

ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЕ ПРАВО**BUSINESS LAW****НАУЧНАЯ СТАТЬЯ**

УДК 346.1;347.121.2

Дата поступления: 25.12.2020
рецензирования: 12.01.2021
принятия: 08.02.2021**Элеонора Г. Балашова**

Самарский национальный исследовательский университет имени академика С.П. Королева, г. Самара, Российская Федерация

К вопросу о соотношении предпринимательской и профессиональной деятельности

Аннотация: в статье рассматриваются вопросы квалификации различных видов экономической деятельности. Делается попытка анализа соотношения предпринимательской и профессиональной деятельности, выделяются критерии профессиональной деятельности. Автор рассматривает признаки понятия «предпринимательская деятельность», разграничивая данный вид деятельности от иной экономической. Приходит к выводу о существовании трактовки понятия «профессиональная деятельность» в узком и широком смысле слова. В первом случае это деятельность по определенной профессии, предполагающая наличие у физического лица конкретных знаний, полученных в ходе обучения и/или сформированных в результате приобретения опыта в профессиональной сфере: во втором случае это все виды деятельности, предполагающие наличие специальных знаний не только по конкретной профессии, но и в определенной сфере экономики, где имеются особенности правового регулирования.

Ключевые слова: экономическая деятельность, предпринимательская деятельность, активная экономическая деятельность, иные виды экономической деятельности, хозяйственная деятельность.

Цитирование: Балашова, Элеонора Г. 2021. К вопросу о соотношении предпринимательской и профессиональной деятельности. *Юридический аналитический журнал* 16(1): 59–70. <http://doi.org/10.18287/1810-4088-2021-16-1-59-70>.

Конфликт интересов: автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.

ИНФОРМАЦИЯ ОБ АВТОРЕ

© Элеонора Г. Балашова, 2021

Элеонора Георгиевна Балашова, кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского процессуального и предпринимательского права, Самарский национальный исследовательский университет имени академика С.П. Королева, 443086, Российская Федерация, г. Самара, Московское шоссе, 34.

e-mail: 114817@mail.ru

SCIENTIFIC ARTICLESubmitted: 25.12.2020
Revised: 12.01.2021
Accepted: 08.02.2021**Eleonora G. Balashova**

Samara National Research University, Samara, Russian Federation

On the question of the relationship between entrepreneurial and professional activity

Abstract: the article deals with the issues of qualification of various types of economic activity. An attempt is made to analyze the ratio of entrepreneurial and professional activities, and the criteria of professional activity are highlighted. The author comes to the conclusion that there is an interpretation of the concept of “professional activity” in the broad and narrow sense of the word. The author shares the conclusion that professional activity is carried out by an individual who has special knowledge, qualifications obtained either in the course of training, or formed as a result of gaining experience in the professional field. This person can carry out their professional duties, both within the framework of an employment contract, and independently under a civil law contract, engaging in private practice. Professional activity may or may not be entrepreneurial in nature. At the same time, entrepreneurial activity may not be professional in terms of the availability of special knowledge and qualifications. Legal regulation of both professional and business activities can be carried out by various methods, including using elements of self-regulation and without them, which does not allow its features to be used to distinguish between these types of activities. The article also considers the features of the concept of “entrepreneurial activity”, distinguishing this type of activity from other economic activities.

Key words: economic activity, entrepreneurial activity, active economic activity, other types of economic activity, economic activity.

Citation: Balashova, Elena G. 2021. “On the question of the relationship between entrepreneurial and professional activity”. *Juridical Analytical Journal* 16(1): 59–70. <http://doi.org/10.18287/1810-4088-2021-16-1-59-70>. (In Russian)

Conflict of interest: the author declared no conflicts of interest.

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

© *Eleonora G. Balashova, 2021*

Eleonora Georgievna Balashova, Candidate of Juridical Sciences, associate professor at the Department of Civil Procedural and Business Law, Institute of Law, Samara National Research University, 34, Moskovskoye shosse, Samara, 443086, Russian Federation.

e-mail: 114817@mail.ru

Введение

Рассмотрение предпринимательской деятельности и ее отличительных признаков длительное время привлекает внимание ученых. Несмотря на закрепление легального определения данного вида деятельности, активное обсуждение в литературе признаков предпринимательства, остаются нерешенными вопросы, позволяющие разграничить данный вид деятельности и смежные виды, в частности профессиональной, хозяйственной и иных. Показательно, что в последние годы появляется все больше работ, посвященных системному анализу родового для всех этих категорий понятия – экономической деятельности, что открывает новые грани.

Вместе с тем отсутствие легального определения профессиональной деятельности, сопряженное с развитием законодательства о профессиональных предпринимательских объединениях, породило дискуссию о соотношении предпринимательской и профессиональной деятельности.

Основная часть

Экономическая деятельность, понимаемая как активное и/или пассивное поведение индивида, действующего самостоятельно либо совместно с иными индивидами в рамках коллективного образования в целях реализации своих целей в получении материальных и духовных благ при использовании своих и привлечен-

ных способностей, навыков и умений (а также обмена произведенных им благ как результата реализации имеющихся у индивида способностей) при использовании имеющихся в его распоряжении ресурсов (финансовых, материальных, природных и т. п.), предполагает выделение отдельных видов, к числу которых относится и предпринимательская деятельность.

Предложенная А.Я. Курбатовым классификация видов экономической деятельности на активную и пассивную в зависимости от признака профессионализма поддерживается практически всеми учеными, занимающимися проблемами предпринимательского права (Курбатов 2001, 88–97). Активной является деятельность, совершаемая самим предпринимателем по производству, обмену товаров, предоставлению работ и услуг. Иные виды отнесены к *иной экономической деятельности*.

Подтверждение обоснованности данной классификации прослеживается в правовой позиции Конституционного Суда РФ, высказанной в Постановлении № 14-П от 22 июля 2002 года: посредством заключения договоров *банковского вклада* граждане осуществляют иную не запрещенную законом экономическую *деятельность*, рассчитывая при этом получить доход в виде процентов по вкладу.

