

Ю.Б. Фогельсон, д.ю.н.,
профессор кафедры предпринимательского права
факультета права
ГУ-ВШЭ

ПРАВОВЫЕ РИСКИ КОММЕРЧЕСКОГО БАНКА¹

1. Международный стандарт достаточности капитала банков, рекомендованный Базельским комитетом банковского надзора, так называемый Базель II², хотя и не является обязательным для применения в национальных правовых порядках, но повсеместно применяется. В том числе он применяется для оценки достаточности капитала коммерческих банков и в России³.

В соответствии с этим международным стандартом банки, оценивая достаточность своего капитала, должны учитывать разнообразные риски, которым подвергается банк в процессе своей деятельности, оценивать их и использовать эту оценку при расчетах показателей, контролируемых в порядке надзора. Одной из разновидностей таких рисков является так называемый правовой риск или риск, связанный с функционированием правовой системы. Банк России предписывает

¹ Настоящая статья выполнена при информационной поддержке ЗАО «Консультант Плюс». Все ссылки на судебную практику в этой статье даны по СПС «КонсультантПлюсПроф», если в самой ссылке не указан иной источник.

² Basel II: International Convergence of Capital Measurement and Capital Standards: A Revised Framework – Comprehensive Version, June 2006. Текст этого стандарта на английском языке доступен на интернет-сайте Банка международных расчетов: <http://www.bis.org/publ/bcbs128.pdf>. Комментарии к этому документу на русском языке можно найти в книге: *Нобель П.* Швейцарское финансовое право и международные стандарты. М., 2007. С. 321–335; и в сборнике: Базель II: документы и комментарии / Отв. ред. С. И. Корепанов. М., 2007.

³ См., например, Приложение V.1 Основных направлений единой государственной денежно-кредитной политики на 2010 год и период 2011 и 2012 годов, одобренных Советом директоров Банка России 11 ноября 2009 г. // Вестник Банка России. 2009. № 68.

коммерческим банкам оценивать правовой риск, контролировать его и управлять им¹.

Банк России определяет правовой риск как риск возникновения у кредитной организации убытков вследствие влияния двух типов факторов – внутренних и внешних, а именно:

1. К внутренним факторам Банк России относит:

а) несоблюдение кредитной организацией законодательства Российской Федерации, в том числе по идентификации и изучению клиентов, установлению и идентификации выгодоприобретателей (лиц, к выгоде которых действуют клиенты), учредительных и внутренних документов кредитной организации;

б) несоответствие внутренних документов кредитной организации законодательству Российской Федерации, а также неспособность кредитной организации своевременно приводить свою деятельность и внутренние документы в соответствие с изменениями законодательства;

с) неэффективная организация правовой работы, приводящая к правовым ошибкам в деятельности кредитной организации вследствие действий служащих или органов управления кредитной организации;

д) нарушение кредитной организацией условий договоров;

е) недостаточная проработка кредитной организацией правовых вопросов при разработке и внедрении новых технологий и условий проведения банковских операций и других сделок, финансовых инноваций и технологий.

2. К внешним факторам Банк России относит:

а) несовершенство правовой системы (отсутствие достаточного правового регулирования, противоречивость законодательства Российской Федерации, его подверженность изменениям, в том числе в части несовершенства методов государственного регулирования и (или) надзора, некорректное применение законодательства иностранного государства и (или) норм международного права), невозможность решения отдельных вопросов путем переговоров и как результат – обращение кредитной организации в судебные органы для их урегулирования;

б) нарушения клиентами и контрагентами кредитной организации условий договоров;

¹ Письмо ЦБ РФ от 30 июня 2005 г. № 92-Т «Об организации управления правовым риском и риском потери деловой репутации в кредитных организациях и банковских группах» // Вестник Банка России. 2005. № 34.

с) нахождение кредитной организации, ее филиалов, дочерних и зависимых организаций, клиентов и контрагентов под юрисдикцией разных государств¹.

Эти факторы можно еще назвать источниками правового риска. Но, например, в книге *Operational Risk: Regulation, Analysis and Management* под редакцией *Carol Alexander* источники правового риска разбиты по-другому. Выделяются три большие группы источников:

1) нарушение действующих правил банком, его сотрудниками, контрагентами;

2) неопределенность в отношении требований, предъявляемых правовой системой и последствий их невыполнения;

3) относительная неэффективность правовой системы².

В литературе можно найти и другие классификации источников правового риска³. Но полезность любой классификации, любого определения должна оцениваться с точки зрения той задачи, которую необходимо решить. В нашем случае, как мы видим, главной задачей, для решения которой водится понятие правового риска, является его оценка или, как говорят риск-менеджеры, измерение.

