

Dorota Maśniak, Katarzyna Malinowska

Czynności dystrybucyjne w nowym reżimie zawierania umów ubezpieczenia – wybrane aspekty implementacji dyrektywy nr 2016/97 w sprawie dystrybucji ubezpieczeń

Artykuł dotyczy wybranych aspektów prawnych rysujących się na tle implementacji dyrektywy nr 2016/97 w sprawie dystrybucji ubezpieczeń. Autorki zajęły się najbardziej w ich ocenie palącymi problemami dotyczącymi czynności dystrybucyjnych w nowym reżimie zawierania umów ubezpieczenia. Z racji obszernej regulacji samej dyrektywy, jak i powstającego na jej tle projektu polskiej ustawy o dystrybucji, kompleksowe omówienie nowego reżimu wykracza poza ramy wytyczone wymogami redakcyjnymi. Z tego powodu autorki skupiły się na celach dyrektywy IDD i możliwych sposobach jej implementacji, wyodrębnieniu czynności pośrednictwa ubezpieczeniowego od czynności ubezpieczeniowych w kontekście koncepcji zbiorczego uregulowania dystrybucji ubezpieczeń i wpływie takiego rozwiązania na system zawierania umowy ubezpieczenia. Szczególnej uwadze poddany został, rodzący się wg projektu nowej ustawy, podwójny reżim dystrybucji ubezpieczeń w prawie polskim, który będzie uregulowany zarówno w nowej ustawie, jak i w ustawie o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej. Obszerna część opracowana poświęcona została etapowej procedurze informacyjnej poprzedzającej zawarcie umowy ubezpieczenia, która wynika z faktu, że prawodawca unijny wyodrębnił dwie procedury zawierania umów ubezpieczenia, różniące się nie sposobem dotarcia do podmiotu poszukującego ochrony, ale udzieleniem (bądź nieudzieleniem) zindywidualizowanej porady.

Słowa kluczowe: dystrybucja, pośrednictwo, implementacja, IDD, ustawa o dystrybucji.

1. Wprowadzenie

Wraz z przyjęciem dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/97 w sprawie dystrybucji ubezpieczeń (dalej też jako: „IDD”)¹ i podjęciem przez polskiego ustawodawcę jej transpozycji mamy do czynienia z tworzeniem *de jure*, całego „systemu” zawierania umów ubezpieczenia, zwanego zbiorczo „dystrybucją ubezpieczeń”. Jak się wydaje, całokształt przepisów regulujących już obecnie problematykę zawierania umów ubezpieczenia, jak i przepisy będące przedmiotem implementacji, zaczynają przypominać wyodrębnioną dziedzinę prawa ubezpieczeń, odrębną od umowy ubezpieczenia, jak i odrębną od przepisów regulujących działalność ubezpieczeniową i pośrednictwa ubezpieczeniowego. Czy jednak taki kierunek, w którym zdaje się obecnie podążać

¹ Insurance Distribution Directive (IDD) – Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/97 z dnia 20 stycznia 2016 r. w sprawie dystrybucji ubezpieczeń (wersja przekształcona), Dz. Urz. UE L 26 z 2.02.2016 r., s. 19.

polski ustawodawca jest kierunkiem słusznym? Czy raczej, dla celów spójności i transparentności przepisów, nie powinien być wprowadzony jasny rozdział pomiędzy prawem publicznym i prywatnym w ubezpieczeniach oraz pomiędzy przepisami regulującymi prowadzenie działalności ubezpieczeniowej i w zakresie pośrednictwa ubezpieczeniowego, każdej przez właściwe jej regulacje? Czy poprzez prosty sposób transpozycji nie ulegnie degradacji metoda wykładni przepisów? Czy też może należy pogodzić się z wszechobecną technicyzacją języka ustawowego i publiczną metodą regulacji prawa prywatnego? Te i wiele innych pytań pozostaje na razie bez odpowiedzi.

2. Cele dyrektywy IDD i sposób jej implementacji

W tym miejscu warto przypomnieć oczywiste, wydawałoby się, cele dyrektywy IDD. Po pierwsze, jest ona regulacją kierunkową o charakterze minimalnym. Oznacza to, że wskazuje cele i podstawowe środki, nie narzucając jednak sposobu ich wprowadzenia do systemu prawa krajowego. Sposób implementacji² takiej dyrektywy zależy od kultury prawnej państwa członkowskiego i systemu stworzonego w danej dziedzinie. Mówi o tym wyraźnie art. 288 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, zgodnie z którym „*dyrektywa wiąże każde Państwo Członkowskie, do którego jest kierowana, w odniesieniu do rezultatu, który ma być osiągnięty, pozostawia jednak ustawodawcy krajowemu swobodę wyboru formy i środków*”³. Za najczęściej stosowaną uznaje się harmonizację minimalną, która najbardziej odpowiada naturze prawnej dyrektywy. W odróżnieniu od niej, harmonizacja pełna nie pozostawia państwom członkowskim swobodnego uznania w zakresie realizowanych polityk krajowych, pozbawiając je możliwości wprowadzania bardziej restrykcyjnych uregulowań w danej dziedzinie, tzw. *gold plating*⁴. Charakter prawny konkretnej dyrektywy ustala się w drodze jej wykładni (docelowo przez ETS)⁵, jednak w przypadku dyrektywy o dystrybucji ubezpieczeń sama jej treść wskazuje na minimalny charakter

² Ang. *implementation*, fr. *Implementation*, wdrożenie – definiowane jest jako skuteczne wprowadzanie dyrektywy UE i obejmuje całe otoczenie służące jej wykonaniu. Implementacja obejmuje więc, oprócz uchwalenia aktu prawnego, także inne działania, takie jak powołanie odpowiednich instytucji i organów, itp. W odróżnieniu od implementacji, transpozycja dotyczy tylko wprowadzenia przepisów dyrektywy do porządku prawnego w formie konkretnego aktu normatywnego, a więc jest tylko jednym z elementów implementacji.

³ C. Mik. 2000. „Europejskie prawo wspólnotowe. Zagadnienia teorii i praktyki”, t. I, Warszawa: C.H. Beck, par. 1231. Poszczególne normy dyrektyw zawierają również, co do zasady, szczegółowe cele, które mają być osiągnięte. Wykładnia norm i zakresu obowiązku odbywa się przy pomocy wielu metod, pozwalających ustalić „*czy dana dyrektywa wymaga od państw członkowskich osiągnięcia maksymalnej, częściowej lub minimalnej harmonizacji*”; A. Kunkiel-Kryńska. 2008. „Granice swobody implementacyjnej”, Europejski Przegląd Sądowy 2008, nr 10, s. 51.

⁴ M. Szpunar, „Komentarz do art. 288 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, Wolters Kluwer, LEX.

⁵ bardziej wykładni systemowej i teleologicznej niż gramatycznej, a więc biorąc pod uwagę cały kontekst, w którym dyrektywa została wydana. Preambuła odgrywa bardzo ważną rolę w ocenie, jakiego typu harmonizacja jest zakładana przez dyrektywę i czy wyczerpująco zajmuje ściśle zdefiniowane pole (np. dyrektywa 2006/123). Europejski Trybunał Sprawiedliwości (obecnie: Trybunał Sprawiedliwości UE) odwołuje się również w takim przypadku do wykładni hi-

przepisów. Zgodnie z motywem 3 preambuły dyrektywy IDD: „*niniejsza dyrektywa ma na celu harmonizację minimalną i dlatego nie powinna uniemożliwiać państwom członkowskim utrzymania lub wprowadzenia bardziej rygorystycznych przepisów w celu ochrony klientów, pod warunkiem że przepisy takie będą spójne z prawem Unii, w tym z niniejszą dyrektywą*”.

Biorąc zatem pod uwagę minimalny charakter dyrektywy IDD, nie ulega wątpliwości, że polski ustawodawca dysponuje znaczną swobodą legislacyjną, zarówno co do zakresu implementacji (z zastrzeżeniem konieczności uregulowania minimalnych wymagań), jak i przede wszystkim co do sposobu wprowadzenia przedmiotowych norm do porządku prawnego. Nie jest więc konieczna, a tym bardziej wskazana, prosta transpozycja dyrektywy poprzez wydanie aktu tożsamesego w treści do brzmienia dyrektywy, jeżeli miałyby to szkodzić spójności i transparentności wypracowanych dotychczas rozwiązań prawa krajowego w dziedzinach objętych implementacją. W dziedzinie prawa ubezpieczeń mamy do czynienia z tzw. pakietem ustaw regulujących działalność ubezpieczeniową i reasekuracyjną⁶, pośrednictwo ubezpieczeniowe⁷, nadzór ubezpieczeniowy, ubezpieczenia obowiązkowe⁸ i wreszcie samą umowę ubezpieczenia w przepisach kodeksu cywilnego. Dopelnieniem tego systemu są ustawy regulujące nadzór nad rynkiem finansowym, w tym ubezpieczeniowym jako jego częścią.

