

УДК 347.23

А.Ю. Бабаскін,

кандидат юридичних наук,

старший науковий співробітник

Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, м. Київ

КОВЕНАНТИ В КРЕДИТНИХ ДОГОВОРАХ: ЗАКОРДОННА ТА УКРАЇНСЬКА ПРАКТИКА

У статті автором розглянута практика використання ковенант у кредитних договорах зарубіжних та українських банків. На підставі аналізу інституту ковенант в правовій доктрині іноземних країн, автором сформульовані висновки та пропозиції щодо напрямів вдосконалення норм Цивільного кодексу України з приводу встановлення в кредитному договорі додаткових обов'язків позичальника, та наслідків їх невиконання або неналежного виконання. З метою підвищення рівня захисту інтересів кредиторів запропоновано внести зміни до параграфу 2 глави 71 Цивільного кодексу України.

Ключові слова: кредитний договір, ковенанти, позитивні умови, негативні умови, скасувальні умови.

В статті автором розглянута практика використання ковенант в кредитних договорах зарубіжних та українських банків. На основі аналізу інституту ковенант в правовій доктрині зарубіжних країн, автором сформульовані висновки та пропозиції по удосконаленню норм Гражданского кодекса Украины по поводу установления в кредитном договоре дополнительных обязанностей заемщика, и последствий их неисполнения или ненадлежащего исполнения. С целью повышения уровня защиты интересов кредиторов предложено внести изменения в параграф 2 главы 71 Гражданского кодекса Украины.

Ключевые слова: кредитный договор, кovenанты, позитивные условия, негативные условия, отменяющие условия.

The author reviews the practice of using a covenant in loan agreements between Ukrainian and foreign banks. On the basis of the analysis of the institute by the covenant in the legal doctrine of foreign countries, the author formulates conclusions and proposals in the areas of perfection of the norms of the Civil Code of Ukraine regarding the possible establishment of a loan agreement for additional obligations of the borrower, and the consequences of their non-fulfillment or improper performance.

Keywords: loan agreement, covenants, positive conditions, negative conditions, cancellation conditions.

Норми параграфу 2 глави 71 Цивільного кодексу України, що регулюють кредитний договір, встановлюють лише обов'язок позичальника щодо повернення кредиту та сплати процентів. Навіть регулюючи дострокове повернення кредиту в разі порушення цільового використання кредиту, закон не встановлює обов'язку позичальника сприяти кредиторам в перевірці дотримання такої умови кредитного договору. Водночас абсолютна більшість кредитних договорів українських кредиторів, як правило, встановлює значну кількість обов'язків позичальника. Наприклад, для позичальника – юридичної особи – це може бути обов'язок щодо

надання кредитодавцю фінансової, статистичної, складської звітності; інформування кредитодавця про цільове використання кредитних коштів; забезпечення умов для проведення кредитодавцем перевірок за даними бухгалтерського, оперативного і складського обліку, цільового використання кредиту, його забезпеченості і своєчасності погашення кредиту; інформування про настання зазначених у договорі подій та дій третіх осіб, узгодження з кредитодавцем отримання кредиту в інших банках тощо. [1]. Зрозуміло, що, користуючись принципом свободи договору (ст. 627 ЦК України), сторони можуть встановити такі обов'язки в кредитному договорі. Однак така свобода не є необмеженою, оскільки за загальним правилом будь-які умови мають відповідати нормам цивільного законодавства та моральним засадам суспільства (ч. 1 ст. 203 ЦК України). Як наслідок цього у випадку недотримання умов договору недобросовісними позичальниками, та виникнення через це судових спорів, вирішення спорів за такими позичальниками може відбуватись далеко не на користь кредитодавців, що свідчить про недостатній рівень правового регулювання зазначених відносин.

До науковців, які досліджували кредитний договір та зобов'язання позичальника за ним, можна віднести І.А. Безклубого, К.О. Боннер, В.В. Вітрянського, Д.І. Гравіна, Л.Г. Єфімову, А.Г. Карапетова, О.М. Олейник, Є.О. Суханова, С.К. Соломіна та багато інших. З урахуванням того, що встановлення додаткових обов'язків позичальника за кредитним договором відображено у законодавстві та правовій доктрині зарубіжних країн, зазначена проблематика потребує додаткових наукових досліджень.

