

А.А. Вишневский

профессор кафедры
предпринимательского права
факультета права Национального
исследовательского университета
«Высшая школа экономики»,
кандидат юридических наук

Разрешительный порядок банковской деятельности: модели реализации в современном банковском праве

В статье анализируются модели реализации разрешительного порядка банковской деятельности в современном банковском праве. Анализ моделей производится на основании баланса между двумя группами требований, которым должен соответствовать соискатель лицензии: количественными требованиями, жестко закрепленными в законодательстве, и качественными требованиями, находящимися в сфере усмотрения лицензирующего органа. Делается вывод о наличии в современном банковском праве трех моделей реализации разрешительного порядка банковской деятельности: британской, характеризующейся смещением баланса в пользу широкого усмотрения лицензирующего органа; российской, характеризующейся преобладанием жестких законодательных требований с минимизацией усмотрения лицензирующего органа; общеевропейской, характеризующейся относительной сбалансированностью законодательных требований и степени усмотрения лицензирующего органа.

Ключевые слова: банковское право, лицензирование банковской деятельности, лицензирование деятельности кредитных институтов, сравнительное банковское право.

В современном банковском праве является общепринятым требование, согласно которому для занятия банковской деятельностью необходимо получить предварительное согласие компетентного органа. Модели реализации этого требования могут быть различны. В настоящей статье мы рассмотрим три модели: общеевропейскую, британскую и российскую. Сравнение этих моделей осуществляется на основе такого критерия, как баланс между жесткими законодательными положениями, относящимися к получению лицензии, с одной стороны и степенью свободы усмотрения органа, уполномоченного выдавать лицензии на осуществление банковской деятельности (далее — лицензирующий орган), — с другой. Три выбранных модели отличаются различным смещением этого баланса:

- ♦ в пользу свободного усмотрения лицензирующего органа (Великобритания);
- ♦ в пользу жестких законодательных требований с минимизацией свободного усмотрения лицензирующего органа (Российская Федерация);

♦ в пользу относительной сбалансированности (примерного равенства) жестких законодательных ограничений и степени усмотрения лицензирующего органа (страны Европы).

Общеввропейская модель. Данная модель получила принципиальные основания в банковском праве Европейского союза (далее — ЕС) и впоследствии была реализована с учетом национальных особенностей в государствах-членах ЕС¹.

В праве ЕС соответствующие вопросы получили свое развитие в директивах, начиная с Первой банковской директивы², которая установила принципиальное требование о необходимости получить специальное разрешение на осуществление банковской деятельности. В терминологии банковского права ЕС такое разрешение именуется «авторизация». Важность данного положения на общеевропейском уровне обуславливалась тем обстоятельством, что не все государства, входившие к тому времени в Европейское экономическое сообщество (далее — ЕЭС), требовали авторизации для занятия банковской деятельностью (так, в Великобритании такой авторизации не требовалось). Поскольку создание единого рынка банковских и финансовых услуг требовало гармонизации принципиальных положений банковского права стран-членов ЕЭС, то введение разрешительного порядка банковской деятельности во всех таких странах выглядело более чем логичной мерой.

Первая банковская директива впервые установила и минимальный перечень условий, которым должен был соответствовать институт для получения банковской лицензии. Эти первоначальные условия были достаточно лаконичны и касались, по сути, двух аспектов: собственных средств и управления кредитным институтом. В отношении собственных средств устанавливались два требования: наличие отдельных собственных средств и адекватный минимум собственных средств. В отношении менеджмента устанавливался «принцип четырех глаз», т.е. кредитным институтом должны управлять минимум два лица (причем речь шла о должностях, по отношению к которым можно было говорить, что они осуществляют реальное управление кредитным институтом). При этом такие лица должны были обладать необходимым опытом практической работы и иметь надежную репутацию (п. 2 ст. 3 директивы).

Последующие правовые акты ЕС наполняли требования об авторизации банковской деятельности более конкретным содержанием. Прежде всего конкретизация коснулась минимального размера капитала кредитного института. Согласно требованиям Второй банковской директивы³ он должен был равняться 5 млн экю, а впоследствии Первая и Вторая консолидированные банковские директивы⁴

¹ Название «общеввропейская» несколько условно, поскольку каждое европейское государство имеет свои особенности и специфические требования, тем не менее, они исходят из ряда общих подходов, выработанных в европейском банковском праве, что обуславливает наличие у них существенного сходства.

² Директива 77/780/ЕЕС от 12 декабря 1977 г. о координации законов, постановлений и регулятивных положений, относящихся к учреждению и ведению бизнеса кредитных институтов.

