# Opinia w sprawie projektowanych zmian dyrektywy o pośrednictwie ubezpieczeniowym (IMD2) ze szczególnym uwzględnieniem kwestii wynagrodzenia i jego transparentności

**Prof. zw. dr hab. Zdzisław Brodecki**
**Katedra prawa europejskiego i komparatystyki prawniczej**
**Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Gdańskiego**

**Dr hab. Dorota Maśniak, prof. UG**
**Katedra prawa cywilnego**
**Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Gdańskiego**

## I. Zgodność dyrektywy o pośrednictwie ubezpieczeniowym z prawem krajowym

Implementacja dyrektywy o pośrednictwie ubezpieczeniowym 2002/92/EC (IMD), od ang. *Insurance mediation directive*) jest dokonywana w zgodzie z zasadą lojalnej współpracy. Państwa członkowskie zazwyczaj respektują art. 4 ust. 3 TUE, który nakłada na nie obowiązek zapewnienia wykonania zobowiązań wynikających z Traktatów lub aktów instytucji Unii i powstrzymywania się od podejmowania środków zagrażających urzeczywistnienia celów Unii. Podczas wykonywania tego obowiązku należy zatem brać pod uwagę tak brzmienie przepisów i ich miejsce w hierarchii źródeł prawa UE, jak i cel określonej normy prawnej, jej *ratio legis*. Każda z tych wykładni jest istotna. W razie konieczności wyboru między wykładnią literalną, systemową i celowościową należy dokonać wnikliwej analizy orzecznictwa, które w systemie prawa Unii ma moc kreatywną. Trybunał Sprawiedliwości UE zazwyczaj w wyroku podaje wprost jakimi kryteriami kieruje się dokonując interpretacji przepisu[1], czyniąc to *ad casum*. Nie można zatem w sposób

[1] Na przykład w sprawie 292/82 MERCK przyjął kolejność „przepis, jego kontekst i cel" . a w słynnej sprawie 26\62 (z racji proklamacji zasady bezpośredniego skutku, która przyczyniła się do emancypacji jednostki w porządku prawnym UE) ta kolejność była odwrotna, cel znajdował się na pierwszym miejscu, a brzmienie przepisu na końcu.

jednoznaczny stwierdzić, że istnieje hierarchia ważności argumentów i określony sposób odwoływania się do nich.

Punktem wyjścia analizy jest zawsze literalna wykładnia przepisu[2]. Treść dyrektyw nie zawsze jest jasna i jednoznaczna, ponieważ cechuje ją wielojęzyczność oraz zasada równości językowej. Mając na uwadze ograniczoną użyteczność analizy językowej[3], organy implementujące dyrektywę często zmuszone są rozważyć możliwość odejścia od literalnego brzmienia przepisu na rzecz analizy systemowej i celowościowej. Jest to wręcz konieczne w sytuacji, gdy dyrektywa dokonuje radykalnej rekonstrukcji rynku. Z taką sytuacją mamy do czynienia podczas analizy projektowanej Dyrektywy IMD2[4], bowiem zakłada ona reformę dystrybucji produktów ubezpieczeniowych.

W procesie implementacji Dyrektywy IMD2 konieczne będzie uwzględnienie „ogólnego systemu" (*general scheme*) i „ducha" (*spirit*) Traktatów[5] z myślą o efektywności systemu, w którym obserwujemy ciągłą „interakcję rynku i kultury z prawem"[6]. Jest to zadanie niezwykle trudne do wykonania, jeśli uwzględni się różnorodność podmiotów dystrybuujących produkty ubezpieczeniowe (tak agentów i brokerów, jak i zakłady ubezpieczeń, dystrybutorów *bancassurance*, biura podróży i dealerów samochodowych) na tle rynku (swobód gospodarczych i konkurencji jako granicy wolności świadczenia usług i przedsiębiorczości) i kultury (w postaci wzmożonej ochrony konsumenta). Przed podjęciem próby zbliżania statusu prawnego tych podmiotów jako instytucji funkcjonujących na rynku ubezpieczeń i kształtujących świadomość ubezpieczeniową konsumentów niezbędne jest uwzględnienie kosztów tworzenia i stosowania prawa nie tyle w sposób pozorny (co zazwyczaj ma miejsce) i dyletancki, lecz rzeczywiście i fachowo. Jest to wręcz warunek *sine*

---

[2] T. Tridimas, The Court of Justice and Judicial Activism, (1996) 21 European Law Review 199, s. 203

[3] Zob. S. Neatherill, P. Beaumont, EC Law-essential guide to the legal workings of the Community, (Penguin Law Series, 1995), s. 185; a także D.A.O. Edward, R.C Lane, European Community Law- an introduction (Butterworks 1995), s. 52-53

[4] Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on insurance mediation, Brussels, XXX COM (2012) 360/2 2012/0175 (COD)

[5] Spójną całość można odnaleźć w preambułach do Traktatów i innych aktów prawnych, które stanowią nieodzowny element rozumowania Trybunału Sprawiedliwości UE. Sędziowie dążą do tego, by orzeczenie sądu odpowiadało i znajdowało uzasadnienie w prawie jako całości (*judical decision fits and is justified by the law as a whole*). Ten punkt widzenia odzwierciedla tendencję do integracji porządków prawnych (międzynarodowego, ponadnarodowego i krajowego) w ramach określonego systemu. Stąd też wywodzi się domniemanie legalności zasad ogólnych. Zob. Z. Brodecki, Ontologia, [w: ] Europa sędziów, Wydawnictwo Lexis Nexis, Warszawa 2007, s. 46

[6] Badanie „rynku i kultury w interakcji z prawem" jest typowe dla ekonomicznej analizy prawa (EAP) Traktowanie prawa jako szczególnej formy zarządzania (*law as a system of governance*) cechuje zwolenników instytucjonalnego nurtu EAP, często nawiązujących do teorii stworzonych przez noblistów: Coase'a, North'a i Williamsona. Z tych teorii wynika konieczność wyjaśnienia istniejącej struktury rynku w oparciu o rachunek ekonomiczny. Teoria kosztów transakcyjnych zwolna przenika do procesu stosowania prawa. Zob. M.J. Golecki, Miedzy pewnością a efektywnością. Marginalizm instytucjonalny wobec prawotwórczego stosowania prawa, Wolters Kluwer, Warszawa 2011, s. 152-201.

