



ОБЗОР

изменений законодательства о концессионных соглашениях, соглашениях о государственно-частном (муниципально-частном) партнерстве, предусмотренных Федеральным законом от 10.07.2023 № 296-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»

Часть 6. Переходные положения

ОБЩАЯ ИНФОРМАЦИЯ

Национальным Центром ГЧП (входит в группу ВЭБ.РФ) подготовлен обзор изменений Закона о концессионных соглашениях¹ (далее – «**115-ФЗ**») и Закона о государственно-частном (муниципально-частном) партнерстве² (далее – «**224-ФЗ**»), предусмотренных Федеральным законом от 10.07.2023 № 296-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (далее – «**Закон**»).

Закон принят в целях совершенствования механизмов государственно-частного партнерства для реализации долгосрочных инфраструктурных проектов и повышения их инвестиционной привлекательности для частных инвесторов³.

Закон был опубликован 10.07.2023. Большинство положений Закона вступили в силу с 01.10.2023.

Настоящая часть обзора посвящена переходным положениям Закона: рассмотрено их влияние на заключенные и планируемые к заключению концессионные соглашения (далее – «**КС**») и соглашения о государственно-частном (муниципально-частном) партнерстве (далее – «**СГЧП**»).

Настоящая часть обзора подготовлена по состоянию на 16.10.2023.

¹ Федеральный закон от 21.07.2005 № 115-ФЗ «О концессионных соглашениях».

² Федеральный закон от 13.07.2015 № 224-ФЗ «О государственно-частном партнерстве, муниципально-частном партнерстве в Российской Федерации и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации».

³ См. пояснительную записку к Закону: <https://sozd.duma.gov.ru/bill/83061-8?ysclid=lj5qpak4rq229223633>

1. Дата вступления Закона в силу

Большинство положений Закона вступили в силу **01.10.2023**. Однако есть исключения. С 01.01.2024 начинают действовать следующие положения⁴:

- о размещении реестра КС Минэкономразвития России⁵;
- о праве концедента / публичного партнера выбрать предоставление заявителем безотзывной банковской гарантии (далее – «БГ») в качестве способа обеспечения заявки на участие в конкурсе;
- о необходимости соответствия БГ требованиям, установленным Правительством РФ (для обеспечения исполнения обязательств концессионера / частного партнера по КС / СГЧП, заявки на участие в конкурсе);
- о возможности выдачи ВЭБ.РФ БГ, предоставляемой в качестве обеспечения исполнения обязательств концессионера / частного партнера по КС / СГЧП, заявки на участие в конкурсе.

Отдельные положения о действии Закона во времени содержатся применительно к конкурсам в электронной форме. Так, в 115-ФЗ и 224-ФЗ вводятся следующие правила:

- открытый конкурс может проводиться в электронной форме на электронной площадке, которая определена публичной стороной, – с **01.03.2024**;
- открытый конкурс проводится исключительно в электронной форме на электронной площадке, которая определена публичной стороной, – с **01.01.2026**.

Для применения ряда норм установлена необходимость принятия подзаконных актов:

- для применения правил о БГ в качестве обеспечения обязательств по КС и СГЧП, обеспечения заявки на участие в конкурсе⁶ – Правительство РФ должно утвердить соответствующее постановление⁷. Проект постановления уже размещен на портале проектов НПА⁸;

⁴ п. 2 ст. 4 Закона.

⁵ ч. 7 ст. 4 115-ФЗ.

⁶ ч. 6 ст. 36, ст. 38¹, ч. 1 ст. 38⁴ 115-ФЗ, ч. 7¹ ст. 19, ч. 2¹ ст. 32 224-ФЗ.

⁷ Данное постановление Правительства РФ должно утвердить ряд документов: (i) требования к самим БГ, предоставляемым и в качестве обеспечения по КС, СГЧП, и в качестве обеспечения заявки на участие в конкурсе; (ii) требования к банкам, которые их выдают; (iii) правила предоставления БГ в качестве обеспечения заявки на участие в конкурсе; (iv) перечень документов, предоставляемых концедентом, публичным партнером одновременно с требованием об осуществлении уплаты денежной суммы по БГ; (v) форму требования об осуществлении уплаты денежной суммы по БГ.

Подробнее см. часть 5 настоящего Обзора «Отдельные положения Закона о концессионных соглашениях и Закона о государственно-частном (муниципально-частном) партнерстве»:
<https://rosinfra.ru/files/analytic/document/5fa1d315e14a2204ec428976bd71dcbe.pdf>

⁸ Проект постановления Правительства РФ «О требованиях к банкам и банковским гарантиям, используемым для целей федеральных законов «О концессионных соглашениях», «О государственно-частном партнерстве, муниципально-частном партнерстве в Российской Федерации и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»: <http://regulation.gov.ru/p/140511>.

- для норм о реестре КС – Минэкономразвития России должно утвердить порядок его формирования и ведения⁹. Проект соответствующего приказа уже размещен на портале проектов НПА¹⁰;
- для применения норм о предельном размере финансового участия концедента в КС, объектом которых являются объекты информационных технологий¹¹ (далее – «ИТ»), – Минцифры России должно утвердить специальный порядок определения стоимости создания объектов ИТ (до утверждения такого порядка нормы в части допустимого предельного размера финансового участия не применяются к КС на ИТ¹²). Проект данного порядка не опубликован на дату настоящего Обзора;
- для правил об открытии счета для денежных средств, предоставляемых в обеспечение заявки на участие в конкурсе в электронной форме, – Правительство РФ должно утвердить требования к банкам, в которых оператор электронной площадки вправе открывать счета для учета денежных средств¹³. Проект постановления уже размещен на портале проектов НПА¹⁴;
- для отдельных действий по заключению КС без проведения конкурса: для (1) возмещения расходов на подготовку частной концессионной инициативы (далее – «ЧКИ»); и (2) определения требований к заявке о готовности к участию в конкурсе на заключение КС от иных лиц (далее – «альтернативная заявка»). Соответствующие постановления Правительства РФ уже приняты¹⁵.

