

Uregulowanie Podmiotu Kontrolującego ("Controlling Party") w umowach IETA

Warto rozważyć, jakie skutki pociąga za sobą wybranie we wzorach umów ramowych IETA (Emissions Trading Master Agreement for the EU Scheme Version 3.0 2008) opcji polegającej na zaznaczeniu w załączniku nr 2 do umowy, że obok danej strony występuje podmiot kontrolujący.

Ustalenia zawarte w artykule upoważniają do zadania pytań – czy na gruncie polskiego systemu prawnego wybór w umowach IETA opcji polegającej na zaznaczeniu w załączniku nr 2 do umowy, że obok danej strony występuje podmiot kontrolujący, w ogóle ma sens i czy wiąże się z tym dla stron (w szczególności dla strony dokonującej wyboru takiej opcji) jakiegokolwiek korzyści.

Definicje

Podmiot kontrolujący ("Controlling Party") w umowie IETA oznacza podmiot który podpisał ze stroną Umowę w sprawie kontroli i transferu zysków, w przypadku gdy strona ta jest w odniesieniu do tego podmiotu podmiotem zależnym podlegającym jego kontroli, przy czym zapis ten ma zastosowanie, o ile z załącznika 2 do umowy wynika, że obok danej strony występuje podmiot kontrolujący.

Natomiast umowę w sprawie kontroli i transferu zysków ("Control and Profit Transfer Agreement") w umowie IETA zdefiniowano jako umowę dotyczącą utrzymywania kontroli nad drugą stroną przez podmiot kontrolujący oraz kapitalizacji, zdolności kredytowej oraz zdolności do wykonywania obowiązków drugiej strony ciążących na niej na podstawie umowy (o ile w załączniku 2 do umowy nie postanowiono inaczej).

Warunki muszą być spełnione łącznie

Z powyższych uregulowań wynika, iż aby zapisy umowy IETA o podmiocie kontrolujących zaczęły działać wymagane jest łączne spełnienie trzech podstawowych warunków:

- 1) stosunek zależności pomiędzy podmiotem kontrolującym a zależnym (będącym stroną umowy IETA),
- 2) podpisanie pomiędzy nimi umowy o kontroli i przekazywaniu zysków - w rozumieniu umowy IETA (aczkolwiek IETA dopuszcza możliwość wprowadzenia innej definicji przez strony),
- 3) wskazanie przez strony w załączniku nr 2 do umowy IETA (poprzez zaznaczenie odpowiedniej opcji), że obok danej strony występuje podmiot kontrolujący.

Skutki – przede wszystkim objęcie Istotną Niekorzystną Zmianą

W przypadku, gdy strony wskażą, w załączniku nr 2 do umowy IETA (poprzez zaznaczenie odpowiedniej opcji), że obok danej strony występuje podmiot kontrolujący, podmiot ten staje się – obok samej strony umowy oraz jej podmiotu zabezpieczającego – „Odpowiednim podmiotem” (Relevant Entity), którego status i kondycja finansowa ma znaczenie dla szeregu uregulowań umownych.

1. Przede wszystkim ma to miejsce w przypadku kwalifikacji wystąpienia „Istotnej Niekorzystnej Zmiany” w rozumieniu umowy IETA. Za takie zdarzenie w odniesieniu do podmiotu kontrolującego IETA uznaje:

a) cofnięcie lub obniżenie oceny zdolności kredytowej podmiotu kontrolującego poniżej poziomu ustalonego przez strony w załączniku 2;

b) wygaśnięcie umowy w sprawie kontroli i transferu zysków - jeżeli taka umowa zawarta przez podmiot kontrolujący stronę wygaśnie (i nie zostanie odnowiona), ulegnie całkowitemu lub częściowemu rozwiązaniu lub przestanie obowiązywać w pełnym zakresie dla celów umowy IETA (tzn., w każdym przypadku, nie będzie obowiązywać w sposób zgodny z warunkami umowy) przed wypełnieniem wszystkich zobowiązań strony wynikających z każdej transakcji;

