

Понятие кредитного института в современном зарубежном банковском праве: традиции и новые тенденции



А.А. Вишнеvский

профессор кафедры предпринимательского права факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», кандидат юридических наук. Адрес: 101000, г. Москва, ул. Мясницкая, д. 20. E-mail: aavishnevsky@gmail.com



Аннотация

В статье анализируются тенденции, проявившиеся в последнее десятилетие в подходах к статусу кредитного института в современном зарубежном банковском праве. Статус кредитного института рассматривается в следующих аспектах:

- подходы к понятию кредитного института — институциональный и функциональный, традиционно существующие в различных (континентальной, в том числе в банковском праве Европейского союза (ЕС), и англосаксонской) правовых семьях;
- правоспособность кредитного института. Приведены примеры, подтверждающие тезис о специальной правоспособности кредитного института, и примеры правовых конструкций, обеспечивающих специальную правоспособность кредитного института. Анализируется новейшее законодательство посткризисного периода (в том числе на этапе законопроектов), направленное на принудительную ограниченную специализацию кредитных институтов — разделение традиционной банковской деятельности и особо рискованных операций между различными юридическими лицами, находящимися в сфере банковского регулирования и надзора;
- соблюдение профессиональных стандартов — стандартов «лучшей практики» в отношениях с клиентами, имеющих различную правовую природу в различных правовых системах (предполагаемые условия договора между банком и клиентом в Великобритании, судебная проверка стандартных условий ведения бизнеса в Германии);
- выполнение публично-правовых функций, в связи с чем обосновывается вывод об изменении характера банковской деятельности (и как следствие — характера кредитного института) в современном банковском праве. Кредитный институт становится не просто предпринимателем, интерес которого сводится к получению прибыли в ходе занятия банковской деятельностью, но одновременно и институтом, выполняющим публичные функции и задачи в банковской системе. Речь идет не просто о том, что кредитный институт выполняет эти функции *наряду, в дополнение* к деятельности, направленной на получение прибыли, — напротив, выполнение кредитными институтами публично-правовых функций рассматривается не в качестве задачи, навязанной им извне, но в качестве имманентно присущей банковской деятельности в силу того, что предпринимательская деятельность кредитного института осуществляется в финансовой сфере, которая объективно служит осуществлению публичных по своей природе функций в современном обществе.



Ключевые слова

кредитный институт, банковское право Европейского союза, банковское право европейских стран, публичные функции кредитного института, противодействие уклонению от уплаты налогов, противодействие отмыванию денежных средств.

В настоящей статье мы рассмотрим проявление новых тенденций в достаточно традиционной сфере — в понимании кредитного института. Термин «кредитный институт» используется в этой статье как устоявшийся в зарубежном (европейском) банковском праве аналог понятию «кредитная организация», который более привычен российскому читателю.

В настоящее время оправданно говорить о том, что, с одной стороны, понятие кредитного института является одним из наиболее устоявшихся, базисных понятий зарубежного банковского права. Но с другой стороны, существуют и новые тенденции, которые, при внешней сохранности прежнего понятия кредитного института, затрагивают настолько существенные аспекты его взаимоотношений с клиентами, что позволяют поставить вопрос о модификации свойств, входящих в его правовую природу.

Основу современного понимания кредитного института в праве зарубежных стран составляет определение, изначально содержащееся в Первой банковской директиве ЕС, заложившей основы гармонизации банковского права европейских стран. Согласно директиве кредитный институт понимался как «предприятие, чей бизнес состоит в приеме депозитов и иных средств с обязательством возврата от неопределенного круга лиц и предоставлении кредитов за свой счет»¹. Это определение остается в силе и в настоящее время. Впоследствии оно было дополнено перечнем операций, составляющих предмет банковской деятельности и подлежащих взаимному признанию на территории государств ЕС. В этот список вошли такие традиционные операции, как прием депозитов, предоставление кредитов, услуги по переводу денег, выпуск и управление средствами платежа, а также целый ряд инвестиционных банковских операций². Тем самым в банковском праве ЕС сформировалось *двухзвенное определение кредитного института*, состоящее из собственно определения и перечня банковских операций.

