Юрий ТУКТАРОВ,
партнер, адвокатское бюро «Линия права»

В ПОСЛЕДНЕЕ ВРЕМЯ К НАМ ПЕРИОДИЧЕСКИ ПОСТУПАЮТ ЗАПРОСЫ ОТНОСИТЕЛЬНО РАБОТЫ КОВЕНАНТНЫХ УСЛОВИЙ В РОССИЙСКОМ ПРАВЕ. В ОСНОВНОМ ЭТО СВЯЗАНО С ЖЕЛАНИЕМ ИСПОЛЬЗОВАТЬ КОВЕНАНТЫ В КРЕДИТНЫХ ДОГОВОРАХ И ОБЛИГАЦИЯХ, А ТАКЖЕ С НАМЕРЕНИЕМ ОЦЕНИТЬ ЦЕЛЕСООБРАЗНОСТЬ ВКЛЮЧЕНИЯ В ДОГОВОР СООТВЕТСТВУЮЩИХ УСЛОВИЙ ДЛЯ ПОЛУЧЕНИЯ БОЛЕЕ ВЫСОКОГО КРЕДИТНОГО РЕЙТИНГА. МЫ ПРОАНАЛИЗИРОВАЛИ СУЩЕСТВУЮЩУЮ АРБИТРАЖНУЮ ПРАКТИКУ, ЧТОБЫ ПОНЯТЬ, ПРОШЛИ ЛИ КОВЕНАНТЫ ПРОВЕРКУ В РОССИЙСКИХ АРБИТРАЖНЫХ СУДАХ И КАКОВА ОСОБЕННОСТЬ ТАКОГО РОДА СУДЕБНЫХ РАЗБИРАТЕЛЬСТВ. РЕЗУЛЬТАТЫ ПРОВЕДЕННОГО ИССЛЕДОВАНИЯ ГОВОРЯТ О ТОМ, ЧТО НА ДАННЫЙ МОМЕНТ СКЛАДЫВАЕТСЯ УСТОЙЧИВАЯ СУДЕБНАЯ ПРАКТИКА ПРЕДОСТАВЛЕНИЯ КОВЕНАНТАМ ПОЛНОЙ СУДЕБНОЙ ЗАЩИТЫ.

Марина БЕРКОВСКАЯ,
юрист, адвокатское бюро «Линия права»

Как ковенанты работают в российском праве?

Для подготовки специального обзора практики применения арбитражными судами ковенантов мы проанализировали 896 судебных актов из правовой информационной базы «КонсультантПлюс», которые были приняты в период с 1 января 2010 года по 10 октября 2011 года по спорам, связанным с кредитными договорами. В результате исследования нам удалось найти 29 судебных актов, в которых ковенантным условиям давалась правовая оценка. В 26 из 29 судебных актов суды удовлетворили требования о досрочном погашении кредитов (и/или) взыскании повышенных процентов, основанием для которых было нарушение ковенантов. В двух судебных актах подтверждалась правомерность использования ковенантов в договорах (в иске о признании их недействительными было отказано).

ОПРЕДЕЛЕНИЕ КОВЕНАНТОВ

Под ковенантами принято понимать условия договора, в которых должник принимает на себя обещания относительно того, что он сам и (или) связанные с ним третьи лица совершат определенные действия (позитивные ковенанты) или воздержатся от их совершения (негативные ковенанты). Ковенанты могут быть выражены в описании как действий (полная и своевременная уплата налогов), так и их последствий (повышение кредитного рейтинга или объема продаж).

Традиционно к ковенантным условиям относят действия, выполнение которых должник может обещать (например, не передавать определенное имущество в залог и не менять предмет своей основной деятельности). В этом смысле ковенанты противопоставляются событиям дефолта, к которым относят обстоятельства, в отношении которых должник не может давать обещаний (например, существенное негативное изменение рынка). В случае если это предусмотрено кредитным договором, нарушение ковенантов может привести к дефолту по кредиту (возникновению права требовать досрочного погашения долга).