На первый взгляд представляется, что оценка риска – это задача для математиков, и юристы вряд ли могут здесь чем-то помочь. Однако мы увидим, что это не совсем верно, и без участия юристов вряд ли удастся правильно оценить и управлять рисками убытков, источником которых является функционирование правовой системы, т.е. правовыми рисками.

2. Для понимания сути проблемы (в рамках общей задачи оценки правового риска), которую трудно решить без участия юристов, опишем сначала сами понятия «риск» и «правовой риск».

Возьмем определение термина «риск» из ГОСТ Р 51897-2002 «Менеджмент риска. Термины и определения»: риск – это совокупность вероятности события и его последствий. В более позднем ГОСТе 51901.4-2005 «Менеджмент риска. Руководство по применению при

¹ См. Письмо ЦБ РФ от 30 июня 2005 г. № 92-Т «Об организации управления правовым риском и риском потери деловой репутации в кредитных организациях и банковских группах» // Вестник Банка России. 2005. № 34..

² *Hadjimmanuil Ch.* Legal Risk and Fraud: Capital Charges, Control and Insurance // *Operational Risk: Regulation, Analysis and Management* / Ed. by C. Alexander. Edinburgh, 2003. P. 74–100.

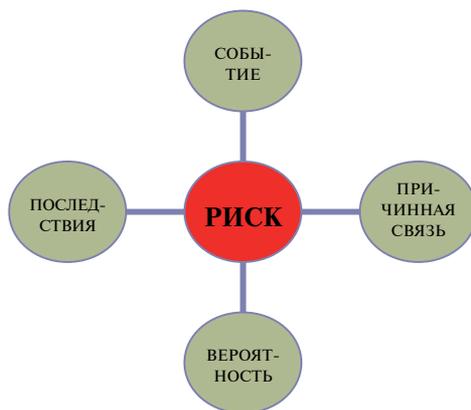
³ Например, в статье *Shyamala Gopinath*: Changing Dynamics of Legal Risks in the Financial Sector // <http://www.bis.org/review/r091105c.pdf>.

проектировании» риск определен как «сочетание вероятности появления опасного события и его последствий». В моей статье 2003 г. та же самая идея выражена несколько более юридическим языком: риск — это возможность причинения вреда частному лицу в результате воздействия определенной опасности с учетом вероятности причинения этого вреда этой опасностью¹. Видно, что все три определения можно представить в виде четырехэлементной правовой конструкции:

- 1) событие (опасность);
- 2) последствия (вред частному лицу);
- 3) причинная связь между событием и последствиями;
- 4) вероятность осуществления события и его последствий.

Единственным существенным отличием моего определения является обстоятельство, что оно учитывает лишь негативные и субъективные последствия (вред для частного лица), а определения ГОСТов — любые последствия, как субъективные, так и объективные, как негативные, так и позитивные. В остальном конструкции совпадают.

Ясно, что для рассматриваемого нами случая — рисков убытков у коммерческого банка — данное различие несущественно, так как речь идет именно о негативных последствиях (убытках) определенных событий у частного лица (коммерческого банка). Поэтому в основу рассуждений мы положим именно эту четырехэлементную конструкцию риска.



¹ См.: Фогельсон Ю. Конструкции «интерес» и «риск» в Гражданском кодексе // Хозяйство и право. 2003. № 6.

Вспомним теперь о той задаче, которая должна решаться, – оценка риска. Это означает, что математики (риск-менеджеры), которые будут решать эту задачу, должны иметь информацию о размерах убытков, вызываемых воздействием правовой системы, и о вероятностных характеристиках возникновения этих убытков. Математики говорят о распределении вероятностей убытков, понимая под этим (в очень грубом приближении), что для каждой величины убытка имеется вероятность возникновения убытка данной величины. Очевидно, что для расчетов математики используют важное предположение о том, что для каждой величины убытков эта вероятность существует и что она единственная.

Этот на первый взгляд не очень ясный тезис станет совершенно понятным, если рассмотреть следующий пример. Предположим, машина застрахована от повреждения с выплатой возмещения по принципу «новое за старое». В этом случае вероятность убытка определенного размера будет больше, чем при страховании машины по принципу «старое за старое». Полагаю, это ни у кого не вызывает сомнения. Поэтому страховщики говорят о двух разных рисках, у каждого из которых своя вероятностная характеристика, по-разному их оценивают и соответственно используют разные тарифы страховой премии. Аналогично и при страховании от несчастных случаев. Убытки от несчастных случаев на территории России имеют совершенно иную вероятностную характеристику, чем убытки от несчастных случаев при поездках за границу. Здесь также налицо два разных риска, и полисы страхования этих двух рисков продают разные.