*qua non* efektywności i tym samym sensu przeprowadzenia zmian w stosunku do poprzedniej regulacji o pośrednictwie ubezpieczeniowym. By móc spełnić ten warunek wskazane jest by wybitni eksperci przedstawili całkowite społeczne koszty tworzenia i stosowania prawa (N) w oparciu o :wnikliwą analizę kosztów społecznych wynikających z podjęcia działań, których społeczeństwo chce uniknąć oraz koszty związane z zaniechaniem działań korzystnych ze względu na zbyt duży zakres regulacji, której celem jest restrykcja (D); koszty stosowania oraz egzekwowania prawa (C), koszty retroakcyjności towarzyszące prawotwórczemu stosowaniu prawa przez sądy (R) i wreszcie koszty tworzenia prawa stanowionego (L), dążąc do zrozumienia wzoru N=D+C+R=L[7].

Implementacja Dyrektywy IMD2 musi też uwzględniać analizę celowościową, która spełnia trzy funkcje: promuje cel, zapobiega niepożądanym rezultatom, rozwiewa wątpliwości związane z wypełnianiem luk prawnych[8]. Ten cel formułują preambuły aktów normatywnych i przepisy ogólne określające podstawy prawne Unii (art. 2 TUE), cele Unii (art. 3 TUE), relacje między Unią, a państwami członkowskimi wchodzącymi w jej skład (art. 4 TUE) i wykonywanie kompetencji zgodnie z zasadami pomocniczości i proporcjonalności (art. 5 TUE). Na szczególną uwagę zasługuje zasada proporcjonalności, od której zależy racjonalność pośrednictwa ubezpieczeniowego jako istotnego segmentu rynku wewnętrznego.

W rozważaniach poświęconych transgranicznym stosunkom prawnym (działania pośredników ubezpieczeniowych w innym kraju, świadczenia przez pośredników ubezpieczeniowych usług typu „cross-broker") należy położyć nacisk nie tyle na tradycyjne prawo porównawcze (porównywanie historii prawa, ustawodawstwa i systemów prawnych) co na współczesną komparatystykę prawniczą (analizie struktury systemów prawnych i rozwoju prawa). Dzisiaj nie wystarczy znać obce prawo w sensie statycznym i doktrynalnym, trzeba zrozumieć jego polityczny, społeczny i gospodarczy kontekst. Sztuka porównań staje się czymś więcej niż „metodą" (*metod*) lub „techniką" ( *technique*), bowiem decyduje ona o procesie „integracji poprzez prawo"[9].

Powyższe uwagi ogólne na temat badania zgodności dyrektywy o pośrednictwie ubezpieczeniowym z prawem krajowym w pewnym zakresie zostały uwzględnione przez Pricewaterhouse Cooper (PwC), które na zlecenie Komisji Europejskiej opracowało 23 marca

[7] Tamże, s. 242

[8] Z analizą celowościową ściśle wiążą się zasady ogólne, które „tkwia immanentnie w traktatach" i jako takie sa wydobywane na światło dzienne" przez Trybunał Sprawiedliwości UE w ramach wypełniania przez nich zadania zapewnienia przestrzegania prawa w procesie wykładni i stosowania Traktatu (art. 19 TUE)

[9] Z. Brodecki, Metodologia regulae Iris. [w:] Komparatystyka kultur prawnych, Wolters Kluwer, Warszawa 2010, s. 19-20.

2011 r. raport[10] stanowiący podsumowanie procedury konsultacyjnej. Przeprowadzona analiza ilościowa objęła badania wielkości rynku, wielkości sprzedaży, szczegółowe wartości dotyczące kosztów i trendy rynkowe zebrane z renomowanych źródeł – publicznie dostępnych. Reprezentatywność prowadzonych badań wymagała objęcia nimi reprezentatywnej grupy oraz odpowiednio długiego zakresu czasowego (lata 2006-2009). Dotyczyła wszystkich państw członkowskich z jednoczesnym uwzględnieniem podobieństw i różnic pomiędzy rynkami, głównych kanałów dystrybucji i tendencji zmian w dystrybucji produktów ubezpieczeniowych. Bezpośredni wpływ na dystrybucję mają przede wszystkim: wzrost sprzedaży w poszczególnych kanałach dystrybucji, wzrost uczestników rynku ubezpieczeniowego (ubezpieczycieli i pośredników ubezpieczeniowych), wzrost składek ubezpieczeniowych w przeliczeniu na jednego mieszkańca i wzrost gospodarczy w kraju (przy uwzględnieniu kryzysu finansowego). Uznano za konieczne ustalenie specyficznej dynamiki każdego rynku, konkretnych czynników wzrostu i istnienia konkurencji między kanałami dystrybucji ubezpieczeń.

Dane ilościowe zostały wzmocnione przez dane jakościowe z podobnych źródeł, koncentrujące się na strukturze poszczególnych (uznanych wyróżniające się na rynku) rynków ubezpieczeniowych państw członkowskich. Analiza jakościowa dotyczyła takich kluczowych obszarów jak: ceny sprzedaży, kanały dystrybucji, modele biznesowe, koszty dostosowania konsekwencji wejścia na rynek, pozycja konsumenta. Celem analizy jakościowej jest identyfikacja kosztów bezpośrednich (bieżących i jednorazowych) i korzyści zainteresowanych stron.

Istotną barierą badań jest rozdrobnienie rynku ubezpieczeniowego UE, liczba problemów pozostających poza kontrolą, która może mieć wpływ na dane źródłowe. Zaliczyć do nich można: rozbieżności w danych dotyczących działalności dystrybucyjnej, w tym nierzetelne lub niespójne dane dotyczące „ukrytych" pośredników ubezpieczeniowych i doradców ubezpieczeniowych; ograniczony poziom informacji dotyczących zawartych umów ubezpieczenia w poszczególnych państwach członkowskich; zróżnicowanie systemów informacyjnych wymaganych przez państwo wobec innego państwa oraz niezgodności wykorzystywanej terminologii i kategoryzacji; trudności weryfikacji pierwotnych danych w oparciu o informacje ze źródeł zewnętrznych; trudności w walidacji opinii wyrażanych przez organizacje zawodowe (samorządy) przez reprezentowanych przez nich członków, jak również trudności w odróżnieniu skutków związanych z wdrażaniem przepisów dyrektywy o

[10] Study on the impact of the revision of the Insurance Mediation Directive (ETD/2007/IM/B2/51) Final Report, prepared for the European Commission DG Internal Market and Services, 23 May 2011, http://europa.eu.int

pośrednictwie ubezpieczeniowym od skutków kryzysu finansowego i innych czynników. Wszystkie one wpływają na wiarygodność wyników analiz i powinny być uwzględniane przy podejmowaniu decyzji co do zwiększania ingerencji w relacje nawiązywane na rynku ubezpieczeniowym.

