



Wrocław, dnia 30 sierpnia 2024 r.

OPINIA PRAWNA

NARUSZENIE PRZEZ ZAKŁAD UBEZPIECZEŃ ZASADY RÓWNEGO TRAKTOWANIA BROKERÓW UBEZPIECZENIOWYCH W POSTĘPOWANIU OFERTOWYM

Opinia przygotowana przez:
radcę prawnego Łukasza Zapotocznego
na zlecenie Stowarzyszenia Brokerów w Polsce

1. Stan faktyczny

Zlecający – Stowarzyszenie Brokerów w Polsce – jest podmiotem monitorującym funkcjonowanie podmiotów działających w branży pośrednictwa ubezpieczeniowego. W ramach swojej działalności, zidentyfikowano budzące wątpliwości praktyki polegające na pozostawianiu przez dystrybutorów w relacjach z zakładami ubezpieczeń naruszającymi wymogi określone w art. 7 ust. 1 u.d.u. Zachowania takie polegają w szczególności na utrzymywaniu przez określone oddziały zakładów ubezpieczeń aktywnych i preferencyjnych relacji handlowych z niektórymi pośrednikami ubezpieczeniowymi, jednocześnie przy zauważalnie gorszym traktowaniu współpracy z pozostałymi dystrybutorami. Sytuacja ta jest szczególnie wyrazista w odniesieniu do brokerów działających w oparciu o pełnomocnictwa udzielone do reprezentacji względem tylko jednego (konkretnego) zakładu ubezpieczeń, którzy często są bardziej spolegliwi w kontakcie z ubezpieczycielem, a w skrajnych przypadkach zachowują się niemal jak jego pełnomocnik. Nierównowaga w traktowaniu

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

brokerów ubezpieczeniowych przez niektóre oddziały ubezpieczycieli manifestowana jest zazwyczaj poprzez odmowę przedłożenia oferty, przy czym może ona przybrać różne formy, w tym w szczególności polegające na:

- a) Wyrażonej wprost odmowie ofertowania (złożenia oświadczenia o odmowie przedstawienia oferty)
- b) Faktycznej odmowie ofertowania w postaci regularnego, systemowego wręcz braku odpowiedzi na zapytania danego brokera;
- c) Faktycznej odmowie ofertowania z powołaniem na lakoniczną argumentację typu („nie jesteśmy zainteresowani ryzykiem”, „z uwagi na przebieg ubezpieczenia nie złożymy oferty” itp.),

podczas gdy w rzeczywistości następuje złożenie oferty na rzecz innego (traktowanego preferencyjnie) dystrybutora.

W związku z powyższym, Zlecający oczekuje analizy i udzielenia odpowiedzi na pytania:

- 1) Czy w związku z obowiązkiem prawidłowego wykonania przez brokera przepisów art. 32 ust. 1 u.d.u. zakład ubezpieczeń może swobodnie określać swoje preferencje z jakim pośrednikiem ubezpieczeniowym chce współpracować?
- 2) Czy celowym jest wydanie rekomendacji przez KNF zobowiązującej zakłady ubezpieczeń do niepreferowania brokerów ubezpieczeniowych, w szczególności gdy nie zachodzą ku temu przesłanki merytoryczne w zakresie dotyczącym klienta, którego reprezentuje broker.

2. Analiza prawna

Niniejsze opracowanie dotyczy zachowania zakładów ubezpieczeń na jednym z etapów zawierania umowy ubezpieczenia przy udziale dystrybutora. Udzielenie odpowiedzi na zadane pytania wymaga przede wszystkim oceny, jaka daleko sięgać powinna należyta staranność po stronie zakładów ubezpieczeń oraz jakie działania ona winna obejmować swoim zakresem. Należy zaznaczyć, iż działalność ubezpieczeniowa ma charakter profesjonalny. Każda działalność profesjonalna, tj. działalność prowadzona przez osobę zawodowo trudniącą się jej wykonywaniem, wiąże się ze statuowanym w art. 355 § 2 k.c. podniesionym miernikiem należytej staranności. Kodeks cywilny nie definiuje „należytej staranności”, tym bardziej zaś podwyższonej staranności, jednak orzecznictwo sądowe w tym

