

На правах рукописи

Вишневский Александр Александрович

**«СОВРЕМЕННЫЕ ТЕНДЕНЦИИ РАЗВИТИЯ
СТРУКТУРООБРАЗУЮЩИХ ИНСТИТУТОВ
БАНКОВСКОГО ПРАВА:
СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВОЕ ИССЛЕДОВАНИЕ»**

Специальность 12.00.03 - гражданское право;

предпринимательское право;

международное частное право;

семейное право.

Автореферат

диссертации на соискание ученой степени

доктора юридических наук



Москва – 2014 год

Диссертация выполнена в Федеральном государственном автономном образовательном учреждении профессионального образования «Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики».

Научный консультант: **Олейник Оксана Михайловна**
доктор юридических наук, профессор, заведующая кафедрой предпринимательского права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики»

Официальные оппоненты: **Гаджиев Гадис Абдуллаевич**
доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист Российской Федерации, судья конституционного Суда Российской Федерации

Пугинский Борис Иванович
доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист Российской Федерации, профессор кафедры коммерческого права и основ правоведения юридического факультета МГУ им.М.В.Ломоносова

Турбанов Александр Владимирович,
доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой «Регулирование финансово-кредитной деятельности» Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации

Ведущая организация: Федеральное государственное научно-исследовательское учреждение «Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации»

Защита состоится 23 апреля 2015 года в 13. 00 на заседании диссертационного совета Д 504.001.15 в Федеральном государственном бюджетном образовательном учреждении высшего профессионального образования «Российская академия народного хозяйства и государственной службы при президенте Российской Федерации» по адресу: 119571 Москва, проспект Вернадского, д.82-84, учебный корпус 1, ауд. 2312.

С диссертацией и авторефератом можно ознакомиться в библиотеке Российской академия народного хозяйства и государственной службы при президенте Российской Федерации и на сайте: <http://www.ranepa.ru/about-the-academy/doctorate/the-thesis-for-defence.html>.

Автореферат разослан _____.

Ученый секретарь
диссертационного совета



Зайцев Владимир Васильевич

Актуальность темы диссертационного исследования. Актуальность настоящего исследования продиктована прежде всего процессами, объективно происходящими в банковской сфере в современном мире. В значительной степени эти процессы обусловлены явлением, получившим название «глобализация», одной из последствий которого является исчезновение национальных границ, что ведет к интеграции мировой экономики¹. Применительно к сфере банковских и финансовых услуг одним из «потрясающих измерений экономической глобализации является беспрецедентная интеграция финансовых рынков и мобильности финансового капитала»².

Естественно, что интеграция финансовых рынков влечет за собой и процессы конвергенции в сфере банковского права, в силу чего прежде различные системы банковского права все более приобретают сходные черты. Наиболее отчетливо в настоящее время данный процесс проявляется в сфере гармонизации банковского права Европейского Союза – этот процесс к настоящему времени не сводится только к достижению «одинаковости» в банковском праве различных государств-членов, но подошел к этапу создания Европейского банковского союза³, что предполагает единую для ЕС систему регулятивных правил (rule-book) с единым регулятором в лице Европейского центрального банка, единую систему страхования банковских вкладов и единую систему «резолуции» (т.е. реструктуризации и ликвидации) проблемных банков.

Это позволяет говорить о том, что гармонизация банковского права различных государств является наиболее вероятной перспективой дальнейшего развития банковского права. Столь же очевидно, что ни одна правовая система не может послужить единственным фундаментом такой гармонизации, поскольку банковское право в различных странах формировалось в особых исторических условиях, приобретая характеристики, свойственные соответствующей правовой семье или даже отдельному государству, что затрудняет их прямое заимствование другими правовыми системами. Из этого следует, что наиболее реалистичным вариантом гармонизации является формирование «нового» банковского права на основаниях, с одной стороны, принципиально иных в сравнении с традиционным банковским правом, а с другой — с учетом наработанного опыта регулирования банковской сферы.

Отмеченные процессы приводят к тому, что в развитии современного банковского

¹ *World Bank*. Entering the 21st Century. World Development Report 1999/2000. P.2.

² *Dragomir L.* European Prudential Banking Regulation and Supervision: The legal dimension. London/NY: Routledge, 2010. P.11.

³ К настоящему времени этот процесс находится на этапе реализации, но еще не завершен.

права наступил этап, характеризующийся сменой ряда традиционных парадигм банковского права, что проявляется в содержании правового регулирования его основополагающих институтов.

В связи с этим острую актуальность приобретает исследование фундаментальных процессов, происходящих в современном банковском праве, как с целью уяснения тенденций его развития, так и с целью учета этих тенденций и использования мирового опыта для оптимального развития банковского права Российской Федерации.

Степень научной разработанности диссертационного исследования. Несмотря на бесспорную актуальность исследуемых процессов, ни в российской, ни даже в зарубежной литературе не существует по-настоящему комплексного исследования, предметом рассмотрения которого являлись бы указанные процессы, рассмотренные в структуре современного банковского права. В настоящее время можно отметить целый ряд интересных, глубоких исследований, которые, тем не менее, ограничены какой-либо отдельной сферой банковского права, но при этом не ставят целью рассмотреть структурообразующие институты современного банковского права в целом.

Так, существуют исследования (пожалуй, эта группа наиболее многочисленна), посвященные банковскому регулированию и надзору. Из зарубежных новейших исследований на эту тему можно отметить работу Л. Драгомир⁴, в отечественной науке эти вопросы исследовались Д. Калантырским⁵, С. Голубевым⁶.

Процессы гармонизации современного банковского права исследовались применительно к праву Европейского Союза, акцентируя внимание на содержании директив ЕС по вопросам банковского права и их имплементации в национальном банковском праве государств-членов⁷.

Значительный вклад в изучение современного зарубежного банковского права в отечественной науке внесли работы Н.Ю. Ерпылевой⁸, которые по своему содержанию имеют более комплексный характер в смысле набора институтов банковского права, входящих в предмет исследования.

Большинство современных зарубежных работ по банковскому праву продолжает

4 *Dragomir L.* European Prudential Banking Regulation and Supervision: The legal dimension. London/NY: Routledge, 2010.

5 *Калантырский Д.Я.* Правовое регулирование банковского надзора в Европейском Союзе и России (сравнительно-правовое исследование): Дис. ... канд. юрид. наук. 12.00.14. М., 2002.

6 *Голубев С.А.* Правовое регулирование государственного управления банковской системой в Российской Федерации и в зарубежных странах: сравнительно-правовой анализ: Дисс. ... докт. юрид. наук. 12.00.14. М., 2004.

7 *Dassesse M., Stuart I. Graham P.* EC Banking Law. Lloyd's of London Press, 1994; European Banking and Financial Services Law. Kluwer Law International, 2004.

8 *Ерпылева Н.Ю.* Международное банковское право. М.: Издательство «ДЕЛО», 2004.

характеризоваться национальным характером, рассматривая прежде всего право соответствующей страны, в том числе и с учетом международного (общеевропейского) развития национального банковского права⁹.

Таким образом, налицо ситуация, когда существуют исследования, посвященные отдельным вопросам и сферам банковского права, но при этом *отсутствует комплексное сравнительно-правовое исследование*, вскрывающее основные, глубинные закономерности развития современного банковского права. Особым пробелом продолжает оставаться сфера банковско-клиентских отношений — большинство исследований посвящено сфере банковского регулирования, а вопросы частного банковского права, несмотря на их важность для формирования современного банковского права, исследовались преимущественно только применительно к отдельным странам. В качестве исключения (чуть ли не единственного) можно отметить сравнительно-правовое исследование под редакцией Р.Кранстона¹⁰, однако и в данном случае мы имеем сборник статей, посвященных отдельным странам, а не сравнительно-правовое исследование институтов банковского права.

На основании изложенного можно констатировать отсутствие адекватного уровня научной разработанности вопросов настоящего диссертационного исследования.

Цель и задачи диссертационного исследования. Цель диссертационного исследования состоит в установлении тенденций развития структурообразующих институтов современного банковского права и выявлении закономерностей данного процесса, которые могут оказать решающее воздействие на развитие банковского права Российской Федерации.

Задачами диссертационного исследования являются:

- выяснить, в каком направлении развивается процесс взаимодействия частного-правовых и публично-правовых начал в регулировании банковской деятельности;
- определить характер и изменение природы кредитного института на современном этапе развития банковской деятельности и банковского права;
- определить характер и содержание института клиента банка в современном банковском праве;
- определить различные категории клиентов кредитных институтов соответственно уровню (балансу) диспропорции в банковско-клиентских отношениях применительно к

9 Cranston R. Principles of Banking Law. Oxford, 1997; Ellinger E.P., Lomnicka E., Hooley R.J.A. Ellinger's Modern Banking Law. Oxford, 2006; Wadsley J., Penn G.A. The Law Relating to Domestic Banking. L., 2000; Гавальда К., Стуфле Ж. Банковское право. М., 1996.

10 European Banking Law: The Banker-Customer Relationship. Ed. By R.Cranston. London: Lloyd's of London Press, 1993. Более новое издание вышло в 1999 г.

различным категориям физических и юридических лиц;

– определить подходы к общегражданскому принципу добросовестности, применимые к сфере банковско-клиентских отношений;

– определить оптимальный подход к регулированию банковской деятельности с учетом ее динамичного характера и неадекватностью традиционных (законодательных) способов ее регулирования, в том числе условия эффективности использования «мягкого права»;

– определить предмет банковского регулирования и надзора в условиях современного уровня развития банковско-клиентских отношений;

– определить характеристики оптимальной модели института регулятора банковской деятельности на современном этапе развития рынка финансовых услуг;

– определить структуру функционального института банковского права в свете логики банковского права как подотрасли частного права;

– определить тенденции развития предметного и риск-оптимизирующего элементов функциональных институтов банковского права в современных условиях;

– определить принципиальные основы правового регулирования платежных услуг в современном банковском праве;

– определить правила, применимые к договорам кредитных институтов и их клиентов, в том числе в части императивного содержания таких договоров, применимости к ним конструкции публичного договора;

– определить оптимальные (наиболее эффективные) средства разрешения споров и снижения процессуальной диспропорции в банковско-клиентских отношениях на современном этапе.

