

Europejskie regulacyjne prawo prywatne a ochrona konsumenta na rynku produktów ubezpieczeniowych. Perspektywa prawa angielskiego¹

Engjell Sokoli

Magister prawa, doktorant na Uniwersytecie Jagiellońskim

ORCID: 0000-0002-0224-1209, e-mail: engjell.sokoli@outlook.com

Wstęp

Produkty o charakterze finansowym, do których zaliczyć należy m.in. produkty ubezpieczeniowe oraz instrumenty finansowe, odznaczają się wielopłaszczyznową charakterystyką prawną². Jest ona funkcją natury ekonomicznej produktów

¹ Tekst powstał w ramach projektu badawczego Narodowego Centrum Nauki (NCN), nr grantu 2018/29/B/H55/01281.

² Produkty finansowe to bardziej syntetyczne ujęcie dla umów występujących na rynku finansowym (np. umowy w usługach bankowych, firm inwestycyjnych czy zakładów ubezpieczeniowych – art. 805 i n. ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, tekst jedn.: Dz.U. z 2022 r. poz. 1360 ze zm., dalej: k.c.) dostosowane do mechanizmu regulacyjnego prawa prywatnego, które wprowadza m.in. przepisy o zarządzaniu produktowym (m.in. interwencja produktowa nadzorczy, proces projektowania produktu). Por. szerzej uwagi niżej dot. s. 404 FSMA 2000 (szerzej zob. podrozdział 3.6 niniejszego artykułu). J. Dybiński, *Zagadnienia ogólne ochrony inwestora na rynku instrumentów finansowych* [w:] *System Prawa Handlowego*, t. 4, *Prawo instrumentów finansowych*, red. M. Stec, Warszawa 2016, s. 1040: „Podkreślenia wymaga również mocno interdyscyplinarna natura problematyki: nauki prawne, wśród których już na płaszczyźnie normatywnej dochodzi do ścisłego przemieszania prawa prywatnego i publicznego”. Podobnie w literaturze niemieckiej na gruncie ustawy sektorowej regulującej ochronę konsumentów uczestniczących w crowdfundingu P. Buck-Heeb, *Schwarmfinanzierungs-Gesetzgebung zwischen Zivil- und Aufsichtsrecht Zur Haftung des Schwarmfinanzierungsdienstleisters*, Sonderausgabe der Zeitschrift für Bank und Kapitalmarktrecht 2022, s. 169.

finansowych, które zaliczane są do grupy tzw. dóbr zaufania/dóbr wiarygodności (*credence goods*)³ oraz płaszczyzny regulacji prawnych, która zakłada powiązanie mechanizmów europejskiego regulacyjnego prawa prywatnego z ogólnymi przepisami prawa prywatnego regulującymi m.in. zawieranie oraz treść umowy ubezpieczenia⁴. W piśmiennictwie twierdzi się, że regulacja sektorowa rynku finansowego (np. produktów ubezpieczeniowych) prowadzi do zjawiska określanego jako dualizm regulacyjny⁵. Dualizm ten polega na tym, że dystrybucja produktów ubezpieczeniowych na etapie procesu prowadzącego do zawarcia umowy z konsumentem przez pośrednika ubezpieczeniowego⁶ podlega równocześnie przepisom o charakterze *prima facie* publicznoprawnym, które regulują obowiązki pośredników ubezpieczeniowych zarówno wobec konsumentów (np. obowiązki doradcze), jak i nadzorczy, a także przepisom o pochodzeniu *stricte* prywatnoprawnym (np. kodeksowym w krajach kontynentalnych – kwestionariusz informacyjny o ryzykach ubezpieczyciela). Prawo angielskie stanowi szczególnie interesujący przykład opisywanego dualizmu regulacyjnego, którego wpływ na ochronę konsumenta na rynku produktów ubezpieczeniowych jest przedmiotem analizy w tekście (w szczególności praktyka rzecznika finansowego w Wielkiej Brytanii)⁷.

Nowe pole badawcze do analizy funkcjonowania umowy ubezpieczenia w prawie angielskim otwiera *acquis communautaire*, które zawiera szczegółową regulację ochronną dla konsumenta nabywającego produkt ubezpieczeniowy w ramach zorganizowanej dystrybucji produktów ubezpieczeniowych prowadzonej przez pośredników ubezpieczeniowych (art. 2 ust. 1 pkt 3 dyrektywy IDD – tj. płaszczyzna

³ J. Armour, D. Awrey, P. Davies, L. Enriques, J.N. Gordon, C. Mayer, J. Payne, *Principles of Financial Regulation*, Oxford 2016, s. 122.

⁴ F. Della Negra, *MiFID II and Private Law. Enforcing EU Conduct of Business Rules*, Londyn 2019, s. 150–155; N. Moloney, *The Investor Model Underlying the EU's Investor Protection Regime: Consumer or Investor?*, *European Business Organisation Law Review* 2012, t. 13, s. 169; M. Wallinga, *EU Investor Protection Regulation and Liability for Investment Losses: A Comparative Analysis of the Interplay Between MiFID & MiFID II and Private Law*, Genewa 2020, s. 5; P. Reynolds, *Selling financial products: the interface between regulatory and common law standards*, *Journal of International Banking Law and Regulation* 2014, s. 269–273; O.O. Cherednychenko, *Two Sides of the Same Coin: EU Financial Regulation and Private Law*, *European Organisation Business Law Review* 2021, t. 22, nr 1, s. 149; L.D. Loacker, *Informed Insurance Choice? The Insurer's Pre-Contractual Information Duties in General Consumer Insurance*, Londyn 2015, s. 26–27.

⁵ D. Busch, *The Private Law Effect of MiFID II and MiFIR: the Genil Case and Beyond* [w:] D. Busch, G. Ferrarini, *Regulation of EU Financial Markets. MiFID and MiFIR*, Oxford 2017, s. 838–845; D. Busch, *MiFID II: stricter conduct of business rules for investment firms*, *Capital Markets Law Journal* 2017, t. 12, nr 3, s. 350; H. Cousy, *About sanctions and the hybrid nature of modern insurance contract law*, *Erasmus Law Review* 2012, t. 5, nr 2, s. 131.

⁶ W dalszej części tekstu przez pośrednika ubezpieczeniowego rozumiem zarówno agentów, brokerów, jak i ubezpieczycieli, chyba że wyraźnie wskazują, że analizują konkretnego pośrednika ubezpieczeniowego (np. brokera). W dalszej części tekstu na płaszczyźnie prawa angielskiego wskazuję na odmienności definicyjne pomiędzy terminem „pośrednik ubezpieczeniowy” w ramach europejskiego regulacyjnego prawa prywatnego a „agent” w ramach regulacji prawa prywatnego (por. szerzej podrozdział 2).

⁷ Por. dalej przestawioną analizę obowiązków doradczych w podrozdziale 3 niniejszego artykułu.

regulacyjnego prawa prywatnego)⁸. Założeniem legislacyjnym dyrektywy IDD, jako instrumentu europejskiego regulacyjnego prawa prywatnego (inaczej określanego także jako prawo rynku finansowego), jest stworzenie otoczenia prawnego optymalnego dla ochrony wartości, takich jak odpowiedniość umowy ubezpieczenia w stosunku do wymagań i potrzeb konsumenta, ograniczenie negatywnego wpływu konfliktu interesów na kształtowanie się obowiązków eksploracyjno-doradczych pośredników ubezpieczeniowych (problem mechanizmu rozliczania prowizji oraz zachęt w przypadku produktów ubezpieczeniowo-inwestycyjnych), odpowiedniość, proporcjonalność oraz efektywność środków ochrony konsumentów, również w prawie prywatnym (art. 33 i 34 dyrektywy IDD) oraz wprowadzenie ogólnej normy dbania o najlepiej pojęty interes klienta (art. 17 pkt 1 dyrektywy IDD, ICOBS – *Insurance Conduct of Business Sourcebook*, C2.5.-1 R)⁹, która zobowiązuje pośredników ubezpieczeniowych do aktywnego wspierania konsumentów w podejmowaniu optymalnych decyzji.

Podstawy teoretycznoprawne teorii europejskiego regulacyjnego prawa prywatnego zostały wypracowane przez Micklitz'a oraz jego zespół badawczy¹⁰, który wskazał, że dyrektywy regulujące dystrybucję produktów finansowych bezpośrednio wpływają na funkcjonowanie prawa zobowiązań oraz prawa deliktów krajów członkowskich UE, ponieważ znaczna ich część prowadzi do modyfikacji, uzupełnienia oraz nieczęsto wprowadzenia nowych norm w stosunki zobowiązaniowe powstające w ramach prawa prywatnego, jak również tworzenia nowych standardów postępowania dla profesjonalnych uczestników, których naruszenie prowadzić może również do kreowania europejskiego regulacyjnego prawa deliktów¹¹. Założenia teorii opracowanej na podstawie badań Micklitz'a zasługują na akceptację, ponieważ nie można obecnie odrzucić argumentu opisywanego wyżej, że prawo europejskie tworzy normy uzupełniające stosunki zobowiązaniowe powstające w ramach prawa krajowego oraz dostarcza norm prawnych do budowania standardu odpowiedzial-

⁸ 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, s. 19; dalej: dyrektywa IDD. Dyrektywa IDD zastąpiła dyrektywę 2002/92/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 9 grudnia 2002 r. w sprawie pośrednictwa ubezpieczeniowego, Dz. Urz. UE L 9 z 15.01.2003, s. 3; dalej: dyrektywa IMD. Ogólnie o prawie konsumenckim: S. Weatherill, *EU Consumer Law and Policy*, Oxford 2013, s. 92.

⁹ *Insurance: Conduct of Business sourcebook*, <https://www.fca.org.uk/firms/insurance-conduct-business-sourcebook-icobs> (dostęp: 8.05.2022).

¹⁰ Por. szerzej w pracach: H.W. Micklitz, Y. Svetiev (red.), *A self-sufficient european private law – a viable concept?*, EU Working Papers, Florencia 2021 *passim*; G. Comparato, H.W. Micklitz, Y. Svetiev, *The Regulatory Character of European private law* [w:] Ch. Twigg-Flesner (red.), *EU Consumer and Contract Law*, Oxford 2016, s. 35–68; J. Basedow, *Towards a European Insurance Contract Law? The Commission Expert Group, its Antecedents and Consequences*, Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, Hamburg 2015, s. 1–17.

¹¹ Szerzej w dalszej części na temat roszczenia ustawowego za naruszenie obowiązków informacyjnych i eksploracyjnych pośredników na gruncie sec. 138D FSMA 2000 (por. podrozdział 3.6).

ności w ramach prawa deliktowego w prawie krajowym (ochrona dóbr indywidualnych konsumentów, a nie wyłącznie kolektywnych interesów konsumentów, takich jak stabilność finansowa)¹². Przykładem regulacyjnego prawa deliktowego jest opisywana w dalszej części pracy sekcja („s”) 138D angielskiej ustawy o usługach i rynkach finansowych z 2000 r.¹³, w ramach której konsument uzyskuje uprawnienie do odszkodowania w prawie deliktowym (po spełnieniu szczegółowych przesłanek) za naruszenie obowiązków doradczych pośrednika (*statutory cause of action in tort law*), które skutkowały poniesieniem szkody majątkowej przez konsumenta¹⁴.

Celem artykułu jest przeprowadzenie badania interakcji pomiędzy europejskim regulacyjnym prawem prywatnym (dyrektywy IDD) a prawem prywatnym przez pryzmat ochrony konsumenta na rynku produktów ubezpieczeniowych oraz produktów ubezpieczeniowo-inwestycyjnych w Wielkiej Brytanii. Badanie zostało przeprowadzone przez zarysowanie ogólnych różnic pomiędzy pochodzeniem oraz funkcją obowiązków informacyjnych stron umowy ubezpieczenia oraz pośredników ubezpieczeniowych, wpływu prawa regulacyjnego na zakres oraz rodzaj obowiązków doradczych pośredników ubezpieczeniowych oraz odpowiedzialność prywatnoprawnej za naruszenie obowiązków regulacyjnych przez pośredników ubezpieczeniowych. Punktem wyjścia dla zaplanowanej analizy jest implementacji dyrektywy IDD w Wielkiej Brytanii jako kluczowego instrumentu *acquis* organizującego ramy regulacyjne dystrybucji produktów ubezpieczeniowych na jednolitym rynku finansowym w UE oraz istotnie wpływającego na strukturę prawa prywatnego regulującego zawieranie i zmianę umowy ubezpieczenia w Wielkiej Brytanii. Analiza nie obejmuje materialnoprawnej analizy umowy o ubezpieczenie w prawie angielskim, badania regulacji sprzedaży krzyżowej oraz innych ogólnych rozważań dotyczących struktury dyrektywy IDD (m.in. zarządzenie produktowe, wewnętrzne obowiązki organizacyjne, czy bardziej ogólnych rozważań opisanych dogłębniej w literaturze w pierwszych latach po uchwaleniu IDD)¹⁵.

¹² C. Twigg-Flesner, *The Implementation of the Unfair Contract Terms Directive in the United Kingdom*, *Contemporary Issues in Law* 2007, s. 10–15.

¹³ Financial Services and Markets Act 2000, Chapter 8, Royal Assent z dnia 14 lipca 2000 r.

¹⁴ S. Afghan, *What is the purpose of section 138D of the FSMA 2000 (as amended)?*, *Journal of International Banking Law and Regulation* 2018, t. 33, nr 5, s. 163–171; K. Stanton, *Investment advice: the statutory remedy*, *Professional Negligence* 2017, t. 33, nr 2, s. 153–160. Por. również szerzej w podrozdziale 3.6 niniejszego artykułu.

¹⁵ W zakresie wzmiankowanych problemów odsyłam do pozycji w literaturze: B. Mrozowska-Bartkiewicz, *Implementation of the IDD Directive into Polish Legal Regime – Selected Issues*, *Prawo Asekuracyjne* 2017, nr 4, s. 51–61; A. Hofmann, J. Neumann, D. Pooser, *Plea for Uniform Regulation and Challenges of Implementing the New Insurance Distribution Directive*, *The Geneva Papers on Risk and Insurance – Issues and Practice* 2018, t. 43, s. 740–769; N. Maeschalck, *The Insurance Distribution Directive: What Does It Change for Intermediaries and for Others?* [w:] P. Marano, M. Siri (red.), *Insurance Regulation in the European Union Solvency II and Beyond*, Londyn 2017, s. 59–79.

1. Charakterystyka prawna obowiązków informacyjnych w dystrybucji produktów ubezpieczeniowych

Obowiązki informacyjne stron umowy o ubezpieczenie można klasyfikować ze względu na podmiot, który jest ustawowo zobowiązany do dostarczenia określonych informacji¹⁶. Prawo ubezpieczeń podąża za ekonomicznym ujęciem umowy ubezpieczenia z powodu oparcia się na rozróżnieniu obowiązków informacyjnych ze względu na strony podażowe oraz popytowe (ubezpieczyciel oraz ubezpieczający)¹⁷. Obowiązki informacyjne stron umowy o ubezpieczenie oraz pośredników uczestniczących w dystrybucji umowy ubezpieczenia są kluczowe dla poprawnej analizy mechanizmów ochronnych interesów majątkowych konsumentów w prawie angielskim, zarówno w wymiarze regulacyjnego prawa prywatnego (implementacja dyrektywy IDD dokonana przez Financial Conduct Authority – dalej: FCA – w Wielkiej Brytanii), jak i prawa prywatnego (ustawa CIDRA 2012¹⁸ z wpływem europejskiego prawa regulacyjnego na jej zakres, sec. 2 i 3 oraz załącznik II).

Obowiązki informacyjne stron umowy ubezpieczenia ogniskują się w poprawnym odczytaniu rodzajów ryzyka, od jakich ubezpieczający pragnie się ubezpieczyć (tj. główna funkcja gospodarza umowy ubezpieczenia – transfer ryzyka za świadczenie składki – proces tzw. *underwriting of the running risks*). Tym umowa ubezpieczenia różni się od innych produktów rynku finansowego (bankowych, m.in. czynności płatnicze oraz kredytowe, oraz kapitałowych – inwestycja). Strony umowy ubezpieczenia odmiennie podchodzą do omawianego ryzyka oraz ich wiedza odmiennie jest rozłożona, ponieważ konsument, znając ryzyko, nie zna dobrze produktu ubezpieczeniowego, który chce uzyskać dla realizacji swoich obiektywnych celów finansowych¹⁹. Z kolei pośrednik ubezpieczeniowy posiada istotną przewagę informacyjną nad konsumentem dotyczącą produktu ubezpieczeniowego. Z tego powodu można syntetycznie ująć problem przez wskazanie, że celem ubezpieczyciela będzie uzyskanie informacji o ryzyku, aby dokładnie określić wysokość składki i przedstawić produkt (niekoniecznie najbardziej odpowiedni dla potrzeb konsumenta). Sytuacja wygląda odmiennie w pozycji prawnej poszukującego ubezpieczenia, który nie tylko chce uzyskać informacje o wysokości składki, ale również o odpowiednim produkcie najlepiej realizującym jego

¹⁶ J. Birds, *Birds' Modern Insurance Law*, Londyn 2019, s. 5–10.

¹⁷ R. Merkin, J. Steele, *Insurance and the law of obligations*, Oxford 2013, s. 44.

¹⁸ Consumer Insurance (Disclosure and Representations) Act 2012, dalej: CIDRA 2012.

¹⁹ T. Baker, *Risk, insurance and the social construction of responsibility* [w:] T. Baker, J. Simon, *Embracing risk*, Chicago 2002, s. 33.

obiektywne cele finansowe (np. szybkość w uzyskaniu odszkodowania za pomocą systemu AI, przykład spółka Lemonade)²⁰. Dla dalszej analizy wydaje się kluczowe przeprowadzenie pogłębionego badania dwóch mechanizmów ochronnych, które odpowiednio chronią konsumenta przedstawiającego ryzyko ubezpieczeniowe i jak ten model został ukształtowany przez prawo regulacyjne (dotyczące ryzyka), oraz model ochronny z prawa regulacyjnego oparty na powszechnym obowiązku badania wymagań i potrzeb i jak ten model wpływa na uzupełnienie ochrony konsumenta na płaszczyźnie realizacji jego interesów finansowych (tj. optymalny produkt).

1.1. Odmienność obowiązków informacyjnych – odróżnienie konsumenta od pośrednika ubezpieczeniowego

Rozróżnienie, jakie powinno zostać poczynione w tej części artykułu, dotyczyć będzie odmienności obowiązków informacyjnych ze względu na stronę umowy ubezpieczenia, która jest zobowiązana do ich przedstawienia (konsument bądź zakład ubezpieczeniowy). Jest to rozróżnienie typologiczne, ponieważ obie strony będą posiadały zarówno wspólne obowiązki informacyjne, jak i szereg obowiązków od siebie odrębnych (por. podrozdziały 2 i 3). Struktura relacji dystrybucyjnej produktów ubezpieczeniowych jest w sposób szczególny skomplikowana przez częste występowanie w praktyce pośrednika ubezpieczeniowego w przekazie informacyjnym pomiędzy ubezpieczającym a zakładem ubezpieczeniowym. Pośrednikiem uczestniczącym w dystrybucji produktów ubezpieczeniowy na płaszczyźnie prawa prywatnego jest agent, który w zależności od czynności, jakich dokona w trakcie procesu prowadzącego do zawarcia umowy o ubezpieczenie, będzie podlegał klasyfikacji prawnej jako broker działający w imieniu i na rzecz konsumenta lub agent działający w imieniu i na rzecz ubezpieczyciela na gruncie ustawodawstwa prywatnoprawnego (CIDRA 2012). Prawo angielskie przykładą istotną wagę do określenia podmiotu odpowiedzialnego za nieprawidłowości w przekazywanych informacjach przez agenta (np. nieprawidłowo wypełniony formularz nieodzwierciedlający informacji uzyskanych od konsumenta podczas rozmowy przez telefon albo błąd w systemie IT) oraz odpowiedzialności za przedstawienie indywidualnej rekomendacji (odpowiedzialność kontraktowa oraz w systemie *equity*)²¹. Określenie pozycji prawnej agenta w relacji do stron

²⁰ M. Ostrowska, *Regulation of InsurTech: Is the Principle of Proportionality an Answer?*, Risk 2021, nr 9, s. 185 i n., opisująca działanie spółki Lemonade, oferującej rozwiązania AI w zakresie administrowania produktami ubezpieczeniowymi, które sama spółka oferuje (www.lemonade.com/fr/en).

