

БАНКОВСКАЯ СИСТЕМА И БАНКОВСКАЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ

DOI: 10.17803/1994-1471.2022.140.7.059-070

И. Е. Михеева*

Недобросовестные практики в деятельности банковских экосистем

Аннотация. В статье рассмотрены особенности проявления недобросовестного поведения со стороны банков как специальных субъектов правонарушения. Автором сделан вывод, что на современном этапе происходит трансформация банковской деятельности, обусловленная появлением банковских экосистем, цифровизацией банковской деятельности, концентрацией у банков больших данных клиентов, а также высокорисковым характером банковской деятельности для клиентов. В этой связи появляются новые практики недобросовестного поведения. В работе обосновано, что создание кредитными организациями других юридических лиц, основной деятельностью которых должна являться запрещенная для самих банков торговая, страховая и производственная деятельность, следует квалифицировать как разновидность недобросовестного поведения. Автор на основе проведенного исследования пришел к выводу о том, что появление банковских экосистем, продажа банками услуг некредитных финансовых организаций, а также внедрение новых технологий предопределяет необходимость совершенствования гражданско-правовой ответственности банков за недобросовестное поведение.

Ключевые слова: правонарушение; банковские экосистемы; недобросовестное поведение; противоправные действия; кредитные организации; агрегаторы; доверительное отношение; цифровые платформы; ответственность; банковские правоотношения.

Для цитирования: Михеева И. Е. Недобросовестные практики в деятельности банковских экосистем // Актуальные проблемы российского права. — 2022. — Т. 17. — № 7. — С. 59–70. — DOI: 10.17803/1994-1471.2022.140.7.059-070.

Unfair Practices in Banking Ecosystems

Irina E. Mikheeva, Cand. Sci. (Law), Associate Professor, Deputy Head of the Department of Banking Law, Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9, Moscow, Russia, 125993
ya.miheeva@yandex.ru

Abstract. The paper examines peculiarities of manifestation of unfair behavior by the banks as specific subjects of an offense. The author concludes that at the present stage banking activities are being transformed due to the emergence of banking ecosystems, digitalization of banking activities, concentration of big customer data in

© Михеева И. Е., 2022

* Михеева Ирина Евгеньевна, кандидат юридических наук, доцент, заместитель заведующего кафедрой банковского права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)
Садовая-Кудринская ул., д. 9, г. Москва, Россия, 125993
ya.miheeva@yandex.ru

banks and a high-risk nature of banking activities for customers. In this regard, new practices of unfair behavior are emerging. The paper substantiates that creation of other legal entities by credit organizations, the main activity of which should be trading, insurance and production activities prohibited for banks, should be qualified as a kind of unfair behavior. Based on the conducted research, the author came to the conclusion that the emergence of banking ecosystems, the sale of services by banks to non-credit financial organizations and new technologies predetermine the need to improve the liability of banks for unfair behavior.

Keywords: offense; banking ecosystems; unfair behavior; illegal actions; credit organizations; aggregators; trust relationship; digital platforms; responsibility; banking legal relations.

Cite as: Mikheeva I.E. Nedobrosovestnye praktiki v deyatel'nosti bankovskikh ekosistem [Unfair Practices in Banking Ecosystems]. *Aktual'nye problemy rossijskogo prava*. 2022;17(7):59-70. DOI: 10.17803/1994-1471.2022.140.7.059-070. (In Russ., abstract in Eng.).

Субъект любого правонарушения, как писал Н. С. Малейн, «вряд ли может включаться в состав правонарушения наряду с другими элементами. Субъект “творит”, выполняет состав правонарушения, а не является его “частью”. Тем не менее без субъектов нет правонарушения, и потому учение о субъекте составляет неотъемлемую часть учения о правонарушении»¹. Как оценочное понятие в гражданском праве, добросовестность характеризует субъекта².

В гражданском праве существуют примеры, когда действующим законодательством предусмотрено привлечение к гражданско-правовой ответственности за недобросовестное поведение специальных субъектов. Так, статьей 53.1 ГК РФ предусмотрено привлечение к ответственности лица, которое в силу закона, иного правового акта или учредительного документа юридического лица уполномочено выступать от его имени, в случае, если будет доказано, что при осуществлении своих прав и исполнении своих обязанностей оно действовало в том числе *недобросовестно*. С такого лица могут быть взысканы убытки. О. В. Гутников, рассматривая привлечение к ответственности за корпоративные правонарушения в рамках указанной нормы, пишет, что «в корпоративном праве, наоборот, должен действовать принцип специалитета (от-

ветственность наступает только... в отношении тех субъектов, которые *expressis verbis* указаны в законе, учредительных документах юридического лица или в корпоративном договоре)»³.

Таким образом, выделение специального субъекта недобросовестного поведения в банковской деятельности представляется важным для данного исследования, поскольку позволит определить особенности привлечения такого лица к гражданско-правовой ответственности.

Во-первых, в банковских правоотношениях обязательной стороной являются кредитные организации, которые в силу ст. 5 Федерального закона от 02.12.1990 № 395-1 «О банках и банковской деятельности»⁴ наделены исключительным правом совершать в совокупности все банковские операции, в частности привлекать вклады, осуществлять переводы, открывать счета и размещать денежные средства от своего имени и т.п.

Во-вторых, степень фактического неравенства сторон банковских правоотношений достигает высокого уровня в силу различных факторов (экономического, правового), а вред, который может быть причинен, является масштабным: практически все потребители обслуживаются в банках.

