

© 2003 г. В.К. Сергиенко

## ПОНЯТИЕ «ИНДИВИДУАЛЬНЫЙ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬ» В РОССИЙСКОМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ

Индивидуальный предприниматель как субъект права – понятие относительно новое для современного российского законодательства. Советское хозяйственное право не допускало такой формы хозяйственной деятельности, как предпринимательская деятельность физических лиц. Граждане не являлись субъектами хозяйственного права, так как в СССР в связи с отсутствием частной собственности на орудия и средства производства и ликвидацией эксплуатации человека человеком частно-предпринимательской деятельности не существовало.

Однако индивидуальная предпринимательская деятельность для российского права вообще – не новый институт. Дореволюционному праву России так же, как современному российскому законодательству, были известны и коллективные, и индивидуальные субъекты предпринимательской деятельности. Современному понятию «индивидуальный предприниматель» в наибольшей степени соответствует индивидуальный субъект российского торгового права – купец.

С экономической точки зрения купец был посредником между производителем и потребителем. Его общественная роль заключалась в распределении готовых продуктов между лицами, нуждающимися в них. В этом отношении купец противопоставлялся сельскому хозяину, фабриканту, заводчику, ремесленнику с одной стороны, с другой – потребителю. В зависимости от отрасли хозяйственной деятельности купец, фабрикант, заводчик, ремесленник, транспортер, страховщик, комиссионер, подрядчик, типографщик, издатель и т.д. были самостоятельными субъектами торгового права. Поскольку не было общего термина, который объединял бы их как индивидуальных предпринимателей и отличал от иных хозяйствующих субъектов, в русском гражданском и торговом праве они назывались то купцами, то торговыми деятелями [1], а по существу были лицами, производящими торговые сделки и создающими из этого промысел.

В соответствии с дореволюционным российским торговым правом, купец – физическое лицо, которое совершало торговые сделки:

– в виде промысла, т.е. осуществляло деятельность, направленную «к извлечению дохода посредством какого-либо постоянного занятия» [2, с. 137]. Каждая отдельная сделка являлась особым звеном целого плана, составленного с целью приобретения постоянных доходов. Деятельность была направлена на неопределенное число актов, в данном случае торгового характера, образующих постоянный источник доходов. Случайное, хотя бы даже частое, совершение торговых сделок, не являлось достаточным условием для наличия торгового промысла. Доказательствами существования торгового

промысла служили многие обстоятельства: открытие магазина или лавки, оповещение купечества циркулярами, рассылка прейскурантов, внесение фирмы в реестр, поднятие вывески. «Сделки, совершаемые лицом в виде промысла, должны быть до известной степени однообразны» [2, с. 137];

– от своего имени. Этот признак был необходим для отличия купца от его приказчиков, для которых торговая деятельность являлась источником дохода, но они осуществляли ее не от своего имени, а от лица своего хозяина. Не являлись купцами директора акционерных обществ, опекуны, которые от имени малолетнего вели торговлю.

Момент возникновения статуса купца у физического лица в русском праве вызывал споры. Для приобретения правового положения купца достаточно было оформить гильдейское свидетельство, уплатив за него определенную денежную сумму. Однако, как отмечал Г.Ф. Шершеневич, можно заниматься торговлей и в то же время по каким-либо причинам не взять требуемого свидетельства, ответственность и обязанности купца от этого обстоятельства не должны быть зависимы [2, с. 135]. В связи с этим существовали две точки зрения:

– купцом становится лицо лишь после некоторого времени по открытии торговли, после неоднократного совершения торговых сделок, допускающего представление о наличии промысла [2, с. 143]. Применение в данном случае к этому лицу норм торгового права, связанных со статусом купца, зависит от усмотрения суда;

– купцом становится лицо по совершении первой торговой сделки, соединенной с очевидным намерением продолжать, повторять ее в виде промысла [2, с. 144].

