

Анасова Л.Ш.

ПУБЛИЧНЫЕ ДОГОВОРЫ В СФЕРЕ БАНКОВСКОГО ОБСЛУЖИВАНИЯ

L.Sh. Anasova

PUBLIC CONTRACTS IN THE FIELD OF BANKING

УДК: 347.71.342.336/2 (574.4)

В статье рассматривается понятие публичного договора, её предмет, а также заключение публичного договора в сфере банковского обслуживания.

The article discusses the concept of a public contract, its subject, as well as the conclusion of a public contract in the field of banking.

Все чаще возникает вопрос: можно ли признать договоры в сфере банковского обслуживания публичными? Анализ литературы показывает, что в гражданском праве Республики Казахстан в данном вопросе единой точки зрения среди ученых пока не выработано.

Рассмотрим каждый из договоров в сфере банковского обслуживания. Условно можно выделить три основные группы мнений по поводу того, усматриваются ли признаки публичного договора в договоре банковского счета.

Первая группа исследователей (Е.Б. Осипов, Э.М. Омурчиева и др.) считают, что договор банковского счета является публичным. К примеру, Е.Б. Осипов в своей монографии отмечает, что договору банковского счета необходимо придать публичный характер, с подчинением его правилам статьи 387 Гражданского кодекса (далее - ГК) Республики Казахстан (далее - РК) [1, С. 64].

Вторая группа ученых утверждает, что договор банковского счета является близким по своему характеру к публичным. К примеру, Е.В. Вавилин считает, что когда коммерческим банком на основании законодательства, банковских правил разработан и обуювлен договор банковского счета определенного вида, содержащий единые для всех обратившихся условия (цена услуг банка, размер процентов, уплачиваемых банком за пользование денежными средствами, находящимися на счете клиента, и т.д.), банк должен заключить такой договор с любым клиентом, обратившимся с предложением открыть счет на указанных условиях [2, С. 39-40].

И, наконец, третья точка зрения сводится к тому, что договор банковского счета не может быть признан публичным, и даже близким к публичным. К примеру, В.В. Витрянский объясняет это тем, что термином "публичный договор" обозначается не какой-либо отдельный вид договорных обязательств, как это имеет место в случае с договором банковского счета, а определенная договорная модель (договорный тип), охватывающая любой гражданско-правовой договор (отдельный вид договора), обладающий набором предусмотренных в ст. 426 ГК [3, С. 183-184] (речь идет о норме, предусматривающей понятие публичного договора в ГК Российской Федерации (далее - РФ)- прим. автора).

Рассмотрим понятие публичного договора в казахстанском гражданском законодательстве. В соответствии со ст. 387 ГК РК публичным договором признается договор, заключенный коммерческой организацией и устанавливающий ее обязанности по продаже товаров, выполнению работ или оказанию услуг, которые такая организация по характеру своей деятельности должна осуществлять в отношении каждого, кто к ней обратится (розничная торговля, перевозка транспортом общего пользования, услуги связи, энергоснабжение, медицинское, гостиничное обслуживание и т.п.). Коммерческая организация не вправе оказывать предпочтение одному лицу перед другим в отношении заключения публичного договора, кроме случаев, предусмотренных законодательством. П. 2 этой же статьи гласит, что цена товаров, работ и услуг, а также иные условия публичного договора устанавливаются одинаковыми для всех потребителей, за исключением случаев, когда законодательством допускается предоставление льгот для отдельных категорий потребителей [4, С. 113-114].

Таким образом, исходя из смысла и содержания этой нормы, можно сделать вполне очевидный вывод, что нет каких-либо препятствий не признавать договор банковского счета публичным. На наш взгляд, все признаки имеются для этого. Аргумент, представленный А. Курбатовым, о том, каждому клиенту, исходя из его статуса, направлений и условий деятельности, часто требуется индивидуальный набор услуг кредитной организации [5, С. 23], не доказывает обратное, тем более договор банковского счета является консенсуальным, поэтому у клиентов банка всегда существует возможность обсудить особые условия.

Свобода договора является одним из основополагающих принципов гражданского права, этот аспект позволяет субъектам договорных отношений по своему усмотрению устанавливать условия и содержание договора. Но публичные договоры являются, на наш взгляд, ограничением этой свободы, хотя в литературе и высказываются мнения о том, что важной задачей является определить степень и границы договорной свободы, но вместе с тем, речь идет об ограничениях, которые позволят избежать произвола и нарушения правопорядка.

