

В СУДЕ ПЕРВОЙ ИНСТАНЦИИ
МЕЖДУНАРОДНОГО ФИНАНСОВОГО ЦЕНТРА «АСТАНА»

25 апреля 2024 года

Дело №: AIFC-C/CFI/2023/0035

ЧАСТНАЯ КОМПАНИЯ CASHDRIVE LTD

Истец/Апеллянт

против

КОМИТЕТ МЕЖДУНАРОДНОГО ФИНАНСОВОГО ЦЕНТРА «АСТАНА»
ПО РЕГУЛИРОВАНИЮ ФИНАНСОВЫХ УСЛУГ

Ответчик

РЕШЕНИЕ

Судья Суда:

Судья Сэр Стивен Ричардс

ПРИКАЗ

В апелляции отказано.

РЕШЕНИЕ

Введение

1. Частная компания Cashdrive Ltd («Cashdrive»), дочерняя компания ТОО «Сейф-Ломбард», является компанией, зарегистрированной в МФЦА и получившей лицензию в Комитете Международного финансового центра «Астана» (далее – «АФСА») на осуществление регулируемой деятельности по предоставлению кредитов. В рамках настоящего разбирательства обжалованию подлежит письменная директива АФСА от 15 марта 2023 года, налагающая определенные требования к ведению бизнеса («Письменная директива»).
2. Лицензия Cashdrive была выдана 2 сентября 2021 года («Лицензия»). Деятельность, разрешенная лицензией, включала в себя: *«Предоставление кредитов без разрешения на предоставление кредитных средств физическим лицам, не отнесенным к категории Профессиональных клиентов»*. Критерии отнесения лиц к Профессиональным клиентам изложены в Правилах ведения бизнеса МФЦА («Правила ведения бизнеса») и в целом требуют, чтобы клиент имел чистые активы в размере не менее 100 000 долларов США и, по разумным оценкам, обладал достаточным опытом и пониманием соответствующих финансовых продуктов, финансовых услуг, операций и любых связанных с ними рисков. Вопрос о том, соблюдались ли Cashdrive Правила ведения бизнеса, является одним из основных в апелляции.
3. Никаких других ограничений в Лицензии не содержалось (хотя в сопроводительном письме о выдаче Лицензии было указано, что Лицензия выдана с учетом требований прилагаемой Программы оценки рисков). Более того, в соответствии с правом МФЦА, действовавшим на дату выдачи Лицензии, кредитные средства могли быть предоставлены физическим лицам-резидентам Республики Казахстан на законных основаниях. Однако вскоре после этого было принято законодательство, запрещающее предоставление займов физическим лицам-резидентам Казахстана: займы могли предоставляться только *юридическим лицам* Республики Казахстан (и то только в иностранной валюте) и физическим лицам-резидентам за пределами Казахстана. Таково было действие Правил Валютного Регулирования и Предоставления Сведений о Проводимых Валютных Операциях в МФЦА («Валютные правила»), принятых 10 ноября 2021 года и вступивших в силу 1 декабря 2021 года. Применение Валютных правил к ведению деятельности Cashdrive в соответствии с лицензией является еще одним из основных вопросов в апелляции.
4. 24 мая 2022 года АФСА уведомил Cashdrive о выполнении им условий и рекомендаций АФСА, указанных в Программе управления рисками. После этого Cashdrive мог начать свою операционную деятельность, что было сделано 26 августа 2022 года.

5. 28 октября 2022 года Cashdrive направил в АФСА декларации за третий квартал 2022 года, из которых у АФСА было представление о том, что Cashdrive заключил 15 договоров займа с физическими лицами с августа 2022 года и что в каждом случае физическое лицо являлось резидентом Казахстана и не являлось Профессиональным клиентом. 30 ноября 2022 года АФСА запросил отчеты об оценке каждого из клиентов, указанных как Профессиональные клиенты, и любые другие соответствующие документы, использованные при оценке их как Профессиональных клиентов. Cashdrive предоставил ответ 8 декабря 2022 года вместе с дополнительными документами, из которых следовало, что к тому времени Cashdrive заключил не менее 44 договоров займа. В переписке в WhatsApp 13 декабря 2022 года сотрудник АФСА спросил о дополнительных документах, которые рассматривались Cashdrive при классификации клиентов, на что получил ответ о том, что Cashdrive соблюдает все требования МФЦА. Сотрудник АФСА прокомментировал, что АФСА может запросить дополнительные документы в случае необходимости. Однако, в итоге команда АФСА посчитала, что имеющихся документов достаточно, и никаких дополнительных запросов не последовало. 30 января 2023 года АФСА получил декларации Cashdrive за четвертый квартал 2022 года, которые подтвердили, что Cashdrive выдал займы 44 клиентам, которые, как оказалось, являются физическими лицами.
6. После изучения предоставленных материалов АФСА пришел к выводу о том, что Cashdrive нарушила Валютные правила и Правила ведения бизнеса. Это привело к выдаче 15 марта 2023 года Письменной директивы в следующем виде:

*«Рассмотрев ежеквартальные отчеты о поведении и пруденциальных нормах Частной компании CASHDRIVE LTD («Компания») за 3 квартал 2022 года и пояснительные записки к ним, а также документы клиентов (запрос от 30 ноября 2022 года), **АФСА выносит Письменную директиву и устанавливает требования**, указанные ниже, в соответствии с разделами 95, 100(1)(a) и 103 Рамочных положений о финансовых услугах МФЦА («FSFR»).*

Компания имела лицензию на осуществление деятельности по предоставлению кредитов без разрешения на предоставление кредитных средств физическим лицам, не оцененным в качестве Профессиональных клиентов.

После проверки вышеуказанных деклараций и документов клиентов АФСА установил, что в 3 квартале 2022 года Компания предоставляла займы физическим лицам, оцениваемым как профессиональные клиенты (общая сумма выданных займов – 15).

Однако подход Компании к определению и отнесению клиентов к категории профессиональных является поверхностным, неформальным и не соответствует требованиям, установленным [Правилами ведения бизнеса МФЦА]. Более того, в соответствии с [Валютными правилами] Компания может предоставлять займы только юридическим лицам Республики Казахстан, не являющимся участниками AIFC, но не физическим лицам, являющимся резидентами Казахстана.

Следовательно, это ставит под сомнение осведомленность Компании о применимых требованиях и знаниях в области классификации клиентов. Формальный подход, заключающийся в копировании и вставке пунктов из Правил ведения бизнеса в форму декларации, которая затем просто подписывается клиентами, утверждающими, что они являются профессиональными клиентами, является неприемлемым и не свидетельствует о способности Компании классифицировать своих клиентов всесторонне и с должной тщательностью. Кроме того, в рамках процедуры привлечения клиентов Бюро не запрашивает у клиентов подтверждающие документы, которые могут быть использованы в качестве доказательства принадлежности клиента к категории профессиональных клиентов (дипломы, выписки с банковского счета, история работы в прошлом и т. д.).

В частности, Компания нарушила следующие правила МФЦА – Валютные правила и Правила ведения бизнеса:

- Раздел 3.1.1 Валютных правил ...
- Пункт 1.2 Приложения 2 Валютных правил ...
- Пункт 2.5.1 Правил ведения бизнеса ...
- Пункт 2.3.1 Правил ведения бизнеса ...

Таким образом, Компания должна привести процедуры кредитования и ведения бизнеса в соответствие с Валютными правилами и Правилами ведения бизнеса и выполнить следующие требования:

№	Требования	Срок выполнения
1.	Расторгнуть все договоры займа, заключенные с физическими лицами, являющимися резидентами Казахстана, в нарушение Валютных правил и Правил ведения бизнеса	14 апреля 2023 года
2.	Надлежащим образом обеспечить пересмотренные процедуры ведения бизнеса, включая положение об оценке Профессиональных клиентов и запрет на предоставление займов физическим лицам, являющимся резидентами Республики Казахстан	7 апреля 2023 года

7. За этим последовал значительный обмен мнениями между сторонами в форме встреч и переписки, о чем подробно изложено далее в настоящем решении. В результате АФСА сохранил свою позицию в отношении нарушений Правил со стороны Cashdrive, но продлил до 1 сентября 2023 года срок расторжения договоров займа, заключенных с физическими лицами, являющимися резидентами Казахстана.
8. Cashdrive подал апелляцию на Письменную директиву в Исковом заявлении от 24 октября 2023 года. Последующие процессуальные действия включали в себя конференцию по кейс-менеджменту и различные письменные инструкции. В итоге официальные представления

состояли из Измененной Формы Искового заявления, Измененного Возражения по иску и измененного Ответа. На слушаниях в рамках апелляционного разбирательства, которые проходили по видеосвязи, Суд имел в своем распоряжении пакет документов, пакет законодательных и нормативных материалов и правовых актов, внушительный по размеру пакет свидетельских показаний и вещественных доказательств, а также небольшой пакет, содержащий документы, приемлемость которых оспаривалась.