2. Правила, применяемые к процедурам заключения КС и СГЧП без конкурса и содержанию таких соглашений

Законом предусмотрено¹⁶, что заключение КС и СГЧП по частной инициативе без

⁹ ч. 7 ст. 4 115-ФЗ.

¹⁰ Проект приказа Минэкономразвития России «Об утверждении порядка формирования, ведения реестра заключенных концессионных соглашений и перечня сведений, содержащихся в реестре заключенных концессионных соглашений»: <https://regulation.gov.ru/Regulation/Npa/PublicView?npaID=141444>.

¹¹ Или объекты информационных технологий и технические средства обеспечения функционирования объектов информационных технологий.

¹² п. 6 ст. 4 Закона.

¹³ ч. 4 ст. 38.4 115-ФЗ.

¹⁴ Проект постановления Правительства РФ «О требованиях при проведении конкурса на право заключения концессионного соглашения, соглашения о государственно-частном партнерстве, соглашения о муниципально-частном партнерстве в электронной форме»: <https://regulation.gov.ru/Regulation/Npa/PublicView?npaID=140854>.

¹⁵ Постановление Правительства РФ от 28.08.2023 № 1402 «Об установлении предельного размера расходов на подготовку предложения о заключении концессионного соглашения, возмещаемых лицу, выступившему с инициативой заключения концессионного соглашения»; постановление Правительства РФ от 16.09.2023 № 1515 «Об утверждении формы заявки о готовности к участию в конкурсе на заключение концессионного соглашения и о внесении изменений в форму предложения о заключении концессионного соглашения с лицом, выступающим с инициативой заключения концессионного соглашения».

¹⁶ п. 4 ст. 4 Закона: «Заключение концессионных соглашений, соглашений о государственно-частном партнерстве, соглашений о муниципально-частном партнерстве без проведения конкурса на основании предложений о заключении концессионных соглашений, предложений о реализации проектов государственно-частного партнерства, проектов муниципально-частного партнерства соответственно осуществляется по правилам, которые действовали на день размещения таких предложений на официальном сайте в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет» для размещения информации о проведении торгов, определенном Правительством Российской Федерации, если указанные предложения были размещены до дня вступления в силу настоящего Федерального закона».

конкурса осуществляется по «старым» правилам, если предложение инвестора размещено на ГИС Торги до 01.10.2023 (п. 4 ст. 4 Закона).

При этом 224-ФЗ не предусмотрено размещение предложения инвестора на ГИС Торги. Согласно 224-ФЗ требуется размещать только решение о реализации проекта в сфере государственно-частного партнерства (далее – «ГЧП») / муниципально-частного партнерства (далее – «МЧП»).

При «консервативном» подходе для того, чтобы данное переходное положение Закона однозначно распространялось на проект ГЧП/МЧП, рекомендуется вместе с решением о реализации проекта ГЧП/МЧП публиковать на ГИС Торги также предложение инвестора.

Если же будет опубликовано только решение о реализации проекта (как того требует 224-ФЗ), то п. 4 ст. 4 Закона может применяться по аналогии закона, т. к. такое решение содержит существенные условия СГЧП.

2.1. Возможные варианты толкования п. 4 ст. 4 Закона

Возможно несколько вариантов толкования того, на что распространяется правило п. 4 ст. 4 Закона (с учетом формулировки этой нормы («заключение соглашения осуществляется») и положений п. 5 ст. 4 Закона¹⁷):

- только на содержание соглашения;
- только на процедуру заключения соглашения по частной инициативе без конкурса;
- как на содержание соглашения, так и на процедуру заключения соглашений по частной инициативе без конкурса.

Свой вклад в неопределенность вносит п. 5 ст. 4 Закона, согласно которому его положения не применяются к КС / СГЧП, **заключенным** до дня вступления Закона в силу. Из этого может быть сделан вывод, что соглашения, **заключенные** после 01.10.2023, должны соответствовать «новым» требованиям.

Условия соглашения

Представляется, что требования к содержанию соглашения должны определяться исходя из даты публикации предложения, так как после этой даты стороны формально не могут менять содержание заключаемого соглашения – соглашение подписывается в том варианте, в котором оно было опубликовано.

Требования к процедуре частной инициативы

Возможен вариант толкования п. 4 ст. 4 Закона, согласно которому данное положение распространяется только на содержание КС и СГЧП, но не распространяется на процедуры их заключения. В таком случае все процедуры частной инициативы, начатые

¹⁷ Согласно которому положения Закона Российской Федерации от 21 февраля 1992 года № 2395-1 «О недрах» (в редакции настоящего Федерального закона), Федерального закона от 21 июля 2005 года № 115-ФЗ «О концессионных соглашениях» (в редакции настоящего Федерального закона) и статей 6 - 10, 12 - 14, 19 - 33 Федерального закона от 13 июля 2015 года № 224-ФЗ «О государственно-частном партнерстве, муниципально-частном партнерстве в Российской Федерации и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (в редакции настоящего Федерального закона) не применяются к концессионным соглашениям, соглашениям о государственно-частном партнерстве, соглашениям о муниципально-частном партнерстве, заключенным до дня вступления в силу настоящего Федерального закона.