ПОСЛЕДСТВИЯ НЕСОБЛЮДЕНИЯ КОВЕНАНТОВ

Стороны по договору определяют по своему усмотрению последствия, которые наступают в результате нарушения ковенантов. Самым распространенным последствием такого нарушения является предоставление кредитору права требовать досрочного погашения задолженности перед ним. Иные последствия нарушения ковенантов — возникновение у кредитора права повысить процентную ставку, требовать предоставления дополнительного обеспечения, а также требовать внесения в кредитный договор изменений в виде дополнительных ковенантов и (или) замены ковенантов на более строгие.

Соблюдение ковенантов, наоборот, может привести к благоприятным изменениям условий финансирования, если это предусмотрено условиями сделки. В частности, с выполнением ковенантов может связываться снижение процентной ставки, возможность увеличения срока предоставленного финансирования или уменьшения размера обеспечения по нему.

ФУНКЦИИ ИСПОЛЬЗОВАНИЯ КОВЕНАНТОВ

Использование ковенантов направлено на обеспечение полного и своевременного возврата долга. Это достигается, во-первых, с помощью ограничения в совершении действий, которые противоречат интересам кредиторов по данному долгу. Например, к такого рода ковенантам относятся следующие условия: ограничение выплат дивидендов; привлечение дополнительного финансирования от других кредиторов; передача имущества в залог для обеспечения обязательств перед другими кредиторами; использование других банков для зачисления выручки от своей деятельности; отчуждение основных средств производства и иного существенного имущества.

Во-вторых, возврат долга обеспечивается за счет своевременного получения информации и возможности вовремя начать защиту своих интересов, в том числе путем заявления требования о возврате долга. Для этого используются информационные ковенанты, которые направлены на получение информации о деятельности должника, его финансовом положении и текущем состоянии дел; а также финансовые ковенанты, задача которых состоит в том, чтобы с помощью финансовых показателей зафиксировать представление сторон по сделке о ситуации, когда должник находится в зоне риска и необходимо предпринимать какие-либо действия для исправления ситуации (в том числе путем заявления требования о досрочном погашении долга или его реструктуризации). Таким образом, создается система раннего оповещения о возможных трудностях с возвратом долга.

РАССМОТРЕНИЕ КОВЕНАНТОВ АРБИТРАЖНЫМИ СУДАМИ

УРОВНИ И РЕГИОНЫ АРБИТРАЖНОЙ ПРАКТИКИ

В настоящее время ковенантные условия анализируются в судебных актах, которые приняты на разных уровнях системы арбитражных судов. Из 29 обнаруженных нами судебных актов два приняты Высшим Арбитражным Судом Российской Федерации (ВАС) и 27 приняты судами восьми разных арбитражных округов. При этом наибольшее количество судебных актов по поводу ковенантов было принято в арбитражных судах Московского округа (13 из 29) и Западно-Сибирского округа (4 из 29). В целом это свидетельствует о том, что ковенанты за исследуемый период времени получили достаточно широкую практику рассмотрения в арбитражных судах (как по вертикали, так и по горизонтали системы арбитражных судов).

> «В НАСТОЯЩЕЕ ВРЕМЯ НАРУШЕНИЕ КОВЕНАНТОВ ЯВЛЯЕТСЯ САМОСТОЯТЕЛЬНЫМ ОСНОВАНИЕМ ДЛЯ УДОВЛЕТВОРЕНИЯ КРЕДИТОРСКИХ ТРЕБОВАНИЙ, ВОЗНИКШИХ В СВЯЗИ С НАРУШЕНИЕМ КОВЕНАНТОВ»

Важно, что недавно Президиум ВАС опубликовал обзор судебной практики разрешения споров, связанных с применением положений Гражданского кодекса о кредитных договорах, который имеет рекомендательную силу для арбитражных судов и касается разрешения споров об ограничительных (негативных) ковенантах. Президиум ВАС в качестве рекомендованной указывает на практику признания правомерными условий кредитных договоров относительно обязанности заемщика воздержаться от совершения определенных действий, в том числе совершения определенных видов сделок, если действия заемщика в достаточной степени конкретизированы, если обязанность их не совершать ограничена временными рамками, при этом принятие на себя такого рода обязанностей связано с получением имущественного блага (кредита)[1]. Таким образом Президиум ВАС поставил точку в противоречивой судебной практике относительно того, нарушают ли ограничительные ковенанты положения статьи 22 Гражданского кодекса о ничтожности отказа или других сделок, направленных на ограничение правоспособности и дееспособности.

