



PRAWO GOSPODARCZE

Kontraktowa klauzula stabilizacyjna ograniczy ryzyko inwestora

FIRMA | Przedsiębiorca zagraniczny realizujący inwestycje we współpracy z sektorem publicznym jest wystawiony na niebezpieczeństwa związane z naruszeniem przez państwo gospodarza postanowień zawartej z nim umowy

Polska jako dynamicznie rozwijający się kraj o korzystnym położeniu geograficznym jest miejscem intensywnych inwestycji zagranicznych. Czynniki ściągającymi inwestorów zagranicznych do Polski są wyróżniająca się na tle gospodarek europejskich stabilizacja gospodarcza, wyszkolona i zmotywowana kadra specjalistów, duży, 38-milionowy rynek wewnętrzny, który przyczynia się do ograniczenia negatywnych wpływów kryzysu ekonomicznego w Europie oraz członkostwo Polski w Unii Europejskiej. Szczególnym rodzajem zarówno pod względem rozmiaru, jak i środowiska prawnego są inwestycje z udziałem sektora publicznego **+patrz ramka**.

Jednocześnie Polska z typowego kraju ściągającego kapitał zagraniczny staje się eksporterem kapitału. Polscy inwestorzy coraz częściej wychodzą poza granice kraju i realizując swoje inwestycje wchodzi w relacje z państwami w oparciu o analogiczne lub zbliżone instytucje współpracy z sektorem publicznym, jak te funkcjonujące w Polsce.

Inwestor zagraniczny realizujący swoje inwestycje we współpracy z sektorem publicznym jest wystawiony na typowe ryzyka związane z naruszeniem przez państwo gospodarza postanowień zawartego z nim kontraktu, który jest podstawą realizowanej inwestycji, np. brak załaty przewidzianej w kontrakcie za realizację projektu. Nie mniej istotne są jednak ryzyka wynikające z działalności państwa w ramach sprawowania przez nie władzy publicznej, np. zmiana polityki fiskalnej po dojściu do władzy nowej partii.

Różne narzędzia

W celu minimalizacji ryzyka związanego z wykonywaniem władzy publicznej inwestorzy mogą wykorzystywać rozmaite narzędzia. Należy do nich zaliczyć między innymi ubezpieczenia od ryzyka politycznego lub budowanie wielopozycyjnych międzynarodowych struktur korporacyjnych, które mają zapewnić inwestycji ochronę jak najkorzystniejszych międzynarodowych traktatów o ochronie i popieraniu inwestycji (ang. bilateral investment treaties, dalej: BIT-y) zawartych przez państwo-gospodarza z innymi

krajami (np. inwestor francuski tworzy spółkę córkę w Holandii, a ta zakłada w Polsce spółkę na realizowane tam cele inwestycyjne i tym samym inwestycja korzysta z ochrony BIT-u polsko-francuskiego, jak i polsko-holenderskiego).

Jednak w wielu przypadkach mechanizmy te mogą nie zapewniać odpowiedniej ochrony interesów inwestora. W takiej sytuacji inwestor powinien dążyć w ramach przysługujących mu mechanizmów prawnych w toku postępowania o zawarcie kontraktu inwestycyjnego z państwem gospodarzem do doprecyzowania lub (jeżeli jest to dozwolone przez

traktu. Celem takiej klauzuli jest wyeliminowanie wpływu późniejszych zmian regulacyjnych na prawa i obowiązki wynikające z kontraktu. Z kolei klauzula zgodnościowa zastrzeżenie, że zmiany prawa po zawarciu kontraktu inwestycyjnego mają zastosowanie do niego tylko wtedy, gdy są zgodne (ang. consistent) z treścią kontraktu.

W przypadku klauzul wyrównawczych strony są z reguły zobowiązane do przeprowadzenia negocjacji w celu wyrównania pierwotnego balansu ekonomicznego kontraktu inwestycyjnego z aktualnego na skutek zmian w systemie prawnym (np. przy

równania strat poniesionych przez inwestora w związku ze zmianami regulacyjnymi środowiska inwestycji, co znacząco zwiększa szanse uzyskania rekompensaty od państwa gospodarza. W razie umieszczenia odpowiedniej klauzuli wyrównawczej w kontrakcie inwestycyjnym poszkodowany inwestor będzie mógł dochodzić swoich roszczeń w oparciu o naruszenie takiej klauzuli przed sądem państwa gospodarza lub trybunałem arbitrażowym (przed tym drugim w przypadku istnienia ważnej klauzuli arbitrażowej w kontrakcie).