9. Свидетелями со стороны Cashdrive были г-н Геннадий Ким, Главный операционный директор компании, г-н Вячеслав Пак, Начальник отдела кредитования, и г-н Жаухар Рахимбекова, Заместитель генерального директора. Cashdrive также в целях предосторожности приобщил к делу поздние свидетельские показания клиента в ответ на записи интервью с ней, сделанные АФСА; эти записи относились к документам, приемлемость которых оспаривалась. Свидетелями со стороны АФСА были г-н Ануар Калиев, Директор Отдела финансового поведения АФСА и бывший Директор Пруденциального отдела в период, относящийся к настоящему делу; и г-н Олжас Байсагатов, Старший юрист Пруденциального отдела, в обязанности которого входило управление отношениями с Cashdrive в соответствующий период. Все показания свидетелей были представлены в качестве доказательств по делу, и в день слушаний г-жа Рахимбекова, г-н Калиев и г-н Байсагатов подверглись ограниченному перекрестному допросу. Показания г-жи Рахимбековой были неубедительными в некоторых аспектах, о чем говорится ниже в настоящем решении, но с учетом этой оговорки я считаю, что свидетели были честными и пытались оказать содействие Суду.
10. Cashdrive представлял г-н Бахыт Тукулов, которому ассистировала г-жа Мария Петренко. АФСА представлял г-н Бен Джаффи КС. Суд выражает благодарность всем представителям сторон за ясность и емкость их письменных и устных представлений.

Юрисдикция и применимое право

11. Статья 13(4) Конституционного закона Республики Казахстан о Международном финансовом центре «Астана» наделяет Суд МФЦА исключительной юрисдикцией в отношении рассмотрения и вынесения решений по спорам между Участниками МФЦА и Органами МФЦА, за исключением юрисдикции по уголовным и административным делам. Более конкретно, статья 26(5) Регламента Суда МФЦА предусматривает, что Суд первой инстанции обладает юрисдикцией по рассмотрению и вынесению решения по апелляции на решение органа МФЦА, *«как это предусмотрено Конституционным Законом, настоящим Регламентом, Правилами Суда или другими регламентами МФЦА касательно: (a) вопросов права; (b) утверждения об ошибке в судебном разбирательстве; (c) вопросов о процедурной справедливости; или (d) вопросов, предусмотренных правом МФЦА или в соответствии с ним»*; и далее предусматривается, что решения Суда первой инстанции, указанные в статье, являются окончательными и не подлежат дальнейшему обжалованию.
12. В соответствии с положением права МФЦА, имеющим непосредственное отношение к данному делу, является раздел 11 Рамочных положений по финансовым услугам МФЦА («FSFR»), который гласит:

«Обжалование решений АФСА ...

- (1) Лицо, пострадавшее от решения АФСА, может подать апелляцию в Суд МФЦА на это решение.
- (2) Основаниями для подачи апелляции в соответствии с данным разделом являются:
 - (a) вынесение решения с превышением полномочий, или наличием иной правовой ошибки;
 - (b) необоснованность решения;
 - (c) принятие решения недобросовестно;
 - (d) отсутствие соразмерности; или
 - (e) допущение существенной ошибки в процедуре».

13. Основания для обжалования в разделе 11(2) отражают те, которые применяются при судебном пересмотре по общему праву. Как сказано судьей Сэром Джеком Битсоном FBA в пункте 14 решения от 24 января 2024 года по делу № AIFC-C/CFI/2023/0024, г-н Мориэль Карми против Комитета Международного финансового центра «Астана»:

«Я отмечаю, что основания, предусмотренные в Статье 11(2) являются основаниями, доступными в рамках общего права для судебного пересмотра, которые используются для надзора за правительственными и регулирующими органами и законностью и процессуальной справедливостью их решений. Надзорная юрисдикция является средством, с помощью которого осуществление власти государственным органом «строго ограничено рамками и целями [законодательства, предоставляющего ему полномочия] и требованием общего права о рациональности и справедливости» ... Статья 11(2) предусматривает обжалование не по существу решения, а по вопросу о том, совершило ли лицо, принимающее решение, признаваемую публично-правовую ошибку».

14. В Измененном Ответе Cashdrive утверждалось, что Суд не должен применять английские стандарты судебного пересмотра по общему праву в контексте МФЦА, а должен разработать свой собственный подход, принимая во внимание такие вопросы, как местные реалии Казахстана, качество управления органами МФЦА и уровень развития местного бизнеса. Этот аргумент был направлен на то, чтобы убедить Суд снизить планку для апеллянтов, оспаривающих решения АФСА. Однако, планка установлена в самом разделе 11(2). Основания для апелляции, изложенные в этом положении, как и в судебном пересмотре по общему праву и как было ясно сказано в деле *Карми против АФСА*, сосредоточены на совершении лицом, принимающим решение, очевидной публично-правовой ошибки, а не на существовании решения. (Г-н Тукулов, по-видимому, возражал против того, что г-н Джаффи ссылается на дело *Карми против АФСА*, на том основании, что этот вопрос ранее не рассматривался. Однако это дело касается вопроса, который был четко сформулирован в состязательных документах, и у г-на Тукулова была справедливая возможность представить свои соображения по нему).

Процесс подачи апелляции

15. Согласно разделу 11(3) FSFR, процедура, которой должны следовать стороны апелляции и Суд МФЦА по такой апелляции, изложена в Приложении 2 к FSFR. Пункт 1 Приложения 2 предусматривает, что «*апелляция по разделу 11 может быть подана: (а) в течение 28 дней,*

следующих за датой уведомления о решении, выданного АФСА, и (b) путем подачи Искового заявления в АФСА, в соответствии с положениями о вручении Правил Суда МФЦА, с указанием оснований и существенных фактов, на которые опирается апеллянт». Параграф 3 Приложения 2 устанавливает полномочия Суда отменить или утвердить решение полностью или частично.

16. Апелляции также являются предметом части 29 Правил Суда МФЦА. Правило 29.1(2) гласит, что Правила части 29 применяются к апелляциям в Суде первой инстанции в соответствии со статьей 26(5) Регламента Суда МФЦА, т.е. включая апелляции данного вида. Правило 29.3, однако, предусматривает, что часть 29 подчиняется любому Правилу, закону или практической инструкции, которые устанавливают дополнительные положения в отношении любой конкретной категории апелляций. Одним из очевидных таких положений является 28-дневный срок, установленный FSFR, который должен быть заменен 21-дневным сроком, обычно применяемым в соответствии с Правилем 29.10(2) Правил Суда МФЦА. Еще один момент заключается в том, что право на апелляцию в соответствии со статьей 26(5) Регламента Суда МФЦА не обусловлено требованием о *разрешении*, равно как и в разделе 11 FSFR не содержится такого требования. Это должно быть воспринято как отмена общего положения Правила 29.5 Правил Суда МФЦА о том, что апеллянту требуется разрешение на подачу апелляции, за исключением случаев, когда апелляционная жалоба подается на приказ о нарушении. Еще одна процессуальная оговорка заключается в том, что FSFR требует возбуждения апелляции путем вручения АФСА Форма искового заявления, в то время как часть 29 Правил Суда МФЦА требует уведомления апеллянта (см., например, Правило 29.23) и устанавливает процессуальные шаги, отличные от тех, которые применимы к первоначальному иску, поданному путем вручения Искового заявления. Однако на практике процедура подачи искового заявления, использованная в данном деле, не вызвала никаких проблем при подготовке дела к слушанию, и не было необходимости рассматривать потенциальную применимость других положений части 29.
17. Остается один вопрос: была ли апелляция подана с нарушением срока, и если да, то следует ли продлить срок. Изначально АФСА заявлял о сроках давности, но из Измененного Возражения по иску стало ясно, что этот вопрос больше не рассматривается. Тем не менее, вопрос о том, соблюдены ли условия для подачи апелляции, остается на усмотрение Суда: установленный законом срок не может быть просто отменен по соглашению сторон. Хотя в Приложении 2 к FSFR не говорится о возможности продления срока, Суд, безусловно, вправе предоставить такое продление на основании или по аналогии с Правилами 2.14 и 29.10–29.12 Правил Суда МФЦА и/или в соответствии с общими полномочиями, предоставленными статьями 26 и 27 Регламента Суда МФЦА.
18. Исходя из 28-дневного срока, Исковое заявление должно было быть вручено АФСА не позднее середины апреля 2023 года; а поскольку оно было подано только 24 октября 2023 года, то срок был просрочен на несколько месяцев. Причина, по которой АФСА не заявила о применении срока исковой давности, заключается в том, что, учитывая, что она не выполнила требование уведомить Cashdrive о своем праве на апелляцию (это упущение рассматривается ниже), с точки зрения надлежащего регулирования было бы нецелесообразно, чтобы АФСА заявила о применении такого требования. Это важный фактор для Суда при принятии решения о

продлении срока. Так же, как и объем обмена мнениями после вынесения решения, описанного ниже, в ходе которого Cashdrive добивалась разъяснений и отзыва Письменной директивы. Однако важнее то, что дело касается правильного процедурного подхода к принятию решений АФСА и затрагивает ряд вопросов, которые были всесторонне аргументированы и по которым Суду было бы полезно сделать взвешенные выводы. По этим причинам целесообразно предоставить необходимое продление срока, чтобы апелляция могла быть рассмотрена по существу.