³ Директива 89/646/ЕЕС от 15 декабря 1989 г. о координации законов, постановлений и регулятивных положений, относящихся к учреждению и ведению бизнеса кредитных институтов, дополняющая Директиву 77/780/ЕЕС с последующими изменениями.

⁴ Первая консолидированная директива — Директива 200/12/ЕС, относящаяся к учреждению и ведению бизнеса кредитных институтов. Вторая консолидированная директива — Директива 2006/48/ЕС, относящаяся к учреждению и ведению бизнеса кредитных институтов.

подтвердили минимальный капитал кредитного института в размере 5 млн евро с правом государств-членов ЕС устанавливать более высокие уровни стартового капитала (ст. 5 Первой консолидированной директивы).

Что касается управления кредитным институтом, то наряду с изначальным «принципом четырех глаз» устанавливаются дополнительные требования, касающиеся системы управления кредитным институтом. Согласно положениям Второй консолидированной директивы кредитный институт должен располагать надежными и четкими структурами управления, которые характеризовались бы, в числе прочего, четко определенными, прозрачными и последовательными линиями ответственности, эффективными процессами для идентификации, мониторинга и сообщения о рисках, которым кредитный институт подвергается или может подвергаться, а также адекватными внутренними контрольными механизмами, включая надежные административные и учетные процедуры. Структуры управления кредитным институтом должны соответствовать природе, масштабу и сложности его деятельности (ст. 22 Второй консолидированной директивы).

Другой новеллой стало введение требований к учредителям кредитных институтов, которые располагали в нем квалифицированным участием (свыше 20%). Директивы установили, что компетентные органы должны быть проинформированы о таких учредителях и располагать правом отказать в выдаче лицензии на совершение банковских операций, если они не были удовлетворены адекватностью (*suitability*) таких акционеров (участников), в свете необходимости обеспечить надежное и пруденциальное управление кредитным институтом. Впоследствии консолидированные директивы уточнили, что следует понимать под квалифицированным участием, включив в него не только собственность на акции (доли) в кредитном институте, но и ряд других правовых конструкций, позволявших использовать голосующие права в таких акциях (долях). Другими словами, тенденция банковского законодательства ЕС в этой части состоит в том, чтобы понимание квалифицированного участия в капитале кредитного института не свелось к сугубо формальному пониманию такого участия только как владения (на праве собственности) акциями (долями) кредитного института, но и понималось как фактическое квалифицированное участие независимо от той конкретной юридической формы, в которую такое участие может быть облечено.

Наконец, отметим такую черту банковско-лицензионного законодательства ЕС, как отсутствие исчерпывающего перечня оснований для отказа в выдаче лицензии. Единственным ограничением усмотрения компетентного органа являлся запрет отказать в выдаче лицензии на основании отсутствия потребностей рынка. Это требование существовало начиная с Первой банковской директивы и подтверждено последующими директивами (п. 3(а) ст. 3 Первой банковской директивы, ст. 9 Первой консолидированной директивы, ст. 8 Второй консолидированной директивы). В остальном банковское право ЕС, даже перечисляя основания отказа в выдаче лицензии или отзыва уже выданной лицензии, предусматривало правомочие конкретного государства установить более широкий перечень оснований для отказа в выдаче или отзыва лицензии. Несколько забегаю вперед, скажем, что тем самым косвенно признавалась свобода усмотрения лицензирующих органов соответствующих государств при решении вопроса о судьбе лицензии на осуществление банковской деятельности.

Можно подытожить, что принципиальными положениями банковского права ЕС в отношении лицензирования (авторизации) банковской деятельности стали разрешительный порядок банковской деятельности как общее и основополагающее правило⁵, установление требований к размеру и качеству первоначального капитала кредитного института, к учредителям кредитных институтов, к системе управления кредитным институтом, допущение свободы усмотрения компетентных органов в сфере лицензирования банковской деятельности.

Эти принципиальные положения конкретизировались в банковском праве отдельных стран-членов ЕС применительно к их банковской и правовой системе. При этом общей чертой законодательства стран-членов ЕС, касающегося лицензирования банковской деятельности, стало, с одной стороны, установление четких количественных показателей, соответствующих общепринятым количественным показателям в банковском праве ЕС, а с другой — закрепление свободы усмотрения лицензирующих органов при оценке качественных показателей, относящихся к лицензированию.

Количественные показатели относятся к тем аспектам создания кредитного института, которые принципиально допускают количественное выражение. Количественный характер имеют такие требования, как минимальный стартовый капитал, наличие двух управляющих кредитным институтом, место нахождения кредитного института. Качественные показатели характеризуют такие аспекты, как профессионализм и деловая репутация менеджеров кредитного института, надежность и репутация его собственников (акционеров или участников), а в более широком смысле — соответствие структуры института системе надзора со стороны компетентных органов, равно как и соответствие структуры и плана деятельности института требованиям стабильности банковской системы в целом.