## II. Synteza strategii dyrektywy o pośrednictwie ubezpieczeniowym.

W dobie zwalczania kryzysu finansowego instytucji Unii Europejskiej próbuje się na nowo przemyśleć strategie rozwoju rynku wewnętrznego, biorąc pod uwagę m.in. pośrednictwo ubezpieczeniowe. Wizja regulacji scalającej wszystkich pośredników zawierających umowy ubezpieczeniowe i reasekuracyjne z klientami o statusie konsumenta powinna wykorzystać wiedzę przechowywaną w umysłach strategów, która przyjmuje postać „map poznawczych" zwanych także „modułami myślowymi", „strukturami wiedzy" lub „objaśnioną rzeczywistością[11]. Wybitni stratedzy posiedli umiejętność udzielania odpowiedzi na fundamentalne pytania : o cel (dlaczego?), proces (kto, jak kiedy?) i treść (co?).

Dyrektywa IMD2 na służyć zwiększeniu efektywności i pewności dystrybucji produktów ubezpieczeniowych poprzez nową regulację uwzględniającą cechy, które mają relatywnie duży wpływ na jakość usług ubezpieczeniowych (*the cost\competition impact*) i mierniki ryzyka konsumentów (*the degree of risk to consumers*) na tle swobody świadczenia usług i przedsiębiorczości (*freedom of services & freedom of establishment*)[12]. Założenie, że przedstawienie zmian w stosunku do poprzedniej ustawy o pośrednictwie ubezpieczeniowym powinno być poprzedzone wnikliwa analizą „rynku i kultury w interakcji z prawem" jest ze wszech miar wskazane. Pozostaje jednak kwestia ustosunkowania się do wewnętrznych konfliktów jakie kryją się za zasadami konkretyzującymi swobody gospodarcze i konkurencję z jednej strony i ochronę konsumenta z drugiej strony[13]. Co więcej, trudno powiedzieć na ile nowe „reguły gry" (nowa regulacja) znajdują zrozumienie wśród „graczy" (pośredników ubezpieczeniowych)[14], którzy nie zawsze są zdolni zrozumieć racjonalność postępowania innych graczy albo jej brak. Podczas prac legislacyjnych zmierzających do implementacji

[11] Bob de Witt, Ron Meyer, Synteza strategii, Polskie Wydawnictwo Ekonomiczne, Warszawa 2007, s. 55.
[12] Zob. m.in. BIPAR views on the revision of the IMD, October 2011, s.2
[13] Jest to w gruncie rzeczy konflikt miedzy „rynkiem" (wolnością/konkurencja), a kulturą (ochrona konsumenta), który powszechnie uznaje się za tzw. „trudny przypadek". Podczas rozstrzygania „hard cases" nie wystarcza posługiwanie się klasycznymi metodami prawniczego rozumowania (logiką, argumentacją, analizą), niezbędne jest korzystanie z osiągnięć hermeneutyki. Zob. J, Stelmach, B. Brożek, Metody prawnicze. Logika analiza-argumentacja- hermeneutyka. Wolters Kluwer, Kraków 2006, s. 12 i n.
[14] Na konieczność odróżnienia „reguł gry" od „gry" na rynku zwrócił uwagę North- najbardziej znany przedstawiciel instytucjonalnego EAP. Należy o tym pamiętać podczas prac legislacyjnych nad implementacją dyrektywy IMD2, gdyż utożsamianie „reguł gry" z „grą" powoduje chaos w dyskursie.

dyrektywy IMD2 trzeba zatem uwzględnić faktyczne ograniczenia racjonalności po to by osiągnąć zamierzony cel.

Dyrektywa IMD jest zgodna z tradycyjną logiką, gdyż prezentuje analityczny styl poznawczy, jej istota myślenia to dedukcja i kalkulacja, a orientacja jest wertykalna. Natomiast projekt Dyrektywy IMD2 odzwierciedla rekomendacje Parlamentu Europejskiego i Rady Europejskiej, które cechuje intuicyjny styl poznawczy, indukcja oraz wyobraźnia i ujęcie horyzontalne. Stąd też różnią się od siebie znacznie. Obowiązujący model oparty jest o specjalizację działalności pośredników ubezpieczeniowych, zakładów ubezpieczeń itp. zaś proponowane zmiany zmierzają w kierunku integracji podmiotów zajmujących się dystrybucją produktów ubezpieczeniowych i nie tylko. Dyrektywa IMD2 ma obejmować swym zakresem podmiotowym wszystkie osoby zajmujące się dystrybucją tzw. konsumenckich produktów ubezpieczeniowych[15], w tym osoby zajmujące się sprzedażą bezpośrednią produktów ubezpieczeniowych (zakłady ubezpieczeń)[16], lub osoby wykonujące czynności pośrednictwa na zasadzie *outsourcingu*[17]oraz pośredników reasekuracyjnych[18]. Radykalnej zmianie ma też ulec koncepcja wyłączeń spod reżimu dyrektywy o pośrednictwie ubezpieczeniowym, zakładająca objęcie reżimem IMD2 osoby dotychczas wyłączone spod reżimu IMD, takie jak: zajmujące się zawodowo zarządzaniem roszczeniami, wycenę szkód i rozpatrywaniem roszczeń biegłych[19].