Объектом исследования выступают общественные отношения, складывающиеся в ходе осуществления предпринимательской деятельности и выполнения публичных, в том числе регулятивных функций в банковской сфере современного общества. При этом объект исследования ограничен структурообразующими институтами современного банковского права, к которым относятся кредитный институт, клиент банка, регулятор, прием депозитов, банковское кредитование, банковские расчеты. Автор придерживается предложенного ранее в отечественной доктрине (Олейник О.М.) деления данных институтов на статусные (кредитный институт, регулятор, а также, по мнению автора, клиент) и функциональные (прием депозитов, банковское кредитование, расчеты).

Предмет настоящего исследования состоит из доктринального, нормативного, правоприменительного элементов. К доктринальному элементу относятся сведения,

мнения, концепции, высказанные современными учеными по вопросам современного банковского права и банковско-клиентских отношений; к нормативному элементу относятся правовые нормы и судебные прецеденты банковского права Европейского Союза, отдельных (ведущих) европейских стран, Российской Федерации; к правоприменительному элементу относятся судебные акты и проблемы, вскрытые в ходе применения норм банковского права и решения правовых проблем, возникающих в ходе банковской деятельности и банковско-клиентских отношений. Предмет настоящего исследования ограничивается сравнительно-правовым анализом банковского права Европейского Союза, отдельных стран Западной Европы и Российской Федерации – такой страновой подбор достаточен для решения целей и задач настоящего исследования и введение в предмет исследования права других стран привело бы к неоправданному увеличению объема работы.

Методологическая основа диссертационного исследования представляет собой совокупность научных методов и приемов исследования явлений и процессов. В ходе проведения диссертационного исследования применялись диалектический, конкретно-исторический, сравнительно-правовой, формально-юридический, структурно-функциональный методы исследования.

Теоретическая основа исследования. При написании работы были использованы основные теоретические исследования отечественных и зарубежных специалистов, посвященные вопросам теории и отдельных институтов банковского права в пределах, определяемых предметом, целями и задачами настоящего диссертационного исследования. В числе авторов, работы составили теоретическую основу исследования, следует отметить Алексева С.С., Алексеевой Д.Г., Белова В.А., Викулина А.Ю., Витрянского В.В., Гаврилова Э.П., Гаджиева Г.А., Гейвандова А.А., Голубева С.А., Ерпылеву Н.Ю., Ефимову Л.Г., Ишлек Н.М., Курбатова А.Я., Миронова В.Ю., Новоселову Л.А., Олейник О.М., Пугинского Б.И., Пыхтина С.В., Суханова Е.А., Топорнина Б.Н., Тосуняна Г.А., Турбанова А.В., Усоскина В.М., Чиркова А.В., Шаповалова М.А., Шершеневича Г.Ф., Боллена Р., Водсли Дж., Гавальда К., Дассессе М., Драгомир Л., Исаака С., Кранстона Р., Пенна Г., Стуфле Ж., Хорна Н., Эллингера Э.П., и др.

Научная новизна. В настоящем диссертационном исследовании впервые в науке гражданского права проведен комплексный сравнительно-правовой анализ структурообразующих институтов современного банковского права. В результате такого научного исследования была решена крупная научная проблема, что выразилось в раскрытии принципиальных оснований изменяющейся парадигмы современного

банковского права, тенденций развития структурообразующих институтов современного банковского права и определении основных положений, которые следует учесть в развитии банковского права Российской Федерации.

На защиту выносятся следующие положения.

1. Лежащее в основе развития банковского права противоречие между изначально частно-правовым характером банковского бизнеса и банковских услуг, с одной стороны, и публичным значением банковской (финансовой) сферы – с другой, на современном этапе реализуется в виде тенденции «публицизации» банковского права, вследствие которой усиливается публично-правовое регулирование даже традиционно частно-правовых аспектов банковской деятельности.
2. На современном этапе развития банковского права происходит изменение природы кредитного института: из коммерсанта, преследующего цель извлечения прибыли в банковской сфере, он трансформируется в институт, органично (не искусственно навязанным образом) соединяющий, с одной стороны, частно-правовой интерес получения прибыли, а с другой – публично-правовой интерес функционирования банковской системы для удовлетворения публичных интересов государства и общества и недопущения использования банковской системы в противоправных целях.
3. На современном этапе развития банковского права происходит формирование клиента банка как статусного института банковского права, обладающего относительно устойчивым набором прав и обязанностей, относительно независимым от прав и обязанностей клиента как стороны конкретного договора с банком, включая:
 - право клиента на адекватное информирование как основа снижения информационной диспропорции в банковско-клиентских отношениях,
 - специальные правила о договорах с клиентом, направленные на снижение договорной диспропорции в банковско-клиентских отношениях,
 - приоритет интересов клиента в случае конфликта интересов,

- эффективная система внесудебного рассмотрения споров как основа снижения процессуальной диспропорции в банковско-клиентских отношениях)
 - принцип ответственного поведения клиента.
4. Задачей формирующегося статуса клиента должно являться достижение баланса интересов банка и клиента, но не искажение существующей в настоящее время информационной, договорной и процессуальной диспропорции в банковско-клиентских отношениях путем смещения этой диспропорции в сторону интересов клиента. Достижение указанного баланса возможно при учете комплекса следующих факторов:
- действительной необходимости защиты интереса клиента как слабой стороны,
 - предоставления клиенту возможности совершать рискованные сделки при условии адекватной информированности об их последствиях,
 - интересов банковской системы в целом, без учета которых интересы клиента банка не могут считаться должным образом защищенными.
5. Содержание статусного института клиента банка различается применительно к различным категориям клиентов. В современных условиях проявилась недостаточность деления клиентов банка только на организации и граждан и необходимость выделения следующих категорий клиентов:
- коммерческие организации,
 - физические лица-профессионалы,
 - некоммерческие организации и малый бизнес,
 - потребители.
- При этом указанный подход не должен распространяться на базисные банковские услуги, предоставляемые физическим лицам.
6. Общегражданский принцип добросовестности требует конкретизации и разумного ограничения в банковском праве применительно к банковско-клиентским отношениям, в том числе с целью недопущения непредсказуемости разрешения спорных ситуаций судебными органами.

В отношениях с клиентами-потребителями (и приравненными к ним) основным назначением данного принципа является недопущение недобросовестного поведения банка в отношении клиента. Оптимальным способом конкретизации данного принципа является принятие кодексов добросовестной («лучшей») банковской практики (учитывающих принципиальные основания статуса клиента как в части его прав, так и обязанностей) с приданием таким кодексам обязывающей силы средствами, характерными для соответствующей национальной правовой системы.

В отношениях с клиентами – коммерческими организациями (и приравненными к ним) основным назначением данного принципа является недопущение недобросовестного поведения клиента. Оптимальное содержание данного ограничения – невозможность клиента воспользоваться выгодами при доказанности факта соответствующего злоупотребления и осведомленности клиента о таком факте

7. Современный этап развития банковского законодательства обнаружил противоречие между инновационным и динамичным характером банковской деятельности, с одной стороны, и неадекватностью традиционных законодательных способов ее регулирования, с другой. В связи с этим существует объективная необходимость изменения подхода к регулированию банковской деятельности на основе оптимального – для каждой отдельно взятой правовой системы – соотношения регулирования, основанного на принципах, и регулирования, основанного на нормах, в том числе использования средств мягкого права.
8. Современный этап развития банковского регулирования и надзора характеризуется качественным расширением сферы регулирования и надзора, которая уже не может ограничиться традиционным пруденциальным регулированием (и соответствующим надзором), но включает в себя поведенческий аспект банковской деятельности. Эта тенденция проявляется как в функциональном (закрепление на законодательном и регулятивном уровне соответствующих правил), так и в институциональном (создание специализированных органов либо придание существующему регулятору соответствующих полномочий) аспектах.

Данное явление является признанием в сфере банковского регулирования и надзора процесса формирования института клиента как статусного института банковского права, вследствие чего интересы клиента становятся непосредственным объектом банковского регулирования и надзора, в отличие от прежней ситуации, когда интересы клиента преследовались опосредованно – через обеспечение регулятивно-надзорными методами финансовой устойчивости кредитного института.

9. Институт регулятора в современном банковском праве требует построения на основе интегрированного подхода, что означает:

- a. интегрированное (посредством единого регулятора) регулирование всех трех основных сегментов финансового рынка (банковского, ценных бумаг и страхования),
- b. интеграция традиционного (пруденциального) и поведенческого регулирования банковской деятельности,
- c. интеграция макропруденциального и микропруденциального регулирования путем вовлечения центрального банка в регулятивно-надзорную деятельность.

10. Эффективность использования «мягкого права» и соотношение «принципиального» и «нормативного» регулирования (в свете решения вопроса об оптимальном подходе к регулированию банковской деятельности с учетом ее динамичного и инновационного характера) требует отказа от жесткого закрепления полномочий регулятора с предоставлением ему права принятия решений на основе профессионального суждения в контексте оптимального соотношения регулирования, основанного на правилах, и одной стороны, и на принципах – с другой.

При этом свобода усмотрения регулятора должна уравновешиваться эффективной возможностью оспаривания его решений, что может быть достигнуто с использованием таких средств, как:

- специализированные (экспертные) органы рассмотрения споров,

- презумпция правильности решения регулятора, базирующегося на правилах, с возложением на регулятора бремени доказывания правильности решения, если решение регулятора принято на основе принципов.

11. Эффективность регулирования банковской деятельности с использованием инновационных методов (в т.ч. регулирования, основанного на оптимальном соотношении «принципов и правил», «мягкого права», регулирования поведенческих аспектов деятельности кредитного института) приводит к выдвиганию на первый план *комплаенса* кредитного института как критерия выполнения им регулятивных и законодательных требований, взамен формального выполнения законодательных норм и регулятивных предписаний количественного характера.

12. Современный этап развития банковско-клиентских отношений обнаружил неэффективность разрешения споров банка и клиента-потребителя традиционными судебными методами, равно как и разрешение конфликтных ситуаций при игнорировании интересов противоположной стороны. Оптимальным средством разрешения споров банка и клиента-потребителя является институт финансового омбудсмана, который может эффективно выполнить свою роль при условии:

- закрепления в законодательстве обязывающей силы решения омбудсмана и эффективной процедуры его исполнения;
- установления обязательности досудебных процедур, направленных на поиск реалистичных средств выполнения клиентом обязательств перед банком с учетом изменившейся финансовой ситуации клиента,
- признания за клиентом-потребителем права обращения к омбудсмену, независимо от договорных положений, предусматривающих иное.

