

© 2019 **Степанова Алла Борисовна**
Stepanova Alla Borisovna

главный юрист-консульт юридического управления
Поволжского банка ПАО Сбербанк
General Counsel of the Legal Department,
Volga Bank of PJSC Sberbank
E-mail: PravoBank@sberbank.ru



УДК 347.4

КОВЕНАНТЫ В ФИНАНСОВЫХ СДЕЛКАХ: ВОПРОСЫ ПРАКТИЧЕСКОГО ПРИМЕНЕНИЯ, ТЕНДЕНЦИИ СУДЕБНОЙ ПРАКТИКИ

COVENANT IN FINANCIAL TRANSACTIONS: QUESTIONS OF PRACTICAL APPLICATION, TRENDS OF JUDICIAL PRACTICE

Ключевые слова: ковенанты, потестативные условия, кредитный договор, свобода договора, досрочное взыскание кредита.

Keywords: covenants, potential terms of the transaction, credit agreement, freedom of contract, early recovery of the loan.

В статье исследуется понятие ковенантных условий договора. Несмотря на свою важность для теории и практики, данный термин нормативно не раскрывается. Важность ковенанта для банка заключается в том, что данные условия позволяют устанавливать определенные экономические показатели, которым должна соответствовать деятельность заемщика, с целью снижения рисков по невозврату кредита. Также в статье анализируется целесообразность использования потестативных условий в договорах для снижения рисков банка, связанных с ковенантными условиями, устанавливающими обязанности в отношении третьих лиц. Данный вопрос является актуальным, поскольку в настоящее время отсутствует однозначно сложившаяся судебная практика относительно оспоримости данных условий.

The article explores the concept of covenant terms of the contract. Despite its importance to theory and practice, the term is not disclosed in a normative manner. The importance of the covenant for the bank is that these conditions allow you to set certain economic indicators, which should correspond to the activities of the borrower, in order to reduce the risks of non-repayment of the loan. The article also analyzes the expediency of using potestative conditions in contracts to reduce The bank's risks associated with covenant conditions establishing obligations towards third parties. This issue is relevant because currently there is no unambiguously established judicial practice regarding the challenge of these conditions.

В настоящее время наряду с существенными условиями практически каждый кредитный договор включает в себя так называемые ковенантные условия.

Ковенантами называются условия договора, которые обязывают заемщика соблюдать установленные в отношении его финансовой деятельности ограничения, совершать или воздержаться от совершения определенных действий, при нарушении которых у кредитора возникает право требовать досрочного возврата кредита, уплаты процентов, а также право обратиться с иском о взыскании на заложенное имущество и предъявление аналогичных требований поручителям.

Данные условия устанавливаются в договоре дополнительно к обязанности должника исполнить обязательство по возврату кредита.

Для Банков необходимость включения в кредитные договоры ковенантных условий вызвана стремлением контролировать экономические показатели деятельности должника, отслеживать его финансовое состояние с целью снижения рисков по невозврату кредита.

Порой ковенанты выглядят как условия, устанавливающие полный контроль со стороны Банка в отношении хозяйственной деятельности заемщика (например, ковенанты об ограничении на выплату обществом дивидендов, о запрете на смену состава акционеров, о запрете на предоставление обществом заемных средств и проч.), но если Банк сможет обосновать, что применение этих мер необходимо для возврата кредита, то данные условия с высокой степенью вероятности будут признаны судом законными.

Также значение ковенант можно рассматривать как предоставление заемщиком определенных заверений, опираясь на которые Банк может не проводить дополнительный анализ или проверку дополнительной отчетности в отношении заемщика, тем самым ковенанты имеют дисциплинирующее значение для Заемщика.

Так, в судебных решениях суды указывают на следующее: "Основное значение этого финансового инструмента состоит в том, что он позволяет значительно снизить стоимость кредита, в том числе за счет предоставления Банку дополнительных гарантий и возможности немедленного возврата предоставленных средств в случае невыполнения обязательств. Ковенант используется Заемщиком для того, чтобы уверить кредитора в стабильности своего положения" [4].

В законодательстве отсутствует определение термина "ковенанты", однако данное понятие часто используется в судебной практике. Интересно, что в одном из судебных решений фактически содержится определение ковенанта, под которыми понимаются договорные обязательства перед кредитором совершить или воздержаться от совершения определенных действий на протяжении действия кредитного [5].

Возможность включения в кредитные договоры ковенантных условий определяется наличием в законодательстве ряда правовых норм.

Введенная в Гражданский Кодекс РФ Федеральным законом от 26.07.2017 № 212-ФЗ статья 821.1. устанавливает право Кредитора требовать от юридического лица или индивидуального предпринимателя досрочного возврата кредита в случаях, предусмотренных законодательством, а также кредитным договором.