Nie ma mowy o racjonalnej legislacji bez zewnętrznej harmonii i wewnętrznej spójności. Tę racjonalność należy rozwiązać w poziomie obszaru działalności (w perspektywie egzogenicznej i endogenicznej), korporacji (w perspektywie organizacji osobnej i uwikłanej)[20]. Dyrektywa IMD reguluje stosunki prawne związane z umową ubezpieczenia w fazie jej zawierania. O sukcesie w tej sferze działalności decydują podstawowe dwa czynniki: odporność na działania konkurencji i dostosowanie do otoczenia (paradoks rynku i zasobów), odpowiednia synergia na poziomie korporacji (paradoks refleksu i synergii) oraz odpowiednia synergia na poziomie sieci (paradoks rywalizacji i współpracy). Te względy powinny być brane pod uwagę przy określaniu treści dyrektywy IMD2. Zasadniczy problem sprowadza się do rozstrzygnięcia, czy ten podstawowy akt prawa unijnego i krajowego (z racji jego implementacji) powinien ograniczać się do stosunków cywilnoprawnych związanych z

[15] wyłączony został tzw. obrót profesjonalny, utożsamiany z dużymi ryzykami
[16] Rekomendacja 3 Parlamentu Europejskiego i Rady Europejskiej.
[17] Rekomendacja 6 Parlamentu Europejskiego i Rady Europejskiej.
[18] Rekomendacja 4 Parlamentu Europejskiego i Rady Europejskiej.
[19] Nie podlegają dyrektywie IMD2 takie osoby jak: eksperci podatkowi i księgowi świadczący usługi doradcze oraz osoby udzielające ogólnej informacji o produktach ubezpieczeniowych.
[20] Firma brokerska Marsh INSIA zamierza w Polsce oferować współpracę na zasadach sieci partnerskiej. Zob. Z. Reda, Brokerzy będą się łączyć, Rzeczpospolita, 4 września 2012, B 9.

dystrybucją produktów ubezpieczeniowych czy też objąć swym zakresem przedmiotowym również stosunki pracy związane ze sprzedażą bezpośrednią produktów ubezpieczeniowych przez pracowników zakładów ubezpieczeń. Za pierwszym rozwiązaniem przemawia dążenie specjalizacji pośredników ubezpieczeniowych w określonej branży[21] i ich konsolidacji[22], a w drugim rozwiązaniu dążenie do połączenia wszystkich stosunków prawnych związanych z dystrybucją produktów ubezpieczeniowych w jedną całość w ramach rynku wewnętrznego, z uwzględnieniem nowej ideologii „e-commerce"[23].

Na potwierdzenie zasługuje fakt, iż przewidywana jest dalsza progresja w kierunku porównywalności wymogów stawianych pośrednikom ubezpieczeniowym i ubezpieczycielom z takiego kanału dystrybucji niekorzystającym (tzw. sprzedaż bezpośrednia). Nie kwestionując zasadności rozszerzenia zakresu obowiązków nakładanych na pośredników celem zrównania szans na rynku ubezpieczeniowym w myśl zasady wolnej konkurencji, poddawania jednej regulacji dwóch różnych kanałów dystrybucji wydaje się niewłaściwe z punktu widzenia jasności i klarowności legislacji. Pośrednicy ubezpieczeniowi stanowią niezależne ogniwa rynku ubezpieczeniowego. Regulacja działalności ubezpieczeniowej przepisami tworzonymi z myślą o działalności pośrednictwa ubezpieczeniowego prowadzić może do problemów w wykładni. Należy pamiętać, że art. 12 i 13 nie można rozpatrywać w oderwaniu od pozostałych przepisów dyrektywy o pośrednictwie. Niekwestionując celowości zwiększenia ochrony konsumenta i większej spójności ujawnianych mu informacji niezależnie od kanału dystrybucji, lepszym rozwiązaniem jest wprowadzanie zmian odpowiednio dla danego kanału dystrybucji. Rozszerzenie wymagań wobec ubezpieczycieli w zakresie świadczenia ochrony ubezpieczeniowej (sprzedaży produktów ubezpieczeniowych) chociażby w drodze zmian do dyrektywy Solvency II wydaje się bardziej racjonalne. Nie zmienia to faktu, że ujednolicenie wymogów stawianych podmiotom świadczącym ochronę ubezpieczeniową i pośredniczących w jej świadczeniu wiąże się ze wzrostem konkurencji na rynku, korzystnej dla konsumentów – klientów ubezpieczeniowych.[24]

Tendencja do usuwania w cień stosunków cywilnoprawnych związanych z dystrybucją produktów ubezpieczeniowych (umowy ubezpieczenia i umowy reasekuracji) i eksponowanie instrumentów prawnofinansowych rynku wewnętrznego (w tym przede

[21] Specjalizacja jest najważniejszą cechą pośrednika ubezpieczeniowego i taka powinna pozostać. Pośrednicy powinni dobrze znać branże przedsiębiorców, z którymi współpracują, by zapewnić najlepsze możliwe doradztwo.
[22] Konsolidacje są typowe dla rynku brytyjskiego, hiszpańskiego i włoskiego.
[23] Explanatory Memorandum. Państwa członkowskie zgodnie z nowymi zapisami mają obowiązek stworzenia systemu rejestracji on- line.
[24] Study on the impact of the revision of the Insurance Mediation Directive ..., s. 8

wszystkim wynagrodzenia dystrybutorów produktów ubezpieczeniowych) w efekcie prowadzi do lekceważenia informacji dotyczącej ogólnych warunków ubezpieczeń[25] (prawo wynikające z zawieranych umów) i utrwalania u klientów przeświadczenia, że najważniejsza jest cena, z która wiąże się wynagrodzenie pośredników ubezpieczeniowych. Jest to w istocie niekorzystne dla ochrony konsumenta, bowiem zakłóca stan równowagi między „rynkiem" a „kulturą"[26]. Ta teza zostanie rozwinięta poniżej w rozważaniach poświęconych kwestii wynagrodzenia dystrybutorów produktów ubezpieczeniowych w sprzedaży pośredniej i bezpośredniej.