Понятно, что количественные критерии можно сравнительно легко закрепить на уровне законодательства. Так, можно установить численное значение минимального стартового капитала, количество менеджеров, реально управляющих деятельностью кредитного института, определить, что место регистрации кредитного института и место нахождения его органов управления должны находиться в пределах одной территории.

Сложнее обстоит дело с качественными показателями. Вряд ли можно выразить в цифрах адекватность деловой репутации собственников кредитного института, источники происхождения средств для оплаты уставного капитала, адекватность структуры кредитного института и его связей с другими лицами в свете стабильности банковской системы или возможности осуществления компетентным органом своих надзорных полномочий. В отношении таких аспектов банковское право европейских стран пошло по пути установления разумного усмотрения лицензирующего органа, в пределах которого он мог бы оценить создаваемый кредитный институт именно в свете качественных требований, чтобы решить вопрос о возможности выдачи лицензии на осуществление банковской деятельности.

В законодательстве Франции общие положения о лицензировании банковской деятельности закреплены в Денежном и финансовом кодексе⁶. Данный закон в

⁵ Исключения предусматривались только для ряда специфических кредитных институтов и центральных банков.

⁶ Code monétaire et financier // <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT00006072026&dateTexte=20110228>.

ст. 511-10 прежде всего закрепляет общее положение, согласно которому осуществление банковской деятельности обусловлено предварительным получением соответствующей лицензии у компетентного органа — Комитета кредитных институтов и инвестиционных фирм.

Что касается критериев, основываясь на которых Комитет кредитных институтов и инвестиционных фирм вправе принять решение о выдаче лицензии, то кодекс в ст. 511-10 отмечает следующие:

♦ *требования к юридической форме.* Денежный и кредитный кодекс требует, чтобы юридическая форма заявителя соответствовала требованиям, предъявляемым к бизнесу кредитного института. Кодекс предоставляет возможности для широкой трактовки требований об адекватности юридической формы, включающей, в частности, характер связей между кредитным институтом и лицами, контролирующими институт. Если такие связи препятствуют эффективному надзору за деятельностью кредитного института, Комитет кредитных институтов и инвестиционных фирм вправе отказать в лицензии. Оценка затруднительности таких связей для эффективного надзора лежит в пределах усмотрения комитета;

♦ *требования к капиталу.* Непосредственно размер стартового капитала кредитного института определяется Министерством экономики (в настоящее время составляет 5 млн евро). Кроме того, превышение активов над пассивами кредитного института должно составлять в любое время не менее размера минимального первоначального капитала;

♦ *требования к месту нахождения органов управления.* Согласно данному требованию органы управления кредитным институтом должны располагаться в той же национальной территории, что и зарегистрированный офис. Смысл данного требования был проиллюстрирован при анализе положений директив ЕС, направленных на исключение злоупотребления принципом единой лицензии;

♦ *требования к управлению.* Данное требование предусматривает, что кредитным институтом должны управлять минимум два лица (при этом речь идет о фактическом, а не о формальном управлении), которые отвечают таким критериям, как необходимая репутация, компетенция и адекватный профессиональный опыт;

♦ *требования к учредителям.* Денежный и кредитный кодекс требует от лицензирующего органа принять во внимание «качество лиц, оплачивающих уставный капитал и, если применимо, их гарантов»;

♦ *требования к бизнесу кредитного института.* Согласно Денежному и кредитному кодексу Комитет кредитных институтов и инвестиционных фирм оценивает потенциальный кредитный институт с точки зрения таких аспектов, как способность института осуществить свой план развития в условиях, совместимых с должным функционированием банковской системы и адекватной безопасностью клиентов. Кодекс предоставляет возможность комитету при решении вопроса о выдаче лицензии принять во внимание специфику кредитного института в соответствующем социально-экономическом секторе.

Наконец, следует отметить право Комитета кредитных институтов и инвестиционных фирм обусловить выдачу лицензии дополнительными условиями, причем степень усмотрения комитета при этом также достаточно широка. Согласно дословному положению Денежного и финансового кодекса комитет вправе принять такое решение «с целью поддержания баланса между финансовой структурой института и должным функционированием банковской системы» (та же статья 511-10).

