



GRATA
INTERNATIONAL

Local Knowledge
for Global Business

www.gratanet.com

Что нужно знать российскому банку при финансировании казахстанского заемщика

Обычный заем или синдицированный?

Казахстанское законодательство с 2015 г. позволяет предоставлять синдицированные займы с совместным участием иностранных, в том числе российских, и казахстанских банков. Постановление Национального банка Казахстана прямо закрепило возможность заключать «договоры по выдаче синдицированного займа с участием банков-кредиторов, являющихся нерезидентами Республики Казахстан (далее — РК), в которых предусмотрено, что договор регулируется правом иностранного государства».

До 2015 г. вхождение казахстанских банков в синдикаты с участием иностранных финансовых учреждений не было прямо предусмотрено законодательством и, очевидно, не было законным. Теперь такие синдицированные займы могут регулироваться как иностранным правом (на практике чаще всего используется английское право), так и правом РК.

Однако необходимо учитывать проблемы, которые могут возникнуть на практике.

Что происходит, если иностранный банк выходит из сделки

В одной из сделок российский банк и его казахстанская «дочка» выдали синдицированный заем казахстанскому заемщику. Договор синдицированного займа регулировался английским правом. Со временем российский банк решил выйти из состава синдиката, при этом оставшимися сторонами договора оказались бы два резидента Казахстана — казахстанский дочерний банк и казахстанский заемщик.

Гражданский кодекс РК предусматривает, что договоры между резидентами Казахстана должны, по общему правилу, регулироваться правом РК. Кроме того, согласно нормативно-правовым актам Национального банка Казахстана, договор банковского займа между казахстанским банком и казахстанским заемщиком должен содержать перечень обязательных условий, а также соответствовать предписанной Национальным банком очередности изложения и другим требованиям (не применимым в случае синдиката). Очевидно, что изначально заключенный договор синдицированного займа, кредиторами по которому являлись российский и казахстанский банки, данным требованиям не соответствовал, так как был заключен по форме LMA¹ и регулировался английским правом.

Сторонам пришлось заключить дополнительное соглашение к договору синдицированного займа. Это соглашение исключало российский банк из числа сторон договора, а к отношениям между казахстанским банком и казахстанским заемщиком с момента заключения соглашения применялось казахстанское право. Суть правоотношений осталась неизменной (банк предоставил средства заемщику), но сам договор займа претерпел существенные изменения в связи с изменением применимого права.

В частности, казахстанская «дочка» лишилась определенных средств защиты своих прав, предусмотренных английским правом. Например, английским правом предусмотрена концепция «заверений и заявлений» (representations and warranties), которая защищает банк от предоставления заемщиком недостоверной информации о его юридическом статусе и финансовом положении. Казахстанское право такую концепцию прямо не предусматривает, поэтому казахстанский банк после изменения применимого права договора не смог полагаться на заверения и заявления заемщика.

Возможно ли предотвратить изменение применимого права?

Описанная в примере проблема не коснулась российского банка напрямую: возникли сложности для казахстанской «дочки», ухудшилось ее положение по договору, что отразилось на российском банке косвенно.

Предотвратить ситуацию невозможно, но стоит учитывать данный момент при структурировании сделки. Например, если российский банк изначально знает, что в ближайшее время выйдет из сделки, необходимо определиться, выгодно ли казахстанской «дочке» потом остаться единственным кредитором по займу, и, возможно, учесть это в коммерческих условиях.

Можно ли использовать агента по обеспечению в Казахстане?

Другой случай, часто возникающий на практике, — использование казахстанской «дочки» российского банка в качестве доверительного агента по обеспечению (security trustee) или агента по обеспечению (security agent). При этом кредит полностью или частично выдает головной российский банк.

Концепции security trustee как таковой в законодательстве РК нет. Концепция security agent, хотя она и упомянута в Законе о проектном финансировании и секьюритизации, четко казахстанским законодательством не регулируется и, очевидно, применяется только к сделкам, структурируемым по этому закону.

При применении этих концепций возникает следующий риск. Если буквально толковать нормы Гражданского кодекса РК, то залогодержателем может быть только кредитор, то есть лицо, перед которым у заемщика есть обязательства по возврату займа. Если казахстанский банк используется в качестве только агента по обеспечению, но не сокредитора, возникает риск, что он не может стать залогодержателем, так как не выдавал кредит и обязательств перед ним у заемщика нет.

Нет основного обязательства, а значит, не может появиться и акцессорное в виде залога. Либо казахстанский банк не может стать залогодержателем на полную сумму кредита, так как он выдал только часть кредита.

Кроме того, если дочерний банк не выдавал кредит, он не сможет выступать залогодержателем — агентом по обеспечению из-за ограничений банковского законодательства. Казахские банки могут осуществлять строго ограниченные виды деятельности (т.е. заниматься только «банковской деятельностью»), в число которых услуги агента по обеспечению не входят.

