю признательность генеральному директору издательства «Проспект» **Леониду Владимировичу Рожникову** за благожелательное отношение к научной работе и многолетнее плодотворное сотрудничество.

Сердечное спасибо членам моей семьи, моим родным и близким за помощь, поддержку и терпение!

Автор учебника

профессор, доктор юридических наук, профессор
кафедры предпринимательского и корпоративного права
ФГБОУ ВО «Московский государственный юридический
университет имени О. Е. Кутафина (МГЮА)»
Анатолий Николаевич Левушкин

При работе над учебником использованы материалы справочно-правовых систем «Гарант» и «КонсультантПлюс»

Глава 1

ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ И ПРАВОВЫЕ ОСНОВЫ ДОГОВОРНОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

§ 1. Понятие и признаки предпринимательской деятельности как сферы договорного регулирования: доктринальный и правоприменительный подходы

Право осуществлять предпринимательскую деятельность — одна из важнейших гарантий свободного развития личности. Не случайно в ст. 34 Конституции Российской Федерации¹ в числе основополагающих прав провозглашено право на свободное использование своих способностей и своего имущества в целях занятия предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельностью.

«Д» В экономической науке понятие «**предприниматель**» появилось лишь в XVIII в. и использовалось в качестве синонима таких терминов, как «хозяин фирмы», «собственник», «капиталист». При этом в общую задачу ведения бизнеса, выполняемую предпринимателем, как ранее, так и сейчас, включаются две составляющие: первая — координация экономических ресурсов (т.е. организация покупки необходимых факторов производства, их использование в производстве, реализация готовой продукции); вторая — несение риска, проистекающего из принятия тех или иных управленческих решений. И хотя на практике бывает сложно выделить одну составляющую, разграничить ее с другой, постепенно выяснилось, что истинный смысл предпринимательства проявляется, в первую очередь, в сопротивлении окружающей

¹ Конституция Российской Федерации. Принята всенародным голосованием 12 декабря 1993 г. Официальный текст (с учетом поправок, внесенных 05.04.2014) // СЗ РФ. 2014. № 9. Ст. 851; Официальный интернет-портал правовой информации: <http://www.pravo.gov.ru> (дата обращения: 01.06.2019).

среде, принятии на себя риска ведения бизнеса. Именно на эту сторону в деятельности предпринимателя обратил внимание французский экономист Р. Кантильон, впервые разработавший концепцию предпринимательства в 1725 г. Согласно взглядам этого ученого, предпринимателем может быть любой человек, устремленный в будущее, обладающий предвидением и интуицией, желанием рисковать и умением просчитывать риск¹.

«Д» С точки зрения Й. Шумпетера, предприниматели — особый тип людей. Предприниматель — агент изменения в экономике, источник новых идей. Предприниматель — новатор, творец и/или проводник новых идей. Предпринимательская деятельность, осуществляемая такими людьми, является решающим фактором для развития экономики любого государства².

В современной России вследствие практически полной ликвидации государственного сектора именно предпринимательские структуры призваны обеспечивать население страны качественными товарами, работами и услугами. От результатов их деятельности зависит не только благополучие граждан, но и стабильность самого государства, а, следовательно, его безопасность.

«Научно-технический прогресс неизбежно приводит к появлению новых видов социальной активности. Их принятие обществом, понимание содержания и целей — не всегда простой и быстротечный процесс. Четвертая промышленная революция, развернувшаяся на наших глазах, указанные процессы активизировала. **Цифровизация экономики** и сопряженные с ней изменения требуют от юристов, на наш взгляд, гораздо больших, чем ранее, усилий»³. Исходя из этого, представляется, что договорное регулирование предпринимательской деятельности приобретает особое экономико-правовое значение.