Ціллю цієї статті є проведення аналізу застосування ковенант в кредитних договорах у європейських країнах та Україні, є також формулювання на цій основі пропозицій щодо вдосконалення норм Цивільного кодексу України.

Додаткові до основних зобов'язання за кредитним договором в правовій доктрині англо-саксонських країн мають назву “ковенант”. Цей термін визначається науковцями як угода або зобов'язання вчинити яку-небудь дію або утриматися від здійснення дій, яке має для сторони, що зобов'язала, юридичну силу [2, с. 27], як обов'язок утримуватися від здійснення яких-небудь дій або здійснювати певні дії впродовж дії договору [3] або зобов'язання, невиконання якого тягне за собою, як правило, негативні для позичальника наслідки [4, с. 160–165].

Включення в кредитний договір таких умов зумовлене, як правило, прагненням кредитодавця знизити свої ризики щодо невиконанням обов'язку позичальника щодо повернення кредиту і сплати процентів. Наприклад, ковенант, згідно з яким позичальник зобов'язується не відчужувати свої активи на суму вище визначеної в договорі без згоди банку, спрямований на зниження ризику того, що до моменту повернення кредиту, у боржника не буде достатньо майна для цього, оскільки у разі недостатності грошових коштів для повернення кредиту банк зможе задовольнити свій інтерес за рахунок таких активів. Зазначене характерно перш за все для бланкових кредитів. Ковенант, що зобов'язує позичальника дотримуватись певних фінансових показників, спрямований на підтримання стану кредитоспроможності, яку він мав на момент укладення кредитного договору. Крім того, ковенанти дозволяють кредитодавцю відслідковувати фінансовий стан позичальника в динаміці (наприклад, ковенанти, що передбачають підтримку певного рівня обороту грошових коштів на рахунках позичальника), що дозволяє банку оперативно реагувати на можливу загрозу не отримати виконання за кредитним договором у строк.

Як вказує Д.І. Гравін, такі зобов'язання можна поділити на два види – підконтрольні боржнику, та ті, що знаходяться поза його контролем. До перших

належать зобов'язання, можливість виконання яких залежить від дії (а відповідно з цим волі) боржника. До такої категорії можна віднести обов'язок надання інформації або обов'язок не заставляти своє майно. Що ж до ковенант, які знаходяться поза контролем позичальника (його волі та дій), то їх не можна віднести до жодної з існуючих конструкцій російського цивільного права, у тому числі до договорів з відкладальними або скасувальними умовами. Настання таких обставин введе до дефолту позичальника, та набуття кредитором права вимагати дострокового повернення кредиту, сплати процентів за ним, а також права кредитора вимагати відшкодування завданих збитків [5, с. 92–93].

А.Г. Карапетов зазначає, що в іноземній літературі іноді пропонується не розглядати ті обставини, які не залежать від волі боржника, як ковенанти. Але це не заважає в практиці складання договорів зазначати як ковенанти, наприклад, такі умови, як гарантії не зниження тих або інших фінансових показників, незмінності керівництва компанії або відсутності судових позовів з боку третіх осіб. Це, мабуть, свідчить про те, що прийняте в загальному праві розуміння договірних обіцянок (promise) дещо ширше прийнятого в нас визначення цивільно-правового зобов'язання. Напевно, загальне право розуміє під зобов'язанням і такі обіцянки, виконання яких залежить від дій або бездіяльності боржника лише побічно або опосередковано [6, с. 106–168].

Ковенанти, що використовуються в кредитних договорах, поділяються на позитивні та негативні. Прикладом позитивних ковенант є зобов'язання позичальника забезпечити ведення звичайної ділової діяльності; забезпечити оплату податкових зобов'язань; забезпечити страхування майна, ризиків і відповідальності в обсязі, необхідному для ведення бізнесу позичальника; надати кредитору доступ до фінансової та іншої інформації позичальника; забезпечити належне ведення бухгалтерського обліку; зберегти активи в належному стані. У свою чергу, прикладами негативних ковенант є: зобов'язання позичальника не вчиняти дій, які можуть призвести до виникнення заборгованості позичальника, що виходить за межі звичайної ділової діяльності; не здійснювати інвестиції без попереднього повідомлення кредитора; не відчужувати основні активи певної вартості; не розподіляти дивіденди без попереднього повідомлення кредитора; не вчиняти дій, які можуть призвести до реорганізації, ліквідації або банкрутства; не вчиняти дій, які можуть призвести до істотної зміни основного виду діяльності або звичайної ділової діяльності позичальника [7].

