

MAGDALENA ŚLIWA-WAJDA

PAWEŁ WAJDA

<https://doi.org/10.33995/wu2022.4.2>

data wpływu: 21.10.2022

data akceptacji: 08.12.2022

Propozycja Stanowiska Europejskiego Urzędu Nadzoru Ubezpieczeń i Pracowniczych Programów Emerytalnych w sprawie zróżnicowanych praktyk cenowych w ubezpieczeniach innych niż na życie – *soft law* w wersji *hard*?

Niniejszy artykuł jest poświęcony analizie prawnej i ocenie przedłożonej do konsultacji w lipcu 2022 roku propozycji Stanowiska Europejskiego Urzędu Nadzoru Ubezpieczeń i Pracowniczych Programów Emerytalnych w sprawie zróżnicowanych praktyk cenowych w ubezpieczeniach innych niż na życie. Choć formalnie Stanowisko stanowi akt prawa miękkiego o charakterze nienormatywnym i niewiążącym, to w praktyce nakreślone w nim oczekiwania wobec państw członkowskich i krajowych organów nadzoru nad rynkiem ubezpieczeniowym wykraczają – jak się wydaje – poza ramy dopuszczalnej regulacji dokonywanej w drodze instrumentów typu soft law.

Słowa kluczowe: *soft law*, EIOPA, rynek ubezpieczeń, nadzór nad rynkiem ubezpieczeniowym, Komisja Nadzoru Finansowego, regulacja rynku.

Wprowadzenie

Akty typu *soft law* stanowią obecnie – jak się wydaje – jedne z najbardziej ciekawych w ujęciu teoretycznym¹ oraz często stosowanych w praktyce² narzędzi regulacji rynku ubezpieczeń. Należy przy tym już na wstępie wyraźnie zastrzec, że mamy tutaj do czynienia z instrumentem regulacji rynku, który nie stanowi formalnie instrumentu prawnego. W świetle konstytucyjnego ograniczenia katalogu źródeł prawa w Polsce akty typu *soft law* nie należą bowiem do źródeł prawa powszechnie obowiązującego ani też nie zaliczają się do kategorii źródeł prawa wewnętrznego³. Stanowią jedynie wskazówkę, pozwalającą organom nadzoru i nadzorowanym zakładom ubezpieczeń i reasekuracji na dokonanie pewnej postaci wykładni autentycznej przepisów prawa powszechnie obowiązującego. Istotą aktów typu *soft law* jest wskazanie, jak organ nadzoru rozumie te przepisy (w tym w szczególności wykorzystywane w tych przepisach pojęcia oparte na konstrukcji uznania administracyjnego), a tym samym – jakiej wykładni tych przepisów organ nadzoru oczekuje. Jednocześnie podkreślić należy, że akty typu *soft law* nie mogą stanowić podstawy prawnej do modyfikacji stanu prawnego ani też skutkować wykładnią *contra legem*.

Akty typu *soft law* odgrywają znaczącą rolę w praktyce regulacji rynku ubezpieczeniowego także na szczeblu Unii Europejskiej⁴. Obserwacja dotychczasowej praktyki działania Europejskiego Urzędu Nadzoru Ubezpieczeń i Pracowniczych Programów Emerytalnych⁵ prowadzi do sformułowania konkluzji, że EIOPA wykorzystywał do tej pory akty typu *soft law* właśnie jako wskazówkę co do tego, jak interpretuje (i jak organy nadzoru krajowego powinny interpretować) przepisy prawa powszechnie obowiązującego, jak również – co jest konsekwencją powyższego – jako instrument wskazujący na najlepsze praktyki nadzorcze. W tym kontekście uzasadnione zdziwienie budzi propozycja Stanowiska EIOPA w sprawie zróżnicowanych praktyk cenowych w ubezpieczeniach innych niż na życie⁶. EIOPA zawarł w niej oczekiwania, aby zobowiązać organy państw członkowskich UE właściwe w zakresie sprawowania nadzoru nad krajowym rynkiem ubezpieczeniowym do nadzorowania tego, czy zróżnicowane praktyki cenowe nie prowadzą do naruszenia praw konsumentów czy też nierównego ich traktowania. Prawdopodobnie takiej propozycji EIOPA wydaje się budzić wątpliwości zarówno z punktu widzenia zakresu kompetencji przyznanego polskiemu

1. Zob. np. A. Nadolska, *Soft law w regulacji rynku finansowego w Polsce: rekomendacje, wytyczne i lista ostrzeżeń publicznych KNF*, CH Beck, Warszawa 2021.
2. Zob. np. P. Wajda, *Rekomendacje Komisji Nadzoru Finansowego dla zakładów ubezpieczeń i zakładów reasekuracji*, „Wiadomości Ubezpieczeniowe” 2016, nr 3, s. 119–130.
3. Zob. np. M. Krzemień, P. Wajda, *Konsekwencje potencjalnej niezgodności Metodki oceny odpowiedzialności członków organów podmiotów nadzorowanych opublikowanej przez Komisję Nadzoru Finansowego z prawem Unii Europejskiej*, „Wiadomości Ubezpieczeniowe” 2021, nr 3, s. 5; P. Wajda, *Przyjęte praktyki rynkowe – status prawny*, „Monitor Prawa Bankowego” 2014, nr 7–8, s. 138 i nast.
4. Zob. ogólnie o roli *soft law* na szczeblu europejskim m.in. J. Supernat, *Miejsce i znaczenie soft law w prawie publicznym Unii Europejskiej*, [w:] *Nowe problemy badawcze w teorii prawa administracyjnego*, [red.] J. Boć, A. Chajbrowicz, Kolonia Limited, Wrocław 2009, s. 439; D. Wojtczak, *Soft law i mechanizmy nielegislacyjne jako instrumenty ingerencji rynku usług bankowych Unii Europejskiej*, „Monitor Prawa Bankowego” 2012, nr 1, s. 60.
5. Dalej: EIOPA.
6. *Impact Assessment of Supervisory statement on differential pricing practices in non-life Insurance*; dokument dostępny jest pod adresem internetowym: https://www.eiopa.europa.eu/document-library/consultation/consultation-supervisory-statement-differential-pricing-practices-non_en [dostęp: 22.10.2022], dalej: Stanowisko.

organowi nadzoru nad rynkiem ubezpieczeniowym w obszarze ochrony konsumenta, jak również z punktu widzenia charakteru prawnego samego Stanowiska EIOPA jako aktu typu *soft law*, w drodze którego EIOPA nie dokonuje wykładni, tylko proponuje wdrożyć rozwiązania wymagające zmiany przepisów prawa powszechnie obowiązującego. Jak się wydaje, mamy w tym przypadku do czynienia z sytuacją, w której EIOPA wykracza poza zakres swoich kompetencji i stosuje akt typu *soft law* do osiągnięcia rezultatów, które nie mogą być osiągnięte z wykorzystaniem tego instrumentu regulacji. Zasygnalizowane wątpliwości stanowią asumpt do podjęcia w niniejszym opracowaniu pogłębionej analizy zasadności i zgodności Stanowiska EIOPA z przepisami prawa unijnego, w szczególności zaś z katalogiem kompetencji przyznanych temu organowi, zasadami proporcjonalności i subsydiarności, jak również z punktu widzenia charakteru prawnego i istoty aktów typu *soft law*. Przedmiotowa analiza prowadzona będzie przede wszystkim w oparciu o metodę dogmatyczno-prawną i będzie sprowadzała się do sformułowania przez autorów kilku pytań – problemów badawczych i próby udzielenia odpowiedzi na nie, czy też ich rozwiązania. Jak się wydaje, taki tok prowadzonego wywodu pozwoli na dokonanie obiektywnej oceny Stanowiska EIOPA i będzie stanowił asumpt do jego krytyki.