Отличие его правового положения от статуса физического лица заключалось в том, под действие какого законодательства – гражданского или торгового подпадали его действия. Значение правового положения предпринимателя было подчеркнуто П. Цитовичем: «... а) все его действия обсуждаются по торговому праву, т.е. по правилам, взятым из источников этого права, они и подсудны торговому суду; б) он обязан вести и хранить торговые книги; в) наследство после него подпадает действию особых правил; г) его несостоятельность как торговая будет подлежать действию Устава о торговой несостоятельности; она может оказаться банкротством, а сам он – банкротом со всеми последствиями этого преступления» [3].

В современном законодательстве физические лица получили особый статус предпринимателей и стали субъектами хозяйственного права после того, как в законах «О собственности в СССР» и «О собственности в РСФСР» было установлено, что собственность граждан не носит более потребительского характера, а может активно использоваться в производственно-хозяйственных целях. «Индивидуальная предпринимательская деятельность» как понятие впервые появилась в Законе СССР «Об общих началах предпри-

нимательства граждан в СССР» от 02.04.91 г. № 2079-1, Законе РСФСР «О предприятиях и предпринимательской деятельности» от 25.12.90 г. № 445-1.

В современном российском законодательстве нет определения понятия «индивидуальный предприниматель». Статья 23 ГК РФ устанавливает право гражданина заниматься предпринимательской деятельностью без образования юридического лица с момента государственной регистрации в качестве индивидуального предпринимателя и таким образом содержит два признака понятия «индивидуальный предприниматель»: осуществление предпринимательской деятельности и регистрация в качестве индивидуального предпринимателя.

Данные признаки и отличают гражданина-предпринимателя от обычного физического лица несмотря на то, что правовые нормы о его статусе включены в гл. 3 ГК РФ «Граждане (физические лица)».

Норма п. 1 ст. 23 ГК РФ содержит указание на понятие «предпринимательская деятельность», определяемое в ст. 2 ГК РФ.

В соответствии с ч. 3 п. 1 ст. 2 ГК РФ, предпринимательской является самостоятельная, осуществляемая на свой риск деятельность, направленная на систематическое получение прибыли от пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг лицами, зарегистрированными в этом качестве в установленном законом порядке.

Предложенная ГК РФ формулировка предпринимательской деятельности не отличается достаточной определенностью, допускает различные толкования и потому нуждается в уяснении, уточнении и дополнении.

1. Предпринимательская деятельность – это деятельность, имеющая своей целью получение прибыли. Прибыль – сумма, на которую доход превышает затраты [4, с. 507].

Предпринимательская прибыль и ее величина изначально связаны с созданием нового товара, новой стоимости в результате соединения и непрерывного движения факторов производства, которое охватывает три стадии. На первой – деньги превращаются в товар (покупка средств производства, рабочей силы для того, чтобы начать производство). Вторая – совершается в сфере производства, где соединяются купленные средства производства и рабочая сила для создания новых товаров. Произведенный продукт имеет уже большую стоимость, чем первоначально авансированный капитал. На третьей – созданный товар продается и вновь превращается в деньги.

В результате кругооборота капитала и образуется прибыль, представляющая собой разницу между себестоимостью продукции и ее рыночной ценой. В себестоимость продукции входят различные издержки производства: стоимость приобретенного сырья, рабочей силы, транспортировки, арендная плата и т.п., т.е. затраты на приобретение факторов производства. На величину прибыли влияет также состояние рынка, факторы спроса и предложения на товар.

Нормативно закрепленное определение понятия «прибыль» содержится в Налоговом кодексе РФ. Ст. 38 НК РФ включает последнюю в число объектов налогообложения. В ст. 247 НК РФ она определяется как доход, уменьшенный на величину произведенных расходов, устанавливаемых в соответствии с главой 25 НК РФ.

Для квалификации деятельности гражданина как предпринимательской не обязательно, чтобы реальное получение прибыли имело место в результате такой деятельности. Достаточно установить, что это было ее целью. Из указанного правила исходит судебная практика. Так, Судебная коллегия по гражданским делам Верховного Суда РФ, рассматривая дело по жалобе М. на Постановление административной комиссии при администрации Надеждинского района Приморского края, указала, что извлечение прибыли является целью предпринимательской деятельности, а не ее обязательным результатом, и само по себе отсутствие прибыли от этой деятельности не служит основанием для вывода о том, что такая деятельность не предпринимательская. При наличии неблагоприятных обстоятельств полный цикл торгового оборота может не состояться, последствием чего могут быть убытки, которые являются одним из составляющих элементов предпринимательской деятельности, связанной с различного рода рисками.