Існують й інші класифікації ковенант, зокрема, за ціллю їх встановлення визначають: інформаційні ковенанти (наприклад, зобов'язання позичальника по своєчасному наданню кредиторам фінансової звітності, інформації про фінансовий стан і настання випадку невиконання), які спрямовані на своєчасне інформування кредитора про діяльність позичальника, його фінансове положення і надають кредиторові можливість при необхідності зробити дії із захисту своїх інтересів; фінансові ковенанти (наприклад, зобов'язаннями позичальника підтримувати деякі фінансові показники на певному рівні, при порушенні яких у кредитора виникає право по усуненню допущеного порушення, у тому числі право вимагати дострокового повернення кредиту: прикладом чого є коефіцієнти ліквідності, що показують відношення поточних активів позичальника до поточних пасивів, показники рентабельності діяльності, показники власного капіталу або чистої вартості активів та інші фінансові показники) тощо. Зазначимо, що англійські дослідники в цілому виділяють вісімдесят чотири ідентифіковані типи ковенант, двадцять вісім з яких є фінансовими [8, с. 68–73]. Однак, як вказують англійські дослідники, найбільшого поширення набули фінансові та не фінансові ковенанти,

а також обмеження на ведення позичальником господарської діяльності. При цьому використання ковенант набуло такого поширення, що більшість банків та інституційних інвесторів у Великобританії навіть не розглядають питання кредитування за їх відсутності [2, с. 27].

У зарубіжній практиці застосування ковенант склався підхід, згідно з яким суди можуть відмовити в достроковому поверненні кредиту в разі не суттєвості порушення ковенант, тобто тоді, коли його порушення не робить істотного впливу на ризики неповернення кредиту. Такий підхід за своєю суттю є способом підтримки балансу інтересів кредитодавця і позичальника, оскільки дозволяє запобігти можливому зловживанню з боку кредитодавця. Прикладом цього є порушення ковенант, що виразлося в простроченні на декілька днів виконання обов'язку по передачі банку фінансової звітності, яка вказує на благополучне фінансове становище позичальника [9, с. 93–99].

І хоча ковенанти виникли у Великобританії, вони отримали широке поширення не тільки в країнах загальної системи права, а й у країнах континентальної системи права. Зазначимо, що такі умови добре знайомі, наприклад, правовій доктрині Німеччини [10, с. 157, с. 70]. З позицій германської правової доктрини ковенант є зобов'язанням позичальника, про які банк та позичальник домовляються в рамках кредитної угоди. Більшість німецьких науковців вважають, що фінансова структура ковенант, умови і число видів ковенант в Німеччині стандартизовані та є більш консервативними, ніж у Великобританії, що зумовлено одноманітністю побудови і високим рівнем нормативних узагальнень в континентальній системі права [11].

Слід зазначити, що умови, характерні для ковенант, протягом багатьох років використовуються в договірній практиці українських банків. На поширення в банківській практиці використання так званих “захисних” та “негативних умов” у кредитних договорах вказували і українські правники [12]. Російські дослідники цивільного права вказують, що для визнання правомірності включення ковенант у кредитний договір він має відповідати певним вимогам: 1) дії, які зобов'язався не здійснювати позичальник, мають бути достаньо конкретизовані; 2) обов'язок не здійснювати вказані дії має бути обмежений часовими рамками; 3) прийняття позичальником на себе таких обов'язків повинне бути пов'язане з отриманням їм майнового блага – кредиту [13, с. 946]. У практиці українських банків є як позитивні, так і негативні ковенанти, які формулюються, як правило, у вигляді обов'язків позичальника вчиняти певні дії або утриматись від їх вчинення та підстав для дострокового повернення кредиту [14]. Однак практика застосування та судового оскарження таких договірних умов свідчить про те, що за відсутності належного позитивного правового регулювання їх використання ускладнено. Останнє зумовлено тим, що українські суди здебільшого визнають такі умови недійсними, мотивуючи це тим, що вони обмежують, наприклад, праводієздатність позичальника або право на здійснення ним підприємницької діяльності тощо [15].