Такое понимание кредитного института было имплементировано в банковское законодательство большинства европейских государств, при этом сформировалось два подхода к определению кредитного института — *институциональный* и *функциональный*. Институциональный подход ставил во главу собственно определение *института*, обладающего теми характеристиками, которые позволяют рассматривать его в качестве кредитного института; рассмотренное выше определение кредитного института в директивах ЕС является примером именно институционального подхода. Функциональный же подход концентрируется не на институте, а на *деятельности*, которую осуществляет институт.

Институциональный подход характерен для стран континентальной правовой семьи. Например, Денежный и финансовый кодекс Франции содержит следующее определение: «Кредитные институты — это юридические лица, чья обычная предпринимательская деятельность состоит в осуществлении банковских трансакций...»³. При этом перечень банковских трансакций кодекс определяет как «принятие средств от неопределенного круга лиц, кредитные трансакции и предоставление клиенту либо управление средствами платежа»⁴.

Закон ФРГ о банках и банковской деятельности понимает под кредитным институтом предприятие, «ведущее банковский бизнес в масштабе, которые требуют коммерче-

¹ Статья 1 Директивы 77/780/ЕЕС.

² Изначально перечень содержался в качестве приложения ко Второй банковской директиве — Директиве 89/646/ЕЕС.

³ Статья L511-1 Денежного и финансового кодекса Франции.

⁴ Статья L311-1 Денежного и финансового кодекса Франции.

ски организованного бизнес-предприятия»⁵. При этом банковский бизнес заключается в осуществлении перечисленных в законе операций, в числе которых прием денежных средств от других лиц в качестве депозитов или иных средств с безусловным обязательством возврата от неопределенного круга лиц (депозитный бизнес), предоставление кредитов в денежной форме и акцептных кредитов (кредитный бизнес), осуществление безналичных платежей и расчетных операций (жиро бизнес).

Функциональный подход проявился в банковском праве Великобритании, где законодатель определяет *вид деятельности*, входящей в сферу действия банковского права, но не *характер института*, который этой деятельностью занимается. Статутное право Великобритании в связи с этим оперирует непривычным для европейского (российского) законодателя термином «кредитный институт» («кредитная организация»), а понятием «бизнес по приему депозитов». Понимание деятельности по приему депозитов и раскрывается через два понятия:

- «депозит», под которым понимается денежная сумма, уплаченная на возвратной основе, как с процентами, так и без таковых, в указанное время, при наступлении указанных обстоятельств либо по требованию. При этом в качестве депозита не рассматриваются денежные средства, уплаченные в связи с приобретением собственности или услуг или предоставлением обеспечения, т.е. суммы, имеющие характер аванса или переданные в качестве гарантийного депозита;
- «деятельность по приему депозитов», которая имеет место в том случае, когда средства, привлеченные в качестве депозитов, передаются в качестве кредитных средств другим лицами либо если какая-либо другая деятельность лица, принимающего депозиты, финансируется полностью или частично за счет средств, привлеченных в качестве депозитов⁶.

Тем самым английское право другим стилем выразило ту же идею, которая заложена в определении кредитного института в банковском праве ЕС — прием депозитов от неопределенного круга лиц и предоставление кредитов. Таким образом поддержан традиционный взгляд на кредитный институт как на коммерческую организацию, чья деятельность состоит в осуществлении банковских операций (как традиционных, так и инвестиционных).

Другим традиционным аспектом подхода к кредитному институту в европейском банковском праве является закрепление его специальной правоспособности. Это логично следует уже из приведенного выше определения кредитного института, которое сводит его деятельность к приему депозитов, предоставлению кредитов и иным банковским операциям. В ряде национальных законодательств европейских стран этот вопрос определен еще более категорично.

Так, например, банковское законодательство Франции, определяя кредитный институт, прямо оговаривается, что кредитному институту позволено совершать прежде всего *только* банковские сделки (и сделки, относящиеся к банковской деятельности). Сделки за пределами указанного круга подлежат законодательным ограничениям и могут осуществляться, когда законодательство это прямо позволяет. В связи с этим Денежный и финансовый кодекс Франции устанавливает следующее важное правило: кредитные институты могут систематически заниматься видами деятельности иными, нежели перечисленные выше, только при обстоятельствах, определенных Министерством экономики. При этом такая деятельность может осуществляться в объеме, ограниченном по сравнению с собственно банковской деятельностью кредитного института, и не должна

⁵ Статья 1 Закона ФРГ о банковской деятельности.