«Д» По смыслу Основного Закона нашей страны понятие **предпринимательской деятельности** производно от более широкой категории **экономической деятельности**. Как небезосновательно отмечает И. В. Бакаева, анализ ч. 1 ст. 34 Конституции РФ позволяет утверждать, что в содержательном наполнении термин «экономическая деятельность» объединяет в себе «предпринимательскую деятельность» и «иную экономическую деятельность». Следовательно, исходя из императивного предписания изучаемой конституционной нормы, предприниматель-

¹ См.: Блауг М. Экономическая мысль в ретроспективе / пер. с англ. 4-е изд. М.: Дело Лтд, 1994. С. 18–19 (Очерк Кантильона).

² Шумпетер Й. А. Теория экономического развития. М.: Директмедиа Паблишинг, 2008. С. 159, 184–194.

³ Ершова И. В., Трофимова Е. В. Майнинг и предпринимательская деятельность: в поисках соотношения // Актуальные проблемы российского права. 2019. № 6. С. 73.

ская деятельность — это разновидность экономической деятельности. При этом, четко отграничить предпринимательскую деятельность от экономической достаточно затруднительно, в том числе по причине отсутствия законодательной трактовки дефиниции «экономическая деятельность»¹.

«Д» В науке предпринимательского права профессором **И. В. Ершовым** вполне обоснованно сформулировано предложение о необходимости законодательного закрепления рассматриваемого понятия, поскольку **квалификация деятельности в качестве экономической** влечет за собой наделение субъекта, ее осуществляющего, правами, возложение на него обязанностей, установление правовых механизмов обеспечения и защиты прав, а также иные правовые последствия².

Не вдаваясь глубоко в широкую дискуссию относительно определения данного термина, хочется поддержать точку зрения, сложившуюся в доктрине о том, что понятие «предпринимательская деятельность» уже, чем понятие «экономическая деятельность», первое им полностью поглощается; не любая разновидность экономической деятельности может быть признана предпринимательской, притом, что всякая предпринимательская деятельность является экономической³.

«Д» Непосредственно происхождение термина **«предпринимательская деятельность»** связано со словом «предприниматель», которое изначально употребляли в своих трудах ученые-экономисты. К примеру, еще в XVIII в. известным экономистом Р. Кантильоном было доказано, что на основании расхождений рыночного спроса с предложением появляются способы дешевле купить и дороже продать. Р. Кантильон таких граждан, пользующихся этими нереализованными возможностями по извлечению прибыли, называл «предприниматели», или индивиды, стремящиеся приобрести товар по известной цене, чтобы продать его по неизвестной. Ученый также обращал внимание на то, что подобного рода действия не всегда требуют занятия каким-либо производством и не обязательно поглощают собственные вложения предпринимателя, хотя зачастую это является необходимым. Иными словами, Кантильон рассматривал предпринимательство в ракурсе вопроса предвидения и желания

¹ См.: *Бакаева И. В.* Предпринимательская деятельность граждан как разновидность экономической деятельности: цивилистическая доктрина и законодательство // *Законы России: опыт, анализ, практика.* 2018. № 3. С. 15.

² См. подробнее: *Ершова И. В.* Экономическая деятельность: понятие и соотношение со смежными категориями // *Lex russica.* 2016. № 9. С. 49.

³ См.: *Михайлова Е. В., Татаринова С. С.* К вопросу о понятии предпринимательской деятельности и способах защиты прав ее субъектов // *Арбитражный и гражданский процесс.* 2018. № 9. С. 16.

возлагать на себя риски, что не всегда связано с вовлечением труда в некие производственные процессы¹.

