

Eugeniusz Kowalewski

Wynagrodzenie brokera ubezpieczeniowego*

I. Uwagi ogólne

W praktyce ubezpieczeniowej wytworzyło się mylne przekonanie, że jedyną postacią wynagrodzenia brokera jest tzw. kurtaż¹. Nikt jednak nie twierdzi, że broker ubezpieczeniowy wykonuje swoje usługi darmo, bez wynagrodzenia. Dla każdego jest oczywiste, że działa on – podobnie jak inni pośrednicy występujący w obrocie prawnym² – za wynagrodzeniem, a więc odpłatnie, choć prawdą jest, że nie deklaruje tego wprost żaden przepis ustawy³.

Jednak pośrednio sprawa ta została bez wątpienia przesądzona w przepisach ustawy o pośrednictwie ubezpieczeniowym, która *expressis verbis* stwierdza, że pośrednictwo ubezpieczeniowe polega na wykonywaniu określonych w tej ustawie czynności „za wynagrodzeniem” (art. 2 ust. 1). Jest oczywiste, że – *lege non distinguente* – dotyczy to zarówno agenta, jak i brokera ubezpieczeniowego⁴.

Z kolei z innych przepisów – niemających jednak charakteru cywilnoprawnego, lecz raczej charakter uregulowań typu administracyjno-nadzorczego – wynika, że broker otrzymuje prowizję⁵. Nie wiadomo jednak, jaką i w jakiej wysokości, a w szczególności – kto powinien być tej prowizji płatnikiem (dłużnikiem)? W związku z tym warto przypomnieć, że w niektórych dawnych regulacjach⁶ obowiązkiem zapłaty kurtażu obarczano nie ubezpieczyciela, lecz tego, kto z usług brokera bezpośrednio korzysta, innymi słowy – tego, kto go „angażuje”, czyli ubezpieczającego.

Prawdopodobnie z początkiem XIX w. zaczęła utrwalać się praktyka, że płatnikiem kurtażu jest ubezpieczyciel. Stało się tak najpierw w obszarze ubezpieczeń morskich, związanych z tradycjami brytyjskiego rynku morskiego, będącego już wówczas światowym centrum morskich ubezpieczeń i zwyczajów w tym zakresie, które potem „promieniowały” na obszar ubezpieczeń lądowych.

* Rozdziały: III, IV, V i VI niniejszego artykułu są autorstwa **dr Małgorzaty Serwach**, a rozdział VII jest opracowany wspólnie.

¹ Spolszczenie francuskiego *courtage*, nawiązującego do pojęcia *courtier*, francuskiego odpowiednika „brokera ubezpieczeniowego”.

² Szerzej zob. K. Zacharzewski, *Umowa o pośrednictwo giełdowe*, Toruń 2008, s. 129 i n.

³ Ustawa z dnia 23 maja 2003 r. o pośrednictwie ubezpieczeniowym (Dz.U. Nr 124, poz. 1154 z późn. zm.), powoływana dalej jako „ustawa o pośrednictwie”.

⁴ W tym miejscu należy wspomnieć, że dyrektywa 2002/92/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 9 grudnia 2002 r. w sprawie pośrednictwa ubezpieczeniowego również nie reguluje sprawy wynagrodzenia brokerów, pozostawiając w tym zakresie swobodę regulacjom państw członkowskich.

⁵ Zob. na przykład art. 24 ust. 2 zd. drugie oraz art. 35 ust. 4 pkt 2 ustawy o pośrednictwie.

⁶ Zapis taki zawierały statuty barcelońskie z 1435 r. (*Los capitulos de Barcelona*).

Trzeba też pamiętać, że zarówno wówczas, jak i obecnie status prawny brokera według tradycji brytyjskich wykazuje cechy bardzo specyficzne. Specyfika ta polega na tym, że broker jest tam postrzegany jako jednoczesny reprezentant interesów ubezpieczyciela, a w pewnym zakresie – nawet jako jego przedstawiciel (np. w zakresie skutków prawnych wystawianych przez niego „not pokrycia”, wiążących ubezpieczycieli czy też w zakresie umocowania do inkasa składek).

Jeśli idzie o regulacje rodzime, to trzeba przypomnieć, że pierwsze uregulowanie instytucji brokera nastąpiło w rozporządzeniu Prezydenta RP w sprawie pośrednictwa ubezpieczeniowego z 1934 r.⁷ Rozporządzenie to jednak, pomimo że wspomina także o wynagrodzeniu brokera (nazywanego maklerem), nie przesądza, kto jest, lub powinien być, płatnikiem kurtażu.

W okresie powojennym przywrócono instytucję maklera ubezpieczeniowego (brokera) po roku 1990⁸, a pewna „całościowa” regulacja tej instytucji znalazła się dopiero w ustawie o pośrednictwie ubezpieczeniowym (2003), która jednak – jak już wskazano na wstępie – o kurtażu zaledwie wspomina i to raczej w kontekście bardzo ogólnym i niejako pośrednio. Ustawa w ogóle nie mówi natomiast ani o istocie i sposobie ustalania kurtażu, ani też o tym, kto jest jego płatnikiem.

Kwestia ta nieco się „wyklarowała” w 2005 r., kiedy to nowela do ustawy o pośrednictwie ubezpieczeniowym⁹ dość nieoczekiwanie wprowadziła zasadę, że zapłaceniu przez ubezpieczającego składki brokerowi ma skutki prawne zapłaty dokonanej na rzecz uprawnionego ubezpieczyciela¹⁰. Ten, pozornie mało istotny, przepis ma jednak w omawianej tu kwestii kurtażu pewne znaczenie, albowiem zdaje się brokera „plasować” – przynajmniej w zakresie zapłaty składki – jako ustawowego przedstawiciela uprawnionego do składki ubezpieczyciela. Rzutuje to pośrednio także na uprawnienie brokera do kurtażu, ponieważ – skoro jest on reprezentantem czy nawet przedstawicielem ubezpieczyciela w kwestii zapłaty składki – to rodzić to winno przypuszczenia, że ubezpieczyciel powinien takiego brokera (reprezentanta) w jakiś sposób i w bliżej nieokreślonej wysokości wynagradzać, podobnie jak ma to miejsce w stosunku do agenta ubezpieczeniowego.

