

**Панова Л. В.,**  
*кандидат юридичних наук, доцент,  
доцент кафедри цивільного права  
Навчально-наукового інституту права  
Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

## **КОВЕНАНТНІ УМОВИ В КРЕДИТНИХ ДОГОВОРАХ ЯК ПРАВОВИЙ ІНСТРУМЕНТ СТАБІЛЬНОСТІ ЕКОНОМІЧНОГО РОЗВИТКУ**

### **COVENANT CONDITIONS IN CREDIT AGREEMENTS AS A LEGAL INSTRUMENT FOR STABILITY OF ECONOMIC DEVELOPMENT**

У статті проаналізовано питання ковенантних умов у кредитних договорах. Авторкою доводиться правова сутність ковенант за допомогою порівняльно-правового методу дослідження, підкреслюється значення ковенантних умов в кредитних договорах. Автором досліджуються різні види ковенант, виділяються особливості застосування фінансових ковенантів у кредитних відносинах із метою зниження ризиків та підвищення фінансової стабільності банків. Пропонується авторський погляд на ковенантні умови договору через призму управління ризиками в кредитних договорах. Аналізується цивільно-правовий інститут договору, який завдяки своїй гнучкості та широті застосування компенсує природне відставання норм права від динаміки суспільних відносин, найбільш повно та оперативно задовольняє потреби складного цивільного обороту, що постійно розвивається. Автор доводить, що саме завдяки договору можна було ввести в правове поле поняття ковенантних умов, яке історично зародилось у країнах англосаксонської правової системи та визначається за допомогою категорії зобов'язання. Автором звертається увага на те, що сьогодні більшість банків, які діють в Україні, мають стандартизовані ковенантні умови кредитного договору. Паралельно зі стандартними є спеціальні (персональні) ковенантні умови, які пропонуються банками для конкретних позичальників. Саме за допомогою такого правового інструменту, як ковенантні умови в договорах кредитування, можна істотно мінімізувати ризик кредитного проєкту і, відповідно, підвищити рівень повернення позик. Включення ковенантних умов до договору кредитування здатне позитивно вплинути на економіку країни загалом.

Автором аналізується застосування ковенантних умов в англо-саксонській системі права та акцентується увага на важливому моменті щодо розуміння поняття договору представниками різних систем права.

У країнах англо-саксонської системи права договір є поєднанням таких двох понять, як «зобов'язання» та «волевиявлення». Ці категорії в сукупності не завжди породжують договір. Автор доходить висновку, що в системі загального права договір або його істотна частина завжди є волевиявленням особи, що бере на себе зобов'язання, тобто не вигідні правові наслідки свого власного волевиявлення. І навпаки, коли право надає силу волевиявленню іншої особи, ніж та, яка бере на себе не вигідні правові наслідки, в такому разі волевиявлення є наказом, а не договором. Це слід ураховувати під час тлумачення ковенантних умов кредитного договору судом.

**Ключові слова:** *договір, зобов'язальне право, договірне право, ковенантні умови договору, ковенант, фінансовий ковенант.*

The article analyzes the issue of covenant conditions in credit agreements. The author proves the legal essence of covenants using the comparative legal method of research and emphasizes the importance of covenant conditions in credit agreements. The author studies different types of covenants and highlights the features of the use of financial covenants in credit relations in order to reduce risks and increase the financial stability of banks. The author's view on the covenant terms of the contract through the prism of risk management in credit agreements is offered.

The author analyzes the civil law institution of the contract, which due to its flexibility and breadth of application compensates for the natural lag of law from the dynamics of social relations and most fully meets the needs of complex civil turnover, which is constantly evolving.

The author argues that it was thanks to the treaty that it was possible to introduce the concept of covenant conditions into the legal field. They were historically born in the Anglo-Saxon legal system and are defined by the category of obligations.

The author draws attention to the fact that today most banks operating in Ukraine have standardized covenant terms of the loan agreement. In parallel with the standard terms, there are special (personal) covenant terms offered by banks to specific borrowers.

With the help of such a legal instrument, which are the covenant conditions in lending agreements, it is possible to significantly minimize the risk of the loan project and thus increase the level of loan repayment. The inclusion of covenant terms in the loan agreement can have a positive impact on the economy as a whole.

The author analyzes the application of covenant conditions in the Anglo-Saxon legal system and focuses on an important point in understanding the concept of contract by representatives of different legal systems.

In the Anglo-Saxon legal system, a treaty is a combination of two concepts: commitment and expression of will. Taken together these categories do not always have a contract.

The author concludes that in the common law system, the contract or an essential part of it is always the will of the person who assumes the obligations and unfavorable legal consequences of his own will.

Conversely, a legal fact cannot be considered a contract when the law gives force to the will of a person who does not assume unfavorable legal consequences. such a legal fact is an order. This should be taken into account when interpreting the covenant terms of the loan agreement by the court.