przedmiocie jest niezwykle bogate. Należyta staranność jest bowiem jednym z najważniejszych elementów pojawiających się w sporach rozstrzyganych w reżimie prawa cywilnego, zwłaszcza w odniesieniu do sporów w których co najmniej jeden z uczestników ma status przedsiębiorcy. Przepis art. 355 k.c. stanowi, że nie ma jednego, powszechnie obowiązującego wzorca, lecz trzeba go określić z uwzględnieniem „staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju”. W doktrynie i judykaturze utrwalił się słuszny pogląd, że ma to być wzorzec formułowany według kryteriów obiektywnych. Nie są więc uwzględniane indywidualne cechy podmiotu, jego właściwości osobiste, jak na przykład stopień jego pracowitości, zapobiegliwości, siła wzroku czy zdolności kulinarne. Powszechnie akceptowane jest konstruowanie mierników staranności dla typowych sytuacji, uwzględniając stronę podmiotową stosunku oraz treść i przedmiot zobowiązania. Bezpieczeństwo obrotu i ochrona zaufania do partnerów w stosunkach obligacyjnych nakazuje nadto, iż przy określaniu wzorca należy zwrócić uwagę na ogólnie podzielane w społeczeństwie, określonej grupie zawodowej lub środowisku oczekiwania, jakie wiążą podmioty z wstępowaniem w stosunki określonego rodzaju. Oznacza to, że pewne przymioty, uzdolnienia i kwalifikacje będą uwzględniane w takim zakresie, w jakim objęte są powszechnie żywionymi oczekiwaniami dla stosunków danego rodzaju. W konsekwencji, ich brak u dłużnika oznaczać będzie jego winę, nawet jeżeli nie zdawał sobie sprawy ze swoich ograniczeń (Kidyba Andrzej (red.), Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania - część ogólna, wyd. II, LEX 2014).

Przy określaniu należytej staranności trzeba uwzględnić typ zobowiązania zaciągniętego przez dłużnika, bowiem normy prawne ustanowione dla danego typu stosunku obligacyjnego bardzo pomagają w ustaleniu bardziej precyzyjnego wzorca postępowania, a co najmniej poziomu staranności. Także przedmiot świadczenia, a zwłaszcza jego wartość, są pomocne przy określaniu należytej staranności, ponieważ powszechnie uznaje się potrzebę wzmożonej dbałości o dobra cenniejsze, w tym zdrowie i życie (por. wyrok SN z dnia 24 listopada 1976 r., [IV CR 442/76](#), LEX nr 7880).

Ustawodawca niejednokrotnie wskazuje na słabszą ochronę przy dokonywaniu czynności nieodpłatnych oraz ochronę udzielaną kontrahentowi uzyskującemu świadczenie nieodpłatnie. Dlatego nieodpłatność świadczenia może mieć wpływ na obniżenie wymagań przy określaniu wzorca należytej staranności dla takich zobowiązań. Nie oznacza to jednak, aby dłużnik nie był zobowiązany do dochowania należytej staranności (por. wyrok SN z dnia 11 grudnia 1986 r., [IV CR 424/86](#), LEX nr 8799).

Jakkolwiek wzorzec należytej staranności ma charakter zobiektywizowany, to jednak zawsze konieczne jest uwzględnienie, że chodzi o wykonanie konkretnego zobowiązania w danej sytuacji. Oznacza to, że nie tylko należy uwzględnić pewne szczególne, odbiegające od przeciętnych, wymagania określone treścią zobowiązania, ale także szczególne warunki ich wykonania. Mogą one obniżyć lub podnieść poziom oczekiwań, istotny dla obiektywnego określenia należytej staranności wymaganej od dłużnika. Inny będzie wzorzec określony dla działań podejmowanych w ramach usług świadczonych przez klinikę akademii medycznej w gabinetach wyposażonych w nowoczesną aparaturę medyczną, a inny w gminnej placówce służby zdrowia. W wyroku z dnia 23 października 2003 r. ([V CK 311/02](#), LEX nr 82272) SN stwierdził, że: „O tym, czy na tle konkretnych okoliczności można osobie zobowiązanej postawić zarzut braku należytej staranności w dopełnieniu obowiązków, decyduje nie tylko niezgodność jego postępowania z modelem, lecz także uwarunkowana doświadczeniem życiowym możliwość i powinność przewidywania odpowiednich następstw zachowania. Miernik postępowania dłużnika, którego istota tkwi w zaniechaniu dołożenia staranności, nie może być formułowany na poziomie obowiązków nie dających się wyegzekwować, oderwanych od doświadczeń i konkretnych okoliczności”.

Od podmiotu profesjonalnego, jakim jest przedsiębiorca, oczekuje się zwiększonego zaangażowania w podjęte działania przygotowujące i realizujące świadczenie. Chodzi o większą zapobiegliwość, rzetelność, dokładność w działaniach dłużnika-profesjonalisty, w stosunku do podmiotów, którzy nie wykonują zobowiązania w ramach swojej działalności gospodarczej. (tak wyrok SN z dnia 15 marca 2012 r., [I CSK 330/11](#), LEX nr 1147729). Wzorzec (starannego przedsiębiorcy) musi uwzględniać szczególną zdolność przewidywania, zapobiegliwość i rzetelność (sumienność) w sposobie działania profesjonalisty oraz duże wymagania w zakresie jego wiedzy i umiejętności praktycznych (fachowość). Należy podkreślić, że chodzi także o wiedzę, która wykracza poza zasób informacji specjalistycznych w danej dziedzinie, ale jest niezbędna do profesjonalnego działania. (orzeczenie SN z dnia 17 sierpnia 1993 r., III CRN 77/93, OSN 1994, nr 3, poz. 69 oraz wyrok SA w Poznaniu z dnia 8 marca 2006 r., [I ACa 1018/05](#), LEX nr 186161).