Niewątpliwie, tak złożony system nie ułatwia transpozycji dyrektywy IDD i dokonania jej implementacji w spójny sposób. Mając na względzie obecną strukturę prawa ubezpieczeń można jednak rozważać co najmniej dwie lub trzy możliwości. Według pierwszej z nich, możliwe byłoby gruntowne przebudowanie systemu prawa ubezpieczeń w taki sposób, że wyodrębnione zostałyby regulacyjne (o charakterze zdecydowanie publicznoprawnym) aspekty działalności ubezpieczeniowej i pośrednictwa ubezpieczeniowego, od procesu dystrybucji ubezpieczeń (o charakterze raczej prywatnoprawnym, z elementami prawa publicznego – szczególnie w kontekście sankcji stosowanych za naruszenie obowiązków informacyjnych). Koncepcja taka wymagałaby, dla swej czystości, pozostawienia pośrednictwa ubezpieczeniowego w ustawie o dotychczasowej nazwie i dostosowania go do nowych wymogów, dokonania podobnego zabiegu w stosunku do działalności ubezpieczeniowej, a także stworzenia nowej ustawy o dystrybucji ubezpieczeń, lub nawet (co wydaje się jednak mało prawdopodobne) wprowadzenia przepisów implementujących dyrektywę IDD związanych z zawieraniem umowy ubezpieczenia – do kodeksu cywilnego.

storycznej, analizując proces uchwalania dyrektywy (C-320-328-329-337-338-339/94 RTI, pkt 33).

⁶ Ustawa z dnia 11 września 2015 r. o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej (Dz. U. z 2015 r. poz. 1844, z późn. zm.); dalej także: u.d.u.r.

⁷ Ustawa z dnia 22 maja 2003 r. o pośrednictwie ubezpieczeniowym (tekst jedn. Dz. U. z 2016 r. poz. 2077, z późn. zm.).

⁸ Ustawa z dnia 22 maja 2003 r. o ubezpieczeniach obowiązkowych, Ubezpieczeniowym Funduszu Gwarancyjnym oraz Polskim Biurze Ubezpieczycieli Komunikacyjnych (tekst jedn. Dz. U. z 2016 r. poz. 2060, z późn. zm.).

Innym sposobem na stworzenie spójnego systemu mogłoby być dokonanie podziału regulacji dotyczącej dystrybucji ubezpieczeń, w zależności od kanału dystrybucji (bezpośredniej lub pośredniej) i transpozycję dyrektywy IDD poprzez odpowiednią zmianę ustawy o pośrednictwie ubezpieczeniowym i o działalności ubezpieczeniowej.

Kompleksowość nowych przepisów skłania ku powtórnemu pochyleniu się nad koncepcją stworzenia kodeksu ubezpieczeń postulowanego przez prof. E. Kowalewskiego⁹.

3. Czynności pośrednictwa ubezpieczeniowego a czynności ubezpieczeniowe – uwagi *de lege lata*

Poniższe rozważania dotyczą działalności ubezpieczeniowej i pośrednictwa ubezpieczeniowego, jako dziedzin objętych nowymi regulacjami dyrektywy o dystrybucji ubezpieczeń. Podział na dwie ustawy dokonany przez ustawodawcę w 2003 r. miał swoje niewątpliwe zalety, jako że po raz pierwszy w czasach powojennych¹⁰ próbowano usystematyzować materię dotyczącą różnych dziedzin, regulując ją w odrębnych aktach prawnych¹¹. I tak, pośrednictwo ubezpieczeniowe zostało legislacyjnie oddzielone od działalności ubezpieczeniowej. Przyjęto koncepcję regulowania działalności ubezpieczeniowej i pośrednictwa ubezpieczeniowego poprzez zdefiniowanie czynności ubezpieczeniowych oraz czynności pośrednictwa i stworzenie ich listy o charakterze *numerus clausus*. Działalność ubezpieczeniowa została zdefiniowana jako wykonywanie czynności ubezpieczeniowych, wśród których znalazło się zawieranie umów ubezpieczenia, zaliczane do bezpośredniego świadczenia czynności ubezpieczeniowych. W odróżnieniu od powyższego tzw. pośredni kanał dystrybucji został objęty w sposób wyczerpujący (i wyłączny) ustawą o pośrednictwie ubezpieczeniowym, regulującą działalność w zakresie pośrednictwa ubezpieczeniowego, polegającą na wykonywaniu przez pośrednika za wynagrodzeniem czynności faktycznych lub czynności prawnych związanych z zawieraniem lub wykonywaniem umów ubezpieczenia, z podziałem na czynności agencyjne i brokerskie. Niewątpliwie te dwa akty należały do sfery prawa publicznego, pozostawiając materię prywatnoprawną zasadniczo w kodeksie cywilnym, co owocowało kilkukrotnymi zmianami kodeksu cywilnego¹². Wyśiłki poczynione przez ustawodawcę w 2003 r. w celu usystematyzowania

⁹ E. Kowalewski (red.). 2009. „Dekalog Argumentów za Kodeksem Ubezpieczeń Gospodarczych”, w: „O potrzebie polskiego kodeksu ubezpieczeń”, Toruń: Dom Organizatora.

¹⁰ Przed wojną pośrednictwo ubezpieczeniowe było uregulowane odrębnym rozporządzeniem Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 24 października 1934 r. o pośrednictwie ubezpieczeniowym (Dz. U. z 1934 r. Nr 95, poz. 864, z późn. zm.).

¹¹ Poprzednia ustawa z dnia 28 lipca 1990 r. o działalności ubezpieczeniowej zawierała przepisy zarówno dotyczące działalności ubezpieczeniowej, jak i pośrednictwa ubezpieczeniowego (tekst jedn. Dz. U. z 1996 r. Nr 11, poz. 62, z późn. zm.).

¹² Tutaj w rozumieniu: prawo prywatne jako prawo dotyczące relacji zawieranych poza organami państwowymi, natomiast prawo publiczne – prawo regulujące stosunki między organami władzy państwowej i samorządowej oraz stosunki powstające między obywatelami a tymi organami – podział zapoczątkowany już przez Ulpiana (II w. n.e.).

złożonej dziedziny ubezpieczeń zostały zdewaluowane jednakże poprzez stopniowe zamieszczanie nowych przepisów regulujących umowę ubezpieczenia w ustawie o działalności ubezpieczeniowej, wprowadzając jednocześnie wątpliwości co do ich charakteru (publiczno- czy prywatnoprawne). Nadmienić przy tym należy, że wiele z przepisów regulujących *de facto* umowę ubezpieczenia wprowadzanych było na początku do ustawy o działalności ubezpieczeniowej, aby znaleźć następnie swe miejsce w kodeksie cywilnym przy okazji zmiany przepisów o umowie ubezpieczenia w 2007 r. (np. zasada zakazu wzbogacania się kosztem ubezpieczenia, początkowo uregulowana w ustawie o działalności ubezpieczeniowej z 1990 r., znalazła swe miejsce w art. 824¹ k.c.). Miały też miejsce zmiany w odwrotnym kierunku, np. regulacja art. 812 k.c. dotycząca treści ogólnych warunków ubezpieczeń ostatecznie znalazła się w ustawie o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej. Tego rodzaju wątpliwości pogłębione zostały niewątpliwie w ramach implementacji dyrektywy Solvency II, podczas której kwestie regulujące ewidentnie umowę ubezpieczenia zostały umieszczone w zupełnie nowej ustawie z dnia 11 września 2015 r. o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej. Należy jednak przyznać, że trend do „publicyzacji” prawa prywatnego jest bardziej powszechny i często spotykany na gruncie ustaw stanowiących implementację dyrektyw Unii Europejskiej¹³.