Особенность проявления недобросовестного поведения со стороны банков на современ-

¹ Малейн Н. С. Правонарушение: понятие, причины, ответственность. М. : Юрид. лит., 1985. С. 192.

² Дроздова Т. Ю. Добросовестность в современном гражданском праве : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005. С. 15.

³ Гутников О. В. Корпоративная ответственность участников коммерческих операций: проблемы и перспективы развития // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2019. № 1. С. 47.

⁴ СЗ РФ. 1996. № 6. Ст. 492.

ном этапе обусловлена наличием в совокупности следующих факторов: доверительным отношением клиентов к банку; трансформацией банковской деятельности как результатом цифровизации и появления банковских экосистем; концентрацией у банков больших данных клиентов, а также высокорисковым характером банковской деятельности для клиентов.

Доверительное отношение клиентов к банкам. В литературе неоднократно отмечался лично-доверительный характер отношений сторон отдельных договоров. Так, Л. Г. Ефимова сформулировала определение лично-доверительного договора для банковских договорных правоотношений. Под лично-доверительной сделкой она понимает «договор, правовой режим которого: 1) приводит к появлению прав и обязанностей, тесно связанных с личностью кредитора и/или должника. Как известно, это приводит к невозможности передачи этих прав и обязанностей в порядке универсального или сингулярного правопреемства. При этом совершенно необязательно, чтобы все права и обязанности, возникающие из договора, оказывались тесно связанными с личностями обеих сторон этого договора. Достаточно, чтобы хотя бы некоторые из них, пусть в отдельных случаях, не могли быть переданы третьи лицам (личный характер); 2) устанавливает правило, в соответствии с которым утрата доверия со стороны одной из сторон договора давала бы ей право в изъятие из общего порядка расторжения договора отказаться от его исполнения в одностороннем, внесудебном порядке без указания причин (доверительный характер)»⁵. Лично-доверительный характер, пишет далее Л. Г. Ефимова, «имеют также те банковские сделки, которые являются разновидностями указанных договоров. В первую очередь речь может идти о лично-доверительном характере расчетных сделок и договора банковского счета, который содержит элемент предварительного договора о заключении в будущем расчетных сделок»⁶.

При этом следует отметить, что гражданское законодательство к правам, неразрывно связанным с личностью кредитора, относит, в частности, требования об алиментах и о возмещении вреда, причиненного жизни или здоровью (ст. 382 ГК РФ). В этой связи представляется, что с точки зрения гражданского законодательства правоотношения, возникающие из банковской деятельности, сложно назвать личными.

В то же время нельзя отрицать доверительный характер, который основан на отношении клиентов к банку.

Возникновение доверительного характера в банковских правоотношениях объясняется следующим.

Во-первых, у клиента исторически, еще с советских времен, сформировалось повышенное доверие к деятельности банков, поскольку существовавшие тогда только государственные банки специализировались в разных сферах экономики, не осуществляли высокорисковой деятельности, поддерживались государством.

Во-вторых, повсеместный переход на безналичные расчеты вынуждает клиентов хранить свои деньги в банке, что также со временем формирует доверие. На текущий счет клиента — физического лица, в том числе к которому привязана банковская карта, фактически в обязательном порядке перечисляется заработная плата.

Учитывая политику Банка России, направленную на стимулирование именно безналичных расчетов, можно утверждать, что клиенты в скором времени не смогут осуществлять какие-либо операции наличными денежными средствами без участия банков. Соответственно, в ближайшей перспективе будет сформировано обязательно-доверительное отношение в части хранения денег в банке, даже для тех клиентов, которые в настоящий момент не пользуются услугами банков при расчетах.

В-третьих, особое значение банковских правоотношений предопределено тем, что деятельность кредитных организаций лицензируется,

⁵ Ефимова Л. Г. Банковские сделки: право и практика. М. : НИМП, 2001. С. 120.

⁶ Ефимова Л. Г. Указ. соч. С. 121.

за ней осуществляется постоянный надзор со стороны Банка России.

Представляется, что доверие клиентов обеспечивается также нормами права, предусматривающими защиту клиента как слабой стороны банковского договора. Так, по договорам, в которых клиент выступает в качестве кредитора при размещении денежных средств, он может, например, расторгнуть договор (договор банковского счета расторгается по заявлению клиента в любое время — п. 1 ст. 859 ГК РФ) либо отказаться от него (по договору вклада любого вида, заключенному с гражданином, банк в любом случае обязан выдать по первому требованию вкладчика сумму вклада или ее часть и соответствующие проценты (п. 2 ст. 837 ГК РФ)).

Таким образом, банковская деятельность в силу своей специфики если не всегда имеет доверительный характер, то, в любом случае, вызывает у клиентов доверия больше, чем деятельность большинства других организаций.

На доверие потребителей к банковской деятельности также, в частности, влияют:

- правила ст. 26 Федерального закона «О банках и банковской деятельности» о банковской тайне, предусматривающей особый правовой режим представления информации третьим лицам в отношении операций и сделок клиентов;
- положения Федерального закона от 23.12.2003 № 177-ФЗ «О страховании вкладов в банках Российской Федерации»⁷, предусматривающие возмещение по застрахованным вкладам в размере 100 % суммы

вкладов в банке, но не более 1 400 000 руб., а в отдельных случаях и 10 000 000 руб.

