

# O tym jak tłumacz może kształtować polskie przepisy

Błędne tłumaczenia dyrektyw i Rozporządzeń unijnych, lub ich niewłaściwa implementacja do polskiego porządku prawnego już nie raz komplikowały funkcjonowanie podmiotom rynku finansowego.



Jarosław Nowacki

Wystarczy przypomnieć problemy z poprawną wykładnią przepisów o limitach koncentracji dużych zaangażowań domów maklerskich, które jeszcze do niedawna spędzały sen z powiek prawnikom i specjalistom od zarządzania ryzykiem. Wspomniane wyżej przepisy zostały na szczęście w czerwcu 2012 r. znowelizowane, ale niestety ciągle można wskazywać przykłady kolejnych, niepotrzebnie psujących otoczenie regulacyjne rynku.

Jest tak przykładowo z polskim tekstem Załącznika III, część 7 Dyrektywy 2006/48/EC Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 14 czerwca 2006 r. w sprawie podejmowania i prowadzenia działalności przez instytucje kredytowe („Dyrektywa CRD”) w zakresie definicji „kontrahenta” stosowanej do umów kompensowania (tzw. „netting”).

## Słownikowe problemy

Zgodnie z polskim tekstem Załącznika III, „kontrahent” oznacza jakiegokolwiek przedsiębiorstwo (w tym osobę fizyczną) uprawnione do zawierania umów kompensowania (...). Już szybkie porównanie wersji polskiej z angielską nakazuje stwierdzić, że tłumaczenie Dyrektywy jest błędne. Zgodnie z tekstem angielskim „for the purpose of this Part, ‘counterparty’ means any **entity** (including natural persons) that has the power to conclude a contractual netting agreement (...).”

„Entity” to oczywiście nie to samo co „przedsiębiorstwo”. Widać, że tłumacz zastosował sporą dozę inicjatywy własnej, niekoniecznie akurat tutaj pożądanej. Określenie „entity”

oznacza bowiem w tym przypadku „jednostkę”, przez które to określenie na gruncie prawa unijnego uznaje się zarówno przedsiębiorców, jak i osoby fizyczne nie prowadzące działalności gospodarczej.

Powyższe potwierdza analiza tekstu Dyrektywy w pozostałych dwóch głównych językach urzędowych Unii Europejskiej, tj. w języku francuskim oraz niemieckim.

Zgodnie z brzmieniem Części 7 Załącznika III do Dyrektywy CRD w j. francuskim, „(...) *aux fins de la présente partie, on entend par «contrepartie» toute personne (y compris les personnes physiques) qui peut juridiquement conclure un contrat de novation*”. Francuski tekst dyrektywy nie zawiera odniesienia do pojęcia „przedsiębiorstwa”, określając, iż za kontrahenta winno uznawać się każdą osobę (*toute personne*), włączając w to osoby fizyczne (*y compris les personnes physiques*).

Jednakowo kategoryczne jest brzmienie wymienionego wyżej załącznika w j. niemieckim: „(...) *Für die Anwendung dieses Teils ist unter „Vertragspartner“ jedes Rechtssubjekt (einschließlich natürlicher Personen) zu verstehen, das zum Abschluss einer vertraglichen Nettingvereinbarung befugt ist*”. **Rechtssubjekt** nie jest określeniem przedsiębiorcy, lecz podmiotu prawnego, w którego zakres wchodzi również osoby fizyczne (*einschließlich natürlicher Personen*).

## Potwierdzenie w projekcie CRD IV

Abstrahując od powyższych argumentów, które jednoznacznie pozwalają udowodnić, iż polskie tłumaczenie Dy-

rektywy jest błędne, można potwierdzić powyższe poprzez analizę aktualnie toczących się na szczeblu wspólnotowym prac w zakresie zmian do omawianej dyrektywy CRD (tzw. Dyrektywa CRD IV). Na wspomniany pakiet składa się projekt Dyrektywy oraz projekt Rozporządzenia. Jest to o tyle istotne, iż przepisy dotyczące tzw. umownego *nettingu*, wokół którego w niniejszym zagadnieniu „krążymy”, zgodnie z planami ustawodawcy europejskiego nie znajdują się w tekście dyrektywy, który jako taki podlega implementacji na szczeblu krajowym, lecz w tekście rozporządzenia, a więc aktu, który obowiązywać będzie bezpośrednio we wszystkich Państwach Członkowskich.

