

О.М. Олейник

профессор,
заведующая кафедрой
предпринимательского
права Национального
исследовательского
университета «Высшая
школа экономики»,
доктор юридических наук

Лицензирование предпринимательской деятельности: проблемы теории и практики

В статье рассматриваются общетеоретические проблемы лицензирования отдельных видов предпринимательской деятельности. Основной проблемой в данном случае является неопределенность понятия «вид деятельности» в его соотношении с предметом лицензирования. Общетеоретические проблемы проиллюстрированы практическими примерами, связанными с лицензированием розничной продажи алкоголя в магазинах беспошлинной торговли. Анализируется соотношение различных видов государственного контроля, в частности лицензирования и таможенного контроля.

Ключевые слова: лицензирование, предпринимательская деятельность, вид деятельности, правовой режим, розничная торговля, беспошлинная торговля, соотношение мер государственного контроля.

1. Цели и задачи лицензирования отдельных видов деятельности

Институт лицензирования предпринимательской деятельности в российском праве появился относительно недавно. В начале декабря 1990 г. была установлена специальная норма о лицензировании банковской деятельности, а затем сформулирована общая возможность лицензирования отдельных видов деятельности. Дальнейшее развитие этого института носило и носит стремительный характер: за прошедший период принято огромное число законов, подзаконных нормативных актов, появилась серьезная судебная практика. При этом, как справедливо отмечает Е.И. Спектор, существующий механизм лицензирования отдельных видов деятельности постоянно подвергается критике ввиду его очевидных недостатков¹.

В мае 2011 г. принят закон о лицензировании отдельных видов деятельности № 99-ФЗ, который является уже третьим по счету и в который уже четыре раза внесены изменения и дополнения. Такая динамика законотворческой деятельности

¹ См.: Спектор Е.И. Правовые иллюзии и реалии Федерального закона «О лицензировании отдельных видов деятельности» // Законодательство и экономика. 2011. № 7.

может объясняться двумя причинами: плохим качеством законодательной деятельности и сложностью, важностью регулируемых отношений. Оставив в стороне первую причину, обратимся к содержанию отношений в сфере лицензирования, а также его целям и задачам. Именно эти вопросы вызывают больше всего споров и дискуссий ввиду неоднозначного их понимания и нечеткой законодательной формулировки.

Общие цели института лицензирования в современном российском праве закреплены законом о лицензировании отдельных видов деятельности (ст. 2): лицензирование отдельных видов деятельности осуществляется в целях предотвращения ущерба правам, законным интересам, жизни или здоровью граждан, окружающей среде, объектам культурного наследия (памятникам истории и культуры) народов Российской Федерации, обороне и безопасности государства, возможность нанесения которого связана с осуществлением юридическими лицами и индивидуальными предпринимателями отдельных видов деятельности. Осуществление лицензирования отдельных видов деятельности в иных целях не допускается.

При этом задачами лицензирования отдельных видов деятельности являются предупреждение, выявление и пресечение нарушений юридическим лицом, его руководителем и иными должностными лицами, индивидуальным предпринимателем, его уполномоченными представителями требований, которые установлены указанным федеральным законом, другими федеральными законами и принимаемыми в соответствии с ними иными нормативными правовыми актами Российской Федерации. Соответствие соискателя лицензии этим требованиям является необходимым условием для предоставления лицензии, их соблюдение лицензиатом обязательно при осуществлении лицензируемого вида деятельности.

Следует согласиться с высказанным Н.В. Субановой мнением, что действующий закон, как и ранее существовавшее законодательство, не решает проблемы оснований признания той или иной деятельности подлежащей лицензированию². Именно эта нерешенная проблема порождает множество вопросов и сложных ситуаций.

Первое, на что необходимо обратить внимание, — это отсутствие единого полного перечня видов деятельности, подлежащих лицензированию. Беда в том, что законодатель и не стремится создать такой перечень, провозглашая общую цель сокращения лицензируемых видов деятельности. В ст. 12 закона о лицензировании на момент подготовки данной статьи названы 50 видов деятельности, подлежащих лицензированию. Но при этом необходимо иметь в виду, что п. 2 ст. 1 назвал еще 11 видов деятельности, к которым анализируемый закон не применяется, а п. 4 этой же статьи приводит три вида деятельности, особенности лицензирования которых, в том числе в части, касающейся порядка принятия решения о предоставлении лицензии, срока ее действия и порядка продления такого срока ее действия, приостановления и возобновления действия лицензии, могут устанавливаться федеральными законами. При этом в ст. 12 указано, что введение лицензирования отдельных видов деятельности возможно только путем внесения изменений в предусмотренный законом перечень. Вряд ли можно считать логически последовательной такую позицию законодателя.

