**Банки как субъекты налогового права**

В ст. 11 НК РФ под банками (банком) понимаются коммер­ческие банки и другие кредитные организации, имеющие ли­цензию Центрального банка РФ.

На основании этого определения следует сделать вывод, что налоговое законодательство не делает различий между поня­тиями «банк», «кредитная организация», «небанковская кредит­ная организация».

На самом деле названные понятия различны по своему объ­ему и содержанию. Более того, разъяснение этих различий представляется обязательным в курсе налогового права, так как критерием разграничения этих понятий служит определенное сочетание выполняемых банковских операций, которыми и оп­ределяются особенности налогообложения банков.

*Кредитная организация.* Наиболее общим из рассматривае­мых понятий является понятие «кредитная организация». По своему объему оно исчерпывающим образом включает в себя непересекающиеся понятия «банк» и «небанковская кредитная организация». Иными словами, для того чтобы определить, сколько в России кредитных организаций, следует к числу бан­ков прибавить число небанковских кредитных организаций.

В соответствии со ст. 1 Федерального закона «О банках и банковской деятельности» кредитная организация — юридиче­ское лицо, которое для извлечения прибыли как основной це­ли своей деятельности на основании специального разреше­ния (лицензии) Центрального банка РФ имеет право осущест­влять банковские операции, предусмотренные названным Федеральным законом. Кредитная организация образуется на основе любой формы собственности как хозяйственное обще­ство.

Указание в данном определении на возможность образова­ния кредитной организации только в форме хозяйственного об­щества означает, что для кредитной организации допустима лишь одна из трех перечисленных ниже организационно-пра­вовых форм:

— *акционерное общество,* т. е. общество, уставный капитал которого разделен на определенное число акций; участники ак­ционерного общества (акционеры) не отвечают по его обяза­тельствам и несут риск убытков, связанных с деятельностью общества, в пределах стоимости принадлежащих им акций. При этом акционеры, не полностью оплатившие акции, несут солидарную ответственность по 'обязательствам акционерного

общества в пределах неоплаченной части стоимости принадле­жащих им акций (ст. 96 ГК РФ);

— *общество с ограниченной ответственностью,* которое яв­ляется одной из форм объединения капиталов, не требующего личного участия своих членов в делах общества. Отличительной особенностью данной организационно-правовой формы явл«г ется деление ее уставного капитала на доли участников при от­сутствии у них ответственности по долгам общества. Имущест­во общества, включая уставный капитал, принадлежит на праве собственности ему самому и не образует объекта долевой соб­ственности его членов. В связи с тем что вклады участников общества становятся его собственностью, они не отвечают по долгам общества в пределах внесенных ими вкладов, а несут только риск утраты вкладов (убытков) в пределах внесенных ими вкладов (п. 1 ст. 87 ГК РФ);

— *общество с дополнительной ответственностью,* которое является одним из видов общества с ограниченной ответствен­ностью, в связи с чем на него распространяются почти все по­ложения об обществах с ограниченной ответственностью (п. 3 ст. 95 ГК РФ), кроме одного исключения: участники такого об­щества солидарно несут субсидиарную ответственность по его обязательствам своим имуществом в одинаковом для всех крат­ном размере к стоимости их вкладов, определяемом учреди­тельными документами общества (п. 1 ст. 95 ГК РФ). Причем при банкротстве одного из участников общества его ответст­венность по обязательствам общества распределяется между ос­тальными участниками пропорционально их вкладам, если иной порядок распределения ответственности не предусмотрен учредительными документами общества.

*Банк.* Основную роль в банковской системе страны выпол­няют коммерческие банки. Впервые в современной российской юридической науке определение понятия «банк» было пред­ставлено в Законе РСФСР от 2 декабря 1990 г. «О банках и банковской деятельности в РСФСР», в соответствии со ст. 1 которого банк определялся как коммерческое учреждение, яв­ляющееся юридическим лицом, которому в соответствии с на­званным Законом и на основании лицензии (разрешения), вы­даваемой Центральным банком РСФСР, предоставлено право привлекать денежные средства от юридических и физических

лиц и от своего имени размещать их на условиях возвратности, платности и срочности, а также осуществлять иные банковские

операции.