²¹ Law Commission, the Scottish Law Commission, *Consumer insurance law: pre-contract disclosure and misrepresentation* (Law Com No 319), Londyn 2009, para. 4.6.

zawartej umowy ubezpieczenia wpływa na potencjalną odpowiedzialność kontraktową konsumenta (o czym niżej w podrozdziale 2) oraz zakres obowiązków informacyjnych, jakie jest zobowiązany udzielić i za jaki zakres informacji ponosi odpowiedzialność kontraktową (standard staranności odmienny dla konsumenta, w imieniu którego działa agent)²².

Obowiązki ustawowe konsumenta mogą być charakteryzowane przez ich powiązanie z kwestionariuszem ubezpieczyciela, który w ramach CIDRA 2012 stał się kluczowym modelem ochronnym dla konsumenta poszukującego ubezpieczenia (por. CIDRA 2012, sec. 3 pkt 2 lit. c), oprócz wprowadzenia nowego standardu staranności dla konsumentów (zob. niżej podrozdział 2.2). Zakres informacji, jakie konsument jest ustawowo zobowiązany przedstawić, dotyczyć będzie kwestii objętych pytaniami z kwestionariusza, które powinny być precyzyjne, jasne oraz łatwe do zrozumienia dla konsumenta (CIDRA 2012, sec. 3 pkt 2 lit. c). Oznacza to, że konsument nie jest zobowiązany do przedstawiania innych informacji z własnej inicjatywy, chyba że zdecyduje odmiennie. W przypadku podjęcia takiej decyzji konsument naraża się na odpowiedzialność w ramach CIDRA 2012 załącznik I. Jest to drugi model przekazywania informacji przez konsumenta. Pośrednik jest zobowiązany wyjaśnić znaczenie pytań przedstawionych w kwestionariusza (ICOB 4.1. R), co wynika bezpośrednio z obowiązków regulacyjnych wpływających na zakres CIDRA 2012, sec. 3 pkt 2 lit. c.

Obowiązki pośrednika w ramach regulacji dystrybucji produktów ubezpieczeniowych są bardziej skomplikowane niż model informacyjny konsumenta oraz pełnią inne funkcje w systemie dystrybucji produktów ubezpieczeniowych. Obowiązki informacyjne pośrednika oparte są na obowiązku ich realizacji z dołożeniem staranności ocenianej przez pryzmat dbania o najlepszy interes konsumenta oraz profesjonalizmu w świadczeniu obowiązków regulacyjnych²³. W przypadku dystrybucji bezpośredniej przez ubezpieczyciela jest on również zobowiązany jako jedyny pośrednik do wykonywania swoich obowiązków informacyjnych w standardzie prawnym najwyższej dobrej wiary na podstawie Marine Insurance Act 1906, s. 17 (dalej: MIA 1906)²⁴. Standard ten będzie wiązał ubezpieczyciela zarówno na etapie przedkontraktowym, jak i podczas trwania stosunku zobowiązaniowego, gdyż niezależnie od postanowień zawartej umowy ubezpieczenia najwyższy standard dobrej wiary jest postanowieniem implikowanym z mocy prawa w treści stosunku

²² CIDRA 2012.

²³ ICOB 2.5.-1R: "A firm must act honestly, fairly and professionally in accordance with the best interests of its customer", implementujący postanowienia art. 17 ust. 1 dyrektywy IDD.

²⁴ P. Eggers, S. Picken, *Good Faith and Insurance Contract*, Oxford 2017, s. 132; H. Bennett, *Mapping the doctrine of utmost good faith in insurance contract law*, Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly 1999, t. 165, s. 176–180.

zobowiązaniowego²⁵. Jak zostało wskazane wyżej, konsument jest zobowiązany wyłącznie do świadczenia informacyjnego w ramach standardu podjęcia należytej staranności w udzielaniu odpowiedzi na pytania z kwestionariusza ubezpieczyciela, co istotnie zawęży wykładnię ogólnej normy najwyższej dobrej wiary w prawie angielskim w relacji do konsumenckich obowiązków informacyjnych. Po drugie, w przeciwieństwie do konsumenta, który nie musi ponosić żadnych obowiązków doradczych ani rekomendacyjnych wobec ubezpieczyciela, pośrednik ubezpieczeniowy jest zobowiązany do przeprowadzenia badania wymagań i potrzeb konsumenta w celu przedstawienia produktu ubezpieczeniowego pozytywnie skorelowanego z wynikami tegoż testu, co jest jego bezwzględnym obowiązkiem (brak możliwości rezygnacji ubezpieczającego się – zob. szerzej niżej w podrozdziale 3.3)²⁶. Po trzecie, odpowiedzialność pośrednika za nienależyte wykonanie obowiązków informacyjnych oraz doradczych opiera się na odpowiedzialności administracyjnoprawnej (stosunek nadzoru), jak również odpowiedzialności cywilnoprawnej w ramach regulacyjnego prawa deliktowego (s. 138D FSMA 2000 – szerzej w podrozdziale 3.6) oraz – w sytuacji przekroczenia granic działalności agencyjnej – na powstaniu z mocy prawa stosunku doradztwa brokerskiego (CIDRA 2012 załącznik II – szerzej w podrozdziale 2.3). Odpowiedzialność konsumenta będzie wyłącznie regulowana w ramach CIDRA 2012 (załącznik I – szerzej w podrozdziale 2.2).

1.2. Wpływ na ochronę konsumenta – dalsza analiza

Podsumowując, należy stwierdzić, że dla dalszej części analizy znaczenia nabiera zestawienie obowiązków informacyjnych stron uczestniczących w procesie dystrybucji produktów ubezpieczeniowych z uwzględnieniem wpływu prawa rynku finansowego (regulacyjnego prawa prywatnego) na modelowanie zarówno obowiązków informacyjnych pośredników ubezpieczeniowych w dystrybucji produktów ubezpieczeniowych, jak i odpowiedzialności deliktowej pośrednika za nienależyte wykonanie obowiązków eksploracyjno-doradczych oraz ograniczenie negatywnej praktyki rekomendacji poza stosunkiem brokerskim. Określenie obowiązków informacyjnych konsumentów oraz odpowiedzialności za nieprawidłową realizację tych obowiązków przez konsumentów wydaje się istotne dla poprawnej analizy komparatystycznej przedstawionej w podrozdziale 4 tekstu. W zakresie odpowiedzialności deliktowej kluczowe będzie dokonanie analizy roszczenia

²⁵ Sec. 17 Marine Insurance Act 1906. Por. szerzej w orzeczeniach: *La Banque Financière de la Cite SA v Westgate Insurance Co. Ltd* [1989] 2 All ER 952, 990; *Aldrich v Norwich Union Life, Norwich Union Life v Qureshi* [2000] Lloyd's Rep IR 1. L.D. Loacker, *Informed Insurance Choice?: The Insurer's Pre-Contractual Information Duties in General Consumer Insurance*, Londyn 2015, s. 171–72.

²⁶ ICOBS 5.2.2D R: "The sale of a contract of insurance must always be accompanied by a demands and needs test on the basis of information obtained from the customer."

ustawowego o odszkodowanie za wyrządzenie szkody majątkowej konsumentowi wynikającej z naruszenia obowiązków doradczych przez pośrednika (por. szerzej podrozdział 3.6). W przypadku obowiązków informacyjnych konsumentów należy prześledzić, jak prawo regulacyjne wpłynęło na zmiany w prawie prywatnym, co wskazuje na konieczność badania intensywności wpływu prawa regulacyjnego oraz poprawności stosowania modelu implementacyjnego określanego terminem *intelligent copy-out* (szerzej w podrozdziale 3.1) na takie wartości, jak zwiększenie ochrony konsumenta oraz odpowiednie i racjonalne określenie wpływu europejskiego regulacyjnego prawa prywatnego na prawo prywatne²⁷.

2. Obowiązki informacyjne konsumenta – płaszczyzna prawa prywatnego

Przechodząc do analizy obowiązków informacyjnych konsumenta, należy określić kluczowy akt prawny, który je określa w angielskim prawie prywatnym. Szczegółowe postanowienia regulujące obowiązki informacyjne konsumentów znajdują się w ustawie CIDRA 2012, w szczególności w sec. 2 i 3 tej ustawy²⁸. W ramach ustawy CIDRA 2012 angielski ustawodawca zdecydował się na wprowadzenia bardzo istotnych zmian w zakresie regulacji zawierania i zmiany umów ubezpieczenia w prawie angielskim w porównaniu ze stanem prawnym obowiązującym w ramach MIA 1906, w szczególności sec. 17–20 tej ustawy, które określały konsekwencje prawne naruszenia najwyższej dobrej wiary przez konsumenta (jednostronne prawo do odstąpienia przez ubezpieczyciela, *avoidance of contract*)²⁹. W ramach MIA 1906, która zawiera reguły kodyfikujące angielskiego prawa prywatnego (w jego części wynikającej z *common law* w odróżnieniu od coraz bardziej istotnego prawa ustawowego) z XVIII i XIX wieku, nie przewidziano specjalnej regulacji dostosowanej do szczególnych warunków obrotu konsumenckiego, gdyż jednorodnej normy były stosowane do odpowiedzialności za nieprawidłowości w przekazie informacyjnym po stronie popytowej³⁰. Obowiązki informacyjne przed zawarciem umowy stosowane w obrocie konsumenckim zostały znacząco zmienione w porównaniu ze stanem prawnym obowiązującym na gruncie sec. 17–20 MIA 1906. Prace Law Commission, the Scottish Law Commission wykazały, że sec. 17–20 MIA 1906 nie są dostosowane do obrotu konsumenckiego, ponieważ zawierają normy

²⁷ Metoda przez przerobienie w ramach klasyfikacji zaproponowanej przez J. Maśnickiego, *Metody transpozycji dyrektywy*, Europejski Przegląd Sądowy 2017, nr 8, s. 7.

²⁸ A. Farrugia, S. Grima, *A model to determine the need to modernise the regulation of the principle of utmost good faith*, *Journal of Financial Regulation and Compliance* 2021, t. 29, nr 4, s. 454–460.

²⁹ J. Lowry, P. Rawlings, *'That wicked rule, that evil doctrine...': Reforming the Law on Disclosure in Insurance Contracts*, *The Modern Law Review*, t. 76, nr 6, s. 1122.

³⁰ R. Merkin, *Reforming insurance law: is there a case for reverse transportation?*, Londyn 2008, s. 5.

prawne znacząco utrudniające ochronę prawną konsumentów oraz nierównomierne rozkładają ryzyko kontraktowe, prowadząc do znaczącego uprzywilejowania pozycji ubezpieczyciela³¹.

2.1. Obowiązki informacyjne konsumenta – szczegółowa analiza

W sec. 1 CIDRA 2012 przez umowę ubezpieczenia zawartą z konsumentem należy rozumieć umowę zawartą pomiędzy osobą, która zawarła umowę o ubezpieczenie niezwiązaną w sposób bezpośredni lub całościowy z jej działalnością zawodową, a podmiotem prowadzącym działalność gospodarczą w zakresie zawierania umów o ubezpieczenie. Jest to umowa dwustronnie kwalifikowana, ponieważ obie strony związanej umowy o ubezpieczenie określone są przez cechy indywidualizujące (np. status konsumenta). Zakres podmiotowy w sec. 1 CIDRA 2012 został ukształtowany pod wpływem prawa regulacyjnego oraz praktyki orzeczniczej angielskiego rzecznika konsumentów (Financial Ombudsman Service, dalej: FSO), która uwypukliła problem niedostosowania MIA 1906 do potrzeb i wymagań obrotu konsumenckiego³².

Przechodząc do analizy obowiązków informacyjnych poszukującego ubezpieczenia, zostały one uregulowane w sec. 2 i 3 CIDRA 2012, które zawierają określenie standardu staranności wymaganego od konsumenta przekazującego informacje oraz określają konsekwencje prawne naruszeń, kwalifikując je ze względu na stronę podmiotową naruszającego oraz wpływ naruszenia na zawiązywanie umowy ubezpieczenia (np. określenie wysokości składki). Natomiast same przesłanki odpowiedzialności odszkodowawczej oraz uprawnienia do jednostronnego rozwiązania umowy w niektórych przypadkach przez ubezpieczyciela zostały określone w załączniku I do ustawy CIDRA 2012. W relacji do poprzedniego stanu prawnego w ramach MIA 1906 obowiązki informacyjne konsumenta zostały zawężone przez trzy normy prawne wprowadzone przez CIDRA 2012, które prowadzą do znaczącego ograniczenia obowiązków informacyjnych konsumenta oraz istotnie ograniczają zakres i rodzaj roszczeń przysługujących ubezpieczycielowi

³¹ Rozróżnienie pomiędzy statusem podmiotu poszukującego ubezpieczenia (konsument oraz niekonsument) nie jest jednak do końca konsekwentnie przestrzegane w angielskim prawie prywatnym, ponieważ odpowiedzialność konsumenta za niezgodne z umową roszczenia o odszkodowanie z polisy (*fraudulent claims*) regulowana jest w Insurance Act 2015 (sec. 12 oraz 13, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/4/contents/enacted>, dostęp: 13.05.2022). W ramach Insurance Act 2015 angielski ustawodawca zdecydował się na stworzenie wspólnych norm w zakresie niezgodnych roszczeń o odszkodowanie z sumy polisy ubezpieczeniowej zarówno dla konsumenckiego obrotu, jak dla reszty uczestników obrotu. Por. także R. Merkin, Ö. Gürses, *The Insurance Act 2015: Rebalancing the Interests of Insurer and Assured*, *The Modern Law Review* 2015, t. 78, nr 6, s. 1023.

³² Law Commission, the Scottish Law Commission, *Consumer insurance law: pre-contract disclosure and misrepresentation (Law Com No 319)*, Londyn 2009, para. 4.11; B. Soyer, *Reforming Marine and Commercial Insurance Law*, Londyn 2021, s. 30–35.

za nieprawidłowy przekaz informacji przez konsumenta³³. Literatura angielska uznaje, że wpływ na zmiany odpowiedzialności konsumenta miała praktyka orzecznicza FSO³⁴, który rozpatrywał sprawy konsumenckie, stosując zarazem reżim prawa regulacyjnego oraz prawa prywatnego, ze szczególnym uwzględnieniem obowiązków regulacyjnych ubezpieczycieli (np. dbanie o najlepszy interes klienta – pkt 6 Principles for Businesses, dalej: PRIN)³⁵. Praktyka orzecznicza FSO jest bardzo istotnym przejawem wpływu regulacyjnego prawa prywatnego na kształtowanie ochrony konsumenta na płaszczyźnie angielskiego prawa prywatnego oraz uwypukla pozytywny wpływ europejskiej tradycji prawnej pochodzenia kontynentalnego na rygorystyczne angielskie prawo prywatne.

Po pierwsze, zniesiona została surowa regulacja umożliwiająca odstąpienie *ab initio* na podstawie sec. 17 MIA 1906³⁶ przez ubezpieczyciela od zawartej umowy ubezpieczenia za jakiegokolwiek naruszenie obowiązku informacyjnego przez konsumenta, niezależnie od wpływu tego naruszenia na ogólną doktrynę prawa dotyczącą *reliance/inducement* oraz istotności informacji dla rodzajów ryzyk, od których ubezpieczył się ubezpieczony, oraz strony podmiotowej naruszciciela (niezależnie od strony podmiotowej naruszciciela – brak konieczności wykazania umyślnego zatajenia informacji)³⁷. Po drugie, znacznemu ograniczeniu podlega reguła najwyższej dobrej wiary przez określenia nowego standardu postępowania dla konsumenta przekazującego informacje w odpowiedzi na pytania z kwestionariusza ubezpieczyciela³⁸. Jest to kluczowa zmiana w angielskim prawie prywatnym, ponieważ wprowadziła ona odejście od reguły badania zakresu obowiązków informacyjnych konsumenta z perspektywy standardu staranności ostrożnego ubezpieczyciela (*the prudent insurer test*) oraz pozytywnego obowiązku dostarczania informacji przez konsumenta niezależnie od pytań ubezpieczyciela (aktywna eksploracja potrzeb ubezpieczyciela przez konsumenta)³⁹. Nowym standardem, który został wypracowany w ramach prac Law Commission, the Scottish Law Commission jest standard staranności, jakiego można wymagać od konsumenta nieznającego meandrów prawa ubezpieczeń, tj. test dołożenia należytej

³³ R. Merkin, Ö. Gürses, *op. cit.*, s. 1004–1027.

³⁴ J. Lowry, *Redrawing the parameters of good faith in insurance contracts*, Current Legal Problems 2007, t. 80, nr 1, s. 340.

³⁵ “A firm must pay due regard to the interests of its customers and treat them fairly.” Szersza analiza: Law Commission, the Scottish Law Commission, *Consumer insurance law...*, *op. cit.*, para. 5.24; B. Soyer, *op. cit.*, s. 20.

³⁶ Sec. 17 MIA 1906: “A contract of marine insurance is a contract based upon utmost good faith and, if the utmost good faith be not observed by either party, the contract may be avoided by the other party.”

³⁷ J. Lowry, P. Rawlings, *op. cit.*, s. 1110: “The Act removes the duty of disclosure in so far as it required the consumer to volunteer information and shifts the focus to a duty not to misrepresent, which will have the principal effect of obliging an insurer to rely only on information drawn from direct questions put to the assured.”

³⁸ J. Lowry, *op. cit.*, s. 339.

³⁹ J. Lowry, P. Rawlings, *op. cit.*, s. 1110.

staranności w przedstawianiu informacji, zarówno w przypadku odpowiedzi na pytania ubezpieczyciela (agenta ubezpieczyciela), jak i informacji dostarczonych z własnej inicjatywy (*the reasonable care test*, sec. 2 pkt 2 CIDRA 2012)⁴⁰. Nie należy jednak uznawać tego zawężenia za eliminację reguły najwyższej dobrej wiary z prawa ubezpieczeń dla obrotu konsumenckiego, lecz za rozstrzygnięcie ustawodawcy angielskiego kodyfikującego najlepsze praktyki FSO, co wskazuje na istotny wpływ prawa regulacyjnego na modelowanie odpowiedzialności konsumenta za przekaz informacji o ryzyku oraz powiązanych obowiązków ubezpieczyciela dotyczących sposobów komunikacji. Wykładnia ustawy CIDRA 2012 skłania do analogicznej konkluzji, ponieważ intencją ustawodawcy było stworzenie nowej normy najwyższej dobrej wiary dla konsumenta zobowiązanego do przekazywania informacji, ponieważ ustawodawca angielski nie zrezygnował z klasyfikacji umowy ubezpieczenia jako stosunku zobowiązaniowego *uberrimae fidei* (doktryna prawa angielskiego posługuje się również zamiennie *utmost good faith*) oraz utrzymał ten obowiązek bez zmian wobec ubezpieczyciela (konsument w dalszym ciągu może odstąpić *ab initio* na podstawie sec. 17 MIA 1906)⁴¹. Norma najwyższej dobrej wiary oparta jest na teście rozsądnego starania w przekazywaniu informacji, który to test uwzględnia szereg czynników wymienionych w sec. 3 mających umożliwić pełniejsze odczytanie obowiązków konsumenta *ad casum* (sec. 3 pkt 2 lit. a–c CIDRA 2012)⁴². W ramach działalności orzeczniczej FSO, który rozstrzyga spory „poprzez odniesienie do tego, co zdaniem rzeczni-ka finansowego jest uczciwe i rozsądne we wszystkich okolicznościach sprawy” (sec. 228 pkt 2 FSMA 2000), uznawał, że ubezpieczyciel zobowiązany jest do dbania o najlepszy interes klienta w ramach PRIN oraz ICOBS. Powoduje to,

⁴⁰ *Jones v Zurich Insurance Plc* [2021] EWHC 1320 (Comm). Sąd w przedmiotowej sprawie uznał, że ubezpieczyciel był uprawniony do odstąpienia od polisy ubezpieczeniowej, która obejmowała zegarek marki Rolex (ubezpieczenie majątkowe), na tej podstawie, że ubezpieczający się (29-letni handlarz dziełami sztuki twierdził, że stracił zegarek wart 190 000 funtów podczas jazdy na nartach i zgłosił roszczenie z tytułu polisy) naruszył swój obowiązek ujawnienia informacji na podstawie sec. 2 pkt 2 CIDRA 2012 (informacji o szkodo-wości). Ubezpieczający zegarek twierdził, że w ciągu ostatnich pięciu lat nie zgłaszał żadnych roszczeń ubez-pieczeniowych, co okazało się niezgodne z prawdą (*misstatement of fact*). Gdyby ubezpieczający się wyjawil informację ubezpieczycielowi o tym, że zgłosił roszczenie w wysokości 15 000 funtów (ubezpieczający zgubił w przeszłości diament) w ciągu ostatnich 5 lat, ubezpieczyciel nie zawarłby umowy ubezpieczenia.