За исследованный период мы встретили только два ковенанта, которые некоторыми арбитражными судами были признаны недействительными. При этом один из данных ковенантов (обязательство поддерживать определенный объем кредитного оборота в банке кредитора) признавался недействительным только в одном судебном округе (ФАС Северо-Кавказского округа), в то время как арбитражные суды других судебных округов признавали этот ковенант действительным (ФАС Уральского округа, Девятый арбитражный апелляционный суд и Одиннадцатый арбитражный апелляционный суд). Другой ковенант (обещание не привлекать дополнительные кредиты в других банках) был признан недействительным только в ФАС Западно-Сибирского округа. Однако именно по этому виду ковенант Президиум ВАС привел в качестве рекомендуемой практику, когда такого рода ковенантные условия признаются действительными.

---

[1] Пункт 9 Обзора судебной практики разрешения споров, связанных с применением положений Гражданского кодекса.

«МЫ ПОЛАГАЕМ, ЧТО ВСКОРЕ КОВЕНАНТЫ (А ТАКЖЕ ЗАЛОГИ И СУБОРДИНАЦИЯ) БУДУТ БОЛЕЕ АКТИВНО ИСПОЛЬЗОВАТЬСЯ НА РОССИЙСКОМ РЫНКЕ ОБЛИГАЦИЙ, ПОСКОЛЬКУ ЭТО ПОЗВОЛИТ ПРИСВАИВАТЬ ОБЛИГАЦИЯМ КРЕДИТНЫЙ РЕЙТИНГ, ПРЕВЫШАЮЩИЙ РЕЙТИНГ САМОГО ЭМИТЕНТА»

ВИДЫ КОВЕНАНТОВ

В изученных судебных актах рассматривается не отдельный вид ковенантов, как это было в предшествующие периоды времени, когда оспаривались ограничительные ковенанты на открытие или использование счетов в других банках. Напротив, в исследованный период времени предметом судебного разбирательства стал достаточно широкий круг различных видов ковенантов, в том числе следующие:

1) обязанность должника не осуществлять реорганизацию и ликвидацию (уведомлять о принятом решении о реорганизации и ликвидации), а также обязанность должника не допускать банкротства;

2) обязанность должника не изменять основной вид деятельности (или предварительно уведомить о принятом решении об изменении основного вида деятельности);

3) обязанность должника извещать об изменениях в органах управления должника и в учредительных документах должника;

4) обязанность должника не допускать ухудшения своего финансового положения;

5) обязанность должника предоставлять годовую и квартальную бухгалтерскую отчетность;

6) обязанность должника не допускать нарушения своих обязательств, вытекающих из других правовых оснований (кросс-дефолт);

7) обязанность должника не допускать предъявления к нему исков на сумму, размер которой ставит под угрозу выполнение должником обязательств по договору;

8) Тобязанность должника (группы компаний должника) поддерживать определенный объем кредитового оборота на расчетном счете в банке кредитора.

КОВЕНАНТЫ В СУДЕБНЫХ ДЕЛАХ

В практике прошлых лет арбитражные суды ссылались на ковенанты только в качестве дополнительного основания для досрочного погашения задолженности по договору, а требования кредитора о досрочном взыскании кредита удовлетворяли на основании просрочки, которую допустил должник. В настоящее время нарушение ковенантов является самостоятельным основанием для удовлетворения кредиторских требований, возникших в связи с нарушением ковенантов. В отдельных судебных актах даже приводится определение ковенантов[1]. Нарушение ковенантов признается арбитражными судами достаточным основанием для применения последствий, связанных с их нарушением.

ИСКОВЫЕ ТРЕБОВАНИЯ, ИЗ КОТОРЫХ ВОЗНИКАЮТ ДЕЛА ПО ПОВОДУ КОВЕНАНТОВ

Арбитражные суды дают правовую оценку и применяют ковенанты при рассмотрении споров о признании ковенантных условий кредитного договора недействительными, о реализации прав кредитора требовать досрочного погашения кредита в связи с нарушением ковенантов, а также о взыскании неустойки и (или) повышенных процентов по договору.