Подтверждая легитимность включения в кредитные договоры ковенант, суды ссылаются на статью 421 ГК РФ (свобода договора) и Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 13.09.2011 № 147 "Обзор судебной практики разрешения споров,

связанных с применением положений Гражданского кодекса Российской Федерации о кредитном договоре".

Так, например, в одном из решений суд указал, что руководствуясь принципом свободы договора ответчик добровольно принимает на себя предусмотренные кредитным договором обязательства, которые определяются по свободному усмотрению сторон, в связи с чем должен обеспечить их надлежащее исполнение. Заемщик, добровольно и без возражений подписавший кредитный договор с указанными выше условиями, впоследствии также лишен права ссылаться на установление высокого размера нормативов, неисполнимость согласованных действий, при условии надлежащего информирования Банка об обстоятельствах дела. Данное условие является обычным в банковской практике способом уменьшения рисков и соответствует принципу свободы договора [6].

Согласно разъяснениям, изложенным в пункте 9 информационного письма Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 13.09.2011 № 147 "Обзор судебной практики разрешения споров, связанных с применением положений Гражданского кодекса Российской Федерации о кредитном договоре", в целях обеспечения полного и своевременного исполнения заемщиком обязательств по кредитному договору в него могут быть включены условия о том, что заемщик обязуется поддерживать определенный уровень финансовых показателей своей деятельности, уведомлять банк о предъявленных исках, до полного возврата кредита воздерживаться от заключения договоров поручительства, по которым заемщик выступал бы поручителем по обязательствам третьих лиц, а также не предоставлять свое имущество в залог как по своим обязательствам, так и по обязательствам третьих лиц.

В литературе [9, 10] можно встретить различные классификации ковенант, основными из которых являются следующие:

позитивные/негативные: ковенанты которые устанавливают обязанность заемщика совершить определенные действия, либо воздержаться от их совершения.

Примером для данного деления могут послужить следующие ковенанты:

Позитивные	Негативные
Заемщик обязан предварительно согласовать с Кредитором изменения состава участников, организационно-правовой формы, создание дочерних обществ	Заемщик обязан не заключать без предварительного письменного согласования с Кредитором сделки, связанные с обременением или отчуждением имущественных активов, в сумме более 3 000 000 руб.
Заемщик обязан предоставить корпоративное одобрение заключения Договора соответствующим органом управления Заемщика в срок 90 календарных дней с даты заключения Договора	Заемщик обязан до полного исполнения обязательств по Договору без предварительного письменного согласования с Кредитором не распределять собственную чистую прибыль в сумме, превышающей 50 % от величины чистой прибыли

финансовые / поведенческие: ковенанты, которые устанавливают обязанность Заемщика поддерживать определенные финансовые показатели, либо совершить (воздержаться от совершения) определенные действия, например:

Финансовые	Поведенческие
Заемщик обязан обеспечить, начиная с 1 числа квартала, следующего за кварталом заключения Договора, ежеквартальные кредитовые обороты по своим счетам, открытым у Кредитора, в сумме не менее 10 000 000 рублей	Заемщик обязан уведомлять Кредитора об осуществлении заимствований в любой форме, в течение 5 рабочих дней с момента заключения соответствующего договора
Заемщик обязан обеспечить в течение срока действия Договора соблюдение соотношения финансовый долг / EBITDA на уровне не выше 2 ежеквартально	Заемщик обязан ежеквартально предоставлять Кредитору бухгалтерскую (финансовую) отчетность

- ковенанты, исполнение которых зависит / не зависит от воли должника.

Исполнение которых зависит от воли должника	Исполнение которых не зависит от воли должника
Заемщик обязан ежеквартально предоставлять Кредитору консолидированную финансовую отчетность, составленную в соответствии с требованиями МСФО	Заемщик обязан в течение 30 календарных дней с даты заключения Договора, обеспечить заключение поручителем соглашений к договорам банковских счетов о согласии (заранее данном акцепте) Банку на списание денежных средств, в погашение просроченной задолженности и других платежей по Договору
Заемщик обязан в течение срока действия Договора предварительно письменно согласовывать с Кредитором любые финансовые вложения	Заемщик обязан обеспечить предварительное письменное согласование с Кредитором распределение чистой прибыли компаниями, входящими в одну с Заемщиком Группу компаний

Последняя классификация имеет важное практическое значение.

Согласно п.3 ст. 308 ГК РФ обязательство не создает обязанностей для лиц, не участвующих в нем в качестве сторон (для третьих лиц).

Чтобы условия кредитного договора не вступали в противоречие с указанным запретом, ковенанты, зависящие от воли должника как правило устанавливаются в качестве обязанности Заемщика (например: Заемщик обязан совершить определенные действия). Если же выполнение ковенанта зависит от действий третьих лиц (например, участников Группы компаний, в которую входит Заемщик, залогодателей или поручителей), то на основании статьи 327.1. ГК РФ целесообразно использовать механизм обусловленного исполнения (так называемые "потестативные условия").