При этом считается, что банки с участием государства вызывают большее доверие, поскольку имеют финансовую поддержку за счет бюджета. На 10 крупнейших банков из 388 действующих приходится около 72 трлн руб. активов, что составляет почти 76 % от общей доли банковского сектора⁸. При этом в России наблюдается увеличение доли банков с государственным участием в России⁹.

Как неоднократно указывали суды, по договорам, заключаемым с потребителями, перемена кредитора (банка) не должна нарушать требования законодательства о лицензировании¹⁰.

Данный пример свидетельствует о том, что суды отмечают, что именно банк, получивший соответствующее разрешение (лицензию), может быть стороной банковского договора.

Таким образом, под доверительным отношением клиента к банку следует понимать сложившееся в силу ряда как объективных, так и субъективных причин отношение клиента к банку, в результате которого он уверен в *существовании дополнительных гарантий, которые минимизируют его риски* при заключении сделок именно с банком.

Однако в ряде случаев, используя доверительное отношение своих клиентов, банки ведут себя недобросовестно. Одним из таких примеров является реализация услуг некредитных финансовых организаций, совершение которых банкам от своего имени запрещено (страховая, производственная и торговая деятельность).

⁷ СЗ РФ. 2003. № 52 (ч. I). Ст. 5029.

⁸ Финансовый супермаркет Банки.ру // URL: <https://journal.open-broker.ru/economy/kontroliruemye-gosudarstvom-rossiyskie-banki/> (дата обращения: 16.01.2022).

⁹ Якунин С. В. Доминирование банков с государственным участием в России: современные тенденции // Финансовый журнал. 2019. № 3. С. 73.

¹⁰ В пункте 51 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 28.06.2012 № 17 «О рассмотрении судами гражданских дел по спорам о защите прав потребителей» (Бюллетень Верховного Суда РФ. 2012. № 9) указано, что «разрешая дела по спорам об уступке требований, вытекающих из кредитных договоров с потребителями (физическими лицами), суд должен иметь в виду, что Законом о защите прав потребителей не предусмотрено право банка, иной кредитной организации передавать право требования по кредитному договору с потребителем (физическим лицом) лицам, не имеющим лицензии на право осуществления банковской деятельности, если иное не установлено законом или договором, содержащим данное условие, которое было согласовано сторонами при его заключении».

Представляется, что создание кредитными организациями других юридических лиц, основной деятельностью которых должна являться запрещенная для самих банков торговая, страховая и производственная деятельность, следует квалифицировать как *разновидность недобросовестного поведения в форме обхода закона*.

Еще один пример недобросовестного поведения: банки, предлагая услуги третьих лиц, в частности с использованием агрегаторов, владельцем которых они являются, распространяют такое доверие и на них, в том числе путем раздачи своего бренда. Это становится возможным в связи с использованием больших данных о клиентах, которые обслуживаются в банке, через мобильные приложения, клиенты массово получают доступ к таким услугам.

Указанные примеры будут более подробно рассмотрены далее.

Особенности деятельности банковских экосистем. В докладе председателя Банка России Э. С. Набиуллиной было отмечено, что «экосистемы, безусловно, привлекательны для клиентов, дают возможность получать в одной среде, одном приложении почти все, что нужно человеку каждый день. Но мы понимаем, что экосистемы таят и свои риски: банки инвестируют средства вкладчиков в новые бизнесы, в свою экспансию»¹¹.

Особенностью России является лидирующая роль финансового сектора в создании экосистем¹². Появление банковских экосистем стало следствием «поиска новых способов сохранить свое место посредника при совершении банковских операций»¹³, а также снижение доходов от традиционных банковских операций.

Причиной широкого распространения деятельности банковских экосистем в России стало наличие у банков большого объема данных о клиентах: используя клиентскую базу, они предоставляют информацию о других компаниях, входящих в экосистему.

Современные банковские экосистемы начали зарождаться в конце XX в., когда банки стали создавать свои страховые дочерние компании.

В последние годы в России появляются банковские экосистемы, созданные на информационной платформе банков. По мнению М. Н. Иванович, «основой формирования экосистем стало формирование цифровых технологий и вызванные ими изменения поведенческих предпочтений потребителя»¹⁴.

Данную позицию следует дополнить тем, что основной причиной появления экосистем в России является желание банков увеличить доходы за счет небанковских доходов.

В действующем законодательстве отсутствует легальное определение понятия «экосистема». Однако данная дефиниция сейчас широко обсуждается. Так, в докладе Банка России дано следующее определение: «Экосистема (цифровая экосистема) — совокупность сервисов, в том числе платформенных решений, одной группы компаний или компании и партнеров, позволяющих пользователям получать широкий круг продуктов и услуг в рамках единого бесшовного интегрированного процесса»¹⁵. В литературе «банковская экосистема фактически трактуется в рамках создания и развития банковской группы, включающей в себя различные компании (финансовые и нефинансовые), предлагающие клиентам кредитных

¹¹ Набиуллина Э. С. Выступление на встрече Ассоциации Банков России 18 февраля 2021 г. // URL: http://static.consultant.ru/obj/file/doc/bank_180221-en.pdf#utm_campaign=hotdocs&utm_source=consultant&utm_medium (дата обращения: 16.01.2022).

¹² Экосистемы: подходы к регулированию : доклад для общественных консультаций Банка России. Апрель. 2021 г. // URL: https://cbr.ru/Content/Document/File/119960/Consultation_Paper_02042021.pdf. С. 3 (дата обращения: 16.01.2022).