II. Źródło roszczenia o kurtaż i jego uzasadnienie

Jak już wspomniano, działalność brokera ubezpieczeniowego jest działalnością gospodarczą¹¹ prowadzoną za wynagrodzeniem. Tak ogólne stwierdzenie nie wyjaśnia jednak kwestii, kto powinien ponosić ciężar należnego

⁷ Dz.U. z 1934 r. Nr 96, poz. 864.

⁸ Chodzi o przepis art. 34 ustawy z dnia 28 lipca 1990 r. o działalności ubezpieczeniowej (Dz.U. Nr 59, poz. 344).

⁹ Ustawa z dnia 18 lutego 2005 r. (Dz.U. Nr 48, poz. 447) wprowadzająca nowy przepis do ustawy o pośrednictwie ubezpieczeniowym (art. 6a).

¹⁰ Szerzej: J. Pokrzywniak, *Broker ubezpieczeniowy – ubezpieczający – ubezpieczyciel, Stosunki zobowiązaniowe*, Bydgoszcz–Poznań 2005, s. 153–157.

¹¹ Zob. art. 5 ustawy o pośrednictwie.

brokerowi wynagrodzenia: ubezpieczający czy ubezpieczyciel? A może dług „kurtażowy” ciąży *de iure* na obu stronach umowy ubezpieczenia? Sprawa dodatkowo się komplikuje w przypadku tzw. konsorcjalnych (koasekuracyjnych) form umów ubezpieczenia¹², w przypadku których może powstać np. problem, czy kurtaż obciąża tylko lidera koasekuracyjnego, czy też wszystkich zaangażowanych koasekuratorów, a jeśli tak, to według jakiego algorytmu lub „techniki” obliczać części kurtażu przypadające na koasekuratorów. Szczególnie „finezjny” problem powstać może w przypadku tzw. frontingu ubezpieczeniowego¹³, a więc kiedy „formalny” ubezpieczyciel (frontujący) transferuje całość składki na reasekuratora jako frontiera, który *de facto* staje się ubezpieczycielem.

Zasygnalizowane dylematy i pytania nie mają bynajmniej wymiaru czysto teoretycznego, albowiem w praktyce – zwłaszcza polskiej – odmowy ubezpieczycieli dotyczące uznania roszczeń prowizyjnych brokera są nader częste. Godne uwagi są najróżnorodniejsze racje i argumenty przytaczane przez ubezpieczycieli, odmawiających zapłaty kurtażu. Zdarza się też, że dany ubezpieczyciel – nie przecząc udziałowi brokera w doprowadzeniu do finału procedur zawierania poszczególnych umów ubezpieczenia – odsyła go w kwestii kurtażu do ubezpieczającego, jako jego bezpośredniego zleceniodawcy. Ubezpieczyciel taki powołuje się np. na fakt, że nie zawierał żadnej umowy o pośrednictwo z brokerem, z której jego dług kurtażowy by wynikał. W innych sytuacjach – kiedy brokera łączy z danym ubezpieczycielem porozumienie kurtażowe lub umowa o współpracy – odmowę uznania roszczenia kurtażowego uzasadnia się okolicznościami i odpowiednimi postanowieniami porozumienia kurtażowego, np. że umowa taka uległa rozwiązaniu lub była nieważna albo też, że broker nie dopełnił poszczególnych postanowień takiego porozumienia, warunkujących powstanie „obowiązku kurtażowego” po stronie ubezpieczyciela. Wiele z takich sporów dotyczy nie tyle samej zasadności roszczenia o kurtaż, ile jego wysokości, zwłaszcza wówczas, gdy „tabele kurtażowe” nie zostały precyzyjnie ustalone albo matematyczny algorytm obliczania kurtażu należnego jest niejasny lub budzi w konkretnym przypadku wątpliwości.

Zdarza się też, że powodem sporów o kurtaż jest kwestionowanie przez ubezpieczyciela faktycznego udziału brokera w procesie zawierania umowy ubezpieczenia, bądź próba umniejszenia tego udziału, w myśl niepisanej zasady: „bierny broker nie zasługuje na kurtaż”¹⁴. W tym ostatnim przypadku ubezpieczyciel może nie kwestionować ani istnienia porozumienia kurtażowego, ani

¹² Koasekuracyjne formy umowy ubezpieczenia – zob. E. Kowalewski, *Prawo ubezpieczeń gospodarczych*, Bydgoszcz–Toruń 2006, s. 250–256 oraz tenże, *Umowa ubezpieczenia*, Bydgoszcz–Toruń 2002, s. 55–60.

¹³ Co do istoty frontingu – zob. E. Kowalewski, *Prawo...*, op. cit., s. 36.

¹⁴ Analizując stosowane na naszym rynku porozumienia kurtażowe, ze zdumieniem odnotować można, że niektóre z nich zastrzegają dla ubezpieczyciela prawo do arbitralnej oceny czy uznania roszczenia o kurtaż w każdym konkretnym przypadku. Błędność tych klauzul polega na tym, że *de iure* porozumienie kurtażowe nie jest źródłem roszczenia o kurtaż w rozumieniu materialnoprawnym; źródło to leży poza płaszczyzną takiego porozumienia i wynika z innych przesłanek, jak np. doprowadzenie przez brokera do tzw. efektu brokerskiego oraz z faktycznego skorzystania z tego efektu przez danego ubezpieczyciela jako beneficjenta.

też formalnego udziału brokera w procesie zawierania umów ubezpieczenia; jego sprzeciw polega na zakwestionowaniu efektywności działań brokera, oczywiście oceniając to wyłącznie ze swego punktu widzenia. Ubezpieczyciel taki np. usiłuje dowieść, że i tak – nawet bez udziału brokera – dana umowa ubezpieczenia zostałaby przez niego zawarta, a dany klient zostałaby samodzielnie pozyskany. Nie widzi zatem racji, aby wynagradzać brokera za coś, co – w jego ocenie i z jego punktu widzenia – było zbędne lub mało efektywne.