1. Działanie EIOPA poza zakresem kompetencji EIOPA?

Jak zasygnalizowano powyżej, w Stanowisku EIOPA sformułowana została propozycja, by krajowe organy właściwe w zakresie nadzoru nad rynkiem ubezpieczeniowym nadzorowały również to, czy zróżnicowane praktyki cenowe prowadzą do nierównego traktowania konsumentów. Jak się zatem wydaje, celem działania EIOPA podjętym poprzez wydanie Stanowiska jest ochrona konsumentów⁷, która powinna być realizowana – w ocenie EIOPA – na szczeblu krajowym przez krajowe organy nadzoru nad rynkiem ubezpieczeniowym. Zgodnie ze Stanowiskiem EIOPA organy te powinny być wyposażone w odpowiednie kompetencje nadzorcze w obszarze oceny stosowania przez krajowe zakłady ubezpieczeń zróżnicowanych praktyk cenowych i tego, czy praktyki takie nie prowadzą czasem do nierównego traktowania konsumentów.

Sam EIOPA swoje uprawnienie do przedstawienia analizowanego Stanowiska w obszarze ochrony konsumentów wywodzi z art. 29 ust. 2 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) Nr 1094/2010 z dnia 24 listopada 2010 roku w sprawie ustanowienia Europejskiego Urzędu Nadzoru (Europejskiego Urzędu Nadzoru Ubezpieczeń i Pracowniczych Programów Emerytalnych), zmiany decyzji nr 716/2009/WE i uchylecia decyzji Komisji 2009/79/WE⁸, zgodnie z którym celem wspierania wspólnych podejść i praktyk nadzorczych EIOPA może tworzyć, w stosownych przypadkach, nowe, praktyczne instrumenty i narzędzia służące zwiększaniu konwergencji.

-
7. Pojęcie konsumenta wywodzi się z ekonomii. Jest nim podmiot, który końcowo nabywa dobra lub usługi dla zaspokojenia prywatnych potrzeb. W dogmatyce prawa nie wykształciła się jednolita definicja konsumenta. Jest nim co do zasady osoba fizyczna, która zawiera na rynku finansowym umowę w celach niezwiązanych z jego działalnością handlową lub gospodarczą. Poszczególne dyrektywy europejskie precyzują to pojęcie w zależności od zakresu regulowanych przez nie umów, jednakże elementami stałymi są cechy podmiotowe (osoba fizyczna) oraz konsumencki charakter umowy (brak związku z prowadzoną działalnością zarobkową), por. szerzej: A. Kunkiel-Kryńska, *Metody harmonizacji prawa konsumenckiego w Unii Europejskiej i ich wpływ na procesy implementacyjne w państwach członkowskich*, Wolters Kluwer, Warszawa 2012, s. 260.
8. Dz. Urz. L 331 z dnia 15 grudnia 2010 r., s. 48, z późn. zm.; dalej: Rozporządzenie 1094/2010.

Powołana norma stanowi uszczegółowienie sposobu realizacji aktywnej roli EIOPA w urzeczywistnieniu ogólnie ustanowionej idei stworzenia „wspólnej unijnej kultury nadzoru i spójnych praktyk nadzorczych” (art. 29 ust. 1 Rozporządzenia 1094/2010), a tym samym mamy tutaj do czynienia z normą ogólnokompetencyjną. Ta okoliczność przesądza – jak się wydaje – o tym, że norma ta ma zbyt ogólny charakter, aby wywodzić z niej daleko idące uprawnienie dla EIOPA do formułowania w akcie typu *soft law* zakazu stosowania zróżnicowanych praktyk cenowych przez zakłady ubezpieczeń. Oczywistym jest bowiem, że każde działanie EIOPA, które to niejako w końcowym rozrachunku będzie miało władczy wpływ na funkcjonowanie zakładów ubezpieczeń, musi mieć oparcie w normach szczegółowych, a nie ogólnokompetencyjnych.

Należy zauważyć, iż pierwszorzędne znaczenie dla określenia dopuszczalnego zakresu działania EIOPA w obszarze ochrony konsumentów ma norma z art. 9 Rozporządzenia 1094/2010. Jakkolwiek już na wstępie jego analizy zaznaczyć należy, iż w ocenie autorów, również z tego przepisu nie można wyprowadzić konkretnej kompetencji do podjęcia przez EIOPA Stanowiska o zaproponowanej treści. W tym kontekście należy bowiem przede wszystkim wskazać, iż art. 9 ust. 1 Rozporządzenia 1094/2010 stanowi normę zadaniową⁹, w której wskazano, że zadania EIOPA związane z ochroną konsumentów są ograniczone do pełnienia przez EIOPA przewodniej roli w propagowaniu przejrzystości, prostoty i uczciwości na rynku konsumenckich produktów i usług finansowych całego rynku wewnętrznego, między innymi przez: (i) gromadzenie i analizowanie informacji na temat trendów konsumenckich, np. kształtowania się kosztów i opłat z tytułu detalicznych usług i produktów finansowych w państwach członkowskich, oraz składanie odnośnych sprawozdań; (ii) przeprowadzanie dogłębnych przeglądów tematycznych dotyczących zachowań rynkowych, budowanie wspólnego rozumienia praktyk rynkowych w celu zidentyfikowania potencjalnych problemów i przeanalizowania ich wpływu; (iii) opracowywanie wskaźników ryzyka detalicznego umożliwiających odpowiednio szybką identyfikację potencjalnych przyczyn szkód ponoszonych przez konsumentów i inwestorów; (iv) analizowanie i koordynowanie znajomości zagadnień finansowych i inicjatyw edukacyjnych realizowanych przez właściwe organy; (v) opracowywanie norm szkoleniowych dla sektora; (vi) przyczynianie się do rozwoju wspólnych zasad ujawnień; (vii) przyczynianie się do równych warunków działania na rynku wewnętrznym, na którym konsumenci i inni użytkownicy usług finansowych mają sprawiedliwy dostęp do usług i produktów finansowych; oraz (viii) koordynowanie, w stosownych przypadkach, prowadzonych