⁶ Закон о финансовых услугах и рынках 2000 г., Приказ о регулируемых видах деятельности 2001 г.

приводить к препятствию, ограничению или искажению конкуренции на соответствующем рынке⁷.

Банковское законодательство Испании рассматривает ограничение деятельности кредитного института собственно банковскими операциями как одно из необходимых условий, при выполнении которого возможно занятие банковской деятельностью. Согласно Королевскому декрету 1245/1995 цели деятельности корпорации, вовлеченной в банковский бизнес, ограничиваются «специальными видами деятельности кредитного института», к которым банковское право Испании относит принятие средств от неопределенного круга лиц на возвратной основе, предоставление кредитов в различных видах, финансовый лизинг, услуги по переводу денежных средств, выпуск и управление средствами платежа, предоставление гарантий⁸.

Банковское законодательство Португалии⁹ содержит перечень банковских операций, в числе которых прием депозитов и иных средств с обязательством возврата, предоставление кредитов, денежные переводы, выпуск и управление средствами платежа. Этот перечень завершается пунктом «другие подобные сделки, не воспрещенные законом», и далее специально указывается, что кредитные институты, имеющие головной офис в Португалии, «обязаны в качестве своей единственной цели рассматривать виды деятельности, разрешенные в ст. 4 Декрета-закона», т.е. только те виды деятельности, которые перечислены в качестве банковских операций.

Интересную конструкцию содержит законодательство Швеции, не только содержащее общее правило, согласно которому кредитный институт может заниматься только финансовой деятельностью, но и устанавливает ограничительные правила в отношении собственности, которой может обладать кредитный институт. Ему разрешено обладать только собственностью, которая необходима для осуществления именно финансовой деятельности (с определенными исключениями)¹⁰.

Важно отметить, что, установив специальную правоспособность кредитного института в смысле разрешения ему заниматься именно банковской деятельностью, законодатель трактует эту деятельность максимально широко, разрешая кредитному как собственно традиционную банковскую деятельность, так и инвестиционную банковскую деятельность. Тем самым европейский законодатель выразил приверженность германской модели универсального банка. В связи с этим перечень видов деятельности, подлежащих взаимному признанию государствами — членами ЕС, помимо приема депозитов, кредитования, расчетов, включает в себя и такие виды деятельности, как:

- выдача гарантий;
- торговля различными ценными бумагами (инструментами денежного рынка, финансовые фьючерсы и опционы, процентные инструменты, трансферабельные ценные бумаги) от своего имени и от имени клиента;
- участие в эмиссии ценных бумаг и предоставление услуг, связанных с такой эмиссией;
- консультирование по вопросам структуры капитала, индустриальной стратегии и связанным с этим вопросам, а также услуги, связанные со слиянием и приобретением предприятий;
- управление портфелями;

⁷ Статья 511-3 Денежного и финансового кодекса Франции.

⁸ Статья 1.1 Королевского законодательного декрета 1298/1986, ст. 28 Закона 26/1988.

⁹ Статья 4 Декрет-закона Португалии № 298/92.

¹⁰ Статья 1 части 7 Закона Швеции о банковском и финансовом бизнесе (2004:297).

- учет прав и управление ценными бумагами;
- выпуск электронных денег¹¹.

Аналогичный подход прослеживается в банковском праве других европейских стран¹².

В последнее время проявилась еще одна тенденция подхода к правоспособности кредитного института в качестве реакции на недавний финансовый кризис. Речь идет о предложении, содержащемся в Докладе экспертов высшего уровня Европейской комиссии по вопросам банковской структурной реформы, сокращенно известном как Доклад Лиикканена (по фамилии председателя комиссии экспертов, главы Центрального банка Финляндии), опубликованном в октябре 2012 г. Одно из основных предложений доклада состоит в том, чтобы юридически отделить деятельность банка по принятию депозитов от иной деятельности, отличающейся повышенным финансовым риском. Под разделением понимается разрешение заниматься этими видами деятельности различным юридическим лицам — совмещение таких видов деятельности невозможно в рамках одного юридического лица. Финансово-высокорисковые виды деятельности, о которых идет речь, включают трейдинг в сфере ценных бумаг и деривативов и некоторые другие виды деятельности, тесно связанные с рынком ценных бумаг и деривативов. Принудительное разделение представляется авторам доклада уместным в том случае, когда такой высокорисковый бизнес составляет значительную часть бизнеса кредитного института¹³.