Многие авторы в ходе исследования проблем предпринимательского права указывали

также на профессионализм предпринимательской деятельности. Так, например, считают, что профессионализм является свойством предпринимательской деятельности, такие ученые, как Жалинский А.Э., Мартемьянов В.С. (Жалинский 1997, 4–10; Мартемьянов 1994, 3).

Обоснование профессионализма предпринимательской деятельности можно найти и в работах Олейник О.М. Автор отметила, что «профессионализм предпринимателя состоит в: ведении этой деятельности людьми, имеющими определенную **квалификацию или иную информацию**, необходимую для принятия и реализации решений...; осуществлении предпринимательской деятельности по определенным **правилам и методикам**, стандартам деятельности, которые чаще всего имеют нормативное закрепление в виде правил оказания услуг, правил торговли, правил проведения работ либо обычаев делового оборота; соответствии результатов деятельности определенным **требованиям, которые носят нормативный характер...**; **подконтрольности деятельности** государственным органам, уполномоченным выполнять общественно необходимые функции в интересах потребителей результатов предпринимательской деятельности, лиц, занятых в процессе производства, самих предпринимателей, общества в целом» (Олейник 2015, 3–17).

Вместе с тем изменение в последние годы подхода законодателя к профессиональной деятельности, наделение профессионализмом определенных категорий субъектов как носителей специальных знаний порождает необходимость уточнения в части наименования основания классификации видов экономической деятельности, так как указание на «признак профессионализма» порождает смешение активного предпринимательского поведения и профессиональной деятельности определенных категорий субъектов, чья деятельность не является предпринимательской в силу реализации ими публичной функции (например, нотариусы, профессиональные участники рынка ценных бумаг, арбитражные управляющие и иные).

Так, Кванина В.В. отмечала, что «предпринимательская деятельность» и «профессиональная деятельность» являются «непересекающимися категориями и, следовательно, к субъектам профессиональной деятельности режим регулирования предпринимательской деятельности неприменим» (Кванина 2011, 27–33).

Аналогичную позицию высказали Губин Е.П. и Лахно П.Г., указав, что «субъект, осуществляющий профессиональную деятельность,

связанную с выполнением социально значимых функций, не регистрируется в установленном для индивидуальных предпринимателей законом порядке, закон устанавливает особые требования к такого рода субъектам, они, как правило, должны являться членами саморегулируемых организаций, предусматривается обязательное страхование их профессиональной ответственности» (Губин, Лахно 2017, 35).

Разграничение предпринимательской и профессиональной деятельности следует и из закрепленных в законе формулировок, например из ст. 1 Федерального закона от 01.12.2007 № 315-ФЗ «О саморегулируемых организациях».

В теории предпринимательского права учеными предлагается разграничивать предпринимательскую и профессиональную деятельность по ряду признаков. Наиболее полный перечень отличий представлен в работе Сунгатуллиной Л.А.

Так, автор предлагает следующие основные характеристики профессиональной деятельности: «1) данная деятельность осуществляется физическими лицами; 2) публичная и общественная значимость профессиональной деятельности (ее результатов или процесса ее осуществления); 3) обладание навыками, способностями, умениями, знаниями, приобретенными в процессе получения образования; 4) документальное подтверждение компетентности в соответствующей области (наличие диплома о высшем образовании, аттестация, документально подтвержденный стаж работы и т. д.); 5) получение вознаграждения или иной выгоды за свою деятельность; 6) закрепление преимущественно императивными нормами требований к элементам договора, заключаемого при осуществлении предпринимательской деятельности; 7) включение субъектов профессиональной деятельности в специальный реестр (перечень) субъектов» (Ершова 2016, 46–61).

Смешанное же регулирование (и нормами частноправовыми, и публично-правовыми) и необходимость (возможность) объединения в саморегулируемые организации не позволяют разграничить предпринимательскую и профессиональную деятельность, так как необходимость государственного регулирования в большей или меньшей степени присуща этим видам отношений. В подтверждение можно привести Определение КС РФ от 10 февраля 2009 г. № 461-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Мисовца Василия Григорьевича на нарушение его конституционных прав положениями статей 15 и

24.6 ФЗ «Об оценочной деятельности в Российской Федерации»¹³, где указано, что «федеральный законодатель может возложить на субъекты экономической деятельности, осуществляющие в том числе публичные функции, а следовательно, действующие не только в интересах извлечения прибыли, но и в целях удовлетворения общественных потребностей, в качестве условия осуществления их деятельности обязанность быть членами соответствующего профессионального объединения».

Таким образом, вопрос о соотношении профессиональной и предпринимательской деятельности необходимо рассматривать как с точки зрения квалификации субъекта, наличия у него специальных знаний, так и в зависимости от концепции правового регулирования той или иной отрасли экономики.

О «профессионализме» в деятельности того или иного субъекта, безусловно, говорит наличие специальных знаний. Эти специальные знания в зависимости от общей концепции правового регулирования той или иной отрасли экономики могут быть подвержены более жесткому (особенно в случаях реализации этими субъектами публичной функции) или менее жесткому правовому регулированию, а в ряде случаев законодатель только предполагает наличие этих знаний.

Так, например, профессиональной является деятельность адвокатов и нотариусов как субъектов, обладающих специальными знаниями, имеющих соответствующий диплом, включенных в соответствующий реестр. Профессиональная деятельность осуществляется такими субъектами, как арбитражные управляющие (п. 1 ст. 20 ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)»; брокеры, дилеры и некоторые иные на рынке ценных бумаг (глава 2 ФЗ «О рынке ценных бумаг»); патентные поверенные (ст. 3 Федерального закона от 30 декабря 2008 г. № 316-ФЗ «О патентных поверенных»). Профессиональной является оценочная (ч. 1 ст. 3 ФЗ «Об оценочной деятельности в РФ»); актуарная (п. 3 ст. 2 ФЗ «Об актуарной деятельности в РФ»); страховая (ст. 19 Федерального закона от 27 июля 2010 г. № 225-ФЗ «Об обязательном страховании гражданской ответственности владельца опасного объекта за причинение вре-

да в результате аварии на опасном объекте», ст. 26 Федерального закона от 25 апреля 2002 г. № 40-ФЗ «Об обязательном страховании гражданской ответственности владельцев транспортных средств») и иные виды деятельности.