Из перечня данных требований нетрудно увидеть наличие как количественных, так и качественных критериев, первые из которых фиксируются достаточно четко на законодательном уровне, в то время как вторые подлежат оценке по усмотрению компетентного органа. Так, в перечне присутствуют фиксированные требования к капиталу кредитного института, месту нахождения органов управления, количеству лиц, управляющих кредитным институтом. При этом у лицензирующего органа есть широкая степень усмотрения при решении ряда качественных вопросов, таких как оценка связей между кредитным институтом и другими лицами, если такие связи могли бы затруднить эффективный надзор за деятельностью кредитного института. Лицензирующий орган производит также оценку бизнеса кредитного института с точки зрения совместимости с должным функционированием банковской системы и адекватной безопасностью клиентов, а также со спецификой соответствующего социально-экономического сектора. Обратим внимание: закон не устанавливает каких-либо более детальных правил для оценки данных вопросов. На уровне закона устанавливается только общий критерий (в общей форме, без детализации) и право лицензирующего органа решить вопрос на основании этого критерия.

Сходный подход можно усмотреть в законодательстве Италии. В соответствии со ст. 14 Консолидированного закона о банковской деятельности⁷ Банк Италии выдает лицензию на осуществление банковской деятельности при выполнении ряда условий, в том числе:

- ♦ кредитный институт создается в организационно-правовой форме, разрешенной законодательством;
- ♦ место регистрации кредитного института и место нахождения органов управления располагаются на территории Италии;
- ♦ оплаченный первоначальный капитал должен быть не менее размера, установленного Банком Италии;
- ♦ наличие адекватной программы деятельности кредитного института;
- ♦ собственники кредитного института удовлетворяют требованиям, установленным законодательством, в том числе в отношении их финансовой стабильности и честности;
- ♦ менеджмент удовлетворяет критериям профессионализма, адекватной деловой репутации и независимости;
- ♦ отсутствие между кредитным институтом и иными лицами связей, которые могли бы затруднить осуществление Банком Италии надзорных функций.

Нужно сказать, что в ведомственных актах (регулятора или иного компетентного государственного органа) качественные критерии обнаруживают тенденцию к конкретизации. Например, тот же Банк Италии при осуществлении функций надзора (когда речь идет о честности) исходит не из субъективных моральных представлений, а фиксирует ряд объективных критериев. Например, таких как отсутствие дисквалифицирующих признаков в силу положений ст. 2383 Гражданского кодекса, отсутствие приговоров или привлечения в качестве обвиняемого по ряду уголовно-правовых составов, отсутствие факта привлечения к уголовной ответ-

⁷ Testo Unico Bancario. Decreto legislativo 1 settembre 1993. № 385. Versione aggiornata al decreto legislativo 13 agosto 2010. № 141 // http://www.bancaditalia.it/vigilanza/normativa/norm_naz/TUB_gennaio_2011.pdf.

ственности в других государствах⁸. Однако конкретизация критериев осуществляется уже в рамках предоставленных полномочий по свободному усмотрению. Эти вопросы жестко в законе не фиксируются.

Кроме того, даже при наличии тенденции к конкретизации качественных критериев все равно остаются аспекты, которые находятся в сфере усмотрения лицензирующего органа. Это справедливо в отношении такого критерия (из перечисленных), как отсутствие между кредитным институтом и другими лицами (в том числе в странах за пределами ЕС) связей, которые препятствовали бы осуществлению надзора за кредитным институтом со стороны надзорного органа.

Законодательство Германии также показывает интересные примеры с точки зрения взаимодополняемости количественных и качественных критериев, установления жестких норм и допущения усмотрения лицензирующего органа. Согласно ст. 32 Закона о банковской деятельности получение лицензии на ее осуществление обусловлено предоставлением определенной информации, в том числе:

- ♦ приемлемого доказательства наличия ресурсов, необходимых для ведения бизнеса кредитного института;
- ♦ данных об управляющих и информации, необходимых для оценки их репутации;
- ♦ жизнеспособного бизнес-плана, демонстрирующего планируемую деятельность, организационную структуру и предполагаемые процедуры внутреннего мониторинга кредитного института;
- ♦ данных о собственниках, имеющих квалифицированный интерес в кредитном институте, в том числе данных, позволяющих оценить их благонадежность и кредитоспособность, и информации о группе, к которой они принадлежат;
- ♦ информации о наличии тесных связей между институтом и другими лицами.

Закон предусматривает право издания лицензирующим органом более подробных нормативных актов, детализирующих общие положения, касающиеся лицензирования банковской деятельности. Обратим внимание, что германский закон также предоставляет лицензирующему органу определенную степень усмотрения при решении вопроса о выдаче (отказе в выдаче) лицензии на осуществление банковской деятельности.