9. Na marginesie należy przypomnieć i wyjaśnić, iż w obrębie całego zespołu norm prawa administracyjnego można wyodrębnić normy ustrojowe, do których zaliczają się m.in. normy kompetencyjne czy normy zadaniowe. Istotę norm kompetencyjnych stanowi określenie prawnych upoważnień do działania w określonych dziedzinach. Normy te statuuja kompetencję, czyli możliwość działania – uprawnienie do działania podmiotów administrujących z określonym skutkiem. Natomiast normy zadaniowe wyznaczają kierunki i cele działania administracji oraz przypisują zadania (powinności, obowiązki) poszczególnym podmiotom administrującym. [por. J. Jagielski, *Struktura prawa administracyjnego i rodzaje jego norm*, [w:] *Prawo administracyjne*, [red.] J. Jagielski, M. Wierzbowski, Wolters Kluwer, Warszawa 2022, s. 51]. W nauce prawa administracyjnego podkreśla się konieczność odróżnienia kompetencji od zakresu działania organu. Zakres działania obejmuje tylko wyliczenie spraw, jakimi organ się zajmuje. Regulacje określające zakres działania nie stanowią wystarczającej podstawy do podejmowania działań władczych przez organy administracji publicznej. Określają one bowiem tylko sferę spraw, w których organ powinien wykorzystywać swoje kompetencje. Do podjęcia konkretnych działań władczych konieczny jest, obok przepisu określającego zakres działania, przepis upoważniający do podjęcia takiej konkretnej aktywności władczej – czyli przepis kompetencyjny [por. M. Wierzbowski, A. Wiktorowska, *Kompetencje a zakres działania*, [w:] *Prawo administracyjne*..., s. 191].

przez właściwe organy działań z zakresu badań typu tajemniczy klient. Już bardzo wstępna – językowa wykładnia powołanego wyżej katalogu zadań EIOPA prowadzi do sformułowania konkluzji, że norma ta nie daje podstawy do wydania analizowanego Stanowiska przez EIOPA. Oczywiście jest to, że Stanowisko nie dotyczy „propagowania przejrzystości, prostoty i uczciwości na rynku konsumenckich produktów i usług finansowych całego rynku wewnętrznego”, ale odnosi się w istocie do nadzoru sprawowanego przez krajowe organy nadzoru nad tym, czy zróżnicowane praktyki cenowe prowadzą do naruszenia praw konsumentów. Stanowisko nie jest zatem związane z zadaniami realizowanymi przez EIOPA w obszarze „propagowania przejrzystości, prostoty i uczciwości na rynku konsumenckich produktów i usług finansowych całego rynku wewnętrznego”, tylko jest nakierowane na wyposażenie właściwych krajowych organów nadzoru nad rynkiem finansowym przez krajowych prawodawców w katalog kompetencji władczych w obszarze nadzoru nad tym, czy zróżnicowane praktyki cenowe prowadzą do naruszenia praw konsumentów.

Ponadto, w świetle normy z art. 9 ust. 2 Rozporządzenia 1094/2010, EIOPA uprawniony jest do monitorowania nowych oraz istniejących form działalności finansowej, a także posiada kompetencję w zakresie przyjmowania wytycznych oraz zaleceń w celu propagowania bezpieczeństwa i solidności rynków oraz konwergencji i skuteczności praktyk regulacyjnych i nadzorczych. W obszarze ochrony konsumentów na rynku ubezpieczeniowym EIOPA – jak się wydaje – nie może wydawać aktów *soft law*, które nie będą dotyczyły konwergencji i skuteczności praktyk regulacyjnych i nadzorczych, gdzie Stanowisko nie powinno być postrzegane jako odnoszące się do praktyk regulacyjnych i nadzorczych, ze względu na okoliczność, iż odnosi się ono w istocie do praktyki działania zakładów ubezpieczeń (a nie – praktyk stosowanych przez właściwe organy nadzoru nad rynku ubezpieczeniowym). Dodatkowo zauważyć należy, że Stanowisko nie może podlegać stosowaniu przez krajowe organy nadzoru – a to właśnie do nich EIOPA zaadresował Stanowisko. Organy te nie są bowiem właściwymi oraz kompetentnymi w zakresie ochrony konsumentów.

Mając na uwadze powyższą analizę przepisu art. 9 Rozporządzenia 1094/2010, jak również okoliczność, iż EIOPA stanowi część Europejskiego Systemu Nadzoru Finansowego (ESNF), którego głównym celem jest zapewnienie właściwego wdrażania przepisów dotyczących sektora finansowego, w sposób umożliwiający zachowanie stabilności finansowej i zapewnienie zaufania do systemu finansowego jako całości oraz skutecznej i odpowiedniej ochrony klientów i konsumentów usług finansowych (art. 2 Rozporządzenia 1094/2010), należy stwierdzić, iż organ ten w zakresie ochrony konsumenta usług finansowych na poziomie unijnym pełni rolę jedynie wspomagającą. W zakresie jego działania mieści się działalność analityczna dotycząca trendów konsumenckich, współdziałanie na rzecz lepszych standardów przejrzystości, koordynacja edukacji finansowej konsumentów, inicjowanie ograniczeń w obrocie niektórymi produktami finansowymi¹⁰. Aktywność ta ogranicza się zatem do sfery edukacyjnej, informacyjnej – a działania podejmowane w tym zakresie realizowane są w oparciu o formy niewładcze.

W tym miejscu należy przypomnieć, że podobnie jest na szczeblu krajowym, tzn. Komisja Nadzoru Finansowego jako organ sprawujący nadzór nad polskim rynkiem ubezpieczeniowym nie jest samoistnym organem ochrony konsumentów, tj. główny obszar właściwości KNF nie ogniskuje się wokół wykonywania kompetencji poświęconych bezpośrednio ochronie konsumentów, jednak

10. Por. D. Cyman, *Kierunki zmian ochrony konsumenta usług finansowych w Unii Europejskiej*, Annales UMCS, VOL. L, 4, Sectio H, 2016, s. 45.