Правовое же регулирование деятельности в той или иной сфере может предполагать как необходимость контроля со стороны саморегулируемых организаций (что предполагает обязательное или добровольное членство в этих организациях), профессиональных сообществ, так и отсутствие такого контроля; как наличие специальных требований в различных областях этой деятельности, начиная от наличия этих знаний, подтверждения знаний для начала ее осуществления, заканчивая передачей на откуп самого субъекта вопроса о приобретении этих знаний.

Именно это позволило некоторым авторам говорить о различном понимании термина «профессиональная деятельность». Так, **Петров Д.А.** отмечает, что под «профессиональной деятельностью» понимается:

«1) профессиональная деятельность, осуществляемая субъектами предпринимательской деятельности и в силу этого относящаяся для целей саморегулирования к предпринимательской;

2) профессиональная деятельность, осуществляемая субъектами, подлежащими включению в профессиональные объединения, весьма похожими, по сути, на саморегулируемые организации, но не являющимися таковыми;

3) профессиональная деятельность в смысле профессии, рода занятий, трудовой функции;

4) профессиональная деятельность, регулируемая в соответствии с федеральными законами и относящаяся для целей саморегулирования к профессиональной» (Петров 2015, 103).

Указание на особенности правового регулирования той или иной профессиональной деятельности в конкретной отрасли экономики не позволяет, на наш взгляд, выделить в данном случае общие признаки профессиональной деятельности.

Кроме того, обращаясь к понятию «профессиональная деятельность», прежде всего необходимо определиться с тем, что мы понимаем под словом «профессия» и, соответственно, «профессиональная деятельность».

Наиболее распространенным толкованием слова «профессия» является «основной род занятий, трудовой деятельности» (Ожегов 1986, 543), где «род занятий» представляет собой определенное направление деятельности. Современные словари дают более расширен-

¹³ Определение Конституционного Суда РФ от 10 февраля 2009 г. № 461-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Мисовца Василия Григорьевича на нарушение его конституционных прав положениями статей 15 и 24.6 Федерального закона “Об оценочной деятельности в Российской Федерации”». *КонсультантПлюс*. Дата обращения 19 ноября 2020. <http://www.consultant.ru>.

ное толкование: «Род трудовой деятельности человека, владеющего определенными общими и специальными теоретическими знаниями и практическими навыками, приобретенными в результате специальной подготовки, опыта работы. Виды и наименования профессий определяются характером и содержанием труда, а также спецификой и условиями различных сфер деятельности».

Таким образом, говорить о наличии профессии могут специальные знания, как полученные в ходе обучения, так и самостоятельно с приобретением опыта. Сама эта профессия может быть как давно сложившейся, так и новой, основные компетенции которой внесены, например, в Единый тарифно-квалификационный справочник работ и профессий рабочих или содержатся в государственном информационном ресурсе «Справочник профессий».

С этой точки зрения не является профессиональной, например, деятельность членов совета директоров юридического лица в силу отсутствия специальных требований к квалификации в корпоративном законодательстве, на что обращалось внимание в литературе (Филиппова 2013, 13).

В целом профессиональная деятельность в силу реализации конституционного права свободы экономической деятельности может осуществляться как в рамках выполнения трудовой функции по соответствующему договору, так и самостоятельно, например по гражданско-правовому договору, что придает ей характер предпринимательской.

При этом прямой связи между профессиональной деятельностью (то есть деятельностью лица, обладающего квалифицированными знаниями в определенной области) и деятельностью предпринимательской нет. Так, например, профессиональной является деятельность аудитора, который, согласно ст. 4 Федерального закона от 30 декабря 2008 г. № 307-ФЗ «Об аудиторской деятельности», является физическим лицом, получившим квалификационный аттестат аудитора и являющимся членом одной из саморегулируемых организаций аудиторов. Аудитор может быть как работником соответствующей аудиторской организации и на основании трудового договора осуществлять свои обязанности, так и в индивидуальном порядке оказывать аудиторские услуги. Учитывая положения п. 6 ст. 1 Федерального закона РФ от 30 декабря 2008 г. № 307-ФЗ «Об аудиторской деятельности», согласно которому «аудиторские организации, индивидуальные аудиторы

(индивидуальные предприниматели, осуществляющие аудиторскую деятельность) не вправе заниматься какой-либо иной предпринимательской деятельностью, кроме проведения аудита и оказания услуг, предусмотренных настоящей статьей», данная деятельность является предпринимательской.

Иная ситуация сложилась в отношении медиаторов. Известно, что, согласно ст. 15 Федерального закона от 27 июля 2010 г. № 193-ФЗ «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)», деятельность медиатора может осуществляться как на профессиональной, так и на непрофессиональной основе, при этом она не является предпринимательской. Данный факт объясняется реализацией определенной публичной функции.

Анализ норм действующего законодательства показывает, что в ряде случаев, когда речь идет о реализации публичных функций, деятельность теряет характер предпринимательской, обладая формальными признаками предпринимательской деятельности, закрепленными в ст. 2 Гражданского кодекса РФ.

Согласно п. 2. ст. 1 Федерального закона от 31 мая 2002 г. № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации», не является предпринимательской и профессиональная деятельность адвоката. Несмотря на четкое указание закона, неоднократно разъяснения на этот счет Конституционного Суда РФ¹⁴, дискуссия о характере адвокатской деятельности и разграничении ее с деятельностью юридических лиц, оказывающих юридические услуги, ведется по настоящее время (Булатова 2009, 28–32; Шаров 2011, 169–176; Токмаков 2012, 25–30; Грудцына 2013, 33–48; Подольный 2014, 24–28).

Не является предпринимательской и профессиональная нотариальная деятельность (ст. 1, «Основы законодательства Российской Федерации о нотариате» от 11 февраля 1993 г. № 4462-1).