Лицензирующий орган вправе отказать в выдаче лицензии при наличии фактов, оправдывающих предположение, что в силу ассоциирования института с другими лицами будет затруднен эффективный надзор за его деятельностью. Закон указывает ряд случаев, когда такое предположение особенно оправданно, в частности (ст. 33):

- ♦ когда институт и другие лица вовлечены в корпоративную сеть с недостаточной прозрачностью;
- ♦ когда такие лица находятся в юрисдикции государства, законодательство которого затрудняет надзор за деятельностью кредитного института;
- ♦ когда институт является субсидиарием кредитного института, созданного в государстве, компетентные органы которого не готовы сотрудничать с германским регулятором в ходе осуществления им своих надзорных функций.

⁸ См., напр.: **Banca di Italia. Bolletino di Vigilanza. Numero 8, Agosto 2002** // http://www.bancaditalia.it/vigilanza/pubblicazioni/bollvig/02/Bolvig_08_02.pdf.

При этом не указываются более четкие критерии, т.е. решение вопроса в каждом конкретном случае остается в пределах усмотрения органа, компетентного рассматривать вопрос о выдаче лицензии.

Другим интересным положением германского Закона о банковской деятельности является указание в ст. 33 на то, что «в отношении лица разумно существует предположение о том, что оно располагает профессиональной квалификацией, необходимой для управления институтом, если оно может подтвердить наличие трехлетнего управленческого опыта в организации сопоставимого размера и вида бизнеса». По смыслу данного положения получается, что наличие формально требуемой квалификации — это не исчерпывающее доказательство пригодности кандидата на управленческую должность в кредитном институте, а лишь своеобразная *презумпция* такой пригодности. Естественно, что оценка того, «провергнута» ли презумпция в каждом конкретном случае, находится в пределах усмотрения лицензирующего органа.

Эти примеры можно продолжить. Но и приведенных примеров достаточно для следующего вывода. При реализации в законодательстве требования о разрешительном порядке банковской деятельности *общеeвропейская модель исходит из баланса количественных критериев, жестко закрепленных законом, и качественных критериев, которые закреплены в законе только в общей форме. Их применение к конкретному случаю находится в сфере компетенции (усмотрения) органа, наделенного полномочием решать вопрос о выдаче лицензии на осуществление банковской деятельности.*

Британская модель. Поскольку Великобритания входит в Европейский союз и банковские директивы ЕС распространяются и на Великобританию, разумно ожидать, что ее подход к разрешительному порядку банковской деятельности⁹ и выдаче соответствующей лицензии будет решаться в рамках, очерченных банковским правом ЕС. В определенной степени это действительно так, но вполне оправданно утверждать и наличие определенной специфики в подходе к вопросу о балансе между количественными и качественными критериями, между жесткими положениями закона и профессиональным усмотрением лицензирующего органа. Специфика эта, по нашему мнению, состоит в том, что статутное банковское право Великобритании предоставляет лицензирующему органу большую свободу усмотрения при решении лицензионных вопросов по сравнению с банковским законодательством других европейских стран.

Что касается количественных аспектов, принимаемых во внимание при решении вопроса о предоставлении авторизации на осуществление банковской деятельности, то обращает на себя внимание немногочисленное количество таких требований. В тексте основного банковского закона Великобритании — Закона о финансовых услугах и рынках — можно выделить не так много требований четко определенного характера, предъявляемых к соискателю лицензии, в числе которых:

- ♦ требование к организационно-правовой форме — соискатель должен существовать в виде корпорации или партнерства;

⁹ В настоящей статье применительно к Великобритании мы используем термин «банковская деятельность» условно, поскольку статутное право Великобритании такого термина не содержит, оперируя термином «регулируемые виды деятельности» (*Regulated Activities*).

♦ требование к месту нахождения — если соискатель зарегистрирован в Соединенном Королевстве, то его зарегистрированный офис и головной офис (органы управления) тоже должны располагаться в Соединенном Королевстве;

♦ перечень того, что следует понимать под тесными связями между кредитным институтом и другими лицами.

Остальные требования находятся в сфере усмотрения лицензирующего органа.

Показательно в этом отношении решение такого вопроса, как собственные средства соискателя лицензии на осуществление банковских операций. Даже в этом аспекте, который в современном европейском банковском праве традиционно уместается в рамки сугубо количественного подхода (как правило, 5 млн евро), английское статутное право вводит элемент усмотрения лицензирующего органа. Такой орган имеет право оценить адекватность стартового капитала соискателя по своему усмотрению с точки зрения характера тех видов деятельности, которые соискатель намерен осуществлять или уже осуществляет, а также принимая во внимание:

♦ принадлежность соискателя к какой-либо группе и любое последствие, которое принадлежность к группе может иметь для определения необходимого размера стартового капитала;

♦ средства, которые заинтересованное лицо либо любое другое лицо, входящее в ту же группу, использует для управления непредвиденными рисками;

♦ резервы, которые заинтересованное лицо либо любое другое лицо, входящее в ту же группу, формирует для выполнения обязательств, включая случайные и будущие обязательства (ст. 4 Приложения 6).