Данное определение с правовой точки зрения было не со­всем удачным, так как под учреждением в советском и россий­ском законодательстве традиционно понимались и понимаются организации, создаваемые для осуществления управленческих, социально-культурных и других функций некоммерческого ха­рактера и финансируемые собственником полностью или час­тично1. Следовательно, юридическая сущность коммерческого банка оставалась во многом неясной. Положение усугублялось и не вполне точными формулировками ст. 5 Закона, где пере­числялись банковские операции и сделки. Причем, во-первых, банковские операции не были как-либо отделены от банков­ских сделок, что не позволяло провести четкое различие между этими понятиями, во-вторых, перечень банковских операций и сделок не являлся исчерпывающим, что затрудняло отграниче­ние банковской деятельности от деятельности, которая банков­ской не является.

На практике это создавало условия для осуществления бан­ковской деятельности организациям, не имевшим специально­го разрешения (лицензии) на осуществление банковских опера­ций.

В дополнение к изложенному Закон разрешил отдельные банковские операции выполнять учреждениям, не являющимся банками, определив их как «другие кредитные учреждения». При этом само понятие кредитного учреждения в Законе не

раскрывалось.

Указанные недостатки были во многом обусловлены пере­ходной экономической ситуацией, в которой зарождалось бан­ковское законодательство, а также недостаточной теоретиче­ской проработанностью рассматриваемого вопроса. По понят­ным причинам развитие теории банковского права в России остановилось на работах М. М. Агаркова, который в 1927 г. от-

мечал, что не существует «логически правильно построенного определения, которое в точности соответствовало тому поня­тию, которое имеют в виду, пользуясь термином «банк»1.

В начале 90-х гг. рыночная экономика в России находилась в зачаточном состоянии. Отказ от централизованно-плановой системы управления, в том числе в финансово-кредитнр|1 сфе­ре, многими воспринимался как отказ от государственного ре­гулирования экономики вообще. Одним из лозунгов того вре­мени было изречение: «В регулируемом рынке столько же рын­ка, сколько права в революционном правопорядке», что после 70 лет господства в России тоталитарного режима воспринима­лось как истина в последней инстанции. Все это создавало бла­гоприятные условия для многочисленных злоупотреблений, в особенности в банковской сфере, и привело к известным ре­зультатам, когда миллионы людей были обмануты организато­рами всевозможных «пирамид».

Таким образом, именно практика применения банковского законодательства в России привела к необходимости выработки научно обоснованной концепции, которая позволила бы пре­одолеть имеющиеся недостатки. И центральной проблемой стал вопрос о юридическом определении понятия «банк», кото­рое позволило бы уяснить место коммерческого банка среди других субъектов права и выявить специфические особенности его правовой природы.

Сформулировать указанное определение пытались многие ученые-юристы. Так, А. А. Жданов в качестве отличительного признака коммерческого банка выделил договорный характер отношений между ним и его клиентами и определил его как кредитное учреждение, осуществляющее на договорных нача­лах кредитно-расчетное и иное банковское обслуживание юри­дических лиц и граждан путем совершения операций и оказа­ния услуг2. Между тем договорный характер взаимоотношений между банком и его клиентами не может быть признан отличи­тельным признаком коммерческого банка, так как в условиях рыночной экономики предприятия и организации всех сфер

предпринимательской деятельности (а в отдельных случаях и органы государственной власти) реализуют товары, выполняют работы и оказывают услуги на договорной основе.

Л. Г. Ефимова предложила рассматривать банк как предпри­ятие, оказывающее специфический вид услуг — банковские ус­луги. При этом основными признаками банка как предпри­ятия, по ее мнению, являются: наличие имущества на праве собственности либо ином вещном праве, отражение этого иму­щества на самостоятельном балансе, наличие прав юридическо­го лица и, наконец, осуществление банковской деятельности, которая рассматривается как один из видов хозяйственной дея­тельности с целью получения прибыли1.

Однако уже во время появления данной концепции все большее распространение в научных кругах стала получать точ­ка зрения на предприятие как на объект, а не как на субъект права. Данная точка зрения получила официальное закрепле­ние в принятой в конце 1994 г. части первой ГК РФ (ст. 132), в связи с чем изложенная концепция быстро устарела.