**Key words:** *contract, contract law, covenant terms of the contract, covenant, financial covenant.*

**Вступ.** Для подальшого зміцнення макроекономічного розвитку та фінансової стабільності України Національним банком України (далі – НБУ) затверджена Стратегія розвитку фінансового сектору України до 2025 року. [1] Цей документ ставить за мету забезпечити подальше реформування та розвиток фінансового сектору України відповідно до міжнародних практик та імплементації заходів, передбачених Угодою про асоціацію між Україною та ЄС, а також іншими міжнародними договорами України за п'ятьма основними напрямками, як-от зміцнення фінансової стабільності; сприяння макроекономічному розвитку та зростанню економіки; розвиток фінансових ринків; розширення фінансової інклюзії та впровадження інновацій у фінансовому секторі. Причому майже в кожному з напрямів державного управління безпосередньо або опосередковано приділяється увага питанням кредитування та посилення захисту прав кредиторів із метою сприяння банківському кредитуванню економіки України. Необхідність такого підходу пов'язана з тим, що неможливо уявити розвиток фінансового сектору економіки будь-якої країни без кредитування та створення дієвого правового механізму щодо надання кредитних коштів. Однак завжди існує головна проблема – ймовірність неповернення кредитів. Паралельно є ще одна проблема – неефективне використання кредитних коштів позичальниками. Так, перед суб'єктами кредитного ринку постає завдання щодо необхідності скорочення частки недієвих кредитів.

Вирішенню зазначених проблем у реальному житті сприяє інститут договору. Саме цей інститут є найбільш ефективним правовим інструментом регулювання відносин, яким користується приватне право. Договір надає суб'єктам права можливість вільного вибору необхідної моделі поведінки та дозволяє вра-

ховувати інтереси учасників цивільного обороту (як власні, так і суспільні). Проте на шляху реалізації інтересів суб'єктів права (що описуються в літературі як можливість отримання блага у вигляді позитивного результату) не виключається і виникнення непередбачених наслідків, які здатні істотно впливати на фінансовий стан та результати фінансової діяльності суб'єктів кредитних правовідносин. Отже, на інтереси позичальників, кредиторів та емітентів впливають різноманітні ризики, які потребують оцінки та управління ними. Виходячи з того, що Цивільне право України надає учасникам цивільного обороту за допомогою методу диспозитивності самостійно обрати правову модель відносин, а також врахувати правові механізми забезпечення своїх інтересів безпосередньо у договорах, банківська практика активно користується таким інструментом для управління ризиками в кредитних правовідносинах, як включення в договір ковенантних умов. Як правило, такі механізми спрямовані на мінімізацію виникнення можливих ризиків між сторонами під час виконання умов договору на рівні приватного права та вирішення вищезазначених проблем на рівні публічного права.

Проблемами кредитних договорів у сфері приватного права приділяли увагу багато вітчизняних учених, як-от І.А. Безклубий, А.Ю. Бабаскін, С.М. Лепех, В.Я. Погребняк, А.О. Громова та ін. Причому А.Ю. Бабаскін окремо досліджував питання ковенантних умов у кредитних договорах. [2, с. 53–60]. Висвітленню проблем, пов'язаних із ризиками в цивільному праві України на сучасному етапі, присвячена монографія М.М. Великанової [3, с. 175]. Однак слід визнати, що на рівні вітчизняної науки дослідженню ковенантних умов у кредитних договорах приділялось не зовсім багато уваги. Тому це питання потребує більш ґрунтовного правового аналізу.

**Метою статті** є теоретичне обґрунтування включення ковенантних умов у кредитні договори та аналіз ефективності використання ковенантів суб'єктами цивільного обороту як механізму управління ризиками на рівні приватного права з метою стабілізувати економічний розвиток у сфері кредитування.

**Виклад основного матеріалу.** «Проблема розподілу ризиків, – писав на початку ХХ століття М.М. Агарков, – проходить через усе цивільне право та впливає із самої його природи, вона є способом урегулювання системи господарства з множинністю суб'єктів господарювання (*переклад – Л.П.*) [4, с. 121] Так, проблема розподілу ризиків у кредитних договорах є способом урегулювання господарської діяльності між банками та його клієнтами, які потребують додаткових грошових коштів під час здійснення своєї діяльності. Сторони, узгоджуючи зміст кредитного договору, вільно беруть на себе відповідні зобов'язання, фіксує їх як умови. Банки, проводячи інклюзивну політику в переддоговірному процесі кредитування, пояснюють позичальникам необхідність уведення так званих ковенантних умов у договір. Основне призначення введення ковенант до кредитного договору полягає в переконанні клієнта не здійснювати дій, які за умов реалізації негативних сценаріїв можуть призвести його до дефолту в необхідності утриматись від агресивних стратегій зростання, підтримування помірною боргового навантаження тощо. Тобто застосування в кредитному договорі ковенантних умов слід розцінювати як спосіб допомогти клієнту виконати основне зобов'язання зі своєчасного повернення тіла кредиту та процентів за користування кредитними коштами. Ковенантні умови в кредитному договорі виконують функцію додаткового правового інструмента, який використовується з метою реалізації принципу належного виконання зобов'язання.