² См.: Субанова Н.В. Разрешительные полномочия органов исполнительной власти в Российской Федерации // Юриспруденция. 2012.

Ситуацию усугубляют дополнительные указания закона, что лицензирование отдельных видов деятельности прекращается:

- со дня вступления в силу федерального закона, предусматривающего замену лицензирования отдельных видов деятельности обязательным страхованием гражданской ответственности;
- в силу федерального закона, предусматривающего установление аккредитации и (или) саморегулирования этого вида деятельности;
- со дня вступления в силу технического регламента, устанавливающего обязательные требования.

В итоге получается, что в соответствии с действующим законом (точно так же, как и ранее) составить перечень лицензируемых видов деятельности можно только на каждую конкретную дату.

И это с учетом того, что законодательство закрепляет общую идею и тенденцию создания одного исключительного перечня видов деятельности, подлежащих лицензированию! Так, закон устанавливает, что Правительство Российской Федерации предусматривает утверждение исчерпывающих перечней работ (услуг), составляющих конкретные виды деятельности, а также исчерпывающие перечни лицензионных требований и документов, представление которых необходимо для получения лицензии. Таким образом, при сокращении общего количества лицензируемых видов деятельности расширяется возможность выбора хозяйствующим субъектом конкретных работ и услуг, которые он планирует осуществлять при получении лицензии. Соответственно, сокращаются его издержки, связанные с необходимостью получения нескольких лицензий и выполнения всего комплекса лицензионных требований, предъявляемых к виду деятельности в целом.

Однако практика показала, что эта общая идея плохо реализуется в российской теории и практике. На наш взгляд, одной из причин такого состояния является теоретическая неразработанность понятия «вид деятельности». Несмотря на то что указанное понятие включено в название закона, оно не находит своего содержательного определения в этом законе. Определение, данное в п. 3 ст. 4, может рассматриваться как образец полного отсутствия содержания и в таком своем изложении недостойно даже критики. Напомним, там сказано, что *лицензируемый вид деятельности — это вид деятельности, на осуществление которого на территории Российской Федерации требуется получение лицензии.*

2. Понятие вида деятельности и предмета лицензирования

Понятие «вид деятельности» в современном российском праве оказалось одной из самых употребляемых и самой неразработанной категорией. Прежде всего следует отметить, что современное российское законодательство, то ли вследствие небрежности, то ли в результате отсутствия опыта такого регулирования применительно к юридическим лицам, включило ссылку на вид деятельности в понятие правоспособности (ст. 49 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ)). Этот вывод следует из простого сопоставления названия статьи «Правоспособность юридического лица» и ее текста, в котором наряду с иными проблемами речь идет и о лицензировании отдельных видов деятельности. Применительно к гражданскому законодательству проблема состоит в том, что содержание поня-

тия «вид деятельности» не получило в дальнейшем ни развития, ни определения. ГК РФ установил, что отдельными видами деятельности можно заниматься на основании лицензии, но что такое вид деятельности, сколько таких видов деятельности может быть и как эти виды соотносятся с правоспособностью юридического лица — осталось за пределами гражданско-правового регулирования.

Дело в том что вид деятельности — это определенная часть экономической активности, фактические действия, совершаемые хозяйствующим субъектом по поводу конкретных объектов гражданского оборота. В отличие от этого правоспособность есть способность приобретать права и обязанности. Иными словами, вид деятельности — это строительство домов, железнодорожная перевозка, производство обуви или иных товаров, т.е. фактическое содержание того, что делает предприниматель. Отдельные виды деятельности осуществлялись и будут осуществляться независимо от того, урегулировано это законом или нет и насколько адекватным и эффективным будет такое регулирование. По существу вид деятельности — это не правовое, а экономическое понятие, поскольку перечень видов деятельности является практически перечнем отраслей экономики, или (как обозначали раньше) отраслей народного хозяйства. Более того, в силу экономического характера данного понятия невозможно представить себе сколько-нибудь полный перечень видов деятельности, хотя попытки их систематизации предпринимаются постоянно и столь же безуспешно.