Интересная ситуация сложилась в отношении арбитражных управляющих, деятельность которых включает, с одной стороны, выполнение публичной функции в рамках дела о банкротстве, с другой стороны, иную юридическую деятельность. При этом сама по себе деятельность арбитражного управляющего согласно ст. 20 Федерального закона от 26 октября 2002 г.

¹⁴ Например, Постановление Конституционного Суда РФ от 23 декабря 1999 г. № 18-П. *КонсультантПлюс*. Дата обращения 28 ноября 2020. <http://www.consultant.ru>.

№ 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)», является профессиональной. Двойственность положения арбитражного управляющего неоднократно отмечалась судебными органами. Так, Судебная коллегия по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 14 сентября 2015 года в своем Определении № 301-КГ15-5301 отметила, что с 01.01.2011 Закон о банкротстве разграничивает профессиональную деятельность арбитражных управляющих и предпринимательскую деятельность, установив, что регулируемая законодательством о банкротстве деятельность арбитражных управляющих не является предпринимательской деятельностью.

Конституционный Суд РФ неоднократно еще до вступления в силу указанных изменений указывал на наличие публичного элемента в деятельности арбитражных управляющих. Так, согласно п. 3 Постановления Конституционного Суда РФ от 19.12.2005 № 12-П, «процедуры банкротства носят публично-правовой характер, они предполагают принуждение большинства кредиторов большинством, а потому, вследствие невозможности выработки единого мнения иным образом, воля сторон формируется по другим, отличным от искового производства, принципам. В силу различных, зачастую диаметрально противоположных интересов лиц, участвующих в деле о банкротстве, законодатель должен гарантировать баланс их прав и законных интересов, что, собственно, и является публично-правовой целью института банкротства.

Достижение этой публично-правовой цели призван обеспечивать арбитражный управляющий, утверждаемый арбитражным судом в порядке, установленном ст. 45 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)»...».

На основании изложенного следует сделать вывод о необходимости наличия у субъекта, осуществляющего профессиональную деятельность, специальных знаний, квалификации, либо полученных в ходе обучения, либо сформировавшихся в результате получения опыта в профессиональной сфере. Обладать этой квалификацией может только физическое лицо, которое может осуществлять свои профессиональные обязанности как в рамках трудового договора, так и самостоятельно по гражданско-правовому договору, занимаясь частной практикой. Из чего следует вывод об отсутствии прямой связи между профессиональной и предпринимательской деятельностью, Профессиональная деятельность может как иметь характер предпринимательской, так и не иметь его.

С этой точки зрения представляется не вполне обоснованным мнение Бабайцевой Е.А., которая считает, что профессиональной является «деятельность самостоятельная, систематическая, осуществляемая на свой риск, под свою имущественную ответственность, с целью получения дохода физическими лицами, обладающими соответствующими компетенциями для исполнения обязательств (обязанностей) по определенной профессии, роду деятельности, трудовой функции» (Бабайцева 2017, 51–56). Вместе с тем нельзя не согласиться с мнением Тарасенко О.А., которая отметила, что «в действительности профессиональная деятельность как деятельность, к субъектам осуществления которой предъявляются квалификационные требования и подвергающаяся дополнительному контуру регулирования и ответственности, а также ограничениям на совмещение с иными видами деятельности, может быть как предпринимательской, так и нет» (Тарасенко 2015, 55).

При этом предпринимательская деятельность может и не носить с точки зрения наличия специальных знаний, квалификации характера профессиональной. О «профессионализме» в деятельности того или иного субъекта, безусловно, говорит наличие специальных знаний. Эти специальные знания в зависимости от общей концепции правового регулирования той или иной отрасли экономики могут быть подвержены более жесткому (особенно в случаях реализации этими субъектами публичной функции) или менее жесткому правовому регулированию.

Таким образом, понятие профессиональной деятельности может быть рассмотрено в узком и широком смыслах. В первом случае мы понимаем профессиональную деятельность как деятельность по определенной профессии, предполагающую наличие у физического лица конкретных знаний, полученных в ходе обучения и/или сформированных в результате приобретения опыта в профессиональной сфере («профессиональная деятельность» в узком смысле). Во втором случае к «профессиональной» могут быть отнесены все виды деятельности, предполагающие наличие специальных знаний не только по конкретной профессии, но и в определенной сфере экономики, затрагивающие особенности правового регулирования. По нашему мнению, именно такой подход предложен Олейник О.М., указавшей как на специальные, на знания о правилах и методиках, стандартах деятельности предпринимателя, подконтрольности его функционирования. Однако помимо

данных знаний в ряде случаев, в определенных отраслях предприниматель должен еще и обладать специальными знаниями по определенной профессии.

В целом легальное определение предпринимательской деятельности, закрепленное в ст. 2 ГК РФ, не содержит указания на специальные требования в отношении наличия квалификации.

Как известно, первоначально понятие «предпринимательская деятельность» было закреплено в Законе РСФСР от 25 декабря 1990 г. № 445-1 «О предприятиях и предпринимательской деятельности». Согласно ст. 1, предпринимательская деятельность (предпринимательство) представляла собой инициативную самостоятельную деятельность граждан и их объединений, направленную на получение прибыли. Как и сегодня, требовалась государственная регистрация в установленном законом порядке. Осуществление предпринимательской деятельности без регистрации запрещалось. Предпринимательская деятельность, осуществляемая без привлечения наемного труда, могла регистрироваться как индивидуальная трудовая деятельность. Предпринимательская деятельность, осуществляемая с привлечением наемного труда, регистрировалась как предприятие. Сегодня правовой статус индивидуального предпринимателя отличается от ранее действующего, что порождает высказывания о необходимости возврата к ранее существовавшей модели регулирования. Интересно, что в теории предпринимательского права именно возможность использования чужого труда предлагается в качестве критерия разграничения предпринимательской и иной экономической деятельности (не являющейся предпринимательской). Например, по мнению Попова М.Н., Пьянковой А.Ф. «существенным критерием отграничения предпринимательской от иной экономической деятельности должно служить *использование труда других лиц, объединение ресурсов для получения экономического результата*» (Попов, Пьянкова 2014).