jej działalność może w sposób pośredni kształtować i chronić prawa konsumentów¹¹. Na gruncie bowiem przepisów dotyczących organizacji nadzoru przyjęto się w doktrynie¹² stosować – dla opisanania funkcji publicznego nadzoru nad rynkiem finansowym, w tym ubezpieczeniowym – pewną hierarchię, składającą się z celów nadzoru, jego zadań oraz kompetencji do podejmowania określonych działań władczych. Cele nadzoru to wartości, do ochrony których zmierza aktywność organu nadzoru. Zadania – z kolei – to ogólnie zakreślone kierunki działań, które mają służyć osiągnięciu ustawowych celów nadzoru. Uzupełnieniem tego układu są konkretne instrumenty prawne, jakie przysługują KNF w obrocie prawnym. Cele nadzoru nad rynkiem finansowym zostały w swym zasadniczym zrębie zdefiniowane w art. 2 u.n.r.f. jako: zapewnienie prawidłowego funkcjonowania tego rynku, jego stabilności, bezpieczeństwa oraz przejrzystości, zaufania do rynku finansowego, a także zapewnienie ochrony interesów uczestników tego rynku poprzez realizację celów określonych w ustawach sektorowych. Cel nadzoru nad rynkiem ubezpieczeniowym został doprecyzowany w art. 3 ustawy z dnia 22 maja 2003 roku o nadzorze ubezpieczeniowym i emerytalnym¹³, gdzie wskazano, że celem nadzoru jest ochrona m.in. interesów osób ubezpieczających, ubezpieczonych, uposażonych lub uprawnionych z umów ubezpieczenia. Podobnie w art. 329 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2015 roku o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej¹⁴ wskazano, iż nadzór nad krajowymi zakładami ubezpieczeń i reasekuracji polega na ochronie interesów ubezpieczających, ubezpieczonych i uprawnionych z umów ubezpieczenia. W normie tej odwołano się wyraźnie do interesów ubezpieczających, ubezpieczonych i uprawnionych z umów ubezpieczenia, nie zaś do ochrony interesów konsumentów. Nasuwa się zatem oczywisty wniosek, że nie każdy klient zakładu ubezpieczeń ma status konsumenta¹⁵ czy też zrównany z konsumentem (zob. art. 805 § 4 oraz art. 808 § 5 k.c.), a ochronie podlega interes wszystkich ubezpieczonych, w tym konsumentów, ale nie tylko. Co więcej, liczne przepisy ustawy o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej wprowadzają mechanizmy służące ochronie interesów klientów zakładów ubezpieczeń mające zastosowanie niezależnie od tego, czy dany podmiot ma status konsumenta czy nie (np. art. 29 ust. 6 i n. u.dz.u.r.)¹⁶.

Z myślą natomiast o bezpośredniej, samoistnej ochronie konsumentów ustanowione zostały przepisy ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. 2021, poz. 275). Zgodnie z art. 29 ust. 1 wskazanej ustawy to Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów jest centralnym organem administracji rządowej właściwym w sprawach ochrony konsumentów. Przepis art. 26 u.o.k.k. wskazuje kompetencje Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów do wydania decyzji administracyjnej kończącej postępowanie w sprawie naruszenia zbiorowych interesów konsumentów, w którym doszło do stwierdzenia naruszenia zbiorowych

11. Por. A. Zawiślańska, O. Filipowski, *Ochrona konsumenta przez organy administracji publicznej w dobie sprywatyzowania działalności sektorowej*, [w:] J. Blicharz, *Prawne aspekty prywatyzacji*, Uniwersytet Wrocławski, Wrocław 2012, s. 305 i 307.

12. Zob. B. Wojno, [w:] *Prawo rynku kapitałowego. Komentarz*, [red.] M. Wierzbowski, L. Sobolewski, P. Wajda, CH Beck, Warszawa 2012, s. 1675.

13. Tekst jedn. Dz.U. 2019, poz. 207 z późn. zm.; dalej: u.n.u.e.

14. Tekst jedn. Dz. U. 2021, poz. 1130, z późn. zm.; dalej: u.dz.u.r.

15. Art. 22¹ k.c. określa konsumenta jako osobę fizyczną dokonującą z przedsiębiorcą czynności prawnej niezwiązanej bezpośrednio z jej działalnością gospodarczą lub zawodową.

16. Zob. szerzej: B. Wojno, [w:] *Ustawa o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej. Komentarz*, [red.] M. Szczepańska, P. Wajda, Wolters Kluwer, Warszawa 2017, art. 329.

interesów konsumentów, którego przedsiębiorca nie zaniechał jeszcze w chwili wszczęcia tego postępowania. Decyzja o uznaniu praktyki za naruszającą zbiorowe interesy konsumentów i nakazująca jej zaniechanie jest jedną z decyzji wydawanych w sprawach praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów. Zgodnie z przepisem art. 26 u.o.k.k. Prezes UOKiK wydaje decyzję o uznaniu praktyki za naruszającą zbiorowe interesy konsumentów i nakazuje zaniechanie jej stosowania, jeżeli stwierdzi naruszenie zakazu określonego w art. 24 u.o.k.k., tzn. zakazu stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów. W myśl art. 24 ust. 2 pkt 4 u.o.k.k. przez praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów rozumie się godzące w nie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami zachowanie przedsiębiorcy, w szczególności proponowanie konsumentom nabycia usług finansowych, które nie odpowiadają potrzebom tych konsumentów, ustalonym z uwzględnieniem dostępnych przedsiębiorcy informacji w zakresie cech tych konsumentów, lub proponowanie nabycia tych usług w sposób nieadekwatny do ich charakteru.

Podobnie podmiotem, który w ramach polskiego systemu prawnego prowadzi działania w zakresie reprezentowania interesów oraz ochrony klientów podmiotów działających na polskim rynku finansowym, jest Rzecznik Finansowy. Zgodnie z art. 17 ust. 1 ustawy z dnia 5 sierpnia 2015 roku o rozpatrywaniu reklamacji przez podmioty rynku finansowego i o Rzeczniku Finansowym (Dz. U. 2022, poz. 187 z późn. zm.) Rzecznik Finansowy podejmuje m.in. działania w zakresie ochrony klientów podmiotów rynku finansowego, których interesy reprezentuje.

Powyższe rozważania prowadzą do wniosku, że ochrona konsumenta może przyjmować charakter bezpośredni, kiedy to głównym celem działania organów jest ochrona interesu konsumentckiego (ekonomicznego oraz społecznego) lub pośredni, gdy inne zasadnicze cele działania organu także pozytywnie wpływają na sytuację konsumenta¹⁷. Należy zgodzić się z wyrażonym w doktrynie poglądem odnośnie wiodącej roli Prezesa UOKiK w obszarze ochrony konsumenta na rynku finansowym, w tym ubezpieczeniowym¹⁸. Jak się wydaje, w świetle przyznanej Prezesowi UOKiK kompetencji do wydawania decyzji administracyjnych w sprawach praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, to właśnie ten organ dysponuje odpowiednimi kompetencjami w odniesieniu do ewentualnej oceny stosowania zróżnicowanych praktyk cenowych wobec konsumentów. Jakakolwiek zaś ingerencja organu nadzoru, jakim jest KNF, w sferę prawną wolności działalności gospodarczej podmiotów nadzorowanych wymaga wyraźnego kompetencyjnego umocowania w przepisach prawa i nie wystarczy w tym zakresie jedynie ogólne powołanie się na ustawowe cele nadzoru czy ustawowe zadania organu nadzoru¹⁹. W rezultacie, stwierdzić należy, że postulaty przedstawione przez EIOPA w Stanowisku (sprowadzające się do obowiązku wprowadzenia ogólnego zakazu stosowania zróżnicowanych praktyk cenowych przez zakłady ubezpieczeń, a następnie władczego egzekwowania jego wykonywania przez KNF) i ich ewentualne wprowadzenie w życie skutkować może w istocie wywołaniem stanu braku praworządności. Hipotetyczne wdrożenie Stanowiska przez EIOPA w zaproponowanej formie będzie wywoływało skutki, jakich nie może wywoływać akt typu *soft law*, bowiem będzie wymuszać na Komisji Nadzoru Finansowego (co istotne – bez wymaganej normy kompetencyjnej w tym zakresie przyjętej przez polskiego pracodawcę) konieczność wkroczenia w zakres kompetencji, jak się wydaje

17. Por. A. Zawiślańska, O. Filipowski, *Ochrona konsumenta przez organy administracji publicznej w dobie prywatyzowania działalności sektorowej*, [w:] J. Blicharz, *Prawne aspekty...*, s. 309.