Другим показательным примером является подход английского статутного права к вопросу о наличии тесных связей между кредитным институтом¹⁰ и другими лицами, которые могли бы затруднить осуществление надзорным органом своих функций. С этой целью закон, с одной стороны, четко указывает, когда имеют место тесные связи, и перечисляет ряд таких случаев (таких как отношения материнского и дочернего предприятия, квалифицирующее участие в капитале). С другой стороны, закон оставил на усмотрение регулятора решение вопроса о том, затрудняют ли такие связи эффективный контроль за деятельностью кредитного института со стороны компетентного органа и каким именно образом определяется наличие или отсутствие такого затруднения.

Согласно буквальному тексту закона регулятор «должен быть удовлетворен, что эти связи не демонстрируют вероятность (*is not likely*), что они воспрепятствуют эффективному надзору» за кредитным институтом. Наряду с этим регулятор должен быть удовлетворен, что если, по его мнению, другое лицо находится в сфере действия права страны, не являющейся членом ЕС, то соответствующие «иностранное положение» не воспрепятствуют осуществлению регулятором эффективного надзора за кредитным институтом (ст. 3 Приложения 6). В отношении такого «удовлетворения регулятора» закон не устанавливает каких-либо конкретных положений, оставляя решение вопроса в сфере компетентного суждения самого регулятора.

¹⁰ В данном случае мы используем термин «кредитный институт» условно, в целях унификации терминологии, поскольку английскому банковскому праву термин «кредитный институт» не известен. Закон о финансовых услугах и рынках в данном случае использует термин «заинтересованное лицо» вместо более привычного для европейских законодательств термина «кредитный институт», когда идет речь о соискателе лицензии на осуществление банковской деятельности.

Наконец, отметим статутную обязанность соискателя предоставить лицензирующему органу *адекватные* (с точки зрения этого органа) *доказательства* того, что он соответствует требованиям для получения лицензии, принимая во внимание *все* обстоятельства, *в том числе*:

- ♦ его связи с другими лицами;
- ♦ природу любой регулируемой деятельности, которую он осуществляет или намерен осуществлять;
- ♦ необходимость обеспечения того, что его дела ведутся надежно и пруденциально (ст. 5 Приложения 6).

Таким образом, практически вся информация, предоставляющаяся в ходе соискания банковской лицензии, находится в сфере оценки лицензирующего органа, а не является жестко фиксированной в законодательстве.

В связи со сказанным уместно заключить, что в сравнении с другими европейскими правовыми порядками английское статутное банковское право содержит самый широкий перечень оснований, когда на законодательном уровне допускается свободное усмотрение лицензирующего органа. Это является характерной особенностью британской модели. Не боясь впасть в преувеличение, можно даже сказать, что *для британской модели усмотрение лицензирующего органа представляется устойчивой традицией, а жесткие количественные критерии являются скорее исключением из этого правила*¹¹.

Но констатация указанной черты является только одной стороной, характеризующей британскую модель. Другой стороной является то, что наличие высокой свободы усмотрения лицензирующего органа уравновешивается наличием эффективного способа оспаривания такого усмотрения в силу наличия специализированного органа рассмотрения споров.

Закон о финансовых услугах и рынках 2000 г. с самого начала предусмотрел создание такого органа — Трибунала финансовых услуг и рынков (*Financial Services and Markets Tribunal*). Решения лицензирующего органа о предоставлении лицензии (отказа в лицензии) на занятие банковской деятельностью были подведомственны трибуналу наряду с другими вопросами, входившими в его компетенцию.

Персональный состав трибунала и утверждение процессуальных аспектов его деятельности закон отнес к компетенции лорда-канцлера. Закон устанавливал, что трибунал должен состоять из двух панелей — панели председателей и панели не-юристов (*laymen*). Члены панели председателей должны были отвечать профессиональным квалификациям, установленным законодательством о судебной системе (Закон о судах и юридических услугах 1900 г.). Члены панели не-юристов назначались по усмотрению лорда-канцлера, по мнению которого эти лица в силу имеющегося у них опыта или по другим основаниям могли участвовать в рассмотрении вопросов, отнесенных к компетенции трибунала. Тем самым представительство в трибунале было направлено на обеспечение как законности рассмотрения разногласий, так и учета реалий финансово-банковской сферы.