Принцип належного виконання зобов'язання (як ключовий принцип зобов'язального права в практичній діяльності банківських установ) виявляється в тому, що банки оцінюють багато факторів, які можуть викликати кредитні ризики, як-от якість активів позичальника, його фінансовий стан, ситуація економіки загалом та у відповідній галузі господарської діяльності позичальника, конкуренція в цій сфері, а також

оцінці підлягає якість управління компанією як власником, так і менеджерами. Так, для кредитодавця є природним намагання знизити настання негативних наслідків невиконання або неналежного виконання кредитного зобов'язання, які можуть бути викликані впливом таких факторів. Отже, міжнародна банківська практика досить активно використовує ковенантні умови як важливі умови кредитного договору. В Україні вносити ковенантні умови в кредитний договір почали банки з іноземним капіталом, а також кредитні організації, які мають досвід роботи із синдикованими позиками. Поступово їх досвід став прикладом для інших банків. Правову можливість застосування ковенантних умов у кредитних договорах на рівні закону надала ст. 6 Цивільного кодексу України.

У 2018 році Постановою правління НБУ затверджено положення «Про організацію систем управління ризиками в банках України та банківських групах» від 11.06.2018 р. № 64 (далі – Положення № 64), згідно з яким банкам України та відповідальним особам банківських груп необхідно розробити (допрацювати) та запровадити внутрішньобанківські (внутрішньогрупові) документи з питань управління ризиками в установлені НБУ графіком терміни. Запровадження вимог зазначеного Положення № 64 відбувалось у чотири етапи, які проходили до вересня 2020 р. Перший етап стосувався запровадження безпосередньо організаційних заходів. Другий – передбачав запровадження культури ризиків, включно з кодексом поведінки (етики), програмою навчання та підвищення кваліфікації працівників банку з питань управління ризиками тощо. Третій етап стосувався запровадження стратегій, політики, методик і процедур управління ризиками, зокрема кредитними, ліквідності, процентними ризиками банківської книги, ринковими, операційними, комплаєнс-ризиками тощо. Четвертий етап передбачав затвердження та запровадження декларацій схильності до ризиків. Згідно з п. 16 Положення № 64 *кредитний ризик* визначається як імовірність виникнення збитків або додаткових втрат або недотримання запланованих доходів унаслідок невиконання боржником / контрагентом узятих на себе зобов'язань відповідно до умов договору. Кредитний ризик виникає за всіма активними банківськими операціями, окрім

боргових цінних паперів та інших фінансових інструментів у торговій книзі банку [5]

Оцінка банками розміру кредитних ризиків відбувається на підставі Положення НБУ «Про визначення банками України розміру кредитного ризику за активними банківськими операціями» від 30.06.2016 р. № 351 (далі – Положення № 351), яке встановлює мінімальні вимоги до банків щодо включення розміру очікуваних втрат (збитків) за активними операціями внаслідок реалізації кредитного ризику та порядок оцінки банками України розміру кредитного ризику за активними банківськими операціями (кредитний ризик). Причому *кредитний ризик* (CR) у цьому положенні визначається як розмір очікуваних втрат (збитків) (EL) за активом унаслідок дефолту боржника / контрагента (п. 19 ст. 5).[6] Якщо з економічної точки зору зазначені поняття кредитного ризику є схожими, то для правових потреб більшого значення набуває визначення кредитного ризику, що міститься в Положенні № 64, тому що воно підкреслює саме правові елементи ризику – «... унаслідок невиконання боржником / контрагентом узятих на себе зобов'язань відповідно до умов договору».

Слід підкреслити, що підходи до оцінки банками кредитних ризиків ґрунтуються на принципах і рекомендаціях Базельського комітету з банківського нагляду щодо корпоративного управління та управління ризиками в банках та банківських групах, у яких кредитний ризик розглядається як такий, що складається з відповідних компонентів: 1) експозиція під ризиком (EAD); 2) імовірність дефолту боржника / контрагента (PD); 3) втрати в разі дефолту (LGD).