Ponadto inwestor będzie co do zasady mógł dochodzić roszczenia odszkodowawczego przed międzynarodowym trybunałem arbitrażowym w związku z naruszeniem tzw. klauzuli parasolowej (ang. umbrella clause) zawartej we właściwym BIT, którego stroną jest państwo gospodarz. Klauzule parasolowe o odpowiedniej konstrukcji umożliwiają przekształcenie roszczenia opartego na naruszeniu kontraktowej klauzuli stabilizacyjnej w roszczenie oparte na BIT, a następnie, jeśli BIT zawiera odpowiednią zgodę państwa gospodarza na arbitraż, dochodzenie takiego roszczenia w międzynarodowym arbitrażu inwestycyjnym przed neutralnym trybunałem z pominięciem sądu krajowego państwa gospodarza.

Dodatkowo inwestor będzie mógł rozważyć oparcie swojego roszczenia odszkodowawczego na naruszeniu innych zobowiązań państwa gospodarza zawartych we właściwym BIT, a w szczególności standardu sprawiedliwego i równego traktowania (ang. fair and equitable treatment).

Uzasadnione oczekiwania

Standard sprawiedliwego i równego traktowania obejmuje m.in. ochronę tzw. uzasadnionych oczekiwań inwestora zagranicznego (ang. legitimate expectations) co do przyszłych działań oraz zaniechań państwa gospodarza w stosunku do realizowanej przez tego inwestora inwestycji. Właściwie skonstruowana klauzula wyrównawcza zawarta w kontrakcie pomiędzy inwestorem a państwem gospodarzem poprzez zawarcie w niej odpowiednich zobowiązań tego państwa w stosunku do inwestycji, może

„Dla inwestora bardzo ważny jest dobór właściwej klauzuli, która będzie korespondować z prawdopodobnymi ryzykami w kraju inwestycji

prawo wewnętrzne państwa gospodarza w konkretnym przypadku) do zamieszczenia w nim odpowiednich postanowień umownych, a w tym tzw. klauzul stabilizacyjnych.

Celem klauzul stabilizacyjnych jest ograniczenie ryzyka ponoszonego przez inwestora w związku ze zmianami przede wszystkim środowiska prawnego inwestycji, które obejmuje zarówno przepisy prawa, jak i praktykę ich stosowania. W praktyce klauzule stabilizacyjne dotyczą ryzyk płynących ze zmian prawa podatkowego, prawa pracy, ochrony środowiska, instrumentów finansowych, a zdarza się, że dotyczą nawet ryzyk związanych z dostosowywaniem ustawodawstw krajowych do prawa europejskiego.

Trzy podstawowe rodzaje

Wśród klauzul stabilizacyjnych można wyróżnić m.in. tzw. klauzule zamrażające (ang. freezing clauses), klauzule zgodnościowe (ang. consistency clauses) oraz klauzule wyrównawcze (ang. economic equilibrium clauses).

Klauzule zamrażające przewidują, że prawem mającym zastosowanie do kontraktu z państwem gospodarzem jest prawo krajowe będące w mocy w chwili zawarcia kon-

współdziałania mediatora). W przypadku braku osiągnięcia porozumienia klauzule wyrównawcze mogą uprawniać inwestora do żądania odpowiedniej rekompensaty.

Na co się zdecydować

Dla inwestora bardzo ważny jest dobór właściwej klauzuli, która będzie korespondować z prawdopodobnymi ryzykami w kraju inwestycji.

W warunkach polskich najczęściej są spotykane klauzule wyrównawcze. Odpowiednio skonstruowana klauzula wyrównawcza w kontrakcie pomiędzy inwestorem a państwem (np. nakładająca obowiązki dostosowania warunków kontraktu przez obie strony w przypadku zrealizowania się określonych ryzyk politycznych lub uprawniająca do żądania odpowiedniej rekompensaty) znacząco wzmacnia pozycję negocjacyjną inwestora na etapie rozmów z państwem po zrealizowaniu się danego ryzyka politycznego i może skutkować uniknięciem postępowania sądowego czy też arbitrażowego.