На нашу думку, в рамках існуючого цивільного законодавства України позитивні ковенанти та частина негативних ковенант можуть отримати судовий захист, оскільки вони підпадають під поняття “зобов'язання” (ст. 509 ЦК України). На відміну від цього, значна кількість негативних ковенант такого захисту може не мати, оскільки виконання таких ковенант може не бути залежним від поведінки позичальника. Наприклад, не можна віднести до зобов'язань позичальника неперед'явлення третіми особами позовів до нього. Куди розумнішим видається пояснення природи таких ковенант через скасувальні умови. Деякі з негативних ковенант стосуються праводієздатності позичальника, тому виникає

питання щодо того, чи слід розглядати такі кovenанти як їх обмеження, оскільки правоздатність юридичної особи може бути обмежена лише за рішенням суду (ст. 91 ЦК України). Як наслідок цього існує проблема щодо визнання правомірності таких умов у судовій практиці. Аналогічна проблема існує і щодо юридичної долі негативних кovenант, що торкаються сфери корпоративного управління юридичної особи – позичальника (наприклад, прийняття за згодою кредитодавця органами управління позичальника рішення щодо виплати дивідендів, щодо заміни складу виконавчого органу, щодо реорганізації позичальника тощо).

Зазначимо, що договірні обмеження здійснення господарської діяльності відомі і українському законодавству. Наприклад, договір про відстрочку, що укладається в процесі фінансової реструктуризації може містити: обмеження на переказ коштів боржником, обмеження прав боржника щодо розпорядження грошовими коштами, що містяться на його банківському (банківських) рахунку (рахунках), виконання договірних зобов'язань, залучення фінансування, відчуження майна боржника, а також положення щодо отримання попереднього дозволу на вчинення боржником таких дій; відкриття боржником нових банківських рахунків у визначеному сторонами банку, на які переказуються кошти боржника. Кошти, які є предметом забезпечення, щодо яких існують інші майнові права на користь кредиторів, а також інші обтяження, передбачені законом або договором, можуть бути переказані на такі рахунки за письмовою згодою кредиторів, які мають такі майнові права або на користь яких було створено обтяження; обмеження на відступлення залученими кредиторами своїх прав вимоги (ст. 22 Закону України “Про фінансову реструктуризацію”) [16]. Отже, якщо можливість встановлення в договорі зазначених вище обмежень передбачена законом, такі обмеження можуть отримати судовий захист.

На нашу думку, згідно з чинним законодавством умови кредитного договору не можуть імперативно заборонити позичальнику – суб'єкту господарювання вчиняти ті чи інші дії в рамках здійснення ним господарської діяльності, і він не може бути примушений до їх виконання. Відповідно до цього суд не може визнати недійсним правочин позичальника, що вчинений останнім усупереч умовам кредитного договору. Отже, якщо позичальник вчинив у порушення умов кредитного договору правочини або інші дії, це може мати наслідком виникнення у кредитодавця права вимагати дострокового повернення кредиту, якщо таке право надане йому договором.

Зрозуміло, що частина негативних кovenант у кредитному договорі може бути сформульована сторонами як скасувальна обставина умовного правочину. Однак лаконічність норм Кодексу щодо умовних правочинів не дає відповідей на значну кількість питань, що виникають на практиці, зокрема, щодо умов, які залежать виключно або переважно від волі однієї зі сторін. Застосування конструкції умовного правочину в кредитуванні ускладнює і те, що для надання кредиту укладається, як правило, не один договір між кредитодавцем та позичальником, а кілька договорів, які пов'язані один з одним та можуть укладатись сторонами кредитного договору з третіми особами (кредитний договір, договори забезпечення з позичальником та/або третьою особою (особами), договори страхування особи позичальника та предмету застави (іпотеки) тощо)).