Під зазначеною термінологією розуміють: EAD (експозиція під ризиком) – компонент розрахунку розміру кредитного ризику, що відповідає боргу за активом, який перебуває під ризиком дефолту боржника / контрагента; PD (імовірність дефолту боржника (контрагента)) – компонент (коефіцієнт) розрахунку розміру кредитного ризику, що відображає ймовірність припинення виконання боржником / контрагентом своїх зобов'язань; LGD (втрати в разі дефолту) – компонент (коефіцієнт) розрахунку розміру кредитного ризику, що відображає рівень втрат (збитків) унаслідок дефолту боржника / контрагента.

Після оцінки банком відповідних компонентів кредитного ризику банк виносить обґрунтоване та задокументоване рішення управлінського персоналу / колегіального органу банку щодо оцінки кредитного ризику за активною банківською операцією – судження банку (п. 21 ст. 5) [6]. На підставі судження банку щодо оцінки ризиків між банком та позичальником укладається кредитний договір.

Слід звернути увагу, що сьогодні більшість банків, які діють в Україні, мають стандартизовані ковенантні умови кредитного договору, внесені в типову форму. До них належать, зокрема, умови, які містять обов'язок надавати бухгалтерську звітність, довідки з податкової служби та/або від обслуговувальних банків; умови щодо утримання позичальника від реорганізації, ліквідації підприємств тощо. Однак паралельно існують конкретні позичальники, які потребують спеціальних (персональних) ковенантних умов у кредитному договорі. Банкіри розуміють, що саме застосування ковенантних умов у договорі кредитування здатне позитивно вплинути на економіку країни загалом та істотно мінімізувати ризик кредитного проєкту і, відповідно, підвищити рівень повернення позик. Для таких клієнтів потрібно готувати окремі (персональні) ковенантні умови, вносячи їх у кредитний договір після погодження на кредитному комітеті. Так, ковенанти можуть зобов'язувати клієнта дотримуватись відповідних мінімальних значень фінансових показників у звітності, що відповідає міжнародним стандартам, пов'язаним, як правило, зі співвідношенням доходності компанії до можливості обслуговувати борг.

Банки прораховують необхідні коефіцієнти та обирають максимально допустимі рівні показників фінансової звітності для кожного значущого позичальника з урахуванням специфіки його діяльності та оцінки ризиків. Ураховуючи індивідуальний підхід до укладення кредитного договору, банком формуються ковенантні умови конкретного договору, порядок їх виконання та наслідки за порушення умов ковенантів позичальниками. Як правило, правові наслідки можуть мати вияв: у фінансових санкціях, у можливості впливати на істотні умови договору (включно зі строком погашення всього боргу та нарахованих процентів), виступаючи як відкладальну умову, а також бути



підставою в разі відмови від подальшого фінансування. Причому останній наслідок у міжнародній практиці є одним із головних наслідків порушення кредитних кovenант, який може бути підставою для втрати доступу до кредитних коштів загалом.

Ефект від уведення кovenантних умов у кредитні договори та розуміння позичальником правових наслідків їх невиконання призводить до стабільного економічного розвитку та можливості за допомогою такого важливого правового інструмента, яким є договір регулювати цивільні правові відносини. Виконуючи функцію формування правових зв'язків між банком та клієнтом, договір не тільки породжує взаємодію між ними, а і визначає вимоги до порядку та послідовності всіх дій, які здійснюють його учасники. У цьому і полягає універсальне цивільно-правове уявлення про договір як зустрічне волевиявлення (домовленість) його сторін, спрямоване на настання відповідних правових наслідків. Так, індивідуалізація договору відбувається за допомогою цілого комплексу явищ, а саме складу учасників, структури договору, характеру та змісту правовідношень, що виникли на підставі договору.

З огляду на те, що кovenантні умови виявляються в кредитному договорі, їх слід зарахувати до змісту договору, оскільки в науці та практиці зміст договору становить систему таких умов, на яких укладається договір. (ст. 628 ЦК України) Договірні умови фіксують у своєму змісті досягнуту домовленість сторін (елементи домовленості), яка містить взаємне рішення з усіх важливих питань із точки зору сторін щодо формування визначеного правового зв'язку. Отже, елементами домовленості є формування вольової моделі поведінки сторін, яка вважається обов'язковою після набуття договором чинності. Проте кovenанти, внесені в кредитний договір, за своєю правовою природою є зобов'язаннями позичальника вчинити певну дію (або утриматися від певної дії) протягом строку дії кредитного договору. Змістом конкретної кovenанти як зобов'язання, що виникло на підставі кредитного договору є права та обов'язки сторін із виконання такого правовідношення. Як зазначав О.О. Красавчиков, «... у самому договорі немає жодних прав та обов'язків. У ньому лише міститься конкретна вольова модель того правовід-

ношення, яке виникло відповідно до закону на підставі договору» [7, с. 175].

