



Wrocław, dnia 4 września 2024 r.

OPINIA PRAWNA

SWOBODA OKREŚLANIA PRZEZ ZAKŁAD UBEZPIECZEŃ PRAWA DO WYNAGRODZENIA OPISANEGO W PRZEPISIE ART. 32 UST. 1 PKT 6 USTAWY O DYSTRYBUCJI UBEZPIECZEŃ, JAKO ŹRÓDŁO KONFLIKTU INTERESÓW I PROPAGOWANIA NIEUCZCIWYCH ZASAD DYSTRYBUCJI

Opinia przygotowana przez:

radcę prawnego Agnieszkę Dudek

na zlecenie Stowarzyszenia Brokerów w Polsce

1. Stan faktyczny

Przedmiotowa opinia dotyczy oceny wskazanego przez Zlecającego - Stowarzyszenie Brokerów w Polsce – niepokojącego zjawiska rynkowego, związanego z prawem dystrybutora do wynagrodzenia za usługi pośrednictwa ubezpieczeniowego.

Zlecający wskazuje, iż w praktyce często występują na rynku ubezpieczeniowym sytuacje, gdy pośrednik ubezpieczeniowy pozyskuje zlecenie od Klienta na zawarcie umowy

ADRES

DZZ Dudek Zapotoczny i Partnerzy
Kancelaria Radców Prawnych
ul. Kościuszki 87/B2,
50-442 Wrocław
NIP 8943041778

KONTAKT

tel./fax: 71/ 756 98 39
mobile: +48 602 770 435
+48 667 386 016
e-mail: kancelaria@radca-dzz.pl
web: www.radca-dzz.pl

ubezpieczenia po tym, jak zakład ubezpieczeń opracował już ofertę dla Klienta na zapytanie innego dystrybutora. Nierzadko do zawarcia zlecenia przez nowego pośrednika ubezpieczeniowego dochodzi wskutek naruszenia tajemnicy ubezpieczeniowej przez pracownika zakładu ubezpieczeń – zwykle wyższego szczebla. Zjawisko to jest niezwykle trudne do udowodnienia, ale bez wątpienia występuje w praktyce. Zjawisko to występuje częściej w sytuacjach gdy broker promuje tzw. wyłączność na wybrany zakład ubezpieczeń, tj. uzyskuje od klienta pełnomocnictwo tylko na jeden konkretny zakład ubezpieczeń, twierdząc, że jest „specjalistą” od tego zakładu ubezpieczeń, tudzież sugerując, iż przez swoje osobiste właściwości jako jedyny jest w stanie uzyskać od danego zakładu ubezpieczeń ofertę na warunkach lepszych niż inni dystrybutorzy. Nierzadko bywa, że brokerzy, którzy zabezpieczają swoje interesy w umowach z klientami przed utratą wynagrodzenia w następstwie powyższych zjawisk, zostają poddani w dalszej kolejności aktom biznesowego sabotażu, organizowanym przez zorganizowane grupy:

- nieuczciwych pracowników zakładów ubezpieczeń, próbujących chronić swoje interesy w ramach których czerpią korzyści z łamania prawa poprzez handel tajemnicami ubezpieczeniowymi i swobodne decydowanie o prawie do prowizji wg własnego uznania. Zaznaczyć należy, że pracownik zakładu ubezpieczeń wyższego szczebla w takich sytuacjach nierzadko wykorzystuje inne mechanizmy mające nakłonić klienta do wyboru pośrednika, w ramach którego uzyskuje korzyści majątkowe we współpracy, w tym w szczególności wykorzystuje:
 - ❖ mechanizm opóźnienia w złożeniu korekty oferty do „starego” dystrybutora, mający sprawić wrażenie, że nowy pośrednik działa bardziej efektywnie, a działania „starego” pośrednika są wyłącznie efektem działania nowego pośrednika;
 - ❖ mechanizm zadeklarowania zniżki, która udzielana jest już po odwołaniu zlecenia dla „starego” pośrednika, w efekcie klient uzyskuje ekstra zniżkę celem zakontraktowania przejęcia zlecenia ubezpieczeniowego przez nowego pośrednika, a układ przestępczy zostaje finalnie z sukcesem zakontraktowany (pracownik zakładu ubezpieczeń uzyskuje korzyść majątkową od nowego pośrednika).
- nieuczciwych brokerów, którzy wykorzystują mechanizm korupcyjnych relacji do osiągnięcia korzyści z przejmowania efektów pracy innych pośredników.

Dodatkowo Zlecający zwraca uwagę, iż w sprawach, w których dochodzi do zawierania umów ubezpieczenia na warunkach umów (porozumień) generalnych zawieranych przez poprzedniego pośrednika, nierzadko dochodzi do sytuacji, że prowizja trafia do

poprzedniego lub nowego pośrednika, w zależności od tego, który z nich jest brokerem pozostającym w układzie korupcyjnym z pracownikami zakładu ubezpieczeń. W praktyce, brokerzy występujący w relacjach korupcyjnych, a także najwięksi agregatorzy zwykle nagradzani są 100% prawem do prowizji dowolnego rodzaju uwzględnionej w kwocie składki ubezpieczeniowej bez względu na to, czy są pośrednikami, którzy pozyskują czy też tracą kontrakt z klientem. Skutkiem czego nie jest w ich interesie zwracanie uwagi na powyższą patologię, przeciwnie, służy ona ich interesom. W rzadkich przypadkach konkurencji między największymi brokerami doświadczają oni omawianego problemu.