Основания для апелляции и запрашиваемое средство правовой защиты

19. Основания для апелляции, которые в конечном итоге были выдвинуты Cashdrive, могут быть кратко изложены следующим образом:

- (1) нарушение требований процессуальной справедливости, в частности несоблюдение процедур, установленных FSFR, включая право быть проинформированным о предлагаемом решении и представить свои соображения по нему до принятия решения;
- (2) правовая ошибка и/или нарушение законных ожиданий при применении Валютных правил к ведению бизнеса Cashdrive в обстоятельствах, когда предоставление займов физическим лицам, проживающим в Казахстане, полностью соответствовало условиям Лицензии и законодательству, действовавшему на дату выдачи Лицензии; и
- (3) неправильное толкование или неправильное применение Правил ведения бизнеса в отношении оценки Профессиональных клиентов.

20. В Измененной Форме искового заявления содержится просьба к Суду (а) вынести приказ о том, что АФСА нарушил процедуру FSFR при издании Письменной директивы, (б) вынести приказ об отмене Письменной директивы, (в) вынести приказ о том, что Cashdrive соблюдает Правила ведения бизнеса, (г) вынести приказ о том, что Cashdrive имеет право вести бизнес в соответствии с условиями Лицензии, и (д) предоставить иную помощь, которую Суд сочтет справедливой и целесообразной. Иски о возмещении ущерба и упущенной выгоды были оставлены без удовлетворения после того, как внимание Cashdrive было обращено на законодательный иммунитет АФСА в соответствии с разделом 11(4) FSFR.

Соответствующие полномочия АФСА

21. Статья 12 Конституционного закона МФЦА предусматривает создание АФСА и его ответственность за регулирование финансовых услуг и связанных с ними видов деятельности в МФЦА. АФСА обладает очень широкими полномочиями по авторизации и надзору в соответствии с FSFR. Его основные функции, полномочия и задачи изложены в разделе 7 FSFR. Цели, перечисленные в разделе 7(3) (Цели регулирования), включают: «(б) обеспечение справедливости, эффективности, прозрачности и порядка на финансовых рынках МФЦА; (в) создание справедливых, прозрачных и недискриминационных условий для Участников Центра; (г) укрепление и поддержание доверия к финансовой системе и режиму регулирования МФЦА; ... (д) предотвращение, выявление и пресечение действий, которые

могут нанести ущерб репутации МФЦА или финансовой деятельности, осуществляемой в МФЦА, путем принятия соответствующих мер, в том числе путем наложения санкций; (е) защита интересов инвесторов и пользователей финансовых услуг...».

22. Согласно разделу 35(1)(а) FSFR, АФСА может удовлетворить заявку на получение Лицензии, изменение или отзыв Лицензии либо без условий, ограничений или требований, либо с такими условиями, ограничениями или требованиями, которые он считает необходимыми. В соответствии с разделом 95(1) он может осуществлять любые полномочия, изложенные в Главе 1 Части 8, в любое время, когда он считает это необходимым или желательным в соответствии со своими регулятивными целями. Полномочия, изложенные в Главе 1 Части 8, включают в себя, в разделе 100(1)(а), полномочия требовать от Уполномоченного лица предпринять или воздержаться от принятия таких действий, которые АФСА считает необходимыми. В соответствии с разделом 103, если АФСА издает приказ, дает указание или запрет, или выдвигает какое-либо требование в отношении Уполномоченного лица в соответствии с положением FSFR, Правил или законодательства, управляемого АФСА, такое Уполномоченное лицо должно, если у него нет разумных причин, выполнить такой приказ, указание, запрет или требование.

Валютные правила

23. Валютные правила были разработаны во исполнение статьи 5 Конституционного закона МФЦА, согласно которой условия и порядок осуществления валютных операций, связанных с оказанием финансовых и профессиональных услуг на территории МФЦА, регулируются актами МФЦА, которые принимаются по согласованию с Национальным Банком Республики Казахстан. В соответствии с данной процедурой Правила были оформлены Управляющим Национальным Банком и Управляющим МФЦА. Соответствующие положения Правил выглядят следующим образом:

«3.1.1: Если иное не запрещено действующим законодательством МФЦА и (или) законодательством [Республики Казахстан], участники МФЦА имеют право предоставлять финансовые и сопутствующие услуги резидентам, не являющимся участниками МФЦА, только в соответствии с Приложением 2 к настоящим Правилам.

Приложение 2: Список Финансовых услуг, предоставляемых участниками МФЦА резидентам, не являющимся участниками МФЦА

<u>№</u>	<u>Название услуги</u>	<u>Валюта</u>
...		
1.2	Займы юридическим лицам Республики Казахстан	Иностранная»

24. В письменных представлениях г-на Джаффи (в части, против которой г-н Тукулов возражал на том основании, что этот вопрос не был заявлен, но которую я считаю уместной принять во внимание как объясняющую общественный интерес, стоящий за Правилами) объяснялось, что Валютные правила были приняты по причинам, связанным с регулированием, валютным

контролем и фискальной системой. Было бы нежелательно, если бы все финансовые услуги могли предоставляться резидентам Казахстана вне существующего местного режима регулирования, не подвергаясь никаким применимым мерам валютного контроля и пользуясь налоговым режимом МФЦА. Правила определяют, какие финансовые услуги могут быть предоставлены резидентам Казахстана из МФЦА. Ключевым моментом для настоящих целей является то, что займы физическим лицам не включены в список финансовых услуг, которые могут быть предоставлены резидентам Казахстана в Приложении 2.

Правила ведения бизнеса

25. Правила ведения бизнеса содержат положение (пункт 2.1.1 Правил ведения бизнеса) о том, что Авторизованная компания, предоставляющая любые финансовые услуги любому лицу, должна отнести это лицо к одной из следующих категорий клиентов: Розничный клиент, Профессиональный клиент или Рыночный контрагент. Согласно пункту 2.3.1 Правил ведения бизнеса, Авторизованная компания может классифицировать Лицо как Профессионального клиента, если это Лицо (а) соответствует требованиям, чтобы считаться Профессиональным клиентом, или (б) соответствует требованиям, чтобы быть Оцененным профессиональным клиентом, в соответствии с пунктами 2.5.1 или 2.5.5 Правил ведения бизнеса, при условии, что это Лицо не было классифицировано как Розничный клиент в соответствии с Правил ведения бизнеса 2.6. В данном случае речь идет о классификации в качестве Оцененного профессионального клиента в соответствии с пунктом 2.5.1 Правил ведения бизнеса, который предусматривает:

«2.5.1. Оцененные профессиональные клиенты: Индивидуальные клиенты

Для целей пункта 2.3.1 Правил ведения бизнеса Авторизованная компания может рассматривать отдельного клиента как Оцененного профессионального клиента, если:

(a) Клиент имеет чистые активы в размере не менее 100 000 долларов США; и

(b) или:

(i) Автоматизированная компания на разумных основаниях считает, что клиент обладает достаточным опытом и пониманием соответствующих финансовых продуктов, финансовых услуг, сделок и любых связанных с ними рисков; или

(ii) Клиент работает или работал в течение двух предыдущих лет в Авторизованной компании или любом другом уполномоченном или регулируемом финансовом учреждении, включая банк, компанию по ценным бумагам или страховую компанию, на должности, требующей знания типа финансовых продуктов, финансовых услуг или предполагаемых операций; и

(c) Соблюдается следующая процедура:

- (i) Клиент должен письменно подтвердить Авторизованной компании, что он желает, чтобы его рассматривали как Профессионального клиента либо: (1) в целом; (2) в отношении конкретного Финансового продукта, Финансовой услуги или Транзакции; или (3) в отношении типа Финансового продукта, Финансовой услуги или Транзакции;
- (ii) Авторизованная компания должна дать клиенту четкое предупреждение в письменной форме с указанием мер защиты, которые клиент может потерять в результате отказа от классификации в качестве розничного клиента; и
- (iii) Клиент должен подтвердить в письменной форме, в отдельном документе, не входящем в клиентское соглашение или другой договор, что он осведомлен о последствиях потери такой защиты».

Пункт 2.5.2 Правил ведения бизнеса предусматривает, что для целей пункта 2.5.1(а) Правил ведения бизнеса расчет чистых активов отдельного клиента (а) не должен включать стоимость основного места жительства клиента и (б) может включать любые активы, прямо или косвенно принадлежащие клиенту.

Фактическая история в подробном изложении

26. Процесс получения Лицензии состоит из нескольких этапов. После предварительной встречи или телефонного разговора с сотрудником АФСА и получения от него обратной связи, заявитель отправляет проект заявки на рассмотрение. После получения дальнейших рекомендаций на этом этапе заявитель приступает к подаче официального пакета документов. Сотрудник АФСА готовит отчет об оценке рисков на основе анализа документов, представленных в заявке, а затем передает документы в Комитет по разрешениям, исключениям и изменениям. Утверждение может быть обусловлено выполнением условий и требований.
27. В настоящем деле, после рассмотрения проекта заявки Cashdrive, АФСА представил свои рекомендации в письме от 15 июня 2021 года. Официальный пакет документов Cashdrive был представлен 27 июля 2021 года и включал в себя заявления о том, что, в целом, компания в своей операционной деятельности будет уделять основное внимание предоставлению кредитов юридическим лицам; физические лица будут приниматься на обслуживание только после завершения мер предосторожности, включая проверку финансовой отчетности и другой информации, полученной из открытых источников, с целью подтверждения финансовой устойчивости клиента. Будущими целевыми рынками были как юридические, так и физические лица. В тот же день была представлена Вспомогательная форма по банковскому бизнесу, содержащая заявления о том, что Cashdrive не будет заниматься микрофинансовой деятельностью и будет работать с физическими лицами со средним и высоким уровнем благосостояния и юридическими лицами с высоким уровнем дохода; юридические лица будут основным типом клиентов, хотя предоставление кредитов физическим лицам с высоким уровнем благосостояния также будет неотъемлемой частью бизнеса. Еще одним документом было предложенное Руководство по кредитной политике и процедурам, в котором

описывалась роль Кредитного комитета Cashdrive в рассмотрении и утверждении заявок на займ. Отчет АФСА об оценке рисков по заявлению Cashdrive отражал данный материал, включая определение юридических лиц в качестве основного типа клиентов.