до 01.10.2023, после этой даты должны осуществляться по новым правилам (и в том случае, если предложение было опубликовано до 01.10.2023).

В связи с возможностью нескольких вариантов толкования Закона в части процедуры заключения соглашения по частной инициативе, по всей видимости, наименее рискованным будет придерживаться «консервативного» подхода. Если процедура заключения соглашения по частной инициативе началась до 01.10.2023, но продолжается после 01.10.2023, то после 01.10.2023 следует руководствоваться теми правилами, которые являются более формализованными (например, в части протокола рассмотрения заявок о готовности к участию в конкурсе на заключение концессионного соглашения).

2.2. Правила, применяемые к содержанию КС и СГЧП, заключаемым по частной инициативе

В части содержания соглашения, заключаемого по частной инициативе, решающее значение имеет то, на каком этапе заключения соглашения находится проект к 01.10.2023. Если исходить из того, что п. 4 ст. 4 Закона распространяется на содержание КС и СГЧП¹⁸, то необходимо исходить из следующего:

- **для КС:**
 - если переговоры по изменению условий КС, предложенных инициатором, начались до 01.10.2023, но продолжаются после 01.10.2023, то по результатам переговоров содержание КС должно быть приведено в соответствие «новым» требованиям;
 - если указанные переговоры завершены, и инициатор переподал ЧКИ до 01.10.2023, но предложение о заключении КС не размещено до 01.10.2023, то переговоры должны быть продолжены для приведения содержания КС в соответствие «новым» требованиям;
 - если решение о возможности заключения КС принято до 01.10.2023, но предложение о заключении КС не размещено до 01.10.2023, то такое решение может быть отменено¹⁹ уполномоченным органом для возобновления процедуры переговоров, в рамках которых содержание КС будет приведено в соответствие «новым» требованиям;
 - если предложение инвестора опубликовано до 01.10.2023, то содержание КС должно соответствовать «старым» требованиям;
- **для СГЧП:**
 - если переговоры, связанные с рассмотрением публичным партнером предложения о реализации проекта ГЧП/МЧП, начались до 01.10.2023, но продолжаются после 01.10.2023, то по результатам переговоров содержание СГЧП должно быть приведено в соответствие «новым» требованиям;
 - если указанные переговоры завершены, и инициатор переподал предложение до 01.10.2023, но предложение о реализации проекта ГЧП/МЧП не размещено до

¹⁸ Предположительно, такое толкование и будет применяться.

¹⁹ При этом необходимо отметить, что 115-ФЗ прямо не содержит возможность отмены или изменения данного решения.

01.10.2023, то переговоры должны быть продолжены для приведения содержания СГЧП в соответствие «новым» требованиям;

- если решение о реализации проекта ГЧП/МЧП принято до 01.10.2023, но предложение о реализации проекта ГЧП/МЧП не размещено до 01.10.2023, то такое решение может быть отменено принявшим его органом, и исходя из необходимости соблюдения сроков 224-ФЗ потребуется подача нового предложения о реализации проекта ГЧП/МЧП для приведения СГЧП в соответствие «новым» требованиям;
- если предложение о реализации проекта ГЧП/МЧП опубликовано до 01.10.2023, то содержание СГЧП должно соответствовать «старым» требованиям.

2.3. Правила, применяемые к содержанию КС, заключаемым в порядке трансформации договора аренды

Частный случай заключения КС без конкурса предусмотрен п. 2 ст. 37 115-ФЗ, а именно: с лицом, владеющим будущим объектом КС на основании договора аренды (так называемая трансформация договоров аренды в КС). Размещение предложения инвестора на ГИС Торги в таких случаях не предусматривается. Соответственно, п. 4 ст. 4 Закона не распространяется на подобные случаи.

В такой ситуации вопрос по КС, заключаемым с арендаторами объектов, остается решать только на основании п. 5 ст. 4 Закона. Так, если положения Закона не применяются к КС, **заключенным** до дня его вступления в силу, то такие КС с арендаторами должны соответствовать «новым» требованиям в случаях, когда они фактически **заключены** после 01.10.2023.

3. Правила, применяемые к конкурсным процедурам заключения КС и СГЧП и содержанию таких соглашений

Законом предусмотрено²⁰, что конкурсные процедуры завершаются по «старым» правилам, если до вступления Закона в силу (01.10.2023):

- размещено сообщение о проведении открытого конкурса;
- или направлено приглашение принять участие в закрытом конкурсе (п. 3 ст. 4 Закона).

Возможно несколько вариантов толкования того, на что распространяется данное правило:

- только на содержание соглашения;
- только на конкурсные процедуры;
- как на содержание соглашения, так и на конкурсные процедуры.

Условия соглашения

²⁰ п. 3 ст. 4 Закона: «**Конкурсы** на право заключения концессионных соглашений, соглашений о государственно-частном партнерстве, соглашений о муниципально-частном партнерстве, сообщения о проведении которых были размещены на официальном сайте в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет» для размещения информации о проведении торгов, определенном Правительством Российской Федерации, до дня вступления в силу настоящего Федерального закона либо приглашения принять участие в которых были направлены до дня вступления в силу настоящего Федерального закона, **завершаются по правилам, которые действовали на день размещения таких сообщений либо направления таких приглашений**».

В отличие от переходных правил о соглашениях, заключаемых по частной инициативе, в случае с конкурсными переходными нормами логическое ударение в формулировке сделано на процедурные правила: «конкурсы завершаются».