Powyżej przedstawiono stan faktyczny głównie z punktu widzenia problemu, jakim jest utrata przez pierwotnego (uczciwego) brokera wynagrodzenia w postaci kurtażu, na rzecz nowego brokera, postępującego samodzielnie lub w porozumieniu z zakładem ubezpieczeń, wbrew przepisom. Jednak kwestię tą można zanalizować również szerzej, przez pryzmat wpływu tego rodzaju patologicznych praktyk na cały rynek ubezpieczeń oraz dystrybucji ubezpieczeń.

W ramach swobody wykonywania działalności, zarówno Klient ma prawo udzielić wielu zleceń, jak i broker ma prawo przyjąć zlecenie od Klienta. W praktyce jednak prawo to jest nadużywane i prowadzi do konfliktu interesów oraz wprowadzania klientów w błąd w ferworze rynkowej walki, narażając ich również na odpowiedzialność za naruszanie umów z brokerami. W kodeksach etyki brokerskiej obu stowarzyszeń zawodowych brokerów pojawia się zobowiązanie do należytego współdziałania z innymi brokerami występującymi w postępowaniu ofertowym, jak również z brokerami przejmującymi zlecenie lub brokerami ustępującymi. Postanowienia opracowane przez środowiska zawodowe mają na celu zapobieganie tworzeniu się konfliktu interesów. Konflikt ten realizuje się po stronie:

- zakładów ubezpieczeń – które zobowiązane są do przedłożenia takiej samej oferty dla nowego pośrednika ubezpieczeniowego, a jednocześnie świadome są, że opracowanie oferty mogło wymagać wielu tygodni pracy między wcześniejszym pośrednikiem a zakładem ubezpieczeń, a więc przedstawienie tej oferty będzie stanowiło element piractwa biznesowego – w postaci przejęcia nakładów pracy poniesionych przez poprzedniego pośrednika ubezpieczeniowego. Bywa, że piractwo biznesowe jest elementem promocji ze strony pracowników zakładów ubezpieczeń, co było przedmiotem wcześniejszych rozważań;
- klientów - emanacją tego jest przekonywanie klienta przez nowego pośrednika, że jego poprzedni pośrednik jest nieefektywny lub nieuczciwie zatajał korzystne oferty, co obniża zaufanie do rynku ubezpieczeniowego, promując w dalszej kolejności postawy u klientów, od

których żądają oni współpracy na zasadzie wielości pełnomocnictw jako wyrazu obiektywizmu i uczciwości. Nierzadko nowy broker po przejęciu efektów pracy od poprzedniego brokera redukuje składkę kosztem wynagrodzenia (prowizji) informując klienta, że poprzedni broker był nieefektywny i możliwe było uzyskanie tańszej oferty. W efekcie powstaje po stronie klientów przekonanie, że wyłączność brokerów prowadzi do zawyżania kosztów, a jedynym sposobem eliminacji tego problemu jest wielość pełnomocników. W efekcie klient współpracuje wyłącznie z brokerami, którzy z natury swojej działalności promują naruszanie zasad etyki zawodu i których działania koncentrują się na przejmowaniu wyników pracy innych brokerów, a ich komunikacja z klientem skoncentrowana jest na promowaniu historii o nieuczciwości konkurencyjnych firm brokerskich, które „zablokowały ofertę”, „zablokowały zniżkę”, etc. W dalszej konsekwencji klienci czują się moralnie usprawiedliwieni do naruszania umów z brokerami, gdyż uważają ich za firmy nieuczciwe, a sami klienci – wyłącznie chronią się przed nieuczciwością;

- klientów – poprzez budowanie przez brokerów przekonania po stronie klientów, że nie poniosą żadnej odpowiedzialności za naruszenie umowy z poprzednim brokerem, a wszelkie roszczenia obecnego brokera za naruszenie umowy byłyby niezgodne z prawem. W efekcie klient jest świadomie wprowadzany w błąd, w celu uzyskania przez brokera korzyści finansowej. Zaznaczyć należy, że nieuczciwi brokerzy nie ponoszą żadnych konsekwencji takich oświadczeń;
- poprzedniego brokera – o ile broker zachowuje się w sposób etyczny, to podejmuje działania przewidziane trybem kodeksu etyki, a więc dąży do wyjaśnienia z klientem celowości udzielenia faktycznego pełnomocnictwa wyłącznego. Takie działanie zwykle kończy się utratą zlecenia, ponieważ próby wyjaśnienia celowości współpracy na warunkach wyłącznego zlecenia pozwalającego na prawidłowe wykonanie obowiązków z art. 32 ust 1 pkt 4 u.d.u. wpisują się w zbudowane przez nieuczciwego pośrednika przekonanie u klienta, że broker próbuje pozbawiać klienta dostępu do korzystniejszych ofert ubezpieczeniowych, gdy w tym czasie broker, który podejmował działania z myślą o pozyskaniu zlecenia dokonuje przejęcia ofert opracowanych dla poprzedniego pośrednika i dokonuje rezygnacji z części przysługującej poprzedniemu pośrednikowi prowizji ubezpieczeniowej, uzyskując ofertę tańszą. Rezygnacja z części prowizji dla nowego brokera jest możliwa, ponieważ nie ponosił on pełnych kosztów aranżacji ochrony ubezpieczeniowej – przejmując ofertę wypracowaną przez poprzedniego brokera.