1. Требование о признании ковенантов недействительными

Требования должника о признании ковенанта недействительным как ограничивающего право должника на осуществление принадлежащих ему прав по своему усмотрению в исследованный период рассматривались арбитражными судами достаточно редко. В настоящее время арбитражной практикой включение ковенантов в кредитный договор практически всегда признается законным[2]. В поддержку правомерности использования ковенантов арбитражные суды ссылаются на принцип свободы договора (статья 421 Гражданского кодекса) и основные начала (принципы) гражданского законодательства (статья 1 Гражданского кодекса). Арбитражные суды указывают, что, «подписав договор о предоставлении кредита, заемщик соглашается со всеми его условиями, то есть принимает на себя обязательства по выполнению всех условий договора. Соответствен-

---

[1] В Постановлении Десятого арбитражного апелляционного суда от 28.09.2011 по делу № А41-3443/11 приводится определение термина «ковенант». В нем указывается, что «ковенантами (англ. covenant — соглашение, договор) являются договорные обязательства совершить определенные действия или воздержаться от таких действий».

[2] Ранее арбитражная практика признавала включение некоторых ковенантов в кредитный договор недействительным: (а) постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 23.01.2006 по делу № Ф08-6575/2005 (арбитражный суд признал недействительным ковенант об обязанности заемщика поддерживать минимальный объем денежных потоков, подлежащих проведению через филиал банка, в размере 100% от общей суммы оборотов как направленный на ограничение свободы заемщика в выборе контрагентов по обслуживанию банковских счетов (статья 1 Гражданского кодекса) и ограничивающий конкуренцию (статья 10 Гражданского кодекса); (б) постановление Семнадцатого арбитражного апелляционного суда от 25.08.2008 по делу № А60-5876/2008 (арбитражный суд не признал увеличение кредиторской задолженности, неполучение заемщиком государственных субсидий в качестве обстоятельства, свидетельствующего о нарушении заемщиком ковенанта не ухудшать свое финансовое положение); (в) решение Арбитражного суда Краснодарского края от 2.05.2007 по делу № А-32-2771/2007-55/15 (арбитражный суд не поддержал ковенант об обязанности заемщика обеспечивать ежемесячные кредитовые обороты по своим расчетным и текущим счетам в банке на уровне не менее 70% от совокупных кредитовых оборотов денежных средств по всем своим расчетным и текущим счетам. Арбитражный суд указал, что данное условие кредитного договора противоречит принципу свободы договора, закрепленному статьей 1 Гражданского кодекса, поскольку ограничивает заемщика в выборе контрагентов по обслуживанию банковских счетов заемщика и оборот денежных средств по данным счетам. Кроме того, согласно позиции арбитражного суда, данное условие также свидетельствует об антиконкурентных действиях кредитора, поскольку иные контрагенты лишаются потенциальной возможности сотрудничать с заемщиком, получая при этом доход, что противоречит нормам статьи 10 Гражданского кодекса).

но, данные условия имеют для сторон обязательную силу».

2. Требование о досрочном взыскании долга

Право кредитора требовать досрочного возврата кредита при нарушении ковенантов является самым распространенным последствием нарушения ковенантов, применяемым в арбитражной практике. Арбитражные суды признают несостоятельными доводы заемщиков о недействительности условия кредитного договора о праве кредитора требовать досрочного возврата кредита при нарушении ковенантов. Арбитражные суды указывают, что данные условия соответствуют принципу свободы договора (статья 421 Гражданского кодекса) и отвечают праву банка досрочно взыскать предоставленные кредиты и начисленные по ним проценты при нарушении заемщиком обязательств по договору (статья 33 Федерального закона от 2.12.1990 № 395-1 «О банках и банковской деятельности»)[1]. Кроме того, «перечень оснований для досрочного возврата кредита, установленный законом, является открытым, поэтому стороны вправе по своему усмотрению предусмотреть иные основания для досрочного возврата кредита»[2].

3. Требование о взыскании неустойки и повышенных процентов

Другим последствием нарушения ковенантов является возникновение права кредитора взыскивать неустойку либо повышенные проценты по кредиту. В арбитражной практике данное последствие нарушения ковенанта используется только в том случае, если заемщик (группа компаний заемщика) нарушил обязанности по поддержанию оборота денежных средств по расчетным счетам должника (группы компаний должника) в банке кредитора в определенном сторонами размере. Между тем, в кредитах и облигациях может использоваться более широкий спектр ковенантов, несоблюдение которых будет приводить к изменению ставки процентов (купона).