Zastanówmy się w tym miejscu nad tym, co tak naprawdę kreuje roszczenie brokera o kurtaż, czyli co takie roszczenie uzasadnia?

I wreszcie – przyjmując tezę o odpłatnym charakterze usługi brokerskiej za udowodnioną – spróbujmy znaleźć uzasadnienie, dlaczego „dług kurtażowy” ma obciążać właśnie ubezpieczyciela, który nie zawiera przecież z brokerem żadnej umowy o pośrednictwo. Powołanie się w tej kwestii – jak czynią np. autorzy niemieccy¹⁵ – jedynie na powszechny zwyczaj, ukształtowany w światowym obrocie ubezpieczeniowym, nie wydaje się być wystarczające, a właściwie niewiele wyjaśnia.

Dlatego należałoby przeprowadzić najpierw analizę istoty umowy brokerskiej oraz tzw. czynności brokerskich, które „legitymują” brokera do żądania wynagrodzenia za ich wykonanie.

III. Umowa brokerska jako umowa nienazwana o charakterze mieszanym

Nie ulega wątpliwości, że umowę brokerską można zaliczyć do szerszego katalogu umów o pośrednictwo. Stanowi ona przykład umowy nienazwanej, nieokreślonej *expressis verbis* przez ustawodawcę w przepisach kodeksu cywilnego ani żadnej z ustaw ubezpieczeniowych, a równocześnie – umowy mieszanej zawierającej w swej treści elementy umów różnego typu¹⁶ lub inaczej rzecz ujmując – modelowe cechy kilku stosunków zobowiązaniowych¹⁷.

Zaliczenie umowy brokerskiej do kategorii umów mieszanych nie przesądza jednak o tym, które przepisy powinny znaleźć zastosowanie do oceny łączącego strony stosunku prawnego, zwłaszcza na płaszczyźnie praw i obowiązków stron oraz należnych im świadczeń. Dla prawidłowej interpretacji umowy o charakterze mieszanym proponuje się, aby w każdym spornym przypadku badać, jaki był cel gospodarczy danego stosunku zobowiązaniowego jako pewnej całości i stosownie do wyników przeprowadzonej analizy zakwalifikować badaną umowę do kategorii, na jaką wskazuje jej typ główny albo „*stosować odpowiednio, tj. zależnie od danej kwestii przepisy wydane dla tych stosunków zobowiązaniowych,*

¹⁵ Zob. H.A. Griess, M. Zinnert, *Der Versicherungsmakler – Position und Funktion aus rechtlicher und wirtschaftlicher Sicht. Ein Handbuch für die Praxis*, Verlag Versicherungswirtschaft, Karlsruhe 1993, s. 113. Por. też A. Kufel-Siemińska, *Makler ubezpieczeniowy (system niemiecki) a broker ubezpieczeniowy (system polski)*, Wiadomości Ubezpieczeniowe 1997, nr 7–8, s. 24 i n.

¹⁶ Zob. Z. Radwański, *Uwagi i umowach mieszanych*, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego 1985, z. 41, s. 109 i n.

¹⁷ Zob. F. Zoll, *Zobowiązania w zarysie według polskiego kodeksu zobowiązań*, Warszawa 1948, s. 76.

których cechy umowa w sobie łączy”¹⁸. Wyrazem tego założenia są proponowane we współczesnej literaturze przedmiotu metody analogii, emancypacji oraz kombinacji¹⁹.

Generalnie rzecz ujmując, umowa brokerska stanowi przykład stosunku umownego, w którym jedna strona zobowiązuje się do dokonania lub dokonywania określonych czynności wobec swojego kontrahenta. Z tego powodu utożsamiana jest zazwyczaj z umową zlecenia, a w zasadzie z umową o świadczenie usług, do której stosuje się odpowiednio przepisy o umowie zlecenia (art. 750 k.c.). Pogląd ten, reprezentowany w starszej doktrynie prawa cywilnego²⁰, znajduje swoje odzwierciedlenie także w orzecznictwie sądów polskich²¹. Przeglądając wypowiedzi poszczególnych przedstawicieli doktryny ubezpieczeniowej należy jednak zauważyć, że zleceniowa formuła działalności brokera ubezpieczeniowego nie budziła większych wątpliwości jedynie pod rządami prawa zobowiązań. W chwili obecnej, ze względu na szczególny charakter świadczonych usług w różnych umowach o pośrednictwo, odstępstwa od zasad określonych w przepisach o zleceniu mogą przybierać różną postać i iść bardzo daleko, zwłaszcza w kwestii wynagrodzenia pośrednika. Stwierdzenie to upoważnia do spojrzenia na umowę brokerską jak na stosunek prawny z elementami umowy o dzieło. Podstawowe znaczenie ma w tym względzie ustalenie, do czego zobowiązuje się broker: do osiągnięcia określonego rezultatu czy też do starannego działania. Należy wyraźnie podkreślić, że w czynnościach podejmowanych przez pośrednika ubezpieczeniowego można dopatrzeć się wielu cech umowy o dzieło, jak i samego dzieła. Zaliczmy do nich przede wszystkim obowiązek opracowania programu ubezpieczeniowego, ewentualnie innych dokumentów dostosowujących funkcjonujące na rynku ogólne warunki ubezpieczenia do potrzeb konkretnego ubezpieczającego. Ustalając zakres ryzyka oraz potencjalnej szkodowości ubezpieczającego, pośrednik ubezpieczeniowy może poprzez stosowne klauzule brokerskie określić program ubezpieczenia, na podstawie którego w przyszłości, w toku negocjacji z ubezpieczycielem lub w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, wybrany zostanie optymalny wariant ubezpieczenia. Biorąc powyższe pod uwagę, broker zobowiązuje się wobec swojego kontrahenta do osiągnięcia określonego rezultatu, czyli ulokowania ryzyka na określonych, opracowanych indywidualnie, warunkach ubezpieczenia. Gdybyśmy uznali, że wystarczy działanie z należytą starannością, musielibyśmy w konsekwencji przyjąć, że kurtaż należy się w każdym przypadku, nawet wówczas, gdy prawidłowe działania brokera nie doprowadziły do osiągnięcia określonego rezultatu, czyli zawarcia przez ubezpieczającego umowy ubezpieczenia z wybranym ubezpieczycielem.