c) istotne ograniczenie zdolności podmiotu kontrolującego do wykonywania zobowiązań wynikających z umowy IETA, dokumentu zabezpieczenia wypłacalności lub umowy w sprawie kontroli i transferu zysków;

d) zmianę kontroli w odniesieniu do podmiotu kontrolującego, konsolidacja lub połączenie z innym podmiotem, przeniesienie całego lub prawie całego majątku na rzecz innego podmiotu, reorganizacja lub włączenie do innego podmiotu bądź przekształcenie w inny podmiot, bądź też jeżeli inny podmiot dokona przeniesienia całego lub prawie całego swojego majątku na rzecz podmiotu kontrolującego, reorganizacji lub włączenia do podmiotu kontrolującego, w wyniku czego zdolność kredytowa podmiotu kontrolującego bądź podmiotu przejmującego, nowopowstałego lub wyłonionego jako następcy prawnego będzie w istotnym stopniu gorsza od zdolności kredytowej bezpośrednio przed dokonaniem powyższej czynności;

2. pozostałe przypadki istotnej niekorzystnej zmiany – obniżenie wartości materialnej netto lub obniżenie wskaźników finansowych poniżej uzgodnionego poziomu – punkty 12.2 (h) (i) – (vii) umowy IETA.

Dodatkowo w odniesieniu do podmiotu kontrolującego może zajść przypadek „Fuzji bez przejęcia” (Merger without Assumption). Najnowsza wersja 3.0 wzoru umowy ramowej IETA, w odróżnieniu od poprzednich, wyodrębnia ten przypadek od sytuacji, w których ma miejsce Istotna Niekorzystna Zmiana, tym niemniej skutki ich zaistnienia są analogiczne.

Merger without Assumption ma miejsce, gdy podmiot przejmujący, nowopowstały lub wyłoniony jako następcy prawnego nie przejmie wszystkich zobowiązań podmiotu kontrolującego wynikających z umowy lub jakiegokolwiek dokumentu zabezpieczenia wypłacalności lub prawa wynikające z jakiegokolwiek dokumentu zabezpieczenia wypłacalności przestaną obejmować swoim zakresem (bez zgody strony żądającej) wykonanie zobowiązań wynikających z umowy przez podmiot przejmujący, nowopowstały lub wyłoniony jako następcy prawnego w wyniku powyższej czynności.

Co z tego wynika

Wystąpienie powyższych okoliczności, zgodnie z umową IETA uprawnia drugą stronę do żądania zabezpieczenia wykonania zobowiązań lub podwyższenia jego kwoty (w ciągu trzech dni roboczych od otrzymania zawiadomienia) a w razie jego nieotrzymania – do rozwiązania umowy ze względu na wystąpienie Przypadku Naruszenia (Event of Default).

Taki scenariusz z kolei – w zależności od przyjętych przez strony opcji kalkulacji odszkodowania – może być dla podmiotu zobowiązanego bardzo kosztowny.

Zasadniczo Przypadek Naruszenia może mieć miejsce, gdy wyżej wymienione zdarzenia wystąpią w stosunku do strony umowy (lub jej podmiotu zabezpieczającego), lecz na mocy wyżej wskazanych uzgodnień stron klauzule te mogą obejmować również podmiot kontrolujący.

Co to jest umowa o kontroli i transferze zysków

Jak wskazano wyżej warunkiem koniecznym, aby zapisy umowy IETA o podmiocie kontrolującym zaczęły działać wymagane podpisanie umowy o kontroli i przekazywaniu zysków – zdefiniowanej przez umowę IETA. Definicja tej umowy zawarta w umowie IETA nie wyjaśnia jednak wszystkich nasuwających się w tym zakresie wątpliwości. Definicja umowy o zarządzanie zawarta jest także w art. 7 polskiego kodeksu spółek handlowych. Ta szczątkowa regulacja polskiego ksh jest jednak wyjątkowo nieprecyzyjna oraz krytykowana w doktrynie.