Reasumując powyższe krótkie przedstawienie tendencji ustawodawczych, występujących w zakresie zawierania umów ubezpieczenia, obecny reżim dystrybucji ubezpieczeń zakłada istnienie rozłącznie regulowanego bezpośredniego i pośredniego zawierania umów ubezpieczenia, przy czym pierwszy z nich zaliczany jest do elementarnych czynności ubezpieczeniowych, drugi zaś do czynności brokerskich lub agencyjnych, bez możliwości przenikania się ich natury. Pierwszy z nich regulowany jest ustawą o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej. Jak wynika z obecnego jej brzmienia, przedmiotem jest określenie warunków wykonywania działalności w zakresie ubezpieczeń osobowych i ubezpieczeń majątkowych (art. 1 ust. 1 pkt 1). Przez działalność ubezpieczeniową rozumie się zaś m.in. wykonywanie czynności ubezpieczeniowych związanych z oferowaniem i udzielaniem ochrony na wypadek ryzyka wystąpienia skutków zdarzeń losowych, a jedną z podstawowych czynności ubezpieczeniowych (art. 4 ust. 1 pkt 1)) jest zawieranie umów ubezpieczenia, umów gwarancji ubezpieczeniowych lub zlecanie ich zawierania uprawnionym pośrednikom ubezpieczeniowym w rozumieniu ustawy z dnia 22 maja 2003 r. o pośrednictwie ubezpieczeniowym, a także wykonywanie tych umów. Z powyższego zapisu art. 4 ust. 7 pkt 1 wynika jednoznacznie, że czynności zakładu ubezpieczeń w zakresie zawierania umów ubezpieczenia nigdy nie będą miały charakteru pośredniczego, tj. czynności agencyjnych, nawet w sytuacji, gdy będą wykonywane przez pracowników, a nie tylko przez organ uprawniony do reprezenta-

¹³ J. Helios. 2013. „Publicyzacja prawa prywatnego – prywatyzacja prawa publicznego w kontekście rozważań nad prawem europejskim”, *Acta Universitatis Wratislaviensis*, nr 3502, s. 11–36.

cji¹⁴, ani też czynności pośrednictwa ubezpieczeniowego nie będą mogły być uważane za czynności ubezpieczeniowe. Wynika to także wprost z ustawy o pośrednictwie ubezpieczeniowym, gdzie art. 6 przesądza, że „zawieranie lub wykonywanie umów ubezpieczenia przez członka zarządu zakładu ubezpieczeń, prokurenta zakładu ubezpieczeń albo przez osobę będącą pracownikiem zakładu ubezpieczeń, w imieniu i na rzecz tego zakładu, nie jest pośrednictwem ani wykonywaniem czynności agencyjnych w rozumieniu ustawy”. Mamy więc do czynienia z dwoma zbiorami rozłącznymi, tj. czynnościami ubezpieczeniowymi wykonywanymi przez członków zarządu, prokurentów lub pracowników zakładu ubezpieczeń i czynnościami agencyjnymi lub brokerskimi, zwanymi zbiorczo pośrednictwem ubezpieczeniowym, wykonywanymi odpowiednio przez agentów lub brokerów, również w sposób rozłączny i nieprzenikający się (zakaz łączenia działalności agencyjnej i brokerskiej wynikający z art. 15 i art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy o pośrednictwie ubezpieczeniowym). W związku z przyjęciem w 2003 r. koncepcji odrębnych aktów prawnych regulujących obydwie powyższe materie, logiczne jest odpowiednie rozdzielne uregulowanie czynności ubezpieczeniowych i pośredniczych, nawet jeżeli będą one polegać na tych samych czynnościach faktycznych. Wynika to chociażby z faktu, że zawieranie umów ubezpieczenia przez zakład ubezpieczeń (jego organ zarządzający bądź pracowników) będzie emanacją znacznie szerszego zakresu obowiązków związanych z udzielaniem ochrony ubezpieczeniowej, a więc ponoszeniem ryzyka ubezpieczeniowego. Podczas gdy czynności pośrednictwa ubezpieczeniowego (w szczególności agenta) są *de jure* i *de facto* jedynie rodzajem przedstawicielstwa jednej lub drugiej strony umowy ubezpieczenia, choćby nawet o bardzo rozbudowanej naturze i obowiązkach wynikających z reżimu ochrony konsumenta jako słabszej strony umowy ubezpieczenia. Nie stoją zaś za nimi obowiązki odpowiedniego konstruowania warunków ubezpieczenia (tzw. produktu ubezpieczeniowego), ustalania taryf i wysokości składek, tworzenia rezerw techniczno-ubezpieczeniowych, likwidacji szkody, itp. Wszystko to przemawia za słusnością systemowego rozłączenia regulacji czynności pośrednictwa od czynności ubezpieczeniowych, szczególnie mając na uwadze faktyczne realia polskiego pośrednictwa ubezpieczeniowego, tak odmiennego od chociażby anglosaskiej praktyki udzielania brokerom *binding authorities*, łączenia działalności agencji zarządzających z działalnością brokerską i uczestniczeniem w tworzeniu programu ochrony ubezpieczeniowej.

¹⁴ Choć rzeczywiście, zgodnie z teorią organów wynikającą z art. 38 k.c., wyłącznie działania organu zarządzającego uważane są z mocy prawa za działania samej osoby prawnej, natomiast pracownik może występować w charakterze jedynie pełnomocnika. Jednak reguła ta doznaje zmiany w obrębie wykonywania czynności ubezpieczeniowych, które zakład ubezpieczeń wykonuje zarówno przez organy, jak i pracowników, niebędących w żadnym wypadku agentami z uwagi na regulację ustawy o pośrednictwie ubezpieczeniowym.

4. Podwójny reżim dystrybucji ubezpieczeń w prawie polskim po uchwaleniu ustawy o dystrybucji ubezpieczeń

Obserwując pracę polskiego ustawodawcy nad materią implementacyjną dyrektywy IDD, widoczne staje się kontynuowanie tendencji do zamieszczania norm o różnym charakterze w poszczególnych aktach prawa ubezpieczeń. Obecny projekt ustawy o dystrybucji ubezpieczeń¹⁵ zakłada bowiem:

- a) uchylenie w całości ustawy o pośrednictwie ubezpieczeniowym;
- b) pozostawienie dotychczasowych przepisów dotyczących zawierania umowy ubezpieczenia w ustawie o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej, zarówno tych dotyczących zakładów ubezpieczeń, jak i pośredników ubezpieczeniowych (np. art. 18 dotyczący wynagradzania) oraz
- c) wprowadzenie dodatkowego reżimu ustawy o dystrybucji ubezpieczeń dotyczącej, podobnie jak dyrektywa IDD, wszystkich rodzajów podmiotów uczestniczących w zawieraniu umowy ubezpieczenia i wszystkich kanałów dystrybucji (pośrednich czynności agencyjnych i brokerskich i bezpośrednich – czynności ubezpieczeniowych).

Będziemy więc mieli do czynienia z dwoma aktami prawnymi, regulującymi tę samą *de facto* materię i skierowanymi do tych samych adresatów i o tym samym statusie prawnym, gdzie rozstrzyganie sprzeczności może opierać się raczej na regule *lex posterior derogat legi priori*, trudno byłoby bowiem twierdzić, że którakolwiek z ustaw ma znaczenie *lex specialis* wobec drugiej, choć w tym względzie konieczna jest bardziej szczegółowa analiza.

W myśl projektu ustawy o dystrybucji, zakłady ubezpieczeń, oprócz podlegania reżimowi ustawy o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej, będą także podlegać przepisom o dystrybucji ubezpieczeń, stając się dystrybutorami produktów ubezpieczeniowych. O ile trudno mieć wymagania w stosunku do języka prawnego dyrektywy, posługującej się określonymi pojęciami w ujęciu funkcjonalnym, niewątpliwie transpozycja tych przepisów do aktu prawa polskiego wymaga pogłębionej refleksji nad znaczeniem poszczególnych terminów w polskim systemie prawa. Te zaś budzą wątpliwości, zgłaszane przez niemal wszystkich przedstawicieli doktryny i dotyczą zarówno sformułowania „dystrybucja”, „dystrybutor”, jak i „produkt ubezpieczeniowy”. O ile pojęcia te funkcjonują w obrocie gospodarczym, o tyle nie ulega wątpliwości, że sprzeczne są z wypracowaną przez naukę prawa siatką pojęciową dotyczącą problematyki umowy ubezpieczenia i jej zawierania.

Brak spójności nowych przepisów z terminologią prawną nie kończy jednak wątpliwości w obszarze sposobu implementacji dyrektywy, w szczególności w zakresie metody objęcia nowym reżimem zakładów ubezpieczeń¹⁶. Nie to jed-

¹⁵ Projekt ustawy z dnia 22 marca 2017 r. o dystrybucji ubezpieczeń, dostępny na stronie internetowej Rządowego Centrum Legislacji.

¹⁶ Nie ulega bowiem wątpliwości, że produktem ubezpieczeniowym są *de facto* warunki umowy ubezpieczenia, określające prawa i obowiązki stron, np. M. Dreher. 1991. "Die Versicherung Als Rechtsprodukt", Die Privatversicherung und Ihre Rechtliche Gestaltung, J.C.B. Mohr

nak budzi największy niepokój wobec opublikowanego już drugiego projektu ustawy.

Zgodnie z postanowieniami dyrektywy IDD, dystrybucja definiowana jest jako „działalność polegająca na doradzaniu, proponowaniu lub przeprowadzaniu innych prac przygotowawczych do zawarcia umów ubezpieczenia, na zawieraniu takich umów lub udzielaniu pomocy w administrowaniu takimi umowami i wykonywaniu ich, w szczególności w przypadku roszczenia, w tym udzielanie informacji dotyczących jednej lub większej liczby umów ubezpieczenia na podstawie kryteriów wybranych przez klienta za pośrednictwem stron internetowych lub innych mediów oraz opracowanie rankingu produktów ubezpieczeniowych obejmującego porównanie cen i produktów, lub udzielanie zniżki od ceny umowy ubezpieczenia, gdy klient jest w stanie pośrednio lub bezpośrednio zawrzeć umowę ubezpieczenia za pośrednictwem stron internetowych lub innych mediów”.