Розуміння кovenант як зобов'язання прийшло до вітчизняних правників з Англії, яка нині вважається країною-лідером міжнародного банкінгу. Термін «кovenант» (від англ. covenant – акт за печаткою, домовленість, зобов'язання) уведений у правову термінологію у назві домовленості між прибічниками Реформації в Шотландії та англійцями для захисту пресвітеріанської церкви. Проте вже на початку ХХ століття американські юристи, які займалися комерційним правом, почали вживати кovenанти під час укладення кредитних договорів<sup>1</sup>.

У сучасній англосаксонській правовій доктрині термін «кovenант» означає закріплене в договорі зобов'язання особи вчинити відповідні дії або утриматися від них, які мають для сторін юридичну силу. Слід зазначити, що в країнах англосаксонської системи права договір є переплетінням таких двох понять, як «зобов'язання» та «волевиявлення». Представникам романо-германської школи права слід завжди пам'ятати, що симбіоз цих категорій не завжди породжує договір. Тому в системі загального права договір або його істотна частина завжди є волевиявленням особи, що бере на себе зобов'язання. Це означає, що воля, яка здійснюється за допомогою договору, є завжди волею особи, що бере на себе невідгідні правові наслідки власного волевиявлення, коли право надає силу волевиявленню іншої особи, ніж та, яка бере на себе невідгідні правові наслідки, таке волевиявлення є наказом, а не договором. Слід також урахувати таке: якщо волевиявлення (або одне з волевиявлень), якому право надає силу, і є волею особи, для якої передбачались невідгідні наслідки, то така воля (або волі) не завжди створює договір. Таке волевиявлення (або одне з волевиявлень) може становити будь-який інший правовий акт, як-от акт передання права власності (conveyance), акт відмови від права (surrender), акт надання/дарування (grant) або акт прийняття добровільного статусу. Усі ці акти не є договорами, тому що в результаті не виникає зобов'язання. Отже, вони не створюють будь-яких прав та обов'язків, а лише замінюють новою особою правомочного

<sup>1</sup> Сьогодні кovenанти отримали широке розповсюдження у різних галузях англійського права (common law). Вони активно використовуються під час укладення договорів купівлі-продажу, оренди нерухомості, трудових контрактів, договорів M&A, договорів позики, кредиту, купівлі-продажу цінних паперів.

суб'єкта дійсних прав, як це відбувається в акті передачі права власності або у разі відмови від права, а результатом є припинення зв'язку, який уже існував між сторонами через зобов'язання або іншу підставу. Акти передання права власності та акти відмови від права є волевиявленням, спрямованим на перенесення або припинення прав. Однак волевиявлення може бути спрямоване і на створення права. Права, які створюються таким способом, можуть бути або зобов'язаннями (*jura in personam* – правами зобов'язального характеру), або правами будь-якого іншого роду. Юридична дія останніх спрямована на створення нових прав, але вони не є зобов'язаннями. Наукова доктрина *common law* об'єднала їх під назвою “Grant” – надання. Вони мають дуже розгалужену систему видів, як-от надання майна в оренду (*leases*), ліцензій, права застави, притримання тощо.

Таким чином, ми повинні розуміти, що договори в англосаксонській системі права відрізняються від актів передання права власності, відмови від прав та грантів тим, що договори породжують зобов'язання, тоді як зазначені акти зобов'язань не створюють. Проте сутність зобов'язання, як у *common law*, так і в українській правовій системі, полягає в тому, що через зобов'язання вповноважена особа може вимагати від особи, яка взяла на себе зобов'язання, вчинення або утримання від вчинення будь-якої дії. Однак в англосаксонській системі права для того, щоб показати відмінність між договором, з одного боку, та актами передачі права власності, відмови від прав або грантами – з іншого, договір визначають як *обіцянку, що має юридичну силу*. Уважається, що існування обіцянки щодо будь-чого, що має бути виконано в майбутньому, є невід'ємною ознакою договору, але не є елементом акту передання прав власності, відмови від прав або грантів. Так, можна погодитись із думкою В.Ф. Попондопуло, який посилається на слова А.Д. Корецького, що «... у цьому разі ми маємо справу з домовленістю сторін, тільки трохи в іншій формі» [8, с. 244].

Ураховуючи зазначені особливості договорів в англосаксонській системі права, можна дійти висновку: кovenанти, закріплені в договорі, є зобов'язаннями особи здійснити відповідні дії або утриматися від них, що мають для сторін юридичну силу. Вони кваліфікуються