⁴¹ A.R. Hasson, *The Doctrine of Uberrima Fides in Insurance Law. A Critical Evaluation*, *The Modern Law Review* 1969, t. 32, nr 6, s. 616: “In *Rozanes v. Bowen Scrutton L.J.* said that, ‘It has been for centuries in England the law in connection with insurance of all sorts (...) [that] it is the duty of the assured (...) to make a full disclosure to the underwriters without being asked of all the material circumstances (...)’” Por. szerzej uzasadnienie Lorda Mansfielda w sprawie *Carter v Boehm* [1766] 2 Burr 1905, które uznawane jest w literaturze przedmiotu za podstawę dla redakcji s. 17 MIA 1906.

⁴² P. Tereszkievicz, *Obowiązek informacyjny ubezpieczającego i skutki jego naruszenia z perspektywy prawnoporównawczej: zmierzch uberrimae fidei w epoce ochrony konsumenta?* [w:] M. Pecyna, J. Pisuliński, M. Podrecka (red.), *Rozprawy cywilistyczne. Księga pamiątkowa dedykowana profesorowi Edwardowi Drozdowi*, Warszawa 2013, s. 487–491.

że nie może wykorzystywać uprawnień do jednostronnego rozwiązania stosunku zobowiązaniowego w przypadku, gdy naruszenie informacyjne konsumenta nie było istotne dla umowy ubezpieczenia (sec. 17 MIA 1906 efektywnie została wykluczona)⁴³. Można zatem argumentować, że nowa klasyfikacja naruszeń obowiązków informacyjnych konsumenta w ramach załącznika I CIDRA 2012 jest konkretyzacją ogólnej normy dbania o najlepszy interes klienta z punktu widzenia prawa regulacyjnego⁴⁴.

W tym miejscu wskazać należy, że głównym obowiązkiem poszukującego ubezpieczenia jest udzielenie odpowiedzi na pytania przedstawione przez ubezpieczyciela przy zachowaniu standardu należytej staranności (sec. 2 i 3 CIDRA 2012)⁴⁵. Z obowiązkiem udzielania odpowiedzi ubezpieczającego skorelowany jest obowiązek dostarczenia pytań w sposób jasny i zrozumiały dla konsumenta, co wynika zarówno z prawa prywatnego (sec. 3 pkt 2 lit. c CIDRA 2012) oraz z regulacyjnego prawa prywatnego, które w tym zakresie wpłynęło na ukształtowanie norm zawartych w sec. 3 pkt 2 lit. c CIDRA 2012⁴⁶. Nie można nie zauważyć, że norma z sec. 3 pkt 2 lit. c CIDRA 2012 jest powieleniem obowiązków regulacyjnych pośredników w zakresie formułowania pytań wobec konsumenta co do badania wymagań i potrzeb (ICOBS 5.2). Wykorzystanie wzorca normatywnego z regulacyjnego prawa prywatnego korzystnie wpływa na poziom ochrony konsumenta w ramach jego obowiązków informacyjnych w prawie prywatnym oraz usuwa dwugłos regulacyjny wobec obowiązków badania wymagań i potrzeb przez ubezpieczyciela. Skutkiem zawężenia konsumenckich obowiązków informacyjnych jest uznanie, że informacje nieobjęte kwestionariuszem nie są dla potrzeb oceny ryzyka przez zakład ubezpieczeń uznawane za „istotne informacje”, podobnie można uznawać na płaszczyźnie informacji nieobjętych badaniem wymagań i potrzeb⁴⁷. Reasumując powyższe ustalenia, ocena naruszenia obowiązków informacyjnych dotyczyć będzie co do zasady wyłącznie informacji przekazanych w ramach kwestionariusza przez konsumenta, których wykładnia będzie

⁴³ J. Lowry, *op. cit.*, s. 339. Zasady regulujące jurysdykcję FOS są określone w sec. 225–232 FSMA 2000 oraz w załączniku XVI do tej ustawy, natomiast zasady prowadzenia postępowania przed FOS są regulowane przez *Handbook (Dispute Resolution: Complaints)*.

⁴⁴ S. Whittaker, *Fundamental Principles of Contract Law* [w:] H. Beale, *Chitty on Contracts*, wyd. 34, Londyn 2021, s. 77.

⁴⁵ Zgodnie z raportem Law Commission, the Scottish Law Commission, ubezpieczyciel powinien sam zadać pytania dotyczące tego, co musi wiedzieć o ubezpieczeniu, przed zawarciem umowy z ubezpieczającym. FOS w ramach starego stanu prawnego odmawiał ubezpieczycielom możliwości odstępowania od umowy ubezpieczeniowej zawartej z konsumentem z powodu nieujawnienia informacji przez konsumenta na postawie sec. 17 MIA 1906 w sytuacji, w której ubezpieczyciel nie zapytał o dany fakt. Por. szerzej w Law Commission, the Scottish Law Commission, *op. cit.*, para. 4.6.

⁴⁶ ICOBS 2.2.2. R.

⁴⁷ *Ageas Insurance Ltd v Stoodley* [2018] 4 WLUK 40.

warunkowana poprawnością realizacji obowiązków informacyjnych pośrednika ubezpieczeniowego (o czym szerzej w podrozdziale 3.2)⁴⁸.

2.2. Odpowiedzialność konsumenta za naruszenie obowiązków informacyjnych

Odpowiedzialność kontraktowa za nieprawidłowy przekaz informacji o ryzyku przez konsumenta została uregulowana w sec. 2–3 CIDRA 2012 oraz załączniku I do tej ustawy. Z uwag ogólnych należy wskazać, że konsument odpowiadać będzie za naruszenia wyłącznie umyślne, niedbałe oraz lekkomyślne, ale nigdy za naruszenia nieumyślne (*qualifying misrepresentations*). W tym miejscu należy przedstawić rozróżnienie rodzajów naruszeń, jakie zostały przewidziane w załączniku I CIDRA 2012 (*Insurers' remedies for qualifying misrepresentations*).

W sytuacji, w której nie można konsumentowi zarzucić nienależytego wykonania standardu przy przekazywaniu przezeń informacji (nie ponosi winy za nieprawidłowość w przekazanej informacji), ubezpieczyciel nie ma jakiegokolwiek roszczenia z ustawy (sec. 4 pkt 1 CIDRA 2012). Jak zostało wyżej przedstawione, standard postępowania wymagany od konsumenta opiera się na obowiązku dołożenia należytej staranności w udzielaniu odpowiedzi na pytania ubezpieczyciela (*the reasonable care test*). Standard ten ulega modyfikacji w zakresie konieczności uwzględniania indywidualnych cech konsumenta, które znane są ubezpieczycielowi (sec. 3 pkt 4 CIDRA 2012)⁴⁹. Oznacza to, że ubezpieczyciel, uzyskując odpowiedzi na pytania z kwestionariusza, powinien brać pod uwagę indywidualne cechy, które mogą wpłynąć na poprawność odpowiedzi udzielanych przez konsumenta (również z wykorzystaniem nośników elektronicznych)⁵⁰. Możliwość uwzględnienia cech indywidualnych jest jednak wykluczona w sytuacji, gdy konsument w sposób nieuczciwy przedstawił informację na temat swoich cech indywidualnych (np. nieznanomości języka, sec. 3 pkt 5 CIDRA 2012 – „zachował się nieuczciwie”). W takim przypadku indywidualna cecha nie jest uznawana za zgodną ze stanem faktycznym, co powoduje brak możliwości powoływania się na tę cechę przez konsumenta dla oceny jego odpowiedzialności kontraktowej⁵¹. Dla oceny zachowania standardu postępowania po stronie konsumenta przekazującego informacje kluczowe są przesłanki wymienione w sec. 3 pkt 2 lit. a–e CIDRA 2012. Wszystkie przesłanki wymienione

⁴⁸ R. Merkin, *Reforming Insurance Law: Is There a Case For Reverse Transportation? A Report for the English and Scottish Law Commission on the Australian Experience of Insurance Law Reform*, Londyn 2009, para. 4.26–4.34.

⁴⁹ Przykładem często podawanym w literaturze są problemy językowe poszukującego ubezpieczenia (nieznajomość języka).

⁵⁰ L. Overton, L. Fox O'Mahony, *Stakeholder Conceptions of Later-Life Consumer Vulnerability in the Financial Services Industry: Beyond Financial Capability?*, *Journal of Consumer Policy* 2018, t. 41, Nr 3, s. 273–75.

⁵¹ R. Merkin, *Colinvaux and Merkin's Insurance Contract Law*, Londyn 2015, s. 40–56.

w sec. 3 pkt 2 CIDRA 2012 są wyliczeniem przykładowym. Zgodnie z sec. 3 pkt 2 lit. b CIDRA 2012 dokumenty marketingowe prezentowane przez ubezpieczyciela (agenta), które wpływają na poziom wiedzy konsumenta (często w sposób nieprawidłowy), mogą stanowić dowód nieprawidłowości w zadawaniu pytań przez ubezpieczyciela, w rezultacie prowadząc do braku odpowiedzialności konsumenta (uznanie naruszenia za nieumyślne – brak uprawnienia kontraktowego po stronie ubezpieczyciela)⁵². Nadto, co zostanie przeanalizowane szerzej w podrozdziale 2.3 tekstu, standard postępowania konsumenta w odpowiedzi na zadawane pytania uwzględnia, czy konsument korzysta z usługi agenta. Jest to rozwiązanie zbieżne z obranym w ramach prawa modelowego (Principles of European Insurance Contract Law, Zasady Europejskiego Prawa o Umowie Ubezpieczenia, dalej: PEICL)⁵³ (art. 2:106 PEICL).

W sytuacji udzielenia odpowiedzi przez konsumenta w sposób niestaranny (nieostrożne wprowadzanie w błąd co do informacji objętych kwestionariuszem) CIDRA 2012 opiera się na założeniu skonstruowania roszczenia dla ubezpieczyciela ze względu na wpływ niestarannie dostarczonej informacji (która jest błędna – nie odpowiada stanowi faktycznemu) na postanowienia zawartej umowy o ubezpieczenia. W tym zakresie ustawa rozróżnia informacje, które wpłynęłyby na wysokość premii, oraz te, które takiego skutku ze sobą nie niosą, ale w inny sposób mogły wpłynąć na decyzję ubezpieczyciela o zawarciu umowy. Jeżeli ubezpieczyciel w momencie zawarcia umowy wiedziałby o nieprawdziwej informacji i z tego powodu nie zawarłby w ogóle umowy, może on odstąpić od umowy ze skutkiem *ab initio* i jest zobowiązany do wypłaty wpłaconej składki ubezpieczeniowej konsumentowi (załącznik I, sec. 5 CIDRA 2012). W sytuacji uznania przez ubezpieczyciela, że informacja niewyjawiona przez konsumenta ma znaczenie dla umowy, ale nie ma wpływu na wysokości premii, ubezpieczyciel jest związany umową w zakresie obowiązujących postanowień albo postanowień, które zostałyby wprowadzone do umowy, jeśliby wiedział o nieujawnionej informacji w momencie przygotowywania umowy (załącznik I, sec. 6 CIDRA 2012). Decyzja w zakresie modyfikacji postanowień umowy dostosowujących jej treść do nieujawnionej informacji leży w wyłącznej gestii ubezpieczyciela i jest jego uprawnieniem jednostronnie kształtującym stosunek zobowiązaniowy⁵⁴.

W przypadku wpływu nieujawnionej informacji na wysokość premii ubezpieczyciel uprawniony jest do zmniejszenia wysokości odszkodowania wypłaconego w ramach polisy proporcjonalnie do wysokości premii, jaką ubezpieczyciel pobrałby,

⁵² ICOBS 2.2.3 R oraz COBS 4.2.1 R.

⁵³ <https://www.ius.uzh.ch/de/research/projects/peicl/peiclinfulltext.html> (dostęp: 9.05.2022).

⁵⁴ B. Soyer, A.M. Tettenborn, *Mapping (utmost) good faith in insurance law – future conditional?*, Law Quarterly Review 2016, nr 132, s. 618–25.

gdyby wiedział o informacji w momencie zawierania umowy (załącznik I, sec. 7 CIDRA 2012). Mechanizm tzw. redukcji proporcjonalnej, który jest uregulowany w załączniku I, sec. 8 CIDRA 2012, nierównomiernie rozkłada obowiązki stron, zwłaszcza w sytuacji uczestnictwa agenta (który mógł niewłaściwie przekazać informacje uznane za niestarannie przekazane przez sec. 2 i 3 CIDRA 2012). Przykładowo, stosując opisywaną formułę, w sytuacji wysokości premii ustalonej w pierwotnej umowie na 600 funtów, która powinna wynosić 1000 funtów (gdyby informacja była należycie przekazana), ubezpieczyciel zmniejszy wysokość odszkodowania o 40%. W sytuacji, w której wysokość szkody oceniono na 100 000 funtów, realnie wypłacone zostanie 60 000 funtów (60% szkody). Konsument, w przypadku wykazania naruszenia standardu informowania przez brokera, ma możliwość dochodzenia uzupełnienia szkody (uzyskania brakującej wysokości 40% poniesionej szkody).

Przykład 1⁵⁵:

$$60\,000\ \text{£} (100\,000 \times 0,60) = \frac{600\ \text{£}}{1000\ \text{£}} 100$$

Można zatem wskazać, że potencjalnie lepszym rozwiązaniem byłoby dokonanie kolejnej kwalifikacji działania reguły proporcjonalności przez wprowadzenie mechanizmu średniej ważonej dla roszczeń o odszkodowanie przewyższających określony próg, np. 100 000 funtów, ponieważ negatywne skutki działania metody redukcji proporcjonalnej odczuwają konsumenci, którzy ubezpieczyli się od znacznych kwot. W ich sytuacji proporcjonalność diametralnie zmniejsza wysokości odszkodowania, co powoduje, że główna funkcja umowy ubezpieczenia (transformacja ryzyka) nie jest poprawnie realizowana oraz konsument uzyskuje znacznie niższą wysokość sumy ubezpieczeniowej (por. przykład 1). W myśl sec. 5 pkt 1 CIDRA 2012 w przypadku, w którym ubezpieczający przekazał nieprawdziwą informację w sposób umyślny albo lekkomyślnie, ubezpieczyciel ma uprawnienie do odstąpienia od umowy ze skutkiem *ab initio* (*rescind the contract*), z zachowaniem wpłaconej premii. Skutkiem prawnym odstąpienia od umowy jest rozwiązanie stosunku umownego. Wysokość składki wpłaconej przez konsumenta podlega zwrotowi, jeśli względy na inne powody przemawiają za oddaniem wpłaconej premii (np. materialna sytuacja klienta – ustawa nie wskazuje powodów, jest to klauzula generalna innych powodów uznanych za uzasadniające zwrot premii zgodnie z załącznikiem I CIDRA 2012). W sytuacji innej oceny ubezpieczyciel może zachować wpłaconą składkę bez narażenia się na jakiegokolwiek roszczenia konsumenta. Dla uznania, że przesłanka przekazania nieprawidłowej informacji wynikała z umyślności albo

⁵⁵ Uwzględniając następujące założenia: (1) wysokość roszczenia – 100,000 funtów, (2) faktycznie wpłacona premia – 600 funtów, (3) premia, która musiałaby zostać wpłacona w przypadku posiadania informacji o nieprawdziwej informacji przez ubezpieczyciela – 1000 funtów.

lekkomyślności, konieczne jest wykazanie, w ramach ogólnej reguły dowodowej (*balance of probabilities*), że konsument: 1) wiedział, że przekazana informacja jest nieprawdziwa albo wprowadzająca w błąd, albo nie zadbał o to, aby informację sprawdzić oraz 2) wiedział, że informacja jest istotna dla ubezpieczyciela, ale nie dbał o to, czy ta informacja jest istotna, czy też nie⁵⁶. Sąd w sprawie *Derry v Peek*, uznał, że konsument działa w sposób lekkomyślny, jeśli można mu zarzucić brak zachowania ostrożności w badaniu prawdziwości odpowiedzi, których udziela. Konsument jest bowiem ustawowo zobowiązany do podjęcia rozsądnych kroków w celu zbadania prawdziwości przekazywanych informacji. Nie może przekazywać informacji, których nie zbadał, a powinien i mógł zbadać, podejmując należyte kroki⁵⁷.

2.3. Ochrona konsumenta przed nieprawidłowym działaniem agenta

Dystrybucja produktów ubezpieczeniowych często odbywa się w ramach trójstronnej relacji⁵⁸. Relacja ta polega na tym, że pomiędzy ubezpieczycielem, który jest producentem produktu ubezpieczeniowego, jeśli posłużymy się systematyką regulacyjną z dyrektywy IDD, a poszukującym ubezpieczenia występuje pośrednik ubezpieczeniowy. Pośrednik ten, w zależności od okoliczności faktycznych, będzie występował w interesie ubezpieczyciela (agent) bądź ubezpieczającego się (broker)⁵⁹. Określenie podmiotu, w którego interesie działa pośrednik ubezpieczeniowy, jest kluczowe dla określenia odpowiedzialności za działania tegoż pośrednika, ponieważ w trójstronnej relacji instrumentalne wykorzystanie np. agenta do przekazywania informacji pomiędzy stronami jest powiązane z odpowiedzialnością za działanie agenta dla jednej ze stron umowy ubezpieczenia⁶⁰. Problem został zauważony podczas prac nad reformą prawa Law Commission, the Scottish Law Commission, która uznała za konieczne wprowadzenie jasnych przesłanek interpretacyjnych mających ułatwić określenie statusu agenta, a w rezultacie podmiotu odpowiedzialnego za jego działanie, a także podmiotu, wobec którego agent świadczy doradztwo (por.

⁵⁶ R. Merkin, *Colinvaux and Merkin's...*, *op. cit.*, s. 320.

⁵⁷ [1889] 14 App. Cas. 337. Szerzej o tym problemie pisze J. Arnould, *Law of Marine Insurance and Average*, wyd. 18, Londyn 2016, par. 15–225.

⁵⁸ Analiza statystyczna w opracowaniu McKinsey & Company, *2020 Global Insurance Pools statistics and trends: Distribution*, 2021, <https://www.mckinsey.com/~/media/mckinsey/industries/financial%20services/our%20insights/global%20insurance%20pools%20statistics%20and%20trends%20an%20overview%20of%20life%20p%20and%20c%20and%20health%20sance/globalinsurance-pools-statistics-and-trends-distribution.pdf> (dostęp: 10.05.2022).

⁵⁹ *Involnert Management Inc v Aprilgrange Ltd* [2015] EWHC 2225 (Comm).