28. 23 августа 2021 года АФСА выдал Письмо о принципиальном одобрении, требующее от Cashdrive предоставить доказательства регистрации в МФЦА в течение 30 календарных дней. Сертификат АФСА о регистрации был должным образом предоставлен компанией Cashdrive. После этого АФСА выдал лицензию от 2 сентября 2021 года. В сопроводительном Письме об авторизации говорилось не только о том, что Лицензия выдана при условии соблюдения требований Программы управления рисками, которая прилагается, но и о том, что Cashdrive должен убедиться после начала деятельности, что *«он ознакомлен с применимым Регламентом и Правилами МФЦА и различными требованиями, которые они содержат»*.
29. События между данным моментом и изданием Письменной директивы были достаточно подробно описаны в пунктах 4-5 выше: подтверждение АФСА о том, что Cashdrive соответствует положениям Программы управления рисками, начало деятельности Cashdrive и предоставление Cashdrive документов в АФСА в период с октября 2022 года по январь 2023 года в виде ежеквартальных отчетов и в ответ на запрос АФСА. Условия Письменной директивы, выпущенной 15 марта 2023 года, изложены в пункте 6 выше.
30. По просьбе Cashdrive 27 марта 2023 года состоялась встреча с АФСА, на которой АФСА объяснил требования Письменной директивы и необходимость ее соблюдения, а также указал, что при наличии оснований может быть предоставлена небольшая отсрочка для ее соблюдения. После этого последовало подробное письмо от Cashdrive от 28 марта 2023 года с просьбой разъяснить применимость Валютных правил и утверждением, что Cashdrive осуществляет свою деятельность в рамках Лицензии. В письме также содержалась просьба разъяснить Правила ведения бизнеса, указанные в Письменной директиве. В нем говорилось, что в ответ на запрос АФСА от 30 ноября 2022 года были предоставлены документы по 44 клиентам, *«раскрывающие тщательный анализ понимания клиентом предоставленного ему финансового продукта и связанных с ним рисков, проверку его опыта в аналогичных кредитных сделках, понимания рисков, связанных с этими видами сделок, и выполнения им своих обязательств по таким сделкам, с подтверждающими документами, полученными от клиента»*. В нем указывалось, что в Письменной директиве упоминались 15 клиентов, запрашивался их список и спрашивалось, правильно ли компания Cashdrive понимает, что остальные 29 клиентов (из списка 44) были оценены правильно. Далее было указано, что для выполнения требований Правил ведения бизнеса, компания Cashdrive проводила трехэтапную проверку данных клиентов, подробности которой были изложены и пример которой был приведен. Далее в письме говорилось, что *«все клиенты, без исключения, анализируются и опрашиваются компанией, и необходимые пакеты документов готовятся в соответствии с требованиями Правил ведения бизнеса и других нормативных актов АФСА и МФЦА или законодательства РК»*, и что *«все документы, а также отчеты о решении компании по классификации клиентов по всем 44 клиентам, были предоставлены в рамках запроса АФСА от 30.11.22»*. Кроме того, в нем содержалась таблица, в которой приводились *«данные о наличии опыта работы в сфере предоставления займов у каждого из 44 клиентов, подтвержденные отчетами из бюро кредитных историй, предоставленными клиентами»*.

компании, которые ранее были направлены в АФСА в рамках запроса от 30.11.22». В запросе содержалась более подробная информация о нарушениях Правил ведения бизнеса, и требовалось «письменное объяснение такого нарушения с приложением каждого факта такого нарушения в каждом 15 случаях и указанием определенного пункта Правил ведения бизнеса». Остальная часть письма касалась просьбы Cashdrive о продлении срока исполнения Письменной директивы.

31. В ответе АФСА от 12 мая 2023 года кратко рассматривались вопросы, поднятые Cashdrive, хотя и без ссылок на конкретных клиентов. Что касается применимости Валютных правил, то в нем перечислялись соответствующие положения Правил и их действие. В отношении Правил ведения бизнеса был сделан акцент на требовании иметь активы в размере не менее 100 000 долларов США, заявив:

«Изучив досье клиентов, АФСА не усмотрел доказательств того, что CASHDRIVE Ltd (i) проводил какие-либо расчеты чистых активов клиентов или (ii) хранил досье клиентов, содержащие какие-либо подтверждающие документы, которые бы доказывали, что клиенты действительно владеют чистыми активами в размере не менее 100 000 долларов США. Вместо этого CASHDRIVE Ltd предоставлял клиентам скопированную форму декларации для подписания и подтверждения того, что клиент обладает чистыми активами в размере не менее 100 000 долларов США, что не соответствует требованиям Правил ведения бизнеса 2.5.1 и 2.5.2. Простое предоставление декларации о наличии у лица чистых активов в размере не менее 100 000 долларов США не означает, что данное лицо действительно обладает чистыми активами в размере не менее 100 000 долларов США. Следовательно, это свидетельствует о поверхностном подходе CASHDRIVE Ltd к классификации клиентов и о том, что требования законодательства рассматриваются CASHDRIVE Ltd скорее как бюрократический вопрос, чем как регулятивная необходимость, к которой фирма должна относиться серьезно. В связи с этим АФСА не считает, что CASHDRIVE Ltd и ее руководство действуют с должным мастерством, вниманием и усердием. Эффективное соблюдение требований — это способ работы, а не просто проверка формальных заявлений и деклараций.

Исходя из вышеизложенного, по мнению АФСА, CASHDRIVE нарушает вышеупомянутые Правила ведения бизнеса, поскольку:

- *неспособность провести надлежащий расчет чистых активов клиентов;*
- *неспособность собрать у клиентов подтверждающие документы, подтверждающие владение чистыми активами в размере не менее 100 000 долларов США»*

В письме также содержалось предложение продлить на 4 месяца срок исполнения Письменной директивы.

32. Cashdrive направил еще одно письмо, датированное 3 июля 2023 года, в котором выразил несогласие с аргументами АФСА и попросил дать дополнительные разъяснения. В нем ставилась под сомнение «обратная сила» применения Валютных правил. В нем указано, что

положения пункта 2.5.1 Правил ведения бизнеса *«не содержат требований к компании самостоятельно рассчитывать стоимость активов и/или получать подтверждающие документы о стоимости активов, а также проверять эти документы»*, и что расчет может включать активы, прямо или косвенно принадлежащие клиенту. В нем утверждалось, что клиенты не могут предоставить подтверждающие документы на активы, находящиеся в косвенном владении, из-за необходимости получения согласия третьих сторон. В нем было заявлено, что *«методология оценки активов»* была предоставлена клиентам, которые использовали ее для расчета стоимости активов и могли самостоятельно рассчитать или обратиться за такими расчетами в консалтинговые компании; и что *«результаты оценки с гарантией того, что оценка произведена в соответствии с методикой расчета, клиенты подписывают и прикладывают к пакету документов для классификации профессиональных клиентов или предоставляют подтверждающие документы для оценки активов, что отражено в отчете компании о классификации клиентов, который мы предоставили в декабре [2022 года] для каждого из наших клиентов»*. В нем содержалась жалоба, что АФСА до сих пор не предоставил список 15 клиентов, нарушивших Правила ведения бизнеса. В целом компания выразила решительное несогласие с комментариями АФСА об отсутствии профессионализма и усердия и настаивала на том, что все требования Правил ведения бизнеса были выполнены надлежащим образом и в полном объеме. В нем также содержалась просьба о продлении срока выполнения требований, изложенных в Письменной директиве.

33. Ответ АФСА от 9 августа 2023 года был сосредоточен на применении Валютных правил, в нем, в частности, говорилось, что *«все финансовые организации, подпадающие под действие Валютных правил, должны привести свою деятельность в соответствие с требованиями Валютных правил»* и что Cashdrive начал свою деятельность только в июле 2022 года *«и поэтому должен был прямо соблюдать Валютные правила»*. В нем было указано, что Cashdrive все еще может предоставлять кредиты физическим лицам, оцениваемым как профессиональные клиенты, которые не являются резидентами Республики Казахстан, и юридическим лицам независимо от того, являются ли они резидентами Казахстана (но только в иностранной валюте в случае юридических лиц-резидентов Казахстана). Однако, принимая во внимание аргументы Cashdrive, компания согласилась продлить до 1 сентября срок расторжения (или передачи вновь созданной компании) всех договоров займа, заключенных с физическими лицами, являющимися резидентами Казахстана.