Kolejną istotną zaletą klauzuli wyrównawczej może być rozmożnienie i wzmocnienie podstaw prawnych do dochodzenia roszczeń w celu wy-

• ZDANIEM AUTORA

Rafał Bobkiewicz

radca prawny, partner w kancelarii Kocharński Zięba Rapala i Partnerzy sp. j.



Podsumowując, należy stwierdzić, że odpowiednia klauzula stabilizacyjna w kontrakcie państwowym z inwestorem zagranicznym przy skonstruowaniu odpowiedniej międzynarodowej struktury korporacyjnej tego inwestora zapewniającej inwestycji ochronę korzystnych BIT-ów może ograniczyć znacząco wpływ ryzyka politycznego na realizowane przedsięwzięcie inwestycyjne. Objawia się to w pierwszej kolejności wzmocnioną pozycją negocjacyjną inwestora, co może służyć utrzymaniu wzajemnych pozytywnych relacji na linii państwo a inwestor oraz dalszemu rozwijaniu inwestycji bez konieczności wdawania się w spór. Ponadto na etapie ewentualnego sporu pozycja inwestora będzie również co do zasady korzystniejsza, co będzie się wyrażało przede wszystkim w istnieniu wielu podstaw prawnych do dochodzenia roszczeń przez inwestora, wynikających z naruszenia kontraktu inwestycyjnego pomiędzy inwestorem a państwem gospodarzem oraz naruszenia standardów ochrony inwestycji zawartych we właściwym BIT. ■

• JAKIE SEKTORY

Spektrum tego rodzaju inwestycji jest niezwykle szerokie i obejmuje m.in. sferę zamówień publicznych, partnerstwa publiczno-prywatnego, koncesji na roboty budowlane czy też programów prywatyzacyjnych. O skali uczestnictwa czynnika publicznego w inicjowaniu inwestycji w Polsce świadczy chociażby zakres zakładanego procesu prywatyzacyjnego opisanego w Planie Prywatyzacyjnym na lata 2012-2013 z marca 2012 roku Ministerstwa Skarbu Państwa. Zgodnie z założeniami tego planu aż 300 spółek zostało przeznaczonych do procesu prywatyzacyjnego. Sektorem objętym prywatyzacją są w szczególności sektor energetyczny, budowlany i przemysł materiałów budowlanych, farmaceutyczny, instytucji finansowych, sektor obrony, sektor maszynowy i metalowy, transportu, chemiczny, naftowy, górniczy, uzdrowisk, turystyczny, spożywczy i rolniczy. ■

stanowiąc jeden z elementów (obok innych działań lub zaniechań państwa gospodarza) wpływających na zakres oczekiwań inwestora, a w niektórych przypadkach być czynnikiem decydującym o ich zakresie oraz zasadności. W przypadku naruszenia takich zobowiązań kontraktowych przez państwo gospodarza może zatem dojść nie tylko do naruszenia samego kontraktu inwestycyjnego oraz klauzuli parasolowej, ale również uzasadnionych oczekiwań inwestora chronionych przez standard sprawiedliwego i równego traktowania. Stwierdzenie naruszenia standardu sprawiedliwego i równego traktowania poprzez naruszenie uzasadnionych oczekiwań inwestora będzie zależne zarówno od stanu faktycznego sprawy, a w

szczególności konstrukcji danej klauzuli stabilizacyjnej, jak i właściwych przepisów BIT, na którym inwestor opiera swoje roszczenia, oraz preferowanej przez arbitrow interpretacji standardu równego i sprawiedliwego traktowania.

W sytuacji, gdy powyżej wskazane naruszenie standardu sprawiedliwego i równego traktowania ze względu na jego intensywność będzie skutkowało nie tylko pewną szkodą poniesioną przez inwestora na inwestycji, lecz faktycznym jej unicestwieniem, inwestor będzie mógł co do zasady, opierając swoje roszczenie na BIT, żądać odszkodowania w związku z naruszeniem zakazu bezprawnego wyłączenia inwestycji.

—Rafał Bobkiewicz