як зобов'язання у вигляді актів «за печаткою» (*deed*). По-перше, кovenантні зобов'язання повинні бути обов'язково в письмовій формі, усна є недопустимою. По-друге, кovenанти повинні бути правомірними, тобто їх умови не можуть суперечити закону та не повинні вимагати від сторони виконання обов'язків, які не можна виконати, або такі, які є необмеженими ані часом, ані місцем, ані конкретною сферою відносин<sup>2</sup>. По-третє, кovenанти породжують зобов'язання (як правило, одностороннє) і в більшості випадків не передбачають зустрічного надання. По-четверте, кovenанти, як і будь-яке зобов'язання, спрямовані на майбутнє. Саме ця ознака дає можливість відмежувати кovenанти від договірних гарантій та попередніх умов договору. Гарантії в договорі вказують на відповідні обставини, які існують на момент укладення договору, та такі, що мають значення для його укладення або виконання. Вони використовуються як підтвердження фінансового або комерційного стану позичальника та є необхідними умовами для ухвалення кредитором рішення щодо надання грошових коштів, а кovenанти встановлюють ті дії, які сторона повинна здійснити (або утриматися від здійснення) після укладення договору протягом строку його дії та незалежно від інших умов.

Здебільшого для включення в договір кovenантної умови необхідно в тексті договору спрямувати свою волю та зробити вказівку на встановлення саме кovenант. У таких ситуаціях пишуть: «Зобов'язуюсь зробити таке...» («Зобов'язуюсь утриматись від таких дій...»). У такому разі кovenанти кваліфікуються судами країн загальної системи права буквально, як безпосередньо визначені кovenанти (*express covenants*). Однак у практиці *common law* часто використовуються непрямі (ймовірні) кovenанти (*implied covenants*), що встановлюються законом або звичаєм щодо визначених правових конструкцій. Наприклад, в Інструкції для мікрофінансових організацій США «Угода по комерційним позикам» міститься таке визна-

<sup>2</sup> Слід згадати, що донедавна в Україні існувало явище, яке було складно пояснити правникам розвинених країн – так званий «зарплатний проєкт», коли підприємства уклали з банком договір про виплату заробітної плати робітникам без урахування волі останніх. Робітникам просто вказували, на картку якого банку вони будуть отримувати заробітну платню. Однак завдяки імплементації в Україні рахунків IBAN з кінця 2019 року існування в Україні «зарплатного рабства» було скасовано.

чення ковенанта в договорі позики: це обіцянка позичальника інформувати кредитора про те, що його ведення бізнесу та фінансове становище будуть залишатися після надання кредиту такими, які були і до його надання. Ковенанти мають на меті запевнити кредитора про те, що позичальник зможе погасити кредит у строк, навіть якщо матиме фінансові проблеми [9].

Застосування розподілу ковенант на прямо визначені ковенанти (*express covenants*) та ймовірні ковенанти (*implied covenants*) має важливе практичне значення та дозволяє надати відповідну правову кваліфікацію умовам договору, а також відмежувати ковенанти від інших спільних правових конструкцій.

Англійська правова доктрина має кілька класифікацій ковенантних умов. Для виконання поставленої мети необхідно зупинитися на виділенні таких двох основних типів, які побудовані за принципом дихотомії, як позитивний та, відповідно, негативний. Позитивний ковенант становить домовленість у формі договору, засвідченого печаткою, згідно з яким одна сторона зобов'язується перед іншою виконати відповідні дії. При цьому такі дії необов'язково повинні бути спрямовані на отримання будь-якого блага іншою стороною. Вони встановлюють додаткові обов'язки або дії, які зобов'язана виконати особа, що дала обіцянку щодо ковенанти. Як правило, дія позитивного ковенанта припиняється з моменту його виконання. Так, поверненню боргу сприяє встановлення у договорі інформаційних ковенантів, обов'язків позичальника щодо своєчасного надання кредиторам фінансової звітності, інформації про фінансове становище або про випадок неможливості виконання. Такі ковенанти спрямовані на своєчасне інформування кредитора щодо діяльності позичальника та його фінансової ситуації, а це надасть кредитору можливість застосувати дії, спрямовані на захист своїх інтересів. Негативний ковенант – це домовленість, згідно з якою одна зі сторін зобов'язується утриматись від здійснення зазначених дій. Такі ковенанти не можуть вважатися виконаними, доки строк їх дії не закінчиться. З огляду на те, що головною метою застосування ковенантів у кредитних договорах є управління кредитними ризиками, досягнення зазначеної мети можливе за допомогою обмеження позичальника в деяких діях, що

суперечать інтересам кредитора (встановлення негативних ковенантів).

Велику роль у кредитному договорі все ж таки мають позитивні ковенанти, які належать до фінансових ковенант. Фінансові ковенанти становлять обов'язок позичальника підтримувати деякі фінансові показники на визначеному в договорі відповідному рівні, під час порушення яких у кредитора виникає право на усунення порушення, як-от право вимагати дострокового повернення кредиту. Прикладами фінансових ковенантів можуть бути коефіцієнти ліквідності, які вказують на відношення поточних активів позичальника до поточних пасивів, показники рентабельності діяльності, показники власного капіталу або чистої вартості активів та інші фінансові показники.