Przekładając powyższe omówienie na realia funkcjonowania zakładów ubezpieczeń, trudno dojść do innego wniosku niż ten, że działalność ubezpieczeniowa ma charakter stricte profesjonalny. Co więcej – jeśli uznać za dopuszczalne stopniowanie wymaganego profesjonalizmu w działalności przedsiębiorcy - w odniesieniu do zakładu ubezpieczeń należałoby przyjąć jeden z najwyższych możliwych stopni należytej staranności. Działalność ubezpieczeniowa jest działalnością regulowaną, wykonywaną w oparciu o zezwolenie

wydawane przez KNF. Już sam fakt, iż jest to działalność regulowana i podlega ścisłemu nadzorowi Komisji Nadzoru Finansowego, wskazuje na wysoki stopień jej profesjonalizowania. Potwierdzeniem tego są też szczegółowe regulacje wykonywania tej działalności, na poziomie ustaw, rozporządzeń, ale też aktów niższego rzędu (np. wytycznych czy rekomendacji KNF). Przepisy narzucają na zakłady ubezpieczeń liczne obowiązki, tak związane z samym procesem zawierania umów ubezpieczenia, ich wykonywania, likwidacji szkód, jak również liczne obowiązki sprawozdawcze, związane z gromadzeniem i raportowaniem danych, a nawet zawierają zapisy dotyczące wykształcenia i uprawnień niektórych pracowników, którzy obligatoryjnie muszą być zatrudnieni przez zakład ubezpieczeń itp.

Działalność ubezpieczeniowa spełnia też inne – wymienione w powyższym omówieniu – kryteria, nakazujące uznawać ją za ponad przeciętnie profesjonalną, a tym samym wymagającą świadczenia jej w oparciu o najwyższe standardy. Jest to działalność odpłatna, bowiem zawieranie i wykonywanie umów ubezpieczenia opiera się na kryterium zysku. Co więcej, generowanie zysku nie jest indywidualnym oczekiwaniem danego zakładu ubezpieczeń, nie wynika też wyłącznie z definicji działalności gospodarczej zawartej w przepisie art. 3 ustawy z dnia 6 marca 2018 r. Prawo przedsiębiorców, ale jest w pewnej mierze regulowane przepisami ubezpieczeniowymi, w kontekście zapewnienia wypłacalności zakładu ubezpieczeń.

Działalność ubezpieczeniowa, zarówno wymiarze prawnym jak i w odbiorze społecznym, ma na celu udzielanie osobom fizycznym i prawnym ochrony od określonych zdarzeń, ma chronić ubezpieczonych przed doznaniem przez nich szkody na mieniu lub na osobie. Działalność ta zatem – jakkolwiek komercyjna – stanowi odpowiedź na istotne potrzeby społeczeństwa, stanowiąc uzupełnienie systemu ubezpieczeń społecznych. Ujmując rzecz kolokwialnie – społeczeństwo oczekuje, że zakłady ubezpieczeń są po to, by wypłacać odszkodowania, wspierać poszkodowanych, a w swojej działalności postępować będą uczciwie, lojalnie, profesjonalnie, dążąc do eliminowania patologicznych zjawisk i działać w interesie klienta, nie zaś przeciwko niemu.

Zakład ubezpieczeń – z uwagi na uwarunkowania ustawowe – nie może być podmiotem małym. Z samej swojej istoty jest podmiotem dużym i zorganizowanym, zatrudniającym wyspecjalizowaną kadrę: prawników, aktuariuszy, rzeczoznawców, orzeczników, doradców itp. i to nie w postaci pojedynczych osób, ale często tworząc całe wyspecjalizowane działy. Działanie przedsiębiorcy dużego, posiadającego istotne zasoby

kadrowe, finansowe, organizacyjne, musi być oceniane surowiej niż działanie przedsiębiorców nie dysponujących takimi zasobami. Innymi słowy: poprzeczka dla wielkiego i silnego musi być zawieszona wyżej, niż dla mniejszego i słabszego. Potwierdzeniem tego jest również orzecznictwo sądowe, kształtowane głównie na bazie spraw dotyczących opóźnień w likwidacji szkód, które konsekwentnie przypomina, iż profesjonalizm zakładów ubezpieczeń związany jest m.in. z tym, że dysponują one bogatym zapleczem prawnym i specjalistycznym, co umożliwia im systemowe przygotowanie szybkiej, fachowej obsługi (wyrok Sadu Najwyższego z 10.01.2000, sygn. akt III CKN 1105/98, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 maja 2021 r., V CSKP 22/21, wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 21 stycznia 2021 r., I ACa 711/20).