## III. Wynagrodzenie pośrednika ubezpieczeniowego i jego transparentność

Rozważenie zasadności wprowadzenia reżimu ujawniania wynagrodzenia przez pośredników ubezpieczeniowych wymaga zwrócenia uwagi na kategorie kryjące się pod tym pojęciem. Sprowadzają się one do różnic co do charakteru (*nature of remuneration*)) i źródła *(source of remuneration*) wynagrodzenia. Opierając się na terminologii stosowanej na rynku brytyjskim[27], wyróżnić można przede wszystkim: *fee, commission i contingent commission*. Najmniej popularnym, choć najprostszym sposobem wynagrodzenia jest opłata (*fee*) wynikająca w umowy zawartej pomiędzy brokerem i klientem. Z uwagi na negocjacyjny charakter niesie ze sobą najmniej problemów. Najpopularniejszy sposób wynagrodzenia stanowi prowizja wypłacana przez ubezpieczyciela, skalkulowana w składce ubezpieczeniowej (*commission*). Najwięcej kontrowersji budzi dodatkowe wynagrodzenie wypłacane przez ubezpieczyciela z tytułu osiągnięcia określonej skali działalności lub uzgodnionych celów sprzedażowych (*contingent commission (placement service agreement/market service agrement)* często jako forma zachęty definiowana jako wszelkie świadczenia dodatkowe oferowane celem osiągnięcia określonego sposobu działania.

Kwestia prowizji (*commission)*, w szczególności „warunkowych" prowizji (*contingent commision*) stała się w ostatnich latach przedmiotem wątpliwości co do braku transparentności wynagrodzenia i potencjalnych konfliktów interesów pomiędzy brokerami i klientami. Jako na przedstawicielu ubezpieczającego, na brokerze ciąży powinność działania w interesie ubezpieczającego. Brak jasności co do charakteru wynagrodzenia stanowić może przyczynę utraty zaufania do konkretnego brokera, jak i całego samorządu brokerskiego. Pomocne w ocenie projektowanych zmian są doświadczenia państw członkowskich, które

[25] Por. Christian Cassebaum, , Public hearing on the revision of the IMD – from IMD1 to IMD2, 10 december 2010, s. 5
[26] Por. Luc Hendricks, Public Hearing on the Revision of the IMD- From IMD1 to IMD2, 10 December 2010, http://ec.europa.eu/internal_market/.
[27] A. Roberts, Insurance broker remuneration: law and regulation, http://www.out-law.com

dobrowolnie, nie czekając na ingerencję organów UE, wprowadziły na krajowych rynkach reguły mające na celu zachowanie transparentności wynagrodzenia.

Przykład stanowi największy w UE rynek ubezpieczeniowy Wielkiej Brytanii[28]. Ubezpieczeniowe Zasady Dobrej Praktyki (*Insurance Conduct of Business Sourcebook* – ICOBS)[29] wsparte przez rekomendacje FSA[30] przewidują ujawnianie wynagrodzenia na żądanie klienta. W przypadku opłacania brokera przez klienta, broker jest zobowiązany przedstawić mu wszelkie szczegóły wynagrodzenia lub podstawę kalkulacji jego wysokości przed powstaniem odpowiedzialności z tytułu płatności ubezpieczającego lub przed zawarciem umowy ubezpieczenia, jeżeli doszło do niego wcześniej. (ICOBS 4.3.1R). Takie wymogi dotyczą wszelkich opłat (*fees*) należnych w czasie obowiązywania umowy, z wyłączeniem składki i prowizji (*commission*).

Co do ujawniania wysokości prowizji (*commission*) ubezpieczającym przedsiębiorcom ICOBS spełnienie obowiązku przez brokerów uzależnione jest od żądania klienta. W roku 2008 FSA poddała szerokiej dyskusji koncepcję reformy, obejmującej obowiązek ujawniania wynagrodzenia. W wyniku badań przeprowadzonych wśród organizacji handlowych, ubezpieczycieli i pośredników wycofała się z tego projektu. W zamian w grudniu 2008 r. opracowano wytyczne dla brokerów mające na celu ulepszenie procedury ujawniania wysokości wynagrodzenia „na żądanie". Opublikowane w kwietniu 2009 roku, przyjęte zostały przez Brytyjskie Stowarzyszenie Brokerów (BIBA), Stowarzyszenie Londyńskich i Międzynarodowych Brokerów Ubezpieczeniowych (*London and International Insurance Brokers' Association*), Instytut Brokerów Ubezpieczeniowych (*Institute of Insurance Brokers*) i Stowarzyszenie Brytyjskich Ubezpieczycieli (ABI). Specjalny status wytycznych, rekomendowanych przez FSA, oznacza, iż przed podjęciem jakichkolwiek działań przeciwko pośrednikowi brane jest pod uwagę czy działał on zgodnie z wytycznymi.

Proponowany wzór ujawniania wynagrodzeń określa charakter wynagrodzenia (uzgodniona opłata czy prowizja), jego wysokość i odpowiedź na pytanie czy przewidywane jest dodatkowe wynagrodzenie prowizyjne z tytułu zorganizowania finansowania składki i/lub wynikające z treści umowy z ubezpieczycielem. Wymóg ujawnienia „na żądanie" dotyczy wszystkich form wynagrodzenia, w tym ustaleń dotyczących podziału zysku czy płatności związanych z wielkością sprzedaży (ICOBS 4.4). Szczególnej uwadze poświęcona została

[28] Study on the impact of the revision of the Insurance Mediation Directive ..., s . 18
[29] Warto nadmienić, iż reguły ujawniania sprzedaży czystych produktów ochronnych zmienią się z końcem 2012 w konsekwencji przyjęcia przez FSA Weryfikacji Dystrybucji Detalicznej (RDR).
[30] FSA, Transparency, disclosure and conflict of interest in the commercial insurance market 08/2, Discussion Paper, March 2008, s. 24 i n.

kwestia szybkości i precyzji informacji udzielanej na życzenie klienta oraz obowiązku informowania klientów o możliwości zażądania przez nich informacji o wynagrodzeniu (co najmniej raz na 12 miesięcy).

Natomiast pośredniczenie w zawieraniu umów ubezpieczenia z konsumentami nie zostało objęte regulacją, co jest zgodne z intencją FSA. Poza zakresem przedmiotowym ICOBS pozostała ochrona świadczona konsumentom. Jeżeli konsument zażąda informacji na temat wynagrodzenia, broker nie jest zobowiązany w świetle prawa odpowiedzieć. Treść ICOBS przypomina jednak pośrednikom, iż obok reguł prawnych ciążą na nich zasady wynikające z charakteru działalności i występowania na rynku w interesie ubezpieczających. Zalicza się do nich zasada ujawniania, obejmująca obowiązek uwzględniania wszelkich ukrytych zysków i unikania konfliktów interesów.

