

### КАК КОВЕНАНТЫ РАБОТАЮТ В РОССИЙСКОМ ПРАВЕ СЕЙЧАС? ВЕТЕР ПЕРЕМЕН

#### ВВЕДЕНИЕ

**В течение последнего времени 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 намерением оценить целесообразность включения в договор соответствующих условий для получения более высокого кредитного рейтинга. Коль скоро вопрос о ковенантах приобрел такой большой интерес и значение для участников российского рынка, мы решили подготовить специальный обзор арбитражной практики, предметом рассмотрения которой стали ковенантные условия кредитных договоров.**

В настоящем Специальном обзоре о практике применения арбитражными судами ковенантов (далее – «Обзор») мы представляем Вашему вниманию результат анализа 896 судебных актов, которые были приняты в течение периода с 1 января 2010 года по 10 октября 2011 года по спорам из кредитных договоров и обнаружены нами в правовой информационной базе «КонсультантПлюс». В результате исследования нам удалось найти 29 судебных актов, в которых ковенантным условиям давалась правовая оценка. Из 29 судебных актов (а) в 26 актах суды удовлетворили требования о досрочном погашении кредитов и (или) взыскании повышенных процентов, основанием для которых было нарушение ковенантов, и (б) в 2 судебных актах ковенанты получили подтверждение правомерности их использования в договорах (в иске о признании их недействительными было отказано). Общий вывод проведенного исследования состоит в том, что **на данный момент складывается устойчивая судебная практика предоставления ковенантам полной судебной защиты.**

Отчет состоит из двух частей. На практике мы обнаружили большую пользу в том, чтобы с самого начала определиться с общими вопросами о ковенантах (определение ковенанта, последствия несоблюдения и функции ковенанта), поэтому в первой части Обзора решили привести (I) общие сведения о

кованантных условиях. Во второй части приводятся (II) результаты анализа арбитражной практики, в которых изложены выводы о том, насколько широко и глубоко ковенанты прошли проверку в российских арбитражных судах и какова особенность такого рода судебных разбирательств.

#### ОБЩИЕ СВЕДЕНИЯ О КОВЕНАНТАХ

##### Определение ковенантов

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

Традиционно к ковенантным условиям относят те действия, в отношении которых должник может обещать их выполнение (например, не передавать определенное свое 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, то нарушение ковенанта может привести к дефолту по кредиту (возникновению права требовать досрочного погашения долга).

##### Последствия несоблюдения ковенантов

Стороны по договору предусматривают по своему усмотрению последствия, которые наступают в результате нарушения ковенантов. Самым распространенным последствием такого нарушения является предоставление кредитором права требовать досрочного погашения задолженности перед ним. Иными последствиями нарушения ковенантов является, в частности, возникновение у кредитора права повысить процентную ставку, требовать предостав-

ления 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 по условиям такой 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. Во-первых, обеспечение возврата долга с помощью ковенантов достигается за счет *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 осуществление защиты своих интересов,* в том числе путем заявления требования о возврате долга. В этой связи используются информационные ковенанты, которые направлены на получение информации о деятельности должника, его финансовом положении и текущем состоянии дел; 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 предпринять 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.

## РЕЗУЛЬТАТЫ АНАЛИЗА

### Насколько широко ковенанты рассматривались 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 судебных актов: (а) 2 приняты Высшим Арбитражным Судом Российской Федерации (далее – «ВАС»), и (б) 27 приняты судами арбитражных округов, причем эти акты приняты судом не одного округа, а судами 8 разных округов. При этом большее 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).

Наиболее важным представляется то, 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 практику признания правомерными условий кредитных договоров относительно обязанности заемщика воздержаться от совершения определенных действий, в том числе совершения определенных видов сделок, если (а) действия заемщика в достаточной степени конкретизированы, (б) обязанность их не совершать ограничена временными рамками, при этом (в) принятие на себя такого рода обязанностей связано с получением имущественного блага (кредита)<sup>1</sup>. 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 определенную сумму 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 данный ковенант признавали действительным (ФАС Уральского округа, Девятый арбитраж-

ный 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, но именно по этому виду ковенант (обещание не принимать на себя дополнительные обязательства перед другими кредиторами) Президиум ВАС в качестве рекомендуемой привел практику, когда такого рода ковенантные условия признаются действительными.