Wreszcie, działalność ubezpieczeniowa z samego swojego założenia jest działalnością dotyczącą transakcji o (łącznie) wielkiej wartości. Ocena ta powinna być dokonywana całościowo i globalnie. Jakkolwiek bowiem pojedyncze transakcje (pojedyncze umowy ubezpieczenia, pojedyncze składki) mogą mieć niską wartość, to jednak działalność ta opiera się na systemowej i masowej sprzedaży, generującej łącznie obroty liczone w dziesiątkach i setkach milionów złotych. Skoro działalność ubezpieczeniowa danego zakładu ubezpieczeń oceniana *en masse* przynosi obroty wielkiej wartości, to – zgodnie z powyższymi wytycznymi wynikającymi z doktryny i orzecznictwa – musi być oceniana surowiej w kontekście należytej staranności.

Zachowanie zakładu ubezpieczeń w procesie ofertowania, przy udziale dystrybutora, musi być oceniane w kontekście tak ukształtowanej, szczególnej i ponadprzeciętnej staranności, która jest od niego wymagana. Zdaniem Opiniującego, należyta staranność implikuje obowiązek zakładów ubezpieczeń w zakresie monitorowania poszczególnych sfer swojej działalności i reagowania w momencie wykrycia istotnych nieprawidłowości. Nie sposób przyjąć, by zakłady ubezpieczeń nie były świadome problemów opisanych na wstępie niniejszej opinii, tj. w szczególności utrzymywania przez ich niektóre oddziały preferencyjnych relacji handlowych z niektórymi pośrednikami ubezpieczeniowymi, a jednocześnie gorszego traktowania innych dystrybutorów. Ubezpieczyciele mają również wiedzę o działaniu przez niektórych brokerów w oparciu o pełnomocnictwa udzielone do reprezentacji względem tylko jednego (konkretnego) zakładu ubezpieczeń. Co więcej, w niektórych przypadkach uprawnionym będzie twierdzenie, iż działanie takie następuje za zgodą albo nawet wręcz w porozumieniu między określonym pracownikiem ubezpieczyciela a brokerem, którego celem jest pozyskiwanie klientów przez brokera na rzecz danego zakładu ubezpieczeń. W takim układzie broker staje się pełnomocnikiem (agentem, przedstawicielem

handlowym) ubezpieczyciela, sprzeniewierzając się swoim ustawowym obowiązkom, których elementem jest niezależność, a celem całej operacji jest generowanie zysku tak przez brokera jak i przez zakład ubezpieczeń. Jest oczywistym, iż interes klienta (poszukującego ochrony ubezpieczeniowej) nie jest w tym przypadku brany szczególnie pod uwagę. Opiniujący jest świadom, iż zakład ubezpieczeń – w odróżnieniu od brokera – działa na swoją korzyść, w celu pozyskania klienta dla siebie, jest umocowany i uprawniony do podejmowania działań by klient – reprezentowany przez brokera – wybrał jego ofertę. Rynkowa walka nie może jednak prowadzić do akceptacji, a tym bardziej do brania udziału w praktykach, których skutkiem jest naruszanie przez dystrybutorów obowiązków zawartych w przepisach art. 7 ust. 1 i art. 32 ust. 1 pkt 4 u.d.u.

Skoro obowiązkiem brokera stosownie do przepisu art. 32 ust. 1 pkt 4 u.d.u. jest zebranie odpowiedniej ilości ofert z zakładów ubezpieczeń, dokonanie ich zestawienia, porównania i na tej podstawie udzielenie klientowi porady (rekomendacji), która oferta jest dla niego najkorzystniejsza, to obowiązek ten winien być skorelowany z obowiązkiem po stronie zakładu ubezpieczeń co do przedstawienia takiej oferty w odpowiedzi na zapytanie brokera. Odmowa przedstawienia oferty przez ubezpieczyciela, oparta na przesłankach innych niż realne i merytoryczne, jest działaniem naruszającym obecny porządek prawny, uniemożliwia bowiem brokerowi wykonanie obowiązku z art. 32 ust. 1 pkt 4 u.d.u.

