

## Tytułem wstępu

- **Teoria** jest tylko tak dobra, jak jest możliwa do zastosowania **w praktyce** – nie mniej od teorii zacząć trzeba;
- W polskim systemie prawnym brak jest definicji legalnej **derywatów**;
- W poniższych rozważaniach przez **derywaty** rozumieć należy **konstrukcje cywilnoprawne** uzależniające wartość świadczenia od wartości **instrumentu bazowego**, które w obecnym stanie prawnym mieszczą się w kategorii **instrumentów finansowych** (*opcje i transakcje terminowe*);
- Podstawą dla konstrukcji derywatu jest art. 353<sup>1</sup> KC (**swoboda kontraktowania**) i jest to tzw. *umowa nienazwana*, której niezbędnych elementów konstrukcyjnych nie przewiduje żadna z obowiązujących ustaw;

## Derywaty pogodowe - zastosowanie

- **Derywat pogodowy** jest instrumentem zarządzania ryzykiem pogodowym o charakterze niekatastroficznym;
- Zabezpiecza przed wystąpieniem **strat finansowych** spowodowanych zmiennością warunków pogodowych;
- Można ten instrument potraktować jako element **zarządzania ryzykiem operacyjnym** w takich branżach jak np.: energetyka, rolnictwo, budownictwo, transport, przemysł spożywczy, przemysł rozrywkowy, a nawet oczyszczanie miast;
- **Instrumentem bazowym** dla derywatu pogodowego może być np.: indeks temperatury, indeks opadów (deszczu lub śniegu), indeks prędkości wiatru, czy też indeks ilości dni słonecznych lub pochmurnych;

## Derywat jako element kalkulacji biznesu

- Firmy sporządzając biznes plan, opierają swoje kalkulacje także w oparciu o **założenia pogodowe**;
- Istnieje ryzyko, że **kalkulacje cenowe** będą nieaktualne z uwagi na zdarzenia przyszłe i nieprzewidywalne – np.: planując określony rodzaj produkcji, firmy zakładają, że przyszłe lato nie będzie deszczowe i na tej podstawie ustalają ceny swoich produktów;
- Dla podniesienia **bezpieczeństwa biznesu** należy zatem dokonać transferu ryzyka wystąpienia niepożądanych zdarzeń pogodowych poza firmę – np.: poprzez zawarcie umowy ubezpieczenia (*rynek ubezpieczeń*) lub poprzez konstrukcję derywatu pogodowego (*rynek kapitałowy*);
- W analizowanym sensie, derywat pogodowy ma charakter instrumentu zabezpieczającego biznes (**instrument hedgingowy**);

## Derywat jako rodzaj zakładu wzajemnego

- Planując produkcję i kalkulując ceny przyjmuję założenie, że lato nie będzie deszczowe – i jeśli tak się stanie – mój biznes będzie rentowny;
- Jednocześnie zabezpieczam się na wypadek, gdyby miało stać się inaczej – **zawieram umowę (derywat)**, będącą swoistym „zakładem”, że lato jednak będzie deszczowe;
- Zatem jeśli lato nie będzie deszczowe – mój biznes okaże się rentowny, jeśli jednak miałyby okazać się deszczowe – jestem zabezpieczony derywatem;
- W takim derywacie **instrumentem bazowym** jest np.: indeks opadów, a mój „zakład” polega na przekonaniu, że indeks opadów wzrośnie w stosunku do uśrednionych poziomów opadów w danej okolicy w danym miesiącu kalendarzowym;
- W omawianym znaczeniu derywat tym różni się od ubezpieczenia, że jest **wzajemnym zakładem** dwóch stron kontraktu i wypłata świadczenia pieniężnego uzależniona jest od trafności przewidywań – nie zaś od wyceny likwidatora szkody;

## Klasyfikacja derywatów pogodowych (1)

**Derywaty pogodowe** należy zaklasyfikować do **niebędących papierami wartościowymi instrumentów finansowych**, którymi w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt 2) lit. i) ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi (dalej UObInFin) są:

*opcje, kontrakty terminowe, swapy, umowy forward dotyczące stóp procentowych oraz inne **instrumenty pochodne** odnoszące się do **zmian klimatycznych**, stawek frachtowych, uprawnień do emisji oraz stawek inflacji lub innych oficjalnych danych statystycznych, które są wykonywane przez **rozliczenie pieniężne** (...), a także wszelkiego rodzaju inne instrumenty pochodne odnoszące się do aktywów, praw, zobowiązań, indeksów oraz innych wskaźników, które wykazują właściwości innych pochodnych instrumentów finansowych.*