Тем не менее представляется, что и само содержание соглашения должно определяться нормами, действовавшими на день размещения сообщения (направления приглашения), поскольку одновременно с ними публикуется (формируется для предоставления) конкурсная документация, в которой устанавливаются условия соглашения (условия конкурса). При этом само сообщение о проведении конкурса (приглашение на конкурс) публикуется (направляется) на основании решения о заключении КС / решения о реализации проекта ГЧП/МЧП, которыми также утверждаются условия соглашения.

То есть основное содержание соглашения, заключаемого по результатам конкурса, определяется на стадии его объявления (начала).

Таким образом, если сообщение о проведении конкурса размещено / приглашение принять участие в конкурсе направлено до 01.10.2023, то содержание такого соглашения должно соответствовать «старым» требованиям, если после 01.10.2023 – «новым» требованиям.

Правила, применяемые к конкурсной процедуре

Представляется, что переходные конкурсные положения написаны с явными процедурными формулировками, поэтому их основное толкование может быть следующим: если сообщение о проведении конкурса размещено / приглашение принять участие в конкурсе направлено до 01.10.2023, то процедурные правила должны соответствовать «старым» требованиям, если после 01.10.2023 – «новым» требованиям.

4. Действие Закона в отношении дополнительных соглашений к КС / СГЧП

Отсутствует ясность в вопросе о том, распространяется ли действие Закона на допсоглашения к КС / СГЧП, заключенным до 01.10.2023

Неоднозначным является ответ на вопрос о том, по каким правилам должны заключаться дополнительные соглашения после 01.10.2023, если первоначальное КС / СГЧП заключено до этой даты. Должны ли они заключаться по прежней или новой редакции 115-ФЗ / 224-ФЗ? Данная неопределенность вызвана следующим.

Согласно п. 5 ст. 4 Закона²¹ его положения не применяются к КС / СГЧП, заключенным до дня вступления Закона в силу. Данная норма может быть истолкована как норма об отсутствии необходимости пересмотра ранее заключенных соглашений – в соответствии с общими правилами п. 2 ст. 422 ГК РФ²².

²¹ п. 5 ст. 4 Закона: Положения Закона Российской Федерации от 21 февраля 1992 года № 2395-1 «О недрах» (в редакции настоящего Федерального закона), Федерального закона от 21 июля 2005 года № 115-ФЗ «О концессионных соглашениях» (в редакции настоящего Федерального закона) и статей 6 - 10, 12 - 14, 19 - 33 Федерального закона от 13 июля 2015 года № 224-ФЗ «О государственно-частном партнерстве, муниципально-частном партнерстве в Российской Федерации и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (в редакции настоящего Федерального закона) не применяются к концессионным соглашениям, соглашениям о государственно-частном партнерстве, соглашениям о муниципально-частном партнерстве, заключенным до дня вступления в силу настоящего Федерального закона.

²² Согласно п. 2 ст. 422 ГК РФ, если после заключения договора принят закон, устанавливающий обязательные для сторон правила иные, чем те, которые действовали при заключении договора, условия заключенного договора сохраняют силу, кроме случаев, когда в законе установлено, что его действие распространяется на отношения, возникшие из ранее заключенных договоров.

При этом часть судебной практики по ст. 422 ГК РФ свидетельствует о том, что хотя новый закон и не требует, по общему правилу, пересмотра ранее заключенных соглашений, он вполне может распространять свое действие на дополнительные соглашения, если они заключены после его вступления в силу (практика приводится далее).

Примечательно обсуждение данной нормы в свете дополнительных соглашений на IX Инфраструктурном конгрессе «Российская неделя ГЧП»²³. Разработчики Закона высказали мнение о том, что новые положения не должны распространяться на дополнительные соглашения к ранее заключенным КС и СГЧП²⁴.

Наличие практики применения ст.422 ГК РФ, согласно которой допсоглашения должны соответствовать новому законодательству

Тем не менее потенциальная проблема видится в следующем. Согласно ч. 2 ст. 3 115-ФЗ КС является договором, в котором содержатся элементы различных договоров, предусмотренных федеральными законами. К отношениям сторон КС применяются в соответствующих частях **правила гражданского законодательства о договорах**, элементы которых содержатся в КС, если иное не вытекает из 115-ФЗ или существа КС²⁵.

Согласно п. 2 ст. 4 ГК РФ по отношениям, возникшим до введения в действие акта гражданского законодательства, он применяется к правам и обязанностям, возникшим после введения его в действие. Отношения сторон **по договору**, заключенному до введения в действие акта гражданского законодательства, регулируются в соответствии со ст. 422 ГК РФ.

В п. 2 ст. 422 ГК РФ установлен общий принцип о том, что если после заключения договора принят закон, устанавливающий обязательные для сторон правила иные, чем те, которые действовали при заключении договора, условия заключенного договора сохраняют силу, кроме случаев, когда в законе установлено, что его действие распространяется на отношения, возникшие из ранее заключенных договоров.

В свою очередь, в судебной практике применения п. 2 ст. 422 ГК РФ отсутствует однозначный и универсальный подход, что новые императивные нормы не распространяются на дополнительные соглашения. Каждый вывод делается судами с учетом конкретного содержания дополнительного соглашения.

Если дополнительное соглашение изменяет предмет, срок, иные существенные условия

²³ https://p3week.ru/forum-2023/programma/den-1#session_1

Запись сессии: https://vk.com/rosinfra?z=video-211639118_456239018%2F61fbc1cecf95fa716%2Fpl_wall_-211639118

²⁴ По мнению Топилина М.А. (Председателя комитета Государственной Думы Российской Федерации по экономической политике), новые положения не должны распространяться на дополнительные соглашения к ранее заключенным КС и СГЧП; данный вопрос поднимался при разработке Закона и был занят именно такой подход. На его взгляд, из формулировки п. 5 ст. 4 Закона такое толкование явно следует.