18. Zob. B. Wojno, [w:] *Ustawa o działalności*, art. 329.

19. Zob. B. Wojno, [w:] *Prawo rynku kapitałowego...*, s. 1676 i przywołane tam orzecznictwo oraz literaturę.

zastrzeżonych dla Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. To z kolei jest niezgodne z zasadą zakazu domniemania kompetencji oraz nakazem działania przez organy administracyjny publicznej na podstawie oraz w granicach prawa.

2. *Soft law* w wersji *hard*?

Ta ostatnia konstatacja, że hipotetyczne wdrożenie Stanowiska EIOPA skutkowałoby tym, że prawodawca krajowy musiałby wyposażyć Komisję Nadzoru Finansowego w odpowiedni katalog władczych kompetencji do egzekwowania wobec zakładów ubezpieczeń zakazu profilowania, wymaga w tym miejscu pogłębionej analizy. Zauważyć bowiem należy, że krajowy organ nadzoru nad rynkiem ubezpieczeń (Komisja Nadzoru Finansowego) w celu egzekwowania wobec zakładów ubezpieczeń zakazu dokonywania profilowania cen wobec klientów będzie „potrzebował” wprowadzenia w pierwszej kolejności do polskiego systemu prawnego normy zakazującej zakładom ubezpieczeń dokonywania takiego profilowania i określającej szczegółowe kompetencje przysługujące Komisji Nadzoru Finansowego w przypadku stwierdzenia naruszenia tego zakazu.

Komisja Nadzoru Finansowego – jak każdy organ władzy publicznej w Polsce – swoje funkcjonowanie opiera na fundamentalnej dla demokratycznego państwa prawa zasadzie legalizmu, zwanej również zasadą praworządności²⁰, wyrażającej się w działaniu organów władzy publicznej na podstawie i w granicach obowiązującego prawa. Zasadę tę wyraża art. 7 Konstytucji RP²¹. W powyższym kontekście zauważyć należy, że w jednym z orzeczeń Sąd Najwyższy zwrócił uwagę na fakt, iż art. 7 Konstytucji RP stanowiący, że organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa, zawiera normę zakazującą domniemywania kompetencji takiego organu i tym samym nakazuje, by wszelkie działania organu władzy publicznej były oparte na wyraźnie określonej normie kompetencyjnej²², wskazując, że z zasady praworządności wynika nakaz posiadania przez organy państwa właściwej podstawy prawnej, mianowicie podstawy ustawowej do podejmowania działań prawnych. Organ państwa – w tym przede wszystkim organ administracji – może działać tylko wtedy, gdy ustawa mu to nakazuje lub na to zezwala w sposób nią określony. Ustawy określają tak podstawy działania dla konkretnych organów administracji publicznej, jak i granice, w ramach których działania te mają się zawierać. Oznacza to w konsekwencji, iż zakres samodzielności organów administracji publicznej jest ściśle limitowany w treści norm prawnych. Tym samym w sytuacji, gdy prawodawca w treści regulacji nie umieścił norm, z których wynika

20. Zob. szerzej: M. Florczak-Wątor, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, [red.] P. Tuleja, LEX/el. 2021, art. 7.

21. Zob. np. wyrok WSA w Białymstoku z dnia 10 października 2019 r., sygn. II SA/Bk 336/19, LEX nr 2731420; wyrok WSA w Gorzowie Wielkopolskim z dnia 14 listopada 2018 r., sygn. II SA/Go 713/18, LEX nr 2582085;

22. Por. szerzej: Postanowienie Składu Siedmiu Sędziów Sądu Najwyższego z dnia 18 stycznia 2005 r.; sygn. WK 22/04, [http://pub.sn.pl/ow3_jw.nsf/0/86fdfe088fb08bc125736a00649bf2/\\$FILE/WK%200022_04.pdf](http://pub.sn.pl/ow3_jw.nsf/0/86fdfe088fb08bc125736a00649bf2/$FILE/WK%200022_04.pdf) [dostęp: 30.12.2022]; zob. także: J. Świątkiewicz, *Podstawa prawna uprawniającej decyzji administracyjnej*, „Państwo i Prawo” 1985, nr 5, s. 21; Z. Ziemiński, *Kompetencja i norma kompetencyjna*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1969, nr 4, s. 23–41; W. Jakimowicz, *Konstrukcja tak zwanego domniemania kompetencji organu administracji publicznej*, [w:] *Nowe problemy badawcze ...*, s. 233–250. Podobnie wypowiedział się w jednym z orzeczeń Trybunał Konstytucyjny [por. szerzej: orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 30 stycznia 1991 r., sygn. K. 11/90, http://www.trybunal.gov.pl/OTK/teksty/otk/1991/K_11_90.doc [dostęp: 12.09.2022].

jasne i bezpośrednie pozwolenie dla organu administracji publicznej do ingerowania w przebieg wymienionych zjawisk i procesów, organ taki nie będzie mógł podjąć takich działań – nawet wtedy, gdy uzna, że byłoby to w danej sytuacji najbardziej wskazane, celowe i równocześnie najbardziej skuteczne²³. Z utrwalonych poglądów judykatury wynika bowiem, że zakaz domniemania kompetencji oznacza również, iż normy kompetencyjne powinny być interpretowane w sposób ścisły i literalny, bez możliwości stosowania rozszerzającej wykładni przepisów kompetencyjnych oraz wyprowadzania kompetencji w drodze analogii²⁴.

Naczelną zasadą prawa administracyjnego, wynikającą z wyrażonej w art. 7 Konstytucji RP zasady legalizmu, jest zatem zakaz domniemania kompetencji²⁵. Zakaz ten stanowi odzwierciedlenie wspólnej dla całej cywilizacji zachodniej idei, że organy sprawujące władzę publiczną powinny działać w granicach i na podstawie prawa, co w szczególności oznacza, że każda władza ingerująca organu administracji w sferę praw i obowiązków podmiotu znajdującego się poza aparatem administracji powinna opierać się na prawnym upoważnieniu, a więc wyłącznie na przepisie prawa, który wprost upoważnia dany organ do dokonania ingerencji określonego rodzaju²⁶. Zakaz domniemywania kompetencji służy przede wszystkim dwóm celom: ochronie obywatela przed arbitralnymi i nieprzewidywalnymi działaniami władzy publicznej oraz zagwarantowaniu równowagi pomiędzy instytucjami publicznymi w ustroju opierającym się na podziale władzy²⁷.