Данное предложение было позитивно оценено на общеевропейском уровне организациями, вовлеченными в регулирование банковской деятельности в Западной Европе. Приведем в качестве примера позицию Европейского центрального банка (ЕЦБ) по данному вопросу: «В целом Евросистема усматривает достоинства в выделении определенных высокорисковых видов деятельности финансовых институтов, которые не связаны с предоставлением услуг, относящихся к клиентам (provision of client-related services). Это разделение может быть поддержано, поскольку оно представляет собой эффективный инструмент защиты вкладчиков от убытков, которые могут произойти вследствие этих высокорисковых видов деятельности...». При этом ЕЦБ высказался за то, чтобы разделение таких видов деятельности между различными юридическими лицами основывалось на понятных и разумно осуществимых критериях, которые, в частности, исключали бы для банков возможность манипулирования путем искусственного (методами внутреннего учета) отнесения высокорисковых операций к менее рискованным активам. Равным образом, по мнению ЕЦБ, если эти виды деятельности будут разделены между формально различными, но при этом входящими в единый банковский холдинг организациями, это в значительной степени снизит эффективность данной меры¹⁴.

Развитие банковского законодательства европейских стран в последнее время позволяет говорить о начале материализации такого подхода на уровне национальных законодательств.

Так, во Франции в июле 2013 г. принят закон, требующий от французских банков отделения так называемых спекулятивных видов деятельности от традиционных видов банковской деятельности, направленных по своей природе на финансирование

¹¹ Приложение I к Директиве 2013/36/ЕС.

¹² См., напр.: ст. 1 Закона о банках и банковской деятельности ФРГ.

¹³ Полный текст Доклада Лиикканена: http://ec.europa.eu/internal_market/bank/docs/high-level_expert_group/report_en.pdf

¹⁴ Текст позиции ЕЦБ по Докладу Лиикканена: http://www.ecb.int/pub/pdf/other/120128_eurosystem_contributionen.pdf

экономики. Такое требование распространяется на крупные банки (уточнение нижнего «порога» должно быть сделано соответствующим декретом). Особо рискованные виды деятельности (те, которые в банковской терминологии обозначаются *proprietary trading activities*, — приобретение и продажа финансовых инструментов за свой счет, не в процессе оказания услуг третьим лицам) должны быть локализованы в специально созданных (*ad hoc*) дочерних юридических лицах. Последние должны быть подчинены специальному регулированию и надзору со стороны регулятора, иметь независимое финансирование, кроме того их деятельность подлежит лицензированию со стороны лицензионного органа в качестве инвестиционных фирм или кредитных институтов. Показательно, что, хотя эти организации должны располагать лицензией кредитного института, они не вправе принимать депозиты, на которые распространяется защита схемы гарантирования депозитов, а равно оказывать платежные услуги клиентам, на депозиты которых (размещенные в других банках) распространяется такая защита. Более того, закон запрещает некоторые особо рискованные виды деятельности для таких субсидиариев, как, например, высокочастотный трейдинг.

Внедрение закона в практику деятельности французских банков потребует времени — согласно закону им следует определить виды деятельности, которые должны быть переданы дочерним институтам, до 1 июля 2014 г. и завершить перевод таких видов деятельности в указанные институты до 1 июля 2015 г.

Другим примером законодательной инициативы, направленной на реализацию рассматриваемого подхода, является законопроект, представленный в феврале 2013 г. правительством ФРГ. Документ исходит из необходимости для кредитного института (вовлеченного в деятельность по приему депозитов) перевести определенные виды деятельности, отличающиеся повышенным риском, в отдельные специально созданные дочерние структуры. Законопроект уточняет, что перевод деятельности должен иметь место, если такая рискованная торговая деятельность составляет более 20% балансовой стоимости активов, а размер балансовой стоимости активов за каждый из трех последних финансовых лет превосходит 90 миллиардов евро (относительный порог), либо если объем таких торговых операций превосходит балансовую стоимость активов в 100 миллиардов евро (абсолютный порог). К особо рискованным операциям закон относит торговлю финансовыми инструментами за свой счет, заемные и гарантийные трансакции с хедж-фондами, их управляющими компаниями, альтернативными инвестиционными фондами.