Киревнин А.В. (Директор Департамента финансово-банковской деятельности и инвестиционного развития Министерства экономического развития Российской Федерации) также прокомментировал, что из формулировки п. 5 ст. 4 Закона это явно следует без необходимости в каких-либо дополнительных разъяснениях. То есть, по мнению разработчиков Закона, его положения не распространяются на дополнительные соглашения к КС и СГЧП (если соответствующие основные соглашения заключены до вступления Закона в силу).

²⁵ Аналогичным образом СГЧП определяется в п. 3 ст. 3 224-ФЗ как гражданско-правовой договор между публичным партнером и частным партнером, заключенный на срок не менее чем 3 года в порядке и на условиях, которые установлены 224-ФЗ.

договора, суд может сделать вывод о том, что **возникают новые правоотношения**, которые должны соответствовать императивным нормам, установленным в момент заключения дополнительного соглашения.

Примером могут быть дела по аренде земельных участков, находящихся в государственной или муниципальной собственности. Согласно позиции Пленума ВАС РФ²⁶ договор аренды названного имущества, заключенный **на новый** срок без проведения торгов, является ничтожным (статья 168 ГК РФ), равно как и **соглашение о продлении** такого договора. В контексте указанной позиции нижестоящие суды делают вывод о возникновении новых правоотношений в результате заключения дополнительного соглашения²⁷.

Речь идет о спорах, когда дополнительные соглашения заключались после вступления в силу закона, требующего обязательного проведения торгов для заключения таких договоров аренды. При этом закон, который вводил эти требования, не делал специальных оговорок о дополнительных соглашениях к ранее заключенным договорам аренды (Федеральный закон «О внесении изменений в статьи 17.1 и 53 Федерального закона «О защите конкуренции» от 17.07.2009 № 173-ФЗ). В этом отношении ситуация принципиально не отличалась от регулирования п. 5 ст. 4 Закона: общее правовое регулирование также сводилось к тому, что новые правила в целом не распространяются на ранее заключенные соглашения. Тем не менее многие суды заняли подход о том, что дополнительные соглашения должны подчиняться новым требованиям. Так, подход о возникновении новых правоотношений в связи с дополнительным соглашением в целом получил распространение в спорах по аренде, хотя полное единообразие в этом вопросе отсутствует²⁸. При этом речь идет как о дополнительных соглашениях, изменяющих срок

²⁶ п. 1 постановления Пленума ВАС РФ от 17.11.2011 № 73 «Об отдельных вопросах практики применения правил Гражданского кодекса Российской Федерации о договоре аренды».

²⁷ Например: постановление Арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 21.02.2017 по делу № А19-6400/2016, постановление Арбитражного суда Центрального округа от 29.06.2020 по делу № А36-3007/2019.

²⁸ См., например: определение Верховного Суда РФ от 30.06.2017 по делу № А40-77121/2016: «При заключении договора на новый срок, в том числе при продлении срока действия договора **путем подписания дополнительного соглашения**, у сторон возникают новые правоотношения <...>», постановление Арбитражного суда Московского округа от 23.03.2023 по делу № А40-135793/2021: «<...> в связи с заключением к договору аренды дополнительного соглашения от 31.07.2013, изменяющего *особые условия* данного договора, у сторон (арендодателя и арендатора) возникли новые правоотношения <...>». Аналогичный подход отражен в постановлении Арбитражного суда Поволжского округа от 21.02.2019 по делу № А65-21172/2017.

См. также определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 30.06.2017 № 305-КГ17-2739 по делу № А40-77121/2016: «<...> в целях применения правил о действии закона во времени следует исходить из того, что новые отношения между сторонами договора возникают только в том случае, если они своим волеизъявлением меняют ранее достигнутые договоренности <...>», определение ВАС РФ от 16.01.2008 № 16810/07 по делу № А40-13447/07-7-109 (вывод о возникновении новых правоотношений не нашел отражения в постановлении Президиума ВАС РФ).

Вместе с тем, например, в постановлении Арбитражного суда Дальневосточного округа от 19.01.2021 по делу № А24-5373/2019 суд не применил к дополнительному соглашению императивные нормы нового законодательства:

«<...> апелляционный суд пришел к верному выводу о том, что в данном случае проведение капитального ремонта спорного имущества являлось непосредственной обязанностью арендодателя (поскольку стороны не установили иного) и оснований для признания недействительными пунктов 4.2.1 и 4.2.2 договора (**в редакции дополнительного соглашения от 24.05.2018 № 3**) у суда первой инстанции в данном конкретном случае не имелось <...>», «правоотношения сторон по использованию обществом муниципального имущества регулировались действующим на момент их заключения гражданским

аренды, так и дополнительных соглашениях, изменяющих иные условия аренды.

Позиция ФАС России по аренде также сводится к тому, что с дополнительным соглашением возникают новые правоотношения, и к ним применяется закон, действующий в момент его заключения²⁹.

Следует отметить, что в связи с изменением несущественных условий договора, как правило, споры о действии закона во времени не возникают. Таким же образом вопросы не возникают, если в законодательство вводятся диспозитивные нормы или нормы, уточняющие существующие правила поведения, сложившиеся на основе судебной практики.