W powyższym należy przypomnieć, że propozycja przedstawiona w treści Stanowiska została przygotowana przez EIOPA w oparciu o normę z art. 29 ust. 2 Rozporządzenia nr 1094/2010²⁸. Zgodnie z powołaną normą: „celem wspierania wspólnych podejść i praktyk nadzorczych Urząd może tworzyć, w stosownych przypadkach, nowe, praktyczne instrumenty i narzędzia służące zwiększaniu konwergencji. W celu ustanowienia wspólnej kultury nadzoru Urząd opracowuje i aktualizuje – biorąc należyście pod uwagę charakter, skalę i złożoność ryzyk, praktyki biznesowe, modele biznesowe i wielkość instytucji finansowych i rynków – unijny podręcznik nadzoru dotyczący nadzoru nad instytucjami finansowymi w Unii. Unijny podręcznik nadzoru określa najlepsze praktyki i wysokiej jakości metody i procesy. W stosownych przypadkach Urząd przeprowadza otwarte konsultacje publiczne w sprawie opinii, o których mowa w ust. 1 lit. a), narzędzi i instrumentów, o których mowa w niniejszym ustępie. Analizuje on również, w stosownych przypadkach, potencjalne koszty i korzyści z nimi związane. Takie konsultacje i analizy są proporcjonalne do zakresu, charakteru i wpływu opinii lub narzędzi oraz instrumentów”. Mając na względzie treść przepisu art. 29 ust. 2 Rozporządzenia nr 1094/2010, stwierdzić należy, że przepis ten jest normą zbyt ogólną do tego aby EIOPA uprawniony był do wydania aktu *soft law*, który będzie skutkował tym, że prawodawcy krajowi będą musieli zmieniać powszechnie obowiązujące prawo

23. Zob. szerzej: wyrok NSA z dnia 20 listopada 1982 r.; sygn. I SA 843/82, ONSA 2/1982, poz. 98.

24. Zob. np. wyrok WSA w Kielcach z 26 sierpnia 2010 r., sygn. II SA/Ke 371/10, LEX nr 737769; wyrok WSA w Bydgoszczy z 6 listopada 2019 r., sygn. II SA/Bd 829/19, LEX nr 2744327; wyrok WSA w Krakowie z 5 lipca 2013 r., sygn. I SA/Kr 211/13, LEX nr 1342556.

25. Zob. np. wyrok NSA z 15 maja 2019 r., sygn. I OSK 2250/18, LEX nr 2694867; wyrok WSA w Gdańsku z 7 października 2010 r., sygn. II SA/Gd 424/10, LEX nr 621278; wyrok WSA w Poznaniu z 11 października 2017 r., sygn. IV SA/Po 683/17, LEX nr 2370945;

26. Zob. m.in. wyrok NSA z 1982 r., sygn. II SA 1474/82, ONSA 1982, Nr 2, poz. 107.

27. Zob. J. Roszkiewicz, *Zakaz domniemywania kompetencji i wyjątki od tego zakazu. Studium publicznoprawne*, CH Beck, Warszawa 2022, s.6.

28. Co wynika z treści punktu 1 Projektu wskazujących na podstawy prawne wydanego Projektu (Legal Basis, s. 4).

krajowe, by niejako wdrożyć ten akt *soft law* i umożliwić właściwym organom nadzorującym rynek ubezpieczeń stosowanie przedmiotowego aktu *soft law*. W rezultacie powyższego krajowy organ nadzoru nad rynkiem ubezpieczeń (Komisja Nadzoru Finansowego), aby wyegzekwować wobec zakładów ubezpieczeń zakaz dokonywania profilowania klientów w celu zaproponowania ceny, będzie „potrzebował” wprowadzenia do polskiego systemu prawnego normy zakazującej zakładom ubezpieczeń dokonywania takiego profilowania i określającej szczegółowe kompetencje przysługujące Komisji Nadzoru Finansowego na wypadek stwierdzenia naruszenia takiego zakazu. Jak to zostało bowiem wskazane powyżej, obowiązywanie zakazu domniemywania kompetencji oznacza, że uprawnienie dla KNF do podjęcia konkretnych działań w powyższym zakresie nie może być wywodzone z pomysłu wyrażonego w akcie *soft law* przez EIOPA ani z ogólnie nakreślonych funkcji KNF jako organu nadzoru nad rynkiem ubezpieczeniowym, lecz musi ono być określone jasno i precyzyjnie w przepisie prawa. Podkreślenia przy tym wymaga, iż prawodawca nie może dowolnie „przydzielać” kompetencji poszczególnym organom, lecz powinien to czynić, mając na uwadze „rolę i pozycję ustrojową danego organu”²⁹.

Raz jeszcze należy przy tym podkreślić, że w sytuacji, gdy prawodawca w treści regulacji nie umieścił norm, z których wynika jasne i bezpośrednie pozwolenie dla organu administracji publicznej do ingerowania w przebieg wymienionych zjawisk i procesów, organ taki nie będzie mógł podjąć takich działań nawet wtedy, gdy uzna, że byłoby to w danej sytuacji działanie najbardziej wskazane, celowe i równocześnie najbardziej skuteczne³⁰. Analogiczny wniosek dotyczy możliwości stosowania postanowień ujętych w treści aktu *soft law* wydanego przez EIOPA. Komisja Nadzoru Finansowego bez interwencji krajowego legislatora nie będzie mogła zagwarantować stosowności propozycji zawartych w Stanowisku wobec krajowych zakładów ubezpieczeń, podczas gdy kwintesencją stosowania aktów typu *soft law* jest brak konieczności ingerowania prawodawcy krajowego w ramach działań ustawodawczych (czy szerzej prawodawczych) nakierowanych na wdrożenie postanowień tego aktu do sfery prawa powszechnie obowiązującego. W rezultacie też wyrazić należy opinię, że oczekiwania EIOPA wyrażone w Stanowisku nie będą mogły zostać wdrożone w takiej formie lub w takim przedmiotowym zakresie, jak oczekuje tego EIOPA.

Powyższa konieczność dostosowania prawa krajowego do postanowień ujętych w treści *soft law* sprzeczna jest z koncepcją tzw. miękkiego prawa. Rozwijając ten wątek, należy w pierwszej kolejności wskazać, iż istniejące regulacje prawne, tak na szczeblu krajowym, jak i unijnym nie pozwalają na zdefiniowanie, czym w istocie jest miękkie prawo. Jakkolwiek w literaturze³¹ wskazuje się na kilka możliwych koncepcji, w szczególności zaś:

- miękkie prawo to kodyfikacja zwyczajów gospodarczych w danej sferze obrotu gospodarczego;
- miękkie prawo to zobowiązanie (oscylujące między kategorią zobowiązania czysto moralnego a zobowiązania prawnego) profesjonalnych stron obrotu do działania w określony sposób;

29. Zob. wyrok TK z 23 marca 2006 r., sygn. K4/06, OTK-A 2006/3/32; zob. także: M. Zubik, W. Sokolewicz, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz. Tom I*, [red.] L. Garlicki, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2016, art. 7.

30. Zob. szerzej: wyrok NSA z dnia 20 listopada 1982 r.; sygn. I SA 843/82; Orzecznictwo Naczelnego Sądu Administracyjnego 2/1982, Poz. 98.