Należy wyraźnie podkreślić, że rynek brytyjski jest najdojrzalszym rynkiem w UE, a wprowadzony reżim ujawniania wynagradzania cechuje ewolucyjny charakter, uwzględniający poziom świadomości ubezpieczeniowej wszystkich uczestników rynku. Ponadto ma on charakter reguł wprowadzanych za akceptacją środowiska pośredników ubezpieczeniowych (reprezentowanych przez zrzeszające ich organizacje) i jest ograniczony do pośrednictwa w imieniu przedsiębiorców i tylko „na żądanie".

` Inny przykład stanowi rynek fiński, gdzie wprowadzony został obowiązek ujawniania wysokości wynagrodzenia. Wprowadzenie zakazu pobierania prowizji (omówionego niżej) zmusiło brokerów do zmian w kierunku działalności i przyjęcia modelu doradczego. Ułatwiło to wprowadzenie systemu wyceny netto do wykazywania kosztu produktu. Obecnie brokerzy są zobowiązani obciążać klientów niezależnie od składki ubezpieczeniowej, co wpływa na jasność wynagrodzenia. Można by mniemać, że dzięki takim rozwiązaniom ubezpieczyciele obniżyli koszty składki i kwotę prowizji płaconej pierwotnie. Jednak wbrew pozorom wielu ubezpieczycieli nie obniża składek z tytułu ochrony świadczonej za pośrednictwem brokerów, czego skutkiem kanał pośrednictwa w zakresie określonych produktów staje się droższy i mniej konkurencyjny[31]. Działający na fińskim rynku agenci nie są zobowiązani do ujawniania kwoty wynagrodzenia.

Spośród licznych badań przeprowadzonych dla rynku brytyjskiego na temat skutków ujawniania wynagrodzenia żadne nie udowodniło znaczących korzyści dla klienta. Wszystkie gremia badane w tej kwestii na zlecenie Komisji Europejskiej zgadzają się co do tego, że poznanie wysokości prowizji uzyskanej przez pośrednika ubezpieczeniowego przynosi bardzo

[31] Świadczyć o tym mogą wyniki dotyczące rynku brokerskiego w Finlandii w latach 1997 - 2010

niewielkie lub żadne korzyści konsumentom[32]. Skutkiem wprowadzenia reżimu może dojść do odrzucania przez klientów ochrony świadczonej w zamian za niskie składki ubezpieczeniowe przy jednoczesnych wysokich wynagrodzeniach bez względu na jakość uzyskiwanej ochrony. Generalne rozwiązania, które nie uwzględniają kontekstu, ani stopnia porównywalności produktów i gromadzonych informacji, mogą wywoływać skutki odwrotne od zamierzonych. W zależności od wymaganego zakresu ujawniania i charakteru rynku, koszty wdrożenia reżimu ujawniania wynagrodzeń mogą być bardzo wysokie. Pośrednicy ubezpieczeniowi traciliby w stosunku do podmiotów wykorzystujących pozostałe kanały dystrybucji ubezpieczeń: sprzedaż bezpośrednią czy *bancassurance*. Wynik porównania kosztów ponoszonych przy korzystaniu z różnych kanałów będzie na niekorzyść pośredników.

W odróżnieniu od ujawniana wysokości wynagrodzenia, obowiązek ujawniania charakteru i źródła wynagrodzenia uznano natomiast generalnie za dopuszczalny i korzystny dla konsumentów, szczególnie w odniesieniu do świadczenia ochrony ubezpieczeniowej konsumentom – wyjaśniania relacji ubezpieczyciel-pośrednik- klient. Kwestią kontrowersyjną pozostaje sposób egzekwowania nałożonego obowiązku. Bez wątpienia mniej uciążliwe dla pośredników byłoby uzależnienie go od żądania ujawnienia informacji przez potencjalnego ubezpieczającego. Takie rozwiązanie sprowadza obowiązek do uprawnienia klienta, co może ograniczać jego skuteczność. Trudno nie zgodzić się z wysuwana tezą, że skala oddziaływania będzie ograniczona jeśli do ujawniania dochodzić będzie dochodzić jedynie „na żądanie". W krajach o niskiej świadomości ubezpieczeniowej, do których z pewnością zalicza się Polska, zachodzi obawa, iż potencjalni ubezpieczający nie będą korzystać z przysługującego im uprawnienia.

Wprowadzenie takiego obowiązku informacyjnego zapewni większą transparentność charakteru wynagrodzenia pośrednika, ułatwi oddzielenie działalności pośrednictwa ubezpieczeniowego od doradztwa – odrębnie wynagradzanego. Mylące dla klienta może być natomiast ujawnienie kosztów dystrybucji. Stanowiłoby ponadto zbędny ciężar dla pośredników. Zagrożeniem jest jednak zróżnicowanie kanałów dystrybucji. W szczególności w odniesieniu do *bancassurance* wskazane wydaje się wprowadzenie regulacji obligujących ubezpieczycieli do ujawniania źródła wynagrodzenia, ułatwiających klientom zrozumienie zawiłych relacji bank-ubezpieczyciel.

[32] Study on the impact of the revision of the Insurance Mediation Directive ..., s .8, BIPAR views on the revision of the IMD, October 2011, s. 12

Z kwestią transparentności wynagrodzenia silnie wiąże się problem konfliktu interesów[33]. Trudno bagatelizować fakt, że kwestia wynagrodzenia jest podstawowym źródłem konfliktów interesów w relacjach handlowych. Za takie relacje uznać należy również relacje na rynku ubezpieczeniowym, gdzie ochronę ubezpieczeniową traktować możemy jako towar uzyskiwany za określoną cenę. Problem narasta tam gdzie pozornie rzetelne modele biznesowe w rzeczywistości takie nie są, jak również w sytuacjach niestandardowych, nietypowych. Z tymi ostatnimi mamy do czynienia na rynku pośrednictwa ubezpieczeniowego. Działalność niezależnych pośredników ubezpieczeniowych, których działalność implikuje nawiązywanie relacji kontraktowej zarówno z ubezpieczycielem jak i ubezpieczającym, stanowić może ze swej natury źródło konfliktu interesów. Brak świadomości co do charakteru relacji pośrednik-ubezpieczyciel może być szkodliwy dla konsumenta. Fakt, że broker może otrzymać dodatkowe prowizyjne wynagrodzenie (*contingent commission*) jeśli osiąga korzyści handlowe na rzecz ubezpieczyciela prowadzi do potencjalnego konfliktu interesów pomiędzy jego interesami handlowymi i obiektywną poradą świadczoną na rzecz jego klienta. Mimo tych obaw, badania przeprowadzone przez FSA dla rynku brytyjskiego wykazały, iż jedynie około 1,5% całkowitej kwoty przychodów pośredników stanowią wpływy z tytułu dodatkowej prowizji[34].