#### Виды ковенантов

В изученных судебных актах рассматривается не отдельный вид каких-то определенных 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:

- обязанность должника не осуществлять реорганизацию и ликвидацию (уведомлять о принятом должником решении о реорганизации и ликвидации), а также обязанность должника не допускать банкротства<sup>2</sup>;
- обязанность должника не изменять основной вид деятельности (или предварительно уведомить о принятом должником решении об изменении основного вида деятельности)<sup>3</sup>;
- обязанность должника извещать об изменениях в органах управления должника и в учредительных документах должника<sup>4</sup>;
- обязанность должника не допускать ухудшения своего финансового положения<sup>5</sup>;
- обязанность должника предоставлять годовую и квартальную бухгалтерскую отчетность<sup>6</sup>;
- обязанность должника не допускать нарушения своих обязательств, вытекающих из других правовых оснований (кросс-дефолт)<sup>7</sup>;
- обязанность должника не допускать предъявления к нему исков на сумму, размер которой ставит под угрозу выполнение должником обязательств по договору<sup>8</sup>;
- обязанность должника (группы компаний должника) поддерживать определенный объем кредитового оборота на расчетном счете в банке кредитора<sup>9</sup>.

#### Основной предмет исследования

Помимо того, что разные виды ковенантов начали рассматриваться судами различного уровня, важным обстоятельством является то, что ковенанты стали основным вопросом при рассмотрении судебных дел. Дело в том, что 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. Напротив, в настоящее время нарушение ковенантов является самостоятельным основанием для удовлетворения требований кредиторов, возникших в связи с нарушением ковенантов. В отдельных судебных актах даже приводится определение ковенанта<sup>10</sup>. Нарушение ковенантов признается арбитражными судами достаточным основанием для применения последствий, связанных с их нарушением.

### **Из каких исковых требований 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.

#### 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<sup>11</sup>.

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. Соответственно, данные условия имеют для сторон обязательную силу».

#### 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 усло-

вия соответствуют принципу свободы договора (статья 421 Гражданского кодекса), и корреспондируют праву банка досрочно взыскать предоставленные кредиты и начисленные по ним проценты при нарушении заемщиком обязательств по договору (статья 33 Федерального закона Российской Федерации от 2 декабря 1990 г. N 395-1 «О банках и банковской деятельности»)<sup>12</sup>. Кроме того, «перечень оснований для досрочного возврата кредита, установленный законом, не является закрытым, поэтому стороны вправе по своему усмотрению предусмотреть иные основания для досрочного возврата кредита»<sup>13</sup>.

#### Взыскание неустойки и повышенных процентов по кредиту

Другим последствием нарушения ковенантов является возникновение права кредитора взыскивать неустойку либо повышенные проценты по кредиту. В арбитражной практике данное последствие нарушения ковенанта используется только при нарушении заемщиком (группой компаний заемщика) обязанности по поддержанию оборота денежных средств по расчетным счетам должника (группы компаний должника) в банке кредитора в определенном сторонами размере.

#### **Какова практика применения общего ковенанта о недопущении ухудшения финансового положения?**

В настоящее время в российской банковской практике распространенной является практика включения в кредитный договор вместо финансовых

ковенантов (основанных на указании определенных финансовых показателей) условия об обязанности заемщика не допускать ухудшения своего финансового положения.

В случае получения кредитором информации, дающей 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<sup>14</sup>; предъявление требования о взыскании

крупной суммы задолженности по какому-либо договору заемщика<sup>15</sup>; уменьшение размеров активов заемщика<sup>16</sup>.

## **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 вне зависимости 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.***



Спецобзор подготовлен юристами «Линии права». Наши специалисты будут рады рассмотреть иные интересующие Вас вопросы в рамках спецобзоров и еженедельного обзора законодательства. Ваши вопросы и предложения по улучшению нашей работы просим направлять партнеру Линии права

**Юрию Туктарову** ([Yury.Tuktarov@lp.ru](mailto:Yury.Tuktarov@lp.ru)).

Более подробную информацию о наших услугах Вы можете получить на нашем сайте [www.lp.ru](http://www.lp.ru).

<sup>1</sup> Пункт 9 Обзора судебной практики разрешения споров, связанных с применением положений Гражданского кодекса Российской Федерации о кредитном договоре (Информационное письмо Президиума ВАС РФ № 147 от 13 сентября 2011 г.).