К 1995 г. стало очевидно, что кардинальное совершенство­вание законодательства — настоятельная потребность времени, в связи с чем активизировалась практическая и теоретическая работа над новой редакцией Закона «О банках и банковской деятельности», в которой приняло участие большое количество ученых — юристов, экономистов и практических банковских

работников.

В ходе острейших дискуссий было предложено рассматри­вать банк как коммерческое юридическое лицо, создающееся в любой организационно-правовой форме, предусмотренной за­конодательством РФ, которое на основании лицензии Банка России вправе привлекать вклады (депозиты), выдавать креди­ты, осуществлять расчеты, выполнять другие банковские опера­ции, а также совершать иные сделки, не противоречащие зако­ну и целям деятельности, указанным в его уставе2.

1 Такой подход позволил:

во-первых, уяснить место банков в системе субъектов права (коммерческий банк определен как коммерческая организация, т. е. организация, самостоятельно осуществляющая на свой риск деятельность, направленную на систематическое получе­ние прибыли лицами, зарегистрированными в этом качестве в установленном законом порядке);

во-вторых, выделить специфический признак банка, позво­ляющий отделить его от других субъектов предприниматель­ской деятельности, — осуществление банковских операций;

в-третьих, подчеркнуть, что банковская деятельность осуще­ствляется им на основании разрешения специально уполномо­ченного органа государственной власти — Банка России;

в-четвертых, указать, что отличительным признаком ком­мерческого банка является не просто осуществление банков­ских операций, а то, что он в совокупности осуществляет такие банковские операции, как привлечение вкладов (депозитов), выдача кредитов и осуществление расчетов.

Предлагаемый подход получил воплощение во вступившей в силу в феврале 1996 г. редакции Федерального закона «О бан­ках и банковской деятельности».

Согласно этой редакции *банк — кредитная организация, ко­торая имеет исключительное право осуществлять в совокупности следующие банковские операции: привлечение во вклады денежных средств физических и юридических лиц, размещение указанных средств от своего имени и за свой счет на условиях возвратности, платности, срочности, открытие и ведение банковских счетов физических и юридических лиц.*

*Небанковская кредитная организация.* В соответствии со ст. 1 Федерального закона «О банках и банковской деятельности» небанковской кредитной организацией является кредитная ор­ганизация, имеющая право осуществлять отдельные банков­ские операции, предусмотренные названным Федеральным за­коном. Допустимые сочетания банковских операций для небан­ковских кредитных организаций устанавливаются Банком России.

Небанковские кредитные организации выполняют доволь­но широкий набор функций по обеспечению кредитно-фи-

нансового сегмента общественного производства и воспроиз­водства.

Существование небанковских кредитных организаций поми­мо и наряду с банками обусловлено тем, что в силу объектив­ных причин кредитные организации вынуждены распределять «финансово-кредитные обязанности» между собой.

К числу названных объективных причин относятся:

во-первых, довольно широкий перечень банковских опера­ций и иных сделок, которые кредитная организация вправе осуществлять помимо банковских операций, побуждает кредит­ные организации специализироваться на оказании каких-либо отдельных банковских услуг или какого-то перечня таких услуг, но всегда такой перечень будет закрытым, так как довольно проблематично для одной (пусть и крупной) организации осу­ществлять все банковские и иные финансовые операции, раз­решенные для кредитных организаций;

во-вторых, неизбежно ограниченные возможности (органи­зационные, материальные, кадровые и др.) любой кредитной организации, которые не позволяют им расширяться и укруп­няться бесконечно, что дополняется закрепленными в Консти­туции РФ принципами поддержки конкуренции (ч. 1 ст. 8) и запрещения экономической деятельности, направленной на монополизацию и недобросовестную конкуренцию (ч. 2 ст. 34).

Таким образом, если банки — это основной, главный фи­нансовый институт, изначально ориентированный на ком­плексное осуществление банковской деятельности, в силу че­го объективно стремящийся к универсализации, то небанков­ские кредитные организации вторичны, производны по отношению к ним. Последние по определению являются ор­ганизациями, специализирующимися на проведении лишь от­дельных банковских операций, в связи с чем имеют свое объ­ективно обусловленное место в кредитно-финансовой системе страны.