⁶⁰ R. Merkin, *Colinvaux's Law of Insurance*, Londyn 2021, s. 500–510. Ogólna zasada jest taka, że broker jest agentem ubezpieczonego (lub reasekurowanego) i reprezentuje jego interesy. Natomiast agenci ubezpieczeniowi są zazwyczaj uważani za agentów ubezpieczycieli. Orzecznictwo: *Newsholme Bros v Road Transport & General Insurance Co Ltd* [1929] 2 KB 356.

szerzej podrozdział 3.4)⁶¹. Należy podkreślić, że umowa ubezpieczenia jako rodzaj umowy w dużej części oparty na przepływie informacji pomiędzy ubezpieczającym a ubezpieczycielem wymaga specjalnych norm prawnych, by zarządzać ryzykiem wynikającym z nieprawidłowego zachowania agenta (np. nieprawidłowe przeniesienie informacji uzyskanych podczas rozmowy z poszukującym ubezpieczenia na formularz, błędy w działaniu porównywarki internetowej administrowanej przez agenta) oraz regulacji przypisującej wiedzę posiadaną przez agenta osobie, którą reprezentuje (*imputation of knowledge from agent to principal*)⁶². Oprócz działania z należytą starannością i umiejętnościami w zgodzie z prawem powszechnym, pośrednicy ubezpieczeniowi muszą postępować wedle standardów określonych przez FCA w ramach ICOBS⁶³.

W ramach europejskiego regulacyjnego prawa prywatnego pośrednikami ubezpieczeniowymi w prawie angielskim są brokerzy, brokerzy sprzedający produkt w zakresie bezpośredniego podjęcia samego ryzyka, agenci oraz agenci związani⁶⁴. Inaczej niż w prawie polskim, prawo angielskie nie zawiera regulacji odnośnie do licencjonowania brokerów, co niesie ze sobą skutek płynności określenia statusu danego pośrednika dla potrzeb przypisania odpowiedzialności za jego działanie⁶⁵. Co do zasady to od decyzji stron, a przede wszystkim od faktycznego ich zachowania się podczas procesu zawierania umowy ubezpieczenia będzie zależała prawna charakterystyka agenta. Prawo angielskie nie wiąże skutków prawnych z nazwą, jaką posługuje się dany pośrednik ubezpieczeniowy w obrocie, lecz czynnościami jakie przedsięwziął przed zawarciem umowy z konsumentem, co ma ten skutek prawny, że istnieje pewna płynność w klasyfikacji uczestników

⁶¹ The Law Commission, the Scottish Law Commission, *op. cit.*, s. 99: “Problems involving intermediaries and the transmission of pre-contract information are fairly common. In our original survey of 190 ombudsman decisions involving disputes about pre-contract information, 25 (13%) involved allegations about what an intermediary did or said during the placing of insurance. The issue continues to be raised. In our recent survey of 47 decisions, nine (19%) involved an allegation about the intermediary’s actions.”

⁶² Article 1:206 (*Imputed Knowledge*) PEICL: „If any person is entrusted by the policyholder, the insured or the beneficiary with responsibilities essential to the conclusion or performance of the contract, relevant knowledge which that person has or ought to have in the course of fulfilling his responsibilities shall be deemed to be the knowledge of the policyholder, the insured or the beneficiary, as the case may be.”

⁶³ *Youell v Bland Welch & Co Ltd (No 2)* [1990] 2 Lloyd’s Rep 431, *Harrison v Black Horse Ltd* [2010] EWHC 759 (Comm). Sąd uznał, że rozstrzygające dla określenia zakresu oraz treści obowiązków kontraktowych brokera jest regulacyjne prawo prywatne (ICOBS). *William McLory Swindon Ltd and Rannoch Investment Ltd v Quinn Insurance Ltd* [2010] EWHC 2488 (TCC).

⁶⁴ Ogólnie o działaniu pośredników na rynku ubezpieczeń w Wielkiej Brytanii pisze R. Merkin, *Colinvaux’s Law...*, *op. cit.*, s. 500–510. W literaturze polskiej wyróżnia się w ramach szerszego pojęcia dystrybucji produktów ubezpieczeniowych: zakład ubezpieczeniowy (bezpośrednia sprzedaż produktów ubezpieczeniowych), agent ubezpieczeniowy, agent oferujący ubezpieczenie uzupełniające oraz broker ubezpieczeniowy (por. szerzej: J. Pokrzywniak, *Nowe zasady dystrybucji ubezpieczeń* [w:] J. Pokrzywniak (red.), *Nowe zasady dystrybucji ubezpieczeń*, Warszawa 2018, s. 20 oraz D. Maśniak, komentarz do art. 4 [w:] M. Fras, B. Kucharski, K. Malinowska, D. Maśniak, M. Szaraniec (red.), *Dystrybucja ubezpieczeń. Komentarz*, Warszawa 2020, s. 81 i n.

⁶⁵ Odmienne niż w prawie polskim, agent również może udzielić indywidualnej rekomendacji.

obrotu *ex ante* oraz wymusza istnienie regulacji zawierającej normy interpretacyjne dla określenia podmiotu odpowiedzialnego za działania agenta (załączniki II CIDRA 2012). Z tego powodu pośrednik ubezpieczeniowy, który określa swoją relację na początku rozmowy z konsumentem jako agent bez świadczenia indywidualnej rekomendacji, może mimo to zostać uznany w ramach wykładni załącznika II CIDRA 2012 za brokera ubezpieczającego.

Proces wartościowania zachowania agenta dokonywany jest *ex post* przez interpretację dokonanych przez niego czynności w relacji zarówno do poszukującego ubezpieczenia, jak i zakładu ubezpieczeniowego oraz wiążących strony stosunków prawa prywatnego, umowy agencyjnej⁶⁶. Implikuje to słuszne założenie angielskiego ustawodawcy, że w danym stanie faktycznym agent może działać jako agent każdej ze strony, jednak w zakresie odmiennych czynności prawnych (np. pobranie premii, doradztwo, analiza wymagań i potrzeb). Z tego powodu ogólnym pojęciem, jakim posługuje się prawo angielskie w płaszczyźnie prawa prywatnego, jest agent, który będzie odpowiednio klasyfikowany jako agent związany, agent niezwiązany bądź broker w zależności od obowiązków informacyjnych oraz relacji prawnej, jaka wiąże go ze stronami (załączniku II CIDRA 2012)⁶⁷. Nadto należy podkreślić, że pośrednik na rynku ubezpieczeniowym może w ramach tej samej relacji z klientem być brokerem w pewnym aspekcie (poszukiwania ofert na rynku oraz rekomendacji), natomiast w zakresie pobierania opłaty za nabycie produktu działać jako agent zakładu ubezpieczeniowego. Poszczególne kategorie pośredników w prawie angielskim należy zatem wyróżnić ze względu nie na wybrany termin/nazwę, jakim posługują się w obrocie, ale wyłącznie przez pryzmat określenia obowiązków wobec stron, to znaczy: 1) obowiązku dołożenia należytej staranności; 2) bycia podmiotem, do którego obowiązki te przyleżą, a w razie ich niedopełnienia należy wskazać, jaki podmiot jest uprawniony do roszczenia odszkodowawczego (tj. *privity of contract* albo osoba trzecia do relacji umownej, jeśli dopuszcza ustawa) za naruszenie umowy agencyjnej oraz wywodzenia roszczenia odszkodowawczego⁶⁸.

⁶⁶ *Newsholme Bros v Road Transport & General Insurance Co Ltd* [1929] 2 KB 356.

⁶⁷ R. Merkin, J. Steele, *op. cit.*, s. 45–48.

⁶⁸ Istnienie umowy między doradcą zawodowym (brokerem) a jego klientem było uznawane przez sądy angielskie za wykluczające możliwość równoczesnego deliktowego obowiązku staranności, ale obecnie uważa się, że obowiązki umowne i deliktowe mogą istnieć równolegle, co prowadzić może do zbiegu roszczeń odszkodowawczych. Zauważyć bowiem należy, że w przypadku gdy agent zawarł umowę agencyjną z mocodawcą, niewłaściwe postępowanie w ramach tej umowy będzie stanowić jej naruszenie i w rezultacie powstanie roszczenia o odszkodowanie za nienależyte/brak wykonania tej umowy. Natomiast drugim roszczeniem, jakie będzie przysługiwało mocodawcy za naruszenie umowy, będzie roszczenie oparte na tym samym zachowaniu, np. nienależycie wykonujące zobowiązania, ale samo zobowiązanie do należytego działania będzie oparte na prawie deliktowym (*duty of care*). Zbieg roszczeń jest elektywny, granicą dochodzenia jest zasada ekwiwalentności (zakaz odszkodowania wyższego niż szkoda majątkowa). R. Merkin, *Colinvaux's Law...*, *op. cit.*, s. 530.

W ramach załącznika II („Zasady określania statusu agentów”) w CIDRA 2012 ustawodawca angielski zdecydował się na wprowadzenie szczególnej regulacji prawnej mającej umożliwić sądowi określenie podmiotu odpowiedzialnego za działanie agenta *ad casum* w przypadku wątpliwości. Zakres obowiązków pośrednika jest określany w ramach załącznika II, który wprowadza domniemania prawne przesądzające o przypisaniu statusu pośrednika w sytuacji konfliktu pomiędzy konsumentem a ubezpieczycielem. Wyliczenie przesłanek w załączniku II jest przykładowe i niewyczerpujące, a sąd powinien rozważyć wszystkie okoliczności sprawy, ponieważ żadna z przesłanek nie może być uznana za decydującą (brak hierarchii pomiędzy poszczególnymi przesłankami)⁶⁹. Załącznik II stanowi, że o zakresie obowiązków pośrednika decydują czynności, jakie podejmował on w okresie przed zawarciem umowy (przede wszystkim, czy udzielał spersonalizowanej rekomendacji co do okoliczności faktycznych, np. najlepszego produktu dostępnego na rynku dla potrzeb i wymagań konsumenta w ramach reguł ICOBS 5.2.2 stanowiącego implementację art. 20 ust. 1 zdanie pierwsze dyrektywy IDD). Załącznik II CIDRA 2012 istotnie oparł się na założeniu prawa regulacyjnego, ponieważ uznał, że przedstawienie indywidualnej rekomendacji w ramach dyrektywy IDD wiązać należy z określeniem statusu agenta⁷⁰. Załącznik II reguluje sytuacje, w których strony co do zasady nie zawarły umowy o świadczenie usług brokerskich (umowy agencyjnej), ponieważ w takim wypadku jakiegokolwiek problemy interpretacyjne znajdują swoje rozwiązanie w ramach zawartego stosunku agencyjnego, chyba że agent wykroczy poza zakres postanowień umowy agencyjnej zawartej pomiędzy nim a ubezpieczającym⁷¹. Uznaje się, że pośrednik ubezpieczeniowy działa na rzecz ubezpieczyciela w trzech okolicznościach:

- 1) gdy agent jest wyznaczonym przedstawicielem ubezpieczyciela w ramach sec. 39 FSMA 2000 (*exemption of appointed representatives*);
- 2) gdy agent otrzymał wyraźne upoważnienie od ubezpieczyciela do zbierania informacji przedkontraktowych od konsumenta; oraz
- 3) gdy agent ma wyraźne upoważnienie do zawarcia umowy w imieniu ubezpieczyciela.⁷²

Opisane wyżej trzy przesłanki łączy użycie odesłania do stosunku podstawowego, który co do zasady bardzo intensywnie wskazuje na istnienie domniemania, że agent działa na rzecz ubezpieczyciela. Uzupełniająco w sec. 3 pkt 3 załącznika II CIDRA 2012 ustawodawca angielski zdecydował się na wprowadzenie otwartego

⁶⁹ Law Commission, the Scottish Law Commission, *op. cit.*, para. 8.22, 8.25.

⁷⁰ *Ibidem*, para. 8.20.

⁷¹ M. Roderick, *Agency Law. Law and Principles*, wyd. 3, Oxford 2016, s. 15–23.

⁷² Załącznik II CIDRA 2012.

katalogu okoliczności faktycznych, których wykazanie w konkretnych okolicznościach prowadzi do uznania, że pośrednik ubezpieczeniowy działa w imieniu i na rzecz konsumenta, pomimo istnienia relacji podstawowej opisywanej wyżej. W przypadku gdy agent przedstawił indywidualną rekomendację, przeprowadził rzetelną analizę rynku produktów ubezpieczeniowych bądź uzyskał wynagrodzenie od konsumenta, ustawa CIDRA 2012 nakazuje traktować takiego agenta jako brokera konsumenta (sec. 3 pkt 3 lit. a–b załącznika II CIDRA 2012). Jednym z czynników wpływających na konkretną interpretację określającą status agenta jest zatem przeprowadzenie rzetelnej analizy rynku, co wynika z modelu zawartego w art. 12 ust. 2 oraz art. 20 ust. 3 dyrektywy IMD⁷³. Ponadto udzielenie indywidualnej rekomendacji jest kolejnym przejawem wpływu regulacyjnego prawa prywatnego na formułowanie przesłanek stosowania prawa prywatnego w celu określenia statusu brokera (ICOBS 5.2.R, por. szerzej podrozdział 3.4). Jeśli agent zostanie uznany za działającego na rzecz konsumenta i dokona świadomego lub lekkomyślnego wprowadzenia w błąd ubezpieczyciela, konsument będzie odpowiedzialny za jego działanie na podstawie załącznika II CIDRA 2012⁷⁴. W odwrotnej sytuacji, jeżeli wyżej opisane sytuacje zostaną zrealizowane przez agenta zakładu ubezpieczeniowego, odpowiedzialność poniesienie zakład ubezpieczeń, a nie konsument. Model przypisywania informacji uzyskanych przez drugą stronę umowy ubezpieczenia w prawie angielskim opiera się na założeniu normatywnym, które znajduje swój wyraz także w ramach prawa modelowego – art. 2:106 PEICL. Zgodnie z art. 2:106 PEICL informacje przekazane przez agenta ubezpieczającego należy uznawać za informacje przekazane bezpośrednio przez ubezpieczającego⁷⁵. W tym zakresie porządek angielski jest zgodny z prawem modelowym. W odróżnieniu od regulacji z załącznika II CIDRA 2012, art. 2:106 PEICL nie zawiera norm regulujących płynność statusu pośrednika ubezpieczeniowego. Funkcjonowanie licencjonowanych pośredników ubezpieczeniowych wydaje się domniemane w prawie modelowym, co wyklucza konieczność istnienia norm interpretacyjnych dla określenia ich statusu w sytuacji sporu pomiędzy konsumentem a ubezpieczycielem.

⁷³ „Kiedy pośrednik ubezpieczeniowy informuje klienta, iż prowadzi działalność doradczą na podstawie rzetelnej analizy, ma obowiązek świadczenia działalności doradczej na podstawie rzetelnej analizy wystarczającej liczby umów ubezpieczeń dostępnych na rynku, umożliwiającej mu sformułowanie indywidualnej rekomendacji, zgodnie z kryteriami zawodowymi dotyczącymi umowy ubezpieczenia, która w najważniejszy sposób spełniałaby potrzeby klienta”.

⁷⁴ *Roche v Roberts* [1921] 9 Ll. L. Rep. 59; *Lyons v Bentley* (1944) 77 Ll. L. Rep. 335; *Hazel v Whitlam* [2005] Lloyd's Rep. I.R. 168; *Lewis v Norwich Union Healthcare Ltd* [2010] Lloyd's Rep. I.R. 198.

⁷⁵ J. Basedow, J. Birds, M. Clarke, H. Cousy, H. Heiss, L.D. Loacker, *Principles of European Insurance Law (PEICL)*, Monachium 2016, s. 15.

3. Obowiązki informacyjne pośredników – płaszczyzna europejskiego regulacyjnego prawa prywatnego

W odróżnieniu od modelu informacyjnego opisanego wyżej wynikającego z dualizmu prawa prywatnego poddanego silnemu wpływowi regulacyjnego prawa prywatnego (np. obowiązki informacyjne ubezpieczyciela w zakresie przedstawiania kwestionariusza, przesłanki uznania agenta za działającego w imieniu i na rzecz konsumenta z załącznika II CIDRA 2012), obowiązki informacyjne ciążące na pośrednikach ubezpieczeniowych uregulowane są co do zasady nie w ramach prawa prywatnego (poza obowiązkiem kwestionariusza z CIDRA 2012, który również uległ znacznemu doprecyzowaniu w ramach wpływu regulacyjnego prawa prywatnego), ale na płaszczyźnie prawa rynku finansowego (ustaw ogólnych – FMSA 2000) oraz instrumentów sektorowych FCA implementujących dyrektywę IDD – ICOBS, COBS (*Conduct of Business Sourcebook*). W tym miejscu należy dokonać analizy implementacji dyrektywy IDD do porządku prawa angielskiego oraz przeprowadzić analizę obowiązków informacyjnych pośredników uczestniczących w dystrybucji produktów ubezpieczeniowych oraz ubezpieczeniowo-inwestycyjnych, z uwzględnieniem analizy skutku prywatnoprawnego naruszenia obowiązków doradczych przez pośredników (szerzej w podrozdziale 3.6).

3.1. Implementacja dyrektywy IDD w Wielkiej Brytanii

Implementacja dyrektywy IDD została w Wielkiej Brytanii poprzedzona konsultacjami prowadzonymi przez FCA. Stanowią one cenny materiał normatywny do analizy przepisów prawa krajowego dokonujących implementacji dyrektywy IDD⁷⁶. Ponieważ w Wielkiej Brytanii nie pisze się opracowań komentarzowych do aktów prawnych, uznać należy opracowanie FCA za swego rodzaju komentarz stosowania oraz implementacji dyrektywy IDD (*soft-law* dla uczestników rynku)⁷⁷. W celu poprawnej interpretacji implementacji dyrektywy IDD należy prześledzić dwa modele implementacyjne, które zostały wybrane przez FCA jako najbardziej odpowiednie do normatywnego powielenia postanowień dyrektywy IDD w porządku krajowym.

⁷⁶ FCA, *PS18/1 Insurance Distribution Directive implementation – Feedback and near-final rules to CP17/33 and other IDD consultations*, Londyn 2018; FCA, *CP17/33 Insurance Distribution Directive Implementation – Consultation Paper 3*, Londyn 2017; FCA, *CP17/77 Insurance Distribution Directive Implementation – Consultation Paper 1*, Londyn 2017; FCA, *CP17/23 Insurance Distribution Directive Implementation – Consultation Paper 2*, Londyn 2017. W procesie implementacyjnym dyrektywy IDD udział brał również minister finansów, por szerzej: HM Treasury, *Transposition of the Insurance Distribution Directive: response to the consultation*, Londyn 2018.

⁷⁷ Reguły zawarte w FCA zakończone literą G od *Guidance*, w odróżnieniu od zakończonych literą R od *Rules* oraz UK – prawo zachowane UE (rozporządzenia wykonawcze do dyrektywy IDD przyjęte w Wielkiej Brytanii w formie rozporządzeń wykonawczych ministrów).

Dodatkowo zabieg ten umożliwi porównanie implementacji dyrektywy IDD w Polsce z jej angielskim odpowiednikiem.

Postanowienia dyrektywy IDD zostały w większości implementowane w prawie angielskim za pomocą metody *intelligent copy out*, która polega na odzwierciedleniu tekstu dyrektywy w prawie krajowym bez istotnych zmian, z wyjątkiem koniecznych ze względu na terminologię, systematykę prawa krajowego oraz rozpoznawalne praktyki rynkowej⁷⁸. Metoda implementacyjna *intelligent copy out* jest bardzo często wykorzystywana w prawodawstwie angielskim, ponieważ większość dyrektyw rynku finansowego została zaimplementowana z jej wykorzystaniem (np. dyrektywa MiFID II⁷⁹, dyrektywa 93/13 w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich⁸⁰). Aby w pełni zrozumieć implementację dyrektywy IDD, należy odnieść się do drugiego modelu implementacji wybranego przez angielskiego ustawodawcę, tj. do metody zwiększającej poziom ochrony konsumenta określony w dyrektywie IDD, jednak w ramach celu dyrektywy oraz ogólnych reguł prawa UE (*gold plating*)⁸¹. W ramach prac konsultacyjnych FCA wykrystalizował się pogląd o konieczności utrzymania spójności regulacyjnej pomiędzy normami stosowanymi do dystrybucji podobnych do siebie produktów finansowych ze względu na ryzyko finansowe, jakie niosą one dla konsumentów (zgodnie z paradygmatem *same risk, same conduct, same rules*)⁸². Uznano, że dystrybucja produktów ubezpieczeniowo-inwestycyjnych powinna zostać poddana analogicznemu reżimowi prawnemu, jaki jest obecnie stosowany do dystrybucji produktów finansowych w ramach dyrektywy MiFID II oraz rozporządzeń wykonawczych do tej dyrektywy (szerzej w podrozdziale 3.4, tj. kategoria instrumentów finansowych)⁸³. Zdecydowana większość postanowień dyrektywy IDD określająca funkcjonowanie pośrednictwa w zakresie

⁷⁸ FCA, *PS18/1 Insurance Distribution Directive implementation – Feedback and near-final rules to CP17/33 and other IDD consultations*, Londyn 2018, s. 6: “An ‘intelligent copy out’ approach means adhering closely to the wording of the IDD when drafting the relevant provisions in the Handbook, but using alternative wording where appropriate to align with UK law and practice.”