2. Цель предпринимательской деятельности – не просто получение прибыли, а *систематическое* ее получение. Систематический – это постоянно повторяющийся, регулярный [4, с. 620]. В то же время в современном российском законодательстве отсутствует определение понятия «систематичность».

Наличие этого фактора получения прибыли не вызывает сомнения, если лицо осуществляет предпринимательскую деятельность на постоянной основе и соответственно зарегистрировано в качестве индивидуального предпринимателя. Однако если таковая не является основным видом деятельности и источником дохода физического лица, то определить, была ли она направленной на систематическое получение прибыли, довольно проблематично. Государственным органам и должностным лицам, имеющим дело с физическими лицами, получающими прибыль от продажи товаров, выполнения работ и оказания услуг, при попытке определения наличия критерия систематичности получения прибыли надлежит давать оценку многим обстоятельствам: объекту и объему соответствующей деятельности, размеру прибыли, целям ее использования и др.

3. Определение предпринимательской деятельности как самостоятельной указывает на ее волевой источник. Под этим признаком следует понимать способность к независимым действиям, решениям, обладание собственной инициативой [4, с. 608]. Самостоятельная деятельность – следовательно, совершаемая собственными силами, без чужой помощи. Предпринимательская деятельность по признаку самостоятельности характеризуется тем, что не направляется и не контролируется кем-либо, кроме лица, ее осуществляюще-

го. Однако признак самостоятельности не означает, что все действия, связанные с реализацией первого, индивидуальный предприниматель должен выполнять лично. Из смысла п. 3 ст. 25 ГК РФ следует, что последний вправе осуществлять свою деятельность с привлечением наемного труда. Но лица, заключившие с ним трудовые договоры, в предпринимательских отношениях своего работодателя с другими субъектами указанной деятельности не участвуют; действия работников данного предпринимателя рассматриваются как действия, им непосредственно совершаемые (см., например, ст. 402 ГК РФ). Таким образом, самостоятельность как признак предпринимательской деятельности означает и ответственность индивидуального предпринимателя за свои действия и действия своих работников.

4. Предпринимательская деятельность – это деятельность, осуществляемая на свой риск, т.е. с принятием на себя возможных неблагоприятных последствий подобной деятельности. Иначе предпринимательский риск можно определить как действия под собственную имущественную ответственность [5].

Риск от предпринимательской деятельности включает в себя не только случайную гибель имущества (ст. 211 ГК РФ), но и неисполнение договорных обязательств, поскольку ответственность предпринимателя не зависит от его вины и не может быть возложена на него только в случае действия непреодолимой силы (п. 3 ст. 401 ГК РФ). К тому же предпринимательская деятельность в плане прибыльности нестабильна, приводит к неопределенному результату, ориентирована на изменчивый спрос, который не всегда находится на необходимом предпринимателю уровне высоты и не исключает возможности потери ресурсов, времени и прибыли.

В общем смысле предпринимательский риск обусловлен отклонениями действительных данных от оценки сегодняшнего состояния и прогнозов развития рыночной, политической, климатической и какой-либо иной ситуации [6]. Данные отклонения могут носить позитивный характер и позволяют получить дополнительную прибыль, а могут быть негативными и представлять собой возможность понести убытки.

Обоснованность риска зависит не только от самого предпринимателя, его профессионализма, но и от его партнеров (контрагентов), также учитывается фактор непреодолимой силы.

Снизить риск ответственности при осуществлении предпринимательской деятельности призвано страхование предпринимательского риска, – ответственности по договору, – ответственности за причинение вреда жизни, здоровью или имуществу других лиц, – имущества (ст. ст. 930 – 933 ГК РФ), а также способы обеспечения исполнения обязательств, предусмотренные ГК РФ (залог, неустойка, поручительство, задаток).

5. Предпринимательской является деятельность, связанная с использованием имуществом, продажей товаров, выполнением работ или оказанием услуг.