Мы видим, что в обоих этих примерах и тип события один и тот же (повреждение машины, несчастный случай), и тип убытков один и тот же (расходы), но различаются вероятностные характеристики, и поэтому говорят о разных рисках. Конечно, риски могут отличаться не только вероятностными характеристиками, но и типами событий и видами возникающих убытков.

Математикам для оценки рисков необходимо выделить конкретный риск и работать именно с ним. Оценки, сделанные математиками, будут тем более достоверны, чем лучше будет выделен риск по своей вероятностной характеристике, чем в большей степени будет выполняться предположение о том, что данной величине убытка со-

ответствует ровно одна вероятность возникновения убытка данной величины.

Безусловно, в случае рисков «новое за старое» и «старое за старое», «несчастный случай в России» и «несчастный случай за границей» и в аналогичных случаях математики могли бы обработать смешанную статистику и оценить смешанный риск, например повреждения автомашины, не определяя вариант возмещения. Но эта оценка была бы менее применима для управления таким смешанным риском. Юристы же прекрасно знают, сколько споров о сумме выплаты вызывает отсутствие указания в договоре страхования автокаско на способ расчета возмещения.

Таким образом, одной из главных задач оценки любого риска, в том числе и правового риска коммерческого банка, является выделение из общей массы событий и убытков таких групп, которые имеют общую вероятностную характеристику. Можно сказать, что само понятие «правовой риск» не очень подходит для решения этой задачи. Лучше говорить о «правовых рисках», имея в виду, что убытки, вызванные различными воздействиями правовой системы на деятельность банка, объединены в группы, каждая из которых имеет свою вероятностную характеристику. То есть одной из важных проблем при решении задачи суммарной оценки риска коммерческого банка, вызванного воздействием механизмов правовой системы, является разделение общей массы убытков банка, понесенных из-за работы этих механизмов, на разные правовые риски.

Конечно, ни юристам, ни математикам заранее не известны те группы убытков банка, которые обладают одинаковой вероятностной характеристикой, т.е. неизвестен весь спектр рисков, объединенных под общим названием «правовой риск», и вряд ли их можно точно определить, однако можно предложить путь продвижения в этом направлении.

Естественно предположить, что вероятностная характеристика убытков банка, вызванных воздействием на деятельность банка правовой системы, зависит от механизма этого воздействия. Одинаковые механизмы одинаковым способом порождают убытки, и соответственно убытки, вызванные одним и тем же механизмом или одинаковыми по своей сути механизмами, объединены в группу убытков, составляющих конкретный риск.

Если исходить из этого достаточно реалистического предположения, становится очевидным, что на первом этапе работы по оценке общего риска воздействия на убытки банка правовой системы — на этапе выявления отдельных правовых рисков — необходимы знания механизмов воздействия правовой системы, т.е. юридические знания. Отсюда и место юриста в работе по оценке правовых рисков коммерческого банка.

3. Рассмотрим теперь более подробно четыре описанных выше элемента правовой конструкции риска. Напомню об этих элементах:

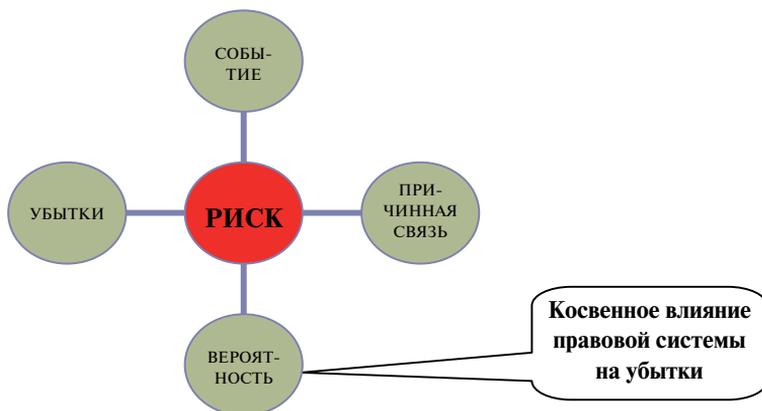
- 1) событие (опасность);
- 2) последствия (вред частному лицу);
- 3) причинная связь между событием и последствиями;
- 4) вероятность осуществления события и его последствий.

Проще всего дело обстоит с четвертым элементом риска — его **вероятностной характеристикой**. Заметим, что изучение вероятностной характеристики риска не входит в задачи настоящей работы и вообще в задачи юристов. Как показано выше, мы лишь отыскиваем группы убытков, которые предположительно имеют одинаковую вероятностную характеристику, а для этого изучаем различные механизмы правовой системы, которые порождают эти убытки.