Zgodnie zaś z projektem ustawy (art. 5) dystrybucja została zdefiniowana jako: „działalność wykonywana wyłącznie przez dystrybutora ubezpieczeń polegająca na:

1) doradzaniu, proponowaniu lub wykonywaniu innych czynności przygotowawczych zmierzających do zawierania umów ubezpieczenia lub umów gwarancji ubezpieczeniowych;

2) zawieraniu umów ubezpieczenia lub umów gwarancji ubezpieczeniowych w imieniu lub na rzecz zakładu ubezpieczeń, w imieniu lub na rzecz klienta albo bezpośrednio przez zakład ubezpieczeń;

3) udzielaniu pomocy w administrowaniu i wykonywaniu umów ubezpieczenia lub umów gwarancji ubezpieczeniowych, także w sprawach o odszkodowanie lub świadczenie.

Dystrybucja ubezpieczeń polega również na udzielaniu informacji dotyczących jednej lub większej liczby umów ubezpieczenia lub umów gwarancji ubezpieczeniowych na podstawie kryteriów wybranych przez poszukującego ochrony ubezpieczeniowej za pośrednictwem stron internetowych lub innych mediów oraz opracowywaniu rankingu produktów ubezpieczeniowych obejmującego porównanie cen i produktów, lub składki z tytułu umowy ubezpieczenia lub umowy gwarancji ubezpieczeniowej w przypadku, gdy poszukujący ochrony ubezpieczeniowej jest w stanie pośrednio lub bezpośrednio zawrzeć umowę ubezpieczenia lub umowę gwarancji ubezpieczeniowej za pośrednictwem stron internetowych lub innych mediów”.

Jak wynika z powyższego, w centrum czynności definiowanych jako dystrybucja znajduje się zawieranie umowy ubezpieczenia. Tak więc zakład ubezpieczeń w zakresie tych samych czynności będzie podlegał równocześnie reżimowi przepisów o dystrybucji i o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej, przepisów o tym samym charakterze i nakładającej się treści. Nie wydaje się przy tym,

(P. Siebeck), Tubingen 1991. Także M. Orlicki. 2016. „Projektowanie typu ubezpieczenia („produktu ubezpieczeniowego”) według rekomendacji KNF dla zakładów ubezpieczeń dotyczących systemu zarządzania produktem”, Prawo Asekuracyjne 2016, nr 3.

aby ustawa o dystrybucji mogła regulować jakiegokolwiek z czynności dystrybucyjnych szerszej niż ustawa o działalności ubezpieczeniowej, choćby z uwagi na zakaz zajmowania się przez zakład ubezpieczeń czynnościami innymi niż czynności ubezpieczeniowe lub z nimi związane, wynikający wprost z art. 4 ust. 3 u.d.u.r. (chyba, żeby uznać, że w tym względzie ustawa o dystrybucji miałaby charakter *lex specialis*). W rezultacie wydaje się, że wszystkie czynności mieszczące się w zakresie definicji dystrybucji ubezpieczeń będą jednocześnie czynnościami ubezpieczeniowymi (lub co najmniej z nimi związanymi). Odwrotnie już nie. Niektóre zatem z czynności ubezpieczeniowych będą poddane dodatkowym przepisom wynikającym z ustawy o dystrybucji, jak chociażby te, zgodnie z którymi „zakład ubezpieczeń może wykonywać bezpośrednio czynności związane z dystrybucją ubezpieczeń poprzez uprawnionego pracownika, zwane dalej «czynnościami dystrybucyjnymi zakładu ubezpieczeń»”. Wydaje się nie ulegać wątpliwości, że te „czynności dystrybucyjne zakładu ubezpieczeń” będą po prostu czynnościami ubezpieczeniowymi, o których mowa w art. 4 u.d.u.r., ze wszystkimi tego konsekwencjami, dotyczącymi sposobu ich wykonywania, w tym np. zarządzania procesami wewnętrznymi, takimi jak tworzenie tzw. KID, zarządzanie produktem, itp.

Pod względem przedmiotowym będziemy mieli do czynienia z istnieniem równoległej regulacji takich kwestii, jak: analiza potrzeb poszukującego ochrony ubezpieczeniowej (w zakresie ubezpieczeń działy I grupy 3 obowiązek analizy potrzeb został uregulowany w art. 21 u.d.u.r., zaś w zakresie wszystkich rodzajów ubezpieczeń i gwarancji ubezpieczeniowych, projektowane jest umieszczenie stosownej regulacji nakładającej obowiązek analizy potrzeb w ustawie o dystrybucji ubezpieczeń)¹⁷; obowiązek opracowania ustandaryzowanego dokumentu zawierającego informacje o umowie ubezpieczenia oraz treść i sposób spełniania obowiązków informacyjnych – wszystkie z nich stanowiące element obowiązków informacyjnych na etapie przedkontraktowym, o czym mowa poniżej w pkt 5.

Rozdzielenie przepisów dotyczących zakładów ubezpieczeń do dwóch równoległych ustaw nie przebiega jednak jednolicie, biorąc pod uwagę także dział ubezpieczeń (I lub II według załącznika do ustawy o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej), co wynika z odrębnego regulowania tych ubezpieczeń na poziomie europejskim.

Innym jeszcze przykładem może być regulacja obowiązku posiadania kompetencji przez pracowników zakładu ubezpieczeń. Tylko częściowo znajdować

¹⁷ Jednak różnice w brzmieniu obydwu przepisów budzą duże wątpliwości co do nawet tylko podobieństwa celu i zastosowanych środków, gdyż w zakresie ubezpieczeń działy I, grupa 3 możliwe jest zawarcie umowy nawet jeżeli jest ona sprzeczna z wynikami analizy potrzeb, o ile tylko poszukujący ochrony złoży oświadczenie na piśmie, o tyle w przypadku projektu ustawy, brzmienie przepisu sugeruje, że niemożliwe jest w ogóle zawarcie umowy, która jest niezgodna z wymaganiami i potrzebami poszukującego ochrony ubezpieczeniowej. W ten sposób można by przyjąć, że ochrona przyznana w ubezpieczeniach z funduszem kapitałowym jest mniejsza niż we wszystkich innych rodzajach ubezpieczeń, jeżeli uznać, że przepis art. 21 ust. 4 stanowi *lex specialis* wobec art. 9 ust. 3 projektu ustawy o dystrybucji. W przypadku zastosowania reguły kolizyjnej *lex posterior derogat legi priori*, efekt wykładni może być już jednak inny.

się ona będzie w ustawie o dystrybucji ubezpieczeń, gdyż już obowiązki członków zarządu w tym zakresie pozostaną materią regulowaną ustawą o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej. Tym samym nastąpi rozczłonkowanie postanowień dyrektywy na dwa odrębne akty prawne według niejasnego klucza. Nie jest tym kluczem rozróżnienie prawa prywatnego i publicznego, obydwie bowiem ustawy zawierać będą normy o mieszanym (i *de facto* podwójnym) charakterze (zarówno publicznym, jak i prywatnym), dodając jedynie do katalogu źródeł prawa w zakresie umowy ubezpieczenia kolejny akt prawny, o zupełnie innej od kodeksu cywilnego nomenklaturze, trudnej do pogodzenia z myślą prawniczą w nim zawartą. Nie jest tym kluczem także kryterium podmiotowe, z uwagi na to, że zarówno ustawa o dystrybucji, jak i ustawa o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej będą regulować zarówno działalność pośredników, jak i zakładów ubezpieczeń.

Na marginesie tych wstępnych rozważań pozostawione zostały bardziej szczegółowe kwestie, dotyczące struktury podmiotowej dystrybucji ubezpieczeń, wymagające z pewnością bardziej rozbudowanej analizy niż pozwalają na to ramy niniejszego opracowania, takich jak nierówność w traktowaniu poszczególnych typów podmiotów biorących udział w zawieraniu umów ubezpieczenia. Jednym z przykładów takiej sytuacji jest umożliwienie agentom prowadzenia działalności we wszystkich formach, w tym w formie spółek osobowych i wyłączenie takiej możliwości w stosunku do brokerów (którym pozostawiono, jak dotychczas, formę działalności jednoosobowej lub spółki kapitałowej). Tym samym pozostawiono aktualną sprzeczność z przepisami kodeksu spółek handlowych (gdzie wyraźnie w art. 88 dopuszcza się prowadzenie działalności brokerskiej w formie spółki partnerskiej) i konstytucyjną zasadą wolności gospodarczej, która może doznawać ograniczeń wyłącznie ze względu na ważny interes publiczny, jak i z wyraźnym nakazem dyrektywy co do równego traktowania wszystkich „kanałów dystrybucji ubezpieczeń”. Należy przypuszczać, że ustawodawca kierował się tu motywem 17 preambuły dyrektywy¹⁸, pozornie tylko pozwalającym na zróżnicowanie form prowadzonej przez agentów i brokerów działalności, a *de facto* prowadzącym do niekonstytucyjnej i niczym nieuzasadnionej nierówności wobec prawa. Jest to sprzeczne z motywem 16 preambuły, zgodnie z którym: „*Niniejsza dyrektywa powinna wspierać równe warunki działania i równe warunki konkurencji między pośrednikami, niezależnie od tego, czy są oni powiązani z zakładem ubezpieczeń*”.