Этот краткий обзор оставляет открытым вопрос, существует ли правовое содержание у понятия «вид деятельности». В поисках юридического смысла данного понятия первое, на что следует обратить внимание, — содержание и признаки самого понятия «деятельность».

В правоведении при широком употреблении названного термина практически нет сколько-нибудь состоятельного его определения. Даже в тех случаях, когда речь идет о регулировании конкретных видов деятельности (например, банковской, инвестиционной, биржевой), законодатель дает только общее описание этого феномена, а не его понятие. В лучшем случае, в частности применительно к банковской деятельности, закон дает перечень операций, которые образуют эту самую деятельность. Хотя и здесь остается немало вопросов о содержании самой деятельности. Скажем, обязан ли каждый банк совершать все виды операций, чтобы считаться банком, или только три их вида, образующих конституирующее понятие банка?

В то же время практика в последнее время все чаще сталкивается с необходимостью разграничения понятий «действие» и «деятельность». Так, необходимость определения деятельности через признак систематичности подчеркивали судебные органы. Верховный суд Российской Федерации в Постановлении от 30 июня 2006 г. по делу № 53-ад06-2 отметил, что отдельные случаи продажи товаров, выполнения работ, оказания услуг лицом, не зарегистрированным в качестве индивидуального предпринимателя, не образуют состав административного правонарушения при условии, если количество товара, его ассортимент, объемы выполненных работ, оказанных услуг и другие обстоятельства не свидетельствуют о том, что данная деятельность была направлена на систематическое получение прибыли.

Дальнейшее исследование понятия «деятельность» в юриспруденции наталкивается на то, что в современном российском праве нет ни самой дефиниции, ни правил формирования понятия «деятельность». Более того, некоторые авторы счи-

тают данный признак надуманным, что означает непонимание проблем разграничения правовой квалификации отдельных действий и их совокупности, например в случаях привлечения к ответственности определенных субъектов³.

Поэтому необходимо пользоваться философским и экономическим понятиями деятельности как базовыми, с тем чтобы в дальнейшем сформулировать правовое понятие. В соответствии с рядом высказываний можно представить, например, предпринимательскую деятельность как совокупность постоянно или систематически осуществляемых действий по производству и реализации на рынке материальных и нематериальных благ, по выполнению работ или оказанию услуг и использованию имущества.

Из изложенного можно сделать вывод, что с правовой точки зрения деятельность всегда предполагает длительность и постоянство осуществления отдельных видов действий, которые в совокупности позволяют достичь поставленной цели — получения прибыли.

На наш взгляд, понятие «вид деятельности» можно юридизировать за счет нескольких юридико-технических приемов, используемых в соответствии с целями права и социально-экономического назначения правовых норм. В таком качестве могут быть рассмотрены:

- определение круга объектов прав, которые могут находиться в ведении хозяйствующего или иного субъекта;
- ограничение характера и видов сделок и договоров, которые данный субъект может совершать;
- определение пределов свободы воли субъекта в части выбора отдельных видов деятельности.

Из этих теоретических положений следует вывод, что лицензированию подлежат не отдельные операции, а их совокупность, образующая понятие «вид деятельности». В содержание лицензируемой деятельности должны включаться все необходимые для ее осуществления действия, договоры, сделки. Противоположный вывод приведет к тому, что на один и тот же вид деятельности нужно будет получать несколько видов лицензий.

3. Практические проблемы реализации

Для того чтобы приведенные суждения не казались только теоретическими положениями, обратимся к практике реализации требования о лицензировании на одном из актуальных судебных примеров. Речь идет о лицензировании розничной продажи алкогольной и спиртосодержащей продукции магазинами беспрошпальной торговли.

ООО «АэроТрейдСервис» (далее — Общество) обратилось в Арбитражный суд г. Москвы с заявлением о признании незаконными писем Федеральной службы по регулированию алкогольного рынка, к которому Общество обратилось с просьбой дать разъяснение по поводу лицензирования розничной продажи алкоголя. Росалкогольрегулирование, рассмотрев обращение Общества, сообщило о том, что закупка по импорту алкогольной продукции для ее последующей реализации долж-

³ См.: Коммерческое право: учеб. / под ред. В.Ф. Попондопуло и В.Ф. Яковлевой. 3-е изд., перераб. и доп. М., 2002. С. 14.

