

Алексеева Диана Геннадьевна

Alekseeva Diana Gennadievna

доктор юридических наук, профессор,
руководитель департамента международного
и публичного права юридического факультета
Финансового университета при Правительстве
РФ, профессор банковского права, университет
имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

Professor, Doctor of Law, head of the Department
of International and Public Law, Faculty of Law,
Financial University under the Government of the
Russian Federation, Professor of the Department
of Banking Law, Kutafin University (MSLA)

E-mail: DGAlekseeva@fa.ru, DGAlekseeva@msal.ru, Alekseeva.dg@yandex.ru



УДК 346.62

ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ КРЕДИТНЫХ ОРГАНИЗАЦИЙ ПО ПОД/ФТ: ПРАВОВЫЕ ПОДХОДЫ, ПРОБЛЕМЫ, РЕКОМЕНДАЦИИ **AML/CFT ACTIVITIES OF CREDIT INSTITUTIONS: LEGAL APPROACHES, PROBLEMS, RECOMMENDATIONS**

Ключевые слова: противодействие легализации криминальных доходов, Банк России, ФАТФ, банки, ответственность, судебные решения, правовое регулирование, проекты федеральных законов.

Keywords: anti-money laundering, Bank of Russia, FATF, banks, liability, judicial decisions, legal regulation, draft Federal laws.

Законодательство о противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма (ПОД/ФТ)¹ развивается в России в соответствии с требованиями международных документов (Сорока рекомендаций ФАТФ, Вольсфбергских принципов, документов Базельского комитета по банковскому надзору и иных). В статье обращается внимание на пробелы и коллизии российского законодательства о ПОД/ФТ, противоречивые требования нормативных актов Банка России, строгую ответственность банков и иных финансовых организаций за выявленные в их деятельности нарушения и отсутствие четкого научного подхо-

¹ ПОД/ФТ. общ. AML/CFT (сокр. от «противодействие отмыванию денег и финансированию терроризма» (Anti-Money Laundering/Combating the Financing of Terrorism) scherfas)

да по вопросам ПОД/ФТ в доктрине. Результатом правовой неопределенности закономерно становится нестабильная судебная практика и нервозность участников финансового рынка. Раскрыто содержание актуальных законопроектов по соответствующей тематике. Приведены примеры судебных решений, в которых не учтена или учтена в недостаточной степени публично-правовая составляющая ПОД/ФТ. Проведенный анализ судебной практики и находящихся на рассмотрении Государственной Думы РФ законопроектов подтверждает отсутствие четкой концепции ПОД/ФТ и двойственность сложившейся на рынке правовой реальности. По итогам проведенного исследования предложен комплекс мер доктринального и практического характера для стабилизации возникшей правовой неопределенности, включая: формирование концепции применения законодательства о ПОД/ФТ кредитными организациями; разработку и принятие законодательных и нормативных актов на основе принципа баланса интересов кредитных организаций и их клиентов по вопросам ПОД/ФТ; недопустимость возложения на банки решения вопросов, потенциально способных привести к ущемлению прав и законных интересов клиентов; принятие Банком России нормативного акта об управлении риском ОД/ФТ; включение кредитными организациями в правила внутреннего контроля детализированного порядка осуществления деятельности по всем направлениям ПОД/ФТ, а также перечня документов по итогам проводимых проверочных мероприятий, которые впоследствии могут быть использованы в качестве доказательств при судебных разбирательствах или обжаловании действий кредитной организации в Банке России.

Legislation on countering the legalization (laundering) of proceeds from crime and the financing of terrorism (AML/CFT) is being developed in Russia in accordance with the requirements of international documents (the FATF Forty recommendations, the Wolfberg principles, documents of the Basel Committee on banking supervision, and others). The article draws attention to gaps and conflicts in Russian AML/CFT legislation, conflicting requirements of the Bank of Russia regulations, strict liability of banks and other financial organizations for violations detected in their activities, and the lack of a clear scientific approach to AML/CFT issues in the doctrine. The result of legal uncertainty is naturally unstable judicial practice and nervousness of financial market participants. The content of current draft laws on the relevant topic is disclosed. Examples of court decisions that do not take into account the public legal component of AML/CFT are given. The analysis of judicial practice and draft laws under consideration by the State Duma of the Russian Federation confirms the lack of a clear concept of AML/CFT and the duality of the current legal reality on the market. Based on the results of the study, a set of doctrinal and practical measures is proposed to

stabilize the legal uncertainty that has arisen, including: formation of the concept of applying AML/CFT legislation by credit organizations; development and adoption of legislative and regulatory acts based on the principle of balancing the interests of credit institutions and their clients on AML/CFT issues; inadmissibility of imposing on banks the solution of issues that could potentially lead to infringement of the rights and legitimate interests of clients; adoption by the Bank of Russia of a regulatory act on the management of ML/CFT risk; inclusion by credit organizations in the internal control rules of a detailed procedure for carrying out activities in all areas of AML / CFT, as well as a list of documents based on the results of verification activities that can later be used as evidence in court proceedings or appeals against the actions of a credit organization in the Bank of Russia.