34. На встрече между Cashdrive и АФСА 4 октября 2023 года, АФСА подтвердила свою позицию в отношении Валютных правил и Правил ведения бизнеса. Понимая, что перспективы мирного разрешения отсутствуют, Cashdrive подал свою Форму искового заявления в конце того же месяца.

Процессуальная справедливость

35. Обязанность лица принимающего решение действовать справедливо закреплена в FSFR в виде подробного процессуального кодекса. Раздел 10(1) FSFR гласит: *«Если положение настоящего Регламента или Правил, принятых в соответствии с ним, требует от АФСА принятия решения, АФСА будет следовать процедурам принятия решений, изложенным в Приложении 1»*. В параграфе 2 Приложения 1 говорится, что оно применяется, с учетом

параграфа 3 (который не имеет значения для настоящих целей), когда какое-либо положение Регламента или Правил требует или позволяет АФСА принять решение.

36. Положения Приложения подробно описаны. За исключением случаев срочности, которые рассматриваются ниже, требуемые процедуры являются следующими:

«4. Возможность представить свои заявления до принятия решения»

(1) Если АФСА предлагает принять решение, к которому применяется данное Приложение, он должен сначала сообщить об этом Соответствующему Лицу:

(a) письменное уведомление («Предварительное уведомление») содержащее информацию, указанную в пункте (2); и

(b) возможность лично и в письменном виде представить АФСА свои заявления относительно решения, которое АФСА предлагает принять.

(2) Предварительное уведомление должно:

(a) указать предлагаемое решение;

(b) указать причины предлагаемого решения, включая любые предлагаемые выводы по фактам;

(c) включить копию соответствующих материалов, которые были рассмотрены при принятии предлагаемого решения;

(d) проинформировать Лицо о том, что оно может обратиться в АФСА с заявлением относительно предлагаемого решения; и

(e) указать, как и когда могут быть поданы любые заявления.

(3) Для целей подпункта 2(c), АФСА

(a) может ссылаться на материалы (вместо предоставления копии), если они уже находятся в распоряжении Соответствующего лица или являются общедоступными; ...

....

(5) Если АФСА получает заявления в течение срока, указанного в Предварительном уведомлении, он должен рассмотреть их при принятии решения.

(6) В случае, если после рассмотрения заявлений АФСА принимает решение:

(a) принять предложенное решение (либо в предложенном виде, либо с изменениями), то он должен направить Лицу Уведомление о принятии решения в соответствии с параграфом 5 ...

....

5. Уведомление о принятии решения

(1) Если АФСА решает принять решение, к которому применяется данное Приложение, оно должно в кратчайшие сроки направить Соответствующему лицу письменное уведомление («Уведомление о принятии решения») с указанием:

(a) решения;

(b) причин принятия решения, включая выводы по фактам;

(c) даты вступления решения в силу;

(d) если применимо, даты, к которой Лицо должно предпринять любое соответствующее действие; и

(e) право Лица добиваться пересмотра решения Судом МФЦА.

(2) Уведомление о принятии решения должно содержать копию соответствующих материалов, которые были рассмотрены при принятии решения

(3) Для целей подпункта (2), АФСА:

(a) может ссылаться на материалы (вместо предоставления копии), если они уже находятся в распоряжении соответствующего лица или являются общедоступными...».

37. В пунктах 4(7) и 6 предусмотрено ограниченное положение, согласно которому АФСА может обойтись без требований параграфов 4(1)-(6), если придет к выводу, что любая задержка, которая может возникнуть в результате соблюдения процедур, нанесет ущерб интересам пользователей или АФСА, но в таком случае должна быть предоставлена возможность для подачи и рассмотрения представлений после публикации Уведомления о принятии решения. Соответствующие положения гласят следующее:

«Если АФСА придет к выводу, что любая задержка, которая может возникнуть в результате соблюдения процедур, указанных в данном пункте, нанесет ущерб интересам прямых или косвенных пользователей финансовых услуг или иным образом нанесет ущерб интересам МФЦА:

(a) требования подпунктов (1) - (6) не применяются; и

(b) после принятия решения АФСА должно предоставить лицу возможность подать свои возражения в соответствии с процедурами, указанными в параграфе 6.

6. Возможность подать заявления после принятия решения

(1) Если этот пункт применяется в соответствии с параграфом 4(7), АФСА должен:

(a) предоставить Соответствующему лицу возможность лично и в письменном виде представить свои заявления АФСА в течение 14 дней или такого дополнительного срока, который может быть согласован, с даты вручения лицу Уведомления о принятии решения в соответствии с пунктом 5; и

(b) проинформировать Соответствующее лицо в Уведомлении о принятии решения о том, что оно может подать заявление в отношении решения, и указать, как и когда могут быть поданы заявления.

....

(2) В случае, если АФСА получает заявления в течение срока, указанного в Уведомлении о принятии решения, он должен рассмотреть эти заявления при принятии решения о подтверждении, отзыве или изменении решения.

(3) Если после рассмотрения полученных заявлений АФСА принимает решение:

(a) для подтверждения решения, он должен как можно скорее в письменной форме уведомить Лицо о том, что решение остается в силе (с учетом любого права Лица на передачу вопроса в Суд МФЦА для пересмотра)».

38. Данные процедурные требования не только призваны обеспечить соблюдение основных принципов процессуальной справедливости в процессе принятия решений, но и способствуют принятию должным образом обоснованных и аргументированных решений. Однако, затруднительной особенностью данного дела является полное отсутствие каких-либо попыток со стороны АФСА применить эту установленную законом процедуру в отношении вопроса о Письменной директиве. В своих свидетельских показаниях г-н Калиев правдиво заявляет: *«В то время мы не применяли процедуру, предусмотренную Приложением 1, потому что АФСА считал, что она не применима к Письменной директиве. Это была ошибка в интерпретации, и с тех пор правильная позиция была разъяснена в правилах».* Разъяснение было сделано в виде поправки к разделу 100 FSFR (раздел, в соответствии с которым были введены требования Письменной директивы), где в новом разделе 100(3) прямо указано, что *«процедуры принятия решений, предусмотренные Приложением 1, применяются к решению, принятому АФСА в соответствии с этим разделом».* Однако, АФСА признает, что процедуры, предусмотренные Приложением 1, применялись по закону и до этой уточняющей поправки; и АФСА через своего представителя принес извинения за процедурные неточности, которые имели место в данном деле. Каковы же были масштабы этих неточностей?

39. Г-н Джаффи утверждает, что АФСА допустили ошибку, не проинформировав Cashdrive о праве на подачу заявлений *после* издания Письменной директивы, а также, что не было требования предоставить Cashdrive возможность подать свои заявления *до* издания Письменной директивы, поскольку, законно применяя пункт 4(7) Приложения 1, АФСА посчитал, что задержка, которая могла бы возникнуть в результате предварительного уведомления и консультаций, нанесла бы ущерб интересам клиентов и интересам МФЦА. Аргумент заключается в том, что задержка означала бы, что больше клиентов (которые, по мнению АФСА, не являлись профессиональными клиентами) были бы приняты и были бы одолжены деньги, которые они не должны были получать, и задержка нанесла бы ущерб интересам МФЦА, позволив продолжать кредитование в очевидном и серьезном нарушении Валютных правил и Правил ведения бизнеса: Поведение Cashdrive нанесло ущерб интересам МФЦА как надлежащим образом регулируемого финансового центра, где нормативный периметр соблюдается должным образом. Еще одним аргументом является то, что кредитование физических лиц, не являющихся профессиональными клиентами, выходило за рамки лицензии и приводило Cashdrive к нарушению общего запрета, содержащегося в разделе 24 FSFR, что

могло иметь серьезные последствия для исполнения кредитных договоров и собственной платежеспособности.

40. Некоторое фактическое подтверждение этих аргументов можно найти в показаниях свидетелей АФСА. Например, г-н Калиев утверждает, что *«репутация АФСА и целостность ее периметра были поставлены под угрозу серьезными нарушениями со стороны Cashdrive. Промедление нанесло бы ущерб МФЦА и клиентам Cashdrive»*; и *«важно было действовать незамедлительно, чтобы минимизировать дальнейший ущерб для потребителей»*. С другой стороны, ничто не свидетельствует о том, что Общий запрет играл какую-либо роль в размышлениях АФСА в соответствующий момент. Более того, тот факт, что между последним общением с Cashdrive по поводу соответствующих документов 13 декабря 2022 года и изданием Письменной директивы 15 марта 2023 года прошло три месяца – период, в течение которого Cashdrive не было высказано никаких опасений по поводу ведения бизнеса, – заставляет усомниться в необходимости действовать, не предоставив Cashdrive возможности сделать заявления до принятия решения. Я также отмечаю, что в самой Письменной директиве ничего не говорится о срочности. Действительно, первое упоминание о срочности и необходимости избегать задержек появилось в дополненной защите АФСА несколько месяцев спустя.
41. Если бы были вынесены взвешенные выводы в соответствии с положениями пункта 4(7) Приложения 1, Суд не стал бы ставить под сомнение решение регулирующего органа по такому вопросу. Однако, в обстоятельствах данного дела мне трудно согласиться с аргументом о срочности, и я считаю правильным исходить из того, что были задействованы все процедурные гарантии, включая направление Предварительного уведомления и возможность представить свои заявления в соответствии с пунктом 4(1)-(6) до принятия решения, после чего было направлено Уведомление о принятии решения в соответствии с пунктом 5.
42. Несоблюдение данной процедуры вызывает большое недоумение, но я не согласен с тем, что это обязательно было, как утверждает Cashdrive, фундаментальным недостатком, который сделал решение произвольным и не мог быть исправлен впоследствии. Является ли это существенным нарушением, зависит от содержания самой Письменной директивы, от того, насколько она соответствовала требованиям Уведомления о принятии решения, от того, насколько Cashdrive была способна представить заявления после принятия решения в связи с этим решением, от того, были ли эти заявления справедливо рассмотрены АФСА, и от того, подрывает ли или может ли подрывать аргументацию, на которой было основано решение, что-либо, поднятое в заявлениях после принятия решения или в ходе настоящего разбирательства.
43. Жалобы Cashdrive на содержание Письменной директивы, по большей части, лучше всего рассматривать в сочетании с существенными вопросами, касающимися применения Валютных правил и Правил ведения бизнеса, которые рассматриваются в следующих разделах настоящего решения.
44. АФСА признает, что в Письменной директиве не было указано право Cashdrive добиваться пересмотра решения в этом Суде, как того требует пункт 5(1)(е) и/или пункт 6(3)(а) Приложения