Nie ma jakichkolwiek podstaw prawnych ani faktycznych, dla sanowania praktyk polegających nie nierównym traktowaniu brokerów uczestniczących w postępowaniu ofertowym. Zakład ubezpieczeń nie jest umocowany do odmiennego traktowania dystrybutorów. Osobiste powiązania, znajomości, sympatie, nie powinny mieć absolutnie żadnego przełożenia na treść czy szybkość przedstawienia oferty względem innych brokerów. Ubezpieczyciel nie może nie wiedzieć, iż w odróżnieniu od swoich agentów, brokerzy winni cechować się niezależnością. Uwzględnianie w procesie ofertowania subiektywnych sympatii lub antypatii względem określonych brokerów, zwłaszcza, jeśli następuje w powiązaniu z określonymi profitami na rzecz pracownika zakładu ubezpieczeń, nie może mieć miejsca, bowiem w istocie prowadzi do pomocnictwa w procesie naruszania przez brokerów przepisów u.d.u. Wszyscy brokerzy, którzy złożyli w imieniu klienta zapytania oparte zasadniczo na tych samych danych i opiewające na takie samo ryzyko, powinni otrzymać tożsame oferty w tym samym czasie.

Nie ma istotnego znaczenia, czy gorsze traktowanie niepreferowanych dystrybutorów, w postaci odmowy przedłożenia oferty, przybiera formę wyraźnej, czy też dorozumianej

(faktycznej, choć nie wyrażonej wprost) odmowy. Każda forma działania (czyli również zaniechania) zakładu ubezpieczeń, naruszająca równe traktowanie wszystkich dystrybutorów, jest nieakceptowalna. Odmowa przedłożenia oferty winna być oparta na rzeczywistych argumentach oraz powinna zawierać merytoryczne uzasadnienie. Tylko bowiem w takiej sytuacji możliwym będzie – w przypadku istnienia wątpliwości – zweryfikowanie prawidłowości działania zakładu ubezpieczeń w drodze czy to procesu sądowego, czy też np. w sytuacji czynności kontrolnych wykonywanych przez KNF.

Wreszcie nie ma znaczenia, czy nierówne traktowanie brokerów przez zakład ubezpieczeń jest następstwem powiązań z brokerem o charakterze korupcyjnym, czy też wynika z innych przyczyn (np. powiązań towarzyskich, osobistych znajomości, sympatii, antypatii, relacji rodzinnych itp.). Dystrybutorzy mają bowiem uzasadnione prawo oczekiwać że będą traktowani przez ubezpieczyciela równo, a ewentualna odmienność w ich traktowaniu będzie wynikała z obiektywnie uzasadnionych przyczyn. Jeśli dochodzi do nierównego traktowania, to już możemy mówić o naruszeniu przez zakład ubezpieczeń należytej staranności, bowiem działanie profesjonalne implikuje wdrożenie takich rozwiązań, które systemowo będą przeciwdziałać nierównemu traktowaniu brokerów (bez względu na przyczynę tego nierównego traktowania).

Przyczyny nierównego traktowania dystrybutorów mogą mieć natomiast znaczenie w innych obszarach, przede wszystkim w przypadku rozstrzygnięć nadzorczych ze strony KNF, a także w odniesieniu do ustalenia możliwości pociągnięcia zakładu ubezpieczeń do odpowiedzialności cywilnej (w tym z tytułu czynu nieuczciwej konkurencji), a w wypadkach skrajnych, nawet do odpowiedzialności karnej. Z punktu widzenia możliwych skutków nierównego traktowania brokerów, ma znaczenie, czy było ono następstwem omyłki, gapiostwa, osobistych antypatii, czy też następstwem wypracowanego wcześniej porozumienia na linii pracownik zakładu ubezpieczeń – broker, w celu generowania zysku. Przypadki skrajne mogą bowiem spełniać kryteria nawet odpowiedzialności karnej, choć niewątpliwie wykazanie takiego postępowania w sposób dowodowy byłoby niezmiernie trudne.

Należy również zauważyć, iż opisane na wstępie opinii sytuacje mogą być też w niektórych przypadkach kwalifikowane jako czyn nieuczciwej konkurencji, w rozumieniu przepisów ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Należy jednak wziąć pod uwagę kilka istotnych zastrzeżeń. Przede wszystkim wątpliwości budzi samo ocenianie zachowania zakładów ubezpieczeń w kontekście czynu nieuczciwej konkurencji

względem brokerów. Mówimy bowiem o 2 różnych grupach podmiotów: ubezpieczycielach i pośrednikach ubezpieczeniowych. W ujęciu stricte formalnym jedni nie mogą konkurować z drugimi, bowiem świadczą zasadniczo różne usługi. W ujęciu rzeczywistym, sprawa jest bardziej skomplikowana, bowiem zawiązanie bliskiej, naruszającej zasady niezależności, współpracy przez zakład ubezpieczeń z wybranym brokerem, w istocie prowadzić może do pokrzywdzenia innych brokerów poprzez uniemożliwienie im należytego świadczenia usług, a skutkujące trudnościami w pozyskaniu/utrzymaniu klientów i generowaniem przychodu. Nadto, definicja legalna czynu nieuczciwej konkurencji zawarta w art. 3 w/w ustawy mówi o działaniu zagrażającym lub naruszającym interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Ustawa nie zawęży zatem zakresu swojego zastosowania do przedsiębiorców działających w tej samej branży, choć niewątpliwie są to przypadki najczęstsze.