⁷⁹ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/65/UE z dnia 15 maja 2014 r. w sprawie rynków instrumentów finansowych oraz zmieniająca dyrektywę 2002/92/WE i dyrektywę 2011/61/UE, Dz. Urz. UE L 173 z 12.06.2017r., s. 349, dalej: MiFID II. Dyrektywa MiFID II zastąpiła dyrektywę 2004/39/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie rynków i instrumentów finansowych z dnia 21 kwietnia 2004 r. (MiFID).

⁸⁰ Dyrektywa Rady 93/13/EWG z dnia 5 kwietnia 1993 r. w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich.

⁸¹ Dyrektywa IDD jest dyrektywą minimalnie przybliżającą porządku prawnemu państw członkowskich (motyw 3), co umożliwiła implementacja z zastosowaniem bardziej rygorystycznych przepisów w prawie krajowym, pod warunkiem że pozostają one w zgodzie z prawem UE (włącznie z przedmiotową dyrektywą IDD).

⁸² O różnych metodach transpozycji dyrektyw pisze J. Maśnicki, *op. cit.*, s. 7.

⁸³ FCA, *PS18/1 Insurance Distribution Directive implementation – Feedback and near-final rules to CP17/33 and other IDD consultations*, Londyn 2018, s. 4: “(...) introducing standards above the IDD minimum requirements as a result of policy decisions, particularly the decision to align with Markets in Financial Instruments Directive II (MiFID II).”

obowiązków informacyjnych oraz doradczych została implementowana w ramach instrumentów prawnych FCA, to znaczy ICOBS, COBS oraz PRIN. Opisywane instrumenty nadzorcze są źródłami powszechnie obowiązującego prawa w Wielkiej Brytanii (sec. 137A FSMA).⁸⁴ Nadto FCA określa skutek prywatnoprawny naruszenia norm zawartych np. w ICOBS (zakres norm umożliwiających oparcie roszczenia na podstawie sec. 138D FSMA 2000), przez co istotnie wpływa na funkcjonowanie prawa deliktowego w Anglii (wprowadzenie obowiązku ochrony dobra prawnego (*duty of care*) dla potrzeb przypisania odpowiedzialności deliktowej)⁸⁵.

3.2. Obowiązki informacyjne pośredników – uwagi ogólne

W ramach przepisów implementujących dyrektywę IDD nadzorca angielski zdecydował się na rozróżnienie trzech modeli ochrony konsumenta⁸⁶ w ramach szerszego pojęcia dystrybucji produktów ubezpieczeniowych z jednej strony, z drugiej zaś terminu prawnego „doradztwo”, który jest pojęciem zawierającym się w szerszym terminie „dystrybucja produktów ubezpieczeniowych”⁸⁷. Analizowane modele można klasyfikować ze względu na uszczegółowienie czynności regulowanej „doradztwa” (art. 53 (1) RAO). Czynność regulowana doradztwa w dystrybucji produktów ubezpieczeniowych jest pojęciem technicznoprawnym, ponieważ została precyzyjnie zdefiniowana dla potrzeb pojęcia „dystrybucja produktów ubezpieczeniowych” oraz nie jest terminem używanym w tym samym znaczeniu w ustawodawstwie prywatnoprawnym. Istotne jest również to, że ustawodawstwo angielskie nie przewiduje możliwości dystrybucji bez przeprowadzenia badania wymagań i potrzeb (ICOBS 5.2.2D), czyniąc z badania wymagań i potrzeb obowiązek regulacyjny niepodlegający wyłączenia (nawet za zgodą konsumenta). Poza obowiązkami doradczymi, które na gruncie dyrektywy IDD należą do kategorii obowiązków informacyjnych spersonifikowanych, obowiązki generyczne stanowią drugą grupę obowiązków informacyjnych. Obowiązki generyczne uregulowane są w ramach m.in. ICOBS 4.1.2 R stanowiącego implementację art. 18 i art. 19 lit. a i b dyrektywy IDD, jednak pozostają one poza przedmiotową analizą. Obowiązki informacyjne polegające na opisanu sposobu przekazywania informacji, czyli ogólny obowiązek

⁸⁴ FCA, 2018/15 Insurance Distribution Directive Instrument 2018 (rozporządzenie wykonawcze), https://www.handbook.fca.org.uk/instrument/2018/FCA_2018_25.pdf (dostęp: 9.05.2022).

⁸⁵ *London Passenger Transport Board v Upson* [1949] A.C. 155 at 168–169, Lord Wright: “A claim for damages for breach of a statutory duty intended to protect a person in the position of the particular plaintiff is a specific common law right which is not to be confused in essence with a claim for negligence.” Szerzej: J. Goundkamp, D. Nolan, *Winfield & Jolowicz on Tort*, wyd. 20, Londyn 2020, par. 8.003.

⁸⁶ Termin „konsument” nie został zdefiniowany ani w dyrektywie IDD, ani IMD. W ICOBS 2.1.1 G zdefiniowano go jako ubezpieczającego lub potencjalnego ubezpieczającego, który dokonuje uzgodnień przygotowujących do zawarcia umowy ubezpieczenia (bezpośrednio lub za pośrednictwem agenta).

⁸⁷ Załącznik V RAO, art. 2.1. implementujący art. 2 ust. 1 pkt 1 dyrektywy IDD.

przekazywania informacji w sposób jasny, czytelny oraz niewprowadzający w błąd, zaliczane są w doktrynie do obowiązków wywodzących się z reguły dobrej wiary (klauzula *good faith*)⁸⁸.

Implementacja art. 20 dyrektywy IDD w ramach ICOBS rozróżnia trzy rodzaje doradztwa, które powinno się klasyfikować ze względu na szczegółowość czynności „doradzania” świadczonej przez pośrednika ubezpieczeniowego. Sama czynność „doradztwa” jest czynnością regulowaną w ramach rozporządzenia wykonawczego dotyczącego czynności regulowanych w ramach FSMA 2000 (The Financial Services and Markets Act 2000 (Regulated Activities) Order 2001 FSMA 2000, dalej: RAO), które określa czynności regulowane wymagające uzyskania zezwolenia administracyjnego od FCA (m.in. dystrybucja ubezpieczeń przez pośredników ubezpieczeniowych – art. 53 RAO)⁸⁹. Czynność doradztwa w ramach FSMA 2000 nie może być wiązana ze znaczeniem nadawanemu temu terminowi na gruncie prawa prywatnego, gdyż bardziej odpowiednie jest traktowanie czynności doradztwa w formie rekomendacji jako czynności doradzania w ramach prawa prywatnego (o czym szerzej niżej)⁹⁰. Najmniej szczegółowy rodzaj doradztwa to doradztwo w zakresie przeprowadzenia wyłącznie badania wymagań i potrzeb (*the demands and needs test* – ICOBS 5.2.2R.), które to badanie zawsze poprzedza oferowanie produktu ubezpieczeniowego oraz produktu ubezpieczeniowego z elementem inwestycyjnym. Z tego powodu staje się podstawowym środkiem ochrony konsumenta na etapie prowadzącym do zawarcia umowy o ubezpieczenie. Jest to tzw. ochrona na etapie określanym w doktrynie *at the point of sale*, odmiennie niż ochrona na etapie zarządzania produktowego czy egzekucji prawa na podstawie roszczenia deliktowego z sec. 138D FSMA 2000. Drugim rodzajem czynności doradztwa jest indywidualna rekomendacja, która polega na świadczeniu indywidualnej porady (*personal recommendation*) co do najlepszego produktu ubezpieczeniowego opartej na wyniku uzyskanym z przeprowadzonego badania wymagań i potrzeb (ICOBS 5.3.4R). W ramach świadczenia usługi regulowanej indywidualnej rekomendacji pośrednik ubezpieczeniowy wskazuje, dlaczego dany produkt najlepiej zrealizuje interes finansowy konsumenta. Ostatnim najbardziej rozbudowanym obowiązkiem doradczym jest obowiązek oparcia indywidualnej rekomendacji na podstawie analizy odpowiedniej liczby produktów ubezpieczeniowych dostępnych na rynku (ICOBS 5.3.3R). W wypadku tej czynności regulowanej doradztwa pośrednik powinien oprzeć indywidualną rekomendację na analizie odpowiedniej liczby produktów ubezpieczeniowych, co implikuje konieczność podwyższonego standardu

⁸⁸ P. Eggers, *The past and future of English insurance law: good faith and warranties*, Journal of law and jurisprudence 2012, t. 1, z. 2, s. 211–244; J. Lowry, *op. cit.*, s. 339.

⁸⁹ Ogólnie: S. Morris, *Financial Services Regulation*, Oxford 2016, s. 150.

⁹⁰ L. van Setten, *The Law of Financial Advice, Investment Management and Trading*, Oxford 2019, s. 197–200.

staranności w celu zbadania rynku produktów ubezpieczeniowych (ICOBS 5.3.3R zdanie pierwsze). Zasadniczo ta forma doradztwa wiąże się z istnieniem stosunku zobowiązaniowego pomiędzy poszukującym ubezpieczenia a brokerem, który ma możliwość niezależnego przeprowadzenia analizy rynku produktów ubezpieczeniowych oferowanych przez różne zakłady ubezpieczeniowe (por. analizę w podrozdziale 2).

Z powyższego wynika, że obowiązek doradczy w ramach art. 20 dyrektywy IDD może zostać podzielony ze względu na szczegółowość czynności regulowanej doradztwa. Relacja logiczna pomiędzy najbardziej a najmniej szczegółową formą doradztwa to relacja zawierania, która uwypukla zakres obowiązków doradczych oraz ich potencjalny wpływ na wykładnię załącznika II do ustawy CIDRA 2012. Łącznikiem pomiędzy wszystkimi trzema obowiązkami doradczymi, oprócz analizy wymagań i potrzeb, jest obowiązek ogólny, gdyż na podstawie ICOBS 5.3.1R pośrednik ubezpieczeniowy powinien wykonywać czynności doradztwa z dołożeniem należytej staranności w celu zapewnienia, że jego doradztwo jest odpowiednie dla konsumenta, który ma prawo polegać na jego doradztwie (*overriding principle*)⁹¹. Kończąc, należy jeszcze raz podkreślić, że obowiązek doradczy w formie badania wymagań i potrzeb konsumenta nie pociąga za sobą powstania stosunku zobowiązaniowego w prawie angielskim (tzw. model cichej umowy o doradztwo, szerzej w podrozdziale 4.2), ale może wiązać się wyłącznie z odpowiedzialnością deliktową pośrednika na podstawie sec. 138D FSMA 2000 (szerzej niżej w podrozdziale 3.6), lecz bez możliwości powstania roszczenia restytucyjnego (np. na podstawie błędów w oświadczeniach woli)

3.3. Obowiązki informacyjne pośredników – badanie wymagań i potrzeb

W ramach bardzo szczegółowego modelu ochronnego opisywanego w literaturze jako model ochronny konsumenta oparty na regułach *conduct of business rules*⁹²,

⁹¹ Podobnie polska ustawa z dnia 15 grudnia 2017 r. o dystrybucji ubezpieczeń w art. 18 (tekst jedn.: Dz. U. z 2022 r. poz. 905, dalej: u.d.u.): „Działalność agencyjna powinna być wykonywana z zachowaniem staranności określonej w art. 355 § 2 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (...) oraz dobrych obyczajów”.

⁹² Zgodnie z dominującym poglądem w literaturze zasady prowadzenia działalności gospodarczej (*conduct of business rules*) definiuje się jako zasady postępowania, które regulują działalność firm świadczących usługi finansowe w zakresie ochrony interesów klientów i integralności rynku. Najważniejsze są dwa dobra prawne chronione w ramach modelu *conduct of business rules*: ochrona konsumentów (prawo prywatne i regulacja prudencyjna) i integralność rynku (regulacja prudencyjna – prawo publiczne). I. MacNeil, *Rethinking Conduct Regulation*, *Butterworths Journal of International Banking and Financial Law* 2015, t. 30, nr 7, s. 415–20; A. Kern, *English and Wales* [w:] D. Busch, C. Van Dam, *A Bank's duty of care*, Oxford 2017, s. 101; D. Busch, *The Future of the Special Duty of Care in the Financial Sector – Perspectives from the Netherlands*, *European Banking Institute Working Paper Series* 2020, nr 63, s. 475: “These are regulatory provisions that prescribe how banks must treat their clients. The basic conduct-of-business rule is that a bank should act honestly, fairly and professionally for its clients.”

dyrektywa IDD wprowadza ogólny obowiązek doradczych pośredników wobec konsumentów, poza ramami istnienia jakiegokolwiek stosunku kontraktowego. W ramach ogólnego obowiązku badania wymagań i potrzeb dyrektywa IDD jest często zestawiana w literaturze przedmiotu z bardzo zbliżonym rozwiązaniem normatywnym na gruncie dyrektywy MiFID II (w szczególności jej art. 24 i n.), gdyż dyrektywa MiFID II również wprowadza rozbudowany model obowiązków informacyjno-doradczych, takich jak obowiązek zbadania, czy instrumenty finansowe odpowiadają wiedzy, doświadczeniu, umiejętnościom oraz możliwości ponoszenia strat przez konsumenta. W ramach prac konsultacyjnych prowadzonych przez FCA wskazała ona wyraźnie, że pośrednicy ubezpieczeniowy muszą jednoznacznie komunikować konsumentom różnicę pomiędzy pośrednictwem ubezpieczeniowym doradczym oraz pośrednictwem ubezpieczeniowym z indywidualną rekomendacją, gdyż konsumenci (również mali i średni przedsiębiorcy) mają problem ze zrozumieniem tego rozróżnienia⁹³.

Pośrednik ubezpieczeniowy, przed zaoferowaniem produktu ubezpieczeniowego, powinien przeprowadzić badanie wymagań i potrzeb konsumenta (ICOBS 5.2.2R). Badanie to stanowi warunek wstępny i konieczny dalszego procesu zawierania umowy o produkt ubezpieczeniowy⁹⁴. Badanie powinno przede wszystkim umożliwić konsumentowi podjęcie tzw. poinformowanej decyzji na temat zawarcia umowy ubezpieczenia oraz być przeprowadzone „w odpowiednim czasie”, który umożliwi swobodne podjęcie poinformowanej decyzji o zawarciu umowy ubezpieczenia (ICOBS 6.2.2R). W ramach prac konsultacyjnych nad implementacją dyrektywy IDD FCA wskazała, że informacje przedstawione w ramach badania potrzeb muszą być szczegółowe i odpowiadające przeprowadzonemu badaniu, nie mogą natomiast być ogólne, poza jednym przypadkiem⁹⁵. W sytuacji przedstawienia produktów obiektywnie odpowiadających wymaganiom i potrzebom konsumenta informacje na temat przeprowadzonego badania mogą zostać ograniczone przez pośrednika ubezpieczeniowego do informacji ogólnych i nie być uszczegółowione, gdyż ich uszczegółowienie już nastąpiło w przedstawionych produktach ubezpieczeniowych⁹⁶.

W ramach dyrektywy IDD pośrednik uczestniczący w dystrybucji jest zobowiązany do przekazania informacji na temat oferowanego produktu ubezpieczeniowego

⁹³ FCA, *CP17/17 Insurance Distribution Directive Implementation – Consultation Paper I*, Londyn 2017, s. 20–27.

⁹⁴ *Ibidem*, s. 25; FCA, *CP17/23 Insurance Distribution Directive Implementation – Consultation Paper II*, Londyn 2017, s. 22; FCA, *PS18/1 Insurance Distribution Directive implementation – Feedback and near-final rules for CP17/23, CP17/32, CP17/33, CP17/39 and near-final rules for CP17/07*, Londyn 2018, s. 35.

⁹⁵ FCA, *CP17/17 Insurance Distribution Directive Implementation – Consultation Paper I*, Londyn 2017, s. 26.

⁹⁶ *Ibidem*, s. 25–27.

„w odpowiednim czasie” przed zawarciem umowy ubezpieczeniowej⁹⁷. Jest to ogólna klauzula europejskiego *acquis* dotycząca ochrony na etapie prowadzącym do zawarcia umowy (*at the point of sale*, w odróżnieniu od regulacji produktowej, *product oversight and governance requirements*)⁹⁸. W ramach analogicznych postanowień zawartych w dyrektywie IMD pośrednicy byli zobowiązani do przekazania klientom informacji na temat oferowanych produktów ubezpieczeniowych „przed zawarciem umowy oraz, w razie konieczności, przy jej zmianie lub przedłużeniu”⁹⁹. Poprzedni stan prawny nie zawierał przesłanki kwalifikującej moment przekazywania informacji („w odpowiednim czasie”), co było uznawane w literaturze za rozwiązanie niekorzystne dla ochrony konsumentów¹⁰⁰. Wbrew literalnej wykładni tej przesłanki nie chodzi wyłącznie o moment przekazania informacji, ale o odniesienie czasu (momentu) przekazywania do – z jednej strony – skomplikowania oferowanego produktu, z drugiej zaś do innych przesłanek powiązanych z sytuacją konkretnego konsumenta – elementów subiektywnych (np. wiedzy i doświadczenia klienta detalicznego, w szczególności w sytuacji jego wrażliwości)¹⁰¹. Z tego powodu należy uznać, że prawidłowa wykładnia przesłanki kwalifikującej przekazanie informacji powinna pozostawać w relacji nie tylko z momentem na linii czasu w przekazywaniu informacji (jak regulowała to dyrektywa IMD), ale także uwzględniać konieczność zarządzania przesłankami indywidualizującymi danego konsumenta, takimi jak jego wiedza o produktach ubezpieczeniowych, doświadczenie w zawieraniu podobnych umów w przeszłości czy różnego rodzaju wrażliwości (np. problemy ze słuchem, językowe)¹⁰². Wykładnia przesłanki warunkującej poprawny przekaz informacji przez pośrednika ubezpieczeniowego „w odpowiednim czasie” nie znalazła się do tej pory w kręgu zainteresowania nauki prawa oraz orzecznictwa w Wielkiej Brytanii. W ramach oficjalnych stanowisk nadzoru w Wielkiej Brytanii wypracowane zostały pewne wskazówki interpretacyjne w formie regulacyjnego *soft law*¹⁰³. Informacje

⁹⁷ FCA, *PS18/1 Insurance Distribution Directive implementation – PS18/1*, Londyn 2018, s. 4.

⁹⁸ I. Chiu, *More paternalism in the regulation of consumer financial investments? Private sector duties and public goods analysis*, Legal Studies 2021, t. 41, nr 4, s. 18–20; A.H. Brener, I. Chiu, *Articulating the gaps in financial consumer protection and policy choices for the financial conduct authority—moving beyond the question of imposing a duty of care*, Capital Markets Law Journal 2019, t. 14, nr 2, s. 217–230.

⁹⁹ Art. 12 ust. 1 dyrektywy IMD: „Przed zawarciem każdej wstępnej umowy ubezpieczenia i w razie potrzeby z chwilą jej zmiany lub wznowienia pośrednik ubezpieczeniowy dostarcza klientowi”.

¹⁰⁰ Podobnie w art. 3 (1) dyrektywy 2002/65/EC.