ПРАКТИКА ПРИМЕНЕНИЯ ОБЩЕГО КОВЕНАНТА О НЕДОПУЩЕНИИ УХУДШЕНИЯ ФИНАНСОВОГО ПОЛОЖЕНИЯ

В настоящее время в российской банковской практике распространено включение в кредитный договор вместо финансовых ковенантов (основанных на указании определенных финансовых показателей) условия об обязанности заемщика не допускать ухудшения своего финансового положения.

В случае если кредитор получает информацию, дающую основания предполагать, что имеется угроза ухудшения финансового положения заемщика либо такое ухудшение уже произошло, кредитор получает право требовать от должника досрочного возврата кредита. При этом условия кредитного договора не содержат конкретных финансовых показателей хозяйственной деятельности, которые должен соблюдать должник.

В качестве показателей ухудшения финансового положения заемщика арбитражная практика принимает следующие обстоятельства: возникновение просроченной задолженности по кредитному договору; просьба заемщика о пролонгации срока возврата кредита в связи с финансовыми трудностями по одному из кредитных договоров, заключенных между сторонами[3]; предъявление требования о взыскании крупной суммы задолженности по какому-либо договору заемщика[4]; уменьшение размеров активов заемщика[5].

> «В РОССИЙСКОЙ ПРАКТИКЕ КРЕДИТОВАНИЯ ИСПОЛЬЗОВАНИЕ КОВЕНАНТОВ СЕГОДНЯ ГОРАЗДО БОЛЕЕ ЗАМЕТНО, ЧЕМ ДО НАЧАЛА КРИЗИСА»

ПЕРСПЕКТИВЫ ИСПОЛЬЗОВАНИЯ КОВЕНАНТОВ В ОБЛИГАЦИОННЫХ ВЫПУСКАХ

Долгое время на российском рынке капитала культивируется идея о том, что в отличие от кредитов облигации не должны иметь залоговое обеспечение и содержать ковенанты. В этом случае заемщики могут использовать свое имущество в качестве обеспечения для привлечения кредитных средств в банках, а после исчерпания такой возможности прибегать к заимствованиям на рынке облигаций, которые представляют собой бланковый инструмент.

Мы все же полагаем, что вскоре ковенанты (а также залоги и субординация) будут более активно использоваться на российском рынке облигаций, поскольку это позволит присваивать облигациям кредитный рейтинг выше рейтинга самого эмитента. Это, в свою очередь, расширяет круг инвесторов и может привести к снижению стоимости привлекаемого финансирования. Такое следствие использования ковенантов (наряду с другими усилителями кредитного качества) актуально для большинства потенциальных корпоративных заемщиков, а также для сделок секьюритизации и проектного финансирования.

ВЫВОД

Позитивной тенденцией практики арбитражных судов является повсеместное признание правомерности ковенантов (в случае их оспаривания) и предоставление кредитору судебной защиты в реализации прав, основанных на нарушении ковенантов. Большинство ковенантов получает судебную защиту независимо от вида и формулировок соответствующих условий. Несмотря на то что арбитражные суды иногда ссылаются на ковенанты только в качестве дополнительного основания для досрочного погашения задолженности по кредитному договору, переход к признанию правомерности включения ковенантов в кредитный договор является очевидным. В российской практике кредитования использование ковенантов сегодня гораздо более заметно, чем до начала кризиса. Дальнейшее развитие рынка облигаций должно также привести к применению адекватных способов управления кредитными рисками, в том числе путем использования ковенантов. ©

---

[1] Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 24.12.2010 по делу № А32-4696/2010, Постановление ФАС Уральского округа от 28.06.2010 по делу № А60-15130/2009-С2.

[2] Постановление ФАС Московского округа от 8.11.2010 по делу № А40-156067/09-30-1172.

[3] Постановление ФАС Московского округа от 21.05.2010 по делу № А40-8951/09-10-82.

[4] Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 24.12.2010 по делу № А32-4696/2010.

[5] Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 18.01.2011 по делу № А40-49312/10-133-401.