Несмотря на наличие определения предпринимательской деятельности в пп. 3 п. 1 ст. 2 ГК РФ («самостоятельная, осуществляемая на свой риск деятельность, направленная на систематическое получение прибыли от использования имущества, продажи товаров, выполнения работ либо оказания услуг»), многие авторы придерживаются мнения о его спорном характере. К примеру, Л. В. Щенникова обращает внимание на то, что по большому счету ни один из признаков, перечисленных в легальной трактовке «предпринимательская деятельность», не является сущностным. Автор справедливо подмечает, что им может быть охвачен практически любой вид экономической деятельности, посредством осуществления которой граждане могут получать даже незначительные доходы. Наглядными иллюстрациями сказанному служит деятельность по: репетиторству, платным лекциям в вузе, написание статей пенсионером-журналистом и т.д. В это же самое время законом из состава предпринимателей исключаются нотариусы, адвокаты, арбитражные управляющие и пр., которые, напротив, от своей деятельности извлекают доходы, причем нередко в весьма значительных объемах².

«Д» Дискуссионным является также вопрос отраслевой принадлежности анализируемого понятия. О. М. Олейник полагает, что трактовка, данная законодателем в ГК РФ, является отраслевой, т.к. она текстуально размещена в норме статьи ГК РФ, которая устанавливает круг отношений, регулируемых Кодексом³. Аналогичной точки зрения придерживались В. В. Лаптев⁴ и А. Г. Быков⁵. О. А. Герасимовым, напротив, отстаивается позиция о том, что «предпринимательская деятельность» — это межотраслевой термин, используемый во всех отраслях российского права⁶. Вполне обоснованно схожее мнение высказывает профессор И. В. Ершова, указывая, что по причине отсутствия других определений понятия «предпринимательская деятельность», помимо

¹ См.: Блауг М. Указ. соч. С. 426.

² См.: Щенникова Л. В. Предпринимательская деятельность как гражданско-правовая категория // Цивилистические записки: Межвузовский сборник научных трудов. Вып. 4. М.: Статут, 2005. С. 76.

³ См.: Олейник О. М. Понятие предпринимательской деятельности: теоретические проблемы формирования // Предпринимательское право. 2015. № 1. С. 9.

⁴ См.: Предпринимательское (хозяйственное) право: учебник / под ред. В. В. Лаптева, С. С. Занковского. М.: Волтерс Клувер, 2006. С. 21 (автор главы В. В. Лаптев).

⁵ См.: Быков А. Г. О содержании курса предпринимательского права и принципах его построения // А. Г. Быков: Человек, Ученый, Учитель. М.: Стартап, 2013. С. 72.

⁶ См.: Герасимов О. А. Законодательное закрепление понятия деятельности и его соотношение с понятием производственной деятельности // Власть Закона. 2017. № 2. С. 124.

того, что приведено в п. 1 ст. 2 ГК РФ, следует все же считать его универсальным и применимым ко всем отношениям, как частноправового, так и публично-правового характера, которые складываются по поводу осуществления предпринимательства¹.

«СП» В контексте сказанного необходимо подчеркнуть обоснованность данного подхода и указать, что высшие судебные инстанции отдают приоритет именно последнему подходу².

При этом не вызывает особых вопросов утверждение, что отдельные **признаки предпринимательской деятельности** требуют дополнительного анализа, даже, несмотря на то, что количество указанных в законе признаков достаточно велико³. Как и любая дефиниция в науке, определение предпринимательской деятельности должно содержать систему таких признаков, которые позволят наиболее полно и четко охарактеризовать данное явление. По верному утверждению профессора **В. С. Белых**, «здесь, как в математике, нужна система количественных и качественных показателей для оценки такого явления, как предпринимательство»⁴.

Исходя из легального определения предпринимательской деятельности, многие исследователи, в первую очередь, раскрывают признаки, перечисленные в пп. 3 п. 1 ст. 2 ГК РФ.

Итак, **предпринимательская деятельность** — это самостоятельная деятельность. Правда, самостоятельный характер деятельности не свидетельствует о невозможности привлечения наемного труда. Подразумевается лишь индивидуализация и обособление такой деятельности от деятельности трудовой. Самостоятельность означает то, что деятельность осуществляется от имени конкретного субъекта гражданского (предпринимательского) права.