В настоящее время еще сложно говорить о последствиях таких новелл в банковском законодательстве, поскольку они введены еще не повсеместно, более того, даже во Франции — единственный на данный момент стране, где это введено на уровне закона, — банкам предоставлен фактически двухлетний период на выполнение данного требования. Тем не менее уже в настоящий момент можно отметить данный подход как тенденцию, проявившую себя в современном банковском праве в части регулирования правоспособности кредитного института.

Сказанное может послужить основанием для вывода о появлении в правоспособности современного банка конструкции *ограниченно-специальной правоспособности*, суть которой состоит в установлении для кредитного института ограниченного перечня разрешенных операций из числа тех, которые составляют содержание «обычной» специальной правоспособности универсального банка.

Другой тенденцией в характеристике кредитного института как статусного института современного банковского права является возрастание роли профессиональных стандартов в качестве норм, которым кредитный институт должен соответствовать. Речь идет главным образом о «лучших стандартах» (*best practice*) банковской деятель-

ности, подготовленных банковскими ассоциациями. Обязанность кредитного института следовать таким стандартам имеет основание в его членстве в профессиональной ассоциации, соответственно, невыполнение этих требований в качестве крайней меры может иметь исключение института из ассоциации. В современных условиях банковского бизнеса такая санкция приобретает очень серьезный характер, поскольку может повлечь негативные последствия для репутации кредитного института и, как следствие, существенных затруднений в осуществлении банковской деятельности.

По своей правовой природе профессиональные стандарты могут характеризоваться различно в зависимости от особенностей соответствующей правовой системы. Так, в банковском праве Великобритании банковские кодексы рассматриваются в качестве подразумеваемых условий договора банка и клиента. В германском банковском праве суды заняли позицию, согласно которой клиент может в споре с банком ссылаться к своей выгоде на положения межбанковских договоров. Другими словами, как в одной, так и в другой системе существуют правовые конструкции, позволяющие клиенту использовать профессиональные стандарты банковской деятельности к своей выгоде.

Серьезные новшества связаны с изменением взгляда законодателя на кредитный институт в связи с выполнением им публичных функций. Это прежде всего проявляется в таких аспектах, как противодействие легализации доходов, полученных незаконным путем, и финансированию терроризма и противодействие уклонению от уплаты налогов. В отношении противодействия легализации преступных доходов банковское право ЕС (Директива 2005/60/ЕС), а также соответствующее законодательство европейских стран установили ряд правовых публично-правовых обязанностей кредитных институтов. В их числе:

- идентификация и проверка (*due diligence*) клиентов. Это требование распространяется как на новых клиентов, так и на уже существующих. Более того, в отношении существующих клиентов процедура идентификации должна периодически возобновляться с учетом риска (*risk sensitive basis*)¹⁵, а в ряде случаев (при установлении деловых отношений с клиентом, при совершении сделок на сумму свыше 15 тысяч евро, в случае наличия каких-либо сомнений или подозрений) идентификация и проверка клиентов является обязательной,
- воспреещение корреспондентских отношений с банками-оболочками¹⁶, равно как и с банками, которые открывают счета таким банкам.
- выполнение кредитными институтами информационных требований, суть которых состоит в предоставлении информации компетентным органам — либо по своей инициативе, когда у кредитного института имеются основания полагать, что транзакция связана с отмыванием денег, либо по запросу компетентных органов. Обязанность раскрытия информации компетентным органам увязывается директивой с запретом информировать соответствующего клиента о факте такого раскрытия¹⁷. Другим аспектом информационных требований является обязанность кредитных институтов хранить информацию о клиентах и транзакциях (по общему правилу, не менее пяти лет с даты прекращения отношения с клиентом или осуществления соответствующей транзакции)¹⁸.

Другим аспектом выполнения кредитными институтами публичных функций является противодействие уклонению от уплаты налогов. В этом аспекте в центре дискус-

¹⁵ Статья 9 Директивы 2005/60/ЕС.

¹⁶ Имеется в виду «shell bank», т.е. кредитный институт, который не имеет физического присутствия в каком-либо государстве.

¹⁷ Статья 28 Директивы 2005/60/ЕС.