После принятия 7 августа 2001 года Федерального закона «О противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма»¹ (далее – Закон о противодействии) вопросы соблюдения кредитными и иными организациями его требований стали регулярно выноситься на рассмотрение деловой общественности на различных дискуссионных площадках.

С момента наделения кредитных организаций² правами отказывать клиенту в открытии банковского счета (вклада), в проведении банковской операции и правом расторжения по собственной инициативе договоров банковского счета (вклада) (далее – «отказные» полномочия) [1], возложения на кредитные организации обязанностей по уведомлению Росфинмониторинга о принятых «отказных» решениях, появления «черных списков» клиентов-отказников и последующих сложностей с принятием их на обслуживание другими финансовыми организациями, а также разработки процедуры обжалования таких решений количество споров и обсуждений законодательства о противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма (далее – ПОД/ФТ) значительно возросло, а их интенсивность и ожесточенность усилились.

Причиной тому стали коллизионное законодательство, обилие актов Банка России, зачастую противоречивой направленности, явные противоречия в намерениях, с одной стороны, упро-

¹ СЗ РФ. 2001, №33 (часть I), ст. 3418.

² Для целей настоящей публикации термины «кредитная организация» и «банк» будут использоваться как синонимы.

стить порядок осуществления клиентами банковских операций и сделок, а, с другой стороны, ужесточение требований Банка России к поднадзорным субъектам относительно соблюдения законодательства о ПОД/ФТ как в части проведения проверок, так и в части привлечения виновных лиц к более строгой ответственности, включая отзыв (аннулирование) лицензии на совершение банковских операций¹ и взимание штрафов в повышенном размере².

На банки возложена обязанность осуществлять управление риском ОД/ФТ, под которым понимается «совокупность предпринимаемых действий, направленных на оценку такого риска и его минимизацию посредством принятия предусмотренных законодательством РФ, а также договором с клиентом мер, в частности, запроса дополнительных документов, их анализа, в том числе путем сопоставления содержащейся в них информации с информацией, имеющейся в распоряжении кредитной организации, отказа от заключения договора банковского счета (вклада), отказа в выполнении распоряжения клиента о совершении операции, расторжения договора банковского счета (вклада)» (п. 4.2. Положения Банка России от 2.03.2012 №375-П³).

Программу управления риском ОД/ФТ банк разрабатывает самостоятельно в рамках внутреннего контроля в целях ПОД/ФТ⁴, иных специальных нормативных актов по данному вопросу Банком России не принято. Соотношение риска ОД/ФТ с другими рисками, принимаемыми кредитными организациями при осуществлении банковских операций и сделок, особенности их агрегирования и управления в системе управления рисками и капиталом четко не определены, поскольку в Указании Банка России от 15.04.2015 №3624-У,⁵ устанавливающем основания, порядок и особенности управления рисками и капиталом [2], риск ОД/ФТ

¹ Ст. 13 Закона о противодействии.

² Ст. 74 Федерального закона от 10.07.2002 №86-ФЗ «О Центральном банке Российской Федерации (Банке России)» // СЗ РФ. 2002. №28. Ст. 2790.

³ Положение Банка России от 02.03.2012 №375-П «О требованиях к правилам внутреннего контроля кредитной организации в целях противодействия легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма» // Вестник Банка России. 2012. №20.

⁴ Пункт 4.1. Положения Банка России от 02.03.2012 №375-П.

⁵ Указание Банка России от 15.04.2015 №3624-У «О требованиях к системе управления рисками и капиталом кредитной организации и банковской группы» // Вестник Банка России. 2015. №51.

не установлен и не кодифицирован; специальных нормативных актов по данному вопросу не принято. Кредитные организации осуществляют разработку и реализацию процедур ОД/ФТ, фактически, на свой страх и риск, балансируя между требованиями регулятора и потенциальными претензиями клиентов о непрозрачности процедур ПОД/ФТ и необоснованности принятых решений.