В результате договор залога может быть признан недействительным. Поэтому мы рекомендуем изначально структурировать сделку так, чтобы казахстанский банк тоже участвовал в сделке в качестве сокредитора (т.е. выдал какую-то часть кредита), а не просто агента по обеспечению.

Если казахстанская «дочка» иностранного банка выдает часть займа совместно с российским головным банком, описанный риск уменьшается, так как сам дочерний банк также является кредитором и казахстанское законодательство ему прямо разрешает выступать залогодержателем.

Надежен ли залог стратегического объекта?

На первый взгляд залог стратегического объекта — ценное обеспечение, ведь объект признается стратегическим в силу своей особой значимости и высокой стоимости. Однако не все так просто. На деле залог обычного имущества, не обремененного статусом стратегического, может оказаться гораздо менее рискованным и более выгодным для банка.

Гражданский кодекс РК предусматривает, что стратегическим объектом может быть любое имущество, имеющее особое значение для общества, владение и (или) пользование и (или) распоряжение которым будут оказывать влияние на состояние национальной безопасности РК, при условии, что это имущество включено в перечень стратегических объектов, утвержденный Правительством РК².

Например, в одной из сделок в залог было предоставлено предприятие в области транспорта, являющееся стратегическим объектом. В сделке участвовали российский банк и его казахстанская «дочка».

До предоставления стратегического объекта в залог его собственник должен получить разрешение Правительства РК. Без разрешения залог признается ничтожным. Поэтому банк включил получение разрешения Правительства РК в договор в качестве предварительного условия (condition precedent) для выборки кредита. Заемщик получил разрешение на залог стратегического объекта, и банк считал, что все в порядке, ведь залог был «авторизован» самим Правительством РК.

Наступил дефолт. Банк решил обратиться с взысканием на заложенный стратегический объект и столкнулся со следующими проблемами.

Во-первых, для обращения с взысканием на залог как в судебном, так и во внесудебном порядке необходимо получить еще одно разрешение Правительства РК, на выдачу которого требуется как минимум 45 рабочих дней.

Во-вторых, заявление на получение такого разрешения банк самостоятельно подать не может, это должен делать собственник стратегического объекта — залогодатель. В условиях дефолта собственник-залогодатель не спешил подавать заявление.

В-третьих, при выдаче разрешения Правительство РК имеет право на свое усмотрение установить любые требования к покупателям заложенного имущества.

Возник риск, что если не найдется покупатель, отвечающего этим требованиям, объект продать не удастся, и единственным выходом для банка будет принять имущество в собственность в связи с несостоявшимися торгами. Принятие в собственность специфического заложенного имущества не входило в цели банка.

В-четвертых, при обращении с взысканием на заложенный стратегический объект у государства (РК) возникает право преимущественной покупки.

Если государство решит воспользоваться своим правом, стратегический объект должен быть реализован в пользу государства в течение 12 месяцев с момента, когда Правительство РК приняло такое решение. То есть банку, скорее всего, придется ждать год, пока он сможет получить средства для погашения выданного кредита.

Что нужно знать при финансировании недропользователя

В нашей практике было несколько сделок по финансированию недропользователя с участием российских банков. В каждой из них были разные проблемы, описанные здесь суммированно.

При финансировании недропользователя банк, как правило, хочет взять в залог основной актив — право недропользования, предоставленное государством, либо доли участия³ в компании-недропользователе. Однако данные виды залога имеют определенные особенности, которые для защиты интересов банка необходимо учитывать при структурировании сделки.

Заем может быть использован только на определенные цели

Кредит, полученный под залог права недропользования по углеводородам, может быть направлен только на цели недропользования либо на организацию последующих переделов на территории РК, предусмотренных контрактом на недропользование, самим недропользователем или его стопроцентной дочерней организацией.

Законодательство не уточняет, что подразумевается под «целями недропользования», однако представляется, что, например, рефинансирование кредита не является «целью недропользования». При нецелевом использовании кредита, выданного под залог права недропользования, залог может быть признан недействительным.

Если предметом залога выступают доли участия в компании недропользователя, кредит может быть использован на любые цели. Обязательные требования к целевому использованию такого кредита законодательство не устанавливает.

Обратить взыскание на залог возможно только через суд.

К обращению взыскания на право недропользования и доли участия в недропользователе казахстанское законодательство также предъявляет определенные требования.

Обратить взыскание на заложенное право недропользования возможно только в судебном порядке. Банку-залогодержателю придется обращаться в суд, что увеличивает сроки обращения взыскания, а также оплатить государственную пошлину — 3% от стоимости заложенного имущества.

Обращение взыскания на заложенное право недропользования происходит посредством публичных торгов.