¹³ Генкин А., Михеев А. Блокчейн: Как это работает и что ждет нас завтра. М. : Альпина Паблишер, 2018. С. 178.

¹⁴ Иванович М. Н. Экосистема ПАО «Сбербанк». Продукты экосистемы для юридических лиц. // Достижения науки и образования. 2020. 14 (68). С. 49.

¹⁵ Экосистемы: подходы к регулированию. С. 45.

организаций разнообразные финансовые и нефинансовые услуги и товары с целью удовлетворения как можно большего объема их потребностей»¹⁶. Таким образом, в указанных определениях все авторы отмечают объединение услуг и товаров на одной платформе (сервисе).

В российском праве деятельность экосистем специально не урегулирована.

Экосистемы используют агрегаторы (цифровые платформы) с целью предоставления клиентам информации об услугах и о товарах разных лиц. Понятие «агрегатор», на базе которого осуществляется деятельность банковских экосистем, отсутствует в действующем законодательстве. Однако в Законе РФ от 07.02.1992 № 2300-1 «О защите прав потребителей»¹⁷ (далее — Закон «О защите прав потребителей») в

2020 г. появилось определение понятия «владелец агрегатора информации о товарах (услугах)»¹⁸ (далее — владелец агрегатора).

Банк как владелец агрегатора должен соответствовать всем установленным к его деятельности требованиям. В банковских экосистемах кредитные организации представляют информацию о различных финансовых и нефинансовых услугах и товарах.

В статье 9 Закона «О защите прав потребителей» установлены требования к представлению информации об изготовителе (об исполнителе, о продавце, владельце агрегатора)¹⁹.

Как пишет В. П. Курганов, «правила работы и условия пользования площадкой устанавливаются банком — владельцем агрегатора самостоятельно, оказываемые банками услуги являются платными»²⁰.

¹⁶ Трушина К. В., Смагин А. В. Тренд на развитие крупнейших банков в парадигме экосистемы (к вопросу о понятии «экосистема») // Банковские услуги. 2019. № 12. С. 8.

¹⁷ СЗ РФ. 1996. № 3. Ст. 140.

¹⁸ Федеральный закон от 31.07.2020 № 290-ФЗ «О внесении изменений в Закон Российской Федерации “О защите прав потребителей”» // СЗ РФ. 2020. № 31 (ч. I). Ст. 5049.

¹⁹ Согласно указанному федеральному закону владелец агрегатора — это организация независимо от организационно-правовой формы либо индивидуальный предприниматель, которые являются владельцами программы для электронных вычислительных машин и (или) владельцами сайта и (или) страницы сайта в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет» и которые предоставляют потребителю в отношении определенного товара (услуги) возможность одновременно ознакомиться с предложением продавца (исполнителя) о заключении договора купли-продажи товара (договора возмездного оказания услуг), заключить с продавцом (исполнителем) договор купли-продажи (договор возмездного оказания услуг), а также произвести предварительную оплату указанного товара (услуги) путем наличных расчетов либо перевода денежных средств владельцу агрегатора в рамках применяемых форм безналичных расчетов в соответствии с п. 3 ст. 16.1 настоящего Закона и Федеральным законом от 27.06.2011 № 161-ФЗ «О национальной платежной системе». Владелец агрегатора обязан довести до сведения потребителей информацию о себе и о продавце (об исполнителе) (фирменное наименование (наименование), место нахождения (адрес), режим работы, государственный регистрационный номер записи о создании юридического лица, фамилию, имя, отчество (если имеется), государственный регистрационный номер записи о государственной регистрации физического лица в качестве индивидуального предпринимателя), а также об имеющихся изменениях в указанной информации. Владелец агрегатора доводит до сведения потребителей информацию о себе и о продавце (об исполнителе) посредством ее размещения на своем сайте и (или) странице сайта в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет». Информацию о продавце (об исполнителе) владелец агрегатора вправе довести до сведения потребителей посредством размещения на своем сайте и (или) странице сайта в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет» ссылки на сайт продавца (исполнителя) в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет».

²⁰ Курганов В. Баланс интересов // Банковское обозрение. 2019. № 3. С. 85.

Организационно-правовые формы деятельности участников банковских экосистем в настоящее время только формируются.

По мнению А. А. Иванова, «отношения между владельцем агрегатора и пользователями могут быть построены по нескольким моделям»²¹.

В практической деятельности крупных российских банков экосистемы получили широкое распространение, они построены по разным моделям. Так, Экосистема «Сбера» включает в себя различные организации, созданные на единой цифровой платформе. В экосистему включены различные услуги: доставка, лечение, перевозка, покупка, путешествия, развлечения и т. д.²² Экосистема «Сбера» фактически включает его дочерние компании. Как указано на сайте банка, в общей сложности «Сбербанк» приобрел и создал с нуля более 60 компаний, которые оказывают услуги как повседневного спроса, так и в бизнес-сегменте и области новых технологий²³.

Услуги, которые предлагаются в экосистеме «Сбера», не являются услугами самого банка. Граждане обращаются в компании, услуги которых размещены на единой информационной площадке «Сбера», в большей части по той причине, что они являются клиентами банка, имеют его приложение. Кроме того, указание в названии этих компаний бренда «Сбер» вызывает у них дополнительное доверие, основан-

ное на отношениях с банком. Представляется, что использование указанного бренда вводит клиентов в заблуждение относительно лица, которое будет предоставлять услугу, продавать товар на электронной площадке. Если бы такого эффекта от бренда «Сбер» не было, очевидно, что банк не стал бы так широко его использовать. Представляется, что такое поведение представляет собой разновидность недобросовестного поведения. Однако ответственность за него действующим законодательством не предусмотрена.