В последнем случае условие формулируется как право Банка на досрочное взыскание кредита и причитающихся процентов в случае, если Заемщик не обеспечит выполнение третьим лицом определенных действий / соблюдение финансовых показателей.

Использование потестативных условий в договоре позволяет снизить риски признания недействительными соответствующих условий.

Ковенанты не являются декларативными условиями и для побуждения к их исполнению кредитным договором могут быть установлены следующие виды ответственности:

- уплата штрафа;
- повышение процентной ставки;
- закрытие лимита по кредитной линии / прекращение выдачи кредита;
- предъявление требования о досрочном возврате кредита.

Выбор меры ответственности производится Банком в зависимости от серьезности нарушения и степени его влияния на возможность исполнения обязательств по возврату кредита.

Повышение ставки используется Банком как стимулирующий фактор для устранения нарушения по поведенческим ковенантам и ковенантам по обеспечению. Применение неустойки является штрафной санкцией за нарушение поведенческих, финансовых ковенантов, устранение которых невозможно.

Может ли нарушение ковенант являться самостоятельным основанием для предъявления к заемщику в суде требования о досрочном взыскании, при отсутствии на момент предъявления требований банка просроченной задолженности по кредиту? Имеется отдельная судебная практика, на основании которой можно положительно ответить на данный вопрос.

Однако это должны быть только существенные ковенанты [11], невыполнение которых дает кредитору основание полагать, что кредит не будет возвращен в установленный срок.

Так, например, в Решении Арбитражного суда г. Москвы по Делу № А40-282344/18-31-2242 от 04.04.2019 [7] сделан вывод о правомерности заявления Банком требования о досрочном исполнении обязательства по возврату кредита в связи с непредоставлением бухгалтерской отчетности в установленный срок, не оплатой в установленный срок страховой премии по договорам страхования, нарушением показателей финансовых ковенант.

Арбитражный суд Краснодарского края в решении от 21.02.2019г. по Делу № А32-52956/2018 [8] пришел к выводу о наличии у кредитора оснований для досрочного взыскания кредита в связи с нарушением ковенант, устанавливающих обязанность надлежащего исполнения компаниями Группы обязательств по иным договорам, утратой обеспечения или ухудшения его условий, в связи с наличием предъявленных исков об уплате денежной суммы или об истребовании имущества, размер которых ставит под угрозу выполнение обязательств по кредитному договору.

Анализ вышесказанного позволяет сделать вывод, что в настоящее время судами поддерживается возможность включения в кредитный договор дополнительных условий, позволяющих Банку требовать досрочного возврата кредита.

При согласовании ковенантных условий необходимо внимательно относиться к их формулировкам во избежание возможных споров относительно выполнимости и содержания ковенант, а также - когда это необходимо - формулировать эти условия как потестативные в соответствии со ст. 327.1. Гражданского кодекса РФ.

* * * *

1. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая)" от 30.11.1994 № 51-ФЗ // СПС Консультант+;

2. "Гражданский кодекс Российской Федерации (часть вторая)" от 26.01.1996 № 14-ФЗ // СПС Консультант+;
3. Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 13.09.2011 № 147 "Обзор судебной практики разрешения споров, связанных с применением положений Гражданского кодекса Российской Федерации о кредитном договоре" // СПС Консультант+;
4. Решение Арбитражного суда г. Москвы от 14 ноября 2018 года по Делу № А40-183782/2018; решение Арбитражного суда Тверской области от 10.07.2013г. по Делу № А66-4571/2013 // www.sudact.ru;
5. решение Арбитражного суда города Санкт-Петербурга и Ленинградской области от 19.06.2015г. по Делу № А56-79234/2013 // www.sudact.ru;
6. Решение Арбитражного суда города Москвы от 27 июня 2019 года по делу № А40-92565/17-7-850 // www.sudact.ru;
7. Решение Арбитражного суда г. Москвы от 04.04.2019по Делу № А40-282344/18-31-2242 // www.sudact.ru;
8. Решение Арбитражного суда Краснодарского края от 21.02.2019г. по Делу № А32-52956/2018// www.sudact.ru;
9. Гравин Д.И. "Кредитный договор по английскому и российскому праву" // "Инфотропик Медиа", 2014 // СПС Консультант +;
10. Карпетов А.Г. "Правовая природа и последствия нарушения ковенантов в финансовых сделках" // Частное право и финансовый рынок: Сборник статей. Вып. 1. М., 2011. С. 106. // СПС Консультант +;
11. Морозов С. "Незначительность нарушения ковенанта как основание отказа в досрочном возврате кредита" // Жилищное право. 2015. № 4. С. 99 - 109.