## Klasyfikacja derywatów pogodowych (2)

- Powyżej przedstawiona regulacja wynikająca z art. 2 ust. 1 pkt 2) lit. i) UOblnFin pozwala zaklasyfikować derywat pogodowy jako **instrument finansowy**, który jednak nie jest papierem wartościowym;
- Tenże instrument finansowy jest **rozliczany w formie pieniężnej**, co oznacza, iż posiada on tzw. „nierzeczywisty” charakter;
- W przypadku derywatów „rzeczywistych” przedmiot umowy jest doręczany w wyniku jej wykonania (np.: doręczenie walut obcych lub metali szlachetnych), jednak w omawianym przypadku derywatów pogodowych następuje **zdematerializowane (bezgotówkowe) rozliczenie wartości pieniężnej** pomiędzy stronami kontraktu;

## Klasyfikacja derywatów pogodowych (3)

- W powyżej przedstawionej regulacji wynikająca z art. 2 ust. 1 pkt 2) lit. i) UObInFin pojawia się także określenie **instrument pochodny**;
- Definicja **instrumentu pochodnego** znajduje się w art. 3 pkt 28a) UObInFin i oznacza *opcje, kontrakty terminowe, swapy, umowy forward oraz inne prawa majątkowe*, których cena zależy bezpośrednio lub pośrednio od ceny lub wartości **instrumentów bazowych**;
- jak to już zostało powyżej wskazane - **instrumentem bazowym** dla derywatu pogodowego może być np.: indeks temperatury, indeks opadów (deszczu lub śniegu), indeks prędkości wiatru, czy też indeks ilości dni słonecznych lub pochmurnych;

## Rodzaje derywatów pogodowych (1)

- **Derywaty pogodowe**, które są instrumentami finansowymi „opartymi” na *instrumencie bazowym*, i które mają *nierzeczywisty charakter* (rozliczenia pieniężne), mogą występować w dwóch głównych rodzajach, tj. **opcjach** i **kontraktach terminowych**;
- Różnica między *opcją* i *kontraktem terminowym* sprowadza się do istnienia/nieistnienia **warunkowego charakteru** wykonania zobowiązania;
- **Opcja** jest instrumentem finansowym jaki daje jego posiadaczowi prawo do zakupu (*call*) lub sprzedaży (*put*) instrumentu bazowego lub do żądania dokonania rozliczenia pieniężnego z tytułu zmiany wartości tego instrumentu, w określonym czasie, po określonej cenie;
- Z tego prawa posiadacz opcji (w przeciwieństwie do **kontraktu terminowego**) może ale nie musi korzystać, zaś „ceną” za utrzymywanie warunkowego charakteru opcji (prawa) jest tzw. *premia opcyjna*;

## Klasyfikacja derywatów pogodowych (2)

- W przeciwieństwie do opcji, **kontrakt terminowy** (z rozliczeniem finansowym) jest **umową o charakterze losowym**, którego istota sprowadza się do jego bezwarunkowego wykonania;
- Kontrakty terminowe występują w obrocie pod nazwami **forward** i **futures**;
- Kontrakty typu **forward** jest zatem zobowiązaniem do kupna lub sprzedaży rzeczy lub praw w ustalonym momencie w przyszłości, po określonej cenie;
- Natomiast kontrakty typu **futures** (w przeciwieństwie do *forward*) mają wystandardyzowany charakter, tj. występują w obrocie (np.: na giełdowym rynku regulowanym) jako kontrakty z identyczną specyfikacją, dot. m.in.: dat wygasania kontraktów, instrumentów bazowych, liczby kontraktów oraz cen, po jakich instrument ten ma być sprzedany lub według jakiej ma się dokonać rozliczenie;