¹⁸ Статья 30 Директивы 2005/60/ЕС.

сионного внимания оказалась Директива 2003/48/ЕС от 3 июня 2003 г. о налогообложении доходов по сбережениям в форме выплаты процентов. Данная директива требует автоматического сообщения компетентным властям, если речь шла о ситуации, когда проценты выплачиваются резиденту государства иного, чем то, в котором находится платежный агент. В этом случае банк обязан *автоматически* раскрыть информацию, касающуюся идентификации бенефициара, номер его счета, сумму выплаченных денежных средств¹⁹. Положения директивы породили многочисленные оценки ее положений как значительно подрывающих институт банковской тайны.

В контексте рассматриваемого вопроса — выполнение кредитными институтами публичных функций — интересна следующая динамика. Первоначально подход к банковской тайне состоял в том, что она априорно незыблема, и сведения, ее составляющие, подлежат раскрытию банком в виде исключения, причем (что особенно важно) банк традиционно должен был раскрывать сведения, составляющие банковскую тайну, не по своей инициативе, но по инициативе компетентных органов, когда закон (право) позволяют это потребовать. Затем у банка появляется обязанность раскрыть компетентным органам сведения, составляющие банковскую тайну, уже по своей инициативе, когда у банка существуют разумные предположения, что транзакция может иметь криминальный характер в свете анти-отмывочного законодательства.

Директива 2003/48/ЕС делает следующий шаг в этой динамике — на кредитные институты возлагается обязанность раскрывать сведения, составляющие банковскую тайну, не по требованию компетентных органов, и не просто по своей инициативе, но по своей инициативе независимо от того, существуют ли у кредитного института разумные основания предполагать какую-либо незаконность в транзакции/действиях клиента. Нас сейчас не интересует вопрос, насколько оправданы такие меры. Для нас в контексте рассматриваемого вопроса важно другое — логика этой динамики позволяет заключить, что выполнение публичной функции становится имманентной частью деятельности банка — не ответом банка на инициативу (запрос) органов, основной целью деятельности является выполнение публично-правовых функций, но именно составной частью деятельности кредитного института.

На первый взгляд, напрашивается вывод, что выполнение кредитными институтами публично-правовых функций — это роль, навязанная кредитным институтам извне, законодателем, как деятельность, не присущая кредитному институту как таковому, поскольку его цель состоит исключительно в получении прибыли, а не в выполнении публично-правовых задач. По нашему мнению, такой вывод был бы корректен по отношению к банковской деятельности в период капитализма эпохи свободной конкуренции, но с течением времени этот вывод все более расходится с реальностью банковской деятельности. Усиливающиеся тенденции взаимосвязи в мировой финансовой системе, роль финансовой системы в обществе подводит к необходимости иного взгляда на данный вопрос.

Кредитные институты являются частью банковской, шире — финансовой системы. Отсюда логично вытекает следующее заключение: поскольку кредитные институты являются частью банковской системы, для своей нормальной деятельности они должны преследовать не только цели, свойственные отдельно взятым институтам, но и цели, свойственные банковской системе в целом. Но цели, с которой банковские системы функционируют — как в отдельных государствах, так и в международном масштабе, — по своей природе являются прежде всего публично-правовыми. Данное высказывание для целей настоящей статьи может быть принято как аксиома. Отсюда и выполнение

¹⁹ Статья 8 Директивы 2003/48/ЕС.

кредитными институтами публично-правовых целей должно рассматриваться не как функция, не свойственная им по своей природе, но как функция, неотъемлемо присущая кредитному институту в современном понимании, которое теперь уже не может быть сведено к рассмотрению банка как коммерсанта, преследующего исключительно частную цель получения прибыли путем совершения кредитно-депозитных операций.

Особенность банковской деятельности в сравнении с целым рядом других видов предпринимательской деятельности состоит в том, что она не может осуществляться вне банковской системы. Отсюда можно заключить, что деятельность по поддержанию здоровья банковской системы, правопорядка в ней имманентно присуща банковской деятельности, поскольку без правопорядка в банковской системе цель получения прибыли не может быть достигнута. Другими словами, выполнение публичных функций — это не навязанная государством кредитному институту не свойственная ему имманентно функция, но как раз функция, имманентно присущая кредитному институту в силу особенностей банковского бизнеса как системного бизнеса.