Такой режим установлен, как пишет С.В. Нарушкевич, п. 1 ст. 426 ГК РФ для публичных договоров - договоров, заключительных коммерческой организацией, которая характеру своей деятельности должна продавать товары, выполнять работы, оказывать услуги каждому, кто к ней обратиться. Особо выделен в ГК РФ публичный характер таких договоров, как розничная продажа (п. 2 ст. 492),

прокат (п. 2 ст. 626), бытовой подряд (п. 2 ст. 730). Как отмечает автор, смысл свободы договоров в современном гражданском обороте, как предусмотрено в ст. 421 ГК, находит тройное проявление. Во-первых, в признании граждан и юридических лиц свободными в заключении договора. При этом принуждение к заключению договора не допускается за исключением случаев, когда обязанность заключать договор, предусмотрена законом или добровольно принятым обязательством. Во-вторых, в предоставлении сторонам возможности заключать любой договор, как предусмотренный, так и не предусмотренный законом или иными правовыми актами. Таким образом, стороны могут в необходимых случаях самостоятельно создавать любые модели договоров, не противоречащие действующему законодательству. В-третьих, в свободе сторон определять условия, заключаемого ими договора, в том числе и построенного по указанной в законодательстве модели. Единственное требование к сторонам состоит и в этом случае в том, чтобы избранное таким образом условие не противоречило закону или иным правовым актам. В частности, усмотрение сторон не может иметь место, если содержание условия предписано законом или иными правовыми актами [6, С. 273].

Таким образом, если договор отнесен к числу публичных договоров, то эти составляющие свободы договора не актуальны, ведь в случае заключения публичного договора коммерческая организация вынуждена заключать такие договоры на одинаковых для всех условиях, и с каждым, кто обратится.

В юридической литературе часто дают характеристику публичному договору. Так, публичным договором признаётся договор, заключенный коммерческой организацией и устанавливающий её обязанности по продаже товаров, выполнению работ или оказанию услуг, которые такая организация по характеру своей деятельности должна осуществлять в отношении каждого, кто к ней обратится (розничная торговля, перевозка транспортом общего пользования, услуги связи, энергоснабжение, медицинское, гостиничное обслуживание и т.п.). Коммерческая организация не вправе оказывать предпочтение одному лицу перед другими в отношении заключения публичного договора, кроме случаев, предусмотренных законом и иными правовыми актами. Цена товаров, работ и услуг, а также иные условия публичного договора устанавливаются одинаковыми для всех потребителей, за исключением случаев, когда законом и иными правовыми актами допускается предоставление льгот для отдельных категорий потребителей. Отказ коммерческой организации от заключения публичного договора при наличии возможности предоставить потребителю соответствующие товары, услуги, выполнить для него соответствующие работы не допускается [6.С.282]

По нашему мнению, ограничение свободы договора также проявляется и в том, что коммерческая организация также не может отказать в заключении договора в силу прямого запрета, содержащегося в нормах гражданского законодательства.

И.В.Трачева, исследуя публичный договор, определяет особенности предмета публичных договоров, которые сводятся к следующему:

1. предмет публичных договоров, в отличие от договоров того же вида, конкретизирован, исключает возможность его расширения, ограничения или другой вариантности;
2. предмет предопределен выбором коммерческой деятельности организацией;
3. в определении предмета договора и, как следствие, вида и содержания договора, приоритетная роль отводится коммерческой организации;
4. целевое назначение передаваемого блага;
5. качества передаваемого товара, результата работ и услуг, как правило, заранее, до возникших отношений определены, и к ним предъявляются требования стандарта, технических условий, законодательства, обычаев, а не договорного порядка [7, С. 326].

В литературе отмечают, что режим публичных договоров является исключением из того общего, который опирается на принцип "свободы договоров". Указанное исключение представляет собой один из случаев действия публичного начала в гражданском праве. Режим "публичных договоров" прямо противоположен режиму "свободы договоров", наиболее полно выражающему частнопровые начала, составляющие основу гражданского права. По своей природе нормы о публичном договоре являются антиподом тех, которые закрепляют "свободу договоров" потому, что последняя наиболее полно выражает частнопровые начала, составляющие основу гражданского права [8, С. 197-198].