13. Основные функциональные структурообразующие институты банковского права – прием вкладов и банковское кредитование – обнаруживают трехзвенную структуру, состоящую из статусного, предметного (содержательного) и риск-оптимизирующего элементов.

В силу статусного элемента вовлеченные в соответствующую банковскую сделку стороны должны либо изначально располагать требуемым статусом, либо

приобретают его в ходе осуществления такой операции, и осуществление деятельности по предоставлению соответствующей банковской услуги должно происходить таким образом, который не является несовместимым со статусом вовлеченных субъектов.

Предметный (содержательный) элемент представляет собой соответствующую гражданско-правовую сделку и регулируется путем установления императивных и диспозитивных правил, направленных на устранение информационной и договорной диспропорции с учетом особенностей сторон соответствующей сделки как статусных институтов современного банковского права.

Риск-оптимизирующий элемент представляет собой правовые инструменты, направленные на снижение рисков, характерных для соответствующего функционального института (система страхования вкладов, правила о кредитных рейтинговых агентствах, специальные банковско-правовые требования к обеспечению).

14. Эффективное правовое регулирование функциональных институтов банковского права возможно только с учетом взаимозависимости и взаимодействия всех трех элементов – статусного, предметного и риск-оптимизирующего. Это взаимодействие проявляется как свобода договора в той степени, в которой она может быть реализована во взаимодействии со статусным и риск-оптимизирующим элементами функционального института.
15. Эффективность применения конструкции публичного договора к сфере банковских услуг в отношениях с клиентами-потребителями обусловлена правом регулятора устанавливать обязательные типовые формы договоров, оформляющих соответствующие услуги, а также обязанностью регулятора по предоставлению информации о таких банковских услугах на официальном сайте в сравнимом виде.
16. Основу правового регулирования платежных услуг в современном банковском праве в отношениях с клиентами-потребителями составляет:

- установление правил адекватного и полного информирования клиента о платежной услуге и ее последствиях как для инициатора, так и для получателя платежа,
- введение счета базисных банковских услуг, отвечающего следующим характеристикам:
 - i. договор счета базисных банковских услуг является публичным договором (с возможностью регулятора устанавливать типовую форму такого договора),
 - ii. возможность открытия такого счета любым лицом, независимо от его кредитной истории,
 - iii. возможность совершения по такому счету только операций по зачислению средств на счет и осуществления переводов в пределах остатка средств на счете (с возможностью получения дебетовой карты).

17. Эффективность риск-оптимизации в современном банковском праве определяется учетом интересов банка и клиента не только как противопоставленных друг другу субъектов в рамках отдельно взятого вида правоотношения, но и их интересов в контексте стабильности и устойчивости банковской системы в целом (вследствие признания того, что в системном – банковском – бизнесе риски одной стороны влекут неблагоприятные последствия как для другой, так и для банковской системы в целом).

Теоретическая значимость диссертационного исследования. Теоретическая значимость проведенного диссертационного значения обуславливается тем, что научные положения, обоснованные в диссертации, представляют ценность и востребованы при осуществлении дальнейших исследований в сфере науки предпринимательского права, гражданского права. Диссертантом обоснованы положения, относящиеся к основополагающим категориям теории банковского права. Сделанные в диссертации выводы и проведенный анализ может быть использован в научных исследованиях в сфере банковского права и права финансовых услуг, при написании монографий, подготовке учебников и учебных пособий, а также в преподавании курсов российского и зарубежного (сравнительного) банковского права в юридических и экономических высших учебных заведениях.

Практическая значимость и апробация результатов диссертационного исследования. Научные положения, обоснованные в диссертации, могут быть использованы как при совершенствовании действующего банковского законодательства Российской Федерации, так и при построении новой целостной системы банковского права. Сделанные в диссертации научные выводы могут послужить основой для предложения по совершенствованию банковского законодательства Российской Федерации. Эти выводы также могут быть использованы для дальнейших научных исследований в сфере банковского права и права финансовых услуг, при написании монографий, подготовке учебников и учебных пособий, а также в преподавании курсов российского и зарубежного (сравнительного) банковского права в юридических и экономических высших учебных заведениях.

В ходе проводимого исследования формулировались предложения по совершенствованию банковского законодательства Российской Федерации с учетом позитивного зарубежного опыта в этой сфере и с учетом процессов, происходящих в современной банковской системе Российской Федерации.

Диссертация была подвергнута рецензированию и обсуждению на кафедре предпринимательского права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики». Основные положения диссертации нашли отражение в опубликованных автором работах (книгах и научных статьях) по вопросам российского, зарубежного и сравнительного банковского права. Общий объем опубликованных работ автора по теме диссертации составляет 175 авторских листов (список опубликованных работ приведен в конце автореферата).

Результаты диссертационного исследования содержатся и в читаемых автором курсах «Сравнительное банковское право», «Сравнительное вексельное право», «Сравнительное предпринимательское право», «Правовое регулирование банковского сектора экономики России» на факультете предпринимательского права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» и в Финансовом Университете при Правительстве Российской Федерации.

Нормативные акты и иные официальные документы приведены в диссертации по состоянию на 1 сентября 2014 г.

Краткое содержание работы

Диссертация состоит из введения, двух разделов, разделенных на шесть глав

(посвященных статусным и функциональным системообразующим институтам современного банковского права), заключения и библиографического отдела.

Во **введении** обосновывается актуальность избранной темы, определяется предмет исследования, формулируются его цели и задачи, указываются теоретическая и методологическая основа исследования, дается характеристика научной новизны и практической значимости, излагаются положения, выносимые на защиту, приводятся сведения об апробации результатов проведенного исследования.

Первый раздел «Статусные структурообразующие институты современного банковского права» рассматривает тенденции современного развития статусных структурообразующих институтов современного банковского права, к числу которых относятся кредитный институт, клиент банка, регулятор.

Первая глава «Кредитный институт как статусный институт современного банковского права» рассматривает основные тенденции, характеризующие правовую природу кредитного института.

В банковском праве существует два подхода к определению кредитного института – институциональный и функциональный. Первый из них, характерный для стран ЕС, содержит именно определение кредитного института как предприятия, вовлеченного в бизнес по приему депозитов от неопределенного круга лиц и предоставлению кредитов; при институциональном подходе указанное определение дополняется перечнем разрешенных кредитному институту банковских операций. По такой же двузвенной структуре строится определение кредитной организации в банковском праве Российской Федерации. Второй подход получил название функционального, при котором отсутствует собственно определение кредитного института, вместо этого законодатель определяет виды деятельности, подлежащей специальному режиму регулирования, оставляя за скобками вопрос об определении института, который этими видами деятельности занимается. Этот подход воплощен в банковском праве Великобритании. При своих стилистических различиях как институциональный, так и функциональный подход являются различными способами решения одной и той же задачи – определить, какого рода деятельность подлежит режиму специального регулирования (в том числе лицензирования и надзора) в качестве банковской деятельности.

Содержание нормативных положений банковского права различных стран позволяет заключить, что правовой статус кредитного института может быть охарактеризован по следующим параметрам: правоспособность, соответствие требованиям к собственникам, соответствие требованиям к управлению, разрешительный порядок деятельности,

соответствие профессиональным стандартам, выполнение публичных функций.

В отношении правоспособности кредитного института современное банковское право определенно склоняется к режиму специальной, а в ряде случаев принудительно-специализированной правоспособности кредитного института. Банковское законодательство европейских государств либо прямо закрепляет специальную правоспособность кредитного института в виде перечисленного в законе перечня банковских и связанных с ними операций (Испания, Португалия), при этом могут быть закреплены дополнительные конструкции, обеспечивающие специальную правоспособность (например, законодательство Швеции воспрещает банкам располагать собственностью, которая не может быть непосредственно использована для осуществления банковской деятельности), либо наряду с этим устанавливает условия, при которых возможен выход за пределы специальной правоспособности (так, законодательство Франции допускает для банков занятие иными видами деятельности только в случаях, установленных Министерством экономики, и в пределах, которые не приводят к искажению конкуренции на соответствующем рынке).

Развитие банковского права в посткризисный период ознаменовалось такой новеллой, как возможность введения принудительно-специализированной правоспособности кредитного института. Суть данного подхода состоит в том, чтобы сосредоточить в различных юридических лицах (каждое из которых находится в сфере контроля регулятора банковской системы), с одной стороны, традиционные виды банковской деятельности (прежде всего прием депозитов), а с другой – наиболее рискованные виды деятельности в сфере рынка ценных бумаг, в которые банк вовлечен в качестве финансового института (собственные торговые операции в отличие от клиентских). Когда наиболее рискованные операции начинают превышать определенный уровень в общем размере доходов банка, это создает дополнительные риски для его финансовой устойчивости и как следствие – для выполнения своих обязательств перед вкладчиками. В связи с этим в докладе группы экспертов под председательством главы Центрального банка Финляндии Л.Лиикканена прозвучало предложение по разделению традиционно-банковских и особо рискованных операций между различными юридическими лицами – этот подход уже законодательно закреплен в банковском праве Франции, а в банковском законодательстве Германии существует (в настоящее время) в виде законопроекта, при этом конкретные условия, при возникновении которых такая принудительная специализация возможна, устанавливается более специализированными нормативными актами. Мы полагаем целесообразным введение аналогичной конструкции в банковское

законодательство Российской Федерации для случаев, когда риск-профиль банка (вследствие собственных торговых операций) создает потенциальную угрозу невыполнения им своих обязательств перед вкладчиками и кредиторами. Идентификация ситуации, когда такое разделение целесообразно, должно находиться в сфере профессионального усмотрения регулятора.

В части соответствия требованиям к собственниками кредитного института нормы современного банковского права преследуют в качестве основной цели недопущение ситуации, когда качества участников кредитного института (в том числе их репутация), могут создать препятствия для «здорового» (sound) управления кредитным институтом и эффективного осуществления банковского регулирования и надзора. В связи с этим банковское право предоставляет свободу усмотрения регулятору при решении вопроса о приемлемости тех или иных лиц в качестве собственников акций (долей участия) кредитного института, как на этапе его создания, так и в ходе последующего приобретения (отчуждения) акций (долей) кредитного института. Степень такой свободы различна в различных странах (наибольший ее уровень характерен для банковского права Англии), при этом современное банковское право отошло от закрепления исчерпывающего перечня оснований, при наличии которых потенциальный приобретатель (учредитель) кредитного института может быть не одобрен регулятором. Последние изменения в российском банковском праве расширили перечень оснований, по которым регулятор вправе отказать в приобретении участия (регистрации) кредитной организации, но при этом перечень все же остается закрытым.