W efekcie kolizji interesów i kolizji pełnomocnictw dochodzi do:

- a) utraty zaufania do brokera

- b) przejęcia wynagrodzenia (de facto o prawie do wynagrodzenia pierwotnego pośrednika decyduje pośrednik wtórny)
- c) zmanipulowania klienta, tworząc u niego błędne przekonanie co do bezkarności i prawidłowości działania, gdy udziela on wielu pełnomocnictw na wyłączność w tym samym czasie.
- d) utraty wiarygodności zakładu ubezpieczeń, który przekazuje wyniki pracy innemu pośrednikowi.

Nadmienić należy, że problem powyższy jest dostrzegany w znaczenie większym stopniu przez małych i średnich brokerów, z tych przyczyn, że brokerzy posiadający dominującą pozycję rynkową są w stanie blokować dostęp do ofert w taki sposób, że zakłady ubezpieczeń odmawiają przedstawienia oferty nowemu pośrednikowi lub przedstawiają ją ze znacznym opóźnieniem – już po otrzymaniu decyzji od klienta.

Jednocześnie zwraca się uwagę, iż w realiach rynkowych mogą mieć miejsce sytuacje, w sposób obiektywny uzasadniające zakończenie współpracy przez klienta z dotychczasowym brokerem wraz z pozbawieniem go prawa do wynagrodzenia, jak np. zaniechanie kontaktu brokera z klientem, czy utraty zaufania klienta do brokera. Są to jednak przypadki wyjątkowe, a ich istnienie jest wyjątkiem od znacznie częściej spotykanej sytuacji korupcyjnego przejmowania klienta przez nowego brokera, czasami przy udziale zakładu ubezpieczeń.

Z uwagi na powyższe, Zlecający oczekuje udzielenia odpowiedzi na pytania:

- 1) Czy delegowanie wszelkich uprawnień zakładom ubezpieczeń do swobodnego kształtowania decyzji w zakresie prawa przysługującego pośrednikowi ubezpieczeniowemu zgodnie z art. 32 ust. 1 pkt 6 u.d.u. nie jest promowaniem wskazanych powyżej mechanizmów przestępczych i czy nie wymaga wydania rekomendacji?
- 2) Czy delegowanie wszelkich uprawnień zakładom ubezpieczeń do swobodnego kształtowania decyzji w zakresie prawa przysługującego pośrednikowi ubezpieczeniowemu zgodnie z art. 32 ust. 1 pkt 6 u.d.u. nie jest promowaniem w kierunku korporacyjnego rozwoju rynku brokerskiego, skoro naruszanie interesów dużych korporacyjnych brokerów może spotkać się z reakcją prawno-biznesową, na którą nie może sobie pozwolić mniejszy broker.

2. Analiza prawna

Udzielenie odpowiedzi na postawione pytania, wymaga na wstępie określenia charakteru umowy, w oparciu o którą broker dokonuje czynności z zakresu dystrybucji ubezpieczeń. Umowa brokerska jest umową nienazwaną, do której zastosowanie może znaleźć szereg różnych przepisów Kodeksu cywilnego, w szczególności dotyczących umowy zlecenia (art. 734-750 k.c.), umowy agencyjnej (art. 758-764⁹ k.c.), a nawet umowy o dzieło (art. 627-646 k.c.), jak również przepisy części ogólnej kodeksu cywilnego (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 11 sierpnia 2022 r., I AGa 52/22). Specyfika umowy brokerskiej, polega m.in. na tym, że usługi brokera są co do zasady nieodpłatne dla poszukującego ochrony ubezpieczeniowej. W sytuacji typowej, broker ubezpieczeniowy świadczy usługi na rzecz ubezpieczającego nieodpłatnie, a wynagrodzenie brokera stanowi przede wszystkim prowizja, tzw. kurtaż wypłacany brokerowi przez ubezpieczyciela. Polskie prawodawstwo, jeszcze za czasów ustawy z 22 maja 2003 r. o pośrednictwie ubezpieczeniowym (Dz. U. Nr 124, poz. 1154 z późn. zm.), przyjęło zasadę, iż przepisy nie regulują tego wynagrodzenia. Zasada ta została utrzymana w obowiązującej od 1 października 2018 r. ustawie z dnia 15 grudnia 2017 r. o dystrybucji ubezpieczeń (tekst jedn.: Dz. z 2022 r., poz. 905). W praktyce powszechny zaś jest pogląd, iż prowizja wypłacana brokerowi jest odpowiednikiem zaoszczędzonych przez ubezpieczyciela kosztów akwizycji, kosztów "pozyskania klienta", a jej wysokość określana jest przez porozumienie kurtażowe, czyli umowę pomiędzy brokerem a ubezpieczycielem w przedmiocie wynagrodzenia prowizyjnego, przy czym dopuszczalne (i zazwyczaj praktykowane) jest jej zawarcie także m.in. w drodze oferty i jej przyjęcia lub też nawet w sposób dorozumiany. Do wynagrodzenia tego znajdują zastosowanie przepisy o umowie agencyjnej, a w szczególności art. 761 § 1 k.c., zgodnie z którym agent może żądać prowizji od umów zawartych w czasie trwania umowy agencyjnej, m.in. jeżeli do ich zawarcia doszło w wyniku jego działalności.