«Д» Схожего мнения придерживаются М. В. Демьянец, В. М. Елин, А. К. Жарова, определяя, что самостоятельность указывает на волевой источник, в том числе, на организационно-правовую форму⁵. Сказан-

¹ См.: *Аганина Р.Н., Андреев В.К., Андреева Л.В.* [и др.]. Предпринимательское право: Правовое сопровождение бизнеса: учебник для магистров / отв. ред. И. В. Ершова. М.: Проспект, 2017. С. 17 (автор главы И. В. Ершова).

² Пункт 7 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 15.11.2016 № 48 «О практике применения судами законодательства, регламентирующего особенности уголовной ответственности за преступления в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2017. № 1.

³ См.: *Рубцова Н. В.* Предпринимательская деятельность: понятие, общая характеристика, рисковый характер (к вопросу о дискуссии) // Ученые записки юридического факультета. 2015. Вып. 39 (49). С. 29.

⁴ *Белых В. С.* Правовое регулирование предпринимательской деятельности в России: монография. М.: Проспект, 2011. С. 34.

⁵ См.: *Демьянец М.В., Елин В.М., Жарова А. К.* Предпринимательская деятельность в сети Интернет: монография. М.: Юркомпани, 2014. С. 29.

ное при этом иллюстрируется на примере учреждения, не имеющего самостоятельность, в связи, с этим не способного заниматься предпринимательской деятельностью¹.

Представляется, что непременной чертой самостоятельности является обязательное осуществление деятельности именно от имени **субъекта предпринимательского права**. Причем без учета организационно-правовой формы, т.к. таковая отсутствует у индивидуальных предпринимателей, что авторы не принимают во внимание. В качестве лиц, осуществляющих предпринимательскую деятельность, могут выступать достаточно широкая категория субъектов: представители малого и крупного бизнеса. Как справедливо указывается в доктрине предпринимательского права, «анализ специфики микробизнеса позволяет говорить о его преимуществах по сравнению с крупными, средними и даже иными малыми предприятиями. Как представляется, к таким достоинствам можно отнести большую восприимчивость микропредприятий к изменяющимся потребностям рынка»².

Изучаемый **признак предпринимательской деятельности** — это некий антипод советской юридической науке о труде. Как известно, в советский период любой труд имел такие характеристики, как общественность или наем; граждане были лишены права на труд для получения дохода самому себе.

Выделение в предпринимательской деятельности **самостоятельности** в современное время не отрицает наличие труда, однако, труд отправляется в отношении самого себя при возможности обратиться к помощи наемной рабочей силы. Интересно утверждение О. А. Герасимова о том, что самостоятельность предпринимательской деятельности — это «та частичка допустимого в гражданском праве эгоизма, а также проявление защиты и направленности на частный интерес всего гражданского права»³.

Следующий признак предпринимательской деятельности — это ее **рисковый характер**.

Природа предпринимательского риска допускает его анализ не только с экономической точки зрения, но и с правовой. Тем более, что понятие **«риск»**, невзирая на экономическое содержание, употребляется в текстах многих нормативных правовых актов. Наиболее

¹ Бушев А. Ю., Городов О. А., Жмулина Д. А. [и др.]. Коммерческое (предпринимательское) право: учебник в 2-х т. / под ред. В. Ф. Попондопуло. 5-е изд., перераб. и доп. М.: Проспект, 2016. Т. 1. С. 19.

² Ершова И. В. Микропредприятие: «микро» не значит «малое» // Предпринимательское право. 2018. № 2. С. 11–18.

³ Герасимов О. А. Указ. соч. С. 127.

подробным образом в законодательных актах раскрывается категория банковского риска¹.