Как пишет Е. Д. Суворов, «ответственность должна иметь место всегда, когда потребитель проявляет лояльность по отношению к бренду. Так как владелец агрегатора делится своим брендом с производителями (продавцами, исполнителями) путем привлечения потребителей к приобретению соответствующих товаров (работ, услуг), он должен отвечать за качество реализованного продукта, покупка которого была обусловлена доверием к его бренду»²⁴.

В этой связи еще раз отмечаем, что предоставление банковского бренда другим участникам банковской экосистемы — разновидность недобросовестного поведения кредитной организации в форме усиления ею информационной диспропорции, поскольку применение банковского бренда вводит потребителя в заблуждение относительно стороны

²¹ В частности, выделяют:

- модель представительства (предполагает использование договора поручения, в том числе в отношениях как с потребителями, так и с производителями);
- модель комиссии (реализуется через использование договора комиссии (в том числе двойной комиссии), т.е. при совершении сделок агрегатор действует от собственного имени);
- модель передачи товаров, выполнения работ, оказания услуг (в этом случае услуга бизнес-агрегатора может состоять в подборе нужного производителя, регламентации его деятельности и контроле за качеством);
- смешанную модель (сочетает несколько договорных видов из перечисленных выше);
- модель *sui generis* (обосновывает особый тип договорного регулирования, используемого в отношениях с участием агрегаторов торговли (выполнения работ или оказания услуг)).

См.: Иванов А. А. Бизнес-агрегаторы и право // Закон. 2017. № 5. С. 145.

²² Цифровая экосистема «Сбера» // URL: <https://www.sberbank.com/ru/eco> (дата обращения: 16.01.2022).

²³ Экосистема «Сбера» // URL: <https://spec.tass.ru/sber180/ekosistema-sbera> (дата обращения: 16.01.2022).

²⁴ Суворов Е. Д. Некоторые проблемы электронной торговли: к вопросу об ответственности владельцев агрегаторов перед потребителями // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2019. № 9. С. 60.

и правовой природы договора, заключаемого им с другим участником экосистемы, а также способствует распространению на этого участника банковской экосистемы доверия, которое испытывает потребитель к кредитной организации.

Осуществление на электронной площадке в рамках банковской экосистемы деятельности, которой запрещено заниматься самим банкам, а именно производственной, страховой и торговой деятельности, представляется не соответствующим требованиям к банковской деятельности.

Еще одной особенностью банковских экосистем является включение любой компании в экосистему банка, что позволяет ей пользоваться персональными данными клиента, которые предоставляются банку.

Согласно ст. 12 Закона «О защите прав потребителей», если иное не предусмотрено соглашением между владельцем агрегатора и продавцом (исполнителем) или не вытекает из существа отношений между ними, ответственность за исполнение договора, заключенного потребителем с продавцом (исполнителем) на основании представленной владельцем агрегатора информации о товаре (об услуге) или о продавце (об исполнителе), а также за соблюдение прав потребителей, нарушенных в результате передачи потребителю товара (услуги) ненадлежащего качества и обмена непродуктового товара надлежащего качества на аналогичный товар, несет продавец (исполнитель).

Однако представляется, что указанной ответственности банка-агрегатора недостаточно, поскольку данной нормой не учитываются недобросовестные действия, которые совершает банк. Банк своим брендом *создает иллюзию дополнительных гарантий для клиентов за счет использования и «раздачи» своего фирменного наименования, что и является недобросовестным поведением.*

При этом в настоящей работе не стоит задача всестороннего исследования деятельности банковских экосистем, правовые проблемы их деятельности настолько масштабны, что могут быть предметом самостоятельного исследования, в работе данный вопрос проанализирован с целью выявления связи между их появлением и недобросовестным поведением банков.

Согласимся с тем, что «выработка мер ответственности перед потребителем владельца агрегатора строится на необходимости защиты такой слабой стороны в правоотношении, как потребитель»²⁵.

Таким образом, банковская экосистема представляет собой объединение самостоятельных юридических лиц, которое является разновидностью банковской группы (одно или несколько небанковских юридических лиц находятся под контролем или значительным влиянием кредитной организации), которое отвечает следующим признакам: все участники банковской группы объединены общим наименованием (в том числе брендом), пользуются предоставленной кредитной организацией информационно-тех-

²⁵ Суворов Е. Д. Указ. соч. С. 61.

Очевидно, что потребитель выигрывает от того, что дополнительно ответственным перед ним является владелец агрегатора. Вопрос о том, несет ли он ответственность один либо наряду с продавцом, — это уже вопрос усиления ответственности, но потребитель не должен лишаться защиты своих интересов путем исключения имущественной массы владельца агрегатора из потенциального источника реализации таких интересов. Отметим, что именно по такому пути идет в целом потребительское законодательство: перед потребителем отвечает не только продавец, но и производитель и импортер. Они отвечают по договору независимо от того, что стало причиной неисполнения обязательства перед потребителем (ст. 18 Закона о защите прав потребителей), а потому аргумент об отсутствии вины и иные возражения со стороны владельца агрегатора не должны иметь силы: все участники торговой цепочки (от сбыта производителем до сбыта потребителю) должны гарантировать своей массой реализацию имущественных интересов потребителя. В связи с этим особое положение владельцев агрегаторов вновь ставит вопрос о причинах нарушения принципа равенства; как мы полагаем, причин, заслуживающих отклонения от общего принципа, нет.