# Mechanizm derywatów pogodowych

- W przypadku *derywatu pogodowego* mającego charakter **opcji**, dla którego instrumentem bazowy jest np.: indeks opadów, jego posiadacz ma prawo (za cenę premii opcyjnej), żądać rozliczenia opcji w przypadku, gdy w określony terminie indeks ten wzrośnie (czyli wystąpi ponadnormatywna ilość opadów w określonym czasie);
- Jeśli jednak lato okazało się suche, co przewidywał przyjęty przez firmę biznes plan, posiadacz takiej opcji nie musi korzystać z prawa jej rozliczenia (skoro zakładał wzrost indeksu opadów).
- Opcja ta nie zostanie wykonana. Wówczas jedyną „ceną” za suche lato i niewykonane zabezpieczenie przez ryzykiem pogodowym okaże się pobrana z tytułu wystawienia opcji  *premia opcyjna*;
- **Kontrakt terminowy**, choć jest „tańszy” z uwagi na brak konieczności uiszczenia premii opcyjnej, jest też bardziej ryzykowny, ponieważ ma o bezwarunkowy charakter, czyli strony, które go zawarły muszą go wykonać, niezależnie od tego czy lato okazało się suche czy deszczowe;

## Derywaty pogodowe a CIT (1)

### Własna definicja pochodnych instrumentów finansowych w CIT

- **Art. 16. 1b.** Ilekroć w ustawie jest mowa o **pochodnych instrumentach finansowych**, rozumie się przez to **prawa majątkowe**, których cena zależy bezpośrednio lub pośrednio od ceny towarów, walut obcych, waluty polskiej, złota dewizowego, platyny dewizowej lub papierów wartościowych, albo od wysokości stóp procentowych **lub indeksów**, a w szczególności opcje i kontrakty terminowe.

## Derywaty pogodowe a CIT (2)

### Wydatki na derywat jako koszt podatkowy CIT

- **Art. 16. 1. 8b)** Nie uważa się za koszty uzyskania przychodów **wydatków związanych z nabyciem pochodnych instrumentów finansowych** - do czasu **realizacji** praw wynikających z tych instrumentów albo **rezygnacji z realizacji** praw wynikających z tych instrumentów albo ich **odpłatnego zbycia** - o ile wydatki te, stosownie do art. 16g ust. 3 i 4, nie powiększają wartości początkowej środka trwałego oraz wartości niematerialnych i prawnych.

## Derywaty pogodowe a VAT (1)

- Brak definicji **instrumentu finansowego/pochodnego** w ustawie VAT
- W zakresie, w jakim towary i usługi są **wykorzystywane do wykonywania czynności opodatkowanych**, podatnikowi przysługuje prawo do obniżenia kwoty podatku należnego o kwotę podatku naliczonego (art. 86 ust. 1 VAT)
- Podatnik ma prawo do obniżenia kwoty podatku należnego o kwotę podatku naliczonego, jeżeli importowane lub nabyte towary i **usługi** dotyczą wykonywanych na terytorium kraju: **transakcji**, w tym pośrednictwa, **dotyczących** rachunków terminowych i bieżących, płatności, przelewów, długów, czeków i **innych zbywalnych instrumentów finansowych**, z wyłączeniem inkasa należności i faktoringu (art. 86 ust. 9 pkt 4 VAT)

## Derywaty pogodowe a VAT (2)

- **towary** - rzeczy ruchome, jak również wszelkie postacie energii, budynki i budowle lub ich części, będące przedmiotem czynności podlegających opodatkowaniu VAT, które są wymienione w klasyfikacjach wydanych na podstawie przepisów o statystyce publicznej, a także grunty;

### **Instrument pochodny nie jest towarem w rozumieniu VAT**

- **sprzedaż** - odpłatna dostawa towarów i odpłatne świadczenie usług na terytorium kraju, eksport towarów oraz wewnątrzwspólnotowa dostawa towarów
- **Zwolnienie przedmiotowe** – **usługi pośrednictwa finansowego**, z kilkoma wyjątkami (art. 43 ust. 1 VAT)

## Derywaty pogodowe a PCC (1)

Podatkowi podlegają umowy **sprzedaży oraz zamiany** rzeczy i **praw majątkowych** (art. 1 ust. 1)

- 1) rzeczy znajdujące się na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej lub prawa majątkowe wykonywane na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej;
- 2) rzeczy znajdujące się za granicą lub prawa majątkowe wykonywane za granicą, w przypadku gdy nabywca ma miejsce zamieszkania lub siedzibę na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej i czynność cywilnoprawna została dokonana na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.