Правовая составляющая предпринимательских рисков более всего связана с вероятностью неисполнения предпринимательских обязательств. Как следует из подп. 3 п. 2 ст. 929 ГК РФ, **под предпринимательским риском понимается** возможность образования убытков от предпринимательской деятельности вследствие нарушения контрагентами предпринимателя взятых на себя обязательств или в случае изменения условий осуществления такой деятельности при наступлении не зависящих от предпринимателя обстоятельств; здесь подразумевается и вероятность неполучения доходов, которые предприниматель планировал получить. По своему содержанию, риск неполучения дохода либо получение дохода в меньшем размере, а, значит, и рисковый характер предпринимательства, преследует главную цель, как и предпринимательская деятельность в целом, — получение прибыли. Что не исключает, а, наоборот, объединяет экономическую и правовую суть предпринимательского риска, поскольку, как верно указано Н. В. Рубцовой, это **единая категория**, и включение в определение риска получения (или неполучения) прибыли является принципиальным для точного раскрытия природы самой предпринимательской деятельности².

«СП» Не обходит своим вниманием категорию «**предпринимательский риск**» и **Конституционный Суд Российской Федерации**. В частности, понятие «риск» Суд связывает с возможными «деловыми просчетами»³. Особый интерес представляет правовая позиция Конституционного Суда РФ, согласно которой экономический риск несут даже лица, осуществляющие предпринимательскую деятельность (акционеры), но участвующие в деятельности субъекта предпринимательского права (акционерного общества). Наряду с этим, **Конституционный Суд РФ** подмечает, что граждане и организации при приобретении акций и осуществлении акта распоряжения принадлежащим им имуществом, наделяются и определенными имущественными правами требования

¹ Положение об организации внутреннего контроля в кредитных организациях и банковских группах, утв. Банком России 16.12.2003 № 242-П (ред. от 04.10.2017) // Вестник Банка России. 2004. № 7; Официальный интернет-портал правовой информации: <http://www.pravo.gov.ru> (дата обращения: 01.06.2019).

² См.: *Рубцова Н.В.* О некоторых признаках предпринимательской деятельности в условиях экономического кризиса (на примере банков) // Вестник Омской юридической академии. 2018. № 2. С. 155.

³ Постановление Конституционного Суда РФ от 24.02.2004 № 3-П «По делу о проверке конституционности отдельных положений статей 74 и 77 Федерального закона “Об акционерных обществах”, регулирующих порядок консолидации размещенных акций акционерного общества и выкупа дробных акций, в связи с жалобами граждан, компании “Кадет Истеблишмент” и запросом Октябрьского районного суда города Пензы» // Вестник Конституционного Суда РФ. 2004. № 2.

к акционерному обществу: участвовать в процессах распределения прибыли, получать часть имущества при ликвидации общества и т.д. **Имущественные права требования** также представляют собой **«имущество»**, а, значит, на них распространяется действие конституционно-правовых гарантий, включая предоставление охраны прав акционеров, в том числе миноритарных (мелких) акционеров, выступающих слабой стороной в системе корпоративных отношений, и судебной защиты в случае нарушения этих прав. Подобного рода гарантии преследуют такие публичные цели, как увеличение поступления частных инвестиций в экономику и наличие стабильных общественных отношений в гражданском обороте¹.

Правда, известным экономистом Й. Шумпетером в свое время высказывалось предположение о том, что предприниматель практически никогда не несет рисков. «Если предприятие терпит крах, внакладе остается кредитор. И хотя предприниматель отвечает за успех дела своим имуществом, это, скорее, вызывает к нему доверие, чем реально обеспечивает заем. Но даже если предприниматель финансирует себя сам из прошлой предпринимательской прибыли или использует средства производства своего прежнего **«статичного» предприятия**, он несет риск только как кредитор или владелец благ, но отнюдь не как предприниматель. Пусть даже он рискует своей репутацией, но прямой экономической ответственности за неудачу своего предприятия он не несет»².

Как представляется, такая категория как **«предпринимательский риск»** не касается деятельности как таковой, она затрагивает лишь отношение к результатам этой деятельности. **Риск выступает в качестве стимула** для того, чтобы начать искать новые решения. Правда, с другой стороны, понимание опасности не должно перекрывать весь смысл деятельности.