Мы считаем возможным в связи с этим заключить, что тенденция подхода к понятию кредитного института в современном банковском праве состоит в том, чтобы рассматривать его не только как коммерческую организацию, бизнес которой состоит в приеме депозитов, предоставлении кредитов и выполнении иных банковских операций, но и как организацию, выполняющую публичные функции по поддержанию правопорядка в банковской системе. И соотношение этих составляющих в настоящее время таково, что оправдывает включение публичного аспекта в *само понятие* кредитного института (банка, кредитной организации). При этом *субъективно* эта имманентность выполнения публичных функций природе кредитного института кредитным институтом может и не осознаваться, но мы говорим об *объективной имманентности* — о том, как понимается кредитный институт современным законодателем. Такой законодательный подход оправдывает включение публично-правовых функций в понятие (и более того, мы даже не исключаем, что со временем и в определение) кредитного института. Другими словами, природа кредитного института в реалиях современного банковского права меняется. Зародившись как коммерсант, преследующий цель извлечения прибыли в ходе осуществления банковских операций, он наряду с этим становится агентом публичных органов, и эта роль в современных реалиях банковской деятельности для кредитного института становится столь же неизбежной, сколь естественно для него получение прибыли вследствие банковских операций.



Библиография

Директива 77/780/ЕЕС от 12 декабря 1977 г. о координации законов, постановлений и регулятивных положений, относящихся к учреждению и ведению бизнеса кредитных институтов // ОJ 1977, L322/30.

Директива 89/646/ЕЕС от 15 декабря 1989 г. о координации законов, постановлений и регулятивных положений, относящихся к учреждению и ведению бизнеса кредитных институтов и дополняющая Директиву 77/780/ЕЕС // ОJ L 386, 30.12.1989. Р. 1–13.

Директива 2013/36/ЕС от 26 июня 2013 г. о доступе к деятельности кредитных институтов и пруденциальном надзоре за кредитными институтами и инвестиционными фирмами, изменяющая и дополняющая Директиву 2002/87/ЕС и отменяющая директивы 2006/48/ЕС и 2006/49/ЕС // ОJ L 27/06/2013 176/338-436.

Директива 2005/60/ЕС от 26 октября 2005 г. о предотвращении использования финансовой системы для целей отмывания денег и финансирования терроризма // ОJ L 309, 25.11.2005. Р. 15–36.

Директива 2003/48/ЕС от 3 июня 2003 г. о налогообложении доходов по сбережениям в форме выплаты процентов // ОJ L 309, 25.11.2005. Р. 15–36.

- Денежный и финансовый кодекс Франции // Journal officiel de la Republique France. 8 juin 2013.
- Закон ФРГ о банковской деятельности // BGBl. I S.2776.
- Закон Великобритании о финансовых услугах и рынках 2000 г // <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/8/contents>
- Приказ о регулируемых видах деятельности 2001 г (Великобритания) // <http://www.legislation.gov.uk/uksi/2001/544/contents/made>
- Королевский законодательный декрет 1298/1986 (Испания) // <http://www.bde.es/f/webbde/SJU/normativa/eng/ficheros/en/rd124595.pdf>
- Закон 26/1988 (Испания) // <http://www.bde.es/f/webbde/SJU/normativa/eng/ficheros/en/l2688.pdf>
- Декрет-закон Португалии № 298/92 // http://www.bportugal.pt/SiteCollectionDocuments/rjicsf_e.pdf
- Закон Швеции о банковском и финансовом бизнесе (2004:297) // <http://www.notisum.se/rnp/sls/lag/20040297.htm>
- High-level Expert Group on Reforming the Structure of the EU Banking Sector. Cyared by Erkki Liikanen. Final Report. Brussels, October 2, 2012 // http://ec.europa.eu/internal_market/bank/docs/high-level_expert_group/report_en.pdf
- European Central Bank. Bank Structural Reform — Position of the Eurosystem on the Comission's Consultation Document // http://www.ecb.int/pub/pdf/other/120128_eurosystem_contributionen.pdf
-

Concept of Credit Institution in the Modern Foreign Banking Law: Traditions and New Tendencies



Alexander Vishnevskiy

Professor, PhD (Law), Department of Entrepreneurial Law, Faculty of Law, National Research University «Higher School of Economics». Address: National Research University «Higher School of Economics», 20 Myasnitskaya str., Moscow, 101000, Russian Federation. E-mail: aavishnevsky@gmail.com