Возвращаясь к Закону РСФСР от 25 декабря 1990 г. № 445-1 «О предприятиях и предпринимательской деятельности», хотелось бы обратить внимание также на ст. 3, которая содержала общие положения о «формах предпринимательской деятельности».

Исходя из характера предпринимательской деятельности и отношений с собственником, предпринимательская деятельность могла осуществляться как самим собственником, так и

субъектом, управляющим его имуществом на праве хозяйственного ведения с установлением пределов такого ведения собственником имущества.

Отношения субъекта, управляющего предприятием, и собственника имущества регламентировались договором (контрактом), определяющим взаимные обязательства сторон, ограничения прав использования имущества и осуществления отдельных видов деятельности, порядок и условия финансовых взаимоотношений и материальной ответственности сторон, основания и условия расторжения договора. При этом собственник имущества предприятия не имел права вмешиваться в деятельность предприятия после заключения договора с управляющим, за исключением случаев, предусмотренных договором, уставом предприятия и законодательством РСФСР.

Существующее сегодня определение понятия предпринимательской деятельности неоднозначно оценивается учеными, звучат предложения по его модернизации (Чорновол, Головин 2016, 16–22; Быков 2004, 57–85). Некоторые авторы указывают вообще на отсутствие существенных признаков, отмечая, что любая деятельность может быть признана предпринимательской, другие – на противоречивый характер этих признаков.

Нельзя не согласиться с проф. Ершовой И.В., которая высказала мнение о том, что применительно к предпринимательской деятельности «признаки представляется возможным классифицировать на следующие:

– указанные в законодательном определении предпринимательской деятельности (легальные) и дополнительно предлагаемые в литературе;

– сущностные, характеризующие сущность предпринимательской деятельности, и формальные, характеризующие ее форму;

– обязательные, совокупность которых необходима и достаточна для квалификации деятельности как законной предпринимательской, и факультативные, наличие которых желательно, но не обязательно» (Ершова 2016, 46–61).

Легальных признака выделяют четыре:

- 1) самостоятельность,
- 2) рисковый характер предпринимательской деятельности,
- 3) направленность на систематическое получение прибыли,
- 4) государственная регистрация субъекта, осуществляющего предпринимательскую деятельность, если иное не установлено законом.

Иногда предложенные признаки дополняются указанием на специальную ответственность предпринимателя (ст. 401 ГК РФ), инновационный характер, профессионализм предпринимательской деятельности.

В литературе также высказывается предложение о выделении среди признаков предпринимательской деятельности родовых, присущих любой экономической деятельности (самостоятельность) и видовых (систематичность получения прибыли) (Семеусов, Тюкавкин, Пахаруков 2001, 10). Действительно, рассмотрение признака самостоятельности не позволяет говорить о том, что он является сущностным признаком именно данного вида деятельности, предпринимательской.

Если обратиться к признаку «рискового характера» предпринимательской деятельности, то можно констатировать, что риск в предпринимательской сфере не является чем-то особенным, присущим только этой сфере. Риск имеет различные основания и может быть, как «предпринимательским риском», так и «непредпринимательским» (Попов, Пьянкова 2014). «Предпринимательский риск» относится к гражданско-правовому риску, который, в свою очередь, является одним из видов риска социального. Абрамов В.В., рассмотрев соотношение социального и правового риска, отмечал, что понятие «риск в гражданском праве» отражает наиболее существенные черты социального риска как сложного многогранного феномена: противоречивость, сочетание субъективных и объективных элементов, связь с неопределенностью, вероятностью, опасностью, возможностью причинения вреда, с выбором альтернатив (Абрамов 2013, 30–34). Аналогичный подход предложен Болобоновой М.О., которая пришла к выводу о том, что «риск как гражданско-правовая категория является проявлением в правовом контексте социального риска как сложного многогранного феномена и является характеристикой гражданско-правовых отношений, сочетает взаимосвязь субъективных и объективных элементов, выражающихся в вероятности наступления неблагоприятных имущественных последствий и возможности оценки субъектом объективно существующих последствий и выборе им альтернатив, правовое назначение которой заключается в распределении имущественных потерь» (Болобонова 2016, 13–20).

Вообще категория «риска» применяется во многих отраслях права: уголовном праве («обоснованный риск»), административном праве («нормальный хозяйственный риск») и т. д.

Категория «предпринимательский риск» на сегодняшний день недостаточно изучена. В основном разработка ведется в рамках исследования проблем страхования.

С правовой точки зрения риск представляет собой возможность наступления неблагоприятных последствий для индивида в процессе осуществления им предпринимательской деятельности. При этом если экономическая наука ставит своей целью разработку методик минимизации рисков, их расчета, то с точки зрения права встает вопрос, с одной стороны, защиты интересов иных субъектов, находящихся в правовых отношениях с данным лицом, распределения имеющихся рисков (Золотухин 2015, 71–75), а с другой стороны, защиты государственных интересов в силу социального характера предпринимательской деятельности, в целом.

Такой признак предпринимательской деятельности, как «направленность на систематическое получение прибыли», также активно обсуждается в литературе в силу его однозначного законодательного закрепления. Безусловно, не вызывает сомнений тот факт, что для отнесения деятельности к предпринимательской существенное значение имеет не факт получения прибыли, а именно *направленность действий* предпринимателя на ее получение¹⁵, неполучение юридическим лицом ожидаемого им дохода от заключения сделки само по себе не может рассматриваться как незаконные действия и нарушение закона, поскольку это предопределено рисковым характером предпринимательской деятельности¹⁶. Но верно и обратное: отсутствие цели не позволяет признать деятельность предпринимательской. Такая черта, как систематизм, систематичность, двойко рассматривается в теории предпринимательского права. Например, проф. В.С. Белых, выделяя признак «систематизм», придает ему двойственное значение: с одной стороны, он означает систематическое получение прибыли, а с другой – систематическое совершение определенных действий (Белых 2005, 41). Однако четкого определения понятия система-

¹⁵ Например, Постановление Арбитражного суда Поволжского округа от 19 июня 2015 г. № Ф06-24623/15 по делу № А57-20203/2014; Постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 18 марта 2015 г. № Ф08-620/15 по делу № А32-36679/2013 и иные. *КонсультантПлюс*. Дата обращения 05 декабря 2020. <http://www.consultant.ru>.