Podobnie jak systematyka podmiotowa nowych przepisów, wątpliwości budzi także sposób regulacji procesu zawierania umowy ubezpieczenia, wpisującego się w zakres „czynności dystrybucyjnych”.

¹⁸ „(17) *Niniejsza dyrektywa powinna uwzględniać różnice w rodzajach kanałów dystrybucji. Powinna na przykład uwzględniać charakterystykę pośredników ubezpieczeniowych mających umowy obowiązek prowadzenia działalności z zakresu dystrybucji ubezpieczeń wyłącznie na rzecz jednego lub większej liczby zakładów ubezpieczeń (zależni pośrednicy ubezpieczeniowi), istniejących na rynkach niektórych państw członkowskich, a także powinna określać odpowiednie i proporcjonalne warunki mające zastosowanie do różnych rodzajów dystrybucji*”.

5. Etapowa procedura informacyjna poprzedzająca zawarcie umowy ubezpieczenia

Prawodawca unijny wyodrębnił dwie procedury zawierania umów ubezpieczenia (tzw. dystrybucji w języku dyrektywy i projektu ustawy o dystrybucji ubezpieczeń z dnia 22 marca 2017 r.). Różni je nie sposób dotarcia do podmiotu poszukującego ochrony, ale udzielenie (bądź nieudzielenie) zindywidualizowanej porady. Bez względu na to, czy umowa zawierana jest bezpośrednio przez zakład ubezpieczeń, czy z udziałem pośredników, procedura poprzedzająca zawarcie umowy obejmować może udzielenie podmiotowi poszukującemu ochrony porady lub takiej porady nie uwzględniać. Taka porada stanowi o istocie doradztwa. Prawodawca unijny używa też terminu zindywidualizowanej rekomendacji, którą rozumieć można jako synonim porady lub jej wyraz (art. 29 ust. 3 dyrektywy IDD).

Dyrektywa zakłada równy dostęp do informacji przez podmiot poszukujący ochrony ubezpieczeniowej bez względu na sposób zawarcia umowy: bezpośrednio czy poprzez pośredników. W konsekwencji wyodrębnia obowiązkowe dwa etapy, które można uznać za konieczne kroki w drodze do nawiązania stosunku ubezpieczenia, dokonane przez podmiot świadczący ochronę lub pośredniczący w jej świadczeniu.

Pierwszy etap procedury informacyjnej poprzedzającej zawarcie umowy ubezpieczenia to **test wymagań i potrzeb klienta**. W myśl motywu 44 preambuły dyrektywy: *„Aby uniknąć przypadków niewłaściwej sprzedaży, sprzedaży produktów ubezpieczeniowych powinien zawsze towarzyszyć test wymagań i potrzeb klienta w oparciu o uzyskane od niego informacje”*. Można przyjąć, że test taki stanowi istotę formularza wniosku ubezpieczeniowego stosowanego we wszystkich umowach ubezpieczenia¹⁹, zawieranych w trybie ofertowym. Taka interpretacja oparta jest na zasadzie wprowadzania jedynie zmian niezbędnych i poszukiwania rozwiązań implementujących dyrektywę w sposób jak najmniej ingerujący w krajowy porządek prawny i utrwaloną praktykę. Ogranicza generowanie kolejnych dokumentów prowadzących do przeciążenia informacyjnego. Zwrócić jednak należy uwagę, że krajowe przepisy prawne nie odnoszą się wprost do wniosku ubezpieczeniowego²⁰ – powszechnie stosowanego w praktyce ubezpieczeniowej.

Wyrazem implementacji art. 20 ust. 1 dyrektywy IDD jest art. 9 ww. projektu ustawy, zgodnie z którym: *„przed zawarciem umowy ubezpieczenia lub umowy gwarancji ubezpieczeniowej dystrybutor ubezpieczeń określa, na podstawie uzyskanych od poszukującego ochrony ubezpieczeniowej informacji, wymagania i potrzeby tego poszukującego ochrony ubezpieczeniowej [...]”*. Powyższa treść bu-

¹⁹ Szerzej na temat roli wniosku ubezpieczeniowego zob. K. Malinowska, „Umowa ubezpieczenia w Europie bez granic”, Bydgoszcz–Warszawa: Oficyna Wydawnicza Branta, s. 175 i n.

²⁰ Ustawodawca ograniczył się do wprowadzenia obowiązku deklaracji ryzyka w art. 815 k.c.; por. J. Nawracała. 2010. „Kodeks cywilny” (w:) „Prawo ubezpieczeń gospodarczych. Komentarz. Tom II. Prawo o kontraktach w ubezpieczeniach. Komentarz do przepisów wybranych wzorców umów”, Warszawa: LEX, s. 249 i n.

dzi wątpliwości w kontekście obowiązującego art. 21 ust. 1 u.d.u.r., zgodnie z którym: „Przed zawarciem umowy ubezpieczenia w zakresie ubezpieczeń, o których mowa w dziale I w grupie 3 załącznika do ustawy, zakład ubezpieczeń uzyskuje od ubezpieczającego, w formie ankiety, informacje dotyczące jego potrzeb, wiedzy i doświadczenia w dziedzinie ubezpieczeń na życie oraz jego sytuacji finansowej, tak aby zakład ubezpieczeń mógł dokonać oceny, jaka umowa ubezpieczenia jest odpowiednia do potrzeb ubezpieczającego”. Nie ma wątpliwości, że odnoszący się do wszystkich rodzajów ubezpieczeń przepis projektu, w zakresie wskazanego rodzaju ubezpieczeń na życie wprowadza regulacje odnoszące się do uregulowanej już instytucji tzw. ankiety potrzeb.

Drugi etap to przekazanie informacji:

1) o ubezpieczeniu w formie **dokumentu informującego o ubezpieczeniu;**

2) o **podmiocie** zawierającym umowę i pośredniczącym w jej zawarciu (informację o rodzaju działalności i ewentualnym konflikcie interesów).

Co do informacji odnoszących się do przedmiotu ochrony prawodawca unijny zróżnicował wymogi stawiane zakładom ubezpieczeń i pośrednikom w zależności od rodzaju ubezpieczeń. W ubezpieczeniach innych niż na życie postawił wymóg doręczenia sformalizowanego dokumentu zawierającego ustandaryzowane informacje. Zgodnie z art. 20 dyrektywy powinien być on opracowany w oparciu o wykonawcze standardy techniczne przyjęte przez Komisję Europejską na podstawie projektów opracowanych przez EIOPA do 23 lutego 2017 r. Z uwagi na brak standardów technicznych wydanych w tym zakresie przy formułowaniu wymogów co do treści i formy dokumentu informującego o ubezpieczeniu oprzeć się należy na treści art. 20 ust. 7 i 8 dyrektywy IDD. Podmiotem, który kształtuje zakres ochrony ubezpieczeniowej i świadczy usługi ubezpieczeniowe jest z pewnością zakład ubezpieczeń. Uznać go należy za „twórcę produktu ubezpieczeniowego” w żargonie użytym w dyrektywie. Na zakładach ubezpieczeń ciąży obowiązek opracowywania dokumentów informujących o ubezpieczeniu. Rola pośredników ubezpieczeniowych ogranicza się do ich doręczania.

Innego zdania są twórcy ww. projektu ustawy o dystrybucji ubezpieczeń, zdaniem których, jak czytamy w uzasadnieniu: „pośrednik ubezpieczeniowy w trakcie negocjacji umowy może mieć, w określonych okolicznościach, znaczny wpływ na kształt produktu, jak również na warunki ubezpieczenia. W związku z powyższym zasadnym wydaje się uznanie za twórcę produktu ubezpieczeniowego nie tylko zakład ubezpieczeń, ale również brokera ubezpieczeniowego oraz agenta ubezpieczeniowego. Zgodnie z art. 9 ust. 4 ww. projektu ustawy o dystrybucji ubezpieczeń: „Informacje o umowie ubezpieczenia lub umowie gwarancji ubezpieczeniowej, o których mowa w dziale II załącznika do ustawy o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej, są przekazywane w postaci ustandaryzowanego dokumentu zawierającego informacje o tej umowie sporządzanego przez zakład ubezpieczeń, brokera ubezpieczeniowego lub agenta ubezpieczeniowego, którzy tworzą produkt ubezpieczeniowy”. Niestety projektodawca nie definiuje pojęcia „produkt ubezpieczeniowy”, chociażby w słowniku do ustawy przewidzianym w art. 4 ww. projektu. Nie wiedząc co ro-

zumieć należy pod pojęciem produktu ubezpieczeniowego trudno będzie ustalić kto (lub w jakim zakresie) obowiązany jest do opracowania dokumentu zawierającego informacje o umowie ubezpieczenia. Nie jest jasne, jak ma się zakres pojęciowy „produktu ubezpieczeniowego” do pojęcia umowy ubezpieczenia czy stosunku ubezpieczeniowego.