нической инфраструктурой: платформой-агрегатором, базой данных кредитной организации о ее клиентах, включая их персональные данные («большие данные»); пользуются доверием, которое оказано обществом этой кредитной организации.

В указанном случае участник экосистемы, нарушивший свои договорные обязательства, будет нести перед потребителем договорную ответственность, а банк — внедоговорную субсидиарную ответственность, целью применения которых является полное возмещение убытков, понесенных потребителем.

Для осуществления любой инновации необходимы партнеры-потребители и партнеры-поставщики²⁶. Для обеспечения деятельности банковских экосистем широко задействуются не только другие компании, но и клиенты — потребители. Именно наличие в банках большой клиентской базы дает им возможность формировать экосистемы и эффективно ими управлять.

Большие данные о клиентах. В платформенной экономике данные становятся ключевой ценностью²⁷.

В силу специфики банковской деятельности каждая кредитная организация имеет информацию о своих клиентах. Концентрация в банке данных о ее клиентах обусловлена выполнением ими обязанности по идентификации клиентов при совершении банковских операций, предусмотренной законодательством о противодействии легализации (отмыванию) доходов.

Сбор документов клиентов для совершения банковских операций предусмотрен нормативными актами Банка России, в частности инструкцией Банка России от 30.05.2014 № 153-И «Об открытии и закрытии банковских счетов, счетов по вкладам (депозитам), депозитных счетов»²⁸.

Доступ к большим массивам данных и их эффективная обработка оказывают заметное

влияние на усиление рыночной власти, в том числе потому, что обладание такими данными дает широкие возможности для внедрения, использования и развития в своем бизнесе следующих практик:

- технологии BigData и программатик-инструменты в сфере маркетинга, а также таргетированные и контекстные инструменты в этой сфере;
- профилирование потребителей финансовых услуг (в том числе посредством поведенческого анализа и составления портрета пользователя);
- аналитика посредством искусственного интеллекта и машинного обучения (эффективность зависит от объема данных, на основании которых происходит обучение)²⁹.

Владение большими данными и их использование в рамках экосистем уже не вызывает сомнений. Как пишет С. Г. Иванович, «использование данных о клиенте и его потребностях, иными словами — агрегация данных о своих клиентах из различных сервисов, дает понимание, какие потребности клиента необходимо удовлетворить. К примеру, его предпочтения в покупках, его возраст, его семейное положение, а также история поиска и пользования сервисами экосистемы. В том числе общие платформы, сбор и обработка информации искусственного интеллекта — всё это позволяет эффективно обмениваться данными и использовать их для удовлетворения потребностей клиентов. В первую очередь было создано ядро — успешный и стабильный основной бизнес. В нашем случае это банковские услуги и сервисы для юридических лиц»³⁰. Так, например, на официальном сайте «Сбера» указано, что в его экосистеме — 101,5 млн активных розничных клиентов³¹.

Изучая большие данные клиентов, банки имеют возможность направлять им информаци-

²⁶ См.: Быстрова А. В., Вартаева Р. С. Экологический подход к стратегической конкуренции // Современная конкуренция. 2019. Т. 13. № 4 (76). С. 19.

²⁷ Экосистемы: подходы к регулированию. С. 4.

²⁸ Вестник Банка России. 2010. № 23.

²⁹ Экосистемы: подходы к регулированию. С. 3.

³⁰ Иванович М. Н. Указ. соч. С. 50.

³¹ Экосистема «Сбера».

онные сообщения об оказании услуг компаниями, которые аффилированы именно с банком и таким образом влиять и ограничивать их выбор.

Риски банковской деятельности для ее клиентов. По мнению В. А. Ойгензихта, «риск — многогранная категория, выступающая в качестве субъективного основания ответственности, самостоятельного вида вины и в то же время как условие возложения убытков при отсутствии вины»³². В литературе, рассматривая институт гражданско-правовой ответственности, тему рисков связывают с возмещением вреда не его причинителем, а, например, владельцем источника повышенной опасности, работодателем. Таким образом, в случае с рисками речь должна идти не о договорной, а о деликтной ответственности банков.

Вопросы повышенных рисков в связи с трансформацией банковской деятельности стали предметом обсуждения на совещании при Президенте РФ в 2020 г., на котором было отмечено, что при трансформации банковского сектора «возникают не только новые возможности для бизнеса, для граждан, но и дополнительные риски. И чтобы предотвратить, снизить потенциальные риски, необходимо своевременно, с опережением настраивать регуляторную базу в цифровой сфере, заниматься вопросами кибербезопасности, а также предусматривать такие

механизмы, чтобы инвестиции банков в другие, непрофильные для них сектора не ставили под угрозу сохранность средств вкладчиков»³³.

Следует отметить, что риски в банковской деятельности можно разделить на риски для банка и риски для клиента. Поскольку в работе исследуется недобросовестное поведение банков, далее будут рассматриваться риски, которые возникают для клиентов вследствие недобросовестного поведения банков.

