

Farmy wiatrowe – czas liczyć straty i żądać odszkodowania

Inwestorzy zagraniczni, którym zmiany w prawie uniemożliwiły realizację przygotowanych już projektów budowy farm wiatrowych w Polsce, a tym samym pozbawiły ich możliwości czerpania z nich korzyści, mogą dochodzić odszkodowania od państwa polskiego – piszą prawnicy Piotr Mrowiec, Rafał Bobkiewicz.

Ustawa z 20 maja 2016 r. o inwestycjach w zakresie elektrowni wiatrowych (DzU z 2016 r., poz. 961), która weszła w życie 15 lipca 2016 r., spowodowała niemożność wcielenia w fazę realizacji wielu od lat rozwijanych projektów farm wiatrowych nie tylko przez inwestorów polskich, ale i zagranicznych. Tym ostatnim przysługują możliwości ochrony inwestycji na podstawie norm prawa międzynarodowego, których realizacja wiąże się z odpowiedzialnością odszkodowawczą państwa polskiego.

Ryzykowne inwestycje

Inwestujący w naszym kraju w energetykę odnawialną muszą od dłuższego czasu wykazywać się stalowymi nerwami. Dołujące ceny zielonych certyfikatów, przeciągające się latami prace nad nowymi zasadami wsparcia dla zielonej energetyki, niepewność co do długości okresu wsparcia, niezwykle trudny i czasochłonny proces inwestycyjny, powodują, że inwestycje w OZE nie są pozbawione ryzyka. Jednak kolejne rekordy przyłączeń instalacji wiatrowych odnotowane w ubiegłych latach (co akurat w 2015 r. zostało spowodowane obawą przed systemem aukcyjnym), wskazują, że cały czas ta gałąź biznesu jest atrakcyjna. Inwestorzy zagraniczni chętnie inwestowali w Polsce w energetykę wiatrową, w odniesieniu do której dotychczasowy system wsparcia w zestawieniu z mocno ograniczonym albo wręcz wygaszanym wsparciem w wielu krajach Europy, pozwalał na godziwą stopę zwrotu z inwestycji.

Sytuacja zmieniła się diametralnie 15 lipca br. Przez nowe przepisy znakomitą większość rozwijanych projektów wiatrowych, które nie zdążyły wejść w stadium postępowania w przedmiocie pozwolenia na budowę, inwestorzy muszą spisać na straty, ponieważ nie spełniają one rygorystycznego kryterium odległościowego. Farma wiatrowa nie może być zlokalizowana przy zabudowaniach w promieniu mniejszym niż dziesięciokrotna wysokość całej turbiny (w praktyce – promień od 1,5 do 2 km.) Wprowadzenie takiego ograniczenia ma poważne konsekwencje.

Trzeba bowiem pamiętać, że doprowadzenie inwestycji w farmę wiatrową do stadium postępowania w przedmiocie pozwolenia na budowę jest procesem trudnym, czasochłonnym i kosztownym, wymagającym od dewelopera przebrnięcia przez całą serię postępowań administracyjnych i cywilnoprawnych.

Po wstępnym wyborze lokalizacji farmy wiatrowej inwestor musi zadbać, aby dany teren miał odpowiednio określony sposób zagospodarowania. Niezwykle ważnym i trudnym do przebrnięcia etapem będzie uzyskanie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, zwanej powszechnie „decyzją środowiskową”. W ramach powyższego postępowania często powstaje konieczność przygotowania przez inwestora kosztownego raportu oddziaływania danej farmy na środowisko. Inwestor musi uzyskać również warunki przyłączeniowe planowanej farmy wiatrowej do sieci energetycznej, co skutkuje koniecznością poniesienia na samym początku zaliczki na poczet kosztów przyłączenia w wysokości 30 tys. zł za każdy przyłączany megawat mocy. W zależności od lokalizacji inwestycji należy też uzyskać wiele innych pozwoleń oraz uzgodnień, wśród których warto wymienić: zgodę na wyłączenie gruntów z produkcji rolnej; dokonanie uzgodnień w zakresie oznakowania poszczególnych siłowni wiatrowych z właściwymi organami lotnictwa cywilnego i wojskowego; uzyskanie uzgodnień z właściwym zarządcą drogi publicznej czy nawet konserwatorem zabytków. Kosztowne jest również zagwarantowanie sobie prawa do nieruchomości, na której ma w przyszłości powstać dana farma wiatrowa.

Z uwagi na różne lokalizacje i stan faktyczny trudno precyzyjnie oszacować powstałe dla inwestora koszty na etapie rozwijania projektu budowy farmy wiatrowej, przyjmuje się jednak, że jest to niebagatelny koszt w granicach od 70 tys. do 100 tys. euro na każdy planowany megawat farmy wiatrowej. W wypadku zaangażowania inwestora w kilkanaście dużych projektów, straty mogą sięgać kilkudziesięciu milionów euro.

Podsumowując, inwestorzy posiadający odpowiednie finansowanie, którzy spełnili wszelkie częstokroć kosztowne i prawnie skomplikowane wymagania w celu realizacji projektów farm wiatrowych w Polsce, z wyjątkiem uzyskania

pozwoleń na budowę będących w takich okolicznościach formalnymi, czysto technicznymi czynnościami, zostali pozbawieni swojego uprawnienia do ukończenia tychże projektów, a tym samym do czerpania z nich korzyści.