Abstract

The article analyzes the tendencies of the last decade as to approaches to the status of credit institutions in the banking law of foreign countries. The status of credit institutions is being studied in the following aspects: approaches to the concept of a credit institution — i.e. institutional and functional functioning in different legal systems — the continental one, including EU banking law, and Anglo-Saxon system; legal capacity of a credit institution. The examples shown confirm the thesis on a special legal capacity of a credit institution and legal patterns ensuring this special legal capacity of a credit institution. The latest post-crisis legislation is analyzed as the one aimed at involuntary restricted specialization of credit institutions — the division of the regular banking activity and risky operations among various legal persons subject to banking regulation and supervision; observing professional standards, i.e. the best practice as to the cooperation with the clients of different legal nature in various legal systems (presupposed terms and conditions between the bank and the client in the UK, judicial supervision of standard requirements in Germany); implementation of public law functions supporting the conclusion on the changed nature of banking. Credit institution serves as an entrepreneur interested in earning profit and the institution performing public functions in the banking system. Credit institutions perform these functions in addition to earning profit — however performing public law functions is considered as the function imposed but immanent for banking as entrepreneurship of a credit institution is carried out in the financial area which serves to perform public functions by nature in modern society.



Keywords

credit institution, EU banking law, banking law of European countries, public functions of credit institutions, counteracting tax evasion, counteracting money laundering.



References

- (1977) Directive 77/780/EEC of 12 December 1977 on the coordination of the laws, regulations and administrative provisions relating to the taking up and pursuit of the business of credit institutions. OJ, L322/30.
- (1989) Second Council Directive 89/646/EEC of 15 December 1989 on the coordination of laws, regulations and administrative provisions relating to the taking up and pursuit of the business of credit institutions and amending Directive 77/780/EEC// OJL 386, 30.12.1989. P 1–13.
- Directive 2013/36/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on access to the activity of credit institutions and the prudential supervision of credit institutions and investment firms, amending Directive 2002/87/EC and repealing Directives 2006/48/EC and 2006/49/EC OJL 27/06/2013 176/338-436.
- (2005) Directive 2005/60/EC of the European Parliament and of the Council of 26 October 2005 on the prevention of the use of the financial system for the purpose of money laundering and terrorist financing OJL 309, 25.11.2005. P. 15–36.
- (2005) Council Directive 2003/48/EC of 3 June 2003 on taxation of savings income in the form of interest payments. OJL 309, 25.11.2005. P. 15–36.
- (2013) Money and Financial Code of France. Journal officiel de la Republique France. Gesetz uber das Kreditwesen. BGBl. I S.2776.

Financial Services and Markets Act 2000. Available at: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/8/contents> (accessed 10 November 2013).

The Financial Services and Markets Act 2000 (Regulated Activities) Order 2001. Available at: <http://www.legislation.gov.uk/uksi/2001/544/contents/made> (accessed 10 November 2013).

Royal Legislative Decree 1298/1986 of 28 June 1986. Available at:

<http://www.bde.es/ff/webbde/SJU/normativa/eng/ficheros/en/rd124595.pdf> (accessed 10 November 2013).

Law 26/1988(Spain). Available at: <http://www.bde.es/ff/webbde/SJU/normativa/eng/ficheros/en/l2688.pdf> (accessed 10 November 2013).

Decreto-Lei no 298/92 (Portugal).

Available at: <http://www.bportugal.pt/SiteCollectionDocuments/rgicse.pdf>

Lag (2004:297) om bank- och finansieringsr relse. Available at:

<http://www.notisum.se/mp/sls/lag/20040297.htm> (accessed 10 November 2013).

High-level Expert Group on reforming the structure of the EU banking sector. Cyared by ErkkiLiikanen. Final Report. Brussels, October 2, 2012. Available at: http://ec.europa.eu/internal_market/bank/docs/high-level_expert_group/report_en.pdf (accessed 10 November 2013).

European Central Bank. Bank Structural Reform — Position of the Eurosystem on the Commission's Consultation Document. Available at: http://www.ecb.int/pub/pdf/other/120128_eurosystem_contributionen.pdf (accessed 10 November 2013).