W piśmiennictwie oraz judykaturze przyjmuje się, że roszczenie o kurtaż warunkują cztery przesłanki: udział brokera przy zawieraniu danej umowy ubezpieczenia wynikający z udzielonego przez ubezpieczającego zlecenia, efektywne zawarcie umowy ubezpieczenia, związek przyczynowy pomiędzy działalnością brokera a zawarciem umowy ubezpieczenia i zapłata składki w całości lub części (zob. M. Serwach, Umowa brokerska (w:) System Prawa Prywatnego, t. IX, Umowy nienazwane, red. W.J. Katner, Warszawa 2010, s. 741). Uwzględniając więc okoliczność, że broker ponosi odpowiedzialność za dołożenie należytej staranności, istotny jest wkład brokera w proces zawarcia umowy ubezpieczenia i jego wpływ na finalny jej kształt. W przypadku gdy ubezpieczającego reprezentuje więcej niż jeden

broker, wynagradzany powinien być ten z nich, którego staraniem i największym wkładem doszło do zawarcia umowy, niekoniecznie zaś ten, który sfinalizował jej zawarcie (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 3 czerwca 2016 r., I ACa 1188/15, wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 3 kwietnia 2020 r., I AGa 191/18). Podstawowe znaczenie ma zatem rzeczywisty udział pośrednika w czynnościach, które faktycznie doprowadziły do zawarcia danej umowy, nawet jeżeli do zawarcia umowy dochodzi za pośrednictwem innego pośrednika albo w miejsce tej umowy, która miała zostać zawarta została zawarta inna umowa, która realizuje ten sam cel gospodarczy (zob. Z. Fenichel, Umowa o pośrednictwo, "Głos Prawa" 1931, nr 1). Mając więc na uwadze powyższe, prowizja przysługuje temu brokerowi ubezpieczeniowemu niezależnie od tego, jaki podmiot pośredniczył przy podpisaniu umowy, o ile broker ten swoim staraniem doprowadził do zawarcia umowy ubezpieczenia.

Wydawać by się zatem mogło, iż opisany wyżej stan prawny odzwierciedla oczekiwania Opiniującego, w zakresie przyznania prawa do wynagrodzenia temu brokerowi, który w istocie wykonał umowę brokerską (w największym stopniu) realnie doprowadzając do zawarcia umowy ubezpieczenia, który niekoniecznie będzie tożsamy z brokerem końcowo reprezentującym klienta przed ubezpieczycielem. Jest to jednak wyłącznie ocena pozorna, bowiem nie uwzględniałaby ona specyfiki rynkowej walki o klienta przy udziale i brokerów i zakładów ubezpieczeń, niekiedy działających wspólnie, czy w porozumieniu. W tym zakresie niezbędnym jest odesłanie do szczegółowo opisanych w ustępie „Stan faktyczny” opinii sytuacji realnych – niestety – praktyk rynkowych. Chodzi tu o cały konglomerat różnych sytuacji „przejęcia Klienta” przez nowego brokera, już po wykonaniu zasadniczej części pracy przez dotychczasowego brokera (w szczególności: zebraniu danych, złożeniu zapytania, przygotowaniu przez ubezpieczyciela oferty), poczynwszy od „zwykłego” przejęcia, poprzez przejęcia dokonywane przy udziale nieuczciwego pracownika zakładu ubezpieczeń przekazującego nielegalnie dane dotyczące zapytania i oferty nowemu brokerowi będącemu z nim w porozumieniu, skończywszy zaś na deklaracjach dotyczących obniżenia kurtażu lub nawet obniżenia samej składki, których warunkiem ma być zakończenie współpracy z dotychczasowym brokerem, na rzecz nowego. Nie trzeba bliżej dowodzić, iż w takich sytuacjach rynkowych dotychczasowy broker, starający się postępować uczciwie, jest z góry na straconej pozycji, skoro faktyczna możliwość otrzymania przez niego wynagrodzenia determinowana jest decyzją zakładu ubezpieczeń i – często zmanipulowanego – klienta. Dochodzi do sytuacji kuriozalnej, w której formalnie obowiązujące regulacje prawne, dają dotychczasowemu brokerowi jedynie pozorną ochronę prawną, bowiem w rzeczywistości ewentualne uzyskanie wynagrodzenia wymaga wszczęcia procesu sądowego, a tym samym