Возникающие сложности не восполняются доктриной, поскольку законодательство о ПОД/ФТ весьма специфично, для глубокой теоретической проработки данных вопросов необходимо знание особенностей деятельности по ПОД/ФТ что называется «изнутри», а таких узких специалистов на рынке немного.

Дестабилизирующим фактором в данной связи служит противоречивая судебная практика.

Отрадно, что в течение последних трех-пяти лет стали появляться решения, в которых суды при оценке правомерности действий кредитных организаций воспринимают отсылки к разработанным банками правилам внутреннего контроля по ПОД/ФТ, а также письмам и иным рекомендованным Банком России актам, отмечая публично-правовой характер норм о ПОД/ФТ. Так, в Определении Конституционного Суда РФ от 25.05.2017 №1105-О¹ подчеркнуто, что установленное п. 5.2. ст. 7 Закона о противодействии положение конкретизирует положение п. 2 ст. 846 ГК РФ о возможности банка отказать в открытии счета в случаях, установленных законом или иными правовыми актами. Указанное правовое регулирование, предусматривающее принятие такой меры превентивного характера, как отказ в открытии банковского счета, направлен на противодействие финансированию терроризма и экстремизма, при том, что оно не предполагает возможность для произвольного отказа кредитным учреждением в открытии счета, а лицо, в отношении которого такое решение было вынесено, в любом случае имеет право оспорить действия банка. Аналогичное решение было вынесено в отношении расторжения банком с клиентом в одно-

¹ Ст. Определение Конституционного Суда РФ от 25.05.2017 №1105-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы общества с ограниченной ответственностью «ДревГрад» на нарушение конституционных прав и свобод абзацем вторым пункта 5.2. статьи 7 Федерального закона «О противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма» // СПС Консультант Плюс.

стороннем порядке договора банковского счета по основаниям, предусмотренным в Законе о противодействии¹.

Судебные решения принимаются в пользу кредитных организаций, если они смогут доказать обоснованность своих действий и действуют в рамках контроля за подозрительными операциями клиентов².

Вместе с тем, встречаются решения, основанные на отклонении судами за необоснованностью ссылок на признаки необычных операций, содержащиеся в Положении Банка России №375-П, письмах Банка России и ПВК по ПОД/ФТ самой кредитной организации (Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 6.12.2016 №Ф04-5296/2016 по делу №А27-24190/2015; Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 11.04.2018 №Ф09-1475/18 по делу №А50-30790/2017; Постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 18.03.2016 №Ф08-754/2016 по делу №А63-10088/2015 и др.).

Президиумом Верховного Суда РФ от 8 июля 2020 года утверждён Обзор по отдельным вопросам судебной практики, связанным с принятием судами мер противодействия незаконным финансовым операциям. В нём, в частности, отмечено, что арбитражный суд (мировой судья) отказывает в принятии заявления о вынесении (выдаче) судебного приказа в случае, если обращение в суд с таким заявлением может быть связано с намерением совершения незаконных финансовых операций.

Кейс 1. Типичный для споров подобного рода пример. Клиент обратился в суд с иском к банку о признании незаконным отказа в заключении договора на РКО и открытие счета. В качестве причин вынесения отказного решения банком была названа основанная на требованиях Положения Банка России №375-П и внутренних ПВК по ПОД/ФТ совокупность признаков, включающая: минимальный размер уставного капитала, совпадение в одном лице директора, учредителя и бухгалтера общества; осуществление

¹ Определение Конституционного Суда РФ от 20.12.2016 №2591-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Крюкова Георгия Александровича на нарушение его конституционных прав п. 1.2 ст. 859 Гражданского кодекса Российской Федерации, а также пп. 5.2 и 11 ст. 7 Федерального закона «О противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма» // СПС Консультант Плюс.

² См., напр., Постановление арбитражного суда Дальневосточного округа от 06.09.2018 №Ф03-3739/2018 по делу №А51-21550/2017.

действий в интересах клиента представителем по доверенности и иные. При вынесении решения Арбитражным судом Пермского края от 7.11.2017 года по делу №А50-30790/2017 доводы банка были признаны необоснованными, поскольку: не приведено нормативного обоснования невозможности совмещения в одном лице учредителя, директора и бухгалтера общества; признана несостоятельной ссылка на незначительный период деятельности клиента с момента регистрации; подчеркнута отсутствие связи между наличием почтового адреса с наличием у клиента филиалов (представительств). Публично-правовая составляющая в деятельности банка выявлена не была. Приведенные в рамках процедур ПОД/ФТ публичные процедуры были препарированы с точки зрения гражданского законодательства, что и привело к вынесению соответствующего решения.