## Derywaty pogodowe a PCC (2)

**Nie podlegają podatkowi** czynności cywilnoprawne, inne niż umowa spółki i jej zmiany, jeżeli przynajmniej jedna ze stron z tytułu dokonania tej czynności jest:

- a) **opodatkowana podatkiem od towarów i usług,**
- b) **zwolniona z podatku od towarów i usług,**

## Derywaty pogodowe a PCC (3)

**Zwolniona od podatku** jest sprzedaż praw majątkowych, będących **instrumentami finansowymi** (art. 9 PCC):

- a) firmom inwestycyjnym oraz zagranicznym firmom inwestycyjnym,
  - b) dokonywaną za pośrednictwem firm inwestycyjnych lub zagranicznych firm inwestycyjnych,
  - c) dokonywaną w ramach obrotu zorganizowanego,
  - d) dokonywaną poza obrotem zorganizowanym przez firmy inwestycyjne oraz zagraniczne firmy inwestycyjne, jeżeli prawa te zostały nabyte przez te firmy w ramach obrotu zorganizowanego
- w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi

## Derywaty pogodowe a rachunkowość (1)

- MSR 25 – Inwestycje
- MSR 32 – Ujawnianie i prezentacja instrumentów finansowych
- MSR 39 – Ujmowanie i wycena
- Ustawa z 29 września 1994 o rachunkowości
- Rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 12 grudnia 2001 w sprawie szczegółowych zasad uznawania, metod wyceny, zakresu ujawniania i sposobu prezentacji instrumentów finansowych
- Własna definicja instrumentu finansowego (Art. 3 ust. 1 pkt 23 ustawy)
- Własna definicja instrumentu pochodnego ( § 3 pkt 4 rozporządzenia)

## Derywaty pogodowe a rachunkowość (2)

- **Instrument finansowy** - kontrakt, który powoduje powstanie aktywów finansowych u jednej ze stron i zobowiązania finansowego albo instrumentu kapitałowego u drugiej ze stron pod warunkiem, że z kontraktu zawartego między dwiema lub więcej stronami jednoznacznie wynikają skutki gospodarcze, bez względu na to, czy wykonanie praw lub zobowiązań wynikających z kontraktu ma charakter bezwarunkowy albo warunkowy.

## Derywaty pogodowe a rachunkowość (3)

**Instrument pochodny** - instrument finansowy, którego:

- wartość jest zależna od zmiany wartości instrumentu bazowego, to jest określonej stopy procentowej, ceny papieru wartościowego lub towaru, kursu wymiany walut, indeksu cen lub stóp, oceny wiarygodności kredytowej lub indeksu kredytowego albo **innej podobnej wielkości** i
- nabycie nie powoduje poniesienia żadnych wydatków początkowych albo wartość netto tych wydatków jest niska w porównaniu do wartości innych rodzajów kontraktów, których cena podobnie zależy od zmiany warunków rynkowych, i
- rozliczenie nastąpi w przyszłości.

Do instrumentów pochodnych zalicza się w szczególności transakcje terminowe, takie jak kontrakty forward lub futures, opcje oraz kontrakty swap

## Podsumowanie

- **Derywaty pogodowe** są **umowami**, które mają charakter wzajemny, dwustronnie zobowiązujący, odpłatny i konsensualny;
- Ich zawarcie następuje na podstawie **swobody kontraktowania**, choć granicami tej swobody mogą być np.: zasady współżycia społecznego;
- Na gruncie UOblnFin są one określone jako wykonywane przez rozliczenia pieniężne **instrumenty finansowe**, oparte na instrumentach bazowych;
- Umocowanie tych derywatów na gruncie UOblnFin daje możliwość obrotu nimi zarówno na **giełdowym rynku regulowanym** (po przeprowadzeniu procesu dopuszczenia i wprowadzenia do obrotu, co łączy się z tzw. przymusem maklerskim, czyli pośrednictwem firmy inwestycyjnej), jak i na **ryнку OTC** (z uwagi na brak przymusu rynku regulowanego w polskim prawie)

Dziękuję za uwagę!



**Kancelaria Radcy Prawnego**

**Adam Krause**

Olbrachta 23 B lok. 184

01-102 Warszawa

tel. 22 6378040

fax 22 6662459

[adam@krause-legal.pl](mailto:adam@krause-legal.pl)

[\*\*www.krause-legal.pl\*\*](http://www.krause-legal.pl)