1. Эта ошибка была явно несущественной. Cashdrive, очевидно, получил юридическую консультацию на ранней стадии и должен был знать о своем праве на апелляцию. В любом случае, он воспользовался этим правом, хотя и с нарушением срока, и добился продления срока, что позволило ему реализовать это право в полном объеме.
45. Хотя Cashdrive не было предложено представить свои заявления по поводу этого решения, из фактической истории, изложенной в пунктах 30-34 выше видно, что Cashdrive действительно представил обширные заявления, которые были рассмотрены АФСА и на которые были даны существенные ответы. Г-н Тукулов утверждал, что из-за особенностей мышления администраторов, чей опыт связан с казахстанской системой, в сочетании с опасениями по поводу негативного влияния на авторитет и общественный имидж, на практике государственное учреждение не может отозвать решение после того, как оно было принято. Какой бы ни была позиция в более широком смысле, о которой я не имею права судить, я не согласен с тем, что следует делать какие-либо подобные предположения в отношении АФСА или его сотрудников. Фактическая история не создает у меня впечатления, что АФСА подошла к этому вопросу с закрытыми глазами. Напротив, в тех случаях, когда весомость аргументов свидетельствовала в пользу изменения требований, изложенных в Письменной директиве, как это было в случае с продлением срока расторжения или передачи соответствующих кредитных договоров, поправка была внесена. Тот факт, что АФСА в остальном оставил свое решение в силе, полностью соответствует тому, что он был уверен в том, что, несмотря на утверждения об обратном, решение было правильным: насколько обоснованным было это заключение, рассматривается в следующих разделах настоящего решения. Кроме того, процессуальная структура, изложенная в Приложении 1 к FSFR (включая возможность подачи представлений после вынесения решения по срочному делу и обязательство рассмотреть любые полученные представления при принятии решения о подтверждении, отзыве или изменении решения), предполагает и требует большей гибкости ума и готовности изменить курс в свете полученных заявлений, нежели это позволяет сделать заявление г-на Тукулова.
46. Что касается того, подрывает ли что-либо, затронутое в заявлениях после вынесения решения или в ходе настоящего разбирательства, или может ли оно подорвать аргументацию, на которой было основано решение, то этот вопрос лучше всего рассматривать в совокупности с вопросами по существу, касающимися Валютных правил и Правил ведения бизнеса.
47. В той мере, в какой можно сформировать мнение по данному вопросу, рассмотренные вопросы склоняются к выводу о том, что процессуальные нарушения в данном деле были несущественными. Окончательный вывод по этому вопросу, однако, должен зависеть от того, что станет известно в результате рассмотрения вопросов, касающихся Валютных правил и Правил ведения бизнеса.

Применение Валютных правил

48. Общеизвестно, что в соответствии с законодательством, действовавшим на дату выдачи Лицензии, предоставление кредитных средств физическим лицам - резидентам Казахстана было законным. Валютные правила вступили в силу 1 декабря 2021 года, после даты выдачи лицензии, но за много месяцев до того, как Cashdrive начал осуществлять деятельность в

соответствии с Лицензией. Соответствующие положения Правил изложены в пункте 23 выше. Соответствующее действие этих положений заключается, *в частности*, в запрете на предоставление кредитных средств Участниками МФЦА физическим лицам, являющимся резидентами Казахстана.

49. Однако Cashdrive утверждает, что этот запрет не применяется к ним или не должен применяться к ним со стороны АФСА, поскольку Лицензия была выдана до введения Валютных правил и позволяла предоставлять кредитные средства без подобного ограничения. Утверждается, что Cashdrive вела свою деятельность в полном соответствии с условиями Лицензии и Актами МФЦА, действовавшими на дату выдачи Лицензии, и что Валютные правила не имели обратной силы.
50. В моем решении, утверждения Cashdrive по этому вопросу лишены оснований. То, что Валютные правила имели обратную силу, не является частью дела АФСА, и они явно этого не сделали: они не применялись к предоставлению кредитных услуг *до даты начала* их действия 1 декабря 2021 года. В случае с делом АФСА, которое я принимаю, заключается в том, что они применялись в перспективе к предоставлению финансовых услуг участниками МФЦА *в день начала их деятельности или после этой даты* и поэтому они применялись к предоставлению займов Cashdrive. Тот факт, что Лицензия не содержала такого прямого ограничения и что в соответствии с действующим законодательством МФЦА такого ограничения не существовало на дату выдачи Лицензии, не освобождает от или исключение из действия последующего законодательства, или право Cashdrive вести дела без соблюдения такого последующего законодательства. Держатель лицензии обязан действовать в соответствии с действующим законодательством МФЦА время от времени. Если это законодательство налагает ограничения на будущую коммерческую деятельность на основании существующей лицензии, то это не освобождает от ответственности за то, что такие ограничения не были включены в условия лицензии или что они не существовали в соответствии с предыдущим законодательством: они по-прежнему должны соблюдаться. (Г-н Тукулов возразил на то, что ссылка г-на Джаффи на возможное воздействие Валютных правил является новым аргументом, но мне кажется, что этот аргумент соответствовал делу АФСА с самого начала и в любом случае является очевидным).
51. В качестве альтернативного аргумента в отношении Валютных правил Cashdrive утверждает, что применение АФСА этих правил против них посредством Письменной директивы было нарушением законных ожиданий. Утверждается, что МФЦА обещало создать благоприятные условия для развития новых финансовых технологий и создать гибкую и предсказуемую нормативную среду, что породило основные ожидания прозрачности, ясности и предсказуемости правового регулирования и защиты интересов инвесторов. Cashdrive рассчитывает на поддержку со стороны юрисдикции МФЦА при начале своей деятельности и надеется на взаимовыгодное сотрудничество с регулятором. Также утверждается, что разумные и законные ожидания Cashdrive были сформированы на основе законодательства МФЦА, действовавшего на момент принятия решения об инвестировании в МФЦА.
52. Эти утверждения в общих чертах подтверждаются показаниями свидетеля г-на Геннадия Кима и первыми показаниями свидетеля г-жи Жаухар Рахимбековой, однако нет необходимости

вдаваться в подробности доказательств по данному вопросу. Дело не приближается к тому, когда исполнению законодательного положения такого рода могло бы помешать существование законных ожиданий. Как заявил г-н Джаффи, чтобы заявить о законных ожиданиях, Cashdrive должна была бы доказать, что получила обещание не вносить соответствующие изменения в применяемый к ней режим регулирования; но такого обещания не было, тем более такого, которое было бы «ясным, недвусмысленным и лишенным соответствующих оговорок» (*R v Inland Revenue Commissioners, ex p. MFK Underwriting Agents Ltd [1990] 1 WLR 1545 at 1569g*). Даже если бы такое обещание было дано, должны быть выполнены дополнительные ограничительные условия, прежде чем оно будет реализовано на основании законных ожиданий (см., например, *R (по заявлению Aozora GMAC Investment Ltd) v Her Majesty's Revenue and Customs [2020] 1 All ER 803*). Существуют веские соображения общественного интереса, по которым регулирующий орган должен быть в принципе свободен вносить изменения в режим регулирования с течением времени, и конкретное изменение в данном деле было сделано по веским соображениям общественного интереса. Такие соображения будут иметь вес против признания законных ожиданий, оправдывающих исключение из общего применения такого законодательства. (Г-н Тукулов возразил против того, что г-н Джаффи включил в свои письменные представления прецедентное право по судебному пересмотру, однако этот материал имеет непосредственное отношение к заявленному делу, и г-н Тукулов обладал достаточной возможностью ответить на него).