Natomiast – bez żadnych wątpliwości - czynu nieuczciwej konkurencji może dopuścić się broker, który podejmuje bezprawne starania mające na celu preferencyjne – względem innych brokerów uczestniczących w danym postępowaniu - traktowanie go przez zakład ubezpieczeń. Aby doszło do popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji, niezbędne jest kumulatywne spełnienie następujących przesłanek: po pierwsze – działanie poddane ocenie musi zostać podjęte w związku z działalnością gospodarczą, po drugie – czyn ten musi być sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami, a po trzecie – działanie to musi zagrażać interesowi innego przedsiębiorcy lub klienta lub naruszać go. Niewątpliwie wszystkie trzy kryteria – w opisanym wyżej przykładzie – są spełnione, bowiem działanie takie następuje w ramach prowadzonej działalności gospodarczej, działanie takiego preferencyjnie traktowanego brokera jest sprzeczne zarówno z prawem jak i z dobrymi obyczajami, gdyż ma na celu uniemożliwienie wykonania czynności brokerskich innym pośrednikom, jednocześnie inicjujący działanie broker wyzbywa się przymiotu niezależności i działania w najlepiej pojętym interesie klienta, naruszając zatem przepisy art. 7 ust. 1 i 32 ust. 1 u.d.u., wreszcie, działanie takiego brokera zagraża interesowi innego brokera (utrudniając mu należyte wykonanie swojej usługi, a tym samym możliwość pozyskania/utrzymania klienta i przychodu), ale też naruszając interes samego klienta, który nielegalnymi działaniami takiego brokera zostaje zmanipulowany i odcięty od możliwości współpracy z innymi brokerami, a tym samym odcięty od możliwości uzyskania obiektywnego zestawienia ofert różnych zakładów ubezpieczeń. Orzecznictwo przyjmuje również, iż w celu przyjęcia, iż ma miejsce delikt konkurencji, wystarczy ustalić bezprawność działania (por. wyrok SA w Poznaniu z 24.06.1992 r., [I ACr 204/92](#), „Wokanda” 1993/2, s. 30). Nie jest konieczne wykazanie zamiaru wprowadzania w błąd lub wdarcia się w cudzą klientelę (tak SN w wyroku z 1.12.2004 r., [III CK 15/04](#), M. Praw. 2005/1, s. 10). Do kwalifikacji czynu nieuczciwej

konkurencji nie jest także konieczne istnienie winy w sensie umyślnego działania czy niedbalstwa sprawcy, choć oczywiście ma znaczenie w przypadku roszczenia odszkodowawczego.

Warto zauważyć, iż jakkolwiek działanie nieuczciwego brokera, wchodzącego w nielegalną zmwę z zakładem ubezpieczeń, spełnia ogólne kryteria deliktu konkurencji, to zachowane takie można podciągnąć wręcz pod konkretne, zdefiniowane w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przykłady. Stosownie do przepisu art. 15 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy, czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez:

- 2) nakłanianie osób trzecich do odmowy sprzedaży innym przedsiębiorcom albo niedokonywania zakupu towarów lub usług od innych przedsiębiorców;
- 3) rzeczowo nieuzasadnione, zróżnicowane traktowanie niektórych klientów;
- 5) działanie mające na celu wymuszenie na klientach wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy lub stwarzanie warunków umożliwiających podmiotom trzecim wymuszanie zakupu towaru lub usługi u określonego przedsiębiorcy.

Przy czym czyn, o którym mowa w ust. 1 pkt 5, może polegać w szczególności na:

- 1) ograniczeniu w istotny sposób lub wyłączeniu możliwości dokonywania przez klienta zakupu u innego przedsiębiorcy;
- 2) stworzeniu sytuacji powodujących pośrednio lub bezpośrednio narzucenie klientom przez podmioty trzecie konieczności dokonania zakupu u danego przedsiębiorcy lub u przedsiębiorcy, z którym dany przedsiębiorca pozostaje w związku gospodarczym;

Analiza w/w przepisów prowadzi do wniosku, iż mogą one znaleźć zastosowanie tak do samego nieuczciwego brokera, ale również do współpracującego z nim zakładu ubezpieczeń. Zachowanie zakładu ubezpieczeń, który świadomie i systemowo kreuje współpracę z brokerem, traktując go priorytetowo i działając na szkodę innych brokerów, niewątpliwie spełnia kryteria zawarte w cytowanych przepisach, bowiem taka sytuacja utrudnia innym (uczciwym) brokerom przekonanie klienta by dokonali u nich zakupu usługi, ale też spełnia kryterium narzucenia klientom przez podmioty trzecie (zakład ubezpieczeń) konieczności dokonania zakupu usługi u brokera preferowanego przez ubezpieczyciela, czyli u brokera z którym ubezpieczyciel pozostaje w związku gospodarczym.