¹⁸ Zob. R. Longchamps de Berier, *Zobowiązania*, Poznań 1948, s. 153.

¹⁹ Zob. S. Grzybowski (w:) *System prawa cywilnego*, t. III, cz. 2, Ossolineum 1976, s. 17; M. Nesterowicz, *Odpowiedzialność cywilna biur podróży*, Warszawa 1974, s. 69 i n.

²⁰ Zob. A. Szpunar (w:) *System prawa cywilnego*, t. III, cz. 2, s. 390.

²¹ Zob. wyrok SA w Katowicach z 18 stycznia 1994 r., OSA 1994, nr 11–12, s. 45.

Za proponowanym ujęciem przemawia również fakt, że czynności brokerskie wymagające „specjalistycznej wiedzy” (art. 25 ustawy o pośrednictwie) nie muszą być wykonywane osobiście, lecz mogą być zlecane przez brokerów innym podmiotom. Brak obowiązku osobistego wykonania zobowiązania jest charakterystyczny dla umowy o dzieło, nie zaś dla typowego zlecenia.

Na marginesie można dodać, że zleceniową formułę brokerstwa ubezpieczeniowego odrzuca także literatura zagraniczna. Skłania się ona do poglądu, że w omawianym przypadku mamy do czynienia z umową mieszaną, będącą kompozytem umowy zlecenia i umowy o dzieło. Elementy tego ostatniego stosunku prawnego mają jednak charakter przeważający. Istotą analizowanej umowy jest bowiem zobowiązanie się brokera do osiągnięcia określonego rezultatu, czyli odpowiedniego ulokowania ryzyka i jego ubezpieczenia, a nie do starannego działania „wokół” zawarcia umowy ubezpieczenia.

W konkluzji należy stwierdzić, że umowa brokerska jest umową nienazwaną o cechach umowy mieszanej, której strony są zobowiązane do wielu świadczeń charakterystycznych dla różnych typów stosunków zobowiązaniowych. Stanowi ona bardziej umowę mieszaną z elementem usługi niż umowę mieszaną o świadczenie usług²². W szczególności opracowany przez brokera program ubezpieczeniowy, dostosowany do potrzeb konkretnego podmiotu, spełnia wszystkie warunki dzieła, będąc z góry określonym, samoistnym, obiektywnie osiągalnym i w danych warunkach pewnym, niematerialnym rezultatem pracy ludzkiej ucieleśnionym w nośniku materialnym.

IV. Czynności brokerskie jako tytuł do wynagrodzenia brokera

Ustawowa formuła brokerstwa ubezpieczeniowego nie została sprecyzowana w aspekcie przedmiotowym, tj. co do dopuszczalnego zakresu działalności brokerskiej. Przepis art. 4 ust. 2 ustawy o pośrednictwie stanowi jedynie, że broker dokonuje czynności w imieniu lub na rzecz podmiotu szukającego ochrony ubezpieczeniowej, zwane dalej „czynnościami brokerskimi”, polegające na zawieraniu lub doprowadzaniu do zawarcia umów ubezpieczenia, wykonywaniu czynności przygotowawczych do zawarcia umów ubezpieczenia oraz uczestniczeniu w zarządzaniu i wykonywaniu umów ubezpieczenia, także w sprawach o odszkodowanie, jak również na organizowaniu i nadzorowaniu czynności brokerskich (działalność brokerska). Broker powinien dokonać przy tym rzetelnej analizy ofert dostępnych na rynku i wybrać tę, która najbardziej odpowiada potrzebom klienta (art. 26 pkt 2 ustawy o pośrednictwie).

Z powołanych regulacji ubezpieczeniowych wynika, że konkretna działalność brokerska może obejmować szereg czynności zmierzających do zawarcia umowy ubezpieczenia określonego typu. Polega ona zarówno na przygotowaniu warunków niezbędnych do nawiązania stosunku prawnego, czyli na daniu sposobności do zawarcia umowy, jak i na pośredniczeniu przy jej zawarciu lub

²² Rozróżnienia takiego dokonał L. Ogiegło, *Odpowiedzialność kontraktowa pośrednika (w:) Rozprawy z polskiego i europejskiego prawa prywatnego. Księga pamiątkowa ofiarowana Profesorowi Józefowi Skąpskiemu*, Kraków 1994, s. 53.

zawarcia umowy w imieniu ubezpieczającego²³. Obowiązujące normy prawa ubezpieczeniowego nie wymagają, aby wszystkie działania były podejmowane przez jeden podmiot. Czynności konkretnego pośrednika mogą zatem obejmować jedynie wskazanie osoby kontrahenta lub wyłonienie go w innym trybie (np. poprzez przygotowanie postępowania w sprawie zamówienia publicznego), komunikowanie ze sobą zainteresowanych podmiotów, przekazywanie ofert, informowanie o warunkach umowy, ustalanie jej zmian, dostarczanie wiadomości o stanie stosunków majątkowych drugiej strony, prowadzenie lub uczestniczenie w negocjacjach, ustalanie treści umowy, przygotowanie odpowiednich dokumentów²⁴.