Слід підкреслити, що англійські вчені-правники нараховують велику кількість різних типів ковенант в англосаксонській системі права. Девід Портетеус та Дженіфер Ісем виділяють вісімдесят чотири ідентифікованих типи ковенантів, двадцять вісім із яких є фінансовими [10]. Необхідність кількісного підрахунку ковенантних умов у кредитних договорах, що використовуються в Україні, на наш погляд, є недоречною, адже внесення ковенант у кредитний договір залежить від ситуації на ринку та конкретного позичальника, його кредитної історії та ризиків, які бере на себе банк. Договірні сторони постійно враховують макроекономічні, інституційні та нормативні зміни, тому кількість ковенант не може бути постійною.

Крім фінансових ковенант, правозастосовна практика в англосаксонській системі права активно користується так званими, загальними. Вони породжені різними галузями права, але значно впливають на кредитні правовідносини. Серед них слід указати на забезпечення сплати позичальником усіх податків; заборону зміни правового статусу суб'єкта оподаткування; забезпечення страхування майна, ризиків та відповідальності в обсязі, необхідному для ведення бізнесу; забезпечення належного ведення бухгалтерського обліку; збереження активів позичальника в достатній кількості для ведення бізнесу; заборону розпорядження майном позичальником; заборону здійснювати дії, які можуть призвести до реорганізації, ліквідації або банкрутству компанії; заборону зміни

основного виду діяльності позичальника; заборону на передання майна в заставу для забезпечення зобов'язань перед іншими кредиторами; заборону інвестувати без попереднього погодження з кредитором; заборону брати на себе зобов'язання за кредитами, а також надання позик, кредитів та поруки.

Таким чином, використання ковенантів у кредитних договорах у країнах англосаксонської правової системи надає додаткові гарантії кредиторам та інвесторам у підвищенні якості фінансових відносин та покращенні функціонування всього фінансового ринку. Практика застосування ковенантів у кредитних договорах в українських правових реаліях тільки набуває досвіду. Оцінка ковенантних умов та способів захисту цивільних суб'єктивних прав із кредитних договорів викликає певні труднощі в правозастосовній практиці. Прикладом цього може бути Постанова Касаційного господарського суду в складі Верховного Суду від 16.01.2018 року в справі № 910/23149/16.

Згідно з фабулою справи між банком-1, банком-2 та товариством-1 укладено консорціумний кредитний договір, відповідно до якого товариству -1 (як позичальнику) банками учасниками надано кредит у формі непоновлювальної кредитної лінії. Відповідно до договору позичальник зобов'язався не укладати будь-яких інших кредитних договорів чи договорів позики, договорів фінансової допомоги або інших договорів, що встановлюють зобов'язання для позичальника, та не проводити емісії цінних паперів без попереднього письмового узгодження з банками-учасниками вчинення таких дій. Проте банку-1 (позивачу) стало відомо про укладення між товариством-1 та товариством-2 (відповідачами) договору безпроцентної позики. Зазначений правочин, на думку позивача, укладений із недодержанням вимог закону, зокрема приписів частин першої та другої статті 203 ЦК України, що є підставою для визнання його недійсним, зважаючи на те, що позивач не надавав товариству-1 письмової згоди на укладення оспорюваного правочину. Рішенням Господарського суду міста Києва, яке залишено без змін постановою Київського апеляційного господарського суду в задоволенні позову відмовлено повністю, колегія суддів Касаційного господарського суду в складі Верховного Суду судові рішення у цій

справі залишила без змін. Рішення мотивовані тим, що обмеження товариства-1 умовами консорціумного кредитного договору щодо можливості вчинення ним відповідних правочинів у процесі своєї господарської діяльності поза правовідносинами, що виникають за кредитним договором, тобто фактичне обмеження його господарської правосуб'єктності як учасника господарських відносин, порушує баланс інтересів сторін та не відповідає засадам добросовісності, справедливості, розумності. Також зазначено, що позивачем не доведено, яким чином укладення відповідачами договору позики порушує права позивача, який не є стороною оспорюваного ним договору, не доведено, як договір позики зачіпає інтереси позивача як кредитора за кредитним договором.

Аналізуючи цю справу, необхідно підкреслити проблему, яка залишається в Україні основною у сфері захисту суб'єктивних цивільних прав – проблему правильного вибору способу захисту порушених прав.