на осуществляться с соблюдением требований федерального закона от 22 ноября 1995 г. № 171-ФЗ при наличии лицензии, предоставляющей право осуществления деятельности по закупке, хранению и поставкам алкогольной продукции.

По мнению Общества, закупка алкогольной продукции по импорту для последующей реализации в розничной сети через магазины беспошлинной торговли не подлежит лицензированию для закупки, хранения и поставки алкогольной и спиртосодержащей продукции. Общество считает, что деятельность магазинов беспошлинной торговли регулируется таможенным законодательством Таможенного союза и Российской Федерации, а органом, регулирующим ввоз в Российскую Федерацию алкогольной продукции, является ФТС России. Все арбитражные суды отказали Обществу в удовлетворении его требований. Отказывая в удовлетворении заявленного требования, суды исходили из того, что содержащееся в оспариваемом письме разъяснение законодательства соответствует его положениям; письмо от 14 октября 2010 г. носит информационный характер и не содержит положений властно-административного характера⁴.

Но вопрос здесь не в характере актов Росалкогольрегулирования, а в том, что в розничной торговле алкоголем в магазинах беспошлинной торговли подлежит лицензированию или что образует понятие «вид деятельности» применительно к розничной торговле.

4. Понятие розничной торговли и ее соотношение с иными видами деятельности

Для ответа на этот вопроса нужно прежде всего обратиться к тексту Федерального закона от 28 декабря 2009 г. № 381-ФЗ «Об основах государственного регулирования торговой деятельности в Российской Федерации». Закон дает несколько ведущих понятий, которые необходимо рассматривать в совокупности:

- торговая деятельность — вид предпринимательской деятельности, связанный с приобретением и продажей товаров;
- оптовая торговля — вид торговой деятельности, связанный с приобретением и продажей товаров для использования их в предпринимательской деятельности (в том числе перепродажи) или в иных целях, не связанных с личным, семейным, домашним или иным подобным использованием;
- розничная торговля — вид торговой деятельности, связанный с приобретением и продажей товаров для использования их в личных, семейных, домашних и иных целях, не связанных с осуществлением предпринимательской деятельности

Как видим, понятие торговли, отличаясь по целям, в любом случае включает в себя приобретение и продажу. Иначе и быть не может, поскольку невозможно представить розничную продажу товаров без их предварительного приобретения. Причем если речь идет о деятельности, то приниматься во внимание должны все виды действий и операций, необходимых для ее осуществления.

К сожалению, российская практика знает немало случаев, когда отдельные виды деятельности дробились на более мелкие операции. При этом осуществляющему их субъекту предлагалось получать несколько лицензий. Так было с ремонтом ав-

⁴ См.: Определение ВАС РФ от 3 июля 2012 г. № ВАС-8530/12.

томобилей, когда для каждого отдельного вида работ устанавливалось требование получения лицензий. Аналогичные требования были в строительных работах, когда строительство делилось на несколько видов операций. Всю эту практику следует считать незаконной, но нетрудно заметить, что под тем или иным видом эта практика стремится вернуться и завоевать свое место под солнцем.

Применительно к розничной продаже алкоголя магазинами беспощинной торговли нужно сопоставить этот вид торговой деятельности с видами лицензий, которые предусмотрены законом о государственном регулировании оборота алкогольной продукции. В соответствии со ст. 18 этого закона лицензии выдаются на осуществление следующих видов деятельности:

- производство, хранение и поставки произведенного этилового спирта, в том числе денатурата;
- производство, хранение и поставки произведенной алкогольной и спиртосодержащей пищевой продукции;
- хранение этилового спирта, алкогольной и спиртосодержащей пищевой продукции;
- закупка, хранение и поставки алкогольной и спиртосодержащей продукции;
- производство, хранение и поставки спиртосодержащей непищевой продукции;
- розничная продажа алкогольной продукции.

Далее указанный закон предусматривает, что лицензированию подлежат производство и оборот произведенных этилового спирта, алкогольной и спиртосодержащей продукции по каждому поставляемому или поступающему в розничную продажу виду произведенной продукции, выделяя пищевые и непищевые товары, требуя определенных условий выдачи лицензии и распределяя полномочия по ее выдаче. Отдельно указано, что лицензии на розничную продажу алкогольной продукции выдаются органами исполнительной власти субъектов Российской Федерации. Полномочия на лицензирование розничной продажи алкогольной продукции могут быть переданы субъектом Российской Федерации органам местного самоуправления.