Следующий важный **признак предпринимательской деятельности**, предусмотренный в пп. 3 п. 1 ст. 2 ГК РФ, заключается в **систематическом получении прибыли**.

Формирование прибыли происходит за счет доходов, извлекаемых из хозяйственной деятельности, после того, как покрываются все расходы. Прибыль за вычетом уплаченных налогов и иных обязательных платежей в бюджет, — это уже балансовая прибыль. Действия, предполагающие разовое извлечение прибыли, а также деятельность, позволяющая получать случайные, разовые доходы, несистематическую

¹ Постановление Конституционного Суда РФ от 10.04.2003 № 5-П «По делу о проверке конституционности пункта 1 статьи 84 Федерального закона «Об акционерных обществах» в связи с жалобой открытого акционерного общества «Приаргунское» // Вестник Конституционного Суда РФ. 2003. № 3.

² Шумпетер Й. Указ. соч. С. 184.

прибыль в виде побочного, разового заработка, не могут рассматриваться в качестве предпринимательства. Этим, в частности, обуславливается, принципиально иной подход к **правовому регулированию отношений между предпринимателями и не предпринимателями**, а также отсутствие мер ответственности за занятие предпринимательской деятельностью в отсутствие факта государственной регистрации.

«СП» Стоит подчеркнуть, что данный подход прямо реализован в гражданском, налоговом и хозяйственном законодательстве. В то же время «...само по себе отсутствие прибыли не влияет на квалификацию правонарушений, предусмотренных статьёй 14.1 КоАП РФ, поскольку извлечение прибыли является целью предпринимательской деятельности, а не ее обязательным результатом»¹.

Для более полного раскрытия понятия «систематичность» видится возможным обратиться к п. 7 Постановления Президиума Верховного Совета СССР от 15.10.1982. и п. 6 Постановления Пленума Верховного Суда СССР от 26.04.1984 № 2. Несмотря на то, что на сегодняшний день указанное толкование признано утратившим силу, и в нем раскрываются, в первую очередь, вопросы уголовной ответственности, их изучение дает возможность для утверждений о смежном характере таких понятий, как «систематичность», «повторность», «неоднократность». При этом квалификация действий в качестве систематических требует их совершения три раза и более за определенный период (в рамках определенных сроков)². Таким образом, любой **предприниматель должен стремиться не к получению единоразовой прибыли от совершения какой-либо сделки, а к ее постоянному извлечению.**

Исходя из легального определения «**предпринимательская деятельность**», следуют такие допустимые способы для систематического извлечения прибыли предпринимателями: **а) использование имущества; б) продажа продукции; в) выполнение работ; г) оказание услуг.**

Считается, что именно рассматриваемый признак раскрывает содержание (суть) предпринимательской деятельности³. Однако, несмотря на такую значимость, в тексте ГК РФ он изложен несколько некорректно. Причина некорректности заключается в том, что предпринимательской деятельности, особенно в условиях рыночной экономике, свойственна многогранность, развитие в различных на-

¹ См.: ч. 4 п. 13 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 24.10.2006 № 18 «О некоторых вопросах, возникающих у судов при применении Особенной части Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2006. № 12.

² См.: *Витрук Н. В.* Общая теория юридической ответственности. 2-е изд., испр. и доп. М.: Норма, 2009. С. 181.

³ См.: *Воронцов С. Г.* Легальные признаки предпринимательской деятельности: проблемы терминологической определенности // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2016. № 4. С. 402–412.

правлениях, следовательно, ограничивать ее закрытым перечнем в корне неверно. Можно предположить, что на законодательном уровне **не следует устанавливать ограничения для определения источников извлечения дохода (прибыли)**, т.к. их определение, в первую очередь, относится к прерогативе рынка. О том, что нельзя в законе перечислять возможные направления предпринимательства говорят многие авторы, в частности, профессор И. В. Ершова¹ и профессор В. Ф. Попондопуло².