Однако любая прибыль, и не только от предпринимательской деятельности, может иметь своим источником один из четырех, указанных в ст. 2 ГК РФ.

Данный признак присущ и гражданско-правовым сделкам, заключаемым гражданами как физическими лицами. Само по себе извлечение прибыли (даже систематическое), достигаемое путем использования имущества, продажи товаров, выполнения работ, оказания услуг не всегда связано исключительно с осуществлением предпринимательской деятельности, потому что последняя носит экономический характер (товар – деньги – товар), а не предпринимательская деятельность направлена на потребление полученной прибыли. Однако в законодательном регулировании не всегда четко проведена грань между видами деятельности, которые по своей природе следует отнести к предпринимательским, и тех, в которых граждане могут выступать как участники без обязательной регистрации в качестве индивидуального предпринимателя.

Так, в части второй ГК РФ четко установлено, что в отдельных видах обязательств одной из сторон может быть только субъект предпринимательской деятельности (розничная купля-продажа, поставка, бытовой подряд и т.д.). Последние носят экономический характер. С другой стороны, в ряде нормативных актов некоторые виды деятельности, которые по своей природе не относятся к предпринимательству, обозначены как таковые. В частности, согласно ст. 48 Закона РФ «Об образовании» от 10.07.92 г. № 3266-1, индивидуальная трудовая педагогическая деятельность, сопровождающаяся получением доходов, рассматривается как предпринимательская и подлежит регистрации в соответствии с законодательством РФ. Следовательно, учитель-репетитор отнесен к числу предпринимателей, и его деятельность должна регулироваться нормами о предпринимательской (экономической!) деятельности, хотя по существу ею не является.

Разумеется, признание за той или иной деятельностью статуса предпринимательской преследует цель выявить круг возможных налогоплательщиков и поставить под контроль получение ими прибыли. Однако фискальные цели не должны влиять на существо гражданских правоотношений и являться причиной искаженного понимания сущности предпринимательской деятельности.

6. Государственная регистрация лиц, осуществляющих предпринимательскую деятельность, существенно сужает круг граждан, которые вправе этой деятельностью заниматься. При этом в действующем гражданском законодательстве есть некоторое несоответствие по вопросу отношения требования обязательной государственной регистрации лиц, занимающихся предпринимательской деятельностью, к определению этой деятельности. Так, из смысла ст. 2 ГК РФ следует, что предпринимательская – это *деятельность, осуществляемая лицами, зарегистрированными в качестве предпринимателей*. Ст. 23 ГК РФ *выводит* государственную регистрацию лиц за пределы понятия «предприни-

мательская деятельность», устанавливая, что гражданин вправе заниматься *предпринимательской деятельностью без образования юридического лица с момента государственной регистрации в качестве индивидуального предпринимателя*. Следовательно, в соответствии со ст. 2 ГК РФ, предпринимательская деятельность является таковой лишь в случае, если ее осуществляют предприниматели, зарегистрированные в данном качестве, а согласно ст. 23 ГК РФ, она может реализовываться любым лицом. Если строго следовать указаниям ст. 23 ГК РФ, то к предпринимательской следует относить любую деятельность любых лиц, являющуюся самостоятельной, осуществляемой на свой риск, направленной на систематическое получение прибыли от пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг. В этом случае к ней можно отнести, например, сбор физическими лицами лома черных и цветных металлов и дальнейшую сдачу их в пункты приема, сдачу внаем комнаты в собственном жилом доме и др. С другой стороны, если понимать предпринимательскую деятельность в соответствии с теми признаками, которые указаны в ст. 2 ГК РФ, то остается загадкой, почему в ряде нормативных актов (в основном касающихся вопросов налогообложения) законодатель приравнивает по правовому статусу к индивидуальным предпринимателям лиц, которые в качестве таковых не зарегистрированы. Например, в силу ст. 6 ФЗ РФ «Об обязательном пенсионном страховании в Российской Федерации» от 30.11.01 г. № 167-ФЗ, в целях исполнения федерального закона частные детективы и занимающиеся частной практикой нотариусы приравниваются к индивидуальным предпринимателям. В соответствии со ст. 11 НК РФ, последними являются физические лица, зарегистрированные в установленном порядке и осуществляющие предпринимательскую деятельность без образования юридического лица, а также частные нотариусы, частные охранники, частные детективы.