Korzeni budzącego istotne trudności interpretacyjne terminu „produkt ubezpieczeniowy” szukać należy w nauce o zarządzaniu, w szczególności marketingu²¹. Przepisy prawa unijnego nie ułatwiają określenia relacji tzw. „produktów ubezpieczeniowych” (czy „ubezpieczeniowych produktów inwestycyjnych”) do prawnego pojęcia umowy ubezpieczenia czy zaakceptowanego przez doktrynę pojęcia usługi ubezpieczeniowej. Przykładowo, polski organ nadzoru podejmując próbę zdefiniowania, określił produkt ubezpieczeniowy jako „*typ umów ubezpieczenia, które zawierane są na podstawie tych samych warunków ubezpieczenia lub których zakres udzielania ochrony ubezpieczeniowej jest taki sam*”²². Doktryna i orzecznictwo państw członkowskich różni się znacznie w zakresie interpretacji tego terminu²³. Funkcjonalna interpretacja używanego w przepisach unijnych terminu „produkt ubezpieczeniowy” prowadzi do wniosku, iż prawodawca miał na myśli konkretną usługę ubezpieczeniową, rozumianą jako wykonanie czynności ubezpieczeniowych związanych ze świadczeniem ochrony ubezpieczeniowej na wypadek ryzyka wystąpienia skutków zdarzeń losowych (realizacji ryzyka ubezpieczeniowego). Takie niejasności prowadzić mogą do konfliktów pomiędzy „dystrybutorami” zobligowanymi do opracowania dokumentu informującego o umowie ubezpieczenia.

W konsekwencji istotne wątpliwości budzi treść art. 13 ust. 1 projektu, w którym czytamy, że „*zakład ubezpieczeń, broker ubezpieczeniowy oraz agent ubezpieczeniowy, którzy tworzą produkt ubezpieczeniowy, stosują odpowiedni proces zatwierdzania produktu ubezpieczeniowego i jego istotnych dostosowań przed wprowadzeniem go do obrotu*”. I dalej w ust. 2: „*Proces zatwierdzania produktu ubezpieczeniowego jest proporcjonalny i odpowiedni do charakteru tego produktu*”. Przed podmiotami stosującymi przepisy stanie nie lada trudne zadanie oceny proporcjonalności i adekwatności takiego produktu, którego zdefiniowania próżno szukać w projekcie ustawy i innych aktach prawnych. Trudno również mówić o jego akceptacji przez doktrynę²⁴.

Twórcy dyrektywy nie narzucili obowiązku doręczenia dokumentu informującego o ubezpieczeniach na życie prowadzonych w ramach działu I

²¹ Szerzej zob. H. Mruk, I.P. Rutkowski. 1994. „Strategia produktu”, Warszawa: Państwowe Wydawnictwa Ekonomiczne, s. 14.

²² Rekomendacje KNF dla zakładów ubezpieczeń dotyczące zarządzania produktem z 22 marca 2016 r.

²³ Szerzej zob. A. Klien-Kaska. 2015. „Umowy ubezpieczenia na życie z komponentem inwestycyjnym – wyzwania regulacyjno-nadzorcze”, w: J. Gliniecka, A. Drywa, E. Juchniewicz, T. Sowiński (red.), „Prawo finansowe wobec wyzwań XXI wieku”, Warszawa: CeDeWu, s. 339–354.

²⁴ Ukształtowane przez praktykę, traktowane przez ekonomistów jako pojęcie szersze od znanego naukom prawnym pojęcia usługi – szerzej o produkcie i jego relacji do pojęcia usługi zob. I. Kawka, „Gospodarcza działalność usługowa w prawie polskim w świetle unijnych swobód przedsiębiorczości i świadczenia usług”, <https://sip.lex.pl/#/monografia/369351446/48>.

załącznika do ustawy o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej²⁵, ograniczając się jedynie do obowiązku przekazania „w zrozumiałej formie” stosownych informacji w celu umożliwienia poszukującemu ochrony ubezpieczeniowej podjęcia „świadomej decyzji” (art. 29 ust. 4 dyrektywy IDD). Wiąże się to z narzuceniem takich obowiązków przepisami dyrektywy Wyplacalność II (art. 183 ust. 3)²⁶ oraz dyrektywy MiFID II i rozporządzenia unijnego PRIIP²⁷. Dyrektywa MiFID II objęła zakresem przedmiotowym swoich regulacji usługi inwestycyjne, do których odnosi się rozporządzenie PRIIP. Wprowadziło ono nieznanne prawu ubezpieczeniowemu pojęcie „ubezpieczeniowych produktów inwestycyjnych” (*insurance-based investment product*), które prawodawca unijny określa jako „produkt ubezpieczeniowy zapewniający wartość w dniu zapadalności lub wartość wykupu, w przypadku gdy ta wartość w dniu zapadalności lub wartość wykupu jest całkowicie lub częściowo narażona, bezpośrednio lub pośrednio na wahania rynków”. Definicja tej treści znalazła się również w słowniczku dyrektywy IDD – art. 2 ust. 1 pkt 17. Poprzez listę wyłączeń prawodawca unijny sprecyzował, iż przez takie „produkty” rozumieć należy ubezpieczenia na życie, o ile korzyści z takich umów nie są wypłacane wyłącznie w razie śmierci lub inwalidztwa wynikającego z obrażeń, choroby lub niepełnosprawności. Celem było sprecyzowanie i wzmocnienie informacyjnych powinności ciążących na podmiotach świadczących tego rodzaju usługi, w tym ubezpieczycieli. Wprowadzono m.in. obowiązek opracowywania i udostępniania kart produktu (tzw. KID), które stanowią dokumenty informujące poszukującego ochrony ubezpieczeniowej o ubezpieczeniu.

Odzwierciedleniem implementacji wskazanych powyżej unijnych regulacji jest art. 22 u.d.u.r., wprowadzający obowiązek doręczenia dokumentu informującego o ubezpieczeniu z elementem inwestycyjnym (tzw. KID). W konsekwencji powyższego (niemal) identyczne normy zawarte będą w dwóch odrębnych ustawach. Na marginesie poddać rozważde należy uzasadnienie opraco-

²⁵ Sektorowy podział rynku ubezpieczeń wprowadzony został już pierwszymi dyrektywami ubezpieczeniowymi (pierwsza dyrektywa Rady 73/239/EWG z dnia 24 lipca 1973 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do podejmowania i prowadzenia działalności w dziedzinie ubezpieczeń bezpośrednich innych niż ubezpieczenia na życie – i obowiązuje w Unii Europejskiej do dzisiaj).

²⁶ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/138/WE z dnia 25 listopada 2009 r. w sprawie podejmowania i prowadzenia działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej (Wyplacalność II). Dz. Urz. UE L 335 z 17.12. 2009 r., z późn. zm.

²⁷ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 15 maja 2014 w sprawie rynków instrumentów finansowych oraz zmieniająca dyrektywę 2002/92/WE i dyrektywę 2011/61/UE, Dz. Urz. UE 173/349, zwana dyrektywą MiFID II i rozporządzenie z dnia 26 listopada 2014 r. w sprawie dokumentów zawierających kluczowe informacje, dotyczących detalicznych produktów zbiorowego inwestowania i ubezpieczeniowych produktów inwestycyjnych nr 1286/2014, dalej: „PRIIP”. W myśl art. 2 ust. 1 pkt a) dyrektywy MiFID II nie ma ona zastosowania do zakładów ubezpieczeń. Celem adaptowania regulacji dyrektywy MiFID II (za pośrednictwem dyrektywy IDD i rozporządzenia PRIIP) jest stworzenie przepisów nakładających na zakład ubezpieczeń obowiązek przekazywania osobie poszukującej ochrony ubezpieczeniowej podstawowych informacji o umowie ubezpieczenia, zmieniającej sposób zawierania umowy ubezpieczenia o charakterze inwestycyjnym

wywania i doręczania dokumentów o treści tożsamej z treścią ogólnych warunków ubezpieczenia narzuconą przepisami u.d.u.r.

Drugi rodzaj informacji przekazywanych na tym etapie stanowią informacje o charakterze podmiotowym, uregulowane w art. 18 i 19 dyrektywy IDD. Wzorem obowiązujących obecnie przepisów, zawierający umowę ubezpieczenia lub pośredniczący w jej zawieraniu podmiot obowiązany jest się wylegitymować i poinformować podmiot poszukujący ochrony, jaką rolę odgrywa na rynku ubezpieczeniowym i w jakich relacjach pozostaje z innymi podmiotami zaangażowanymi w procedurę zawierania umowy.