31. Zob. A. Chłopecki, *Zakres, sposób i skutki stosowania „miękkiego prawa” jako alternatywy dla regulacji ustawowych – na przykładzie rynku finansowego*, „Wiadomości Ubezpieczeniowe” 2013, nr 3 (numer specjalny), s. 35. Szerzej o istocie tzw. aktów prawa miękkiego zob. też: M. Jabłoński, [w:] *Prawo administracyjne*, [red.] M. Wierzbowski, Wolters Kluwer, Warszawa 2017, s. 48–50; M. Jabłoński, *Rola tzw. miękkiego prawa w działaniu administracji publicznej w sferze zewnętrznej*, niepublikowana rozprawa doktorska, Biblioteka WPIA UW, Warszawa 2014.

- miękkie prawo to zbiór postulatów odnoszących się do sposobów działania i interakcji profesjonalistów ze swoimi klientami i między sobą.

Przedstawiciele doktryny wskazują jednocześnie, iż na aktualny rozkwit i stopniowe wzmocnienie roli aktów prawa miękkiego ma wpływ wiele zjawisk, w szczególności zaś fakt, że prawo tradycyjne nie jest w stanie nadążyć za zmianami życia społecznego – prawo tradycyjne jest tworzone w sposób sformalizowany oraz długotrwały, miękkie prawo natomiast – w sposób intencjonalny oraz celowościowy. Co więcej, miękkie prawo charakteryzuje się znacznie większą elastycznością, ponieważ opierając się na fundamentach pozanormatywnych, ma przede wszystkim oddziaływać na adresatów, tworząc wśród nich przekonanie o potrzebie i słuszności, a nie konieczności jego stosowania³². Możliwość stosowania prawa miękkiego winna być zatem postrzegana jako uzupełnienie lub alternatywa dla współczesnej administracji³³.

Generalnym, a zarazem podstawowym celem aktów prawa miękkiego jest stworzenie podstaw do publicznego wyrażania formalnych stanowisk przez organy administracyjne w sprawach należących do ich właściwości. Nadrzędną zaletą tych instrumentów jest to, że za ich pomocą organy administracji publicznej przekazują rynkowi informacje, w jaki sposób należy interpretować dany przepis prawa, a właściwie: w jaki sposób organy te interpretują określone przepisy w procesie stosowania prawa (tzw. urzędowe wyjaśnienia przepisów prawa), co ma szczególnie doniosłą wartość z punktu widzenia przedsiębiorców funkcjonujących na rynku, którzy otrzymują *de facto* gotową wskazówkę, jakie zachowania (praktyki) nie są i nie będą przez organ akceptowane³⁴. Według Zbigniewa Ofiarskiego³⁵ w obszarze rynku finansowego można wyodrębnić dwie kategorie *soft law* ze względu na status podmiotu wprowadzającego takie regulacje. Są one mianowicie albo efektem tzw. samoregulacji (wprowadzane np. przy aktywnym udziale podmiotów funkcjonujących w określonym sektorze rynku finansowego), albo efektem samodzielnego wprowadzenia przez organ pełniący funkcje nadzorczo-kontrolne w odniesieniu do podmiotów prowadzących działalność na rynku finansowym.

Niezależnie jednak od tego, z którą kategorią aktu *soft law* mamy do czynienia, w piśmiennictwie panuje konsensus co do tego, iż prawo miękkie zawiera pewne wskazówki czy zasady postępowania, określone instrumentami, które z mocy prawa nie są obowiązujące – nie mają mocy prawnie wiążącej jako takiej, ale mają na celu i mogą wywoływać pewne skutki praktyczne³⁶. Akcentowany jest też pogląd, według którego prawo miękkie należy traktować jako niewiążące reguły postępowania, które są interpretacją lub informacją o rozumieniu powszechnie obowiązujących przepisów prawa i stanowią swoistą obietnicę (przyrzeczenie), które u ich adresatów tworzą uzasadnione oczekiwania co do przyszłego sposobu postępowania organu administracji publicznej³⁷.

32. P. Skuczyński, *Soft law w perspektywie teorii prawa*, [w:] *System prawny a porządek prawny*, [red.] O. Bogucki, S. Czepita, Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego, Szczecin 2008, s. 334.

33. P. Izdebski, *Akty prawa miękkiego jako współczesny instrument nadzoru nad rynkiem finansowym – rola oraz charakter prawny*, cz. 1, „Przegląd Prawa Publicznego” 2021, nr 3, s. 80.

34. *Ibidem*, s. 85 i nast.

35. Zob. Z. Ofiarski, *Rola soft law w regulacji rynku finansowego na przykładzie rekomendacji i wytycznych Komisji Nadzoru Finansowego*, [w:] *Prawo rynku finansowego. Doktryna, instytucje, praktyka*, [red.] A. Jurkowska-Zeidler, M. Olszak, Wolters Kluwer, Warszawa 2016, s. 140.

36. L. Senden, *Soft Law, Self-Regulation and Co-Regulation in European Law: Where do they meet?*, „Electronic Journal of Comparative Law” 2005, vol. 9(1), s. 23.

37. Por. M. Błachucki, *Urzędowe wyjaśnienia przepisów prawa wydawane przez organy administracji publicznej*, [w:] *Źródła prawa administracyjnego a ochrona wolności i praw obywateli*, [red.] M. Błachucki, T. Górzyńska, Wydawnictwo NSA, Warszawa 2014, s. 124.

Dlatego też kwestia „związania” aktami miękkimi nie powinna być sprowadzana tylko do tradycyjnego rozumienia „obowiązywania” prawa. Użyteczność aktów prawa miękkiego jest oparta wspólnie na zasadzie kompromisu i współpracy bardziej aniżeli hierarchicznego podporządkowania. W literaturze podkreśla się nawet, iż specyfika tego prawa polega na tym, że wywodzi ono swój byt nie tyle ze sformalizowanych, władczych procedur legislacyjnych i obecności zinstytucjonalizowanego przymusu w razie jego nieprzestrzegania, ale ze swoistego kompromisu i zgody podmiotów, z którymi wiąże się chęć związania jego postanowieniami³⁸. W sensie formalnym zatem akty *soft law* nie są obowiązujące, gdyż nie zawierają norm prawnych. Nie wyklucza to jednak ich mocy wiążącej *sensu stricto* (co do celu) zwłaszcza wówczas, gdy pochodzą od instytucji, której działania w tym zakresie są nieweryfikowalne przez inny równorzędny organ. W tym sensie pewnego rodzaju obowiązek poszanowania aktu *soft law* wywodzony jest z autorytetu, pozycji i prestiżu organu go stanowiącego³⁹.