53. Из этого следует, что не было никакой правовой ошибки в выводе АФСА в Письменной директиве о том, что Cashdrive нарушает Валютные правила. Сам вывод и вытекающие из него требования по приведению процедур Cashdrive в соответствие с Валютными правилами были юридически обоснованными. Ничто из того, что Cashdrive заявила в своих заявлениях после вынесения решения или что было заявлено им в ходе настоящего разбирательства, не может повлиять на это заключение. Таким образом, в этом вопросе несоблюдение АФСА соответствующих процедур в отношении составления Письменной директивы, очевидно, не является существенным, и предоставление средств правовой защиты не было бы ни обоснованным, ни целесообразным.

Применение Правил ведения бизнеса по оценке Профессиональных клиентов

54. Правила ведения бизнеса изложены в пункте 25 выше.
55. Процедуры Cashdrive по предоставлению займов, и, в частности, процедуры отнесения клиентов к категории Профессиональных клиентов, подробно описаны в показаниях свидетелей г-жи Рахимбековой и г-на Пака. Я остановлюсь на некоторых основных моментах, а не буду описывать все подробно. Процесс выдачи займов регулируется «Правилами выдачи займов под залог транспортного средства» компании Cashdrive, которые представляют собой объемный документ, размещенный на сайте компании. Чтобы получить займ, потенциальный клиент должен изучить эти Правила, которые включают в себя положение о том, что займы предоставляются только Профессиональным клиентам; изучить «Стандартные условия договора займа», которые также включают в себя положение о том, что кредит будет выдан только в том случае, если клиент соответствует требованиям Профессионального клиента, при этом клиент подтверждает своей подписью, что он является Профессиональным клиентом;

изучить «Уведомление о классификации клиентов», которое содержит методику классификации клиентов; предоставить Cashdrive подписанную «Форму заявления-опроса - Классификация клиентов МФЦА», в которой клиент заявляет, что он имеет чистые активы в размере не менее 100 000 долларов США, а также отвечает условию о наличии соответствующего опыта и понимания, подтверждает, что прочитал и полностью согласен с Уведомлением о классификации клиентов; предоставляет Cashdrive подписанную «Форму заявления на выдачу кредита под залог транспортного средства», которая включает подтверждение клиента о том, что он изучил Стандартные условия и требования МФЦА и соответствует всем критериям Профессионального клиента; и при одобрении займа подписать и подать «Заявление о присоединении к Стандартным условиям договора займа», которое опять же включает в себя подтверждение того, что клиент изучил сам договор (Стандартные условия), является Профессиональным клиентом и согласен со всеми пунктами договора. Разумеется, это лишь ограниченная часть предоставляемой информации: в числе других вопросов личные данные, сумма и срок запрашиваемого займа, цель займа, сведения о транспортном средстве, под залог которого выдается займ, доходы, долги, кредитная история и т. п.

56. Согласно показаниям свидетелей, Cashdrive в свою очередь запрашивает отчеты и данные о клиенте и его имуществе из доступных компании баз данных (отчеты кредитных бюро, государственные базы данных физических лиц, сайты налоговых служб и т.д.), а также имеет право запрашивать банковские выписки и информацию о счетах, отчеты независимых экспертов по оценке и договоры купли-продажи (если таковые имеются), чтобы убедиться, что клиент предоставил достоверную информацию об имуществе. Cashdrive также проверяет в открытых источниках или доступных базах данных предоставленные клиентом документы и заявленную информацию об участии в бизнесе или владении (прямом или косвенном) движимым или недвижимым имуществом. Кредитный отдел проводит дополнительное интервью с клиентами для проверки предоставленных ими данных и запрашивает все необходимые документы, включая трудовые договоры, сертификаты, выписки с банковских счетов и другие документы, подтверждающие опыт работы на финансовом рынке (в том числе получение и исполнение займов), а также документы на транспортное средство, предоставляемое в качестве залога. Хотя Cashdrive и ссылается на эту систему в связи с категорией клиентов как Профессиональных клиентов, я должен сказать, что большая часть этого процесса проверки, как мне кажется, направлена не столько на этот вопрос, сколько на отдельные вопросы обеспечения кредита и способности клиента погасить займ.
57. Причины, по которым АФСА в Письменной директиве были указаны нарушения пунктов 2.3.1 и 2.5.1, заключались в том, что подход Cashdrive к идентификации и классификации клиентов как Оцененных профессиональных клиентов был *«поверхностным, неформальным и не соответствовал требованиям, изложенным в [Правилах ведения бизнеса]»; что «небрежный подход, заключающийся в копировании и вставке пунктов из Правил Ведения Бизнеса в форму декларации, которая затем просто подписывается клиентами, утверждающими, что они являются Профессиональными клиентами, является неприемлемым и не отражает способность фирмы классифицировать своих клиентов всесторонне и с должной тщательностью»; и что «в рамках процедуры привлечения клиентов Бюро не запрашивает у клиентов подтверждающие документы, которые могут*

быть использованы в качестве доказательства принадлежности клиента к категории профессиональных клиентов (дипломы, выписки с банковского счета, история работы в прошлом и др.)» (см. пункт 6 выше). По сути, жалоба заключалась в том, что клиенты должны были сами подтвердить, что они отвечают соответствующим условиям, а Cashdrive не сделала достаточно для проверки заявлений клиентов и получения подтверждающих документов, чтобы убедиться, что требования Правил ведения бизнеса, в частности пункты 2.5.1(a) и (b)(i) Правил, действительно были выполнены.

58. Письменная директива ссылалась на то, что АФСА было установлено, что в третьем квартале 2022 года Cashdrive предоставлял займы физическим лицам, оцениваемым как Профессиональные клиенты; и добавляла *«общая сумма займов 15»*. Опасения, выраженные в решении, основывались, на первый взгляд, на этих 15 сделках. Однако к этому времени со стороны АФСА была фактически получена в ответ на свой запрос от 30 ноября 2022 года и в декларациях за четвертый квартал 2022 года информация о 44 договорах займа, заключенных с физическими лицами; и доказательства показывают, что все 44 сделки были приняты во внимание при принятии решения о выдаче Письменной директивы. В своих заявлениях после принятия решения Cashdrive пыталась свести на нет разницу между цифрой 15 и цифрой 44, утверждая, что не знает, какие именно 15 клиентов были упомянуты в Письменной директиве, и утверждая, что остальные 29 клиентов были правильно оценены как Профессиональные клиенты. Отвечая на эти заявления, со стороны АФСА не делалось различий между 15 и остальными 44 клиентами и, на мой взгляд, достаточно ясно дала понять, что ее связана с проверкой клиентских досье в целом. Хотя Cashdrive продолжала требовать список 15 клиентов, упомянутых в Письменной директиве, дойдя до официального запроса информации, поданного (и должным образом отвеченного) в ходе апелляционного разбирательства, я убежден, что истинная позиция была достаточно ясна из условий самой Письменной директивы и что Cashdrive понимала или должна была понимать, что 15 это клиенты, фигурирующие в ее собственных декларациях за третий квартал 2022 года.
59. В ходе обмена мнениями после вынесения решения и в ходе апелляционного разбирательства опасения АФСА были изложены более полно, чем в Письменной директиве. Утверждается, что ограничение на кредитование неспециализированных клиентов было введено из соображений защиты прав потребителей и в связи с высокой долговой нагрузкой розничных клиентов в Казахстане. В отличие от первоначальных заявлений Cashdrive о том, что основным направлением его деятельности будет кредитование юридических лиц, он не привлекал в качестве клиентов ни одного юридического лица. Вместо этого им, в целом, предоставлялись относительно скромные займы физическим лицам, проживающим в Казахстане, обычно под залог их автомобилей (часто очень старых) и под очень высокие проценты (процентная ставка 44% применялась ко всем займам, независимо от их стоимости). Цель займов в целом описывается в документации Cashdrive как *"потребительский кредит"*, а многие документы займа содержат заверения клиентов о том, что они *"обращаются за потребительским кредитом для некоммерческих целей"*. В одном из документов по стратегии развития бизнес описывается как *"автоломбард"* для *"владельцев автомобилей, которым временно нужны деньги, в основном для того, чтобы закрыть долг в деловой сделке или приобрести товары"*. Займы выдавались частично автоматически с помощью автоматизированной системы подсчета. Cashdrive лишь принимал не верифицированную самостоятельную

декларацию клиента о том, что он соответствует условиям, необходимым для того, чтобы стать Профессиональным клиентом, в условиях, когда эта самостоятельная декларация по своей сути вряд ли была правдивой. Зачем лицу с чистыми активами в 100 000 долларов США (не считая стоимости основного жилья) понадобился кредит в несколько тысяч долларов под чрезвычайно высокие проценты? Неужели единственным залогом, который он мог предложить, был скромный автомобиль, возраст которого часто измерялся десятилетиями? Cashdrive не провел надлежащий расчет чистых активов клиентов и не собрал подтверждающие документы, свидетельствующие о наличии у них чистых активов в размере не менее 100 000 долларов США. Не было доказательств того, что условие о наличии финансовых активов было выполнено. Кроме того, у Cashdrive не было достаточных оснований для вывода о том, что условие, касающееся опыта и понимания соответствующих финансовых продуктов и любых связанных с ними рисков, было выполнено. Тот факт, что клиент уже брал займ и погасил его, не является достаточным для установления профессионального уровня знаний. Цель требований - убедиться в том, что клиент осведомлен и может составить собственное обоснованное мнение о целесообразности кредитования.