Istotną zmianą jest ujęcie w katalogu obowiązków informacyjnych informacji na temat rodzaju wynagrodzenia pośrednika. Kwestia ujawniania przez pośredników informacji dotyczących wynagrodzenia stanowiła najszerzej konsultowaną i najbardziej kontrowersyjną kwestię regulowaną przepisami dyrektywy IDD²⁸. Ostatecznie prawodawca unijny zrezygnował z wymagania ujawniania wysokości wynagrodzenia, skupiając się na ujawnieniu jego charakteru prawnego. Zgodnie z motywem 40 preambuły dyrektywy: *„Klientom należy z wyprzedzeniem udostępnić jasne informacje na temat [...] rodzaju wynagrodzenia, jakie te osoby otrzymują. Informacje te powinny być przekazywane klientom przed zawarciem umowy. Mają one na celu ukazanie stosunku łączącego w stosownych przypadkach zakład ubezpieczeń i pośrednika oraz rodzaju wynagrodzenia, jakie otrzymuje pośrednik”*. Przez wynagrodzenie prawodawca unijny rozumie *„każdą prowizję, honorarium, opłatę lub inną płatność, w tym korzyść ekonomiczną jakiegokolwiek rodzaju lub każdą inną korzyść lub zachętę finansową lub niefinansową, oferowane lub przekazywane w związku z działalnością w zakresie dystrybucji ubezpieczeń”* (art. 2 ust. 1 pkt 9 dyrektywy IDD). Wyrazem implementacji wskazanych przepisów jest art. 10 w zw. z art. 24, 25 i 34 projektu ustawy o dystrybucji. Z uwagi na obszerność i wagę obowiązków informacyjnych wprowadzonych w celu niwelowania konfliktu interesów ich omówienie wykracza poza ramy artykułu.

Narzucone dyrektywą IDD obowiązki informacyjne ograniczyć się mogą do wskazanych powyżej „dwóch kroków”, o ile pośrednik ubezpieczeniowy lub zakład ubezpieczeń nie udziela porady. Z treści art. 21 w zw. z art. 20 dyrektywy IDD wyprowadzić można wniosek, iż świadczenie pośrednictwa ubezpieczeniowego jako działalności ubocznej nie obejmuje doradztwa. Wydaje się to uzasadnione z uwagi na uzupełniający charakter takiej działalności.

²⁸ Zob. m.in. T. Kwieciński, J. Pokrzywniak, „Ocena przepisów projektowanej nowej Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie pośrednictwa ubezpieczeniowego (wersja przerehabilitowana), zwanej dalej „IMD II”, które dotyczą obowiązku ujawniania wynagrodzenia przez pośrednika ubezpieczeniowego, w aspekcie ich zgodności z prawem Unii Europejskiej oraz celowości ich wprowadzenia z punktu widzenia ochrony interesów konsumentów”, Z. Brodecki, D. Maśniak, „Opinia w sprawie projektowanych zmian dyrektywy o pośrednictwie ubezpieczeniowym (IMD2) ze szczególnym uwzględnieniem kwestii wynagrodzenia i jego transparentności; J. Handschke, J. Lisowski, „Analiza ekonomiczna skutków wprowadzenia Dyrektywy w sprawie pośrednictwa ubezpieczeniowego” <http://www.polbrokers.pl/index.php?pr=380&cid=40>

Stanowiące **trzeci** (ewentualny) **etap** procedury informacyjnej **udzielenie zindywidualizowanych porad**²⁹ stanowi z pewnością o istocie działalności niezależnych pośredników ubezpieczeniowych. Jednakże należy zwrócić uwagę, że prawodawca unijny nie wiąże doradztwa z określonymi podmiotami. Jest to generalnie związane z przedmiotowym ujęciem obowiązków informacyjnych i pośrednictwa w ogólności. Oznacza to w konsekwencji, że udzielanie porad nie jest uzależnione od formy organizacyjno-prawnej podmiotu udzielającego ochrony lub pośredniczącego w jej udzieleniu (tzw. dystrybutora ubezpieczeń), lecz od konkretnego przypadku. Uznając doradztwo jako trzeci etap procedury informacyjnej prawodawca unijny przewidział możliwość funkcjonowania na rynku pośredników, którzy w zależności od sytuacji (np. rodzaju ubezpieczeń) mogą udzielać zindywidualizowanych porad, uprzedzając jednocześnie podmiot poszukujący ochrony, z jaką procedurą ma do czynienia (uproszczoną czy pełną obejmującą doradztwo)³⁰. W myśl celów dyrektywy IDD: „W przypadku udzielenia porady przed sprzedażą produktu ubezpieczeniowego, oprócz wypełnienia obowiązku określenia wymagań i potrzeb klienta należy przedstawić klientowi zindywidualizowaną rekomendację, wyjaśniając, dlaczego dany produkt najlepiej spełnia wymagania i potrzeby ubezpieczeniowe danego klienta” (motyw 45 preambuły). Tym samym prawodawca unijny wydaje się utożsamiać pojęcie doradztwa z poradą (czy precyzyjniej: jej udzieleniem), natomiast zindywidualizowana rekomendacja stanowi wyraz lub treść takiej porady.

Zgodzić się można z twórcami projektu ustawy o dystrybucji ubezpieczeń, że: „art. 20 ust. 3 dyrektywy odnoszący się do działalności doradczej na podstawie wystarczającej liczby umów ubezpieczeń dostępnych na rynku i sformułowania rekomendacji, w polskich warunkach jest właściwy dla działalności brokerskiej i nie wymaga dodatkowej implementacji”³¹. Z takiego twierdzenia wyprowadzić można wniosek, że wolą twórców projektu było ograniczenie działalności doradczej do działalności brokerów – jako niezależnych pośredników ubezpieczeniowych. Taki stan rzeczy zgodny jest z obowiązującym stanem prawnym. Według przepisów ustawy o pośrednictwie ubezpieczeniowym, obowiązek udzielania zindywidualizowanej rekomendacji nałożony został jedynie na brokerów ubezpieczeniowych (art. 26 ust. 1 pkt 2 ustawy o pośrednictwie ubezpieczeniowym). Niestety treść projektu ustawy o dystrybucji budzi również w tym zakresie wątpliwości.

W odniesieniu do ubezpieczeń terminem „doradzanie” twórcy projektu posługują się jedynie we wspomnianym powyżej art. 5 ust. 1, definiując „dystrybucję ubezpieczeń”, przez którą rozumieją: „działalność wykonywaną wyłącznie przez dystrybutora ubezpieczeń polegającą na: 1) doradzaniu, proponowa-

²⁹ Twórcy projektu ustawy o dystrybucji ubezpieczeń z dnia 22 marca 2017 r. odróżniają obowiązki informacyjne od doradztwa, z czym trudno się zgodzić – Uzasadnienie do projektu, s. 2.

³⁰ Za pozbawieniem agentów możliwości udzielania zindywidualizowanych porad/rekomendacji opowiada się M. Szaraniec. 2017. „Działalność gospodarcza pośredników ubezpieczeniowych. Studium publicznoprawne”. Warszawa: Difin, s. 198.

³¹ Zob. uzasadnienie do projektu ustawy o dystrybucji ubezpieczeń, s. 6.

niu lub wykonywaniu innych czynności przygotowawczych zmierzających do zawierania umów ubezpieczenia lub umów gwarancji ubezpieczeniowych [...]. Uznając za „dystrybutorów” zakłady ubezpieczeń, agentów i brokerów wprowadzić można wniosek, że w ramach dokonywanych czynności wszystkie te podmioty doradzają. Stoi to jednak w sprzeczności z wykładnią dalszych przepisów projektu regulujących działalność poszczególnych „dystrybutorów”. Obowiązek udzielenia porady zastrzeżony został bowiem jedynie dla brokera ubezpieczeniowego. Zgodnie z art. 31 ust. 1 pkt 4 projektu jest on obowiązany „*udzielić na piśmie porady, w oparciu o rzetelną analizę dostępnych na rynku umów ubezpieczenia lub umów gwarancji ubezpieczeniowych w liczbie wystarczającej do opracowania rekomendacji najwłaściwszej umowy oraz pisemnie wyjaśnić podstawy, na których opiera się rekomendacja, chyba że poszukujący ochrony ubezpieczeniowej pisemnie oświadczy o rezygnacji z udzielenia porady*”. Taki obowiązek nie został nałożony ani na agenta, ani na zakład ubezpieczeń, co można interpretować jako ograniczenie ich czynności poprzedzających zawarcie umowy ubezpieczenia do przeprowadzenia testu wymagań oraz potrzeb i poinformowania podmiotu poszukującego ochrony o ubezpieczeniu. Niestety przepisy projektu nie odpowiadają na pytanie, co rozumieć należy przez czynności agencyjne i jak się ma ich zakres do pojęcia dystrybucji oraz czynności dystrybucyjnych.