zaangażowania środków i czasu, na które nie każdy może sobie pozwolić. Co chyba bardziej absurdalne, w większości przypadków, stroną pozwaną nie może być nieuczciwy broker ani nieuczciwy zakład ubezpieczeń, bowiem uzyskanie dowodów na okoliczność tego, iż działali oni w porozumieniu, że postępowali nielegalnie, jest nader trudne, a często niemożliwe. Dotychczasowego brokera nie wiąże z zakładem ubezpieczeń żadna umowa, tym bardziej takiej umowy nie ma między dotychczasowym i nowym brokerem. Toteż powództwa przeciwko dwóm w/w podmiotom musiałyby być oparte na odpowiedzialności deliktowej, a jak już wyżej pisano, zgromadzenie stosownego materiału dowodowego w większości przypadków nie jest w ogóle możliwe przez inny podmiot cywilny, nie mający nad ubezpieczycielem czy nowym brokerem jakiegokolwiek władztwa. Powództwa takie najczęściej są zatem kierowane przeciwko klientowi i oparte na nienależytym wykonaniu umowy brokerskiej, tudzież na jej bezpodstawnym wypowiedzeniu lub też udzieleniu innemu brokerowi pełnomocnictwa, pomimo wcześniej udzielonego pełnomocnictwa na wyłączność. Prowadzi to do kuriozalnego skutku, iż najbardziej poszkodowane w całej tej sytuacji są podmioty, które w sprawie zawiniły najmniej, tj. dotychczasowy uczciwy broker oraz klient, często zmanipulowany przez nowego brokera (czasami przy udziale zakładu ubezpieczeń). Dotychczasowy broker jest pokrzywdzony, bowiem nie uzyskuje należnego mu wynagrodzenia (kurtażu) i musi walczyć o nie w procesie sądowym, klient zaś jest pokrzywdzony bowiem zostaje pozwany i jeśli proces przegra, płaci podwójny kurtaż (najpierw w kwocie składki ubezpieczeniowej od zawartej przy udziale nowego brokera umowy ubezpieczenia, później w postaci odszkodowania zasądzzonego przez sąd). Jakkolwiek wielość stanów faktycznych nie zawsze pozwala ocenić klienta jako stronę nie ponoszącą żadnej winy, to jednak w większości przypadków, działania klienta są następstwem namowy oraz sugestii nowego brokera.

Zdaniem Opiniującego jest rzeczą oczywistą, iż opisane na wstępie opinii praktyki przejmowania klientów (i wynagrodzenia) są nieakceptowalne. Wynagrodzenie powinno trafiać do tego dystrybutora, który w sposób rzeczywisty doprowadził do zawarcia umowy. Do tego, który wykonał w sprawie najwięcej czynności, zakończonych finalnie zawarciem umowy ubezpieczenia, nawet jeśli to zawarcie nastąpiło już przez innego pośrednika. Takie podejście wynika nie tylko z obowiązującego stanu prawnego, tj. obecnych regulacji Kodeksu cywilnego o umowie agencyjnej (a w szczególności art. 761 § 1 k.c., który stosuje się do zasady wynagradzania w umowach brokerskich), ale też z zasad ogólnych prawa cywilnego oraz z elementarnych zasad sprawiedliwości. Po prostu - praca powinna być wynagrodzona, a przejęcie efektów cudzej pracy (i wynagrodzenia za nią) przez podmiot trzeci, jest zachowaniem karygodnym. Jest to zachowanie nieakceptowalne, choć nierzadko występujące

w realiach rynkowych. Toteż zadaniem regulatora jest wypracowanie takich rozwiązań, stworzenie takich reguł i narzędzi, których celem i skutkiem będzie zwalczanie opisanych w opinii patologii rynkowych. Nie może być tak, iż całość skutków nieuczciwych praktyk ubezpieczeniowo-brokerskich spada na brokera uczciwego, tudzież na klienta, który zazwyczaj będąc laikiem w odniesieniu do rynku dystrybucji ubezpieczeń jest łatwy do zmanipulowania przez nowego brokera. Te kategorie podmiotów powinny zyskiwać stosowną, realną (a nie tylko teoretyczną) ochronę prawną. Ochronę, która zapewni uczciwemu (pierwszemu) brokerowi szybkie otrzymanie wynagrodzenia (bez konieczności procesu sądowego), a klienta uchroni przed manipulacją i sytuacją, w której broker przedkłada interes własny (tudzież również współpracującego z nim ubezpieczyciela) nad interes klienta.