В части соответствия требованиям к управлению кредитным институтом современное банковское право содержит разработанную систему требований к менеджерам и системам управления. Менеджеры, помимо репутационных требований, должны удовлетворять критериям компетентности. Устанавливая критерии такой компетентности (образование, опыт работы), банковское право не ограничивается «автоматическим» признанием компетентности при наличии образования и опыта, но в ряде случаев только *презюмирует* компетентность при наличии таких условий, оставляя последнее слово за регулятором.

Разрешительный порядок деятельности кредитного института в современном банковском праве рассматривается в позитивном – лицензирование банковской деятельности и негативном – принудительная ликвидация аспектах. По своему содержанию лицензирование банковской деятельности представляет собой проверку соответствия потенциального кредитного института законодательным и регулятивным

требованиям на этапе его создания. Эти требования воплощаются в ряд количественных и качественных показателей, оценка которых находится в сфере профессионального суждения регулятора.

В части банкротства и ликвидации кредитных институтов в настоящее время банковское право предложило принципиально иной подход к данным вопросам в сравнении с банкротством иных юридических лиц, не являющихся финансовыми организациями. Комиссия ЕС выразила это следующим образом: процедуры несостоятельности могут длиться годами с целью увеличить стоимость активов обанкротившейся фирмы в интересах кредиторов; в то время как превалирующая задача резолюции банка состоит в поддержании его финансовой стабильности и минимизации потерь для общества, в особенности для налогоплательщиков, одновременно обеспечивая результаты, принципиально сходные с теми, которые достигаются при обычных процедурах банкротства в смысле распределения убытков между собственниками и кредиторами. В связи с этим предложения по развитию банковского права в этой сфере (в настоящее время это нашло воплощение, главным образом, в проекте Директивы ЕС о резолюции кредитных институтов) включают ряд специфических инструментов, таких как распространение процесса реструктуризации на небанковские организации, входящие в ту же группу, что и проблемный банк, наличие у кредитных институтов стратегических и оперативных планов реструктуризации с правом регулятора оценивать такие планы, право регулятора аннулировать обязательства банка (в том числе путем перевода их в акционерный капитал), перевод бизнеса банка во временную структуру (бридж-банк) с целью «спасения» существенных банковских функций, разделение «чистых» и «токсичных» активов между «хорошими» и «плохими» банками и др. – эти конструкции могут быть учтены при дальнейшем развитии российского законодательства о несостоятельности кредитных организаций.

Соответствие профессиональным стандартам деятельности кредитного института в современном банковском праве предстает как соблюдение кредитным институтом «лучшей банковской практики» (best practice) в отношениях с клиентами. Эти стандарты обобщены в «банковских кодексах» (Великобритания), либо в правилах профессиональных банковских ассоциаций (Германия). Юридическая природа таких правил позволяет рассматривать их в качестве источника банковского права с учетом особенностей соответствующей правовой системы. Так, в банковском праве Англии «банковские кодексы» (в настоящее время действует Кодекс кредитования) имеют характер подразумеваемых условий договора – эта конструкция давно известна

договорному праву англосаксонской правовой семьи, в Германии процессуальное законодательство позволяет клиенту ссылаться на положения межбанковских соглашений к своей выгоде. Кроме того, нарушение таких правил может повлечь за собой исключение кредитного института из соответствующей ассоциации, что в современных условиях чревато серьезными репутационными рисками и вследствие этого потерей конкурентных преимуществ.

Показательно, что в современных условиях положения «лучшей банковской практики», которые ранее содержались в «банковских кодексах» и иных документах профессиональных банковских ассоциаций, становятся частью регулятивного нормативного корпуса. Так, ряд положений «банковских кодексов», ранее действовавших в Великобритании, стали частью «книги правил» (handbook) регулятора. Это говорит о растущем значении стандартов лучшей банковской практики в современных условиях. В качестве другого своего проявления эти процессы приводят к появлению поведенческой составляющей в современном банковском регулировании и надзоре, о чем речь пойдет ниже.

В российском банковском праве этот процесс находится еще в эмбрионной стадии, хотя объективная потребность в нем растет пропорционально росту клиентов-потребителей. С тем чтобы стандарты лучшей банковской практики перестали быть простой декларацией, в диссертации предлагается придать им статус предполагаемых условий договора с клиентом, одновременно предоставив клиенту возможность в случае спора с банком ссылаться к своей выгоде на положения таких стандартов, если положения конкретного договора либо поведение банка входят в противоречие с такими стандартами.

Выполнение кредитными институтами публичных функций в современных условиях становится не просто *еще одной* характеристикой правового статуса кредитного института, но становится характеристикой самой его природы, обусловленной содержанием природы современной банковской деятельности.

Наиболее «универсальными» (характерными для большинства, если не для всех правовых систем) публичными функциями кредитных институтов являются противодействие отмыванию денег и уклонению от уплаты налогов. Особую остроту в данном аспекте вызвал вопрос об обязанности банков по своей инициативе информировать налоговые органы о случаях трансграничных переводов доходов (процентов). Можно тем самым говорить об усилении публично-правовой составляющей в деятельности кредитного института, вследствие чего он не просто обязан раскрывать информацию по требованию компетентных органов, но даже делать это по собственной

инициативе.

В последнее время в банковском праве возникла еще одна интересная тенденция: кредитные институты привлекаются к выполнению публичных функций регулятора банковской деятельности. Как будет показано ниже (в главе III настоящей работы), кредитные институты вовлечены в оценку кредитного риска – современное банковское регулирование допускает использование для этой цели не только регулятивных правил (что являлось традиционным подходом), но и внутренних методик оценки риска, применяемых конкретными кредитными институтами.

Мы считаем возможным оценить данный процесс следующим образом. Особенность банковской деятельности в сравнении с целым рядом других видов предпринимательской деятельности состоит в том, что она не может осуществляться вне банковской системы. Наряду с этим банковская (шире – финансовая) система играет в обществе очень важную роль, причем, эта роль по природе своей публична. 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, либо может быть достигнута с нежелательными издержками для общественных интересов. Мы считаем возможным в теоретическом плане по этой причине рассматривать выполнение публичных функций не в качестве навязанной государством кредитному институту не свойственной ему имманентно функция, но как раз в качестве функции, имманентно присущей кредитному институту в силу особенностей банковского бизнеса как системного бизнеса и в связи с той публичной ролью, которую банковская система выполняет в обществе.

Мы считаем возможным в связи с этим заключить, что тенденция подхода к понятию банка/кредитного института в современном банковском праве состоит в том, чтобы рассматривать его не только как коммерческую организацию, чей бизнес 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, со временем, – в определение) кредитного института. 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.

Мы полагаем в связи с этим, что настало время закрепить в законодательстве принципиальное положение, в соответствии с которым противодействие кредитными организациями использованию банковской системы в противоправных целях является условием, при соблюдении которого возможно осуществление банковской деятельности и выполнение обязательств перед клиентами. Это принципиальное положение может играть роль правового основания для корректного, с приоритетом публичных интересов поведения банка в отношениях с клиентурой, например, создавая правовое основание для отказа в выполнении договорных обязательств перед клиентами, когда их выполнение может привести к возникновению риска действий в противоправных интересах.

Концептуальную основу **второй главы «Клиент как статусный институт современного банковского права»** составляет понимание клиента банка не просто в качестве стороны в договоре с банком, но в качестве субъекта с относительно устойчивым (и относительно независимым от конкретного договора с банком) набором прав и обязанностей, что позволяет говорить о наметившейся в современном банковском праве тенденции рассматривать клиента в качестве статусного института современного банковского права. Сказанное справедливо прежде всего по отношению к клиенту-потребителю.

В ходе своего исторического развития национальные системы банковского права выработали правовые конструкции, направленные на уменьшение информационной, договорной и процессуальной диспропорции в банковско-клиентских отношениях. Эти конструкции легли в основу правового статуса клиента в банковском праве соответствующего государства. Диссертация анализирует в историко-правовой перспективе подходы к данной проблеме в банковском праве Англии (где статус клиента формировался в ходе разработки в прецедентном праве подразумеваемых условий договора с клиентом), Германии (выработка общих стандартных условий банковских сделок и судебная оценка приемлемости таких условий с точки зрения баланса интересов сторон сделки), Франции (императивные нормы компетентных государственных органов).

Проблеме информационной и договорной диспропорции в сфере финансовых услуг было уделено внимание в отечественной науке, в то время как с исследованием процессуальной диспропорцией в российском правождении дело обстоит хуже. Между тем в современном зарубежном банковском праве общепризнанно, что обычный судебный способ защиты своих прав проявляет недостаточную эффективность, когда речь идет о спорах потребителей и финансовых организаций. В связи с этим была подчеркнута настоятельная необходимость создание органов альтернативного рассмотрения споров с потребителями финансовых услуг. Отсутствие такой альтернативной юстиции оборачивается фактически ограничением доступа потребителя к правосудию в сфере споров с финансовыми организациями.

Диссертация в связи с этим анализирует системы альтернативного рассмотрения споров с потребителями банковских услуг в различных странах, выделяя три различных модели построения таких органов: централизованную, при которой существует единая служба финансового омбудсмана, компетентного рассматривать любые споры между потребителями и кредитными институтами (Англия); децентрализованную, значительно уступающую в эффективности централизованной модели и оправдывающую себя только в ситуации, в которой банковская система располагает иными средствами воздействия на кредитные институт при возникновении диспропорции в отношениях с клиентом-потребителем (Франция); модель профессиональной ассоциации, демонстрирующую достоинства централизованной модели, действующую в рамках соответствующей банковской ассоциации (Германия).

Наряду с этим анализируются общие принципиальные основания систем внесудебного рассмотрения споров между клиентами-потребителями и кредитными институтами, выработанные современным банковским правом Европейского Союза.

Высказанная в диссертации в свете достижений современного зарубежного банковского права в этом вопросе оценка института финансового омбудсмана в Российской Федерации (созданного и действующего при Ассоциации российских банков) подчеркивает недостаточную эффективность этого института в российской банковской системе. Основная причина – отсутствие законодательных норм, устанавливающих обязательность и механизм принудительного исполнения решений финансового омбудсмана. Соответственно, диссертация предлагает законодательное решение данных вопросов в качестве практического пути создания эффективной системы финансового омбудсмана в Российской Федерации.