¹⁶ Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 20 декабря 2007 г. № КА-А41/13385-07. *КонсультантПлюс*. Дата обращения 06 декабря 2020. <http://www.consultant.ru>.

тичности на сегодняшний день не выработано. Некоторые авторы вообще предлагают исключить его из определения предпринимательской деятельности, данного в ст. 2 ГК РФ (Чорновол, Головизнин 2016, 16–22). Однако исключение признака систематичности, систематизма не представляется обоснованным и только затруднит правовую квалификацию.

Требуется осмысления и анализа указание на направленность предпринимательской деятельности на получение прибыли, соотношение с понятием дохода и т. д. Справедливым и интересным представляется в этой связи высказывание Попова М.Н., Пьянковой А.Ф. о том, что «многие виды экономической деятельности так или иначе направлены на получение дохода: на него рассчитывает и вкладчик банка, и участник хозяйственного общества, причем размеры дохода от этих вложений могут быть значительными. Однако данный признак сам по себе не делает экономическую деятельность предпринимательской. Значит, признак получения прибыли не является существенным в рассматриваемом определении, и тем более размер полученного дохода не может разграничивать предпринимательскую и иную экономическую деятельность» (Попов, Пьянкова 2014).

Действительно, неоднократно отмечалось в литературе и судебной практике отсутствие предпринимательского характера в ряде видов деятельности: деятельности акционеров и участников обществ с ограниченной ответственностью¹⁷, деятельности по трудовому договору, деятельности по ведению личного подсобного хозяйства и иных.

Особый интерес представляет вопрос квалификации в качестве предпринимательской деятельности по реализации имущества. Существует большое количество спорных ситуаций, связанных, например, с продажей производственного оборудования физическими лицами, жилых помещений предпринимателями, неоднократной реализации непромышленных объектов физическими лицами и иных. Показательно в этом аспекте разъяснение, данное в Определении Конституционного Суда РФ от 16 июля 2015 г. № 1770-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданки Щербаковой Тамары Андреевны на нарушение ее конституционных прав пунктом 1 статьи 90 На-

логового кодекса Российской Федерации и абзацем третьим пункта 1 статьи 2 Гражданского кодекса Российской Федерации», согласно которому «вопрос о квалификации той или иной деятельности физических лиц в качестве предпринимательской разрешается правоприменительными органами на основании *фактических обстоятельств конкретного дела*».

В качестве примера, можно привести и следующую формулировку, содержащуюся в Постановлении Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 8 февраля 2016 г. № Ф04-15/16 по делу № А70-5480/2015. «Исходя из содержания статьи 2 Гражданского кодекса Российской Федерации, для признания реализации имущества предпринимательской деятельностью необходимо соблюдение одновременно двух условий: наличия в деятельности *хозяйственного риска* и деятельность должна быть направлена на *систематическое получение прибыли от продажи товара*. При этом под хозяйственным риском понимается риск неполучения прибыли от реализации товара, на которое это лицо рассчитывало при его приобретении».

В этой связи именно участие в гражданском обороте предлагается в качестве критерия отграничения предпринимательской и иных видов деятельности. Так, проф. Ершова И.В., со ссылкой на понятие «товара», данное в Федеральном законе РФ от 26 июля 2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции», указала на «выход предпринимателя с продукцией на рынок» как основание квалификации деятельности в качестве предпринимательской (Ершова 2014, 160–167).

Так, например, суды в качестве предпринимательской признавали деятельность, установив, что, находясь в статусе физического лица, субъекты систематически сдавали в имущество в аренду и реализовывали (отчуждали) принадлежащие им на праве собственности объекты недвижимого имущества – нежилые помещения, при этом объекты недвижимости находились в собственности непродолжительное время, в личных целях не использовались¹⁸.

¹⁷ Постановление Конституционного Суда РФ от 24 февраля 2004 г. № 3-П; Постановление Конституционного Суда РФ от 25 мая 2010 г. № 11-П и иные. *КонсультантПлюс*. Дата обращения 06 декабря 2020. <http://www.consultant.ru>.

¹⁸ Например, Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 10 мая 2017 г. № Ф04-1178/17 по делу № А70-10236/2016, Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 13 октября 2016 г. № Ф04-24460/15 по делу № А70-1467/2015, Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 17 ноября 2015 г. № Ф04-24460/15 по делу № А70-1467/2015, Постановление Четырнадцатого арбитражного апелляционного суда от 15 июня 2017 г. № 14АП-2587/17 и др. *КонсультантПлюс*. Дата обращения 17 декабря 2020. <http://www.consultant.ru>.

Выводы

Таким образом, предпринимательская деятельность является одним из видов экономической деятельности, которая представляет собой активное и/или пассивное поведение индивида, действующего самостоятельно либо совместно с иными индивидами в рамках коллективного образования в целях реализации своих целей в получении материальных и духовных благ при использовании своих и привлеченных способностей, навыков и умений (а также обмена произведенных им благ, как результата реализации имеющихся у индивида способностей), при использовании имеющихся в его распоряжении ресурсов (финансовых, материальных, природных и т. п.).

Высказанный в теории предпринимательского права довод о профессиональном характере предпринимательской деятельности, а также выделение в качестве основания квалификации предпринимательской деятельности (как активной экономической деятельности) профессионализма на сегодняшний день порождает необходимость рассмотрения профессиональной деятельности и ее особенностей.

Представляется, что профессиональная деятельность осуществляется физическим лицом, имеющим специальные знания, квалификацию, полученные либо в ходе обучения, либо сформировавшиеся в результате получения опыта в профессиональной сфере.