W toku prac nad reformą rynku ubezpieczeniowego brane pod uwagę są dwa potencjalne sposoby rozwiązywania problemu konfliktów interesów:

- Wprowadzeni zakazu prowizji od sprzedaży produktów ubezpieczeniowych
- Wprowadzenie obowiązku ujawniania wszelkich konfliktów interesów wzorem rozwiązań wprowadzonych dyrektywą MIFID[35]

Zgadzając się z respondentami badanymi na zlecenie Komisji Europejskiej przez PwC[36] oba rozwiązania wydają się być niewłaściwe. Uznać je można za zbyt daleko ingerujące w stosunki ubezpieczeniowe - niezgodnie z zasadą proporcjonalności.

---

[33] Zob. Consultation document on the Review of the Insurance Mediation Directive (IMD) Commission Staff Working Paper, s. 9, Bruno Geiringer, IMD2: the review of the Insurance mediation Directive, http://www.out-law.com/page-11652, s. 3,

[34] A. Robverts, Insurance broker remuneration …, s. 5

[35] Dyrektywa 2004/39/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 21 kwietnia 2004 roku w sprawie rynków instrumentów finansowych (MiFID). Przepisy MiFID mają zastosowanie w odniesieniu do wszystkich podmiotów świadczących usługi w zakresie inwestycji lub związanych z instrumentami finansowymi będącymi przedmiotem dyrektywy. Przepisom dyrektywy MiFID podlegają więc banki, biura maklerskie i pośrednicy finansowi.

[36] Study on the impact of the revision of the Insurance Mediation Directive ..., s.6

Zakaz prowizyjnego wynagrodzenia stanowi skrajne rozwiązanie, godzące w zasadę wolnej konkurencji, prowadząc do ograniczenia wyboru klientom ubezpieczeniowym. Doprowadziłoby ono do wycofania się z rynku ubezpieczeniowego większości pośredników lub przekwalifikowania w pracowników najemnych zakładów ubezpieczeń. Takie rozwiązanie utrudniłoby wejście na rynek obcym ubezpieczycielom. Pośrednicy ubezpieczeniowi stanowią bowiem wiodący kanał dystrybucji ubezpieczeń w działalności transgranicznej. Krajowi ubezpieczyciele wykorzystywaliby wyraźna przewagę nad ubezpieczycielami goszczącymi, co stoi w jawnej sprzeczności z zasadami unijnymi (swobody przedsiębiorczości i usług). Tym samym ubezpieczający miałby ograniczony wybór produktów. Wprowadzenie zakazu prowadzić mogłoby również do obniżenia zakresu i/lub jakości ochrony ubezpieczeniowej dóbr osobistych i interesów mniej zamożnych warstw obywateli UE. Nie byłoby ich stać lub nie chcieliby przeznaczać ograniczonych środków pieniężnych na poradę. Koszty administracyjne brokerów wzrosłyby ponieważ byliby zobligowani do wystawienia oddzielnych rachunków z tytułu udzielenia porady.

Kolejną kwestię stanowią koszty szerokiej restrukturyzacji rynku, które w ostateczności obciążą klientów ubezpieczeniowych. Opuszczanie rynku przez niezależnych pośredników ubezpieczeniowych (brokerów) i „wchłanianie" ich przez struktury zakładów ubezpieczeń skutkowałoby internalizacją kosztów stałych i zwiększaniem się wielkości takich kosztów ponoszonych przez ubezpieczycieli (z tytułu rozwoju sieci sprzedaży bezpośredniej). Z uwagi na fakt, że sektora sprzedaży bezpośredniej nie dotknąłby wprowadzany zakaz, zyskałby on na rozszerzenie zakresu działalności spowodowanej brakiem konkurencji i internalizacji (wchłonięciu) portfeli pośredników ubezpieczeniowych (niezależnych i zależnych). Należy mieć jednak na uwadze, że wzrost sprzedaży bezpośredniej nie może zrekompensować utraty aktywności generowanej przez pośredników ubezpieczeniowych.

Finlandia stanowi przykład rynku, na którym wprowadzono zakaz prowizji, rzekomo jako środek służący neutralizacji konfliktów interesów w relacjach pośredników działających w imieniu klientów i pośredników działających w imieniu ubezpieczycieli. Działający na fińskim rynku pośrednicy objęci są zakazem akceptowania jakichkolwiek płatności od ubezpieczycieli. Mogą być wynagradzani jedynie przez klientów, których interesy reprezentują (sekcje 26 i 29 ustawy o pośrednictwie ubezpieczeniowym[37]). Unikając stosowania się do zakazu wielu brokerów przekwalifikowuje się na agentów lub multiagentów. Agent ( w odróżnieniu chociażby do rynku brytyjskiego) może działać

[37] Insurance Mediation Act 570/2005 (IMA), który wszedł w życie 1.9.2005

zarówno imieniu ubezpieczyciela, jak i ubezpieczającego. Dopuszczalna jest również działalność multiagentów, działających na rzecz kilku ubezpieczycieli. Broker, przeciwnie, może działać jedynie na podstawie umowy zawartej z klientem. Stosowanie kontrowersyjnego zakazu spotkało się z negatywną opinią Komisji Europejskiej[38], której zdaniem zaostrzy on poważne problemy, w tym konflikty interesów na fińskim rynku ubezpieczeniowym. W 2009 roku Minister Spraw Społecznych i Zdrowia stwierdził w raporcie[39], że zakaz prowizji jest najbardziej problematyczną częścią ustawy o pośrednictwie ubezpieczeniowym z 2005 r. Zakaz doprowadził do koncentracji rynku. Fińscy brokerzy wycofują się z rynku konsumenckiego. Brokerzy pośredniczący w ochronie dużych ryzyk związanych z działalnością gospodarczą odnotowali gwałtowny spadek dochodów, niekiedy nawet o 75 %[40]. Dochodzi do protekcjonizmu i ograniczania dostępu do rynku fińskiego ubezpieczycieli zagranicznych, z uwagi na uniemożliwienie dystrybucji przez niezależnych pośredników.