Указанные формулировки закона нуждаются в толковании и сравнении. Обратимся для этого прежде всего к филологическому толкованию. В наименованиях всех лицензий на отдельные виды деятельности употребляется союз «и», который, как известно, является соединительным. Это означает, что лицензия выдается одновременно на все виды операций, указанных в том или ином пункте. Например, если речь идет о закупке, то она является элементом оптовой торговли и соединена с такими операциями, как хранение и поставка. В ином смысле получение лицензии только на одну операцию лишено смысла. Трудно себе представить ситуацию, при которой хозяйствующий субъект получает лицензию только на закупку и больше ничего не делает.

Иначе вопрос необходимо решать при рассмотрении деятельности по хранению алкогольной продукции. Хранение алкогольной продукции подлежит лицензированию, если оно осуществляется как самостоятельный вид деятельности. Поэтому если хранение алкогольной продукции является неотъемлемой частью деятельности по розничной продаже указанной продукции, на такое хранение не требуется получения самостоятельной лицензии.

Данный вывод подтверждается Постановлением Президиума Верховного Суда Российской Федерации от 23 мая 2001 г. № 14пв-2001, в котором отмечено

следующее: «Из смысла положений статьи 18 Федерального закона от 22 ноября 1995 года № 171-ФЗ (ред. от 07.01.1999), регулирующей подлежащие лицензированию виды деятельности, следует, что хранение алкогольной продукции подлежит лицензированию, если оно осуществляется как самостоятельный вид деятельности... Из материалов дела следует, что основным видом хозяйственной уставной деятельности ООО «Ронк» является торговля алкогольной продукцией. Хранение алкогольной продукции к предмету предпринимательской деятельности общества не относится. Судебная коллегия по гражданским делам Магаданского областного суда пришла к правильному выводу о том, что хранением алкогольной продукции как самостоятельным видом лицензионной деятельности ООО «Ронк» не занимался». В данном случае хранение алкогольной продукции являлось неотъемлемой частью деятельности по розничной продаже. На такое хранение отдельной лицензии не требовалось».

Кроме того, если попытаться толковать закон от противного и исходить из того, что на каждое действие (подчеркнем — не вид деятельности, а именно *действие*) необходима лицензия, то в условиях получения лицензии на розничную продажу, которые установлены актами субъектов Российской Федерации, должно было бы быть наличие лицензии на закупку, без которой осуществление продажи невозможно, а также на хранение. Но, как известно, в региональных правилах лицензирования розничной продажи здравого смысла нет и быть не может.

Если предположить, что при розничной продаже необходима лицензия на закупку, то получится, что один и тот же вид деятельности — розничная торговля — обеспечивается двумя или даже тремя видами лицензий, учитывая хранение, да еще и выдаваемыми на разных уровнях (федеральном и субъектов Российской Федерации).

Следовательно, лицензированию подлежат виды деятельности, а не отдельные операции. Понятие «розничная продажа» является синонимом розничной торговли и включает в себя как собственно продажу, так и приобретение продаваемых товаров. Конечно, в данном случае, скорее всего, можно говорить об ошибке законодателя. Следовало в последнем пункте наименований лицензий указать «приобретение и розничная продажа» или «розничная торговля». Но ошибки законодателя ни в какой системе рассуждений не могут рассматриваться как основание для бессмысленного и одиозного толкования правовых норм в противоречии с значением права.

5. Правовой режим беспошлинной торговли

Для решения вопроса о необходимости лицензировать тот или иной вид деятельности в целом и розничную торговлю алкоголем магазинами беспошлинной торговли в частности необходимо уяснить ее правовой режим. В соответствии со ст. 302 Таможенного кодекса Таможенного союза (далее — ТК ТС) беспошлинная торговля — это таможенная процедура, при которой товары реализуются в розницу в магазинах беспошлинной торговли физическим лицам, выезжающим с таможенной территории Таможенного союза, либо иностранным дипломатическим представительствам, приравненным к ним представительствам международных организаций, консульским учреждениям, а также дипломатическим агентам, консульским должностным лицам и членам их семей, которые проживают вместе с

ними, без уплаты таможенных пошлин, налогов и без применения мер нетарифного регулирования.