Данное лицо может осуществлять свои профессиональные обязанности как в рамках трудового договора, так и самостоятельно по

гражданско-правовому договору, занимаясь частной практикой. Из чего следует вывод об отсутствии прямой связи между профессиональной и предпринимательской деятельностью. Профессиональная деятельность может как иметь характер предпринимательской, так и не иметь его. При этом предпринимательская деятельность может и не носить с точки зрения наличия специальных знаний, квалификации характера профессиональной.

Правовое регулирование как профессиональной деятельности, так и предпринимательской может осуществляться различными методами, в том числе с использованием элементов саморегулирования и без таковых, что не позволяет его особенности использовать для разграничения этих видов деятельности.

По нашему мнению, понятие профессиональной деятельности может быть рассмотрено в узком и широком смысле. В первом случае мы понимаем профессиональную деятельность как деятельность по определенной профессии, предполагающую наличие у физического лица конкретных знаний, полученных в ходе обучения и/или сформированных в результате приобретения опыта в профессиональной сфере («профессиональная деятельность» в узком смысле). Во втором случае к «профессиональной» могут быть отнесены все виды деятельности, предполагающие наличие специальных знаний не только по *конкретной профессии*, но и в определенной сфере экономики, где имеются особенности правового регулирования.

Библиография

- Абрамов, Валерий В. 2013. “Категория “риск” в гражданском праве”. *Гражданское право* 6: 30–34. <https://www.elibrary.ru/item.asp?id=20846790>.
- Бабайцева, Елена А. 2017. “Соотношение профессиональной деятельности и самозанятости граждан: цивилистический аспект”. *Современное право* 4: 51–56. <https://www.elibrary.ru/item.asp?id=29035937>.
- Белых, Владимир С. 2005. *Правовое регулирование предпринимательской деятельности в России: монография*. Москва: ТК “Велби”; Проспект. <https://www.elibrary.ru/item.asp?id=20027616>.
- Болобонова, Мария О. 2016. “Понятие гражданско-правового риска”. *Право и экономика* 10(344): 13–20. <https://www.elibrary.ru/item.asp?id=29208426>.
- Булатова, Н. 2009. “Правовая природа юридических услуг”. *Нотариус* 5: 28–32. <https://www.elibrary.ru/item.asp?id=13017096>.
- Быков, Анатолий Г. 2004. *Предпринимательское право в рыночной экономике*. Москва: Новая Правовая Культура.
- Вайпан, Виктор А. 2011. “Законность совмещения гражданином двух статусов: адвоката и индивидуального предпринимателя”. *Право и экономика* 5: 4–12. <https://www.elibrary.ru/item.asp?id=16359599>.
- Гаппи, Тимур М. 2017. “Понятие адвокатской деятельности и соотношение ее с предпринимательской деятельностью”. *Юстиция* 2: 67–72. <https://wiselawyer.ru/poleznoe/103478-ponyatie-advokatskoj-deyatelnosti-sootnoshenie-predprinimatelskoj-deyatelnostyu>.

- Ершова, Инна В. 2014. “Понятие предпринимательской деятельности в теории и судебной практике”. *Lex Russica* 2: 160–167. <https://www.elibrary.ru/item.asp?id=21228638>.
- Ершова, Инна В. 2016. “Экономическая деятельность: понятие и соотношение со смежными категориями”. *Lex Russica* 9: 46–61. <http://doi.org/10.17803/1729-5920.2016.118.9.046-061>.
- Жалинский, Альфред Э. 1997. *Профессиональная деятельность юриста*. Москва: БЕК.
- Золотухин, Алексей В. 2015. “К вопросу о понятии и признаках предпринимательского риска”. *Вестник Пермского университета. Юридические науки* 2(28): 71–75. <http://doi.org/10.17072/1995-4190-2015-2-71-75>.
- Кванина, Валентина В. 2011. “Профессиональная и предпринимательская деятельность”. *Цивилист* 2: 27–33. <https://www.elibrary.ru/item.asp?id=16375940>.
- Курбатов, Алексей Я. 2001. “Обеспечение баланса частных и публичных интересов – основная задача права на современном этапе”. *Хозяйство и право* 6: 88–97.
- Мартемьянов, Валентин С. 1994. *Хозяйственное право*. Том 1. Москва: БЕК. <https://lawbook.online/page/martemuch/ist/ist-2--idz-ax228.html>.
- Олейник, Оксана М. 2015. “Понятие предпринимательской деятельности: теоретические проблемы формирования”. *Предпринимательское право* 1: 3–17. <https://www.elibrary.ru/item.asp?id=23029675>.
- Петров, Дмитрий А. 2015. *Правовой статус саморегулируемой организации в сфере предпринимательства: проблемы теории и практики*. Санкт-Петербург: Нестор-История. <https://www.elibrary.ru/item.asp?id=27661525>.
- Попов, Михаил Н., Анастасия Ф. Пьянкова. 2014. “Сдача недвижимого имущества в аренду как незаконное предпринимательство”. *Адвокат* 3: 31–43. <https://www.elibrary.ru/item.asp?id=21299515>.
- Предпринимательское право Российской Федерации: учебник*. Отв. ред. Е.П. Губин, П.Г. Лахно. 3-е изд., перераб. и доп. Москва: Норма: ИНФРА-М. <https://be5.biz/pravo/p041/index.html>.
- Семеусов, Валерий А. 2001. *Правовые проблемы предпринимательской (экономической) деятельности*. Иркутск.: Изд-во ИГЭА. <https://www.elibrary.ru/item.asp?id=26092911>.
- Тарасенко, Ольга А. 2015. *Предпринимательская деятельность субъектов банковской системы России*. Москва: Проспект. <https://www.elibrary.ru/item.asp?id=26353184>.
- Филиппова, Елена В. 2013. “Профессиональная или предпринимательская?” *ЭЖ-Юрист* 39. <https://centerbereg.ru/b883.html>.
- Чорновол, Евгений П., Алексей В. Головизнин. 2016. “Нормативно-правовые, доктринальные и правоприменительные признаки предпринимательской деятельности”. *Право и экономика* 1(355): 16–22. <https://www.elibrary.ru/item.asp?id=29208415>.
- Чукреев, Андрей А. 2015. “К проблеме легального определения предпринимательской деятельности”. *Российский юридический журнал* 2: 105–120. <https://www.elibrary.ru/item.asp?id=23651133>.
- Шаров, Геннадий К. 2011. “К спору о “коммерциализации” адвокатуры”. *Вестник Федеральной палаты адвокатов* 4: 169–176. <https://www.elibrary.ru/item.asp?id=17568925>.