W braku szczegółowych wskazówek ustawodawcy w zakresie obowiązków brokera i ich kwalifikacji decyduje wola stron, czyli treść umowy brokerskiej.

V. Podwójne usytuowanie brokera w relacjach ubezpieczający – ubezpieczyciel. Podmiot zobowiązany do wypłaty odpowiedniego wynagrodzenia

Ustawa o pośrednictwie ubezpieczeniowym definiuje wprawdzie „pośrednictwo ubezpieczeniowe” jako działalność wykonywaną za wynagrodzeniem (art. 2 ust. 1), jednak żaden przepis nie wskazuje podmiotu zobowiązanego do jego zapłaty. Określenie „za wynagrodzeniem” charakteryzuje zatem ekonomiczny sens działalności zawodowej brokera, nie odnosi się jednak „bezpośrednio do stosunków prawnych, w które wchodzi w związku z jej wykonywaniem”²⁵.

Problem wynagrodzenia brokera jest zatem zagadnieniem złożonym z tego względu, że pomimo braku wyraźnego postanowienia ustawy w praktyce przyjmuje się, że podmiotem zobowiązanym do jego wypłaty jest ubezpieczyciel, czyli osoba spoza stosunku umownego (umowy brokerskiej). Wyłania się pytanie, jakie jest uzasadnienie prawne przekazania kurtażu oraz ustalenia jego kwoty właśnie przez ubezpieczyciela. W nauce prawa zauważa się, że prowizja wypłacana brokerowi może być traktowana jako zaoszczędzony przez ubezpieczyciela hipotetyczny koszt akwizycji, czyli koszt „pozyskania klienta”²⁶. Jak przy tym dowodzą prowadzone statystyki, niektóre zakłady ubezpieczeń ponad 50% składki pozyskują właśnie z umów ubezpieczenia zawieranych za pośrednictwem brokerów ubezpieczeniowych²⁷. Najprawdopodobniej praktyka ta opiera się na niepisanim założeniu, czy wręcz kalkulacji, że w rachunku końcowym mniej kosztowne jest płacenie prowizji brokerom niż ponoszenie kosztów rozwoju własnej sieci dystrybucji²⁸.

²³ Zob. E. Kowalewski, *Broker ubezpieczeniowy w świetle regulacji prawnej – zagadnienia cywilnoprawne*, Prawo Asekuracyjne 1996, nr 1, s. 45.

²⁴ Zob. A. Burzak, *Umowa o pośrednictwo*, Przegląd Prawa Handlowego 1992, nr 2, s. 16.

²⁵ Zob. J. Pokrzywniak, *Pośrednik coraz bardziej niezależny*, Rzeczpospolita 2003, nr 6, s. 18.

²⁶ Zob. E. Kowalewski, *op.cit.*, s. 68.

²⁷ Zob. J. Królikowska, *Miejsce i rola brokera ubezpieczeniowego na polskim rynku ubezpieczeń w odniesieniu do UE*, Prawo Asekuracyjne 2001, nr 3, s. 50.

²⁸ Zob. J. Pokrzywniak, *Broker ubezpieczeniowy...*, *op. cit.*, s. 172.

Z tego punktu widzenia zarówno „następcanie sposobności do zawarcia umowy”, jak i pośredniczenie przy zawarciu umowy mogą być wykonywane na rzecz obu stron przyszłej umowy ubezpieczenia, a więc na zasadzie tzw. dwustronnego zlecenia. Dodatkowo płatnikiem kurtażu jest właśnie ubezpieczyciel, co podkreśla podwójne usytuowanie brokera w relacji ubezpieczający – ubezpieczyciel. Można za prawnikami francuskimi powiedzieć, że prowizja brokerska płacona jest za „dostarczenie” ubezpieczycielowi klienta²⁹. Bezpośrednim kontrahentem brokera jest zatem ubezpieczający, a podmiotem, który dokonuje z tego tytułu rozliczenia – ubezpieczyciel, zaoszczędzający na skutek skłonienia osoby poszukującej ochrony do zawarcia konkretnej umowy hipotetycznie ujmowanych kosztów akwizycji. Tego rodzaju konstrukcja tłumaczy nie tylko podwójne usytuowanie brokera, ale też fakt, że na płaszczyźnie wypłaty wynagrodzenia czy też jego wysokości ubezpieczający jest osobą trzecią, która nie może ustalać zasad wykonania tego obowiązku przez ubezpieczyciela, jego zasadności oraz należnej kwoty.

Należy jednak zauważyć, że wynagrodzenie brokera może również, w szczególnie uzasadnionych przypadkach, pochodzić od ubezpieczającego. Z tego rodzaju sytuacją mamy do czynienia, gdy działalność brokera nie jest związana bezpośrednio z zawieraniem umów ubezpieczenia, lecz dotyczy doradztwa lub prowadzenia czynności likwidacyjnych³⁰. Wynagrodzenie od ubezpieczającego może przysługiwać także wtedy, gdy zawarł on z brokerem umowę o stałej współpracy, co wiąże się często z szerokim zakresem czynności wykonywanych przez ten podmiot na rzecz ubezpieczającego³¹.

VI. Problematyka wymagalności wynagrodzenia brokera oraz możliwości jego podziału w przypadku „rozbitcia” czynności brokerskich pomiędzy kilka podmiotów

Określenie z góry ustalonych, formalnych zasad odnoszących się do zapłaty kurtażu oraz jego wymagalności jest bardzo trudne z tych samych powodów, z jakich nie jest możliwe jednoznaczne wskazanie charakteru stosunku prawnego łączącego brokera z ubezpieczającym. W zależności bowiem od roli, w jakiej występuje broker, wynagrodzenie może składać się z różnych składników, począwszy od samej prowizji maklerskiej (kurtażu) poprzez prowizję od zrealizowanych roszczeń (tzw. odpowiedzialnościowa lub *collecting commission*), inkasową, a skończywszy na prowizji *del credere* oraz prowizji za sporządzenie polisy³².