Диссертация предлагает обобщение современного состояния банковского права в

части признания за клиентом (главным образом, потребителем) статусного достоинства, в связи с чем предлагаются принципиальные основания формирующейся в современном банковском праве модели статуса клиента. Эти принципиальные основания суть следующие:

- *признание наличия различных категорий клиентов с установлением для них различного уровня правовой защиты, зафиксированного законодательством.* При этом в современных реалиях некорректно делить клиентов банка только на юридических и физических лиц, в числе последних выделяя категорию потребителей. Среди физических лиц существуют лица, обладающие специальными познаниями и опытом работы в сфере финансовых услуг, но при этом они формально могут попадать в категорию потребителей, но вряд ли с учетом их квалификации было бы справедливо предоставлять им уровень защиты, закрепленный в законодательстве для «обычного» потребителя. С другой стороны, говоря о клиентах – юридических лицах, неправильно игнорировать различный уровень информационной и договорной диспропорции в зависимости от того, идет ли речь о крупной коммерческой организации или о «малом бизнесе». В связи с этим в диссертации предлагается (с учетом опыта современного зарубежного банковского права) выделять следующие категории клиентов с предоставлением им различного уровня правовой защиты (по возрастанию): юридические лица, физические лица-профессионалы, малые коммерческие и некоммерческие организации, потребители;
- *установление в законодательстве специальных требований к договорам с клиентами* (с учетом отнесения клиента к одной из отмеченных выше категорий). В этой части могут иметь значение как установление общих правил о нечестных контрактных условиях (конструкция, широко применяемая в современном праве для защиты потребителя), так и установление специальных правил (дополнительно к уже существующим) о договорах в сфере банковских услуг (с учетом того, что общие нормы о нечестных контрактных условиях далеко не всегда эффективно применимы к сфере финансовых услуг). Эти специальные правила могут включать требование прозрачности и простоты изложения договоров, подкрепленное принципом толкования, в соответствии с которым все неясности и противоречия толкуются в пользу клиента; правила оформления договоров,

предусматривающие в числе прочего «читаемость» документа; право регулятора устанавливать типовую форму договора для ряда банковских услуг, предоставляемых потребителю;

- *установление специальных правил информирования клиента*, в том числе рекламы и маркетинга банковских услуг. В этой части современное банковское право не просто подошло к пониманию принципиального положения о том, что информация, предоставляемая клиенту (потребителю) должна быть честной, понятной и не вводящей в заблуждение, но и выработало более конкретные требования к предоставляемой клиенту информации с учетом особенностей восприятия такой информации вследствие способа ее передачи, особенностей аудитории, для которой она предназначена, и др.; наряду с этим выработаны конструкции, направленные на недопущение злоупотребления рекламой. Все эти правовые конструкции в целом призваны не допустить возможности манипулировать поведением клиента в краткосрочных интересах банка, затрудняя клиенту ответственное отношение к принятию решения о приобретении банковского продукта. С учетом недавних новелл гражданского законодательства представляется оправданным также придать информации, предоставляемой клиенту банком, режим юридически значимых заверений;
- *закрепление права на базисные банковские услуги*. В современном понимании это означает как перечень банковских услуг, так и предоставление информации об этих услугах в сравнимой форме на официальном сайте регулятора. Возможной правовой формой реализации права на базисные банковские услуги является законодательное закрепление счета базисных банковских услуг, режим которого предполагает возможность открытия такого счета любым лицом, независимо от содержания его кредитной истории, возможность совершать по такому счету только основные банковские операции: зачисление средств на счет, осуществление банковских переводов в пределах остатка денежных средств на счете, возможность получения дебетовой карты к такому счету и исключение кредитных операций по такому счету;
- *отношение к сделке с клиентом на благоприятных для клиента условиях и решение конфликта интересов в пользу клиента*, что в современном банковском праве проявляется, по крайней мере, в двух аспектах. Во-первых, в предпринятии всех разумных действий для достижения наилучшего для

клиента результата при предложении ему банковской услуги (либо выполнении его поручения), принимая во внимание стоимость, расходы, скорость, объем, природу и другие обстоятельства соответствующего поручения или услуги. Во-вторых, при неординарном развитии событий действия банка также должны корректироваться с учетом этого принципа. Так, в современном банковском праве существует подход, согласно которому уступка прав требования по договору с потребителем не должна ухудшать положение потребителя по сравнению с тем, каким оно было в договорных отношениях с банком, в связи с чем банки могут передать долг коллекторским агентствам только если эти агентства прошли процедуру юридической экспертизы (*due diligence*) банков и их деятельность соответствует кодексам лучшей банковской практики – подход более чем актуальный в учетом реалий российской банковской действительности. Другим аспектом может являться обязательность досудебного порядка урегулирования спора с клиентом-потребителем – не в смысле формального направления претензии, но в смысле обязательной взаимной попытки банка и клиента найти выход из создавшегося финансового затруднения (с учетом наличия у клиента других банковских продуктов, уровня получаемых клиентом доходов, реструктуризации долга клиента с учетом этих и иных имеющих значение для данного дела обстоятельств), и уже только при невозможности достичь положительного результата с помощью таких мер (либо при уклонении клиента от сотрудничества с банком) возможно обращение к судебным средствам решения проблемы;

- *защита интересов клиента адекватными процессуальными средствами*, что в современном банковском праве понимается как создание альтернативной системы рассмотрения споров банка и клиента-потребителя с приданием решению финансового омбудсмана обязательной силы и закреплением механизма принудительного исполнения такого решения (об этом шла речь выше);
- *принцип ответственного поведения клиента*, который призван воспрепятствовать недобросовестному использованию своих прав клиентом, не допуская извлечение им выгоды из законодательных положений, принятых в его пользу, если его поведение по отношению к банку имеет характер недобросовестного, либо не соответствует критерию разумной

осмотрительности. В числе правовых конструкций, воплощающих этот принцип в законодательство, могут быть использованы такие, как конкретизация в законодательстве общегражданского положения о добросовестности как условия осуществления прав, закрепленных в законодательстве к выгоде клиента (потребителя), а также использованием в российском праве конструкции, сходной с конструкцией эстоппел в англосаксонской правовой семье – это, например, лишало бы клиента возможности воспользоваться предоставленными ему средствами правовой защиты, если он предоставил банку ложную информацию, либо скрыл существенную информацию и т.п. Наконец, в реализации данного принципа может сыграть положительную роль и воспрещение обращаться к финансовому омбудсмену до попытки урегулировать конфликтную ситуацию непосредственно с банком.

Третья глава «Структурообразующие тенденции регулирования и надзора за банковской деятельностью в современном банковском праве», как следует из ее названия, рассматривает вопросы, которые традиционно занимают одно из центральных мест в банковском праве. Структурно сфера банковского регулирования и надзора включает содержательный аспект – те показатели, которым должны соответствовать кредитные институты в своей деятельности, и институциональный аспект – «регулятор», т.е. органы, в чью компетенцию входит осуществление банковского регулирования и надзора в соответствующей стране или на международном уровне.

В содержательном аспекте банковское регулирование за последние десятилетия сформировалось в систему показателей финансового состояния кредитного института, причем эта система не является застывшим явлением – напротив, она находится в процессе постоянного развития с учетом реалий банковской деятельности. В диссертации кратко (насколько это приемлемо для юридической работы с учетом того, что по своему содержанию эти вопросы носят скорее экономический характер) представлены основные инструменты содержательного аспекта банковского надзора в их развитии, начиная с Базельского соглашения 1988 года, кончая пост-кризисными инициативами, получившими нормативное закрепление в современном банковском праве в Директиве 2013/36/EU и Регламенте 575/2013 от 26 июня 2013 г.

В контексте проблематики настоящей диссертации имеет существенное значение следующее обстоятельство. В выполнение задач банковского регулирования и надзора в настоящее время участвуют не только регулятор (надзорный орган), но и непосредственно кредитные институты. Дело в том, что начиная с документа Базельским комитетом по

банковскому надзору «Международная конвергенция измерения капитала и стандартов капитала», известного как «Базель II», оценка кредитного риска для целей надзора может производиться в том числе и по методикам, принятым самими кредитными институтами (при условии их соответствия критериям, установленным регулятором). Концептуально документ исходит из понимания, что кредитный институт также заинтересован в снижении своих рисков (хотя это «желание» нередко может войти в противоречие с другим, более «эгоистичным» желанием получить более высокую прибыль от более рискованной операции), и это обстоятельство может быть использовано в качестве платформы для «совместной деятельности» регулятора и кредитного института в сфере обеспечения стабильности банковской системы.

Выражение «совместная деятельность» в данном контексте не является оторванной от жизни фантазией – напротив, оно начинает звучать в современных документах по банковскому регулированию и надзору. Наиболее последовательное выражение данный подход занимает в банковском праве Великобритании, основывающемся в этой части на надзоре, основанном «на принципах, а не на правилах», практическое осуществление которого предстает в глазах регулятора как решение регулятором и банком общей задачи в ходе их такой совместной деятельности (*regulator doing business with the regulated firms*).

Другим существенным обстоятельством, характеризующим банковское регулирование в настоящее время, является появление (наряду с традиционным – пруденциальным) в его содержании поведенческой составляющей, при котором в сферу надзора входит не только формальное соблюдение кредитным институтом применимых норм права, но и характер его поведения по отношению к клиенту.

Истоки этого подхода также можно усмотреть в документах Базельского комитета по банковскому надзору – часть IV итогового документа «Базель II» посвящена вопросам рыночной дисциплины, под которой прежде всего понимается корректное раскрытие информации, которая важна другим участникам рынка для принятия правильных экономических решений. Впоследствии сильнейший стимул в развитии поведенческих требований к банковской деятельности и, соответственно, поведенческому аспекту в банковском регулировании возник вследствие развития «потребительского» банковского права. Значимость поведенческого аспекта в данном сегменте банковской деятельности показала свою важность в связи с тем, что только «объективного» раскрытия информации было недостаточно для критерия, указанного выше – принятие реципиентом информации экономически обоснованного решения, когда решение принималось потребителем, не являющимся профессионалом в финансовой сфере. В этом сегменте не меньшее значение

приобретал «субъективный» аспект раскрытия информации – доведение до потребителя сведений о соответствующем банковском продукте не просто в виде совокупности данных, но таким способом, который позволил бы потребителю правильно понять эту информацию, принимая во внимание степень его подготовленности, и выбрать продукт, действительно соответствующий интересам потребителя, а не только выгодный банку. Другими словами, речь шла об исключении манипулирования поведением клиента при формальном соблюдении правовых норм.