В этом легальном определении чрезвычайно важным является то, что магазины беспошлинной торговли осуществляют эту деятельность:

- как таможенную процедуру;
- продают товары для вывоза за пределы таможенной территории;
- осуществляют продажу без уплаты таможенных пошлин и налогов;
- к данной процедуре не применяются меры нетарифного регулирования.

Под таможенную процедуру беспошлинной торговли могут помещаться любые товары, за исключением товаров, запрещенных к ввозу на таможенную территорию Таможенного союза, вывозу за пределы таможенной территории Таможенного союза, а также товаров, запрещенных к обороту на территориях государств — членов Таможенного союза. Товары Таможенного союза помещаются под таможенную процедуру беспошлинной торговли путем подачи таможенной декларации.

Требования к магазину беспошлинной торговли определяются на национальном уровне и касаются:

- порядка функционирования магазинов беспошлинной торговли;
- требований к расположению, обустройству, оборудованию магазинов беспошлинной торговли;
- правил реализации товаров в магазинах беспошлинной торговли;
- порядка ведения учета и предоставления отчетности в отношении товаров, помещенных под таможенную процедуру беспошлинной торговли.

Федеральный закон от 27 ноября 2010 г. № 311-ФЗ «О таможенном регулировании в Российской Федерации» установил довольно жесткие требования к обустройству, оборудованию и месту расположения магазина беспошлинной торговли:

1) помещения магазина беспошлинной торговли могут состоять из торговых залов, подсобных помещений, складов. Указанные помещения должны быть оборудованы таким образом, чтобы обеспечить продажу товаров исключительно в торговых залах магазина беспошлинной торговли, сохранность товаров и возможность проведения в отношении них таможенного контроля;

2) подсобные помещения и склад магазина беспошлинной торговли должны быть обустроены и оборудованы таким образом, чтобы исключить доступ к находящимся в этих помещениях товарам посторонних лиц, а также обеспечить возможность наложения на указанные помещения средств таможенной идентификации;

3) к обустройству, оборудованию и месту расположения магазина беспошлинной торговли также предъявляются специальные требования, анализ которых не входит в предмет настоящей статьи.

Достаточно зафиксировать, что в целом правовой режим торговой деятельности магазинов беспошлинной торговли определяется специальными нормативными актами. При этом следует еще раз подчеркнуть, что приобретение товаров магазинами беспошлинной торговли осуществляется за пределами Российской Федерации и указанные товары во внутреннем обороте также не участвуют, поскольку вывозятся гражданами.

Завершается таможенная процедура беспошлинной торговли реализацией товаров, помещенных под эту таможенную процедуру, в розницу в магазинах беспошлинной торговли указанным лицам либо помещением этих товаров под иные

таможенные процедуры. В случае прекращения деятельности магазина беспошлинной торговли товары, помещенные под таможенную процедуру беспошлинной торговли, подлежат помещению под иную таможенную процедуру в течение одного месяца со дня, следующего за днем прекращения деятельности указанного магазина.

Как видим, в отношении магазинов беспошлинной торговли осуществляется довольно серьезный и практически сплошной таможенный контроль, который обеспечивает как интересы государства, так и потребителей. Этот контроль является более чем достаточным, но может возникнуть вопрос о соотношении разных видов контроля и лицензирования.

6. Соотношение лицензирования и иных видов контроля. Таможенный контроль

Вынесенную в подзаголовок тему следует, на наш взгляд, предварить несколькими теоретическими положениями. Они состоят в том, что современное российское законодательство, являясь довольно динамичным социальным явлением, на протяжении последних 10 лет развивается в направлении снижения административных барьеров для бизнеса. Это четко зафиксировано в Концепции снижения административных барьеров и повышения доступности государственных и муниципальных услуг на 2011–2013 гг., утвержденной распоряжением Правительства Российской Федерации от 10 июня 2011 г. № 1021-р. Здесь прямо сказано, что лицензирование, являясь самым формализованным и наиболее жестким механизмом государственного регулирования, связанным с допуском предпринимателей к осуществлению различных видов деятельности, должно применяться только в тех случаях, когда невозможно в силу разных причин выделить определенные качества субъекта или объекта, в результате чего появляется риск нанесения ущерба при осуществлении деятельности широкому кругу третьих лиц.

В случае если такого механизма государственного регулирования не требуется, необходимо перейти к иным формам регулирования. В соответствии с этой тенденцией и задачей закон о лицензировании отдельных видов деятельности (п. 3 ст. 2) предусматривает, что лицензирование необходимо тогда, когда регулирование не может осуществляться иными методами, кроме как лицензированием.