Trybunał Konstytucyjny lub...

Zarówno inwestor polski, jak i zagraniczny znajdujący się w powyższej sytuacji albo do niej podobnej, może oczywiście skorzystać ze swoich uprawnień zawartych w prawie polskim i dążyć różnymi ścieżkami do stwierdzenia niekonstytucyjności przepisów o kryterium odległościowym (np. ze względu na naruszenie zasady demokratycznego państwa prawa, z której wywodzi się zasada ochrony praw nabytych czy też zasada ochrony interesów w toku). Celem takich z reguły długotrwałych działań będzie próba uzyskania pozwolenia na budowę oraz późniejszego na użytkowanie, względnie uzyskania odpowiedniego odszkodowania od państwa polskiego.

...arbitrażowy

Najbardziej naturalną i dogodną ścieżką dla inwestora zagranicznego będzie jednakże poszukiwanie sprawiedliwości przed forum niezależnym od polskiego aparatu państwowego, które stanowi międzynarodowy trybunał arbitrażowy z siedzibą poza Polską, specjalnie powołany do rozpoznania określonej sprawy, orzekający na podstawie norm międzynarodowego prawa ochrony inwestycji, a nie norm prawa polskiego.

Taką ochronę w omawianej sytuacji oferują dwustronne traktaty o ochronie inwestycji (Polska jest stroną ponad 60 takich traktatów, m.in. z Niemcami, Hiszpanią, Francją, Holandią, Austrią czy też Stanami Zjednoczonymi) oraz traktat wielostronny zawierający, w szczególności przepisy o ochronie inwestycji w sektorze energetycznym, traktat Karty energetycznej.

Podstawowym międzynarodowym standardem ochronnym, który może podlegać naruszeniu w opisywanej sytuacji, jest zakaz bezprawnego wywłaszczenia. O wywłaszczeniu możemy mówić w opisywanej sytuacji, ponieważ poprzez wprowadzenie kryterium odległościowego uprawnienie inwestorów zagranicznych do zrealizowania planowanego projektu farm wiatrakowych, a także czerpania z nich korzyści, zostało anulowane bez jakiegokolwiek odszkodowania. Inwestycje takie są prowadzone z reguły za pomocą spółek córek docelowych, których działalność jest ograniczona do określonego lub określonych projektów. Zatem alternatywnie można podnieść, że do wywłaszczenia dochodzi poprzez pozbawienie udziałów – w spółkach córkach docelowych realizujących takie projekty – jakiegokolwiek wartości.

Dalszymi standardami wspólnymi dla wielu traktatów o ochronie inwestycji, których naruszenie należy rozważyć w przedmiotowej sytuacji, są w szczególności: standard równego i sprawiedliwego traktowania oraz standard pełnej ochrony i bezpieczeństwa. Ich naruszenie byłoby dodatkowym argumentem wzmacniającym pozycję inwestora zagranicznego w arbitrażu inwestycyjnym, niewpływającym jednak na zwiększenie wysokości ewentualnego odszkodowania od Polski. Naruszenie zakazu bezprawnego wywłaszczenia co do zasady skutkowałoby bowiem wydaniem przez trybunał arbitrażowy wyroku zasądzającego pełne odszkodowanie za wywłaszczone prawa majątkowe.

Takie odszkodowanie – w zależności od specyfiki danej sytuacji – mogłoby obejmować koszty nakładu na realizację danej inwestycji albo, do czego większość inwestorów będzie zapewne dążyła, wartość utraconej inwestycji, wyrażonej np. poprzez zdyskontowaną wartość przepływów pieniężnych racjonalnie oczekiwanych z danej farmy wiatrakowej lub grup takich farm w odpowiednim okresie pomniejszoną o kwotę pozostałych nakładów niezbędnych do postawienia farmy wiatrakowej w stan gotowości operacyjnej.

Co sprawdzić przed walką

Niewątpliwie zatem jest o co walczyć. Ze względu na fakt, że nie każdy przypadek jest identyczny, przed podjęciem decyzji co do wszczęcia arbitrażu, należy dokładnie zbadać stan faktyczny celem poznania jego słabych i mocnych punktów. Dodatkowo należy się zaznajomić z traktatem lub traktatami, na które zamierzamy się powoływać w potencjalnym sporze (z reguły będzie to traktat bilateralny zawarty pomiędzy Polską a krajem pochodzenia danego inwestora, jak również traktat Karty energetycznej) oraz wymogami, jakie należy spełnić przed wszczęciem arbitrażu, np. spora część traktatów wymaga upływu określonego okresu negocjacji, tzw. cooling-off period, dla przykładu sześć miesięcy od momentu pisemnego wezwania państwa polskiego do rozstrzygnięcia sporu na drodze porozumienia stron.

Piotr Mrowiec, LL.M. Associate Partner, mediator, [radca prawny Gdańsk](#) Rödl & Partner oraz Rafał Bobkiewicz, LL.M. Manager, [radca prawny Warszawa](#), Rödl & Partner

Źródło: <http://www.rp.pl/Opinie/308229984-Farmy-wiatrowe--czas-liczyc-straty-i-zadac-odszkodowania.html?#ap-3>