С попытками дать определение понятия «риск» мы встречаемся в ряде работ отечественных авторов; различная трактовка этого слова предопределила и различие в определениях, ибо под эту категорию авторы подводят и разные правовые явления³⁴.

В отечественной цивилистике устоялись три концепции риска — объективная, субъективная и дуалистическая, объединяющая оба подхода³⁵.

Термин «риск» применяется в различных значениях. При вине в форме эвентуального умысла и грубой неосторожности (самонадеянности) правонарушитель знает о возможности наступления неблагоприятных последствий и, не желая их, в первом случае — допускает, а во втором — надеется предотвратить эти последствия и, таким образом, как бы «рискует»³⁶.

Для настоящего исследования представляют интерес те риски, которые возникают для кли-

³² Ойгензихт В. А. Проблемы риска в гражданском праве (общая часть). Душанбе : Изд-во ИРФОН, 1972. С. 9.

³³ Совещание о ситуации в банковской сфере // URL: <http://www.kremlin.ru/events/president/news/64955> (дата обращения: 16.01.2022).

³⁴ Ойгензихт В. А. Указ. соч. С. 9.

³⁵ Горячкина Д. А. К вопросу о категории «риск» в теории гражданского права // Вестник Пермского университета. Юридические науки. Вып. 22 (13). 2011. С. 91.

Представители объективной концепции (Н. С. Малеин, А. А. Собчак, О. А. Кабышев, А. Ю. Бушев) под риском понимают возможность (или опасность) наступления неблагоприятных последствий (имущественного или личного характера). По мнению О. А. Кабышева, риск — это опасность возникновения неблагоприятных последствий (имущественного или личного характера), относительно которых неизвестно, наступят они или нет, его наступление чревато материальными потерями. В договорном обязательстве под риском понимается вероятность наступления не подлежащих компенсации за счет другой стороны обязательства убытков или иных расходов, условием возникновения которых не является вина лица, на чью имущественную сферу они будут отнесены в силу закона или договора. Объективное существование риска обусловлено многовариантностью путей общественного развития, отношений, в которые вступают субъекты социальной жизни, их вероятностным характером.

³⁶ Малеин Н. С. Указ. соч. С. 162.

ентов в результате действий, связанных с заключением договоров.

Выявление риска необходимо тогда, когда речь идет об ответственности за чужую вину. По общему правилу, риск должен нести тот, кто его создал, в случае с деятельностью экосистем риск создается банком.

Поддерживая теорию виновности банка при недобросовестном поведении, считаем, что в случае, когда банки реализуют услуги третьих лиц с использованием агрегаторов (цифровых платформ) речь должна идти об их ответственности за риск, когда вред причинен непосредственно третьим лицом, допущенным на цифровую платформу банка.

По общему правилу, при обнаружении в товаре недостатков ответственность, в том числе возмещение причиненных потребителю убытков, согласно ч. 2, 3 ст. 18 Закона «О защите прав потребителей» несет продавец, изготовитель (их уполномоченные организации или уполномоченные индивидуальные предприниматели) или импортер товара. Между тем при наступлении обстоятельств, указанных в ч. 6 ст. 24 Закона

«О защите прав потребителей», ответственным по проведению расчетов с потребителем в случае приобретения им товара ненадлежащего качества будет только продавец.

В заключение отметим, что в ситуации, когда лицо, действующее под брендом банка, не исполняет свои обязательства или ведет себя недобросовестно, банк должен привлекаться к деликтной ответственности по обязательствам такого юридического лица, поскольку он способствует введению потребителя в заблуждение относительно стороны и правовой природы договора. Внедоговорная ответственность банков должна быть в данном случае субсидиарной по отношению к договорной ответственности юридического лица.

Кроме того, выделение банка как специального субъекта ответственности за недобросовестное поведение обосновывается сферой применения предлагаемой ответственности — банковская деятельность, высокой степенью фактического неравенства сторон банковских правоотношений и возможным вредом, причиняемым таким поведением.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Генкин А., Михеев А. Блокчейн : Как это работает и что ждет нас завтра. — М. : Альпина Паблишер, 2018. — 592 с.
2. Горячкина Д. А. К вопросу о категории «риск» в теории гражданского права // Вестник Пермского университета. Юридические науки. Вып. 22 (13). — 2011. — С. 90–91.
3. Гражданское право : учебник : в 2 т. / И. З. Аюшеева, Е. Е. Богданова, Б. А. Булаевский [и др.] ; под ред. Е. Е. Богдановой. — М. : Проспект, 2020. — Т. 1. — 440 с.
4. Гутников О. В. Корпоративная ответственность участников коммерческих операций: проблемы и перспективы развития // Право. Журнал Высшей школы экономики. — 2019. — № 1.
5. Экосистемы: подходы к регулированию : доклад для общественных консультаций Банка России. Апрель 2021 // URL: https://cbr.ru/Content/Document/File/119960/Consultation_Paper_02042021.pdf (дата обращения: 16.01.2022).
6. Дроздова Т. Ю. Добросовестность в современном гражданском праве : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2005. — 25 с.
7. Ефимова Л. Г. Банковские сделки: право и практика. — М. : НИМП, 2001. — 654 с.
8. Иванов А. А. Бизнес-агрегаторы и право // Закон. — 2017. — № 5. — С. 145–157.
9. Иванович М. Н. Экосистема ПАО «Сбербанк». Продукты экосистемы для юридических лиц // Достижения науки и образования. — 2020. — № 14 (68). — С. 49–51.
10. Курганов В. Баланс интересов // Банковское обозрение. — 2019. — № 3. — С. 84–85.
11. Малейн Н. С. Правонарушение: понятие, причины, ответственность. — М. : Юрид. лит., 1985.
12. Набиуллина Э. С. Выступление на встрече Ассоциации Банков России 18 февраля 2021 г. // URL: http://static.consultant.ru/obj/file/doc/bank_180221-en.pdf#utm_campaign=hotdocs&utm_source=consultant&utm_medium (дата обращения: 16.01.2022).