Для теоретического и практического решения этого вопроса необходимо обратиться к проблеме определения компетенции органов исполнительной власти, а точнее к ее распределению. Этот вопрос давно и достаточно подробно обсуждается в российской юридической литературе. Очень остро он стоит и на практике, особенно в сфере государственного контроля. Здесь неоднократно фиксировалось дублирование одних и тех же функций, параллельное осуществление одной и той же деятельности. При этом очень часто возникают непримиримые споры между органами исполнительной власти.

Для понимания сути спора о компетенции между органами власти, как справедливо отмечает К.Б. Власова, необходимо определить, что представляет собой компетенция, какие элементы входят в содержание данного понятия⁵. Дело в том

⁵ См.: Власова К.Б. Споры о компетенции между органами публичной власти // Конституционное и муниципальное право. 2011. № 3. С. 47.

что законодательство Российской Федерации не содержит в себе легального определения компетенции. Ранее такое определение было в законе от 24 июня 1999 г. «О принципах и порядке разграничения предметов ведения полномочий между органами государственной власти Российской Федерации и органами государственной власти субъектов». В теории часто принимается определение, предложенное Ю.А. Тихомировым: «компетенция есть комплекс легально установленных способов осуществления публичных функций»⁶.

Не вдаваясь в сколько-нибудь серьезный анализ теории компетенции, хотелось бы отметить, что применительно к лицензированию вопрос о надлежащем субъекте является чрезвычайно важным. Теоретически решение этого вопроса является производным от определения компетенции того или иного органа. Для такого решения также важно подчеркнуть, что недопустимым является двойной контроль одной и той же деятельности. Если для органов власти это приводит только к спору между ними, то для хозяйствующего субъекта означает дополнительные существенные издержки, непроизводственные затраты и замедление экономического оборота.

При этом споры о компетенции между органами публичной власти давно уже стали неотъемлемой частью российской действительности. Более того, немалая часть юридических противоречий, возникающих в нашем обществе, обусловлена именно нарушениями органами власти своей компетенции⁷. Как отмечает П.В. Лазарев, «такие споры могут быть связаны с вторжением одного органа в компетенцию другого, присвоением чужих полномочий посредством издания акта (нормативного или правоприменительного) или совершения действия правового характера, с уклонением органа от осуществления собственной компетенции или игнорированием компетенции другого органа при решении вопроса совместного ведения»⁸.

Применительно к работе магазинов беспощинной торговли следует отметить, что вся их деятельность находится под постоянным таможенным контролем. Нужно иметь в виду, что и закон о госрегулировании признает приоритет таможенного законодательства. Так, ст. 13 Федерального закона от 22 ноября 1995 г. № 171-ФЗ «О государственном регулировании производства и оборота этилового спирта, алкогольной и спиртосодержащей продукции и об ограничении потребления (распития) алкогольной продукции», посвященная регулированию экспорта и импорта алкогольной продукции, прямо устанавливает, что вывоз из Российской Федерации или ввоз в Российскую Федерацию алкогольной продукции осуществляется организациями в порядке, установленном таможенным законодательством Таможенного союза и (или) законодательством Российской Федерации о таможенном деле, с соблюдением требований, предусмотренных указанным федеральным законом. Можно предположить, что именно по причине наличия таможенного контроля в ранее действовавшем таможенном законодательстве лицензирование импорта было отменено, а современное законодательство такого лицензирования не предусматривает.

⁶ Тихомиров Ю.А. Теория компетенции. М., 2001. С. 55.

⁷ См.: Власова К.Б. Указ. соч.

⁸ Комментарий к Конституции Российской Федерации / общ. ред. Ю.В. Кудрявцева. М., 1996. С. 503.

Согласно ст. 100 ТК ТС таможенный контроль осуществляется при обороте товаров, ввезенных на таможенную территорию Таможенного союза, в целях проверки сведений, подтверждающих факт выпуска таких товаров в соответствии с требованиями и условиями таможенного законодательства Таможенного союза, в том числе проверки наличия на товарах маркировки или иных идентификационных знаков, используемых для подтверждения легальности ввоза товаров на таможенную территорию Таможенного союза. К тому же нужно учесть, что при проведении таможенного контроля таможенные органы имеют право получать значительный объем информации как о товарах, перемещаемых через таможенную границу, так и о лицах, осуществляющих такое перемещение (ст. 106 ТК ТС).