Чтобы участвовать в торгах, потенциальные покупатели должны получить предварительное разрешение компетентного органа: для углеводородов — Министерства энергетики, для твердых полезных ископаемых — Министерства индустрии и инфраструктурного развития.

Без разрешения покупатели не имеют права принимать участие в публичных торгах. Разрешение действует в течение года. Сделки по переходу права недропользования и долей участия в недропользователе, совершенные без разрешения компетентного органа, а равно по истечении срока действия разрешения, ничтожны.

Кроме того, если право недропользования предоставлено в отношении стратегического участка недр, государство (РК) имеет приоритетное право на приобретение реализуемого права недропользования перед любым потенциальным покупателем — участником публичных торгов. Перечень стратегических участков недр утверждается правительством РК⁴ и включает месторождения урана, нефти, газа и других углеводородов.

Получение разрешения и применение приоритетного права государства могут значительно затянуть срок обращения взыскания на заложенное право недропользования. На практике весь процесс может занять около 6 месяцев.

При залоге долей участия ограничения распространяются и на материнские компании

Ограничения, действующие при обращении взыскания на доли участия в недропользователе, распространяются на компании, которые сами не являются недропользователями, но имеют возможность прямо и (или) косвенно определять решения, принимаемые недропользователями.

Например, ограничения могут применяться к залогу материнской компании недропользователя, в том числе иностранной.

Поэтому, принимая в залог доли участия в компании, банку необходимо убедиться, что она не является материнской компанией казахстанского недропользователя либо не имеет возможности иным образом определять решения казахстанского недропользователя.

В противном случае есть риск, что при обращении взыскания на такие доли участия банк столкнется с обязательными требованиями казахстанского законодательства, описанными выше.

Можно ли брать в залог право землепользования?

Общее правило казахстанского законодательства разрешает только залог права долгосрочного возмездного землепользования (от 5 до 49 лет). То есть если срок землепользования меньше 5 лет или залогодатель пользуется земельным участком бесплатно вне зависимости от срока, такой залог запрещен.

Право пользования отдельными категориями земельных участков также имеет свои особенности.

Например, банк взял в залог право пользования земельным участком сельскохозяйственного назначения. Законодательство РК не запрещает иностранным, в том числе российским, банкам брать в залог такие права. Поэтому на момент принятия права землепользования в залог все было в порядке, залог являлся действительным.

Наступил дефолт. Банк попытался реализовать заложенное право землепользования на публичных торгах, но на торги никто не пришел. Тогда банк решил реализовать свое право залогодержателя на принятие предмета залога в собственность, что прямо предусмотрено действующим законодательством.

В момент обращения взыскания банку стало известно, что до 31 декабря 2021 г. в Казахстане введен мораторий на предоставление иностранным юридическим лицам, а также их «дочкам» права временного землепользования на условиях аренды земельных участков сельскохозяйственного назначения. Банку как иностранному юридическому лицу было запрещено принять предмет залога в собственность.

Все, что оставалось делать в такой ситуации, — назначать публичные торги повторно до тех пор, пока кто-нибудь не согласится приобрести право землепользования.

При этом из круга потенциальных покупателей сразу исключались иностранные граждане, иностранные юридические лица и их «дочки», так как, согласно мораторию, им запрещено пользоваться землями сельскохозяйственного назначения. То есть на практике оказалось сложно реализовать залог, казавшийся ликвидным при заключении сделки.

Статья впервые была опубликована в журнале "Международные Банковские Операции": [источник](#)

¹ Loan Market Association — ассоциация ведущих банков и других профессиональных участников лондонского рынка синдицированного кредитования. Ее основная цель — продвижение синдицированного кредитования, в том числе через разработку унифицированной документации, основанной на стандартах рыночной практики оформления

сделок по предоставлению синдицированных займов.

² Постановление Правительства РК от 30.06.2008 № 651 «Об утверждении перечней стратегических объектов, переданных в уставный капитал и (или) находящихся в собственности национальных холдингов и (или) национальных компаний

либо их аффилированных лиц, а также иных юридических лиц с участием государства и стратегических объектов, находящихся в собственности юридических лиц, не аффилированных с государством, а также физических лиц».

³ Под долями участия понимаются также паи, акции и другие формы долевого участия, ценные бумаги, подтверждающие право собственности либо конвертируемые в акции, доли участия, паи и другие формы долевого участия в юридическом лице.

⁴ Постановление Правительства РК от 28.06.2018 № 389 «Об утверждении перечня стратегических участков недр».

Отрасли

БАНКИ И ФИНАНСЫ

Регионы

КАЗАХСТАН

Ключевые контакты



Марина Кахиани

Партнер

 Алматы, Казахстан

 +7 701 725 1269

 mkahiani@gratanet.com