Как отмечал М.И. Брагинский, в этой связи интерес представляет договор банковского счета. Статья 846 ГК РФ не содержит прямых указаний на публичный характер указанного договора. В то же время в ней выделен один элемент правового режима публичных договоров. Имеется в виду, что на банк возлагается обязанность заключить договор с клиентом, который обратился с предложением открыть счет на условиях, объявленных банком для счетов данного вида. Установлено, что банк не вправе отказать в открытии счета, если совершение соответствующих операций предусмотрено законом, учредительными документами банка и выданной ему лицензией. Приведенное правило не действует только в случаях, когда такой отказ вызван отсутствием у банка возможности принять на банковское обслуживание либо допускается законом или иными правовыми актами. Далее автор анализирует приведенное правило, которое допускает при определенных условиях отказ от заключения договора банковского счета, укладывается целиком в ограничения, содержащиеся в самом п. 3 ст. 426 ГК, поскольку, как уже отмечалось, последний также возлагает обязанность заключения договора на коммерческую организацию только при наличии возможности предоставить потребителю соответствующие товары, работы и услуги. Это позволяет, казалось бы, с учетом амого характера взаимоотношений банка с его клиентами по поводу открытия банковского счета прийти к выводу о публичном характере соответ-

вующего договора. Но если бы договор банковского счета действительно являлся публичным, из этого следовало бы, что даже при отсутствии соответствующего указания в ст. 846 ГК цена оказываемых банком услуг и другие условия соответствующего договора должны были бы быть одинаковыми. И соответственно отклоняющиеся от этого требования условия договора банковского счета должны признаваться ничтожными.

Однако в действительности это не так. В конечном счете, по поводу природы банковского счета и возможности отнесения его к публичным договорам есть основания прийти к иному выводу. Договор, о котором идет речь, при всем, что объединяет его с публичными договорами, нельзя включить в эту категорию, поскольку существует прямое указание в 1.1 ст. 846 ГК, исключающее второй по счету обязательный признак публичного договора. Имеется в виду, что открытие счета производится "на условиях, согласованных сторонами". Таким образом, есть основания полагать, что в виде общего правила в вопросе о содержании рассматриваемых договоров действует принцип "свободы договоров" [8, С. 203-204].

Это мнение не единственное, А.Е. Шерстобитов также считает, что этот договор нельзя признать публичным, поскольку банк не может обеспечить одинаковые условия обслуживания всем клиентам из-за установленных законом и банковскими правилами различий в правовом режиме счетов. Представляется также, что он не должен устанавливать абсолютно одинаковые условия в рамках каждого вида счета, поскольку клиенты держат на счете различный объем денежных средств. Кроме того, различается и объем операций, выполняемых банком в интересах владельца счета. Все это, по мнению ученого, свидетельствует о том, что банк должен иметь право на дифференцированный подход к вопросам кредитования счета, оплаты его расходов на совершение операций по счету, установления процентов за пользование банком средствами, находящимися на счете, и т.д. следует учитывать и отсутствие прямого указания Закона на публичность договора банковского счета [9, С. 939].

С такой точкой зрения можно не согласиться, различие в правовом режиме отдельных видов счетов не может служить основанием того, что условия для каждого клиента отличаются. Здесь нужно исходить из того, что условия открытия и пользования каждого вида счета различны, но не различны условия заключения таких договоров для клиентов.

Одной из проблем в теории гражданского права является существование непоименованных гражданско-правовых норм, но также важным аспектом является и то, что во многих из этих договоров можно увидеть признаки публичного договора, тем самым можно утверждать о необходимости признания таких договоров публичными.

Таким образом, договор банковского счета следует признать самостоятельным гражданско-правовым договором, применимым в сфере банковского обслуживания, правовая природа которого самостоятельна, подтверждением этому является более

сложный по сравнению с займом и хранением характер отношений, регулируемый договором банковского счета. Это проявляется в том, что договор банковского счета заключается с целью осуществления банком расчетных сделок и сделок по переводу денег по поручению клиента, речь вовсе не идет о том, что банк обязуется в будущем совершать такие сделки. И, наконец, в-третьих, сам по себе договор банковского счета является, по сути, договором по оказанию услуг, в частности, банковских, не обязательно только по поводу учета остатка счета, это может касаться и иных операций, предусмотренных действующим законодательством. Договор банковского счета следует признать публичным договором в соответствии с гражданским законодательством РК, поскольку банк, будучи коммерческой организацией, заключает договор банковского счета с каждым, кто к нему обратится, на одинаковых для всех условиях.