¹⁰¹ FCA, *FG21/1 Guidance for firms on the fair treatment of vulnerable customers*, Londyn 2021, s. 3: “We want firms to provide their customers with a level of care that is appropriate given the characteristics of the customers themselves. The level of care that is appropriate for vulnerable consumers may be different from that for others and firms should take particular care to ensure they are treated fairly.”

¹⁰² FCA, *CP21/36 Consumer Duty*, Londyn 2021, s. 48; FCA, *FG21/1 Guidance for firms on the fair treatment of vulnerable customers*, Londyn 2021, s. 3.

¹⁰³ FCA, *CP17/33 Insurance Distribution Directive – Consultation Paper 3*, Londyn 2017, s. 15.

na temat oferowanych produktów, które są odpowiednie do wymagań i potrzeb konsumenta, powinny zostać przekazane w takim czasie, aby konsument mógł się z nimi zapoznać, mieć odpowiedni czas na ich analizę oraz podjęcie poinformowanej decyzji (używane określenie to również „podjęcie świadomej decyzji”). Uzupełniająco, FCA podkreśliła, że konsument w przypadku oferowania skomplikowanych produktów ubezpieczeniowych powinien mieć odpowiednio więcej czasu na podjęcie świadomego ryzyka prawnego i finansowego, w szczególności w sytuacji pośrednictwa ubezpieczeniowego bez indywidualnej rekomendacji najlepszego produktu, co zdecydowanie ułatwia proces decyzyjny i może go także znacząco przyspieszać (zaufanie konsumenta do rekomendacji brokera)¹⁰⁴. Reguła praktyczna, jaka z powodzeniem może zostać wypracowana na podstawie stanowiska FCA, wskazuje, że pośrednik powinien dostosować zakres informacji proporcjonalnie do czasu, jaki jest potrzebny na zapoznanie się z nią przez klienta detalicznego (zwłaszcza dokonującego pierwszego nabycia produktu ubezpieczeniowego) oraz umożliwiający podjęcie mu świadomej decyzji o zawarciu umowy ubezpieczenia¹⁰⁵. W związku z tym FCA nie uznaje, aby pośrednicy ubezpieczeniowi byli zobowiązani w ramach obowiązków doradczych do szczegółowego badania indywidualnych okoliczności konsumenta, gdyż byłoby to zakresowo zbieżne z indywidualną rekomendacją¹⁰⁶.

Model uzyskiwania oraz przekazywania informacji konsumentowi przez pośrednika powinien uwzględniać środek techniczny wykorzystywany do zawarcia umowy (np. informacje powinny być dostosowane do rozmiaru oraz możliwości technicznych aplikacji mobilnej)¹⁰⁷. Jest to kluczowe założenie, ponieważ zobowiązuje pośredników do aktywnego monitorowania kanałów wykorzystywanych do zawierania umów o ubezpieczenie z konsumentami, w sytuacji gdy dyrektywa IDD nie różnicuje obowiązków informacyjnych na podstawie wybranego modelu dystrybucji¹⁰⁸. Dyrektywa IDD nie różnicuje w tym zakresie swoich postanowień,

¹⁰⁴ FCA, *CP17/33 Insurance Distribution Directive Implementation – Consultation Paper 3*, Londyn 2017, s. 18: “This guidance encourages firms to consider the amount of time a customer will need to read and understand information taking into account the urgency of the situation and the relative complexity of the product or service in question.”

¹⁰⁵ M. Ostrowska, *Regulation of InsurTech: Is the Principle of Proportionality an Answer?*, *Risks* 2021, t. 9, s. 185.

¹⁰⁶ FCA, *CP17/17 Insurance Distribution Directive Implementation – Consultation Paper I*, Londyn 2017, s. 25: “We recognise the need to retain a clear distinction between advised and non-advised sales. In relation to non-advised retail sales, we do not expect firms to carry out a detailed investigation of the customer’s circumstances, but they should identify their demands and needs, and ensure that the contracts proposed provide cover that meets those demands and needs.”

¹⁰⁷ *Ibidem*, s. 24.

¹⁰⁸ Doktryna zarzuca również „wsteczność” tej dyrektywy, która zakłada jako model podstawowy dystrybucję w świecie analogowym (forma papierowa). P. Marano, *Navigating InsurTech: The digital intermediaries of insurance products and customer protection in the EU*, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2019, t. 26, nr 2, s. 294–300.

ponieważ opiera swoje założenia na ogólnej regule neutralności technicznej, które może nie uwzględniać ryzyk związanych z obrotem online (format przedstawiany w sposób trudny do odbioru, brak interaktywności aplikacji ubezpieczyciela). FCA jest zdania, że ujawnianie wszystkich wymaganych informacji w sposób, który może być użyteczny dla klienta, powinno pomóc w uniknięciu przeciążenia klientów informacjami (włącznie z wykorzystywaniem nośników cyfrowych do zawarcia umowy)¹⁰⁹.

FCA od dłuższego czasu wskazuje, że w ramach terminu „klient” na gruncie dyrektywy IDD należy wyróżnić konsumentów wrażliwych, których cechy indywidualizujące powinny pozytywnie wpływać na zakres obowiązków doradczych pośrednika (wiek, szczególna sytuacja życiowa) przez ich odpowiednie zwiększenie i uszczegółowienie umożliwiające odpowiednie i rozsądne zarządzaniem tymi cechami w trakcie procesu prowadzącego do zawarcia umowy o ubezpieczenie. Pośrednik ubezpieczeniowy jest zobowiązany do zbadania wymagań i potrzeb konsumenta wrażliwego oraz uwzględnienia jego wrażliwości podczas badania¹¹⁰. W przypadku klienta wrażliwego istnieje zatem zwiększony obowiązek doradczy, ponieważ pośrednik ubezpieczeniowy powinien zrozumieć szczególne potrzeby takiego konsumenta¹¹¹. Jednym z przejawów tego podejścia jest podwójnie kwalifikowana zgoda konsumenta na użycie nośnika informatycznego do dokumentacji oraz zawarcia umowy ubezpieczenia (nośnik trwały: plik formatu np. pdf ściągnięty na dysk twardy) lub strona internetowa (usługa chmurowego dostępu do danych o umowie). Zgodnie z ICOBS 4.1.A4R pośrednik musi zapewnić, że zgoda konsumenta na otrzymywanie informacji za pośrednictwem strony internetowej jest aktywna i świadoma. FCA wskazuje, że dla celów stosowania ICOBS 4.1.A4R pośrednik zobowiązany jest do umożliwienia konsumentowi zmiany środka komunikacji w każdej chwili i w łatwy sposób. Sama zgoda, która musi być aktywna oraz świadoma, nie może zostać zrealizowana przez konsumenta za pomocą np. wybranego wcześniej przez twórcę strony okienka wyboru (*pre-ticked box*), które jest wyraźnie wyróżnione spośród innych opcji przez podświetlenie (*a un-ticked box*), czy sytuacji, w której pośrednik domyślnie wybiera sposób komunikacji z konsumentem (ICOBS 4.1A.5G)¹¹².

¹⁰⁹ FCA, *PS18/1 Insurance Distribution Directive implementation – Feedback and near-final rules for CP17/23, CP17/32, CP17/33, CP17/39 and near-final rules for CP17/07*, Londyn 2018, s. 16.

¹¹⁰ FCA opublikowała wskazówki dotyczące uczciwego traktowania klientów wrażliwych. Klient pasuje do tego opisu, jeśli „ze względu na swoją sytuację osobistą jest szczególnie podatny na szkody – zwłaszcza gdy firma nie zachowuje odpowiedniego poziomu staranności”.

¹¹¹ FCA, *FG21/1 Guidance for firms on the fair treatment of vulnerable customers*, Londyn 2021, s. 26.

¹¹² FCA, *PS18/1 Insurance Distribution Directive implementation – Feedback and near-final rules to CP17/33 and other IDD consultations*, Londyn 2018, s. 192–93.

3.4. Obowiązek doradcy pośrednika – indywidualna rekomendacja oraz rzetelna analiza rynku produktów ubezpieczeniowych

Odmienne niż w przypadku opisanym powyżej, w ramach wyłącznego obowiązku doradczego w formie badania wymagań i potrzeb pośrednik jest zobowiązany do przeprowadzenia badania wymagań i potrzeb oraz przedstawienia indywidualnej rekomendacji wskazującej, dlaczego dany produkt najlepiej odpowiada wymaganiom i potrzebom konsumenta oraz, w razie pytań konsumenta, dlaczego inne produkty nie odpowiadają jego wymaganiom i potrzebom¹¹³. Nie można nie zauważyć, że obowiązek przedstawienia „najlepiej odpowiadającego wymaganiom i potrzebom konsumenta produktu ubezpieczeniowego” bardzo silnie koreluje z ogólnym obowiązkiem pośredników ubezpieczeniowych dbania o najlepszy interes klienta (ICOBS 2.5.-1R implementujący art. 17 ust. 1 dyrektywy IDD). Najlepszy interes klienta jest w pełni chroniony w sytuacji, w której pośrednik przedstawia produkt, który właśnie ma materializować ten interes przez przedstawienie najlepszego produktu ubezpieczeniowego dla rozpoznanych wymagań i potrzeb konsumenta (ICOBS 5.3.4R). Wyraźnie można wskazać, że art. 17 ust. 1 dyrektywy IDD preferuje model rekomendacyjny dystrybucji produktów ubezpieczeniowych. Pośrednik ubezpieczeniowy w ramach przedstawienia indywidualnej rekomendacji zobowiązany jest także do wyjaśnienia (jeśli zaistnieje taka sytuacja), jakie wymagania lub potrzeby nie zostaną zrealizowane przez rekomendowany produkt ubezpieczeniowy (ICOBS 5.2R).

W sytuacji, w której pośrednik ubezpieczeniowy przeprowadza badanie wymagań i potrzeb na podstawie rzetelnej analizy wystarczającej liczby produktów ubezpieczeniowych dostępnych na rynku (lub sektora rynku), powinien zadbać, aby ta analiza była aktualna oraz wystarczająco szeroka i głęboka (ICOBS 5.3.3R). Pośrednik ubezpieczeniowy powinien aktualizować informacje z przeprowadzonego badania (np. informować o zmianach w zakresie polisy – wysokości składki). W odniesieniu do przesłanki szerokości badania (liczby badanych polis) FCA wskazała, że pośrednicy ubezpieczeniowi są zobowiązani do odpowiedniego zbadania liczby polis przez pryzmat przesłanki „rzetelnej analizy”. Rzetelna analiza powinna opierać się na określeniu przesłanek analizy rynku, które co do zasady powiązane są z wynikiem badania wymagań i potrzeb konsumenta. W ramach rzetelnej analizy wystarczającej liczby polis pośrednik ubezpieczeniowy powinien zbadać wyłącznie polisy, które spełniają przesłanki progowe wynikające z badania wymagań i potrzeb – głębokość analizy ze względu na potrzeby konsumenta

¹¹³ ICOBS 4.1.6 R, FCA używa terminu „indywidualna rekomendacja” (*personal recommendation*) zamiast „porada” (*advice*).

(np. wysokość polisy, wyłączenie odpowiedzialności, metody rozliczania świadczeń stron)¹¹⁴. Nie jest zatem konieczne przeprowadzanie analizy wszystkich polis na rynku, ale wyłącznie tych, które odpowiadają wymaganiom i potrzebom konsumenta i są dostępne u różnych ubezpieczycieli.

3.5. Obowiązki informacyjne pośredników – produkty ubezpieczeniowe z elementem inwestycyjnym

Obowiązki doradcze dotyczące produktów ubezpieczeniowych z elementem inwestycyjnym uregulowane zostały w ramach reżimu dystrybucji produktów inwestycyjnych (implementacja krajowa dyrektywy MiFID II w ramach COBS). Wynikiem konsultacji prowadzonych przez FCA było uznanie, że ryzyko prawne dla konsumentów jest na tyle zbliżone w produktach inwestycyjnych i produktach ubezpieczeniowych z elementem inwestycyjnym, że odmienność norm prawnych stosowanych do modelu dystrybucji produktów ubezpieczeniowych na życie z elementem inwestycyjnym nie jest rozwiązaniem korzystnym dla ochrony konsumenta¹¹⁵. Ograniczenie arbitrażu regulacyjnego pomiędzy reżimami dystrybucyjnymi dyrektyw MiFID II i IDD stało się kolejnym argumentem przemawiającym za zrównaniem poziomu ochrony pomiędzy obiema dyrektywami (COBS 2.3A R)¹¹⁶. Z tego powodu poniższa analiza opisuje model implementacyjny określany terminem *gold plating*, który istotnie zwiększył poziom ochrony konsumentów na rynku produktów ubezpieczeniowo-inwestycyjnych w porównaniu ze stanem prawnym w Polsce (szerzej w podrozdziale 4), w szczególności w zakresie rozliczania świadczeń pieniężnych/niepieniężnych wypłacanych przez producenta produktu finansowego pośrednikowi (problem tzw. zachęt oraz wpływu na obowiązki doradcze pośredników – zarządzanie konfliktem interesów między np. otrzymywaniem zachęt a dbaniem o najlepszy interes klienta).

Obowiązek doradczy pośrednika jest bardziej rozbudowany w ramach dystrybucji produktów ubezpieczeniowych z elementem inwestycyjnym, ponieważ równoległe z badaniem wymagań i potrzeb konsumenta pośrednik ubezpieczeniowy jest zobowiązany do przeprowadzenia badania oceny adekwatności (*appropriateness assessment*) produktu ubezpieczeniowego z elementem inwestycyjnym (COBS 10A.2.3A UK). Ocena adekwatności różni się od badania wymagań

¹¹⁴ FCA, *CP17/17 Insurance Distribution Directive Implementation – Consultation Paper 1*, Londyn 2017, s. 53–54.

¹¹⁵ FCA, *CP17/23 Insurance Distribution Directive Implementation – Consultation Paper 2*, Londyn 2017, s. 6: “(...) stated intention is to more closely align the customer protections with those provided by the Markets in Financial Instruments Directive II (MiFID II)”.

¹¹⁶ N. Moloney, *How to protect investors. Lessons from the EC and UK*, Cambridge 2010, s. 14, 202.

i potrzeb w kilku istotnych miejscach, które należy tu prześledzić¹¹⁷. W ramach oceny adekwatności produktu finansowego pośrednik przeprowadza badanie wiedzy oraz doświadczenia konsumenta w dziedzinie inwestycji na rynku kapitałowym (COBS 10A.2.1 R – implementacja art. 25 ust. 3 dyrektywy MiFID II). Jest to pierwsza różnica, gdyż w przypadku badania wymagań i potrzeb pośrednik nie jest zobowiązany do badania wiedzy i doświadczenia konsumenta w dziedzinie produktów ubezpieczeniowych, jakie chce uzyskać, lecz wyłącznie określenia jego wymagań i potrzeb (np. wysokości składki). Pośrednik ubezpieczeniowy zobowiązany jest do aktywnej oceny przedstawionego materiału informacyjnego zebranego na podstawie przeprowadzonych dwóch badań, tj. analizy odpowiedniości oraz analizy wymagań i potrzeb, ponieważ informacje, które są oczywiście nieprawidłowe, niekompletne bądź nieaktualne, powinny zostać odrzucone oraz uzupełnione odpowiednimi informacjami (COBS 10A.2.6A). Informacje uzyskane w opisany wyżej sposób nie muszą być ujawnione klientowi. Jeżeli jednak pośrednik je ujawni, nie mogą one naruszać zakazu przedstawiania indywidualnej rekomendacji (COBS 10A.2.10G).

Kolejną odmiennością modelu badania odpowiedniości jest obowiązek poinformowania konsumenta przez pośrednika o tym, że produkt, którego poszukuje, jest dla tego klienta nieodpowiedni ze względu na jego wiedzę oraz doświadczenia. Informacja powinna zostać przedstawiona w ustandaryzowanej formie (COBS 10A.3.1 R – implementacja art. 25 ust. 3 dyrektywy MiFID II). Drugim obowiązkiem ostrzegawczym jest obowiązek poinformowania konsumenta, że na podstawie udzielonych odpowiedzi (bądź innych metod uzyskiwania informacji – kwestionariusza pisemnego) pośrednik ubezpieczeniowy nie jest w stanie ustalić poziomu wiedzy oraz doświadczenia konsumenta (COBS 10A.3.2 R – implementacja art. 25 ust. 3 dyrektywy MiFID II). W przypadku pośrednictwa w dystrybucji produktów ubezpieczeniowych brak takich obowiązków ostrzegawczych w ramach badania wymagań i potrzeb konsumenta, ponieważ pośrednik ubezpieczeniowy nie posiada informacji na temat wiedzy i doświadczenia konsumenta w dziedzinie produktów ubezpieczeniowych, aby móc go na tej podstawie ostrzec. Nadto, wyłącznie w ramach rekomendacyjnego pośrednictwa, pośrednik ubezpieczeniowy zobowiązany jest poinformować o tym, że przedstawiony produkt ubezpieczeniowy nie realizuje w pełni wymagań i potrzeb konsumenta (por. wyżej rozważania – rekomendacyjna dystrybucja).

¹¹⁷ Ogólnie na temat różnic w poziomie ochrony konsumenta pomiędzy normami dyrektywy IDD a MiFID II pisze V. Colaert, *MiFID II in relations to other investor protection regulation: picking up the crumbs of a piecemeal approach* [w:] D. Busch, G. Ferrarini (red.), *Regulation of EU Financial Markets. MiFID II and MIFIR*, Oxford 2016, s. 865–870.

Trzecim powiązaniem obowiązkami regulacyjnymi nałożonymi na sprzedającego produkt ubezpieczeniowo-inwestycyjny jest przeprowadzenia badania dotyczącego przydatności oferowanego produktu (*suitability requirement*), które może być sprowadzone do obowiązku dokonywania tego, co miał zrobić sprzedający w ramach badania adekwatności produktu na etapie przedkontraktowym, z tym że już na etapie po zawarciu umowy („w trakcie życia umowy”). Kiedy klient posiada już konkretny produkt ubezpieczeniowo-inwestycyjny, sprzedawca musi dokonywać okresowej (np. kwartalnej, rocznej albo w innym interwale czasowym) oceny dostosowania produktu do potrzeb, wymagań oraz profilu ryzyka klienta, a w razie zmiany oceny dostosowania produktu do potrzeb klienta, zaproponować alternatywny produkt albo rekomendować decyzję o wycofaniu się z posiadania produktu ubezpieczeniowo-inwestycyjnych przez danego klienta¹¹⁸.

Czwartym obowiązkiem regulacyjnym nałożonym na dystrybutora jest wymóg w zakresie uzyskiwania tzw. zachęt (*inducements*) od producenta produktu ubezpieczeniowo-inwestycyjnego¹¹⁹. W przypadku otrzymywania zachęt od producenta (są to np. świadczenia pieniężne, opłaty, prowizje oraz inne świadczenia pieniężne niezależne od pojęcia używanego przez stronę¹²⁰ albo świadczenia niepieniężne uzyskiwane przez dystrybutora od producenta produktu ubezpieczeniowo-inwestycyjnego) pośrednik ubezpieczeniowy, poza ogólnym obowiązkiem ujawnienia informacji na temat otrzymywanej zachęty w ramach sprzedaży produktu ubezpieczeniowo-inwestycyjnego, pozostaje zobowiązany w czasie otrzymania zachęt (jednorazowej, ciągłej albo okresowej) nie tylko do przeciwdziałania potencjalnemu konfliktowi interesów (negatywna praktyka m.in. *missellingu* wpływająca na obowiązki doradcze – standard w ramach dyrektywy IDD), ale również ma dostarczyć dodatkową usługę w ramach otrzymanej zachęty, która podwyższy jakość świadczonej usługi przez dystrybutora na rzecz klienta (brak tego wymogu w ramach standardu dyrektywy IDD). Jest to kolejny przykład

¹¹⁸ FCA, *The GI distribution chain: Guidance for insurance product manufacturers and distributors*, Londyn 2019, s. 15.

¹¹⁹ N. Moloney, *EU Securities and financial markets regulation*, Oxford 2014, s. 371.