Jak się wydaje, w opisanej w opinii sytuacji zakłady ubezpieczeń nie powinny pozostawać bierne i powinny aktywnie przeciwdziałać istniejącym patologiom rynkowym. Wydaje się, iż możliwym jest to w ramach obowiązującego już porządku prawnego, kierując się stosowną wykładnią należytej staranności z art. 355 § 2 k.c. Uzupełniając szerokie omówienie tego pojęcia na wstępie niniejszej opinii, warto zauważyć, iż w doktrynie pojawiają się głosy, iż należyta staranność oznacza wyjście poza spełnienie wymogów ustawowych. Zgodzić należy się z prof. dr hab. Andrzejem Kidybą, iż „*Przy ocenie należytej staranności nie można brać pod uwagę dopełnienia przez dłużnika wyłącznie obowiązków określonych ustawą, jak uczynił to SO w Lublinie, stwierdzając w wyroku z dnia 25 sierpnia 2010 r. (IX Ga 199/10, Mon. Pr. Bank. 2012, nr 7–8, s. 11–15), że skoro nie ma przepisu, który nakładałby na banki obowiązek sprawdzania zgodności numeru rachunku bankowego z nazwą beneficjenta w ramach realizacji polecenia przelewu, to nie można mówić o niedołożeniu przez bank należytej staranności i naruszeniu [art. 355 § 1 i 2](#) k.c. Obok fachowych kwalifikacji od profesjonalisty wymaga się zwiększonego zaangażowania w podjęte działania przygotowujące i realizujące świadczenie. Chodzi o większą zapobiegliwość, rzetelność, dokładność w działaniach dłużnika-profesjonalisty...*” (Kidyba Andrzej (red.), Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania - część ogólna, wyd. II Opublikowano: LEX 2014). A zatem podwyższony miernik należytej staranności wykracza poza działania lub zaniechania określone ustawą, oznacza danie z siebie więcej, niż przewiduje standard, a zatem też podjęcie takich czynności, które minimalizowałyby ryzyko naruszania prawa i dobrych zwyczajów w postępowaniu ofertowym z udziałem brokerów.

Za uzasadnione uznać należy zatem zobowiązanie zakładów ubezpieczeń – w drodze rekomendacji (wytycznych) Komisji Nadzoru Finansowego - do wprowadzenia rozwiązań systemowych pozwalających na monitorowanie opisanych problemów, tj w szczególności problemu nierównego traktowania brokerów w postępowaniu ofertowym, preferowania jednego brokera względem pozostałych. Rozwiązania takie powinny objąć w szczególności utworzenie systemu wewnętrznej kontroli nad procesem opracowywania i składania ofert, poczynwszy od etapu zapytania wpływającego od brokera, a skończywszy na treści samej oferty. Celowym byłoby wprowadzenie ustaleń, dotyczących wysyłania ofert wszystkim dystrybutorom biorącym udział w postępowaniu, w tym samym czasie. Wszyscy brokerzy, którzy złożyli w imieniu klienta zapytania oparte zasadniczo na tych samych danych i opiewające na takie samo ryzyko, powinni otrzymać tożsame oferty w tym samym czasie. W tym miejscu warto dodać, iż zdaniem Opiniującego drobne nieścisłości czy braki w zapytaniu nie powinny być podstawą do odmowy przedstawienia oferty. Należyta staranność nakazuje, by w takiej sytuacji zakład ubezpieczeń zwrócił się do brokera z wnioskiem o poprawienie

lub uzupełnienie zapytania, wskazując o jakie braki chodzi i zakreślając termin do którego oczekuje na odpowiedź. Taki tryb – zbliżony do uzupełnienia braków formalnych pisma procesowego w postępowaniu cywilnym lub administracyjnym – pozwoliłby uniknąć sytuacji w których zakład ubezpieczeń odmawia przedstawienia oferty wykorzystując pewne niezbyt istotne braki czy błędy w zapytaniu jako wymówkę. Powinien zostać wprowadzony zakaz kontaktów pomiędzy pracownikami zakładu ubezpieczeń, a brokerami, przy wykorzystaniu kanałów komunikacji innych niż oficjalny adres e-mail i służbowy numer telefonu. Wydaje się też, iż dobrym rozwiązaniem byłoby położenie nacisku na konieczność informowania wszystkich brokerów uczestniczących w postępowaniu o zejściu (obniżeniu) przez jednego z nich swojego kurtażu.