Należy zwrócić uwagę, iż trudno uznać za racjonalne obecne regulacje (a przede wszystkim praktykę ich stosowania), zgodnie z którymi faktycznie to zakłady ubezpieczeń podejmują decyzję, który z dystrybutorów otrzyma wynagrodzenie w formie kurtażu. Skutkuje to bowiem dość irracjonalnym rozwiązaniem, w którym o przyznaniu wynagrodzenia wykonawcy umowy brokerskiej decyduje podmiot nie będący stroną tej umowy. Przy czym – jak wskazano na wstępie opinii – decyzje w tym zakresie nie zawsze są transparentne, bowiem w zależności od sytuacji, ubezpieczyciel może wypłacić kurtaż tak dotychczasowemu jak i nowemu brokerowi. Decyzja klienta, które teoretycznie powinna być w sprawie decydująca, jest o tyleż nieobiektywnym miernikiem, że klient nie orientujący się w realiach sporów między brokerami i korupcjogennych układów na linii nowy broker – ubezpieczyciel, bardzo łatwo daje się przekonać do zmiany brokera, np. w zamian za obniżkę składki, dostępną tylko dla jednego, „zaufanego” brokera. Klient – jako laik w dziedzinie pośrednictwa ubezpieczeniowego – może nawet nie rozumieć, że oto nieświadomie wspiera korupcjogenne relacje; kierując się głównie wysokością składki, łatwo daje się „nabrać” na zarzut, iż dotychczasowy broker nienależycie dbał o jego interesy itp. Oczywiście zdarzają się również przypadki, gdzie klient działa świadomie na szkodę dotychczasowego brokera, dążąc do zmniejszenia składki w pełnej świadomości doprowadza do nienależytego wykonania pierwotnej umowy brokerskiej, wpuszczając nowego brokera, udzielając mu pełnomocnictwa pomimo wcześniej zastrzeżonej wyłączności na rzecz pierwotnego brokera itp. Niemniej, cała konstrukcja oparta na delegacji na zakład ubezpieczeń ma uprawnienie do kształtowania decyzji w zakresie prawa do wynagrodzenia przysługującego pośrednikowi ubezpieczeniowemu zgodnie z art. 32 ust. 1 pkt 6 u.d.u. bez dodatkowych zabezpieczeń i regulacji, jest rozwiązaniem niefortunnym i podatnym na zachowania naruszające reguły rynkowe, tajemnicę ubezpieczeniową i brokerską niezależność.

Ze wskazanych powyżej przyczyn celowym byłoby wprowadzenie stosownych wytycznych (rekomendacji) przez Komisję Nadzoru Finansowego. Rekomendacje te powinny wyznaczyć wzorzec postępowania w procesie ustalania dystrybutora, któremu przysługuje prawo do wynagrodzenia opisanego w art. 32 ust. 1 pkt 6 u.d.u. w oparciu o obiektywne i weryfikowalne kryteria. Koniecznym jest pozbawienie, co najmniej zaś znaczne ograniczenie, swobody, którą dysponują w tym zakresie zakłady ubezpieczeń. Jak się wydaje dobrym pomysłem byłoby przyjęcie rozwiązania, iż prowizja przysługiwałaby pośrednikowi, który pierwszy wykaże się faktycznym zleceniem od klienta i dla którego zakład ubezpieczeń jako pierwszego złożył ofertę. Byłoby to rozwiązanie oparte na kryteriach obiektywnych odpowiadających aktualnemu orzecznictwu sądowemu, bowiem z natury rzeczy broker, który pierwszy pozyskał zlecenie i ofertę, będzie tym, który doprowadził do zawarcia umowy ubezpieczenia, a więc tym, który winien wynagrodzenie otrzymać, nawet jeśli sam wniosek o zawarcie umowy ubezpieczenia przekazany został już przez nowego brokera. Jednocześnie byłoby to rozwiązanie wyjściowe, główne, zasadnicze, od którego można by dopuścić pewne wyjątki w szczególnie uzasadnionych wypadkach. Oczywiście rozwiązanie to nie spowodowałoby całkowitej eliminacji opisanych w opinii patologii rynkowych, ale powinno znacząco wpłynąć na ich ograniczenie. Swoboda zakładów ubezpieczeń w określaniu podmiotu uprawnionego do otrzymania wynagrodzenia zostałaby istotnie zlimitowana, a tym samym zawężony zostałby horyzont do prowadzenia działań o charakterze korupcjogennym na linii ubezpieczyciel – broker.

Opiniujący zaznacza, iż jest świadom, że zdarzają się sytuacje, w których broker, który pierwszy pozyskał zlecenie i otrzymał ofertę, nie powinien otrzymywać wynagrodzenia w ogóle albo też co najwyżej częściowy kurtaż. Mogą to być np. sytuacje całkowitego zaniechania kontaktu brokera z klientem, już po przekazaniu zestawienia ofert i rekomendacji, sytuacje konfliktu interesów ujawnionego na późniejszym etapie postępowania, tudzież inne zdarzenia skutkujące utratą zaufania między dystrybutorem a klientem. W takich sytuacjach to decyzja klienta winna być decydująca co do określenia brokera, któremu należy wypłacić wynagrodzenie. Takie rozwiązanie byłoby bardziej właściwe niż sytuacja obecna, gdyż na skutek złożenia przez klienta oświadczenia niezgodnego z prawdą, naruszającego prawa i interesy brokera, rodziłoby to wprost odpowiedzialność klienta. Tymczasem w obecnej rzeczywistości klient zostaje pozornie oderwany od odpowiedzialności za swoje działania, a nierzadko jest manipulowany przez pośrednika próbującego pozyskać kontrakt.