¹²⁰ Definicja legalna dla potrzeb stosowania dyrektywy IDD terminu „zachęta” jest zawarta w art. 2 pkt (2) rozporządzenia delegowanego Komisji (UE) 2017/2359 z dnia 21 września 2017 roku (dalej: rozporządzenie wykonawcze 2017/2359). Zgodnie z tą definicją „zachęta” oznacza każdą opłatę, prowizję lub każdą niepieniężną korzyść przekazaną przez pośrednika lub przedsiębiorstwo lub na ich rzecz w związku z dystrybucją produktu inwestycyjnego opartego na ubezpieczeniach na rzecz lub przez każdą ze stron, z wyjątkiem klienta zaangażowanego w daną transakcję lub osoby działającej w imieniu tego klienta. Uzupełnieniem definicji z art. 2 pkt (2) jest pkt (3) rozporządzenia wykonawczego 2017/2359, który określono zasady stosowania „programu zachęt”. „Program zachęt” oznacza zbiór zasad regulujących wypłatę zachęt, w tym warunki, na jakich są one wypłacane w ramach stosowania rozporządzenia 2017/2359.

wyższego stopnia ochrony klienta względem minimalnego poziomu wymaganego przez dyrektywę IDD, która stanowi, że dystrybutor ma tylko obowiązek przeciwdziałania negatywnym wpływom konfliktu interesów na majątek konsumenta, jednak nie jest zobowiązany do jakichkolwiek dodatkowych świadczenia na rzecz konsumenta podwyższających jakość otrzymywanej usługi (tj. dystrybucji ubezpieczeń)¹²¹. Rozwiązanie to powieliła model regulacyjny zachęt w ramach sprzedaży instrumentów finansowych w ramach dystrybucji produktów inwestycyjnych w dyrektywie MiFID II. Dystrybutor nie może zatem ograniczyć się tylko do oceny dostosowania sprzedawanego produktu ubezpieczeniowo-inwestycyjnego w ramach otrzymywanej zachęty, ale musi dostarczyć inną usługę, jakościowo różną, która podwyższy jakość świadczonej na rzecz klienta usługi sprzedaży produktu ubezpieczeniowo-inwestycyjnego¹²². Przykładami podwyższenia jakości świadczenia usługi przez sprzedającego produkt inwestycyjno-ubezpieczeniowy są: 1) dostęp do analityka finansowego; 2) dostęp do aplikacji oceniającej w sposób zbiorczy produkt; 3) częstsza kontrola dostosowania produktu do zmieniającej się sytuacji zarówno na rynku, jak i w życiu danego konsumenta niż zgodnie z obowiązkiem regulacyjnym opisanym wyżej¹²³. Literatura przedmiotu sugeruje, że opłacalność inwestycyjna w okresie średnim i długim (*return on investment*, tj. wskaźnik ROI) powinna determinować wysokość otrzymanej zachęty, ponieważ według niektórych poglądów naukowców zajmujących się ekonomią behawioralną takie rozwiązanie motywuje doradcę otrzymującego zachętę do kontroli inwestycji konsumenta i dbania o wysoki wskaźnik ROI, jako że wskaźnik ten proporcjonalnie determinuje wysokość zachęty dla dystrybutora¹²⁴. Zauważyć należy, iż EIOPA planuje dokonać rewizji założeń stosowania zachęt w ramach sprzedaży produktów ubezpieczeniowych z elementem inwestycyjnym w ramach planowanej rewizji dyrektywy IDD w I kwartale 2022 r.¹²⁵

¹²¹ K. Malinowska, *Insurance transparency and protection regime under Insurance Distribution Directive*, *Wiadomości Ubezpieczeniowe* 2016, nr 4, s. 90–92.

¹²² S. Graf, A. Kling, *PRIIP-KID: appearances are deceiving or why to expect the unexpected in a generic KID for multiple option products*, *European Actuarial Journal* 2020, nr 2, s. 527–530; M. Kurzajewski, *Usługi maklerskie*, Warszawa 2014, s. 140; G.A. Papaconstantinou, *Investment Bankers in Conflict: The Regime of Inducements in MiFID II and the Member States' Struggle for Fairness*, *European Review of Contract Law* 2016, t. 12, nr 4, s. 388–390.

¹²³ I. Rokas, A. Sifarika, *The Notion of Insurance-Based Investment Products* [w:] P. Marano, I. Rokas (red.), *Distribution of Insurance-Based Investment Products The EU Regulation and the Liabilities*, Genewa 2019, s. 5–10.

¹²⁴ M. Inderst, R. Ottaviani, *Financial Advice*, *Journal of Economic Literature* 2012, t. 50, nr 2, s. 494.

¹²⁵ Komisja Europejska, *Call for advice to the Joint Committee of the European Supervisory*, Bruksela 2021, s. 1–2.

3.6. Odpowiedzialność deliktowa pośrednika – uwagi na temat sec. 138D FSMA 2000

W orzeczeniu w sprawie *Genil v. Bankinter*¹²⁶ TSUE wskazał, że naruszenie obowiązków doradczych w ramach dyrektywy MiFID może pociągać skutki na płaszczyźnie prawa prywatnego (np. odpowiedzialność odszkodowawcza pośrednika za naruszenie obowiązków doradczych i/lub informacyjnych). Jest to orzeczenie zgodne z poglądem przyjętym w literaturze, że dyrektywa MiFID, podobnie jak inne dyrektywy sektorowe regulacyjnego prawa prywatnego na jednolitym rynku EU (np. dyrektywa IDD), nie opiera swojego modelu ochrony konsumentów na podziale na normy publiczno- oraz prywatnoprawne¹²⁷. Jednak z powodu braku kompetencji legislacyjnych w obrębie materialnego prawa cywilnego ustawodawca europejski pozostawia określenie skutków prywatnoprawnych krajowym ustawodawcom państw członkowskich. TSUE nie przesądził w opisywanym orzeczeniu rodzaju reżimu odpowiedzialności w prawie prywatnym, ponieważ uznał, że modelowanie wpływu norm regulacyjnych na obowiązki oraz odpowiedzialność w ramach prawa prywatnego leży w sferze kompetencji krajowego ustawodawcy. Podobnie jak dyrektywa MiFID II, dyrektywa IDD nie zawiera określenia rodzaju roszczeń w prawie prywatnym, jakie powinny przysługiwać konsumentowi za naruszenie obowiązków doradczych przez pośrednika ubezpieczeniowego¹²⁸. Porządek angielski zdaje się zakładać, że naruszenie obowiązków doradczych powinno wiązać się z odpowiedzialnością deliktową pośrednika ubezpieczeniowego, ponieważ trudno jest uznać, aby z samego obowiązku przeprowadzania badania wymagań i potrzeb powstawał stosunek doradztwa w prawie prywatnym pomiędzy poszukującym ubezpieczenia a pośrednikiem w dystrybucji produktów ubezpieczeniowych. Argument ten opiera się również na wykładni załącznika II CIDRA 2012, który nie zawiera przesłanki „badania wymagań i potrzeb” dla celów określenia obowiązków brokera wobec konsumenta, które umożliwiają ustalenie relacji doradztwa na płaszczyźnie prawa prywatnego (stosunku zobowiązaniowego powstałego przez zachowanie agenta)¹²⁹.

¹²⁶ C-604/1; analiza orzeczenia: S. Grundman, *The Bankinter Case on MiFID Regulation and Contract Law*, European Review of Contract Law 2013, t. 9, z. 3, s. 267–280. Por. szerzej w orzeczeniach: wyrok TS z 4.07.2006 r., C-212/04, *Konstantinos Adeneler i inni v Ellinikos Organismos Galaktos (ELOG)*, EU:C:2006:443, pkt 93, na temat efektu bezpośredniego w prawie europejskim.

¹²⁷ V. Colaert, M. Peeters, *Is there a Case for a Cross-Sectoral Duty of Care for the Financial Sector?* [w:] V. Colaert, D. Busch, T. Incalza (red.), *European Financial Regulation: levelling the cross-sectoral playing field*, Londyn 2019, s. 331.

¹²⁸ M. Wallinga, *Why MiFID & MiFID II Do (not) Matter to Private Law: Liability to Compensate for Investment Losses for Breach of Conduct of Business Rules*, European Review of Private Law 2019, t. 27, nr 3, s. 515–556; F. Della Negra, *Between Contract Law and Financial Regulation: Towards the Europeanisation of General Contract Law*, European Business Law Review, t. 28, nr 4, s. 499–521.

¹²⁹ B. Soyer, *op. cit.*, s. 45; Law Commission, the Scottish Law Commission, *op. cit.*, para. 8.11.

Naruszenie obowiązków doradczych pośrednika ubezpieczeniowego jest zaskarżalne w sądzie, chyba że konkretna norma wyrażona w ICOBS nie stanowi inaczej (*non actionable rules*)¹³⁰. W tym zakresie FCA nie uznała za optymalne, aby konsument mógł wnieść roszczenie wyłącznie na podstawie naruszenia zasad ogólnych wynikających z PRIN, ponieważ są one uważane za bardzo ogólne, a ich interpretacja oraz konkretyzacja nie powinna podlegać kognicji sądu. Nie oznacza to jednak, że naruszenie zasad ogólnych z PRIN nie pociąga konsekwencji prawnych. W ramach sec. 404 FSMA 2000 organy regulacyjne są uprawnione do przeciwdziałania sytuacjom, w których dochodzi do powszechnego lub regularnego nieprzestrzegania przez firmy przepisów regulacyjnych, co prowadzi do strat dla osób prywatnych¹³¹. W takich sytuacjach organy regulacyjne mogą wymagać od firm przeprowadzenia „analizy przyczyn źródłowych” problemu oraz wdrożenia programu rekompensaty dla wszystkich konsumentów, których prawa zostały naruszone¹³².

W ramach sec. 138D FSMA 2000 konsument jest uprawniony do odszkodowania opartego na regulacyjnym prawie deliktowym za naruszenie obowiązków doradczych przy sprzedaży produktów ubezpieczeniowych¹³³. Naruszenie obowiązków doradczych w ramach badania wymagań i potrzeb konsumenta (ICOBS 5.2) może polegać na nieodpowiednim przeprowadzeniu analizy sytuacji konsumenta, braku dostosowania odpowiedniego produktu ubezpieczeniowego do uzyskanych kompletnych informacji czy braku przekazania informacji w odpowiednim czasie przed zawarciem umowy. Naruszenie obowiązków doradczych wiąże się wyłącznie ze skutkiem powstania roszczenia odszkodowawczego na płaszczyźnie prawa deliktowego. Ustawodawca angielski wyraźnie zakreślił skutek prywatnoprawny naruszenia obowiązków doradczych przez pośrednika ubezpieczeniowego, ponieważ *expressis verbis* zostały wyłączone inne skutki prywatnoprawne na podstawie sec. 138D ust. 2 FSMA 2000, takie jak np. uprawnienie do odstąpienia na podstawie wad oświadczenia woli (*misrepresentation*)¹³⁴. Konstrukcja prawna roszczenia o odszkodowania z sec. 138D FSMA 2000 wskazuje, że konsument musi wykazać wszystkie przesłanki odpowiedzialności deliktowej oraz może narazić się na zarzut

¹³⁰ *R (on the application of British Bankers Association) v The Financial Services Authority* [2011] EWHC 999.

¹³¹ C. Gill, J. Williams, C. Brennan, C. Hirst, *Designing consumer redress: a dispute system design (DSD) model for consumer-to-business disputes*, Legal Studies, t. 36, nr 3, s. 449.

¹³² R. Merkin, J. Steele, *op. cit.*, s. 91.

¹³³ *CGL Group Ltd v Royal Bank of Scotland plc* [2018] 1 WLR 2137 (CA) par. 85, 87. Sędzia wskazał, że nałożenie obowiązku regulacyjnego tworzącego roszczenie deliktowe jest wyraźnym wskazaniem o wpływie prawa regulacyjnego na prawo deliktowe. Należy również zauważyć, że brak obowiązku w prawie regulacyjnym co do zasady powiązany będzie z brakiem istnienia obowiązku ochrony dobra prawnego (*duty of care*) w prawie prywatnym (brak podstaw do dekodowania obowiązku prawnego pośrednika ubezpieczeniowego, który działa w granicach prawa regulacyjnego). Por. szerzej: J. Odgers, *Page's Law of Banking 15th edition*, Londyn 2018, s. 224.

¹³⁴ "No such contravention makes any transaction void or unenforceable."

przyczynienia się do powstania szkody, jeżeli agent będzie w stanie wykazać nieprawidłowy przekaz informacji przez konsumenta (np. brak zachowania standardu w odpowiedziach z sec. 2 pkt 2 CIDRA 2012).

4. Wstępne wnioski na temat ochrony konsumenta w prawie polskim

4.1. Ochrona konsumenta na płaszczyźnie prawa prywatnego – kwalifikacja form naruszeń, rozważania nad płynnością pojęcia „pośrednik ubezpieczeniowy”

W odróżnieniu od uregulowania przez prawo polskie pośrednictwa w dystrybucji produktów ubezpieczeniowych, prawo angielskie nie przewiduje sztywnej klasyfikacji uczestników dystrybucji produktów ubezpieczeniowych opartej na wymogu posiadania licencji na wykonywanie określonych czynności regulowanych ani nie wprowadza ustawowego zakazu uniemożliwiającego wykonywania usług brokerskich przez agenta (por. szerzej podrozdział 2.3)¹³⁵. Logika regulacyjna prawa angielskiego w ramach CIDRA 2012 jest odmienna niż w polska – angielskie prawo prywatne zawiera szereg norm interpretacyjnych dających kompetencję sędziom, którzy, dokonując analizy czynności podjętych w czasie przed zawarciem umowy ubezpieczenia przez pośrednika ubezpieczeniowego, określają jego status na potrzeby – z jednej strony – przypisania odpowiedzialności za jego działanie jednej ze stron umowy ubezpieczenia dla określenia odpowiedzialności za prawidłowość w przekazywaniu informacji, ale również – z drugiej – określenia skutków ukształtowania umowy doradztwa w ramach wpływu regulacyjnego prawa prywatnego na prawo prywatne (indywidualna rekomendacja, rzetelna analiza rynku – załącznik II CIDRA 2012 ukształtowany pod wpływem ICOBS 5.3.3R).

Można zatem w tym miejscu rozpocząć dyskusję na gruncie prawa polskiego nad odejściem od modelu licencjonowania pośredników na rzecz modelu ocenia-
nia czynności podjętych przed zawarciem umowy, które będą określać obowiązki agenta wobec stron umowy ubezpieczenia oraz odpowiedzialność kontraktową za działanie agenta w sytuacji wątpliwości¹³⁶. Zauważyć trzeba, że co do zasady agent będzie działał na rzecz ubezpieczyciela, ale w sytuacji negatywnego wpływu na formowanie się świadomej decyzji poszukującego ubezpieczenia (problem „rekomendacji brokerskiej” poza relacją umowną o doradztwo) powinien ponosić odpowiedzialność kontraktową za swoje działanie w ramach odpowiedzialności

¹³⁵ Por. szerzej M. Krajewski, *Umowy w działalności ubezpieczeniowej* [w:] *System Prawa Handlowego*, t. 5, *Prawo umów handlowych*, red. M. Stec, Warszawa 2016, s. 1039, art. 25 u.d.u.

¹³⁶ Por. szerzej podrozdział 2.3.

kontraktowej stosowanej dla nienależytego wykonania świadczenia dłużnika (brokera). Korzyści płynące z takiego ukształtowania odpowiedzialności to odpowiednie określenie działania agenta wobec strony konsumentkiej oraz odpowiednie ukształtowanie odpowiedzialności za jego wpływ na podejmowanie decyzji przez konsumenta, ponieważ często przekraczanie granic regulacyjnych obowiązków agenta wynika z ryzyka wynagrodzenia (prowizji od sprzedaży produktów), które wpływa na największą liczbę spraw związanych z missellingiem. Możliwe są także modele mieszane, które umożliwić mają odpowiednie zarządzanie ryzykiem agenta działającego na rynku jak broker. Prawo niemieckie, utrzymując model licencjonowania (rozdzielenie brokerów/agentów ze względu na licencje), wprowadza jednak regulację określającą skutki prawne działania tzw. pozornego brokera (*Anscheinsmakler, Pseudomakler*)¹³⁷, który zachowując się jak broker (stwarza przeświadczenie u konsumenta kontaktu z brokerem), nie posiada jednak licencji na wykonywanie usług brokerskich (np. czynności regulowanej rekomendacji brokerskiej – model licencyjny dystrybucji przez brokerów). Pseudobroker za swoje działanie ponosi odpowiedzialność równą odpowiedzialności licencjonowanego brokera (założenie fikcji prawnej na potrzeby ochrony zaufania konsumenta)¹³⁸. Jest to mechanizm, który ma wprowadzić do systemu odpowiedzialności klarowność oraz podstawy ustawowe dla kompetencji sędziego (przesłanki interpretacyjne). Wpływ naruszenia obowiązków doradczych dotyczących badania wymagań i potrzeb konsumenta nie powinien jednak wiązać się z uprawnieniami do odstąpienia od umowy przez konsumenta na gruncie przepisów o błędach w formowaniu się oświadczeń woli stron (analogicznie jak w prawie angielskim na gruncie sec. 138D ust. 2 FSMA 2000), ponieważ w interesie konsumenta nie leży rezygnacja z umowy ubezpieczenia (brak jakiegokolwiek odszkodowania w ramach sumy ubezpieczenia), lecz odpowiednia wysokość odszkodowania pokrywająca szkodę majątkową poniesioną przez konsumenta, a wynikającą z nieprawidłowego świadczenia przez agenta obowiązków regulacyjnych.

Innym interesującym problemem komparatystycznym jest analiza modelu odpowiedzialności kontraktowej ubezpieczonego za niepoprawne ujawnienie ryzyka (art. 815 k.c.). Prawo polskie nie wykorzystuje dorobku prawa regulacyjnego, które w prawie angielskim umożliwiło dostosowanie obowiązków związanych z tworzeniem kwestionariuszy przez ubezpieczyciela do wymogów ogólnych z dyrektywy IDD, tj. przekazywania informacji w sposób jasny, precyzyjny oraz

¹³⁷ T. Langheid, R. Rixecker (red.), *Versicherungsvertragsgesetz: VVG. Kommentar*, Monachium 2022, para. 7–10. Por. wyrok z 13.01.1999, OLG Oldenburg 2 U 246/98.

¹³⁸ Art. 59 ust. 3 ustawy o umowie ubezpieczenia z 2007 roku (Gesetz über den Versicherungsvertrag, VVG). Por. wyrok OLG Oldenburg z 13.01.1999 r. (2 U 246/98).

nieprowadzający w błąd w odpowiednim czasie przed zawarciem umowy (sec. 3 pkt 2 lit. c CIDRA 2012, wykorzystywanie informacji marketingowych). Takie rozwiązanie regulacyjne umożliwi poprawę ochrony konsumenta na płaszczyźnie prawa prywatnego, ponieważ wprowadza przesłanki standardu staranności w przygotowaniu kwestionariusza przez ubezpieczyciela, w przeciwieństwie do obecnej redakcji art. 815 k.c. Z tego powodu stwierdzić można, że w rozwiązaniu polskim występuje wyraźny normatywny rozdźwięk pomiędzy obowiązkami komunikacyjnymi w sytuacji przeprowadzania badania wymagań i potrzeb oraz brakiem analogicznych obowiązków w sytuacji przedstawiania kwestionariusza w zakresie ogólnych obowiązków informacyjnych regulowanych w art. 815 k.c.