Кейс 2. Постановлением Арбитражного суда Центрального округа от 4.10.2016 года №Ф10-3411/2016 по делу №А62-9219/2015 принято решение об обязанности банка заключить договор банковского счета. При вынесении решения суд отметил, что ссылка на минимальный размер уставного капитала отклонена, поскольку размер уставного капитала соответствует требованиям ГК РФ. Суд посчитал недостаточной разовую проверку (выезд) сотрудников службы безопасности банка для вынесения вывода об отсутствии юридического лица по указанному клиентом адресу, несмотря на то, что периодичность выезда не установлена ни одним нормативным актом. Отклонены были также иные доводы и документы банка. В данном случае суды также не приняли во внимание, что банк действовал в рамках исполнения публично-правовой обязанности идентификации клиента, представителя клиента, выгодоприобретателя и бенефициарного владельца и оценивал предпринятые меры по ПОД/ФТ с точки зрения гражданского законодательства.

Судебная практика в данном случае отражает правовую неопределенность, сложившуюся по вопросу соблюдения законодательства о ПОД/ФТ/ФРОМУ в банках.

Определенные надежды в части изменения сложившейся непростой ситуации возлагаются на законодателя.

К сожалению, не всегда эти надежды оправдываются. Предлагаемые законопроекты порой вызывают довольно неоднозначную реакцию. Так, 27 марта 2020 года был снят с рассмотрения Государственной Думой РФ, в связи с отзывом его субъектом права

законодательной инициативы, законопроект №502077-7, предусматривавший установление ответственности банков за необоснованный отказ от заключения публичного договора банковского счета либо навязывание дополнительных услуг при заключении данного договора. В отрицательном Заключении Комитета Государственной Думы по финансовому рынку на законопроект отмечены многочисленные его недостатки, в том числе неучет того обстоятельства, что в действующем законодательстве уже предусмотрена гражданско-правовая ответственность за необоснованное уклонение банка от заключения соответствующего договора; наличие в законопроекте некорректной терминологии¹, а также обусловленность вынесения банками «отказных» решений ввиду необходимости исполнения требований налогового, банковского законодательства и Закона о противодействии. Вызывает вопрос, каким образом законопроект, содержащий подобного рода недостатки, вообще был принят к рассмотрению.

Внесенный 9.07.2020 на рассмотрение Государственной Думой проект Федерального закона №948530-7 о внесении изменений в ст. 7 Закона о противодействии представляется более взвешенным и предусматривает несколько важных решений, в том числе следующие:

- на кредитную организацию возлагается обязанность в случае отмены судом ранее принятых ею «отказных» извещать об этом Росфинмониторинг в установленные порядок и сроки, что позволяет восполнить существующий в данной области правовой пробел;

- вынесение решений об отказе в выполнении распоряжения клиента о совершении операций осуществляется непосредственно руководителем кредитной организации, осуществляющей операции с денежными средствами или иным имуществом, либо специально уполномоченным им лицом. В данной связи настораживает появление «специально уполномоченного руководителем лица». Неясно, является ли это специально уполномоченное лицо ответственным сотрудником по ПОД/ФТ. Если нет, то может сло-

¹ Используемое в законопроекте понятие «публичный договор банковского счета» в законодательстве Российской Федерации не используется. Кроме того, в диспозиции проектируемой ч. 2 ст. 15.32 КоАП РФ речь идет в целом о публичных договорах, в то время, как по смыслу законопроекта должна идти речь о договорах банковского счета (п. 6 Заключения Комитета Государственной Думы по финансовому рынку по законопроекту №502077-7).

житься ситуация, когда «отказные» решения в банке будет принимать одно лицо, а нести ответственность в целом за организацию и осуществление внутреннего контроля по ПОД/ФТ – другое. Возникает конфликт интересов и размывается зона ответственности уполномоченных лиц.

Проект Федерального закона №582466-7 о внесении изменений в Закон о противодействии, принятый 11.12.2019 года в первом чтении, предусматривает формирование правовых основ внедрения дистанционных методов мониторинга состояния исполнения требований законодательства о ПОД/ФТ/ФРОМУ, а также проведения контрольных мероприятий в данной сфере с учетом риск-ориентированного подхода.