На наш погляд, в умовах запозичення останнім часом до українського цивільного законодавства певних правових конструкцій із законодавства країн загальної системи права, прикладом чого, є поява в Цивільному кодексі України інституту рахунку умовного запозичення (екскроу) (параграф 2 глави 72 ЦК України) [17], цілком можливим є і запровадження в законодавство України

конструкції ковенант стосовно кредитних договорів, що укладаються в господарських відносинах.

Ураховуючи, що абсолютна більшість кредиторів здійснює кредитування за рахунок залучених коштів, повернення яких частково гарантує держава, в особі Фонду гарантування вкладів фізичних осіб, а в окремих випадках стосовно значних за розміром активів банків держава вимушена йти на викуп його акцій та його капіталізацію за рахунок бюджетних коштів (наприклад, ПАТ “КБ “Приватбанк”), з метою підвищення рівня захисту інтересів кредиторів вважаємо за доцільне запропонувати внести зміни до параграфу 2 глави 71 Цивільного кодексу України, доповнивши його положеннями такого змісту:

“Кредитний договір, укладений кредитором з позичальником – суб’єктом господарської діяльності може встановлювати перелік дій, які позичальник зобов’язаний вчиняти протягом строку кредитного договору, зокрема:

а) надавати кредиторам фінансову та статистичну звітність юридичної особи в обсягах та строки, встановлені договором;

б) негайно в письмовій формі повідомляти кредитора про настання обставин, які можуть істотно вплинути на кредитоспроможність позичальника (зокрема, подання до суду позовів до позичальника; набрання законної сили рішенням суду у справах, де позичальник є відповідачем; відкриття виконавчих проваджень щодо особи позичальника; відкриття кримінальних проваджень щодо керівників позичальника; накладення арешту на майно позичальника тощо);

в) вчиняти інші дії, передбачені договором.

Не вчинення або неналежне вчинення позичальником дій, передбачених договором, яке має істотний вплив на ризик неповернення кредиту, є підставою для вимог кредитора щодо дострокового повернення кредиту, сплати процентів за кредитом. Сторони можуть конкретизувати в договорі ознаки істотного впливу на ризик неповернення кредиту. Наслідком невиконання позичальником дій, передбачених договором, які не мають істотного впливу на ризик неповернення кредиту, може бути застосування неустойки, якщо така встановлена договором, або примусове виконання зобов’язання позичальника.

Кредитний договір може встановити перелік дій, які позичальник протягом строку дії кредитного договору може здійснювати за погодженням кредитора. Встановлення таких умов у кредитному договорі за участі юридичної особи потребує прийняття відповідного рішення вищим органом управління юридичної особи.

До таких дій, зокрема, можуть належати дії позичальника:

а) з придбання та/або відчуження певних видів активів (основні засоби, нерухомість, пакети цінних паперів певних емітентів тощо) обумовленого договором розміру;

б) з отримання кредитів, позик від третіх осіб обумовленого договором розміру;

в) з надання кредитів, позик третім особам обумовленого договором розміру;

г) з інвестування та здійснення певних видів господарської діяльності;

д) з надання забезпечення на користь третіх осіб (порука, аваль, делькредере, гарантії, застава, забезпечувальний факторинг, підтверджений акредитив тощо) обумовленого договором розміру;

ж) з емісії боргових цінних паперів;

з) інші дії позичальника, передбачені договором.

Вчинення позичальником дій, які потребують погодження зі сторони кредитора, без отримання такого погодження є підставою для вимог кредитора

до позичальника щодо дострокового повернення кредиту, сплати процентів за кредитом.

При застосуванні положень цієї статті сторони та суд мають тлумачити зазначені умови з наданням переваги сутності відносин над їх формою.