Возможные риски, связанные с изменением ранее заключенных соглашений

В связи с этим, может быть сделан вывод, что в правоприменительной практике отсутствует универсальный и однозначный ответ на вопрос, распространяется ли «новое» законодательство на любые дополнительные соглашения.

Поэтому применительно к императивным нормам, которые вводятся Законом и «ужесточают» действующее регулирование, не может быть исключено, что суды будут применять консервативный подход: с дополнительным соглашением возникают новые правоотношения и к ним должны применяться новые редакции 115-ФЗ / 224-ФЗ. Примерами таких норм могут быть правила о предельном размере финансового участия концедента, об ограничении размера капгранта (80% расходов на создание / реконструкцию), о целевом характере платы концедента (может направляться только на расходы на создание / реконструкцию объекта КС, эксплуатацию объекта КС и иного имущества концедента).

Представляется, что попытки заключить дополнительные соглашения, нарушающие указанные императивные запреты, могут пресекаться контролирующими органами (несмотря на факт заключения КС / СГЧП по прежним правилам, в которых такие запреты не были сформулированы). В частности, возможны иски прокуратуры о признании дополнительного соглашения недействительным в связи с тем, что дополнительное соглашение не соответствует новым требованиям 115-ФЗ или 224-ФЗ. Во всяком случае, до формирования устойчивой судебной практики риск применения подобного подхода не может быть исключен полностью.

5. Действие Закона в отношении согласования с антимонопольным органом изменений КС

Новые правила о согласовании изменений с антимонопольным органом

В новой редакции 115-ФЗ прямо закреплено, что согласованию с антимонопольным органом подлежит изменение только тех условий, которые указаны в ч. 1 ст. 10 115-ФЗ. При этом согласование с антимонопольным органом не требуется, если предлагаемые изменения не приведут к изменению условий финансового участия концедента в части:

- форм финансового участия концедента;

законодательством, в силу чего применение судом первой инстанции положений части 1 статьи 28.3 Закона о теплоснабжении [действуют с 05.12.2015 и указывают на обязанность арендатора проводить капитальный ремонт] признано апелляционным судом необоснованным».

²⁹ Письмо ФАС России от 10.02.2016 № АК/7531/16 «О даче разъяснения по вопросу возможности изменения условий аренды муниципального имущества и его передаче прав на указанное имущество без проведения торгов».

- общего размера денежных обязательств концедента в рамках финансового участия;
- переноса сроков осуществления финансового участия концедента на более ранний срок.

На основании буквального прочтения этой нормы³⁰ согласование с антимонопольным органом требуется только в случаях, когда изменяется один (или несколько) из указанных финансовых параметров. В остальных случаях – согласование не требуется, даже если изменяются существенные условия КС (например, технико-экономические параметры)³¹.

Отсутствие ясности в вопросе о том, по каким правилам будет осуществляться согласование допсоглашения к КС, заключенного до 01.10.2023

В связи с тем, что Закон значительно сокращает количество случаев, когда требуется согласование антимонопольного органа для изменения регионального или муниципального КС, возникает вопрос – по каким правилам будет определяться, требуется ли согласование антимонопольного органа для изменения КС, если оно было заключено до 01.10.2023.

Возможны два подхода к ответу на данный вопрос.

Согласно **первому подходу**, процедура согласования антимонопольного органа, будучи по своей сути административно-правовой, в любом случае должна осуществляться по новым правилам, так как иное не установлено в Законе.

По общему правилу, нормы закона, регулирующие публично-правовые отношения, распространяются на соответствующие отношения, возникшие **после** введения его в действие³².

Применительно к вопросам, не касающимся договорных (частно-правовых) отношений, Конституционный суд РФ неоднократно отмечал общий принцип действия закона во времени: действие закона распространяется на отношения, права и обязанности, возникшие после введения его в действие³³. На основании п. 3 ст. 2 ГК РФ к имущественным отношениям, основанным на административном или ином властном подчинении одной стороны другой, в том числе к налоговым и другим финансовым и

³⁰ Согласно ч. 3.8 ст. 13 115-ФЗ в новой редакции, в случае, если концедентом по концессионному соглашению является субъект Российской Федерации или муниципальное образование, изменение условий концессионного соглашения, определенных на основании конкурсного предложения концессионера по критериям конкурса, и изменение существенных условий концессионного соглашения, указанных в части 1 статьи 10 115-ФЗ, осуществляются по согласованию с антимонопольным органом, за исключением случаев, если такие изменения не приведут к изменению условий финансового участия концедента в части используемых в концессионном соглашении форм финансового участия концедента и (или) общего размера денежных обязательств концедента в рамках финансового участия концедента и (или) переноса сроков осуществления финансового участия концедента на более ранний срок.

³¹ См. часть 4 настоящего Обзора «Изменение условий концессионных соглашений»: <https://rosinfra.ru/files/analytics-document/document/939/823dddf4-6142-4ffb-99f4-54bc457cf5e7.PDF>

³² См., например, решение Верховного Суда РФ от 14.05.2018 № АКПИ18-235: «Правила ведения реестра пострадавших граждан определяют порядок формирования и ведения такого реестра, т.е. предметом правового регулирования являются **публично-правовые отношения**. Согласно общему принципу действия закона во времени его нормы распространяются на отношения, права и обязанности, возникшие **после введения его в действие**».

³³ Постановление Конституционного Суда РФ от 22.04.2014 № 12-П; определение Конституционного Суда РФ от 18.01. 2005 года № 7-О, от 29.01.2015 № 211-О, от 24.04.2018 № 1104-О и др.

административным отношениям, гражданское законодательство не применяется, если иное не предусмотрено законодательством.