Согласно ГК РК по договору о переводе денег одна сторона (банк) обязуется по поручению другой стороны (клиента) перевести третьему лицу деньги без присвоения клиенту индивидуального идентификационного кода. Порядок перевода денег банком без присвоения клиенту индивидуального идентификационного кода устанавливается законодательными актами, регулирующими банковскую деятельность.

Ранее мы уже обсуждали вопрос публичных договоров, и пришли к выводу, что публичный договор является исключением из принципа договорной свободы, который существует в гражданском праве. В юридической литературе часто находят этому обоснование: многоцелевым является вмешательство государства и при публичном договоре. В данном случае на первый план выступает все та же цель - защиты слабой стороны. Имеется в виду, что в условиях рыночного хозяйства все участники предполагаются занимающими одинаковую в экономическом смысле позицию. В этом случае в силу особенностей соответствующих договорных моделей в нормально насыщенном рынке более сильными являются обычно позиции не того, кто предлагает товары, работы и услуги, а его контрагента - покупателя или заказчика. Иная ситуация складывается в случае, когда потребитель - экономически более слабая сторона, нуждаясь в товарах, работах и услугах, обращается за ними к тому кто занимает заведомо экономически более сильные позиции на рынке, к коммерческой организации, уравнивать положение обеих сторон законодатель может только одним путем: создав те односторонние гарантии, которые предоставляет потребителю [8, С. 198].

В договоре о переводе денег банк обязуется по поручению клиента перевести третьему лицу деньги без присвоения клиенту индивидуального идентификационного кода. При этом, на наш взгляд, все признаки публичного договора имеют место в данном обязательстве.

М.И. Брагинский писал, что право потребителя требовать от своего будущего контрагента заключения с ним договора, условия которого, и в частности цена товаров, работ и услуг, должны быть одинаковыми для всех потребителей, кроме случаев,

когда в установленном порядке им предоставлены определенные льготы. При этом имеется в виду, что такие льготы, во-первых, должны предоставляться не отдельным лицам, а отдельным категориям лиц (инвалидам, участникам войны, многодетным семьям и т.п.) Перечисленным правам потребителей корреспондирует обязанность соответствующих организаций не проводить какой-либо дискриминации среди потребителей ни при решении вопроса о заключении договора, ни при определении его условий, ни в ходе исполнения договора [8, С. 200-201].

Мы пришли к выводу, что ограничение свободы договора проявляется в том, что коммерческая организация не может отказать в заключении договора в силу прямого запрета, содержащегося в нормах гражданского законодательства. И также отмечали, что проблемой в теории гражданского права является существование непоименованных гражданско-правовых договоров, а также то, что во многих из этих договоров можно увидеть признаки публичного договора, тем самым можно утверждать о необходимости признания таких договоров публичными.

Исходя из этого можно констатировать, что в случае заключения договора о переводе денег банк обязан заключить договор с клиентом, который обратился с поручением перевести определенную денежную сумму на счет бенефициара без присвоения клиенту индивидуального идентификационного кода. И банк не вправе отказать в принятии денег, если иное предусмотрено законодательными актами и выданной лицензией. По нашему мнению, банк при переводе денег не может отдавать предпочтение одним клиентам перед другими, условия должны быть одинаковыми для всех обратившихся, тем более, что в данном случае отсутствует открытие банковского счета и такие платежи осуществляют, как правило, в целях оплаты коммунальных услуг, налоговых и иных обязательных платежей, уплата пенсионных взносов и т.д., поэтому, по нашему мнению, этот договор можно признать публичным. Договор о переводе денег является публичным, поскольку банк может вступать в договор с любым, кто отзовется на условия, предлагаемые конкретным банком, в качестве одного из таких условий может выступать размер комиссионного вознаграждения, которое получит банк в случае осуществления перевода денег.