Pozytywnym skutkiem wydania rekomendacji przez regulatora byłby też ich wpływ na całe środowisko ubezpieczeniowe oraz dystrybucji ubezpieczeń. Jak wspomniano już

wcześniej, skutkiem opisanych patologii jest bowiem nie tylko utrata kurtażu przez uczciwych brokerów. Drugim, niemniej istotnym następstwem jest to, że opisane praktyki mają charakter samonakręcającej się spirali, zachęcającej co raz więcej uczestników rynku pośrednictwa (i ubezpieczycieli) do stosowania nieuczciwych praktyk. Bowiem skoro: (1) co raz trudniej jest konkurować uczciwie, (2) uczciwy broker nie uzyskuje stosownej realnej ochrony prawnej i pozbawiony jest narzędzi umożliwiających mu szybkie uzyskanie należnego wynagrodzenia, (3) nieuczciwi brokerzy (i underwriterzy) nie ponoszą w zasadzie żadnej odpowiedzialności za swoje nadużycia, a ryzyko ich wykrycia i ukarania jest znikome, podjęcie nieuczciwych praktyk robi się co raz bardziej atrakcyjne dla wszystkich uczestników rynku. Napędza to zjawisko korupcji i kłusownictwa biznesowego. W kontekście powyższego, zasady etyczne zawarte w branżowych kodeksach, dotyczące w szczególności należytej współpracy między brokerami występującymi w postępowaniu ofertowym, jak również brokerami przejmującymi zlecenie lub brokerami ustępującymi, pozostają pustymi sloganami. Co raz bardziej wzniosłe tezy zawarte w kodeksach etycznych, na stronach internetowych czy w newsletterach poszczególnych firm brokerskich są niczym innym niż pudrowaniem rzeczywistości, skoro nieuczciwe metody walki rynkowej się zaostrzają. Cała konstrukcja, cały mechanizm tak funkcjonującej walki rynkowej, skutkuje wielopoziomowym konfliktem interesów. Biorą w nim udział zakłady ubezpieczeń, które pomimo zobowiązania do równego traktowania brokerów, prawa tego nadużywają, a czasem wprost je łamią, biorąc udział w nielegalnym przekazywaniu informacji, naruszaniu tajemnicy ubezpieczeniowej, nawiązując korupcjogenne relacje z nieuczciwymi brokerami. Uczestniczą w nim nieuczciwi brokerzy, którzy – wbrew prawu i zasadom etyki – dążą do przejęcia klienta, a tym samym efektów pracy i wynagrodzenia poprzedniego brokera, czasami współdziałając z zakładem ubezpieczeń. Nie można też zapominać o klientach, często zmanipulowanych przez nowego pośrednika, że jego poprzednik jest nieefektywny lub nieuczciwie zatajał korzystne oferty, choć w rzeczywistości obniżka składki jest zazwyczaj następstwem nieuczciwym działań nowego brokera. Zarazem ci sami klienci stają się ofiarami, gdy zostają pozwani przez dotychczasowego brokera o odszkodowanie w postaci utraconych korzyści – utraconego kurtażu. Zestawienie powyższych czynników prowadzi do wielowymiarowych skutków dla całego rynku pośrednictwa ubezpieczeniowego, który zamiast jawić się jako bezpieczny i profesjonalny, staje się postrzegany jako poletko, na którym cwańsi i mocniejsi mogą zarobić duże pieniądze kosztem tych, którzy naiwnie starają się grać fair. Klienci tracą zaufanie do brokerów, bowiem ci przestają być – jako środowisko – niezależnymi doradcami. Uczciwi dystrybutorzy tracą klientów i kurtaże. Klienci nie mają oporów przed postępowaniem nieuczciwym względem brokerów, gdyż czują się nieuczciwie przez nich traktowani, toteż

udzielają pełnomocnictw (w tym wyłącznych) wielu brokerom na raz, krzyżując swoje oświadczenia i licząc, że wyjdą na tym jak najlepiej, a w konsekwencji w rynkowej walce brokerzy skupiają się na zwalczaniu siebie wzajemnie nadużywając lub łamiąc prawo, wchodząc w korupcjogenne relacje, tak z ubezpieczycielem, jak i z samym klientem. Nie ma w tej układance miejsca na etykę, zasady i należyta staranność, te bowiem nie są premiowane.

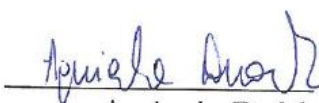
Nie będzie zaskoczeniem ocena, iż problem powyższy jest dostrzegany w znaczenie większym stopniu przez małych i średnich brokerów. Dystrybutorzy duzi i silni mogą więcej, mają realne przełożenie na rynek ubezpieczeniowy, często są w stanie blokować dostęp do ofert mniejszym pośrednikom w sposób nieoficjalny (poprzez nieoficjalne kontakty z zakładami ubezpieczeń). Skutkiem powyższego zakłady ubezpieczeń odmawiają przedstawienia oferty nowemu pośrednikowi lub przedstawiają ją ze znacznym opóźnieniem – już po otrzymaniu decyzji od klienta.