Таким образом, по этой логике положение п. 2 ст. 422 ГК РФ не следует распространять на процедурные вопросы согласования антимонопольным органом (т. е. не следует применять процедурные правила в зависимости от даты заключения договора вместо момента возникновения публично-правовых отношений).

В любом случае в силу п. 2 ст. 4 ГК РФ положения о действии закона во времени, указанные в ст. 422 ГК РФ, распространяются на отношения **сторон** договора. Также по смыслу самой ст. 422 ГК РФ в ней речь идет о нормах, регулирующих права и обязанности **сторон** договорного правоотношения.

Антимонопольный орган не является стороной соответствующих договорных отношений. Поэтому подход ст. 422 ГК РФ (о действии закона во времени в зависимости от даты заключения договора) не должен распространяться на отношения с антимонопольным органом даже по логике ГК РФ. Соответственно, вопрос согласования антимонопольным органом изменений КС должен решаться независимо от даты заключения КС.

Согласно **второму подходу**, согласование (и, соответственно, случаи, когда оно требуется) должно осуществляться по прежней редакции 115-ФЗ, так как в соответствии с п. 5 ст. 4 Закона его положения не применяются к КС, заключенным до дня вступления его в силу.

Примечателен подход, который отражен в Письме ФАС России от 30.09.2015 № АЦ/52961/15 «О согласовании антимонопольным органом внесения изменений в концессионное соглашение». В данном письме рассмотрен вопрос согласования изменений КС, объектами которых являются объекты ЖКХ³⁴. Необходимость в согласовании для таких изменений установлена Федеральным законом от 07.05.2013 № 103-ФЗ³⁵ (вступил в силу **01.01.2014**).

Со ссылкой на ст. 422 ГК РФ ФАС России пришел к выводу, что введенные положения 115-ФЗ распространяются только на КС, заключенные после **01.01.2014**. Соответственно, изменения в ранее заключенные КС на ЖКХ согласовывать с антимонопольным органом не требуется (если положения КС предусматривали возможность изменения условий по соглашению сторон).

Если формально следовать логике этого письма ФАС России, то Закон в данном случае – и в части либерализации режима согласования изменений в КС – не следует распространять на КС, которые заключены до дня его вступления в силу.

Возможные риски, связанные с согласованием изменений КС

В целом, применительно к вопросу толкования новых положений Закона о согласовании изменений в КС следует также отметить следующее.

Существует вероятность, что антимонопольный орган будет считать обязательным согласование с ним изменения и тех условий, которые напрямую не влияют на условия финансового участия концедента, но которые относятся к существенным условиям по ч. 1 ст. 10 115-ФЗ.

³⁴ Объекты теплоснабжения, централизованные системы горячего водоснабжения, холодного водоснабжения и (или) водоотведения, отдельные объекты таких систем.

³⁵ «О внесении изменений в Федеральный закон «О концессионных соглашениях» и отдельные законодательные акты Российской Федерации».

Такой подход может обосновываться тем, что вышеуказанное исключение³⁶ касается только изменения финансовых условий, а при изменении остальных существенных условий – действует общее правило о необходимости получения согласия антимонопольного органа.

Таким образом, после 01.10.2023 целесообразно в каждом конкретном случае запрашивать мнение антимонопольного органа по данному вопросу (до формирования однозначной правоприменительной практики).

6. Действие новых требований Закона в отношении БГ

С **01.01.2024** Закон вводит новые требования к БГ, предоставляемым по КС / СГЧП. Эти требования будут детализироваться на уровне постановления Правительства РФ (проект постановления уже размещен на портале проектов НПА³⁷).

В связи с этим возникает вопрос – каким требованиям должны соответствовать БГ, которые будут предоставляться после 01.01.2024 по тем КС / СГЧП, которые были заключены до *01.01.2024*.

В данном случае возможны два варианта толкования.

Первый вариант толкования: новые правила о БГ не будут действовать, если они выдаются по КС / СГЧП, заключенным до 01.01.2024

Обоснование может быть следующим.

По общему правилу, новый закон не распространяется на отношения из ранее заключенных договоров (в отсутствие ретроспективной оговорки в таком законе). В силу п. 2 ст. 4 ГК РФ это правило применяется как к императивным, так и к диспозитивным нормам³⁸. Отношения по предоставлению БГ возникают из соответствующих КС или СГЧП, на основании которых она выдается.

Так, Верховный Суд РФ отмечал, что измененная редакция ст. 317.1 ГК РФ³⁹ не применяется к правам и обязанностям, возникшим из договоров, **заключенных до** дня ее вступления в силу (до 01.06.2015).

Второй вариант толкования: новые правила о БГ будут действовать, если они выдаются по КС / СГЧП, заключенным до 01.01.2024

Обоснование может быть следующим.

Закон распространяется на любые правоотношения по выдаче БГ, если они фактически возникли после его вступления в силу.

В качестве примера подобной логики можно привести позицию Верховного суда РФ по вопросу о начислении процентов за неисполнение денежного обязательства, возникшего

³⁶ О том, что согласование с антимонопольным органом не требуется, если предлагаемые изменения не приведут к изменению условий финансового участия концедента.

³⁷ Проект постановления Правительства РФ «О требованиях к банкам и банковским гарантиям, используемым для целей федеральных законов «О концессионных соглашениях», «О государственно-частном партнерстве, муниципально-частном партнерстве в Российской Федерации и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»: <http://regulation.gov.ru/p/140511>

³⁸ п. 6 постановления Пленума ВАС РФ от 14.03.2014 № 16 «О свободе договора и ее пределах».