13. *Ойгензишт В. А.* Проблема риска в гражданском праве. Часть общая. — Душанбе : Ирфон, 1972. — 224 с.
14. *Суворов Е. Д.* Некоторые проблемы электронной торговли: к вопросу об ответственности владельцев агрегаторов перед потребителями // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. — 2019. — № 9. — С. 57–67.
15. Топ-10 финтех-стартапов, способных убить банки // URL: <https://psm7.com/articles/top-10-fintech-startapov-sposobnyx-ubit-banki.html> (дата обращения: 16.01.2022).
16. *Трушина К. В., Смагин А. В.* Тренд на развитие крупнейших банков в парадигме экосистемы (к вопросу о понятии «экосистема») // Банковские услуги. — 2019. — № 12. — С. 7–11.
17. *Якунин С. В.* Доминирование банков с государственным участием в России: современные тенденции // Финансовый журнал. — № 3. — 2019. — С. 64–74.
18. *Moore J.* The Death of Competition: Leadership and strategy in the age of business ecosystems. — New York : Harper Business, 1996. — 320 p.

Материал поступил в редакцию 16 января 2022 г.

REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. Genkin A., Miheev A. Blokchejn: Kak eto rabotaet i chto zhdet nas zavtra. — M.: Alpina Pablisher, 2018. — 592 s.
2. Goryachkina D. A. K voprosu o kategorii «risk» v teorii grazhdanskogo prava // Vestnik Permskogo universiteta. Yuridicheskie nauki. Вып. 21 (13). — 2011. — С. 90–91.
3. Grazhdanskoe pravo: uchebnik: v 2 t. / I. Z. Ayusheeva, E. E. Bogdanova, B. A. Bulaevskij [i dr.]; pod red. E. E. Bogdanovoj. — M.: Prospekt, 2020. — Т. 1. — 440 s.
4. Gutnikov O. V. Korporativnaya otvetstvennost uchastnikov kommercheskih operacij: problemy i perspektivy razvitiya // Pravo. Zhurnal Vyshej shkoly ekonomiki. — 2019. — № 1.
5. Ekosistemy: podhody k regulirovaniyu: doklad dlya obshchestvennyh konsultacij Banka Rossii. Aprel 2021 // URL: https://cbr.ru/Content/Document/File/119960/Consultation_Paper_02042021.pdf (data obrashcheniya: 16.01.2022).
6. Drozdova T. Yu. Dobrosovestnost v sovremennom grazhdanskom prave: avtoref. dis. ... kand. yurid. nauk. — M., 2005. — 25 s.
7. Efimova L. G. Bankovskie sdelki: pravo i praktika. — M.: NIMP, 2001. — 654 s.
8. Ivanov A. A. Biznes-agregatory i pravo // Zakon. — 2017. — № 5. — С. 145–157.
9. Ivanovich M. N. Ekosistema PAO «Sberbank». Produkty ekosistemy dlya yuridicheskikh lic // Dostizheniya nauki i obrazovaniya. — 2020. — № 11 (68). — С. 49–51.
10. Kurganov V. Balans interesov // Bankovskoe obozrenie. — 2019. — № 3. — С. 84–85.
11. Malein N. S. Pravonarushenie: ponyatie, prichiny, otvetstvennost. — M.: Yurid. lit., 1985.
12. Nabiullina E. S. Vystuplenie na vstreche Assotsiatsii Bankov Rossii 18 fevralya 2021 g. // URL: http://static.consultant.ru/obj/file/doc/bank_180221-en.pdf#utm_campaign=hotdocs&utm_source=consultant&utm_medium (data obrashcheniya: 16.01.2022).
13. Ojgenziht V. A. Problema riska v grazhdanskom prave. Chast obshchaya. — Dushanbe: Irfon, 1972. — 224 s.
14. Suvorov E. D. Nekotorye problemy elektronnoj torgovli: k voprosu ob otvetstvennosti vladelcev agregatorov pered potrebitelnyami // Vestnik ekonomicheskogo pravosudiya Rossijskoj Federacii. — 2019. — № 9. — С. 57–67.
15. Топ-10 fintekh-startapov, sposobnyh ubit banki // URL: <https://psm7.com/articles/top-10-fintech-startapov-sposobnyx-ubit-banki.html> (data obrashcheniya: 16.01.2022).
16. Trushina K. V., Smagin A. V. Trend na razvitie krupnejshih bankov v paradigme ekosistemy (k voprosu o ponyatii «ekosistema») // Bankovskie uslugi. — 2019. — № 12. — С. 7–11.
17. Yakunin S. V. Dominirovaniye bankov s gosudarstvennym uchastiem v Rossii: sovremennye tendencii // Finansovyj zhurnal. — № 3. — 2019. — С. 64–74.
18. Moore J. The Death of Competition: Leadership and strategy in the age of business ecosystems. — New York: Harper Business, 1996. — 320 p.