Charakterystyczne jest przy tym, że już pod rządami prawa zobowiązań uznawano, iż zobowiązany ma obowiązek wypłaty wynagrodzenia, jeśli pośrednik rozwinię pewną działalność i osiągnie zamierzony skutek. Innymi słowy, pośrednik jest uprawniony do żądania wynagrodzenia, jeżeli dzięki

²⁹ Zob. F. Lefebvre, *Assurances des risques d'entreprise*, Levallois 1994, s. 59.

³⁰ Zob. E. Kowalewski, op.cit., s. 68.

³¹ Zob. S. Koroluk, *Broker jako pośrednik ubezpieczeniowy*, Sopot 1998, s. 86.

³² Zob. E. Kowalewski, op.cit., s. 67.

jego zabiegom zostanie zawarta odpowiednia umowa, a czynności, które podjął są spełnieniem warunku, od którego zależy jego prawo do żądania zapłaty³³. Dotychczasowa analiza dowodzi, że wskazane stanowisko jest w pełni uzasadnione także pod rządami obecnie obowiązujących regulacji ubezpieczeniowych.

Jeśli pośrednik czynił zabiegi w celu dojścia do skutku danej umowy, a następnie działał inny pośrednik i dopiero wówczas strony zawarły umowę, pierwszemu pośrednikowi należy się wynagrodzenie, o ile zawarcie umowy ubezpieczenia nastąpiło na stworzonej przez niego podstawie³⁴. Jeżeli umowa doszła do skutku dzięki łącznemu działaniu i zabiegom kilku pośredników, należy się jedno wynagrodzenie, które w ich wewnętrznym stosunku należy rozdzielić według zasad o zobowiązaniach podzielnych³⁵. Powołane stanowisko zostało rozszerzone przez R. Longchamps de Berier, który stwierdził, że wynagrodzenie przysługuje także w takim przypadku, gdy w miejsce ustalonej została zawarta inna umowa, o ile realizuje ona ten sam cel gospodarczy³⁶. Należałoby zatem dojść do wniosku, że w przypadku udziału dwóch brokerów (przygotowującego zawarcie umowy ubezpieczenia czy ustalającego jej postanowienia oraz uczestniczącego przy zawarciu umowy ubezpieczenia), prowizja należy się temu brokerowi, którego czynności doprowadziły do nawiązania stosunku prawnego pomiędzy kontrahentami. Samo podpisanie umowy ma charakter formalny; decydujące znaczenie należy przypisać okoliczności, na jakich warunkach została ona zawarta. Tylko w ten sposób można uzasadnić sens wypłaty kurtażu przez konkretnego ubezpieczyciela, który – na skutek czynności brokerskich pierwszego podmiotu – uzyskał kolejnego klienta. Zamierzony przez niego skutek (nawiązanie stosunku ubezpieczenia na opracowanych indywidualnie do potrzeb danego ubezpieczającego postanowieniach) został osiągnięty, co powoduje powstanie roszczenia o wypłatę wynagrodzenia z tego tytułu. Drugorzędne znaczenie ma natomiast to, czy umowa ubezpieczenia została podpisana za jego pośrednictwem, za pośrednictwem innego brokera, czy też bez udziału jakiegokolwiek innego podmiotu (tylko ubezpieczający i ubezpieczyciel). W przeciwnym razie, ubezpieczający w zasadzie w każdym przypadku (poprzez wypowiedzenie umowy brokerskiej) mógłby – korzystając uprzednio z wiedzy fachowej, umiejętności i doświadczenia zawodowego pośrednika – doprowadzić do pozbawienia go wynagrodzenia należnego od ubezpieczyciela.

W niektórych uzasadnionych przypadkach kurtaż może być jednak wypłacony na rzecz obu pośredników z uwzględnieniem nakładu pracy i innych nakładów poczynionych dla osiągnięcia określonego celu, czyli nawiązania konkretnego stosunku ubezpieczenia. W zasadzie cała kwota może być przekazana jednemu z nich z obowiązkiem rozliczenia z pozostałymi brokerami, których

³³ Zob. E. Fenichel, *Umowa o pośrednictwo*, Głos Prawa 1931, nr 1, s. 20.; I. Rosenbluth, *Pośrednictwo w świetle ustawodawstwa polskiego*, Warszawa 1937, s. 2.

³⁴ Zob. Z. Fenichel, *Umowa...*, op.cit., s. 24.

³⁵ Zob. I. Rosenbluth, *Pośrednictwo...*, op.cit., s. 6.

³⁶ Zob. R. Longchamps de Berier, op.cit., s. 561.

łączone działania doprowadziły do rezultatu końcowego, czyli powstania stosunku umownego pomiędzy podmiotem poszukującym ochrony ubezpieczeniowej oraz ubezpieczycielem.

Wypłaty wynagrodzenia (w tzw. obsługowej części) może domagać się również kolejny broker, który zostanie umocowany jedynie do prowadzenia likwidacji potencjalnych szkód. Powstaje jednak pytanie, czy zobowiązanym z tego tytułu jest ubezpieczyciel, czy też ubezpieczający. Nie da się bowiem ustalić z góry, czy i w jakim zakresie będzie w przyszłości potrzebny udział brokera w tym zakresie. Pośrednik ubezpieczeniowy uczestniczy wprawdzie w wykonywaniu zawartych umów, lecz „ciężar” wykonawstwa spoczywa raczej na zakładzie ubezpieczeń. Nie należy do pośrednika ubezpieczeniowego – co wynika z dotychczasowej praktyki – szacowanie wysokości powstałej szkody i jej likwidacja oraz podejmowanie innych czynności związanych z zaistniałym wypadkiem³⁷.

VII. Przesłanki roszczenia o kurtaż

Częstymi powodami sporów o należny brokerowi kurtaż są niezbyt jasno określone tzw. przesłanki roszczenia kurtażowego. Jeśli idzie o prawo polskie, to kwestia ta w ogóle nie znalazła uregulowania.