¹¹ Это становится еще более очевидным, если обратиться к истории английского статутного банковского права, в ходе развития которого законы о банковской деятельности 1979 и 1987 гг. следовали именно этому принципу.

Решения трибунала имели силу суда графства и могли быть обжалованы в Апелляционный Суд¹².

Российская модель. В законодательстве Российской Федерации с самого начала был установлен разрешительный порядок банковской деятельности, но при этом логика законодателя исходила из начал, принципиально отличных от основополагающих юридических конструкций в данной сфере, рассмотренных выше. Разница состояла (и состоит) в *минимизации свободы усмотрения лицензирующего органа при решении вопроса о выдаче лицензии на осуществление банковских операций*.

Процедура обращения в Банк России за получением лицензии на осуществление банковской деятельности в российском банковском праве традиционно фиксировалась в законодательстве как перечень документов, предоставляемых Банку России.

Так, первая редакция Закона РСФСР «О банках и банковской деятельности в РСФСР» требовала от соискателя лицензии предоставления следующих документов: ходатайства, учредительных документов, экономического обоснования и данных о руководителях банка¹³. Впоследствии перечень предоставляемых документов расширялся в соответствии с положениями последующих редакций закона. В частности, в него стали включаться такие документы, как:

- ♦ документы о финансовом состоянии учредителей: аудиторские заключения и подтверждения отсутствия задолженности по уплате налогов и других обязательных платежей либо декларации о доходах физических лиц (впоследствии — документы согласно перечню, установленному нормативными актами Банка России, подтверждающие источники происхождения средств, вносимых в уставный капитал кредитной организации¹⁴);

- ♦ более подробные анкеты кандидатов на должности руководителей (с указанием специального образования, наличия опыта, отсутствия судимости);

- ♦ бизнес-план, составленный в соответствии с нормативными актами Банка России¹⁵.

Кроме того, требования к перечню документов содержались (и расширялись) и в документах (инструкциях) Банка России, принимаемых по вопросам регистрации кредитных организаций и лицензирования банковской деятельности. В частности, инструкции Банка России требовали представления целого ряда дополнительных документов, прямо не предусмотренных положениями законодательства, относящимися к порядку государственной регистрации кредитных организаций и лицензирования банковской деятельности, хотя необходимость либо целесообразность их представления могла быть основана (прямо или косвенно) на положениях законодательства. В числе таких документов можно отметить:

¹² Впоследствии функции Трибунала финансовых услуг и рынков были переданы Верхнему Трибуналу (*Upper Tribunal*) в соответствии с Приказом о передаче функций трибуналов (*Transfer of Tribunal Functions Order*) 2010 г. Данный приказ предусмотрел перевод членов панели председателей и панели не-юристов в состав судей Верхнего Трибунала, сохраняя тем самым подход, изначально обозначенный Законом о финансовых услугах и рынках 2000 г.

¹³ Ст. 12 Закона РСФСР от 2 декабря 1990 г. № 395-1 «О банках и банковской деятельности в РСФСР» (с изм. от 12 декабря 1991 г.) // СПС КонсультантПлюс.

¹⁴ Начиная с ред. от 19 июня 2001 г.

¹⁵ Начиная с ред. от 19 июня 2001 г.

- ♦ сообщение о перечне членов совета директоров кредитной организации;
- ♦ документы, подтверждающие права на здание (помещение), в котором предполагается размещение кредитной организации;
- ♦ документы, характеризующие техническую укрепленность помещений для операций с наличными денежными средствами и другими ценностями;
- ♦ документы, подтверждающие намерение охранного предприятия на заключение впоследствии с кредитной организацией договора оказания охранных услуг;
- ♦ документы, подтверждающие намерение страховой организации заключить впоследствии с кредитной организацией договор страхования имущественной ответственности;
- ♦ документы, подтверждающие согласие антимонопольного органа на создание кредитной организации;
- ♦ документы, необходимые для регистрации первого выпуска акций кредитной организации, создаваемой в форме акционерного общества¹⁶.

В связи с таким расширенным перечнем можно констатировать, что нормативные акты Банка России основаны на расширительном толковании соответствующих положений специального федерального закона, регулирующего порядок регистрации кредитной организации и выдачи лицензии на совершение банковских операций.