Спорным является вопрос о причислении тех или иных ор­ганизаций к числу небанковских кредитных организаций. Так, ряд авторов к числу небанковских кредитных организаций от­носит страховые компании, ломбарды, инвестиционные фон-

ды, благотворительные фонды, брокерские и дилерские фир­мы, лизинговые фирмы, факторинговые фирмы и т. д.1

Это связано с тем, что Закон РСФСР «О банках и банков­ской деятельности в РСФСР» в старой редакции не делал раз­личия между банковскими операциями и сделками, в связи с чем невозможно было провести четкого различия между этими понятиями, что в конечном счете создало возможности для по­явления различного рода организаций, название которых имело мало общего с их реальной деятельностью.

Мы полагаем, что в этих условиях целесообразно применить способ, использованный М. М. Агарковым при определении отраслевой принадлежности частных гарантийных товари­ществ, когда он указывает, что «сомнительным может-быть во­прос об отнесении к числу кредитных учреждений частных га­рантийных товариществ (постановление ВЦИК и СНК РСФСР от 19 марта 1928 г. // СУ РСФСР. 1928. № 36. Ст. 264). Статья 1 указанного постановления устанавливает, что «частные гаран­тийные товарищества с ограниченной ответственностью имеют своей целью обеспечение обязательств своих членов, возни­кающих из их торговой деятельности, путем выдачи означен­ными товариществами гарантий по обязательствам своих чле­нов перед третьими лицами». Таким образом, основной опера­цией этих товариществ является так наз. гарантийная операция, которой занимаются и многие кредитные учрежде­ния. Но этого недостаточно для причисления гарантийных то­вариществ к числу последних. Никакие другие операции, свой­ственные кредитным учреждениям, не могут ими совершаться. Подтверждением тому, что гарантийные товарищества не явля­ются кредитными учреждениями, является то, что они подле­жат контролю не Народного комиссариата финансов РСФСР, а Народного комиссариата торговли РСФСР»2.

При обобщении изложенного мы увидим, что, определяя отраслевую принадлежность той или иной организации, М. М. Агарков использует два подхода.

Во-первых, необходимо определить содержание деятельно­сти соответствующей организации, т. е. выяснить, являются ли проводимые данным субъектом операции *банковскими.*

Во-вторых, если проводимые операции являются банков­скими, то подлежит выяснению вопрос о том, составляют ли данные банковские операции *основное содержание деятельности* данною субъекта либо эти операции носят разовый характер.

Указанные положения составляют содержательный подход или, говоря иначе, выяснение вопроса по существу.

Однако для причисления того или иного субъекта предприни­мательской деятельности к числу небанковских кредитных орга­низаций этого недостаточно. Необходимо еще и формальное ос­нование или формальный подход, заключающийся в следующем.

Во-первых, для того чтобы причислить ту или иную организа­цию к числу небанковских кредитных организаций, необходимо и достаточно, чтобы свою предпринимательскую деятельность, заключающуюся в систематическом проведении банковских операций, она осуществляла на *основании специального разреше­ния (лицензии) Центрального банка Российской Федерации (Банка России).* Прямое указание на данное основание содержится в оп­ределении кредитной организации, изложенном в ст. 1 Феде­рального закона «О банках и банковской деятельности».

Во-вторых, указание в названном Законе на то, что кредит­ная организация образуется на основе любой формы собствен­ности как хозяйственное общество, свидетельствует о необхо­димости государственной регистрации соответствующей орга­низации в'качестве юридического лица.

Иными словами, для причисления субъекта предпринима­тельской деятельности к кредитным организациям вообще и небанковским кредитным организациям в частности необходи­мо, чтобы данный субъект прошел *государственную регистра­цию* в Банке России.

Исходя из изложенного, современная российская банков­ская практика знает только три вида небанковских кредитных организаций:

1) расчетные НКО;

2) организации инкассации;

3) небанковские кредитные организации, осуществляющие депозитно-кредитные операции (НДКО).