В банковском праве Великобритании поведенческий аспект нашел закрепление на уровне «книги правил» (handbook) регулятора, что само по себе свидетельствует о том значении, которое отводится регулированию поведенческого аспекта деятельности финансовых институтов. Укажем на содержание некоторых соответствующих требований:

- банк должен вести себя с клиентами, в особенности с ритейловыми клиентами честно, открыто и профессионально в соответствии с наилучшими интересами клиента,
- банк не должен в отношениях с клиентом – опять же в соответствии с принципом превалирования интересов клиента пытаться скрыть или ограничить свою ответственность каким-либо образом, кроме случаев, когда это предусмотрено регулятивными правилами,
- банк должен предоставить клиенту информацию о продукте до предоставления услуги таким образом, чтобы конкретный клиент был в состоянии понять содержание услуги и риски, с ней связанные, правило подтверждает при этом подход, согласно которому эти требования чаще всего соблюдаются, когда информация предоставляется в стандартизированном формате; предоставляемая информация должна быть честной, ясной и не вводящей в заблуждение, с учетом в том числе содержания информации и средств ее предоставления; в качестве других требований к предоставляемой информации есть требование точности, что в силе прочего означает, что информация не делает акцент на определенных выгодах продукта без одновременного честного и рельефного указания на связанные с этим продуктом риски; наряду с этим она должна быть достаточной и предоставляться в форме, в отношении которой разумно полагать, что она будет понята средним представителем той группы, которой она адресована, а также не затемняет и не снижает значение каких-либо иных аспектов;

- если предоставляемая информация имеет сравнительный характер, т.е. сравнивает один банковский розничный продукт с другим, банк должен обеспечить, чтобы сравнение имело смысл и было представлено в честном и сбалансированном виде.

Основной законодательный источник банковского права Франции – Денежный и финансовый кодекс в последние годы «обогатился» параграфами под названием «Правила ведения бизнеса» в отношении различного рода финансовых услуг. Далее, Министерству экономики предоставлено полномочие утверждать своим декретом правила ведения бизнеса, разработанные профессиональными банковскими ассоциациями (ст. L-611-3-1). Управлению пруденциального контроля и реструктуризации предоставлены полномочия по контролю соблюдения кредитными институтами положений применимого законодательства и кодексов ведения бизнеса, при этом специально подчеркивается, что в сферу ответственности Управления пруденциального контроля и реструктуризации входит обеспечение исполнения банками правил, защищающих интересы их клиентов, в том числе правил содержащихся в законах или регулятивных положениях, а также в любых официально утвержденных правилах ведения бизнеса или лучшей профессиональной практики, равно как и приемлемость средств и процедур, которые банки применяют для соответствия Кодексу потребителя. Наряду с этим Управлению пруденциального контроля и реструктуризации вменяется в обязанность публикации сборника правил ведения бизнеса, профессиональных стандартов или иных разновидностей лучшей банковской практики, в отношении которых этот надзорный орган выдал положительное заключение (что также входит в полномочия Управления).

Показательна также содержательная сторона правил ведения бизнеса – проиллюстрируем ее, ограничиваясь теми положениями, которые содержатся в самом Денежном и финансовом кодексе. Так, например, в отношении лиц, которые осуществляют маркетинг и продажу финансовых услуг (с учетом того, что было сказано выше на примере Великобритании, это уже показательно – банковское право Франции также не ограничивается собственно содержанием услуги, но уделяет должное внимание и средствам ее распространения), содержится требование, согласно которому до предложения услуги, лицо, ее предлагающее, должно получить информацию о финансовом положении адресата услуги, его опыте в финансовой сфере и целях. При этом лица, предлагающие услугу, обязаны предоставить потенциальному приобретателю услуги четкую и понятную информацию, предоставляющую ему возможность принять решение.

Приведенные примеры (а они показательны уже в силу того, что присутствуют в исторически различных банковско-правовых традициях) свидетельствуют в пользу того, что поведенческий аспект стал составной частью содержательной части современного банковского регулирования и надзора, что повлияло в том числе на институциональную структуру и компетенцию регулятора.

В институциональном аспекте банковское регулирование и надзор представлен органами, компетентными осуществлять функции регулирования и надзора финансовой системы, используя те средства, о которых речь шла выше в параграфе о содержательной составляющей современного банковского регулирования и надзора. Не будет ошибкой утверждать, что одним из первоочередных вопросов, который решается в институциональном аспекте банковского регулирования и надзора в настоящее время является поиск оптимального интегрированного регулирования финансового рынка, включая его банковский сегмент. Эта тенденция возникает как разумная реакция на интегрированный по своей природе современный финансовый рынок, в силу чего попытка регулировать его отдельные сегменты (банковский, страховой, ценные бумаги) отдельно выглядела бы искусственной и не приводила к желаемым содержательным результатам.

Интегрированность проявляет себя в ряде аспектов, которые в институциональном аспекте могут быть представлены как:

- институциональная интеграция – т.е. как проявление интегрированного регулирования путем сведения регулятивных (надзорных) полномочий в один или несколько (минимальное количество) взаимосвязанных органов;

- функциональная интеграция, в ходе которой интегрируются, с одной стороны, административные полномочия, а с другой – возможности влияния на финансовую систему экономическими методами, методами кредитно-денежной политики, что выражает себя в возрастании административной роли центрального банка в системе регулирования и надзора за банковской деятельностью.

Эти два аспекта в практике современного банковского права взаимосвязаны, поскольку сведение регулятивных полномочий в один (или минимальное количество) регулятивно-надзорных органов происходит одновременно с приданием центральному банку более активной роли в процессе банковского регулирования и надзора в части микропруденциального, а не только макропруденциального регулирования.

Институциональная интеграция проявила себя в появлении «мегаорганов» - либо мегарегулятора, в компетенции которого находится регулирование и надзор всех трех сегментов финансового рынка (банки, ценные бумаги, страхование), либо к сведению в

одном органе (не являющемся при этом мегарегулятором) компетенции прежде существовавших различных органов. Примерами мегарегулятора являются банковские системы ФРГ (BaFin) и Великобритании, в которой с 2000 по 2012 г. существовал единый мегарегулятор; пример второй из отмеченных тенденций представляет Франция, где в настоящее время Управление пруденциального контроля и реструктуризации (до 2013 г. – Управление пруденциального контроля) унаследовало функции ранее различных органов (Комитета кредитных институтов и инвестиционных фирм, Банковской комиссии).

Показательным примером функциональной интеграции является банковское право Англии, где функции регулирования и надзора в банковской системе по реформе 2012 г. были в значительной степени возвращены Банку Англии, который осуществляет эти функции совместно с подчиненным ему Управлением пруденциального регулирования, а также Управлением финансового поведения. В банковском праве ФРГ также заметно усиление роли центрального банка – по закону 2013 г. хотя ему и не переданы непосредственно административные полномочия, тем не менее значительно усилена его роль в процессе регулирования и надзора, осуществляемом БаФин.

В этой же главе в диссертации также анализируются современные тенденции в методах осуществления банковского регулирования и надзора. В эпицентре современного анализа этой проблемы находится дискуссия о том, какой форме регулирования и надзора следует отдать предпочтение – системе, основанной на принципах, или системе, основанной на правилах (*principles based versus rules based regulation*). Каждая из систем имеет свои плюсы и минусы, но уже сама постановка вопроса об этом в современном банковском праве очевидно свидетельствует о невозможности регулировать и осуществлять надзор за банковской деятельностью в современных условиях, основываясь только на правилах, в том числе на жестком закреплении полномочий регулятора (в числе прочего в диссертации показывается неэффективность жесткого закрепления полномочий регулятора на примере российского законодательства, в частности, на примере лицензирования банковской деятельности). Вопрос должен решаться в свете оптимального соотношения четких законодательных правил, с одной стороны, и свободы усмотрения и профессионального суждения регулятора, с другой. В отношении банковского права Российской Федерации в диссертации предлагается законодательное закрепление права профессионального суждения регулятора по вопросам, указанным в законодательстве, при этом в случае возникновения спора за профессиональным суждением регулятора должна а priori признаваться его правильность с возложением бремени доказывания обратного на заинтересованную кредитную организацию.

Второй раздел диссертации (главы с четвертой по шестую) посвящен анализу основных тенденций в развитии функциональных структурообразующих институтов, к числу которых относятся прежде всего банковский вклад и банковское кредитование, наряду с этим рассматриваются и платежные услуги постольку, поскольку они оказываются банками (в современном мире «платежное право» не полностью укладывается в рамки банковского права).

Банковский вклад и банковское кредитование достаточно четко укладываются в рамки трехзвенной структуры, состоящей из статусного, предметного и риск-стабилизирующего (или риск-компенсирующего) элементов.

Статусный элемент относится, как можно заключить из самого названия, к статусу субъектов соответствующей банковской услуги. Статусность в данном случае означает, что вовлеченные в соответствующую банковскую сделку стороны должны либо изначально располагать требуемым статусом — например, для приема депозитов и предоставления кредитов за счет привлеченных депозитов необходимо располагать статусом кредитного института, т. е. соответствующей лицензией; с другой стороны, лицо, разместившее депозит или получившее кредит в банке, в силу этого приобретает статусные характеристики клиента, о которых речь шла выше.

Содержательный элемент относится к юридическому содержанию соответствующей банковской услуги, т. е., главным образом, к договору, которым оформляется данная услуга.

Риск-стабилизирующий элемент представляет собой те инструменты, которые направлены на снижение основного, характерного для соответствующего вида банковской услуги риска — риска невозврата депозита в случае депозитной операции и риска невозврата кредита в случае кредитной операции. Конечно же, в определенной степени все элементы функционального института направлены на достижение именно этой цели. Так, предъявление особых требований к статусу института, претендующего на право привлечения депозитов, направлено на снижение риска невозврата, поскольку позволяет принимать депозиты только лицам, отвечающим критериям финансовой устойчивости и т. п. Договорные конструкции также направлены на снижение риска, поскольку приводят в действие гражданско-правовые средства, направленные на исполнение должником (при депозитной услуге — банком) своих обязательств. Но при этом существуют правовые институты, которые функционируют в банковской системе *главным образом* (с точки зрения банковской системы) для того, чтобы уменьшить риски, характерные для соответствующей банковской услуги. В случае депозитных услуг такую роль играют

системы гарантирования возврата (страхования) депозитов, в случае кредитных услуг такую роль играют кредитные рейтинговые агентства и кредитные бюро, которые путем уменьшения информационной асимметрии позволяют более правильно оценить степень рисков, происходящих из конкретной предполагаемой сделки.