60. С другой стороны, компания Cashdrive утверждает, что им соблюдались требования по оценке клиентов в качестве Профессиональных клиентов. Правила ведения бизнеса устанавливают систему проверок и контроля, которая защищает уязвимых клиентов от приобретения финансовых продуктов, которые они не понимают. Cashdrive руководствовался дословным значением соответствующих правил и разработал тщательную систему должной осмотрительности для классификации своих клиентов, которая доказала свою эффективность. Вся необходимая информация была сведена в различные документы; клиенты выражали свое согласие и выполнение требований, подписывая документы; все они были опытными предпринимателями, некоторые - бухгалтерами или директорами; все они понимали суть финансового продукта, о котором идет речь. Количество дефолтов и просроченных займов практически равнялось нулю. Утверждается, что у АФСА не имелось понимания, как работает бизнес Cashdrive, и он не должен был указывать ему, как вести дела, а не устанавливать общие правила. Принятая Cashdrive процедура, направленная на конкретный финансовый продукт и конкретную категорию клиентов, была разумной. Cashdrive также утверждает, что мог бы представить больше документов и доказательств правильности классификации клиентов, если бы ему была предоставлена такая возможность до издания Письменной директивы, и что сама Письменная директива не объясняет, что именно было неправильно в процессе классификации клиентов. Кроме того, компания жалуется на то, что АФСА не отреагировал на заявления Cashdrive, сделанные после принятия решения, и на вопросы о характере предполагаемых нарушений.
61. Я согласен с тем, что причины, приведенные по этому вопросу в Письменной директиве, а также соответствующие выводы по факту, выражены в довольно сжатых и общих терминах. Соответственно, отсутствовала конкретика в отношении того, что требуется от *"соответствующим образом пересмотренных процедур ведения бизнеса"* в отношении оценки профессиональных клиентов. Я не сомневаюсь, что этот вопрос был бы рассмотрен более полно и подробно, если бы Cashdrive была предоставлена возможность представить свои доводы до принятия решения. Например, в письме АФСА от 12 мая 2023 года (пункт 31 выше) можно увидеть, как были прописаны причины, связанные с требованием о наличии

чистых активов в размере не менее 100 000 долларов США. Письменной директивой, однако, была определена суть опасений АФСА и со ссылкой на документы, на которых они основывались, все из которых были предоставлены им самим Cashdrive; и поскольку все документы находились у Cashdrive, не было необходимости предоставлять их копии.

62. Правила ведения бизнеса определяют условия, которые должны быть выполнены, чтобы клиент мог рассматриваться как Оцененный профессиональный клиент, но они не указывают, какие шаги должны быть предприняты Авторизованной компанией, чтобы убедиться, что клиенты соответствуют этим условиям. В них, например, не говорится, что Авторизованная компания должна сама проводить расчет чистых активов клиента или получать подтверждающие документы, а не предоставлять клиенту возможность подтвердить выполнение условия. Как представляется, существует значительное поле для гибкого применения правил. Поэтому я с некоторой долей понимания отношусь к подходу Cashdrive, который был применен в условиях нечеткой формулировки правил и отсутствия руководства со стороны АФСА. Однако в итоге именно АФСА как регулирующий орган должен определить, как применять правила в свете политического контекста и целей регулирования. АФСА является экспертным органом, которому FSFR предоставлены широкие полномочия по надзору, как упоминалось в пункте 21 выше. Он должен убедиться в том, что условия соблюдены, и вынести решение о том, что необходимо сделать для этого. Другими словами, ответ на вопрос о том, были ли соблюдены соответствующие Правила ведения бизнеса, зависит не только от обычного толкования правил, но и от решения АФСА - решения, в которое Суд не будет вмешиваться. АФСА, а не Суд, является первичным органом, принимающим решение по такому вопросу, и следует напомнить, что раздел 11 FSFR *"предусматривает подачу апелляции не по существу решения, а по тому, совершило ли лицо, принимающее решение, признаваемую публично-правовую ошибку"* (см. *Карми против АФСА*, пункт 11 выше).
63. Я убежден, что на основании документов, полученных к моменту составления Письменной директивы, и, в частности, 15 договоров займа, конкретно упомянутых в Письменной директиве, у АФСА было право сформировать свое мнение о том, что подход Cashdrive не соответствует Правилам ведения бизнеса. Что касается требования о наличии чистых активов в размере не менее 100 000 долларов США, со стороны АФСА не было предпринято действий ни по неправильному толкованию пункт 2.5.1(а) Правила ведения бизнеса, ни по неправильному применению этого правила, решив, что подход Cashdrive к оценке был неадекватным и что необходимо было сделать больше, рассчитав чистые активы клиента и получив документальное подтверждение. Аналогичным образом, в отношении требования оценить клиента на разумных основаниях на предмет наличия у него достаточного опыта и понимания соответствующих финансовых продуктов и любых связанных с ними рисков, у АФСА было право признать подход Cashdrive ненадлежащим: решение АФСА о том, что вопросы, на которые опиралась Cashdrive, не давали разумных оснований для сделанных оценок, было законно доступным для него решением.
64. Повлияло бы или изменило исход дела, если бы компании Cashdrive была предоставлена возможность представить свои заявления до издания Письменной директивы? Как мной уже было отмечено, вопрос, на мой взгляд, был бы рассмотрен более полно в свете таких

заявлений, но суть опасений АФСА осталась бы прежней и обоснованной. Я не увидел ничего в заявлениях после принятия решения или в доказательствах в рамках настоящего разбирательства, что заставило бы меня думать, что решение могло быть иным или что могли появиться веские основания для его оспаривания. Я соглашаюсь с заявлениями АФСА по этому вопросу.

65. Я принимаю во внимание доводы Cashdrive, включая показания г-жи Рахимбековой в ходе перекрестного допроса, что Cashdrive мог бы предоставить дополнительные документы, касающиеся классификации клиентов, но АФСА их не запрашивала. Тем не менее, еще 30 ноября 2022 года АФСА были запрошены отчеты об оценке каждого из клиентов, которые на тот момент были оценены как Профессиональные клиенты, и любые другие документы, использованные при оценке их как Профессиональных клиентов (см. пункт 5 выше); Cashdrive предоставила документы в ответ на этот запрос, а также в виде своих квартальных отчетов, и у них также была достаточная возможность предоставить любые дополнительные документы в рамках своих заявлений после вынесения решения и в ходе апелляционного разбирательства. На мой взгляд, не существует серьезной вероятности того, что Cashdrive теперь может представить дополнительные документы, способные пролить новый значительный свет на этот вопрос и изменить его исход.
66. Должен отметить, что я оставил без внимания записи АФСА о недавних интервью двух клиентов, а также свидетельские показания одного из них, полученные Cashdrive в ответ: эти материалы слишком недавние и слишком сжатые, чтобы иметь существенное влияние на вопросы, рассматриваемые Судом. Мною также не стали рассматриваться другие документы в пакете документов, приемлемость которых была оспорена, как не имеющие отношения к моему решению.
67. Я не придаю значения тому факту, что изначально основной сферой деятельности Cashdrive было кредитование юридических лиц, но на практике все займы были выданы физическим лицам. Cashdrive объясняет это изменение бизнес-модели изменениями рыночных условий, в частности тем, что после вторжения России в Украину кредитование юридических лиц стало очень рискованным. Является ли это объяснение удовлетворительным или нет, не имеет значения. Возможность кредитования физических лиц предусматривалась с самого начала и была разрешена лицензией при условии, что клиенты были должным образом оценены как Профессиональные клиенты. Если они были оценены таким образом, то в принципе было допустимо, чтобы весь бизнес Cashdrive осуществлялся путем предоставления займов физическим лицам, хотя отдельное действие Валютных правил заключалось в том, что такие лица должны были быть резидентами за пределами Казахстана. Так остается и сегодня. Как пояснил АФСА, лицензия Cashdrive не была приостановлена, и Cashdrive по-прежнему может предоставлять займы физическим лицам при условии, что они являются резидентами за пределами Казахстана и должным образом оценены как Профессиональные клиенты.
68. Однако в заключение по этому вопросу можно сказать, что и здесь у АФСА было право принять решение, которое было принято им в Письменной директиве; несоблюдение процессуальных требований Приложения 1 к FSFR не было существенным; и предоставление средств правовой защиты не было бы ни обоснованным, ни целесообразным.

Заключение

69. По причинам, изложенным выше, Письменная директива была издана с нарушением соответствующих процессуальных требований, но эти нарушения в конечном итоге были незначительными, и по вопросам несоблюдения Валютных правил и несоблюдения Правил ведения бизнеса у АФСА было право принять то решение, которое было принято им. Таким образом, апелляция Cashdrive на Письменную директиву отклонена, и в удовлетворении иска должно быть отказано.

Принято Судом,

Достопочтенный Сэр Стивен Ричардс

Судья, Суд МФЦА

Представительство:

Истец/Апеллянт был представлен (1) г-ном Бахытом Тукуловым, Партнер, и (2) г-жой Марией Петренко, Юрист, оба с ТОО «Tukulov Kassilgov Shaikenov Disputes».

Ответчик был представлен г-ном Беном Джаффи КС, Blackstone Chambers, по поручению г-на Исхака Берни, Управляющего директора Юридического офиса МФЦА.