Ewentualne odmienności (nierównowaga) w traktowaniu brokerów winny być oparta wyłącznie na przesłankach merytorycznych, przy czym powinny być to przesłanki rzeczywiste (a nie pozorne) oraz istotne. Odmowa przedstawiania oferty nie powinna mieć miejsca z powołaniem na drobne błędy czy nieścisłości, które mają charakter oczywistej omyłki, tudzież są możliwe do szybkiego sprostowania przez brokera. Sytuacje takie nie powinny być wykorzystywane jako pretekst do pominięcia oferty. Nadto zakłady ubezpieczeń powinny wprowadzić konieczność uzasadnienia odmowy przedstawienia oferty, które winno być przekazywane brokerowi. Cały przebieg postępowania ofertowego powinien być utrwalony w sposób umożliwiający jego weryfikację przez nadzór ubezpieczeniowy, ale też – w sytuacji spornej – materiał ten mógłby stanowić dowód w postępowaniu cywilnym czy nawet karnym.

Jakkolwiek byłby to kolejny obowiązek po stronie zakładów ubezpieczeń, to jednak jego narzucenie na podmioty duże i zorganizowane, nie będzie aż tak dużym problemem. Zwłaszcza, że wartość, jaką jest transparentność i uczciwość procesu ofertowego z udziałem brokerów jest nadrzędna nad wygodą prowadzenia działalności przez ubezpieczycieli.

3. Wnioski i odpowiedzi na zadane pytania:

- 3.1. Zachowanie zakładu ubezpieczeń w procesie ofertowania, przy udziale dystrybutora, musi być oceniane w kontekście ponadprzeciętnej staranności, która implikuje obowiązek co do monitorowania poszczególnych sfer swojej działalności i reagowania w momencie wykrycia istotnych nieprawidłowości.**

- 3.2. Skoro obowiązkiem brokera stosownie do przepisu art. 32 ust. 1 pkt 4 u.d.u. jest zebranie odpowiedniej ilości ofert z zakładów ubezpieczeń, dokonanie ich zestawienia, porównania i na tej podstawie udzielenie klientowi porady (rekomendacji), która oferta jest dla niego najkorzystniejsza, to obowiązek ten uznać należy za skorelowany z obowiązkiem po stronie zakładu ubezpieczeń co do przedstawienia takiej oferty w odpowiedzi na zapytanie brokera. Odmowa przedstawienia oferty przez ubezpieczyciela, oparta na przesłankach innych niż realne i merytoryczne, jest działaniem naruszającym obecny porządek prawny, uniemożliwia bowiem brokerowi wykonanie obowiązku z art. 32 ust. 1 pkt 4 u.d.u.**
- 3.3. Nie ma jakichkolwiek podstaw prawnych ani faktycznych, dla sanowania praktyk polegających nie równym traktowaniu brokerów uczestniczących w postępowaniu ofertowym. Zakład ubezpieczeń nie jest umocowany do odmiennego traktowania dystrybutorów. Osobiste powiązania, znajomości, sympatie, nie powinny mieć absolutnie żadnego przełożenia na treść czy szybkość przedstawienia oferty względem innych brokerów.**
- 3.4. Wszyscy brokerzy, którzy złożyli w imieniu klienta zapytania oparte zasadniczo na tych samych danych i opiewające na takie samo ryzyko, powinni otrzymać tożsame oferty w tym samym czasie. Odmowa przedłożenia oferty winna być oparta na rzeczywistych argumentach oraz powinna zawierać merytoryczne uzasadnienie. Tylko bowiem w takiej sytuacji możliwym będzie – w przypadku istnienia wątpliwości – zweryfikowanie prawidłowości działania zakładu ubezpieczeń w drodze czy to procesu sądowego, czy też np. w sytuacji czynności kontrolnych wykonywanych przez KNF.**
- 3.5. Nie ma istotnego znaczenia, czy gorsze traktowanie niepreferowanych dystrybutorów, w postaci odmowy przedłożenia oferty, przybiera formę wyraźnej, czy też dorozumianej (faktycznej, choć nie wyrażonej wprost) odmowy. Każda forma działania (czyli również zaniechania) zakładu ubezpieczeń, naruszająca równe traktowanie wszystkich dystrybutorów, jest nieakceptowalna.**
- 3.6. Nierówne traktowanie brokerów w postępowaniu ofertowym może być w niektórych przypadkach kwalifikowane jako czyn nieuczciwej konkurencji, w rozumieniu przepisów ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.**
- 3.7. Za uzasadnione uznać należy zobowiązanie zakładów ubezpieczeń – w drodze rekomendacji (wytycznych) Komisji Nadzoru Finansowego - do wprowadzenia**

rozwiązań systemowych pozwalających na monitorowanie problemu nierównego traktowania brokerów w postępowaniu ofertowym, w postaci preferowania jednego brokera względem pozostałych. Sugerowany zakres takiego monitoringu został przedstawiony w treści opinii.



Łukasz Zapotoczny
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.