В отношении того обстоятельства, что нормативные акты Банка России предусмотрели более широкий круг документов, чем это предусмотрено специальным федеральным законом (т.е. законом о банках и банковской деятельности), можно высказать следующую оценку. С одной стороны, это может быть расценено как выход за пределы законодательных полномочий. Федеральный закон предоставил Банку России право только установить *порядок* предоставления документов, прямо перечисленных в законе, но не право потребовать предоставления дополнительных документов, законом не перечисленных¹⁷.

С другой стороны, требование о предоставлении таких документов может косвенно следовать из других федеральных законов — либо из их содержания, либо выводиться с учетом тех задач, для решения которых соответствующие федеральные законы принимались. Например, право потребовать документы, подтверждающие согласие антимонопольного органа на создание кредитной организации, косвенно следует из законодательства о защите конкуренции; право потребовать документы, необходимые для регистрации выпуска акций, следует из федеральных законов, регулирующих статус акционерных обществ и рынок ценных бумаг.

Вторая оценка по природе своей дискуссионна. Ей можно противопоставить следующее возражение: необходимость соблюдения антимонопольного законодательства при создании кредитной организации не следует смешивать с правом Банка России потребовать документы, не предусмотренные специальным законодательством. В то же время, если следовать строго формальному подходу к перечню документов, которые Банк России вправе потребовать при регистрации кредитной организации и выдаче лицензии на совершение банковских операций, то мы окажемся в ситуации, когда Банк России не будет располагать достаточной информацией для принятия решения, которое соответствовало бы не только нормам специального банковского

¹⁶ См.: гл. 3 Инструкции Банка России от 2 апреля 2010 г. № 135-И «О порядке принятия Банком России решения о государственной регистрации кредитных организаций и выдаче лицензий на осуществление банковских операций» // СПС КонсультантПлюс.

¹⁷ Ст. 14 Федерального закона «О банках и банковской деятельности».

закона, но и законодательству Российской Федерации в целом. При учете данного обстоятельства и в условиях, когда специальный банковский закон содержит закрытый (но при этом ограниченный) перечень документов, расширительное толкование Банком России соответствующих положений закона выглядит логичным.

Приведем другой пример расширительного толкования Банком России таких законодательных положений. Согласно федеральному закону о банках и банковской деятельности учредители кредитной организации не должны иметь задолженности перед бюджетами различных уровней за последние три года, предшествующие созданию кредитной организации¹⁸. Это положение также можно истолковать двояко. С одной стороны, его можно истолковать таким образом, что это требование относится только к тем учредителям, которые были созданы не позднее, чем за три года до даты создания соответствующей кредитной организации, и не распространяется на тех учредителей, которые были созданы позднее. Соответственно, они должны не иметь задолженности перед бюджетами всех уровней за то время, в течение которого существуют. Иное толкование предстает как не основанное на законе ограничение правоспособности юридического лица.

С другой стороны, если истолковать данное положение закона предложенным образом, то при всей формальной правильности такое толкование сведет на нет основную цель, которую преследовал закон, вводя данное положение. Действительно, цель закона состоит в обеспечении правовыми средствами финансовой устойчивости учредителей кредитной организации. При узкой трактовке данного положения закона (как предложено выше) эта цель не могла бы быть достигнута уже хотя бы в силу простого обстоятельства — сложно говорить о финансовой устойчивости организации, которая существует короткий срок. Не должно вызывать удивления, что в нормативных актах Банка России данное положение федерального закона получило расширительную трактовку, вследствие которой учредители кредитной организации должны были осуществлять свою деятельность в течение не менее трех лет, предшествующих созданию кредитной организации¹⁹.

В связи со сказанным можно сделать следующую оценку. На уровне федерального закона не представляется возможным предусмотреть все аспекты, имеющие значение для принятия правильного решения о государственной регистрации кредитной организации и выдаче лицензии на совершение банковских операций, с учетом в числе прочего динамики развития банковского сектора. В условиях, когда федеральный закон строится по модели исключительного перечня соответствующих документов без предоставления регулятору права усмотрения при принятии окончательного решения, регулятор для выполнения поставленных перед ним задач вынужден идти по пути расширительной интерпретации законодательных положений в издаваемых им нормативных актах. Тем самым модель, основанная на жесткой фиксации всех аспектов лицензирования банковской деятельности, на практике оказывается неэффективной.

¹⁸ Введено в ред. от 3 февраля 1996 г. Федерального закона «О банках и банковской деятельности».

¹⁹ См.: п. 2.2 Инструкции Банка России от 14 января 2004 г. № 109-И «О порядке принятия Банком России решения о государственной регистрации кредитных организаций и выдаче лицензий на осуществление банковских операций». Это же правило сохраняется в действующих в настоящее время нормативных актах Банка России, регламентирующих порядок создания кредитных организаций.