References

- Abramov, Valery V. 2013. “Category “risk” in civil law”. *Civil Law* 6: 30–34. <https://www.elibrary.ru/item.asp?id=20846790>. (In Russian)
- Babaytseva, Elena A. 2017. “The ratio of professional activity and self-employment of citizens: a civil aspect”. *Sovremennoe pravo* 4: 51–56. <https://www.elibrary.ru/item.asp?id=29035937>. (In Russian)
- Belykh, Vladimir S. 2005. *Legal regulation of entrepreneurial activity in Russia: monograph*. Moscow: ТК “Velbi”; Prospekt. <https://www.elibrary.ru/item.asp?id=20027616>. (In Russian)
- Bolobonova, Maria O. 2016. “The concept of civil-legal risk”. *Pravo i ekonomika* 10(344): 13–20. <https://www.elibrary.ru/item.asp?id=29208426>. (In Russian)
- Bulatova, N. 2009. “The legal nature of legal services”. *Notary* 5: 28–32. <https://www.elibrary.ru/item.asp?id=13017096>. (In Russian)

Business law of the Russian Federation: textbook. Ed. by E.P. Gubin, P.G. Lakhno. 3rd edition, revised and enlarged. Moscow: Norma: INFRA-M. <https://be5.biz/pravo/p041/index.html>. (In Russian)

Bykov, Anatoly G. 2004. *Business law in a market economy*. Moscow: Novaia Pravovaia Kul'tura. (In Russian)

Chornovol, Evgeny P., Alexey V. Goloviznin, 2016. "Regulatory, doctrinal and practical characteristics of entrepreneurial activity". *Pravo i ekonomika* 1(335): 16–22. <https://www.elibrary.ru/item.asp?id=29208415>. (In Russian)

Chukreyev, Andrey A. 2015. "On the legal definition of business activities". *Russian Juridical Journal* 2(101): 105–120. <https://www.elibrary.ru/item.asp?id=23651133>. (In Russian)

Filippova, Elena V. 2013. "Professional or entrepreneurial?" *EZh-Iurist* 39. <https://center-bereg.ru/b883.html>. (In Russian)

Gappy, Timur M. 2017. "The notion of advocacy and its correlation with entrepreneurial activity". *Iustitsiia* 2: 67–72. <https://wiselawyer.ru/poleznoe/103478-ponyatie-advokatskoj-deyatelnosti-sootnoshenie-predprinimatelskoj-deyatelnostyu>. (In Russian)

Kvanina, Valentina V. 2011. "The professional and entrepreneurial activities". *Tsivilist* 2: 27–33. <https://www.elibrary.ru/item.asp?id=16375940>. (In Russian)

Kurbatov, Alexey Ya. 2001. "Ensuring the balance of private and public interests is the main task of law at the present stage". *Business and Law* 6: 88–97. (In Russian)

Martemyanov, Valentin S. 1994. *Economic law*. Vol. 1. Moscow: BEK. <https://lawbook.online/page/martemuch/ist/ist-2--idz-ax228.html>. (In Russian)

Olejnik, Oksana M. 2015. "Concept of entrepreneurial activities: theoretical problems of formation". *Entrepreneurial Law* 1: 3–17. <https://www.elibrary.ru/item.asp?id=23029675>. (In Russian)

Petrov, Dmitry A. 2015. *The legal status of a self-regulating organization in the field of entrepreneurship: problems of theory and practice*. Saint Petersburg: Nestor-Istoriya. <https://www.elibrary.ru/item.asp?id=27661525>. (In Russian)

Popov, Mikhail N., Anastasia F. Pyankova. 2014. "Delivery of property in rent as illegal enterprise". *Advocate* 3: 31–43. <https://www.elibrary.ru/item.asp?id=21299515>. (In Russian)

Semeusov, Valery A. 2001. *Legal problems of entrepreneurial (economic) activity*. Irkutsk: Izd-vo IGEA. <https://www.elibrary.ru/item.asp?id=26092911>. (In Russian)

Tarasenko, Olga A. 2015. *Entrepreneurial activity of the subjects of the banking system of Russia*. Moscow: Prospekt. <https://www.elibrary.ru/item.asp?id=26353184>. (In Russian)

Sharov, Gennady K. 2011. "To the dispute about the "commercialization" of the legal profession". *Vestnik Federal'noi palaty advokatov* 4: 169–176. <https://www.elibrary.ru/item.asp?id=17568925>. (In Russian)

Vaypan, Viktor A. 2011 "Legality of combining advocate status with entrepreneurial activity". *Pravo i ekonomika* 5: 4–12. <https://www.elibrary.ru/item.asp?id=16359599>. (In Russian)

Ershova, Inna V. 2014. "The concept of entrepreneurial activity in theory and judicial practice". *Lex Russica* 96(2): 160–167. <https://www.elibrary.ru/item.asp?id=21228638>. (In Russian)

Ershova, Inna V. 2016. "Economic activities: the concept and its interrelation with related categories". *Lex Russica* 9(118): 46–61. <http://doi.org/10.17803/1729-5920.2016.118.9.046-061>. (In Russian)

Zhalinsky, Alfred E. 1997. *Professional activity of a lawyer*. Moscow: BEK. (In Russian)

Zolotukhin, Alexey V. 2015. "Revisiting the question of the concept and characteristics of business risk". *Perm University Herald. Juridical Sciences* 2(28): 71–75. <http://doi.org/10.17072/1995-4190-2015-2-71-75>. (In Russian)