³⁹ Проценты по денежному обязательству. См. абз. первый п. 83 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 24.03.2016 № 7 «О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств» (далее – «**Постановление Пленума ВС РФ № 7**»).

на основании договора, заключенного до 01.06.2015. Был занят подход, согласно которому в отношении периодов просрочки, имевших место с 01.06.2015, размер процентов должен определяться в соответствии с п. 1 ст. 395 ГК РФ в измененной («новой») редакции⁴⁰. То есть в вопросе процентов по ст. 395 ГК РФ Верховный суд РФ сделал определенное исключение из общего правила п. 2 ст. 422 ГК РФ: новая редакция п. 1 ст. 395 ГК РФ⁴¹ должна применяться независимо от момента заключения соответствующего договора. Верховный суд РФ в данном случае определил действие закона во времени на основе момента фактического возникновения соответствующих отношений: пользования денежными средствами.

Также необходимо иметь в виду что в соответствии со сложившейся рыночной практикой БГ, выдаваемая по КС / СГЧП, является «револьверной» (выдается ежегодно со сроком действия 1 год). Соответственно, на основании КС / СГЧП, заключенных до **01.01.2024**, будут выдаваться новые БГ (после **01.01.2024**).

Выдача БГ является самостоятельной сделкой, которая к тому же совершается не стороной КС. В связи с этим возможно толкование, в соответствии с которым «возобновляемые» БГ как самостоятельные сделки, совершенные после **01.01.2024**, подпадают под новые требования 115-ФЗ и 224-ФЗ⁴².

Таким образом, не может быть исключен подход, при котором к новым БГ (предоставляемым концессионерами и частными партнерами после 01.01.2024) также будут применяться новые правила независимо от даты заключения КС / СГЧП.

Следовательно, исходя из наименее рискованного подхода, целесообразно рассмотреть возможность предоставления БГ после 01.01.2024 в соответствии с новыми правилами о БГ, введенными Законом, даже если они выдаются на основании КС / СГЧП, заключенных до 01.01.2024 (по меньшей мере, до появления определенности в данном вопросе).

7. Прочие переходные положения

Предельный размер финансового участия концедента в КС на ИТ

Как отмечалось⁴³, Закон ввел новое правило: предельный размер финансового участия концедента должен быть меньше общего размера расходов на создание / реконструкцию объекта КС, а также на эксплуатацию объекта КС и иного имущества концедента. Это ограничение затрагивает все предусмотренные Законом формы финансового участия. То есть капгрант, плата концедента, МГД в совокупности должны быть меньше

⁴⁰ См. абз. 2 п. 83 постановления Пленума ВС РФ № 7.

⁴¹ Речь идет о расчете с 01.06.2015 процентов по ст. 395 ГК РФ по средним ставкам по вкладам физических лиц, а с 01.08.2016 – по ключевой ставке ЦБ РФ (вместо применявшейся ранее ставки рефинансирования).

⁴² В качестве иллюстрации можно привести постановление Восьмого арбитражного апелляционного суда от 22.12.2015 по делу № А75-8611/2015, в котором суд применил к БГ ст. 370 ГК РФ в редакции на момент ее выдачи. Суд обосновал это именно указанием на самостоятельный характер сделки по выдаче БГ и применил к ней общую логику ст. 422 ГК РФ: «Предусмотренное банковской гарантией обязательство гаранта перед бенефициаром не зависит в отношениях между ними от того основного обязательства, в обеспечение исполнения которого она выдана, даже если в гарантии содержится ссылка на это обязательство (ст. 370 ГК РФ в редакции на момент выдачи гарантии, поскольку в силу п. 1 ст. 422 ГК РФ, договор должен соответствовать обязательным для сторон правилам, установленным законом и иными правовыми актами (императивным нормам), действующим **в момент его заключения**, и в силу ст. 156 ГК РФ, **к односторонним сделкам соответственно применяются общие положения об обязательствах и о договорах**, поскольку это не противоречит закону, одностороннему характеру и существу сделки)».

⁴³ См. часть 1 настоящего Обзора «Финансовые обязательства концедента»: <https://rosinfra.ru/files/analytic/document/9ba5c286cf64b78b5d2dcaaeefe94e1.pdf>

указанных расходов.

Из этого правила сделано временное исключение применительно к КС на ИТ. Так, Минцифры России должно утвердить специальный порядок определения стоимости создания объектов ИТ. По всей видимости, это необходимо в связи со спецификой объекта КС на ИТ и сложностью расчета расходов на его создание.

Положения новой редакции 115-ФЗ в части предельного размера финансового участия концедента не будут применяться к КС на ИТ, если они заключены до вступления в силу указанного порядка определения стоимости создания объектов ИТ (независимо от заключения КС до 01.10.2023 или после).

Проект данного порядка не опубликован на дату настоящего Обзора.

Изменение КС, заключенных по решению Правительства РФ

Также в переходных положениях сделана оговорка о том, что возможность не согласовывать изменения существенных условий КС, заключенного без проведения конкурса с концессионером, определенным решением Правительства РФ, применяется также к КС, заключенным до вступления в силу Закона.

Авторский состав:

Анна Батуева, управляющий директор по юридическому сопровождению проектов Национального Центра ГЧП

Алиса Берман, юрист Национального Центра ГЧП

Евгений Кузнецов, младший юрист Национального Центра ГЧП

Елена Лысова, старший юрист Национального Центра ГЧП

Алексей Макаров, помощник юриста Национального Центра ГЧП

Анастасия Якуга, юрист Национального Центра ГЧП