Однак у межах дослідження нас цікавить умова договору щодо зобов'язання позичальника не укладати будь-яких інших кредитних договорів чи договорів позики, договорів фінансової допомоги або інших договорів, що встановлюють зобов'язання для позичальника, та не проводити емісії цінних паперів без попереднього письмового узгодження з банками-учасниками вчинення таких дій, яка може бути кваліфікована як ковенант у договорі консорціумного кредитування. Однак такий ковенант не дозволив довести свою правову позицію в суді, хоча введення його в умови договору переслідувало конкретну мету – сторона взяла на себе зобов'язання не укладати інші кредитні договори без попереднього узгодження з банками-кредиторами з метою зменшення ризиків кредиторів, яке могло настати у зв'язку з підвищенням кредитним навантаженням. Хоча всім правникам відомо, що після досягнення домовленості та надання договору відповідної форми він отримує юридичну силу та відбувається об'єктивізація вольових моделей (умов) в адекватні права та обов'язки, які розподіляються на основі закону між сторонами договору згідно з домовленостями. І саме через це умови (які складають систему!) утворюють той кінцевий результат домовленості, в якому воля



сторін знаходить своє юридичне вираження. Проте помилка у виборі способу захисту порушеного суб'єктивного права кредитором (позивачем) та помилковість щодо розуміння інституту договору судом, а також відсутність теоретичного підґрунтя з боку науковців щодо ковенант у кредитному договорі призвели до неправильної аргументації мотивувальної частини рішення й оцінки зазначеної ковенантної умови як фактичного обмеження господарської правосуб'єктності учасника господарських відносин, що порушує баланс інтересів сторін та не відповідає засадам добросовісності, справедливості, розумності.

Слід визнати, що такий підхід суду суттєво обмежує сферу застосування відповідного правового інструмента, яким є ковенант в нашій країні. Однак і банківські юристи повинні розуміти, що вітчизняна судова практика не знає, що таке кредитна ковенанта, тому не завжди може спрацювати судовий захист. Так, у тексті договору необхідно передбачити не тільки самі ковенанти, а й конкретний спосіб захисту.

**Висновки** Таким чином, договірне регулювання суспільних відносин здійснюється за допомогою складного механізму складання правових актів. Ефективність впливу договору на суспільні відносини залежить від того, наскільки

налагодженими є всі елементи механізму, серед яких головною є *взаємна домовленість сторін*. І саме ця риса дозволила О.О. Красавчикову назвати договір «юридичним фактом особливого роду» [7, с. 169] Таким чином, у договорі потрібно передбачати всі умови, щодо яких сторони дійшли згоди, відповідальність за невиконання взятих на себе зобов'язань, а також способи захисту порушених зобов'язальних прав. При цьому слід підкреслити, що завдяки спеціальним умовам, щодо яких сторони договору дійшли згоди, в практичній діяльності відбувається розподіл ризиків між ними. Категорія розподілу ризиків у доктрині приватного права найкраще розкривається через категорію зобов'язання, змістом якого є права та обов'язки. Причому таким спеціальним умовам договору у світовій правовій науці надано відповідний науково-понятійний апарат – ковенант. Ковенантні умови договору вже використовуються в договірній практиці під час укладення кредитних договорів між банком та клієнтом. Вони також отримали нормативне підґрунтя з боку Положень, затверджених НБУ. Залишилось тільки науці цивільного права знайти місце ковенантним умовам у договірному праві під час класифікації умов договору, проаналізувавши не тільки ковенанти в кредитних договорах.

#### ЛІТЕРАТУРА:

1. Стратегія розвитку фінансового сектору України до 2025 року. URL: <https://bank.gov.ua/ua/about/develop-strategy>
2. Бабаскін А.Ю. Ковенант в кредитних договорах: закордонна та українська практика. *Наука і правоохоронна*. 2017, № 3(37).
3. Великанова М.М. Ризики в цивільному праві : монографія. Київ : Алерта, 2019. 378 с.
4. Агарков М.М. Избранные труды по гражданскому праву. В 2-х т. Т. 1. Москва : АО «Центр ЮрИнфоР», 2002. 490 с.
5. Про організацію систем управління ризиками в банках України та банківських групах : Положення від 11.06.2018 р. № 64 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0064500-18>
6. Про визначення банками України розміру кредитного ризику за активними банківськими операціями : Положення від 30.06.2016 р. № 351. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0351500-16#Text>
7. Красавчиков О.А. Гражданско-правовой договор: понятие, содержание, функции. Антология уральской цивилистики. 1925–1989: Сборник статей. Москва : «Статут», 2001. 431 с.
8. Попондопуло В.Ф. Договорное права России в системе правовых семей и механизме правового регулирования. Гражданское общество и развитие гражданского права : Сборник статей к юбилею доктора юридических наук, профессора Наталии Семеновны Кузнецовой / Отв. ред. Р.А. Майданик и Е.В. Кохановская. Киев : ЧАО «Юридическая практика», 2014. 656 с.
9. Commercial Loan Agreement: a technical guide for microfinance institution. 2006. The World Bank. Washington. P. 28–31.
10. Porteteous D., Isem J. Commercial banks and microfinance: evolving models of success. *Focus Note Journal*. 2005. № 28. June. P. 1–3.