Четвертая глава «Деятельность по приему депозитов в современном банковском праве» анализирует в рамках отмеченной выше структуры предметный (договор депозита) и риск-стабилизирующий (гарантирование возврата вкладов) элементы данного функционального института банковского права.

Анализ договора депозита в современном банковском праве показывает, что в связи с тем, что депозит представляет собой достаточно рискованную сделку для вкладчика, в банковском праве различных стран сложились конструкции, ограничивающие свободное усмотрение сторон договора банковского вклада вообще и защищающие права вкладчика как слабой стороны в договоре по отношению к банку в частности. Эти правовые конструкции соответствуют традициям, укоренившимся в соответствующей правовой системе. Так, в праве Франции существует сравнительно жесткая законодательная регламентация условий договора банковского вклада, прежде всего в отношении ряда законодательно закрепленных видов вкладов («регулируемые депозиты»). В праве Англии законодательная регламентация гораздо ниже (практически она сводится к законодательному ограничению права на привлечение вкладов только для институтов, имеющих лицензию на осуществление бизнеса по приему депозитов), но при этом прецедентное право содержит достаточно широкий набор средств, позволяющих заинтересованному вкладчику защитить свои права, которые были выработаны в ходе развития прецедентного права, регулирующего отношения банка и клиента. Правовые конструкции, защищающие права вкладчика, закреплены и в российском законодательстве, будучи впоследствии истолкованы в ряде существенных аспектов в пользу вкладчика-гражданина высшими судебными инстанциями.

Таким образом, создание правовых конструкций, направленных на защиту интересов вкладчика с учетом правовых традиций конкретной правовой системы можно считать устоявшейся чертой и результатом развития современного банковского права.

Что касается риск-стабилизирующего элемента – гарантирования возврата депозитов, то в этой части современное банковское право находится в поисках оптимальной модели. Этот вопрос имеет большую актуальность и потенциально «подвержен» гармонизации, поскольку интернационализация рынка банковских услуг предполагает в части депозитных услуг равный уровень защиты интересов вкладчиков. В

этой связи в европейском банковском праве вопрос о гармонизации схемы депозитов рассматривается в качестве одного из трех оснований Европейского банковского союза (наряду с общей системой регулирования и резолюции проблемных банков).

Кроме того в последнее время заметна тенденция к изменению принципиального взгляда на функцию схемы гарантирования депозитов – от рассмотрения таковой в качестве «денежного сундучка», из которого берутся средства для возмещения требований вкладчиков, до наделения схемы более существенными полномочиями по поддержанию стабильности банковской системы. Эта тенденция проявляет себя в предоставлении схеме полномочий, способствующих недопущению ситуации, когда депозиты становятся недоступными – речь идет о полномочиях схемы по поддержанию платежеспособности банков с целью недопущения их дефолта. Этот подход представляется принципиально более правильным, поскольку он направлен более на предотвращение причин дефолта, чем на ликвидацию его последствий. Одновременно такой подход предполагает и различную степень бремени поддержания фонда гарантирования (страхования) вкладов — банки при таком подходе вносят различные суммы в зависимости от своего риск-профиля. Но при всей своей принципиальной правильности (и даже привлекательности) этот подход должен базироваться на одном незыблемом принципе — возможность схемы гарантирования (страхования) вкладов оказывать финансовую помощь проблемным банкам не должна существовать в ущерб возможностям схемы совершить предусмотренные законодательством выплаты вкладчикам. Очевидно, что применимость такого подхода к Российской Федерации предполагает исследование не столько правовой формы, сколько экономики данного вопроса. Поэтому в рамках настоящей диссертации можно только порекомендовать специалистам рассмотреть и исследовать данный вопрос с точки зрения его экономики, но какие-либо конкретные рекомендации в рамках данной диссертации были бы слишком амбициозны, в связи с чем мы ограничиваемся только констатацией смены парадигмы системы гарантирования депозитов как существенной характеристики современного банковского права.

В пятой главе «**Банковское кредитование в современном банковском праве**» в рамках той же структуры анализируются статусный, предметный и риск-стабилизирующие элементы института банковского кредитования. При этом в современных реалиях банковской деятельности институт кредитования не может быть сведен только к совокупности *формально-правовых* норм, регулирующих соответствующие отношения. Более правильно говорить о необходимости следовать кредитному *комплайенсу*, который можно понимать как совокупность норм, имеющих не

только характер законодательных норм или иных правовых актов, но и включающих, в числе прочего, дополнительные требования к договорной документации, требования, которым должны соответствовать обеспечительные сделки, правила об отношениях к клиенту (в особенности, когда в качестве такового выступает потребитель). Современному «мягкому» банковскому праву известен «комплаенс риск» как риск возникновения юридических или регулятивных санкций, риск существенных убытков или ущерба для репутации банка, которые могут наступить вследствие несоблюдения банком законодательства, регулятивных правил, профессиональных стандартов и стандартов поведения, применимых к банковской деятельности¹¹. Соответственно этому комплаенс понимается как необходимость соответствия банковской деятельности применимым правилам различной природы (законодательным, регулятивным, профессиональным стандартам), которые относятся к сфере банковского кредитования¹². Несмотря на то, что формально ряд таких правил может оказаться за пределами формально понимаемых источников права, с точки зрения реалий современного банковского права корректнее следовать подходу, который воспринимает современное банковское право не в узких формально-правовых рамках, а с учетом тех *норм*, которые, несмотря на неопределенность нормотворческого статуса источника таких норм, *фактически* регулируют банковскую деятельность, и последствия несоблюдения которых могут иметь серьезные последствия для банка, несмотря на формальное отсутствие обязательной силы таких норм.

С учетом сказанного структура института банковского кредитования в современном банковском праве представлена в диссертации следующим образом:

- статусный элемент включает в себя регулятивный (в том числе риск-оценочный) и информационно-поведенческий комплаенс,
- предметный элемент может быть представлен как договорная составляющая банковского кредитования, в свою очередь ее можно подразделить на общие договорные требования (общедоговорный комплаенс) и специальные регулируемые кредитные соглашения (например, договоры потребительского или ипотечного кредитования),
- риск-стабилизирующий элемент включает в себя техники снижения кредитного риска.

¹¹ Compliance and the compliance function in banks. Basel Committee on Banking Supervision. April 2005. Электронный ресурс: <http://www.bis.org/publ/bcbs113.pdf>.

¹² В отечественной (учебной) литературе по банковскому праву данный важный аспект правового содержания банковского кредитования недооценен. Это проявляется в том, что основным содержанием глав учебников по кредитным операциям является анализ кредитного договора как гражданско-правовой сделки без рассмотрения дополнительных и специфических банковско-правовых требований. В результате уходит на второй план то важное обстоятельство, что действительность кредитной или обеспечительной сделки с точки зрения гражданского права еще не означает, что она удовлетворяет требованиям к таким операциям с точки зрения банковского права

Регулятивный комплайенс направлен на сохранение статусных характеристик кредитного института. Это достигается соблюдением кредитным институтом регулятивных норм в процессе деятельности по предоставлению кредитов, вследствие чего сохраняется его финансовая устойчивость и снижается риск несоответствия регулятивным требованиям, что может повлечь за собой прекращение его статусных характеристик (отзыв лицензии). Современное банковское право не ограничивается установлением регулятивных требований на этот счет, но допускает участие самого кредитного института в определении кредитного риска (о чем шла речь в главе 3), в том числе с использованием эндогенных рыночных механизмов, под которыми в современном банковском праве понимаются прежде всего кредитные рейтинговые агентства. Глава 5 по этой причине анализирует основные положения современного банковского права, относящиеся к использованию данных кредитных рейтинговых агентства в целях оценки кредитного риска, а также кредитных бюро.

Информационно-поведенческий комплайенс требует учета характеристик клиента как статусного института современного банковского права, что предполагает максимально лояльное поведение банка по отношению к клиенту при использовании банком предоставленных ему законодательством прав. В этой части в диссертации анализируются установленные в современном банковском праве требования к рекламе кредитных продуктов, преддоговорной информации, стандартам предоставления консультаций и раскрытию информации – не только в аспекте содержания соответствующих норм, но и поведения банка по отношению к клиенту, исключающего недолжное влияние или манипулирование клиентом.

Предметный элемент банковского кредитования – кредитный договор представлен в современном банковском праве как средство снижения кредитного риска – путем установления договорно-правовой основы для требований банка, и как средство снижения договорной диспропорции – в части императивного регулирования договоров потребительского и ипотечного кредитования, а также снижения некоторых издержек бизнес-кредитования (например, воспреещение ростовщических процентных ставок, ограничение договорной свободы при кредитовании индивидуальных предпринимателей, ограничение свободы усмотрения банка при прекращении кредитования по договору, заключенному на неопределенный срок и др.).

Диссертация анализирует договорно-правовые конструкции, выработанные в банковской практике в целях защиты интересов банка (такие как негативные обязательства, широкий перечень оснований отказать в продолжении кредитования и

потребовать досрочного возврата кредита и др.)

В качестве регулируемых кредитных соглашений в диссертации рассматриваются договоры потребительского и ипотечного кредитования. Исторически в банковском праве европейских стран выработались различные модели потребительского кредитования, характеризующиеся относительным различием правовых конструкций и социально-экономических целей, которые преследовало государство в ходе правового регулирования потребительского кредитования. В настоящее время эти различия уступают место гармонизированному подходу к потребительскому кредитованию вследствие развития директивного права ЕС. В диссертации анализируется выработанный на общеевропейском уровне договорный комплайенс в сфере потребительского кредитования, включая обязательные условия кредитного договора, обязательные договорные конструкции, снижающие договорную диспропорцию в банковско-клиентских отношениях с потребителем («охладительный период», связанные сделки, право и последствия досрочного возврата кредита, уступка прав по кредитному договору, возможность альтернативного рассмотрения споров). Диссертация исходит из необходимости в целях регулирования потребительского кредитования в России использовать выработанный в этой сфере универсальный (применимый в различных правовых системах) опыт в комплексе, поскольку использование его фрагментарно не достигает цели цивилизованного правового регулирования данного института. Эти же вопросы анализируются применительно к ипотечному кредитованию.