Якщо до вказаних вище дій договором віднесено проведення реорганізації юридичної особи позичальника, і вказана умови договору або договір у цілому укладений на підставі відповідного рішення вищого органу управління позичальника, прийняття в майбутньому вищим органом управління позичальника рішення щодо проведення його реорганізації може відбутись лише після повернення позичальником кредиту кредитодавцю та сплати процентів за фактичний час користування кредитом, якщо інше не встановлено договором або законом. Визнання судом рішення вищого органу управління позичальника щодо вказаної вище умови або укладення кредитного договору з вказаною вище умовою недійсним, не є підставою для прийняття вищим органом управління позичальника рішення щодо проведення реорганізації позичальника всупереч вимогам цієї статті”.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Умови та правила надання кредиту “Кредит КУБ” ПАТ “КБ “Приватбанк”. URL: <https://conditions-and-rules.privatbank.ua/main/view-content-440/?lang=ru> (дата звернення 03.07.2017).
2. Использование английского права в российских сделках. Й. Айвори., А. Рогоза. Москва: Альпина Паблишер, 2011. 2-изд. 136 с.
3. *Морозова С.А.* Ковенантные условия кредитного договора. Арбитражная практика. 2014. № 6.
4. *Ушаков О.В., Хараева Г.Н.* Ковенанты в кредитных договорах: проблемы применения в России. Закон. 2013. № 2. С. 160–165.
5. *Гравин Д.И.* Кредитный договор по английскому и российскому праву. Москва: Инфотропик Медиа, 2014. 152 с.
6. *Каранетов А.Г.* Правовая природа и последствия нарушения ковенантов в финансовых сделках. Частное право и финансовый рынок: сб. ст. 2011. Вып. 1. С. 106–168.
7. Позитивные и негативные ковенанты. URL: <http://www.lidings.com/ru/articles2?id=44> (дата звернення 10.07.2017).
8. *Попкова Л.А.* Ковенанты в кредитных договорах: зарубежный опыт и российская практика. Банковское право. 2013. № 4. С. 68–73.
9. *Морозов С.* Незначительность нарушения ковенанта как основание отказа в досрочном возврате кредита. Административное право. 2015. № 1. С. 93–99.
10. German Banking Law in International Perspective / Ed. by N. Horn. p. 157; *Фомичева А.А.* Сравнительно-правовой анализ отдельных положений кредитного договора российских и немецких банков. Банковское право. 2012. № 5. С. 70.
11. *Achleither A.-K., Braun R., Tappeiner F.* Determinants of financial covenants in leveraged buyouts. Center for Entrepreneurial and Financial Studies, Technical University. Munchen, 2009. P. 1–5.
12. *Мацелик М.О., Мацелик Т.О., Пригоцький В.А.* Фінансове право: навч. посіб.; за ред. д-ра юрид. наук, проф. В. К. Шкарупи. Київ: Знання, 2011. URL: <http://uristinfo.net/finansovoe-pravo/119-mo-matselik-finansove-pravo-ukrayini/3144-tema-24-pravove-zabezpechennja-bankivskogo-kredituvannja.html?start=2> (дата звернення 10.07.2017).
13. Гражданское право: учебник: в 3 т. под ред. А.П. Сергеева. Москва: ТК “Велби”, 2008. Т. 1. 1008 с.
14. Правила кредитування (публічні) ПАТ “ОТП БАНК”, затвержені наказом № 139-1 від 10.05.2017р. (діє з 10 червня 2017р.). URL: <https://www.otpbank.com.ua/pdf/privateclients/rules-credit.pdf>; (дата звернення 03.07.2017). Умови надання банківських послуг ПАТ КБ “Приватбанк. URL: <https://privatbank.ua/ru/terms/> (дата звернення 04.07.2017).
15. Постанова Вищого господарського суду України по справі № 910/21647/13 від 28.07.2014 р. Офіційний сайт Єдиного державного реєстру судових рішень. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/39980857> (дата звернення 05.07.2017); Постанова Вищого господарського суду України по справі № 910/20959/13 від 28.04.2014 р. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/38468977> (дата звернення 06.07.2017); Постанова Вищого господарського суду України по справі № 910/12651/14 від 03.03.2015 р. URL: //

www.reyestr.court.gov.ua/Review/43005152 (дата звернення 11.07.2017); Постанова Вишого господарського суду України по справі № 910/12983/14 від 29.02.2015 р. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/42556516> (дата звернення 12.07.2017).

16. Про фінансову реструктуризацію: Закон України від 14.06.2016 № 1414-VIII. Відомості Верховної Ради (ВВР). 2016. № 32. Ст. 555.

17. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо підвищення рівня корпоративного управління в акціонерних товариствах: Закон України від 23.03.2017 р. № 1983-VIII. Відомості Верховної Ради (ВВР). 2017. № 25. Ст. 289.

Отримано 09.10.2017