6. Podsumowanie

Mając na uwadze podniesione powyżej wątpliwości co do sposobu konstruowania nowego systemu dystrybucji ubezpieczeń w oparciu o dyrektywę IDD, które to wątpliwości stanowią jedynie wycinek spośród tych podnoszonych przez różnych interesariuszy, przedstawicieli środowisk ubezpieczeniowych i z nimi związanych, którzy będą zmuszeni do stosowania transponowanych przepisów, nie sposób uciec od wrażenia, że mamy do czynienia z dążeniem do transpozycji przez proste przepisanie treści dyrektywy. Zabieg ten jednak może skutkować nieproporcjonalnie dużym wysiłkiem wykładni takich przepisów. Wydaje się, że znacznie korzystniejszym zabiegiem legislacyjnym byłoby kompleksowe uregulowanie kwestii dotyczących zakładów ubezpieczeń w istniejącej ustawie o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej i kompleksowa zmiana (lub stworzenie nowej) ustawy o pośrednictwie ubezpieczeniowym. Jak wynika bowiem z treści przepisów, zakres podmiotowy nie doprowadził do zwielokrotnienia typów podmiotów zajmujących się zawieraniem i wykonywaniem umów ubezpieczenia, w taki sposób, że wymagałoby to zmiany zakresu regulacji z pośrednictwa na dystrybucję. Tak jak dotychczas mamy do czynienia z podziałem na bezpośrednie i pośrednie zawieranie umów ubezpieczenia. W pierwszym przypadku mogą się tym zajmować zakłady ubezpieczeń w ramach czynności ubezpieczeniowych, które posiadają już swoją własną kompleksową regulację. Zmiany w tym zakresie nie mają charakteru systemowego i prowadzą tylko do obowiązku posiadania kwalifikacji przez pracowników wykonujących te czynności. W drugim przypadku mamy do czynienia z pośrednikami ubezpieczeniowymi, którzy – jak do-

tychczas – dzielić się będą zasadniczo na agentów i brokerów³². Nowa kategoria agentów prowadzących uboczną działalność agencyjną kwalifikowana jest jako postać agenta. Dotyczy to wszystkich rodzajów działalności włączonych po raz pierwszy w reżim dyrektywy o dystrybucji, np. tzw. porównywarek internetowych, które w zależności od rodzaju czynności będą musiały posiadać status agenta (w tym ewentualnie agenta prowadzącego działalność uboczną) lub brokera. Brak jest więc także uzasadnienia dla wprowadzenia nowej zupełnie kategorii pojęciowej w postaci „dystrybucji ubezpieczeń” i „dystrybutora ubezpieczeń”. Ponadto, ewidentnie nie da się uniknąć i tak zmian w samej ustawie o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej, zaproponowanych już w treści projektu ustawy o dystrybucji ubezpieczeń.

Konkludując rozważania, należy wyrazić wątpliwość co do prawidłowości konstrukcji ustawy implementującej dyrektywę do polskiego porządku prawnego. Przez uchwalenie ustawy o dystrybucji niewątpliwie zostanie utracona możliwość uporządkowania prawa ubezpieczeń gospodarczych, które stopniowo ewoluując ma szansę na zyskanie miana samodzielnej dziedziny prawa (sektorowo będąc częścią prawa rynku finansowego)³³.

prof. UG dr hab. Dorota Maśniak

Katedra Prawa Cywilnego

Uniwersytet Gdański

dr Katarzyna Malinowska

radca prawny, partner w kancelarii BMSP

Bibliografia

- Dreher M. 1991. „Die Versicherung Als Rechtsprodukt”, Die Privatversicherung Und Ihre Rechtliche Gestaltung, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tubingen.
- Fojcik-Mastalska E. 2016. „Prawo rynku finansowego w systemie prawa, w: „Prawo rynku finansowego”, A. Jurkowska-Zeidler, M. Olszak (red.), Warszawa: Wolters Kluwer.
- Helios J. 2013. „Publicyzacja prawa prywatnego – prywatyzacja prawa publicznego w kontekście rozważań nad prawem europejskim”, Acta Universitatis Wratislaviensis, nr 3502.
- Kawka I. „Gospodarcza działalność usługowa w prawie polskim w świetle unijnych swobód przedsiębiorczości i świadczenia usług”, <https://sip.lex.pl/#/monografia/369351446/48>.

³² Tak też wskazuje uzasadnienie projektu ustawy o dystrybucji: „Projekt ustawy zakłada zachowanie podmiotowego podziału pośredników ubezpieczeniowych na brokerów i agentów ubezpieczeniowych, z zastrzeżeniem niedopuszczalności łączenia obu funkcji. Takie rozwiązanie znajduje uzasadnienie w obowiązującej praktyce rynkowej i racjonalności takiego rozwiązania. Podmiotowy podział stanowi klasyczne ujęcie pośrednictwa ubezpieczeniowego, w którym czynności pośrednictwa mogą wykonywać jedynie podmioty zarejestrowane jako brokery lub agenci. Podział ten dotyczy również osób wykonujących czynności brokerskie oraz osób wykonujących czynności agencyjne (tzw. OWCA)”.

³³ E. Fojcik-Mastalska. 2016. „Prawo rynku finansowego w systemie prawa”, w: „Prawo rynku finansowego”, A. Jurkowska-Zeidler, M. Olszak (red.), Warszawa: Wolters Kluwer, s. 19–26.

- Klien-Kaska A. 2015. „Umowy ubezpieczenia na życie z komponentem inwestycyjnym – wyzwania regulacyjno-nadzorcze”, w: J. Gliniecka, A. Drywa, E. Juchniewicz, T. Sowiński (red.), „Prawo finansowe wobec wyzwań XXI wieku”, Warszawa: CeDeWu.
- Kowalewski E. (red.). 2009. „Dekalog Argumentów za Kodeksem Ubezpieczeń Gospodarczych”, w: „O potrzebie polskiego kodeksu ubezpieczeń”, Toruń: Dom Organizatora.
- Kunkiel-Kryńska A. 2008. „Granice swobody implementacyjnej”, Europejski Przegląd Sądowy 2008, nr 10.
- Malinowska K. 2008. „Umowa ubezpieczenia w Europie bez granic”, Bydgoszcz–Warszawa: Oficyna Wydawnicza Branta.
- Malinowska K. 2015. „Transparentność w umowie ubezpieczenia – przemiana zasady najwyższego zaufania w prawo do informacji”, w: „Informacja w prawie ubezpieczeń gospodarczych”, B. Gnela, M. Szaraniec (red.), Warszawa: LEX a Wolters Kluwer business.
- Mruk H., I.R. Rutkowski. 1994. „Strategia produktu”, Warszawa: Państwowe Wydawnictwa Ekonomiczne.
- Nawracała J. 2010, w: „Prawo ubezpieczeń gospodarczych. Komentarz. Tom II. Prawo o kontraktach w ubezpieczeniach. Komentarz do przepisów w wybranych wzorców umów”, Warszawa: LEX.
- Orlicki M. 2016. „Projektowanie typu ubezpieczenia („produktu ubezpieczeniowego”) według rekomendacji KNF dla zakładów ubezpieczeń dotyczących systemu zarządzania produktem”, Prawo Asekuracyjne 2016, nr 3.
- Szaraniec M. 2017. „Działalność gospodarcza pośredników ubezpieczeniowych. Studium publicznoprawne”, Warszawa: Difin.
- Szpunar M. „Komentarz do art. 288 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej”, Wolters Kluwer, LEX.

Distribution Activities in a New Regime of Concluding Insurance Contracts – Selected Aspects of the Implementation of Directive 2016/97 on Insurance Distribution

The purpose of this article is to discuss certain legal aspects associated with the implementation of the Directive 2016/97 on insurance distribution. The authors deal with the most burning issues of distribution activities in the new regime of concluding insurance contracts. Taking into account the extensive regulation of the directive itself, and the proposal for the relevant Polish act on distribution based on it, a comprehensive overview of the new regime goes beyond the framework limited by editorial requirements. For this reason the authors have focused on the objectives of the IDD directive and its implementation methods as well as the separation of insurance mediation from insurance activities in the context of the concept of collective regulation of insurance distribution and the impact of this solution on the conclusion of insurance contracts. A particular attention has been paid to a dual regime of insurance distribution emerging in Polish legislation, which will be regulated by both the new act on distribution and the act on insurance and reinsurance activity. A considerable part of the article has been dedicated to the staged information procedure prior to the conclusion of the insurance contract, which is due to the fact that the European Union legislator identified two procedures of the conclusion of insurance contracts, which differ not in the way of reaching the entity seeking protection, but in providing (or not) personalised advice.

Keywords: distribution, mediation, implementation, IDD, the distribution act.