В соответствии с ГК РК по договору банковского вклада одна сторона (банк) обязуется принять от другой стороны (вкладчика) деньги (вклад), выплачивать по ним вознаграждение в размере и порядке, предусмотренных договором банковского вклада, и возратить вклад на условиях и в порядке, предусмотренных для вклада данного вида законодательными актами и договором.

Что же касается вопроса, является ли договор банковского вклада публичным, то следует отметить, что, например, в РФ существует норма, в соответствии с которой договор банковского вклада признается публичным договором, если вкладчиком является гражданин. Кроме того, договор банковского вклада, где контрагентом выступает гражданин, имеет и другие особенности, связанные с предоставлением дополнительных прав для этой категории

потребителей. Так, в отличие от юридических лиц гражданин-вкладчик, открывший счет в банке, вправе давать ему поручения о перечислении третьим лицам денежных средств с вклада [10, С. 20].

Как отмечал М.И. Брагинский, ГК при выделении публичных договоров в сфере банковской деятельности считал необходимым распространить соответствующий режим в полном объеме лишь на договоры банковского вклада, при которых вкладчиками выступают граждане [6, С. 204].

В казахстанском законодательстве такой правовой нормы нет, поскольку отечественная доктрина пока не определилась четко с этим вопросом, но, на наш взгляд, только в силу отсутствия такой нормы говорить о том, что договор банковского вклада нельзя признать публичным, тем более, что в ГК РК не содержатся какие-либо ограничения по поводу отказа банком в заключении этого договора, это касается и юридических лиц.

В случае заключения договора банковского вклада банк обязан заключить договор с клиентом, который обратился в целях размещения вклада на условиях, объявленных банком для определенных видов вкладов. И банк не вправе отказать в принятии вклада, если иное предусмотрено законодательными актами, и конечно же выданной лицензией. По нашему мнению, банк не может отдавать предпочтение одним клиентам перед другими, условия должны быть одинаковыми для всех обратившихся. По нашему мнению, этот договор также можно признать публичным.

Таким образом, договор банковского счета, договор о переводе денег и договор банковского вклада следует признать в законодательном порядке публичными, и внести дополнение в ст. 387 "Публичный договор" ГК РК. Поскольку банк, обязан заключать вышеуказанные договора с клиентом, кто к нему обратиться, на одинаковых для всех условиях, если иное не предусмотрено законодательными актами и выданной лицензией. И банк не вправе отдавать предпочтение одним клиентам перед другими, условия должны быть одинаковыми для всех обратившихся.

Литература:

1. Осипов Е.Б. Правовая природа банковских договоров. - Алматы: АдилетПресс, 1997. - 187 с.
2. Вавилин Е.В., Груздева А.А., Фомичева Н.В. Кредитные и расчетные обязательства в гражданском праве России: Учебное пособие / Под ред. З.И. Цыбуленко. - Саратов: Издательство ГОУВПО Саратовская государственная академия права, 2003. - 88 с.
3. Витрянский В.В. Договоры банковского вклада, банковского счета и банковские расчеты. - М.: Статут, 2006.-556 с.
4. Гражданский кодекс Республики Казахстан (Общая и Особенная части). - Алматы: ЮРИСТ, 2008. - 308 с.
5. Курбатов А. Правовое регулирование расчетов в Российской Федерации // Хозяйство и право. Приложение. - 2005. - № 9. - 80 с.
6. Гражданское право России (часть I): Курс лекций: Учебное пособие / Под ред. А. А. мохова. - Волгоград, 2003.-291 с.

7. Трачева И.В. Особенности предмета публичного договора // Объекты гражданских прав: сб. материалов международной научно-практической конференции. - Алматы: НИИ частного права КазГЮУ, 2004. - С. 321- 326.
8. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право: Общие положения. - М.: Статут, 1998. - 682 с.
9. Российское гражданское право: Учебник: в 2 т. Т. I: Общая часть. Вещное право, наследственное право, интеллектуальные права, личные неимущественные права / Отв. ред. Е.А. Суханов. - М.: Статут, 2010. - 958 с.
10. Мищенко Е.А. Защита прав гражданина-вкладчика по договору банковского вклада // Банковское право.-№3.-2001.-С. 20-21.

Рецензент: д.ю.н., профессор Арабаев Ч.И.