Анализ законопроектов позволяет сформулировать вывод об отсутствии четкой концепции соблюдения балансов интересов банков и их клиентов при соблюдении законодательства РФ. Эта дихотомия выражается и в нормотворчестве Банка России, и в подходах судебной практики, и в принимаемых законопроектах.

Отсутствует единообразный подход к вопросам ПОД/ФТ и в доктрине. До сих пор не выработана соответствующая терминология. Базовые понятия ПОД/ФТ зачастую не выражены в законодательстве, а отражены в рекомендательных актах Банка России. В формулировках терминов присутствует тавтология, при которой предмет определяется через самого себя; различия между, например, подозрительными, сомнительными и необычными операциями довольно призрачны и сомнительны.¹ Универсальный термин «блокирование» операций применяется практически

¹ Так, например, сомнительной операцией признается операция, имеющая необычный характер, и признаки отсутствия явного экономического смысла и очевидных законных целей, которые могут проводиться для вывода капитала из страны, финансирования «серого» импорта, перевода денежных средств из безналичной формы в наличную и последующего ухода от налогообложения, а также для финансовой поддержки коррупции и других противозаконных целей (Письмо Банка России от 04.09.2013 №172-Т, Методические указания Банка России от 16.02.2018 №5-МР и др.). Подозрительной является операция, в результате применения мер внутреннего контроля возникает подозрение, что она совершается в целях ОД/ФТ (Письмо Банка России от 03.07.1997 №479). Обычной признается операция, содержащая, содержащая возможные признаки и критерии необычности и не характерная для операций данного клиента, а также любые операции, которые по мнению сотрудников банка могут осуществляться с целью ОД/ФТ (прил. №1 к Положению Банка России от 02.03.2012 №375-П).

в отношении любых операций, хоть сколько-то ограничивающих действия клиента с находящимися на счете денежными средствами (арест, приостановление операций, блокирование, отказ в выполнении операции) и практически не используется в его корректном значении – блокирование (замораживание) денежных средств.

Правовая неопределенность препятствует правильному и корректному правоприменению норм права и не способствует созданию серьезных барьеров для притока в финансовую систему страны «грязных» денег, финансирования терроризма и распространения оружия массового уничтожения.

На различных дискуссионных площадках обсуждаются различные пути выхода из сложившейся ситуации, вплоть до довольно радикальных. Однако представляется, что в ситуации с ПОД/ФТ/ФРОМУ важна и эффективна именно комплексность подходов, включающая, в частности:

- разработку концепции исполнения финансовыми организациями публичных обязанностей в области ПОД/ФТ/ФРОМУ с учетом частных интересов бизнеса;

- формирование системы понятных и прозрачных терминов, порядков и процедур, глубокую доктринальную проработку правовых аспектов ПОД/ФТ/ФРОМУ;

- тщательную и качественную проработку поступающих на рассмотрение Государственной Думой РФ проектов федеральных законов в области ПОД/ФТ/ФРОМУ в целях недопущения серьезных недочетов в их содержании, обеспечения отсутствия коллизии или дублирования;

- на уровне нормативных актов Банка России установить базовые, минимально необходимые параметры осуществления идентификации клиентов, представителей клиента, выгодоприобретателей и бенефициарных владельцев, осуществления обязательного контроля и контроля подозрительных и необычных операций, вынесения кредитными организациями «отказных» решений, «извлечь» положения, реализация которых может привести к ущемлению прав и интересов клиентов, с уровня рекомендаций и «закрепить» в нормативных актах, позволяющих банкам апеллировать к их тексту, применять при разработке правил внутреннего контроля по ПОД/ФТ/ФРОМУ, использовать в качестве доказательств в судах;

- банкам закреплять в правилах внутреннего контроля детальный алгоритм действий по каждой программе ПОД/ФТ/ФРОМУ,

в том числе предусматривающий формирование определенного комплекта документов по результатам осуществляемых процедур, в целях обеспечения в дальнейшем документарной базы для взаимодействия с клиентами, Банком России и для дальнейшего использования в качестве доказательственной базы в судебных разбирательствах; больше времени уделять взаимодействию с клиентами (разъяснять, консультировать, уведомлять).

* * *

1. Алексеева Д.Г. «Отказные» полномочия банков в отношении подозрительных операций клиентов: вопросы соблюдения частных и публичных интересов // Банковское право. 2018. №4. С. 9–17.

2. Алексеева Д.Г. Правовые проблемы управления риском отмывания доходов, полученных преступным путем, и финансирования терроризма в банке // Банковское право. 2019. №6. С. 14–22.