В связи с этим может возникнуть вопрос о необходимости защиты прав потребителей при беспошлинной торговле. Действительно, потребительское законодательство предусматривает ряд мер, гарантирующих права потребителей при приобретении товаров. Но поскольку права потребителя могут быть нарушены и при беспошлинной торговле, то для решения вопроса о взаимодействии государственных органов и общественных организаций в этой сфере следует использовать ст. 103 ТК ТС. Она предусматривает возможность взаимодействия между таможенными органами и контролирующими государственными органами на таможенной границе. Здесь сказано, что при проведении таможенного контроля товаров, перемещаемых через таможенную границу и подлежащих контролю другими контролирующими государственными органами, таможенные органы обеспечивают общую координацию таких действий и их одновременное проведение в порядке, определяемом законодательством государств — членов Таможенного союза. В целях повышения эффективности таможенного контроля товаров, перемещаемых через таможенную границу, таможенные органы и контролирующие государственные органы обмениваются информацией (сведениями) и (или) документами, необходимыми для проведения таможенного и иных видов государственного контроля, с использованием информационных систем и технологий.

Иное с учетом режима территории, на которой осуществляется беспошлинная торговля, трудно было бы себе представить, поскольку свободный доступ на эту территорию невозможен и осуществлять какой-либо еще контроль, кроме таможенного, на данной территории также невозможно. Следовательно, если таможенные органы обнаружат нарушения, затрагивающие компетенцию других государственных органов, они вправе направить соответствующие документы компетентному государственному органу.

Кроме того, нужно принять во внимание, что владельцы магазинов беспошлинной торговли, являясь участниками внешнеэкономической деятельности, не ввозят приобретаемые товары во внутренний оборот Российской Федерации и, как правило, не приобретают товары на внутреннем российском рынке. Иными словами, их деятельность не влияет на состояние товарного рынка, цены и прочие его параметры. Эти товары находятся за пределами таможенной территории Российской Федерации и не участвуют во внутреннем обороте на территории Российской Федерации. Товары, реализуемые в магазинах беспошлинной торговли, находятся под постоянным таможенным контролем, который в состоянии обеспечить решение всех задач, связанных с государственным контролем. Закон о госрегулировании алкогольной продукции в нескольких случаях подчеркивает, что он регулирует

внутренний товарный оборот, указывая на исключения операций, связанных с импортной торговлей.

Следовательно, в случае розничной продажи алкогольной продукции в магазинах беспошлинной торговли имеет место двойной государственный контроль, что является избыточным, затратным и неэффективным. Применение к этим отношениям закона о государственном регулировании оборота алкогольной продукции неправомерно, поскольку порождает излишний контроль.

С учетом изложенного можно по поводу режима беспошлинной торговли сформулировать вывод, что беспошлинная торговля является постоянно осуществляемой деятельностью, состоящей из приобретения и продажи товаров. Розничная продажа товаров без их приобретения невозможна как вид деятельности. Она является одной из таможенных процедур, которая полностью контролируется таможенными органами. Никаких дополнительных мер государственного воздействия в данном случае не требуется. Более того, умножение форм контроля за деятельностью магазинов беспошлинной торговли приводит к излишней трате государственных средств, конкуренции видов контроля и создает нестабильность и непредсказуемость в экономическом обороте.

7. Теоретические выводы, имеющие практическое содержание

Все вышеизложенное позволяет сформулировать два принципиально важных теоретических вывода, которые могут предопределить решение практических задач.

1. В соответствии с общей моделью лицензирования и содержанием деятельности в определенной сфере лицензированию подлежит только такой вид деятельности, которые не охвачен, не перекрывается иными формами контроля; следовательно, не следует требовать не только получения лицензии на закупку, хранение и поставку алкоголя, но даже и на розничную торговлю; лицензирование в сфере беспошлинной торговли является в принципе излишним механизмом, влекущим необоснованные затраты сил и средств и ограничение прав предпринимателей.

2. В любом случае нельзя лицензировать часть деятельности или требовать несколько лицензий на осуществление одного и того же вида деятельности; поэтому предъявление требований о получении дополнительных лицензий, например на приобретение или хранение алкоголя, является формированием дополнительных административных барьеров для осуществления предпринимательской деятельности, что противоречит принятым Правительством Российской Федерации нормативным правовым актам.