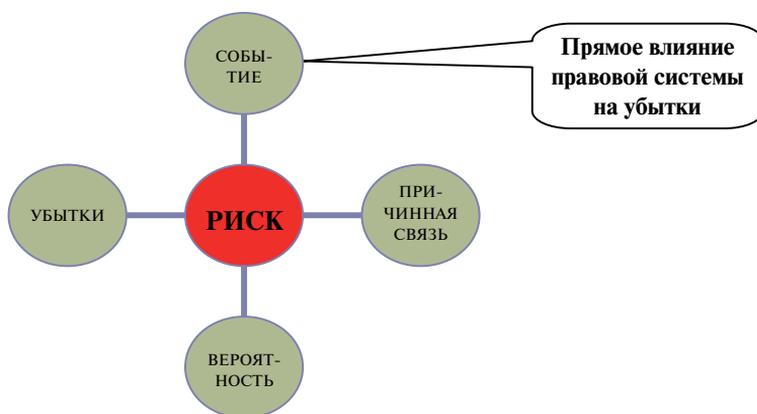
Рассмотрим третий элемент — **причинную связь**. Российская правовая система знает два вида причинной связи: прямую и косвенную. Пример: крестьянское фермерское хозяйство взяло кредит, заложив под его обеспечение землю. В дальнейшем кредит не был возвращен, а договор залога земли был признан недействительным из-за того, что залог, по мнению суда, предполагает возможность изменения целевого назначения земли, что незаконно. В результате банк понес убытки, так как не смог взыскать кредит с заемщика¹. Здесь убытки, вызванные невозвратом кредита, лишь косвенно являются следствием воздействия правовой системы, непосредственная их причина — поведение заемщика, не вернувшего кредит. Но дополнительные убытки — расходы на судебное разбирательство — являются прямым следствием воздействия правовой системы.

Вот так влияет правовая система на возникновение убытков при признании недействительным договора

¹ См.: *Пыхтин С.В., Филиппова Т.В.* Правовые риски кредитования крестьянских (фермерских) хозяйств // *Юридическая работа в кредитной организации*. 2010. № 4.



А влияние правовой системы на возникновение убытков, когда оно проявляется в форме судебных расходов, выглядит так:



Видно, что в первом случае влияние правовой системы лишь увеличило кредитный риск, ухудшив качество кредита, т.е. этот эффект должен быть учтен при оценке кредитного риска. А о собственно правовых рисках речь идет во втором случае.

Понятно, что при оценке влияния правовой системы на убытки банка следует оценивать как прямое, так и косвенное ее влияние,

но лишь прямое влияние следует называть правовым риском; косвенное влияние правовой системы на убытки банка лучше называть фактором, воздействующим на другие риски, например на кредитный.

Теперь о втором элементе: **последствиях**. Последствиями в нашем случае являются убытки банка. Как мы знаем (ст. 15 ГК РФ), убытки банка состоят из:

- 1) расходов, которые были понесены;
- 2) расходов, которые должны быть понесены;
- 3) утраты или повреждения имущества банка;
- 4) неполученных доходов (упущенной выгоды); при определении упущенной выгоды принимаются во внимание предпринятые для ее получения меры и сделанные для этого приготовления (п. 4 ст. 393 ГК РФ).

Поскольку мы говорим об убытках, вызванных воздействием правовой системы, вряд ли можно представить себе такое воздействие, вызвавшее утрату или повреждение имущества банка. То есть по существу мы имеем дело только с расходами (произведенными или теми, которые должны быть произведены) и с упущенной выгодой.

Кроме того, мы видим, что правовые механизмы определения убытков в форме расходов и в форме упущенной выгоды существенно различаются. Для определения расходов достаточно их рассчитать. Для определения упущенной выгоды ее расчета недостаточно, необходимо еще представить дополнительные доказательства. То есть правовая система генерирует убытки в форме расходов и в форме упущенной выгоды по-разному.

Соответственно мы можем сказать, что убытки в форме упущенной выгоды следует для целей оценки рисков отделить от убытков в форме расходов. Риски, порождающие убытки в форме расходов, следует отличать от рисков, порождающих убытки в форме упущенной выгоды.

4. Наконец, о первом элементе — **событиях**, вызывающих убытки. Мы ограничимся здесь лишь собственно правовыми рисками, т.е. такими, в которых правовая система порождает события, прямо вызывающие убытки у банка. События в этом случае, как мы уже говорили, порождены различными механизмами воздействия правовой системы на банк, а таких механизмов много (подробнее см. далее).