Стоит отметить, что в понятии предпринимательской деятельности, которое было дано в Законе РСФСР от 25.12.1990 № 445-1 «О предприятиях и предпринимательской деятельности»³, данный перечень отсутствовал. Такой подход представляется более верным.

Одновременно следует помнить, что перечисленные в пп. 3 п. 1 ст. 2 ГК РФ действия могут не носить систематический характер, не давать прибыль (и даже вообще — за исключением продажи товаров — осуществляться безвозмездно), не осуществляться самостоятельно, на свой риск, поэтому, как верно отмечается, применительно к каждому конкретному случаю систематичность получения прибыли должна оцениваться в совокупности с иными признаками предпринимательской деятельности⁴.

«СП» Так, при рассмотрении одного из дел судом сделка по продаже недвижимого имущества, совершенная индивидуальным предпринимателем, не была признана предпринимательской. Суд пришел к выводу, что передача на праве аренды части помещения небольшой квадратуры не может выступать достаточным доказательством того, что доход, который получил налогоплательщик, реализовав недвижимость, — это доход, связанный с осуществлением предпринимательской деятельности. Тем более, что в рассмотренном споре предпринимательский характер имела не продажа объектов недвижимого имущества, а сдача помещений в аренду, доход от которой налогоплательщик учитывал в порядке, установленном налоговым законодательством. Учитывая это, суд посчитал, что доход от продажи нежилых помещений не относится к категории доходов, связанных с осуществлением предпринимательской

¹ См.: *Аганина Р.Н., Андреев В.К., Андреева Л.В.* [и др.]. Указ. соч. С. 24 (автор главы И. В. Ершова).

² См.: *Бушев А.Ю., Городов О.А., Жмулина Д.А.* [и др.]. Указ. соч. С. 13 (автор главы В. Ф. Попондопуло).

³ Статья 1 Закона РСФСР от 25.12.1990 № 445-1 «О предприятиях и предпринимательской деятельности» (утратил силу) // *Ведомости СНД и ВС РСФСР*. 1990. № 30. Ст. 418.

⁴ См.: *Афанасьева Е.Г., Белицкая А.В., Вайпан В.А.* [и др.]. *Предпринимательское право Российской Федерации: учебник / отв. ред. Е. П. Губин, П. Г. Лахно*. 3-е изд., перераб. и доп. М.: Норма, ИНФРА-М, 2017. С. 23.

деятельности¹. Разрешая другой спор, суд постановил, что нежилые помещения, исходя из своих функциональных характеристик, изначально не могут использоваться в личных или иных целях, не связанных с предпринимательством. Факт непредставления в суд доказательств, свидетельствующих об обратном, позволил суду заключить, что доход, извлеченный обществом от реализации нежилого помещения, является предпринимательским². Несмотря на противоречивость указанных решений, очевидно следующее: суды в каждом конкретном случае мотивируют свои решения с учетом не только характера (системы) самой деятельности, направленной на получение прибыли, но и соответствия осуществляемой деятельности иным признакам.

Исходя из общего правила, лица, которые занимаются предпринимательской деятельностью, должны пройти **обязательную государственную регистрацию в качестве субъекта предпринимательства** в предусмотренном законом порядке, если иной порядок не установлен в ГК РФ. На основании данной нормы большинство авторов приходят к выводу, что государственная регистрация субъектов предпринимательской деятельности, в отличие от иных существенных признаков (рисковый характер деятельности, систематическое получение прибыли и т.д.), носит формальный характер.