Из п. 4 ст. 23 ГК РФ следует, что предпринимательская деятельность может осуществляться и лицом, которое не зарегистрировано в качестве предпринимателя. Таким образом, усугубляется противоречие между ст. 2 и ст. 23 ГК РФ. В то же время суд наделяется *правом* применять к сделкам, заключенным указанным лицом, правила об обязательствах, связанных с осуществлением предпринимательской деятельности. Возможно расценивать норму п. 4 ст. 23 ГК РФ как попытку применить к понятию предпринимательской деятельности иные критерии, которые не указаны в ст. 2 ГК РФ.

Сама по себе государственная регистрация (по смыслу ст. 23 ГК РФ) не является одним из составляющих признаков предпринимательской деятельности, а только устанавливает, что лицо, осуществляющее легальную предпринимательскую деятельность – это лицо, которое зарегистрировано в качестве индивидуального предпринимателя в установленном законом порядке. Согласно той же ст. 11 НК РФ, физические лица, осуществляющие предпринимательскую деятельность без образования юридического лица, но не зарегистрировавшиеся в качестве индивидуальных предпринимателей в нарушение

требований гражданского законодательства РФ, при исполнении обязанностей, возложенных на них настоящим Кодексом, не вправе ссылаться на то, что они не являются индивидуальными предпринимателями. Следовательно, государственная регистрация индивидуального предпринимателя является не одним из качественных признаков предпринимательской деятельности, а характеристикой статуса ее субъекта.

Необходимо более четкое определение понятий «индивидуальный предприниматель» и «предпринимательская деятельность», так как не всякая самостоятельная, осуществляемая на свой риск деятельность, направленная на систематическое получение прибыли от пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг является предпринимательской, и не всякое лицо, осуществляющее эту деятельность, можно считать предпринимателем. В настоящее время вопрос о том, является ли индивидуальным предпринимателем лицо, не зарегистрированное в качестве такового, но осуществляющее предпринимательскую деятельность, может решить суд, оценивая совокупность обстоятельств: объект и объем соответствующей деятельности, размер полученной прибыли, цели ее использования и др. Возможно, что потребуется и легальное определение понятия «индивидуальный предприниматель», включение в его содержание таких признаков, как профессионализм, определение круга сделок, которые всегда требуют наличия статуса предпринимателя, и сделок, которые, независимо от объема и систематичности, не относятся к предпринимательским [5, с. 78, 80], установление правила о необходимости наличия квалификационного удостоверения для осуществления некоторых видов деятельности [7], включение в понятие предпринимательской деятельности характеристик, которые определяют эту деятельность как вид экономической деятельности, так как первая может осуществляться только в рамках последней [8]. Цель выявления субъектов-налогоплательщиков, преследуемая в ряде нормативных актов налогового законодательства, не должна быть доминирующей при определении характерных признаков предпринимательской деятельности.

Для устранения противоречий и неясностей в законодательных формулировках потребуется принятие специального закона о предпринимательской деятельности и индивидуальных предпринимателях.

#### Литература

1. См.: Удинцев В.с. Русское торгово-промышленное право. Баку, 1923. С. 76.
2. Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. Т. 1: Введение. Торговые деятели. СПб., 1908. С. 135 – 144.
3. Цитович П. Учебник торгового права. СПб., 1891. С. 58.
4. Лопатин В.В., Лопатина Л.Е. Русский толковый словарь. М., 1997. С. 507 – 620.

5. См. *Моисеев М.И.* Предпринимательская деятельность граждан: понятие и конститутивные признаки // *Хозяйство и право*. 1997. № 3. С. 77 – 80.
6. См.: *Кабышев О.* Правомерность предпринимательского риска // *Хозяйство и право*. 1994. № 3. С. 47.
7. См.: *Лантев В.В.* О предпринимательском законодательстве // *Государство и право*. 1995. № 5. С. 54.
8. См.: *Жилинский С.Э.* Правовая основа предпринимательской деятельности. М., 1998. С. 50.