Jak podniesiono w literaturze (patrz: M. Romanowski, W sprawie potrzeby nowej regulacji prawa grup kapitałowych w Polsce, Przegląd Prawa Handlowego, lipiec 2008, s. 6, 7) art. 7 ksh stanowi wyjątkowo nieudany, częściowy „przeszczep” na grunt polskiego prawa konstrukcji wypracowanej w systemie niemieckim, gdzie powiązana jest z kompleksowymi uregulowaniami prawa podatkowego. Konzern umowny jest wykorzystywany w Niemczech w ścisłym powiązaniu z grupą podatkową, gdzie sumuje się przychody i straty spółek wchodzących w skład koncernu, co powoduje, iż straty poniesione przez jedną spółkę zmniejszają dochód do opodatkowania całego koncernu a transakcje pomiędzy tymi spółkami nie podlegają VAT. Jak podnosi M. Romanowski (op.cit.) korzyści podatkowe są podstawową przyczyną tworzenia koncernów umownych w Niemczech. W Polsce, jak wiadomo, te rozwiązania nie funkcjonują w porównywalnej skali a koncerny umowne są dość rzadkie.

Czy to się opłaca

Tym niemniej wprowadzenie do umowy IETA zapisu o podmiocie kontrolującym może być przydatne dla podmiotów powiązanych, które zawarły umowę o kontroli i transferze zysków, w przypadku np. gdy stroną umowy IETA jest spółka – córka, której wskaźniki finansowe są niewystarczające dla jej partnera handlowego dla zawarcia planowanego kontraktu. W takiej sytuacji zd.m. do umowy IETA należy wprowadzić jednak zapis jednoznacznie przewidujący, iż dla celów kwalifikowania ww. przesłanek zaistnienia istotnej niekorzystnej zmiany badaniu podlegają tylko wskaźniki dotyczące podmiotu kontrolującego – a nie samej strony umowy – gdyż odmienna regulacja miałyby się z celem.

Działanie takie służy bowiem na ogół wzmocnieniu wiarygodności kredytowej spółki zależnej (np. niedawno powstałej) a także zaoszczędzeniu kosztów dodatkowych zabezpieczeń wykonania zobowiązań (jak np. gwarancje bankowe).

Jak wynika z wyżej przytoczonych zapisów umowy IETA, aby wskazane rozwiązanie wchodziło w grę, pomiędzy podmiotami powiązanimi musi być jednak zawarta umowa o kontroli i transferze zysków – dość jeszcze rzadka w polskiej rzeczywistości gospodarczej.

Warto jeszcze zwrócić uwagę, iż w świetle umów IETA podmiotem kontrolującym może być również Skarb Państwa, bowiem definicja „Odpowiedniego Podmiotu („Relevant Entity”)” nawiązuje do zdefiniowanego w umowie IETA terminu „Entity” (Podmiot), który oznacza osobę fizyczną ale także instytucję rządową, organ państwowy lub jego oddział, agencję rządową lub państwową, spółkę kapitałową, osobową lub inny podmiot, w zależności od kontekstu.

Tak więc wybór w umowach IETA opcji polegającej na zaznaczeniu w załączniku nr 2 do umowy, że obok danej strony występuje podmiot kontrolujący w przypadku polskich firm będzie aktualnie dość sporadycznym rozwiązaniem – o ile strony nie zdecydują się zmodyfikować dotyczących tej kwestii standardowych postanowień umowy IETA w części II załącznika nr 2 do umowy.

Podmioty, które zamierzają zawrzeć transakcję w zakresie uprawnień do emisji CO₂, lecz chciałyby uniknąć powyższych skomplikowanych analiz mogą wykorzystać wzór umowy IETA dla pojedynczej transakcji (Emission Allowances Single Trade Agreement For The Eu Scheme Version 4.0 2008), która nie zawiera uregulowań dotyczących podmiotu kontrolującego i jest prostsza „w obsłudze”.