«Д» Так, по мнению И. В. Охтина, именно формальному признаку, т.е. факту госрегистрации предпринимателей, принадлежит основополагающее значение, особенно, когда рассматривается вопрос определения законности/незаконности предпринимательской деятельности³. Следовательно, для занятия предпринимательством на законных основаниях, лицо должно в установленном порядке пройти регистрацию в качестве организации или индивидуального предпринимателя, а в необходимых случаях — оформить лицензию для осуществления видов деятельности, подлежащих лицензированию.

В контексте сказанного важно обратить внимание на то, что **регистрация является не правом, а обязанностью лица**, занимающегося предпринимательской деятельностью. На это указывают и п. 1 ст. 23 ГК РФ, который гласит, что гражданин вправе заниматься предпринимательской деятельностью без образования юридического лица с момента государственной регистрации в качестве индивидуального предпринимателя, и п. 1 ст. 51 ГК РФ, предусматривающий, что

¹ См.: Постановление ФАС Уральского округа от 12.01.2010 № Ф09-5369/09-С2 по делу № А07-14957/2008 // Документ опубликован не был. <http://www.consultant.ru/>

² См.: Постановление Президиума ВАС РФ от 18.06.2013 № 18384/12 по делу № А76-23943/2011 // Вестник ВАС РФ. 2013. № 11.

³ См.: *Охтин И. В.* Незаконная предпринимательская деятельность // СПС «КонсультантПлюс». 2019. <http://www.consultant.ru/>

юридическое лицо подлежит государственной регистрации в уполномоченном государственном органе в порядке, предусмотренном законом о государственной регистрации юридических лиц. В соответствии с п. 2 ст. 11 Федерального закона от 08.08.2001 № 129-ФЗ «О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей»¹ моментом государственной регистрации является внесение регистрирующим органом соответствующей записи в соответствующий государственный реестр. Что касается необходимости получить лицензию, то перечень видов деятельности, подлежащих лицензированию, установлен в ст. 12 Федерального закона от 04.05.2011 № 99-ФЗ «О лицензировании отдельных видов деятельности»².

Используя такой подход к пониманию законности предпринимательской деятельности, наркоторговлю, организацию притонов, создание нелегальных казино, работорговлю и т.д., недопустимо относить к предпринимательству, даже, несмотря на то, что данная деятельность предполагает систематическое извлечение прибыли, а также осуществляется на свой страх и риск. Та или иная разновидность предпринимательской деятельности должна быть изначально разрешена законом и, следовательно, она должна быть зарегистрирована, а потом оформлена согласно лицензионным требованиям. Реализация же наркотических средств в нашей стране, к примеру, законом запрещена, значит, она не подлежит ни регистрации, ни лицензированию.

«СП» Помимо этого, в практике выработан подход, не рассматривать в качестве предпринимательской деятельности «лжепредпринимателей» или руководителей (сотрудников) «лжеорганизаций» (фирмы-однодневки), которые используют статус субъекта предпринимательской деятельности в качестве прикрытия для осуществления противозаконной деятельности. Так, в частности, Верховным Судом РФ было подтверждено, что Б. совместно с иными лицами изначально планировали похитить чужое имущество. Зарегистрированные ими в этих целях ООО 1 и ООО 2 никакую хозяйственную или другую деятельность не осуществляли, они исключительно заключали договоры на поставку нефти, которой у них по факту не было. В данном случае полагать, что Б. совершил мошенничество, непосредственно связанное с осуществлением предпринимательства, и переqualificировать его

¹ Федеральный закон от 08.08.2001 № 129-ФЗ «О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей» (ред. от 26.11.2019) // СЗ РФ. 2001. № 33 (ч. 1). Ст. 3431; Официальный интернет-портал правовой информации: <http://www.pravo.gov.ru> 26.11.2019.

² Федеральный закон от 04.05.2011 № 99-ФЗ «О лицензировании отдельных видов деятельности» (ред. от 18.02.2020) // СЗ РФ. 2011. № 19. Ст. 2716; Официальный интернет-портал правовой информации: <http://www.pravo.gov.ru> 18.02.2020.