Co interesujące, oba porządki prawne posługują się kwalifikowanymi formami naruszenia, tj. umyślnym naruszeniem. W przypadku najbardziej istotnego naruszenia, tj. umyślnego naruszenia obowiązków informacyjnych (polska regulacja – art. 815 § 3 k.c.), angielskie prawo umożliwia jednostronne rozwiązanie stosunku umownego *ab initio* z możliwością zachowania wpłaconej składki przez ubezpieczyciela (załącznik I CIDRA 2012), polskie prawo nie idzie tak daleko, ponieważ wprowadza wyłącznie domniemanie prawne wpływu umyślnego zatajenia na wypadek ubezpieczeniowy (konieczność wykazania braku związku przyczynowego przez konsumenta w ramach obrony przed roszczeniem) oraz nie reguluje kwestii zatrzymania wpłaconej składki. W tym zakresie polskie prawo jest korzystniejsze, ponieważ ubezpieczający ma możliwość wykazania, że umyślne zatajenie nie miało wpływu na zaistnienie wypadku ubezpieczeniowego¹³⁹. Odmienne od regulacji umyślnego naruszenia w ramach art. 815 § 3 k.c., naruszenie obowiązków informacyjnych konsumenta w sposób lekkomyślny wydaje się wiązać się z możliwością dochodzenia odszkodowania na zasadach ogólnych, inaczej niż w przypadku prawa angielskiego, które wprowadza rozróżnienie na rodzaj naruszenia stosunku umownego. Jak zostało to wyżej opisane, w sytuacji naruszenia wpływającego na wysokość składki ubezpieczyciel może proporcjonalnie zmniejszyć wysokość należnego odszkodowania. Do podobnego rozwiązania doszedł Sąd Najwyższy w wyroku z 22.05.2002 r.¹⁴⁰, w którym dopuścił możliwość umownego stosowania mechanizmu redukcji proporcjonalnej w sytuacji zatajenia informacji dotyczących tzw. szkodowości przez ubezpieczającego¹⁴¹. Korzystniejszym rozwiązaniem dla bezpieczeństwa obrotu oraz ochrony konsumenta byłoby

¹³⁹ J.M. Kondak, komentarz do art. 815 [w:] K. Osajda, W. Borysiak (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2021, Legalis. Wydaje się, że posłużenie się przez ustawodawcę konstrukcją „winy umyślnej” wskazuje na wolę pokrzywdzenia ubezpieczyciela.

¹⁴⁰ I CKN 70/00, Wokanda 2003, nr 3, s. 7. Por. szerzej J. Pokrzywniak, komentarz do art. 815 [w:] M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny*, t. III, *Komentarz. Art. 627–1088*, Warszawa 2022, Legalis.

¹⁴¹ I CKN 70/00, Wokanda 2003, Nr 3, s. 7. Legalis.

ustawowe uregulowanie działania mechanizmu redukcji proporcjonalnej w celu wyrażenia sądu wartościowego przez prawodawcę o wysokości procentu redukcji.

Innym problemem, na który również trzeba zwrócić uwagę, jest określenie standardu postępowania konsumenta, który realizuje świadczenie informacyjne przez udzielanie odpowiedzi na pytania zawarte w kwestionariuszu ubezpieczyciela. Standard rozsądnego konsumenta, uwzględniający cechy konsumentów wrażliwych, mógłby doprowadzić do rozsądniejszego rozłożenia ryzyka związane z niepoprawnym przekazem informacji w prawie prywatnym oraz wykorzystać dorobek regulacyjnego prawa prywatnego, w tym stanowisk nadzorców rynkowych (KNF, EIOPA). Korzystniejszym rozwiązaniem dla ochrony konsumentów wrażliwych jest stworzenie konkretnej normy zobowiązującej ubezpieczyciela do dbania o interes konsumenta przez uwzględnienie jego cech charakterystycznych, mogących wpłynąć na stopień poprawności przekazu informacji o ryzyku (por. sec. 3 pkt 4 CIDRA 2012).

4.2. Ochrona konsumenta na płaszczyźnie regulacyjnego prawa prywatnego – sec. 138D FSMA 2000

W literaturze rozważano problem braku jasnego określenia skutku prywatnoprawnego naruszenia obowiązków regulacyjnych przez pośredników ubezpieczeniowych, w szczególności naruszenia polegającego na niepoprawnej realizacji obowiązków regulacyjnych, takich jak badanie wymagań i potrzeb, czas przekazania informacji przed podjęciem poinformowanej decyzji przez konsumenta, co wiąże się z niedostosowaniem produktu ubezpieczeniowego (np. problem niedoubezpieczenia)¹⁴². Jest to problem wspólny dla dyrektywy IDD oraz dyrektywy MiFID II, ponieważ obie dyrektywy opierają model ochrony konsumenta na obowiązkach regulacyjnych pośredników w transakcjach (pomiędzy producentem produktu a bezpośrednim nabywcą), jednak nie tworzą bezpośredniego roszczenia prywatnoprawnego za naruszenie obowiązków regulacyjnych, pozostawiając tę kwestię do decyzji ustawodawcy krajowego¹⁴³. Jednym z kluczowych problemów konstrukcyjnych jest brak uznania obowiązków doradczych określonych w ramach regulacyjnego prawa prywatnego za kreujące normę sankcjonowaną

¹⁴² B. Kucharski, *Cywilnoprawne konsekwencje niedostosowania przez dystrybutora produktu ubezpieczeniowego do wymagań i potrzeb klienta*, Prawo Asekuracyjne 2019, nr 3, s. 18–35; J. Pokrzywniak, *Zagadnienia odpowiedzialności cywilnej multiagenta*, Prawo Asekuracyjne 2019, nr 3, s. 85–94.

¹⁴³ A. Chłopecki, *Odpowiedzialność cywilna firmy inwestycyjnej. Glosa do wyroku S.Apel. z dnia 6 maja 2019 r., I ACa 1211/17*, Glosa 2021, nr 2, s. 36–44. T. Sójka, *The civil liability of asset managers – a Polish perspective*, Przegląd Prawniczy Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza 2019, nr 9, s. 24–37, argumentujący za naturą publicznoprawną obowiązków doradczych wynikających z art. 24 i n. dyrektywy MiFID II, jednak z uwzględnieniem odmiennego stanowiska o naturze prywatnoprawnej, reprezentowanego w literaturze włoskiej, niemieckiej i angielskiej.

dla potrzeb stosowania art. 415 k.c. (tworzenie podstawy dla normy sankcjonowanej), w braku bezpośredniej podstawy w ustawie o dystrybucji ubezpieczeń¹⁴⁴. Doktryna prawa cywilnego ma istotny problem z uwzględnieniem modelu regulacyjnego *conduct of business rules* w ramach odpowiedzialności cywilnej w prawie cywilnym, ponieważ trudno jest uznać normę sankcjonowaną o pochodzeniu publicznoprawnym za normę nadającą uprawnienie podmiotowe konsumentowi do dochodzenia odszkodowania. Jest to bardzo wąska wykładnia norm doradczych pośredników ubezpieczeniowych, która znacznie zawęży możliwość egzekucji naruszenia tych norm wyłącznie do uprawnień nadzoru do nakładania sankcji administracyjnych (np. cofanie zezwolenia, kary pieniężne)¹⁴⁵.

Wyróżnić można dwa podejścia do tego problemu, które w tym miejscu krótko postaram się omówić. Jeden z poglądów zakłada, że odpowiedzialność doradcy opierająca się na prawidłowej realizacji przezeń obowiązków doradczych wynika z tzw. cichej umowy o doradztwo, które jest zawierana pomiędzy ubezpieczającym się a agentem¹⁴⁶. Zarzuca się temu pogładowi znaczne rozszerzenie możliwości kreowania relacji zobowiązaniowej poza jasno określoną wolę agenta oraz ubezpieczającego się do zawarcia takiej umowy. Nie wiadomo do końca, jaka jest treść takiej umowy, jak przeprowadzić rozliczenie świadczenia doradcy. W rezultacie za duży ciężar określenia świadczeń stron przeniesiony zostaje na sędziego, co z kolei prowadzi do niepewności prawa. Odmienna wykładnia kładzie nacisk na brak możliwości kreowania odpowiedzialności prywatnoprawnej za naruszenie obowiązków regulacyjnych, ponieważ takie założenie stoi w sprzeczności z uprawnieniami publicznoprawnymi nadzorczy¹⁴⁷. Uznaje się, że normy publicznoprawne, do których zalicza się model *conduct of business rules*, nie nadają uprawnień do ochrony indywidualnych dóbr (np. majątku konkretnego konsumenta), a jedynie kreują normy sankcjonowane dla podmiotu nadzorującego rynek (sprawującego nadzór i obdarzonego środkami administracyjnymi), który jest wyłącznym podmiotem mogącym stosować normy sankcjonujące. Jest to pogląd zbliżony do stanowiska dominującego w niemieckiej doktrynie, które interpretuje obowiązki doradcze z perspektywy ochrony wartości ogólnosystemowych (np. stabilność finansowa, integralność rynku), bez możliwości kreowania standardu staranności dla określenia odpowiedzialności w ramach ogólnokodeksowej regulacji zawartej

¹⁴⁴ Por. szerzej M. Kaliński, *Odpowiedzialność odszkodowawcza* [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 6, *Prawo zobowiązań – część ogólna*, red. A. Olejniczak, Warszawa 2012, Legalis.

¹⁴⁵ J. Dybiński, *op. cit.*, s. 1037–1040.

¹⁴⁶ T. Pajor, *Zakres stosowania reguł odpowiedzialności kontraktowej w razie wyrządzenia szkody przed zawarciem lub po wykonaniu umowy*, *Studia Prawno-Ekonomiczne* 1983, t. XXXI, s. 40–44; M. Pilich, *Obowiązek negocjowania w dobrej wierze w polskim prawie cywilnym (uwagi na tle prawnoporównawczym)*, *Przegląd Sądowy* 2006, nr 7–8, s. 10–11.

¹⁴⁷ T. Sójka, *op. cit.*, s. 37.

w BGB, które chronią indywidualne prawa, a nie ogólne wartości systemowe (np. integralność rynku)¹⁴⁸.

Analiza komparatystyczna wydaje się wskazywać natomiast, że polska implementacja przepisów dyrektywy IDD w modelu *copy-out* nie jest najbardziej optymalna z punktu widzenia ochrony konsumenta, ponieważ nie pozwala uwzględnić prywatnoprawnej egzekucji praw przez konsumentów oraz nie rozpoznaje płynności obowiązków doradczych w ramach art. 20 dyrektywy IDD.

5. Wnioski

Przeprowadzona analiza wydaje się wskazywać, że jednym z bardziej optymalnych modeli implementacyjnych dyrektyw zawierających normy regulacyjnego prawa prywatnego jest model *intelligent copy-out*, który z jednej strony umożliwia dostosowanie przepisów prawa krajowego oraz stwarza podstawy do tworzenia spójnego systemu przekazu informacji pomiędzy stronami umowy ubezpieczenia oraz określenie podmiotu odpowiedzialnego za działanie agenta oraz sytuacji przekroczenia obowiązków agencyjnych i wkroczenia w obowiązki brokerskie przez przedsięwzięcie czynności przed zawarciem umowy (por. sec. 138D FSMA 2000). Nie można nie zauważyć, że analizowane braki regulacyjne prawa prywatnego w Polsce po części wynikają z wybranego modelu implementacji dyrektywy IDD, tj. modelu *copy-out*, który w sposób często bezrefleksyjny powiela obcą terminologię prawną oraz nie określa wpływu przepisów dyrektywy IDD na ogólną regulację kodeksową (np. problem natury *conduct of business rules*, brak dostosowania obowiązków informacyjnych ubezpieczyciela w zakresie kwestionariusza – art. 815 § 1 k.c.)¹⁴⁹ Rozróżnienie obowiązków informacyjnych pośrednika ubezpieczeniowego przy uzyskiwaniu informacji w ramach badania wymagań i potrzeb oraz kwestionariusza ryzyka nie wydaje się uzasadnione, ponieważ w obu przypadkach pośrednik ubezpieczeniowy powinien być zobowiązany co najmniej do zachowania standardu przekazywania informacji (jasne, precyzyjne, zrozumiałe, niewprowadzające w błąd) uregulowanego

¹⁴⁸ Por. szerzej S. Grundman, *op. cit.*, s. 267–280; V. Lang, *Einmal mehr: zur Schutzgesetzzeigenschaft der Verhaltenspflichten der §§ 63 ff. WpHG unter dem Regime von MiFID II*, *Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft* 2021, s. 47, wskazuje, że nowe regulacje wprowadzone przez MiFID II wyraźnie uznają, że ochrona inwestorów i zapewnienie prawidłowego funkcjonowania rynków kapitałowych mają jednakowe znaczenie i są od siebie wzajemnie zależne. W związku z tym § 63 I i II, § 64 III i § 70 WpHG (Wertpapierhandelsgesetz, niemiecka ustawa o obrocie papierami wartościowymi) zawierające normy implementujące postanowienia dyrektywy MiFID II dotyczące obowiązku badania wiedzy, doświadczenia i umiejętności klienta firmy inwestycyjnej, powinny być kwalifikowane jako normy prywatnoprawne dla potrzeb przypisania odpowiedzialności za ich nienależyte wykonanie przez firmę inwestycyjną na gruncie art. 823 ust. 2 niemieckiego kodeksu cywilnego (Bürgerliches Gesetzbuch).

¹⁴⁹ A. Chlopecki, *op. cit.*, s. 36–44.

w ramach dyrektywy IDD w celu utrzymania spójności regulacyjnej dwóch modeli uzyskiwania informacji od konsumenta.

Prawo angielskie, w ramach rozróżnienia prawa regulacyjnego oraz prawa prywatnego, opiera się na założeniu, że prawo regulacyjne wykorzystywane jest jako mechanizm istotnie uzupełniający funkcjonowanie prawa prywatnego regulującego zawarcie umowy ubezpieczenia (również przez działanie orzecznicze FOS). Oba systemy prawa nakładają się na ochronę konsumenta poszukującego ubezpieczenia, jednak czynią to w odmienny sposób oraz z wykorzystaniem odmiennych instrumentów ingerencji w prawo ubezpieczeniowe. W rezultacie można przedstawić następujące dwa modele. Pierwszy model oparty został na rozszerzeniu skutków prywatnoprawnych naruszenia prawa regulacyjnego przez stworzenie podstawy deliktowej wprost w ustawie (*statutory cause of action*), bez kreowania stosunku zobowiązaniowego w prawie prywatnym w ramach umowy doradczej (brak umowy o doradztwo brokerskie). Drugi model opiera się na innym założeniu niż pierwszy, ponieważ uznaje, że niektóre czynności regulowane („indywidualna rekomendacja”, „rzetelna analiza rynku”) skutkują zawiązaniem stosunku zobowiązaniowego na płaszczyźnie prawa prywatnego (stosunku agencyjnego pomiędzy agentem (brokerem) a konsumentem – załącznik II CIDRA 2012). W rezultacie prowadzi to do dualizmu ochrony prawnej konsumenta na gruncie implementacji art. 20 dyrektywy IDD w prawie angielskim, który to dualizm przebiega na linii podziału pomiędzy rodzajami odpowiedzialności (deliktowa w ramach badania wymagań i potrzeb oraz kontraktowa w ramach indywidualnej rekomendacji oraz rzetelnej analizy rynku). W odróżnieniu od regulacji prawa angielskiego, w prawie polskim nie znajdujemy bezpośredniej normy ustawowej w ustawie o dystrybucji ubezpieczeń określającej skutek prywatnoprawny naruszenia obowiązków doradczych przez pośrednika ubezpieczeniowego (naruszenie art. 9 u.d.u.), co powoduje powstawanie wątpliwości (zanalizowanych w podrozdziale 3.2)¹⁵⁰. Z tego powodu odpowiedzialność pośredników ubezpieczeniowych, oprócz odpowiedzialności administracyjnoprawnej w ramach uprawnień nadzorczych KNF, jawi się jako problem węzłowy dla poprawnego określenia poziomu ochrony konsumenta w prawie prywatnym oraz rozszerzenia naruszenia obowiązków doradczych na skutek prywatnoprawny.

Opisywane rozwiązanie (rozszerzenie skutku prywatnoprawnego naruszenia obowiązków doradczych pośrednika ubezpieczeniowego w ramach badania wymagań i potrzeb) mogłoby istotnie wpłynąć na regulacyjną spójność dystrybucji ubezpieczeń w Polsce. Inną kwestią jest możliwość zupełnego ograniczenia odpowiedzialności konsumenta w sytuacji, w której wyraża on zgodę na uzyskanie informacji przez ubezpieczyciela np. z użyciem urządzeń elektronicznych, które stosuje

¹⁵⁰ Odmienne prawo niemieckie, por. szerzej podrozdział 4.2.

dla celów określenia wysokości składki (problem urządzeń opartych na *wearable technology* agregujących dane dla potrzeb oceny, np. wysokości składki dla ubezpieczenia mienia) oraz rozszerzenie możliwości pytań eksploracyjnych ubezpieczyciela (wyłączenie ochrony z GDPR – korzyść konsumencka z obniżenia kosztów ubezpieczenia oraz dyscyplinowanie nieodpowiedniego zachowania konsumentów, którzy płacą proporcjonalnie wyższą składkę).

Streszczenie

W artykule podjęto próbę analizy wpływu europejskiej regulacji prawa prywatnego (implementacji dyrektywy IDD do prawa krajowego państw członkowskich UE) na prawo prywatne umowy ubezpieczenia w Wielkiej Brytanii i Polsce. Mechanizm prawny dystrybucji produktów ubezpieczeniowych i ubezpieczeniowych produktów inwestycyjnych w ramach dyrektywy IDD jest porównywany z prywatnoprawnymi obowiązkami informacyjnymi stron umowy ubezpieczenia (w szczególności CIDRA 2012 i polski Kodeks cywilny). Ponadto przedstawiono ustalenia w kontekście trójstronnych relacji na rynku ubezpieczeniowym, podnosząc, że szczególna regulacja przypisania statusu agenta jest istotna dla lepszego zarządzania ryzykiem nieprawidłowego przepływu informacji i doradztwa pomiędzy zakładem ubezpieczeń a konsumentem, który stara się o zawarcie produktu ubezpieczeniowego (sec. 2 CIDRA 2012). Kolejne analizowane zagadnienie dotyczy harmonizacji prywatnoprawnych środków ochronnych (zarówno w prawie deliktowym, w tym *equity*, jak i kontraktowym) za naruszenie obowiązków regulacyjnych (*conduct of business rules*) pośredników ubezpieczeniowych należnych konsumentom (tj. źle przeprowadzonego testu wymagań i potrzeb – sec. 138D FSMA 2000). Na zakończenie sformułowano wnioski porównawcze dotyczące kluczowych kwestii w związku z polską implementacją dyrektywy IDD i jej poważnymi brakami w zakresie m.in. nieuregulowania prywatnoprawnego skutku naruszenia przepisów dyrektywy IDD oraz niezwrócenia uwagi na możliwość krzyżowej harmonizacji obowiązków informacyjnych prawa prywatnego z obowiązkami informacyjno-doradczymi z dyrektywy IDD.

Słowa kluczowe: dyrektywa IDD, europejskie regulacyjne prawo prywatne, ustawa CIDRA 2012, pośrednicy ubezpieczeniowi, naruszenie zasad prowadzenia działalności gospodarczej

European regulatory private law and consumer protection in the insurance product market. An English law perspective

Abstract

In the paper, the author makes an attempt to analyse the impact of the European regulatory private law (implementation of IDD directive into national laws of EU Member States) on

private law of insurance contract in United Kingdom and Poland. The legal mechanism of distribution of insurance products and insurance investment products within the IDD Directive is compared with private law information duties of the parties to insurance contract (in particular CIDRA 2012 and Polish Civil Code). In addition to this, the author presents his findings in the setting of tripartite relationship on the insurance market where he argues that a specific regulation of attributing the status of an agent is important to better navigate the risk of incorrect flow of information and advice between an insurance undertaking and a consumer who seeks to take out an insurance product (CIDRA Section 2). Another issue which is being analysed by the author concerns harmonisation of private law remedies (both in tort law (including equity) and contract law) for contravention of regulatory duties (conduct of business rules) of insurance intermediaries owed to consumers (i.e. poorly carried out the demand and need test – s. 138 D FSMA 2000). At the end, the author draws some comparative conclusions on the key issues in connection with the Polish implementation of IDD and its serious shortcomings in regard to, inter alia, the lack of regulation of private law effect of contravention of the IDD provisions and no thoughts for cross harmonization of private law information duties with information and advisory duties of IDD.

Key words: directive IDD, European regulatory private law, CIDRA 2012, insurance intermediaries, contravention of conduct of business rules