Риск-стабилизирующий комплайенс при банковском кредитовании реализуется в современном банковском праве через использование общегражданских (поручительство, гарантии, залог) и специфических банковских (например, сделки репо) способов обеспечения исполнения обязательств, правила о которых дополняются специфическими банковско-правовыми (регулятивными) требованиями. В этой связи в диссертации анализируются общие регулятивные требования к средствам обеспечения (юридическая эффективность, постоянная ликвидность переданного в обеспечение имущества, надежность лиц, выступивших гарантами или поручителями) и более детальные регулятивные требования к различным видам обеспечения.

Рассмотренный выше структурированный подход к традиционным функциональным структурообразующим институтам банковского права позволяет снять дисбаланс в изложении этих вопросов в современной методической (учебной) литературе по банковскому праву в Российской Федерации, который уделяет основное внимание гражданско-правовым аспектам данной проблематики в ущерб специфической банковско-

правовой (регулятивной) составляющей функциональных институтов банковского права.

В названии **шестой главы «Платежные услуги в банковско-клиентских отношениях в современном банковском праве»** выражен концептуальный подход, основанный на понимании того, что в современном банковском праве проявилась тенденция трансформации «платежной операции» в «платежную услугу». Суть этой трансформации проста: если «операция» терминологически означает прежде всего техническое содержание соответствующего метода расчетов, то «услуга» предполагает прежде всего наличие субъекта, которому она оказывается. Это еще одно проявление влияния современного «потребительского права» на сферу банковских и финансовых услуг. Дело, естественно, не просто в изменении терминологии – по своему содержанию современное банковское право в части платежей и расчетов в значительной степени развивается в направлении правил оказания платежных услуг клиентам кредитных институтов (в том числе потребителям), правил, которые ставят на первое место интересы и права клиентов, а техническая сторона банковских расчетов оказывается перед необходимостью учесть эти интересы и обеспечить технические средства их достижения (в том числе в форме соответствия технических характеристик платежных систем регулятивным стандартам предоставления платежных услуг).

Основное внимание диссертации в этой части сконцентрировано на анализе современных тенденций развития платежных услуг в коммерческом обороте и «универсальных» платежных услуг, предоставляемых потребителям. При этом рассматриваются лишь те вопросы, которые имеют наибольшее значение для современного банковского права в части банковско-клиентских отношений (при понимании того обстоятельства, что вопросы современного платежного права не могут быть всесторонне рассмотрены в рамках настоящего исследования).

В части коммерческого оборота рассмотрена актуальная для современного российского гражданского права проблема добросовестности в банковско-клиентских отношениях в связи с осуществлением расчетов по аккредитиву (как формы расчетов, порождающей наибольшее количество споров). Учитывая универсальный характер данной формы расчетов, который в большей степени подвергся международной унификации, представляется вполне возможным использовать международный опыт рассмотрения споров по аккредитиву в целях совершенствования российского законодательства. В связи с этим предлагается установить презумпцию недобросовестности и/или злоупотребления правом при получении платежа по аккредитиву при наличии у банка *доказательств* в совокупности собственно факта злоупотребления, непосредственно влияющего на право

получения платежа по аккредитиву, и осведомленности бенефициара о злоупотреблении, либо о его непосредственном участии в совершении соответствующих недобросовестных действий. Одновременно с этим в целях адекватного закрепления принципа независимости аккредитива в российском праве предлагается закрепить такие положения, как отсутствие у бенефициара обязанности доказывать при получении платежа факт исполнения основного договора, цена исполнения которого оплачивается аккредитивом, а также отсутствие ответственности исполняющего банка, выплатившего сумму аккредитива бенефициару, перед банком-эмитентом, а банка-эмитента перед приказодателем в случае выплаты суммы аккредитива бенефициару против предусмотренных аккредитивом документов (при отсутствии доказательств недобросовестности бенефициара), если впоследствии окажется, что бенефициар допустил нарушение основного договора, в связи с чем его право на получение платежа подверглось ограничению или прекратилось.

Наряду с этим данный подход оправданно представить как конкретизацию принципа добросовестности в банковско-клиентских отношениях, когда речь идет о клиенте-коммерсанта. Основное назначение данного принципа, когда клиентом является коммерческая организация состоит в недопущении недобросовестного поведения клиента, и этой цели может служить законодательно закрепленное ограничение, в соответствии с которым клиент не может воспользоваться выгодами своего статуса при доказанности факта злоупотребления и осведомленности клиента о таком факте.

В качестве основной тенденции развития платежных услуг, оказываемых клиентам-потребителям в диссертации рассмотрен принципиальный подход современного банковского права, который можно сформулировать как «один счет – одинаковые правила платежных услуг». Свое нормативное выражение данный принцип находит прежде всего в двух основополагающих «платежных» директивах ЕС – Директиве 2014/92/ЕС о платежных счетах и Директиве 2007/63/ЕС о платежных услугах на внутреннем рынке, составляющих в настоящее время основу той совокупности нормативных актов по платежным услугам, которые получили название *payment acquis*.

В главе проанализированы основное содержание указанных нормативных актов, дана оценка современных подходов к реализации задач, поставленных законодателем в данном сегменте банковских услуг.

Проведенный анализ позволил также сформулировать ряд предложений по совершенствованию российского законодательства в части платежных услуг. В частности, предлагается закрепить на законодательном уровне права потребителя платежной услуги;

с этой целью следует учесть опыт развития законодательства в зарубежном банковском праве, поскольку платежные услуги имеют сходное содержание в различных правовых системах. Наряду с этим предлагается закрепить в законодательстве новый вид банковского счета – счет базисных банковских услуг, правовой режим которого предусматривает как минимум возможность открытия такого счета любым лицом, независимо от его кредитной истории, возможность совершения по такому счету только основных банковских операций (зачисление средств на счет, осуществление банковских переводов в пределах остатка денежных средств на счете), возможность получения дебетовой карты и исключение кредитных операций по такому счету.

В заключении диссертации кратко суммируются результаты проведенного исследования.

СПИСОК РАБОТ

автора, опубликованных по теме диссертации

(общий объем – 175 п.л.)

Монографии

1. Современное банковское право: банковско-клиентские отношения. – М.: Статут, 2013. – 349 с. (22 п.л.).
2. Современное вексельное право: женевская (Россия) и английская системы. – М.: Статут, 2007. – 462 с. (29 п.л.).
3. Банковское право Англии. – М.: Статут, 2000. – 300 с. (19 п.л.).

Учебные издания

4. Банковское право: краткий курс лекций. 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Статут, 2004. – 335 с. (21 п.л.).
5. Банковское право: краткий курс лекций. – М.: Статут, 2002. – 271 с. (17 п.л.).
6. Банковское право Европейского Союза. – М.: Статут, 2000. – 388 с. (24,5 л.).
7. Вексельное право: учебное пособие. – М.: Юрист, 1996. – 272 с. (17 п.л.).
8. Залоговое право: учебное и практическое пособие. – М.: Издательство БЕК, 1995. – 179 с. (12 п.л.)

Научно-практические комментарии законодательства

9. Гражданский кодекс Российской Федерации: Залог. Перемена лиц в обязательстве. Постатейный комментарий к параграфу 3 главы 23 и главе 24 / Под ред. П.В.Крашенинникова. – М.: Статут, 2014 – комментарий к статьям 358.9 – 358.14. (0,7 п.л.).

Статьи в изданиях, определенных ВАК для публикации результатов научных исследований

10. Клиент банка в современном банковском праве: тенденция к возникновению специального статуса // Закон. – 2010. - № 12. – С. 171-178. (0,6 п.л.)
11. Альтернативное разрешение споров в современном зарубежном банковском праве // Хозяйство и право. – 2011. - № 3. – С. 60-65. (0,5 п.л.).
12. Категории векселедержателей: сходство английской и женевской систем вексельного права // Закон. – 2011. - № 11. – С. 36-42. (0,6 п.л.).

13. Органы альтернативного разрешения споров в современных банковских системах // Вестник Федерального арбитражного суда Московского округа. – 2011. - № 3. – С. 42-54. (1,0 п.л.).
14. Разрешительный порядок банковской деятельности: модели реализации в современном банковском праве // Право: Журнал Высшей школы экономики. – 2011. - № 1. – С. 112-119. (1,0 п.л.).
15. Гарантирование депозитов в современном банковском праве: страновые различия и перспективы гармонизации // Вопросы правоведения. – 2012. - № 3. – С. 227-246. (1,0 п.л.).
16. Договор банковского вклада в современном банковском праве: сравнительно-правовая перспектива // Право. Журнал Высшей школы экономики. – 2012. - № 3. – С. 143-154. (1,0 п.л.).
17. Обеспечительные сделки в современном банковском праве: структурированный подход // Вопросы правоведения. – 2012. - № 1. – С. 174-189. (1,0 п.л.).
18. Правовое регулирование потребительского кредитования в зарубежном банковском праве: итоги развития // Закон. – 2012. - № 3. – С. 152-165. (0,6 п.л.).
19. Проблема процессуальных средств защиты материально-правовых новелл проекта изменений ГК РФ // Закон. – 2013. - № 2. – С. 173-179. (0,5 п.л.).
20. Недобросовестность как исключение из принципа независимости аккредитива в зарубежном банковском праве // Вестник Высшего арбитражного суда РФ. – 2013. - № 1. – С. 39-47. (0,6 п.л.).
21. Схемы гарантирования депозитов в банковском праве Европейского Союза: тенденции современного развития // Право. Журнал Высшей школы экономики. – 2013. - № 2. – С. 102-115. (1,0 п.л.).
22. Понятие кредитного института в современном зарубежном банковском праве: традиции и новые тенденции // Право. Журнал Высшей школы экономики. – 2013. - № 4. С. 95-106. (0,7 п.л.).
23. Институт кредитования в современном банковском праве: структура правового института // Вопросы правоведения. – 2013. - № 5. – С. 208-226. (1,0 п.л.).
24. Современное банковское право: проявления смены парадигмы // Банковское право. – 2014. - № 2. (1,1 п.л.).
25. Регулирование поведенческого аспекта деятельности кредитного института (опыт европейских стран) // Деньги и кредит. – 2014. - № 7. – С. 22-26. (0,6 п.л.).