Najpierw należałoby określić, co rozumiemy pod pojęciem owych przesłanek oraz to, czy ich spełnienie musi mieć charakter łączny (kumulatywny), czy też wystarczy zaistnienie jednej lub kilku z nich? Przesłanki roszczenia o kurtaż to określone warunki albo raczej ogniwa, którymi musi się cechować udział danego brokera w procesie „pośredniczenia” w zawieraniu umowy ubezpieczenia. Jeśli warunki te nie zostaną spełnione, roszczenie brokera o kurtaż w konkretnej sytuacji – i to pomimo tego, że „w jakiś sposób czy w jakiejś formie” faktycznie brał udział w procesie przygotowywania lub zawierania umowy ubezpieczenia – nie powstanie, co oznacza, że ubezpieczyciel będzie mógł uchylić się od zapłaty kurtażu.

Zgodnie z prawem austriackim, gdzie kwestia ta została uregulowana ustawowo³⁸, powstanie roszczenia kurtażowego uzależnione jest od następujących przesłanek:

- 1) brokera oraz ubezpieczyciela musi łączyć umowa (porozumienie kurtażowe);
- 2) wykonane przez brokera czynności muszą być efektywne;
- 3) czynności brokera muszą być skuteczne (tzn. doprowadzić do zawarcia danej umowy ubezpieczenia);
- 4) pomiędzy działaniem brokera a zawartą umową ubezpieczenia musi istnieć adekwatny związek przyczynowy;

³⁷ Zob. A. Pawłowski, *Pośrednik ubezpieczeniowy jako przedsiębiorca*, Monitor Prawniczy 2004, nr 24, s. 1131.

³⁸ Zob. ustawa o maklerach (Bundesgesetz über die Rechtsverhältnisse der Makler und über Änderungen des Konsumentenschutzgesetzes) z dnia 1 lipca 1996 r. (Bundesgesetzblatt 1966, nr 262).

- 5) działania brokera nie muszą być przyczyną „wyłączną” czy „jedyną” zawarcia danej umowy ubezpieczenia; wystarczy, że były istotną czy jedną z istotnych przyczyn, które doprowadziły do zawarcia takiej umowy³⁹ oraz
- 6) umowa ubezpieczenia zawarta w rezultacie zabiegów brokera musi zostać wykonana⁴⁰.

Ujęcie przesłanek warunkujących roszczenie kurtażowe brokera ubezpieczeniowego w prawie austriackim wydaje się być zbyt rygorystyczne i sformalizowane. Największe wątpliwości budzi przesłanka formalna, a mianowicie to, aby brokera łączyła z danym ubezpieczycielem umowa o kurtaż⁴¹. Z tego można byłoby wnosić, że jeżeli broker takiego porozumienia nie zawarł, nie może żądać prowizji za pośredniczenie przy zawarciu danej umowy ubezpieczenia z danym ubezpieczycielem. Rozwiązanie to nie wydaje się właściwe już choćby z tego względu, że pośrednictwo brokera znajduje swą „legitymację” nie w umowie kurtażowej, lecz w zleceniu brokerskim (umowie brokerskiej), a więc na płaszczyźnie stosunków broker – ubezpieczający. Ponadto rozwiązanie to jest mało życiowe, albowiem trudno oczekiwać, aby wszyscy działający na rynku brokerzy mieli zawarte porozumienia kurtażowe ze wszystkimi ubezpieczycielami.

Kontrowersje budzić też może przesłanka ostatnia, czyli warunek, aby zawarta w wyniku zabiegów brokera umowa ubezpieczenia została rzeczywiście wykonana, czyli aby nie została rozwiązana (wypowiedziana) przed upływem pierwotnie przewidzianego terminu. Drastyczność tego warunku widoczna byłaby w szczególności wówczas, kiedy do takiego wcześniejszego rozwiązania umowy ubezpieczenia dochodzi z przyczyn niezależnych od brokera, a tak jest najczęściej.

Wydaje się zatem, że właściwsze jest doktrynalne ujęcie przesłanek roszczenia kurtażowego, w szczególności prezentowane w literaturze niemieckiej⁴².

Przyjmuje się mianowicie, że roszczenie o kurtaż warunkują jedynie cztery następujące przesłanki:

- 1) działalność „pośrednicząca” brokera przy zawieraniu danej umowy ubezpieczenia musi wynikać z udzielonego przez ubezpieczającego zlecenia (umowy brokerskiej);
- 2) musi dojść do efektywnego zawarcia umowy ubezpieczenia (zasada rezultatu);
- 3) pomiędzy działalnością brokera a zawarciem umowy ubezpieczenia musi istnieć związek przyczynowy oraz
- 4) musi nastąpić zapłata składki przez ubezpieczającego w całości bądź w części (np. pierwszej raty).

³⁹ Można zatem sądzić, że chodzi o tzw. adekwatny (normalny) związek przyczynowy w rozumieniu np. art. 361 § 1 k.c. Tak też, jak się wydaje, M. Fras, *Uwagi o transparentności wynagrodzenia brokerskiego na tle ustawodawstwa austriackiego – wzór dla polskiego ustawodawcy?*, Prawo Asekuracyjne 2007, nr 4, s. 82–83.

⁴⁰ W związku z tym, jeżeli zawarta już umowa ubezpieczenia zostaje następnie rozwiązana przed upływem przewidzianego terminu, broker może utracić prawo do prowizji z jej tytułu albo do „pełnej kwoty prowizji”. Zob. M. Fras, op.cit., s. 83.

⁴¹ Do poglądu tego zdaje się przychylić J. Pokrzywniak, op.cit., s. 167.

⁴² Zob. H.A. Griess, M. Zinnert, op.cit., s. 114.