3. Wnioski i odpowiedzi na zadane pytania:

- 3.1. Umowa brokerska jest umową nienazwaną, do której zastosowanie może znaleźć szereg różnych przepisów Kodeksu cywilnego, w szczególności dotyczących umowy zlecenia i umowy agencyjnej. Do wynagrodzenia brokera znajdują zastosowanie przepisy o umowie agencyjnej, a w szczególności art. 761 § 1 k.c.**
- 3.2. W przypadku gdy ubezpieczającego reprezentuje (reprezentował) więcej niż jeden broker, wynagradzany powinien być ten z nich, którego staraniem i największym wkładem doszło do zawarcia umowy, niekoniecznie zaś ten, który sfinalizował jej zawarcie. Podstawowe znaczenie ma zatem rzeczywisty udział pośrednika w czynnościach, które faktycznie doprowadziły do zawarcia danej umowy, nawet jeżeli do zawarcia umowy dochodzi za pośrednictwem innego pośrednika albo w miejsce tej umowy, która miała zostać zawarta została zawarta inna umowa, która realizuje ten sam cel gospodarczy.**
- 3.3. Delegowanie wszelkich uprawnień zakładom ubezpieczeń do swobodnego kształtowania decyzji w zakresie prawa do wynagrodzenia przysługującego pośrednikowi ubezpieczeniowemu zgodnie z art. 32 ust. 1 pkt 6 u.d.u., sprzyja kreowaniu opisanych w opinii mechanizmów przestępczych, co najmniej zaś nadużywania prawa i łamaniu zasad etyki.**
- 3.4. Delegowanie wszelkich uprawnień zakładom ubezpieczeń do swobodnego kształtowania decyzji w zakresie prawa do wynagrodzenia przysługującego pośrednikowi**

ubezpieczeniowemu zgodnie z art. 32 ust. 1 pkt 6 u.d.u. może mieć wpływ na promowanie kierunku korporacyjnego rozwoju rynku brokerskiego, bowiem naruszanie interesów dużych korporacyjnych brokerów może spotkać się z reakcją prawnobiznesową, na którą nie może sobie pozwolić mniejszy broker. Opisane w opinii problemy dotyczą bowiem głównie małych i średnich brokerów, bowiem dominującym dystrybutorom łatwiej jest wykorzystywać nieformalne – ale realne – relacje z zakładami ubezpieczeń, skutkujące m.in. blokowaniem lub opóźnianiem dostępu do ofert mniejszym pośrednikom.

- 3.5. Celowym byłoby wprowadzenie stosownych wytycznych (rekomendacji) przez Komisję Nadzoru Finansowego, które powinny wyznaczyć wzorzec postępowania w procesie ustalania dystrybutora, któremu przysługuje prawo do wynagrodzenia opisanego w art. 32 ust. 1 pkt 6 u.d.u. w oparciu o obiektywne i weryfikowalne kryteria. Koniecznym jest pozbawienie, co najmniej zaś znaczne ograniczenie, swobody, którą dysponują w tym zakresie zakłady ubezpieczeń. Rozwiązanie takie mogłoby polegać na przyjęciu rozwiązania, iż prowizja przysługiwałaby pośrednikowi, który pierwszy wykaże się faktycznym zleceniem od klienta i dla którego zakład ubezpieczeń jako pierwszego złożył ofertę. Byłoby to rozwiązanie oparte na kryteriach obiektywnych odpowiadających aktualnemu orzecznictwu sądowemu.
- 3.6. Od opisanej powyżej zasady możliwym byłoby wprowadzenie wyjątków, w których wynagrodzenie winien otrzymać inny broker niż ten, który pierwszy pozyskał zlecenie i ofertę zakładu ubezpieczeń. W szczególności byłyby to sytuacje utraty zaufania między dystrybutorem a klientem, przy czym klient winien każdy taki przypadek należycie uzasadnić. W takich sytuacjach to decyzja klienta winna być decydująca co do określenia brokera, któremu należy wypłacić wynagrodzenie. Ewentualne złożenie przez klienta oświadczenia niezgodnego z prawdą, naruszającego prawa i interesy brokera, rodziłoby odpowiedzialność klienta.
- 3.7. Pozytywnym skutkiem wydania rekomendacji przez regulatora byłby też ich wpływ na całe środowisko ubezpieczeniowe oraz dystrybucji ubezpieczeń, poprzez zahamowanie eskalowania opisanych w opinii nadużyć rynkowych.


Agnieszka Dudek
radca prawny

ZASTRZEŻENIA

1. Niniejsza opinia stanowi uznaniową analizę przedstawionego zagadnienia dokonaną na podstawie przedstawionych przez Zlecającego informacji w oparciu o przepisy prawa powszechnie obowiązującego, orzecznictwo sądowe oraz poglądy przedstawicieli nauki prawa. Opinia nie jest wiążąca dla sądów, organów administracji publicznej ani innych podmiotów. Niniejsze opracowanie zostało sporządzone w najlepszej wierze i przy dołożeniu maksymalnej staranności, niemniej, nie wyłącza to możliwości prezentowania odmiennych poglądów przez inne podmioty, które będą brały udział w sprawie bądź też będą ją rozstrzygać.
2. Opinia została oparta wyłącznie na informacjach otrzymanych od Zlecającego, które przyjęto za pewne i zgodne z rzeczywistością. Nawet drobna zmiana, nieścisłość lub niekompletność przekazanych danych mogą powodować zdezaktualizowanie opinii w całości lub w części.
3. Opinia została sporządzona jedynie na potrzeby zleconej sprawy. Opiniujący dopuszcza wykorzystanie opinii jedynie zgodnie z celem, dla którego została sporządzona.
4. Treść i forma opinii są chronione prawami autorskimi jej twórcy. Opinia ma charakter poufny w tym sensie, iż może być wykorzystywana jedynie przez Zlecającego zgodnie z celem dla którego została sporządzona.