<sup>2</sup> Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 3 июня 2010 г. N А33-9756/2009, Постановление ФАС Московского округа от 8 ноября 2010 г. N КГ-А40/13275-10 по делу N А40-156067/09-30-1172, Постановление ФАС Московского округа от 11 мая 2010 г. N КГ-А40/3979-10 по делу N А40-78984/09-47-522, Постановление ФАС Московского округа от 3 февраля 2010 г. N КГ-А40/13323-09 по делу N А40-1654/09-97-20, Постановление ФАС Московского округа от 26 января 2010 г. N КГ-А40/13599-09 по делу N А40-15445/09-46-161, Постановление ФАС Северо-Западного округа от 3 августа 2011 г. по делу N А56-18340/2010, Постановление ФАС Центрального округа от 13 августа 2010 г. по делу N А35-12979/2009, Постановление Десятого арбитражного апелляционного суда от 1 февраля 2011 г. по делу N А41-20369/09, Постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 16 августа 2011 г. по делу N А56-72982/2010, Постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 14 июня 2011 г. по делу N А21-9881/2010.

<sup>3</sup> Постановление ФАС Московского округа от 3 февраля 2010 г. N КГ-А40/13323-09 по делу N А40-1654/09-97-20, Постановление ФАС Московского округа от 26 января 2010 г. N КГ-А40/13599-09 по делу N А40-15445/09-46-161.

<sup>4</sup> Постановление ФАС Московского округа от 3 февраля 2010 г. N КГ-А40/13323-09 по делу N А40-1654/09-97-20, Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 21 января 2010 г. N 09АП-26616/2009-ГК по делу N А40-77778/09-30-634.

<sup>5</sup> Постановление ФАС Московского округа от 21 мая 2010 г. N КГ-А40/4697-10 по делу N А40-8951/09-10-82, Постановление ФАС Московского округа от 11 мая 2010 г. N КГ-А40/3979-10 по делу N А40-78984/09-47-522, Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 24 декабря 2010 г. по делу N А32-4696/2010, Постановление ФАС Уральского округа от 28 июня 2010 г. N Ф09-4715/10-С3 по делу N А60-15130/2009-С2, Постановление ФАС Уральского округа от 21 января 2010 г. N Ф09-11199/09-С5 по делу N А60-15146/2009-С2, Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 18 января 2011 г. N 09АП-31193/2010-ГК по делу N А40-49312/10-133-401, Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 25 февраля 2010 г. N 09АП-530/2010-ГК по делу N А40-71896/08-10-502.

<sup>6</sup> Постановление ФАС Московского округа от 3 февраля 2010 г. N КГ-А40/13323-09 по делу N А40-1654/09-97-20.

<sup>7</sup> Постановление ФАС Московского округа от 8 ноября 2010 г. N КГ-А40/13275-10 по делу N А40-156067/09-30-1172.

<sup>8</sup> Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 24 декабря 2010 г. по делу N А32-4696/2010, Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 22 декабря 2010 г. N 09АП-30424/2010 по делу N А40-43872/10-97-372, Постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 19 апреля 2010 г. по делу N А56-62800/2009.

<sup>9</sup> Постановление ФАС Уральского округа от 10 февраля 2011 г. N Ф09-240/11-С3 по делу N А50-13540/2010, Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 13 сентября 2010 г. N 09АП-19918/2010-ГК по делу N А40-3116/10-47-25, Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 7 сентября 2010 г. N 09АП-20290/2010-ГК по делу N А40-49959/09-46-385, Постановление Одиннадцатого арбитражного апелляционного суда от 30 августа 2010 г. по делу N А65-4933/2010.

<sup>10</sup> В Постановлении Десятого арбитражного апелляционного суда от 28 сентября 2011 г. по делу N А41-3443/11 приводится даже определение термина «ковенант». В нем указывается, что «ковенантами (англ. «covenant») - соглашение, договор) являются договорные обязательства совершить определенные действия или воздержаться от таких действий».

<sup>11</sup> Ранее арбитражная практика признавала включение некоторых ковенантов в кредитный договор недействительным: (а) постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 23 января 2006 г. по делу N 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 августа 2008 г. по делу N 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 мая 2007 г. по делу N А-32-2771/2007-55/15 (арбитражный суд не поддержал ковенант об обязанности заемщика поддерживать ежемесячные кредитные обороты по своим расчетным и текущим счетам в банке не менее 70% от совокупных кредитных 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).

<sup>12</sup> Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 24 декабря 2010 г. по делу N А32-4696/2010, Постановление ФАС Уральского округа от 28 июня 2010 г. по делу N А60-15130/2009-С2.

<sup>13</sup> Постановление ФАС Московского округа от 8 ноября 2010 г. по делу N А40-156067/09-30-1172.

<sup>14</sup> Постановление ФАС Московского округа от 21 мая 2010 г. по делу N А40-8951/09-10-82.

<sup>15</sup> Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 24 декабря 2010 г. по делу N А32-4696/2010.

<sup>16</sup> Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 18 января 2011 г. по делу N А40-49312/10-133-401.