Во всякой правовой системе можно выделить две группы механизмов: механизмы создания права и механизмы применения права.

1. Механизмы создания права

- законодателем;
- органами исполнительной власти;
- толкование правовых норм правоприменителями.

2. Механизмы применения права

- судами (арбитраж, общегражданский суд);
- административными органами;
- физическими и юридическими лицами.

Уголовный и конституционный процессы из механизмов применения права здесь исключены, так как они вряд ли могут непосредственно привести к убыткам банка. Напомню, что мы рассматриваем лишь прямую, непосредственную связь событий с убытками. Административный судебный процесс здесь отдельно не выделен, так как по механизму своего действия он немногим отличается от гражданского.

Эта статья не предполагает полное исследование всех правовых рисков коммерческого банка, ее цель — показать методику их выявления. Поэтому здесь будут рассмотрены примеры различных правовых рисков, вызванных различными механизмами правовой системы, иллюстрирующие методику их выявления.

Риск расходов, вызванных изменением законодательства. Принятие нового закона, отмена или изменение старого закона вполне могут вызвать прямые убытки банка в форме расходов. Пример — изменение законодательства о хозяйственных обществах в части содержания учредительных документов. В этом случае внесение изменений в имеющиеся документы влечет определенные расходы, причем иногда существенные, так как внесение изменений в документы банка — это, как правило, довольно длительная процедура. Другой пример — изменение законодательства об обращении ценных бумаг, валютного законодательства. Такие изменения, как правило, приводят к значительным расходам банка на создание новой инфраструктуры работы с ценными бумагами или с валютой. Можно привести еще целый ряд примеров, когда изменение законодательства непосредственно вызывает расходы у банка. Разумно предположить, что такие расходы обладают единой стабильной вероятностной характеристикой и составляют один из правовых рисков банка.

Изменения законодательства могут, конечно, повлиять на убытки банка и косвенно. Например, изменение законодательства о залоге может повлиять на обеспеченность кредита, т.е. на кредитный риск. Но, как уже было сказано, косвенные воздействия правовой системы мы здесь не рассматриваем.

Риск упущенной выгоды, вызванной толкованием норм судами. Другой правовой риск банка, вызванный еще одним механизмом создания права — токованием правовых норм, риск упущенной выгоды в результате такого толкования. Пример — условие кредитного договора об открытии и ведении банком ссудного счета и взимание за это платы Президиум ВАС РФ истолковал как ущемляющее права потребителя. В результате доходы банка от потребительского кредитования упали. Предположение о том, что такие не полученные банком доходы обладают единой стабильной вероятностной характеристикой и составляют один из правовых рисков банка, также представляется вполне разумным.

Риски судебных расходов. Достаточно очевидным риском, вызванным работой правоприменительной системы, является риск судебных расходов. Однако любой юрист с опытом участия в судебных процессах скажет, что механизмы, формирующие эти расходы в арбитражных делах и в делах судов общей юрисдикции, различны. Таким образом, здесь мы имеем дело с двумя разными правовыми рисками судебных расходов.

Риски административных штрафов. Еще два правовых риска коммерческого банка — это риски административных штрафов. Штрафы накладываются как следствие контрольных мероприятий. Деятельность банка контролируется прежде всего Банком России, и это самостоятельный механизм контроля. Механизмы контроля другими контролирующими органами, например Роспотребнадзором, Федеральной службой по финансовым рынкам РФ и пр., существенно отличаются от механизма контроля Банком России. Поэтому представляется правильным выделить здесь два разных правовых риска: риск штрафов Банка России и риск других административных штрафов.

Риски применения мер гражданско-правовой ответственности. Эти риски вызваны применением права физическими и юридическими лицами. Суды в данном случае не являются прямой причиной санкций; они лишь содействуют контрагентам банка в их взыскании. Прямой

причиной таких санкций являются действия контрагентов банка, обращающихся в суд за их взысканием. Видимо, следует выделить несколько таких рисков: риск потребительских неустоек и штрафов, риск пени за просрочку исполнения обязательств, риск взыскания с банка убытков, риск взыскания морального вреда.

Перечень перечисленных здесь рисков не следует воспринимать как исчерпывающий. Очень много в определении правовых рисков банка зависит от имеющейся у него статистики, так как только по ней можно выделить группы убытков, обладающих устойчивой вероятностной характеристикой. Здесь показана лишь общая методика анализа и приведены некоторые наиболее очевидные примеры. Полагаю, эта методика будет полезной как для риск-менеджеров, так и для банков, решивших оценить свои правовые риски.