VIII. Zwrot kosztów i wydatków

Z problematyką wynagrodzenia brokerskiego wiąże się kwestia wydatków i kosztów poniesionych przez brokera w związku z wykonywaniem pośrednictwa. **Przyjmuje się, iż wszelkie koszty związane z działalnością brokerską, co do zasady, obciążają samego brokera, stanowiąc jego „ryzyko gospodarcze”**. Oznacza to, że są one pokrywane z prowizji oraz ewentualnie z innych składników wynagrodzenia brokera. Jest to jedna z charakterystycznych cech umowy brokerskiej, do której w tym zakresie nie stosuje się reguł obowiązujących przy typowym zleceniu, przy którym zleceniodawcę obciąża obowiązek zwrotu przyjmującemu zlecenie nie tylko poniesionych przez niego kosztów, ale także i obowiązek zwolnienia go od zobowiązań zaciągniętych przez zleceniobiorcę w związku z wykonywaniem zlecenia (art. 742 k.c.). Sytuacja brokera różni się także w tym zakresie od agenta, który – w braku odmiennego postanowienia umowy – może domagać się zwrotu od swego zleceniodawcy wydatków, o ile były one uzasadnione i o ile ich wysokość nie przekracza zwykłej w danych stosunkach miary (art. 762 k.c.).

W związku z problematyką kosztów działalności brokerskiej i ewentualnym roszczeniem o ich zwrot przez zleceniodawcę (ubezpieczającego) należy zwrócić uwagę na sytuacje, w których broker zleca wykonanie określonych czynności brokerskich innym podmiotom, na co zezwala art. 25 ustawy o pośrednictwie. Powstaje pytanie, czy koszty związane z takim „zewnętrznym” zleceniem brokera pokryć musi on sam, czy też może żądać ich zwrotu od zleceniodawcy?

Wydaje się, iż – jeśli nie zastrzeżono inaczej w umowie brokerskiej – tego rodzaju koszty obciążają wyłącznie brokera i to nawet wówczas, kiedy przekraczają „zwykłą miarę”, a więc gdy mają charakter nadzwyczajny. Zwrotu tego rodzaju kosztów i wydatków broker będzie mógł domagać się od swego zleceniodawcy tylko wtedy, gdy wyrazi on na to zgodę. Zgoda ta może wynikać bądź to z ogólnej klauzuli w umowie brokerskiej (klauzula kosztowa), bądź z akceptacji czy zgody zleceniodawcy wyrażonej *ad hoc*.

Wobec mogących pojawiać się na tym tle wątpliwości (a nawet sporów) należałoby postulować, aby **w umowach brokerskich sprawa kosztów i wydatków była wyraźnie uregulowana, a w szczególności kwestia, czy będzie miał odpowiednie zastosowanie przepis art. 742 lub 762 k.c.**

IX. Wnioski

Działalność brokerska jest działalnością gospodarczą prowadzoną za wynagrodzeniem. Zasadniczym – choć nie jedynym – wynagrodzeniem brokera jest prowizja brokerska (kurtaż), której płatnikiem jest ubezpieczyciel. Tymczasem broker zawiera umowę o pośrednictwo (umowę brokerską) z ubezpieczającym, natomiast z zakładem ubezpieczeń tzw. porozumienie kurtażowe, które – nie będąc umową o wykonywanie pośrednictwa – reguluje jedynie zasady współpracy i rozliczeń kurtażowych. Prawo polskie nie zawiera niemal żadnych regulacji cywilnoprawnych na temat wynagrodzenia brokerskiego. Jeśli do tego dodamy, że umowa brokerska jest zgodnie kwalifikowana jako umowa nienazwana

o charakterze mieszanym, to uwidacznia to skalę problemów i wątpliwości, które występują w praktyce, stając się często pożywką dla sporów o zasadność bądź wysokość prowizji danego brokera, który uczestniczył w procesie zawierania określonych umów ubezpieczenia.

Wskazówka, że w kwestii tej należy stosować odpowiednio przepisy kodeksu cywilnego o zleceniu czy o umowie agencyjnej nie rozwiązuje tych problemów, albowiem przepisy te nie są adekwatne do specyfiki pośrednictwa wykonywanego przez brokera ubezpieczeniowego.

W tym stanie rzeczy należałoby postulować *de lege ferenda* jak najszybsze uregulowanie umowy o pośrednictwo (np. w kodeksie cywilnym), a niezależnie od tego w ustawie o pośrednictwie należałoby wprowadzić precyzyjne i jasne zasady dotyczące wynagrodzenia brokera ubezpieczeniowego, a w szczególności uregulować kwestię, kto jest płatnikiem kurtażu i jakie są materialne przesłanki nabycia przez brokera roszczenia o jego wypłatę. ■

Insurance Broker's Remuneration

Broker's activity is an economic activity, which is remunerated. The basic broker's remuneration, though not the only one, is the commission (the courtage), paid by the insurer. However, brokers conclude the mediation contracts with the insured, whereas with the insurance companies they sign the courtage agreements, which are not contracts and regulate only the principles of co-operation and the courtage settlements. What is more, the Polish legislation almost does not contain any civil and legal regulations relating to broker's remuneration. Besides, the broker's contract is classified as an unnamed agreement of a mixed nature. All these factors reveal a variety of problems and doubts, which occur in practice leading to disputes over the legitimacy or amount of the commission of a given broker, who participated in the process of concluding particular insurance contracts. However, the hint that in such cases the provisions of the Civil Code regulating the commissioned services or the agency contract should be applied does not solve any problems, as these regulations are not appropriate for the specific form of mediation performed by insurance brokers.

Under these circumstances, what should be postulated *de lege ferenda* is the regulation of the mediation contract as quickly as possible (e.g. in the Civil Code). Moreover, the clear and precise principles relating to insurance broker's remuneration should be introduced in the Insurance Mediation Act. They ought to regulate, in particular, the matters of the courtage payer, and the material premises of broker's claim for the payment of courtage.