Zgodnie z projektem *Rozporządzenia dotyczącego wymogów ostrożnościowych dla instytucji kredytowych i przedsiębiorstw inwestycyjnych* z 20 lipca 2011 r., „kontrahent”, tj. ang. „*counterparty*”, oznacza każdą osobę prawną lub osobę fizyczną, która zawiera umowę w zakresie kompensowania oraz jest do tego uprawniona (*‘counterparty’: for the purposes of Section 7 means any legal or natural person that enters into a netting agreement, and has the contractual capacity to do so*). Z powyższej analizy wynika, iż podejście ustawodawcy europejskiego w zakresie stron uprawnionych do *nettingu* umownego jest ugruntowane, oraz że ani obecnie, ani w najbliższej przyszłości nie zakłada on ograniczenia możliwości umownego kompensowania tylko do przedsiębiorców. Co więcej, planowane zmiany obejmują wprowadzenie definicji kontrahenta w rozumieniu przepisów o *nettingu* do Rozporządzenia, a więc aktu obowiązującego bezpośrednio w każdym Państwie Członkowskim bez potrzeby implementacji.

### Konsekwencje błędów i uproszczeń

Błędne tłumaczenie Dyrektywy pogłębione zostało przez błędną jej implementację. Polski ustawodawca dokonał bowiem dodatkowej „obróbki” przepisów unijnych, dochodząc do

**Netting umowny** (kompensacja umowna) – oznacza dwustronną umowę pomiędzy instytucją kredytową lub firmą inwestycyjną a kontrahentem (osobą fizyczną lub prawną), która w miejsce szeregu zobowiązań objętych kompensowaniem tworzy zobowiązanie pojedyncze (*netto*). W praktyce *netting* pozwala na zmniejszenie poziomu ryzyka kredytowego instytucji kredytowej lub firmy inwestycyjnej.

przekonania, że w definicji kontrahenta „przedsiębiorców” i „osoby fizyczne prowadzące działalność gospodarczą” zastąpić można jednym określeniem „przedsiębiorcy”. I tak ze „*wszystkich podmiotów, włączając w to osoby fizyczne*”, tak jak to przewidział ustawodawca unijny, w przepisach wykonawczych do ustawy o obrocie pozostali „przedsiębiorcy”.

W powyższej sytuacji pozostaje w zasadzie jedyna możliwość wyjaśniająca krańcowo różne brzmienie polskich przepisów – minimalna harmonizacja, tj. możliwość wprowadzenia w ramach implementacji przepisów unijnych do polskiego porządku prawnego przepisów bardziej restrykcyjnych niż unijne. Analizując możliwość, czy ustawodawca polski mógł świadomie ograniczyć *netting* do przedsiębiorców, zwrócić należy uwagę na ustęp 15 preambuły do dyrektywy CRD, określający zasady minimalnej harmonizacji tejsze dyrektywy. Zgodnie

z nim Państwa Członkowskie mogą ustalić bardziej rygorystyczne zasady niż te przewidziane w poszczególnych, wymienionych tam artykułach Dyrektywy. W zakresie wymienionych przepisów nie mieści się kwestia *nettingu* umownego, co za tym idzie hipoteza, iż ustawodawca polski mógł przyjąć w zakresie *nettingu* umownego bardziej rygorystyczne zasady niż dopuszczalne przez Dyrektywę CRD, jest błędna. Dodatkowo modyfikacja definicji kontrahenta nie stanowi sama w sobie zasady bardziej rygorystycznej, lecz będzie jako taka niezgodna z Dyrektywą. Można zatem stwierdzić, iż w wyżej wymienionym zakresie ustawodawca polski dokonał błędnej implementacji dyrektywy, której przyczyny można oczywiście szukać w błędnym tłumaczeniu dyrektywy, ale która nie może stanowić dla niej uzasadnienia.

Wyżej opisany problem jest zapewne jednym z wielu, które jeszcze kryją się w polskich wersjach językowych dyrektyw i przepisach implementujących ich przepisów. Teoretycznie wszystko jest w jak najlepszym porządku: polskie przepisy implementują poprawnie dyrektywę – w rzeczywistości niestety implementują do polskiego porządku prawnego pomyłkę tłumacza. W praktyce efektem takich działań jest to, iż niemiecki, francuski czy angielski dom maklerski nie jest ograniczony w stosowaniu *nettingu* i stosować go może do wszystkich podmiotów, zarówno przedsiębiorców jak i osób fizycznych. W przypadku polskiego domu maklerskiego, który i tak stoi w pozycji słabszej niż jego zachodni konkurenci, *netting* (dający oszczędności na kapitałach nadzorowanych) będzie dodatkowo okrojony o osoby fizyczne, a więc stosowany będzie do znacznie mniejszego kręgu podmiotów. Ograniczenie nałożone na polski dom maklerski nie jest inicjatywą ustawodawcy uzasadnioną jakkolwiek analizą. Jest po prostu wynikiem jednej, na pozór mało istotnej pomyłki tłumacza. ■■

Jarosław Nowacki  
JP Weber Dudarski sp.k.  
j.nowacki@jpweber.com