Rozważając zasadność wprowadzenie obowiązku ujawniania obowiązku ujawniania wszelkich sprzeczności interesów należy mieć na uwadze sylwetkę potencjalnego klienta ubezpieczeniowego. Należy zastanowić się, jaki cel miałoby dostarczanie mu informacji niekoniecznie pomocnych w podejmowaniu decyzji o skorzystaniu z ochrony ubezpieczeniowej. W warunkach postępującej komodyzacji (utowarowienia) rynku ubezpieczeniowego obszerne ujawniania konfliktów interesów nie wydaje się korzystne dla klientów. Zwiększanie liczby i/lub złożoności dostarczanych mu dokumentów może okazać się szkodliwe z uwagi na zagrożenie czytania bez zrozumienia treści i/lub znaczenia.

Z drugiej strony gromadzenie i ujawnianie wszelkich informacji stanowić może ciężar niemożliwy do zniesienia przez pośredników zaliczanych do małych przedsiębiorców. W konsekwencji taki obowiązek może być trudny do wprowadzenia w praktyce i powiększy grupę „martwych" przepisów prawa, wpływając tym samym na jego jakość. Więksi pośrednicy skorzystaliby z efektu skali w administracji i zarządzaniu systemami informacyjnymi, a zatem odczuliby ciężar obowiązku w mniejszym stopniu. Wprowadzony reżim wygenerowałaby dodatkowe koszty, które odczuwalne byłyby w większym stopniu przez mniejszych pośredników, co stoi w sprzeczności z zasadą wolnej konkurencji i nie jest korzystne dla rozwoju rynku pośrednictwa ubezpieczeniowego, którego dywersyfikacja jest zaletą i przynosi korzyści klientom.

[38] MARKT/H/2/TK/mfc (2009) 57074, FS/050.070/0008
[39] 21 STM/3228/2007, Ministry of Social Affairs and Health, 15 June 2009
[40] Study on the impact of the revision of the Insurance Mediation Directive ..., s. 36

Harmonizacja prawa rynku ubezpieczeniowego na szczeblu unijnym uwzględniać powinna rozdrobniony charakter sektora (w szczególności w zakresie rynku konsumenckiego) i różnorodność ram prawnych, przyjętych modeli biznesowych, a także poziomu dojrzałości państw członkowskich. Nadmiernie szczegółowe ujawnianie danych dotyczących wynagrodzeń, kosztów dystrybucji czy konfliktów interesów przynieść może więcej szkody niż korzyści. Realizacja takiej polityki jest problematyczna, potencjalnie zakłócająca rynek i ostatecznie zbędna z punktu widzenia potrzeb konsumenta. We właściwy sposób implementowane i stosowane w praktyce obowiązujące przepisy dyrektywy o pośrednictwie ubezpieczeniowym (IMD) dotyczące rekomendacji już dzisiaj mogą być skutecznym narzędziem w realizacji wyznaczonych celów.

Dostrzegając problem konfliktu interesów skupić się należy na rozwiązaniach dotyczących obowiązków konkretnych, koniecznych, których uciążliwość nie rodzi większych kosztów niż oczekiwane korzyści. Za takie rozwiązanie uznawany jest obowiązek ujawniania charakteru i źródła wynagrodzenia (omówiony powyżej). Wydaje się przynosić najwięcej korzyści przy jednoczesnym zakłócania rynku w najmniejszym stopniu i ponoszeniu najmniejszych kosztów. Korzyści byłyby najbardziej widoczne w krajach, w których rynek ubezpieczeniowy znajduje się w fazie rozwoju i/lub takich gdzie ochrona konsumenta jest na niezadawalającym poziomie.

**Konkluzje**

1. Podjęcie próby rekonstrukcji dystrybucji produktów ubezpieczeniowych poprzez rozbicie pośrednictwa ubezpieczeniowego na konsumenckiego i korporacyjne (dużych ryzyk z połączenie usług na rzecz klientów – konsumentów z innymi kanałami dystrybucji wymaga bardziej wnikliwej analizy opartej o założenia instytucjonalnego nurtu ekonomicznej analizy prawa. Potrzeba dokładnej analizy kosztów transakcyjnych związanych z rekonstrukcja rynku. Bez niej wprowadzane mogą być tylko zmiany istotne, ale nie strategiczne.

2. Próba ujęcia całościowego problemu dystrybucji produktów ubezpieczeniowych jest słuszna. Natomiast za błąd w sztuce legislacyjnej można uznać próbę uregulowania spraw związanych z działalnością ubezpieczeniową poprzez instytucję pośrednictwa ubezpieczeniowego. Te same założenia ogólne stanowić powinny podstawę dwóch odrębnych regulacji.

3. Uwaga powinna być skupiona na pojęciu *advise*, czyli informacji dotyczącej praw i obowiązków klienta- konsumenta. Znajomość ogólnych warunków ubezpieczeń i zrozumienie klauzul umownych są najważniejsze. Mniej istotna jest wiedza dotycząca ceny. To degeneruje świadomość ubezpieczeniową, która nie powinna- choć jest – koncentrować się na cenie, decydującej o wyborze produktu.

4. Za słuszne uznać należy wprowadzenie obowiązku ujawnienie charakteru i źródła wynagrodzenia. Rozszerzenie treści rekomendacji o obowiązek ujawnienia takich treści sprzyja niwelowaniu sprzeczności interesów i wzmacnianiu wiarygodności działań brokerów. W przeciwieństwie do obowiązku ujawniania kwoty wynagrodzenia, który uznać należy za generujący koszty nieproporcjonalne do korzyści i zbędny.

* * *