Od strony teoretycznej normom postępowania ustanawianym w ramach aktów prawa miękkiego przypisać należy jedynie walor czysto informacyjny⁴⁰. W rezultacie stwierdzić zatem trzeba, że wydanie aktu *soft law* przez EIOPA (a takim aktem będzie Stanowisko EIOPA), choć może wpływać na tradycyjnie rozumiane *hard law*, określając (potwierdzając, interpretując) jego treść, to w jakimkolwiek przypadku nie może skutkować dokonywaniem zmian w obszarze tzw. twardego prawa, obligując krajowego prawodawcę do wprowadzenia zmian w treści przepisów prawa powszechnie obowiązującego. Choć bowiem *soft law* wspiera regulacje wielu istotnych kwestii, także w obrębie rynku ubezpieczeniowego, to w piśmiennictwie dostrzega się niebezpieczeństwo zbyt licznego budowania takich norm w miejsce typowo sankcjonowanych, jak również niebezpieczeństwo nadużywania *soft law* na płaszczyźnie ponadnarodowej w celu ominięcia skomplikowanego procesu prawotwórczego i odstąpienia od wymogów wyrażenia formalnej zgody przez państwa⁴¹.

Podsumowując powyższe rozważania na temat charakteru, istoty i skutków tzw. prawa miękkiego, należy stwierdzić, iż *soft law* to określone prawem unijnym instrumenty niewiążącego prawnie oddziaływania na państwa członkowskie, organy (w ramach struktury nadzoru nad rynkiem finansowym – także na krajowych nadzorców) i podmioty w tych państwach (instytucje finansowe) – które mogą wywoływać jedynie pośrednie skutki prawne czy skutki praktyczne. TSUE, przychylając się do przydania *soft law* pośrednich skutków prawnych, wskazał, iż przejawiają się one w obowiązku uwzględnienia *soft law* (np. zaleceń czy wytycznych) przez sądy krajowe⁴² zwłaszcza w procesie wykładni aktów prawa UE czy krajowych środków implementujących te akty⁴³. Unijne akty *soft law* uzupełniają zatem dyrektywy i rozporządzenia, interpretują postanowienia w nich zawarte czy dookreślają przepisy proceduralne. Akty te nie tworzą jednak norm prawnych, a tylko konkretyzują.

38. Zob. K. Spryszak, *Rola standardów o charakterze soft law w zakresie kreowania zobowiązań w państwach członkowskich organizacji międzynarodowych*, „Humanities and Social Sciences” vol. XXIII, 2017/4 [24], s. 212.

39. S. Biernat, [w:] *Prawo Unii Europejskiej. Zagadnienia systemowe*, [red.] J. Barcz, Wydawnictwo Prawo i Praktyka Gospodarcza, Warszawa 2003, s. 193.

40. Podobnie P. Izdebski, *Akty prawa miękkiego jako współczesny instrument nadzoru nad rynkiem finansowym – rola oraz charakter prawny*, cz. 2, „Przegląd Prawa Publicznego” 2021, nr 4, s. 84–99.

41. W. Bańczyk, „Miękkie prawo, ale prawo”, czyli o obowiązku przestrzegania *soft law*, „Internetowy Przegląd Prawniczy TBŚP UJ” 2016, nr 1, s. 64.

42. Niewiążący charakter np. wytycznych nie stoi na przeszkodzie posługiwania się nimi dla celów analizy rynku, zob. np. wyrok SA w Warszawie z dnia 2 czerwca 2010 r., sygn. VI ACa 1312/09, „Gazeta Prawna” 2010, nr 222, s. 7.

43. Zob. wyrok TSUE C-322/88 Grimaldi [1989] Zb. Orz.: 4407, ust. 18.

Obecnie mamy do czynienia z przeregulowaniem w obszarze funkcjonowania jednolitego rynku finansowego UE, będącym efektem nadaktywności prawodawcy europejskiego, który, realizując ambitny projekt pod nazwą „jednolity rynek finansowy Unii Europejskiej”, zamierza swymi regulacjami objąć wszystkie obecne i przyszłe segmenty rynku finansowego, wykorzystując do tego tradycyjne formy prawne (takie jak dyrektywy i rozporządzenia), ale także instrumenty tzw. prawa miękkiego⁴⁴. Jednocześnie w literaturze pojawiają się głosy, iż nie sposób oprzeć się wrażeniu iż te ostatnie nadużywane są przez prawodawcę unijnego dla zrekompensowania braku formalnej zdolności prawotwórczej oraz dość często jako środek egzekwowania prawa⁴⁵. Niezależnie od motywów, wydaje się, że próby jakiegokolwiek zakamuflowanego „utwardzania” prawa miękkiego powinny spotkać się ze zdecydowaną krytyką i sprzeciwem organów krajowych. Z taką sytuacją mamy, jak się wydaje, do czynienia w odniesieniu do propozycji wyrażonej w Stanowisku EIOPA.

W przypadku hipotetycznego wdrożenia Stanowiska EIOPA, będziemy mieli – zdaniem autorów – do czynienia z zaprzeczeniem roli aktu *soft law*, ponieważ w przypadku tradycyjnych aktów *soft law* nie powinno dojść do podjęcia sformalizowanych działań legislacyjnych przez ustawodawcę z danego państwa członkowskiego dla realizacji tego aktu *soft law*, podczas gdy w odniesieniu do Stanowiska EIOPA niezbędne i konieczne będzie na szczeblu krajowym wydanie aktu prawa powszechnie obowiązującego, który będzie stanowił o kompetencjach nadzorczych Komisji Nadzoru Finansowego w tym obszarze. Jest to sprzeczne z zarysowaną powyżej istotą funkcjonowania w obrocie aktów typu *soft law*. Powyższe rozważania, jak się wydaje, stanowią asumpt do dyskusji nad tym, czy Stanowisko EIOPA nie jest przykładem aktu typu *soft law*, ale w jego wersji *hard*, w takim sensie, że hipotetyczne implementowanie zaproponowanego Stanowiska do systemu regulacji implikowałoby koniecznością podjęcia aktywności legislacyjnej przez prawodawcę krajowego i wdrożenia odpowiednich przepisów statuujących kompetencje Komisji Nadzoru Finansowego w przedmiocie nadzoru nad tym, czy zróżnicowane praktyki cenowe prowadzą do naruszenia praw konsumentów. Mielibyśmy w rezultacie do czynienia z zaskakującą i stojącą w opozycji do konstrukcji aktu typu *soft law* sytuacją, w której to akt typu *soft law* miałby stanowić podstawę obowiązku wydania aktu normatywnego (wprowadzenia do systemu prawa przepisów prawa powszechnie obowiązującego).

3. Brak podstawy prawnej do wydania przez EIOPA Stanowiska?

Stanowisko wyrażone przez EIOPA jest oparte na odgórnym założeniu, zgodnie z którym zróżnicowane praktyki cenowe prowadzą do naruszenia praw konsumentów, a które to stanowisko nie znajduje potwierdzenia w rzeczywistości. Zauważyć bowiem należy, że w praktyce obrotu powszechne jest zróżnicowanie cen oferowanych przez podmioty prowadzące działalność (nie tylko na rynku finansowym), co nie jest postrzegane jako działanie dyskryminujące – jak wskazuje EIOPA. EIOPA opiera swoje Stanowisko na normie z art. 17 ust. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/97 z dnia 20 stycznia 2016 roku w sprawie dystrybucji ubezpieczeń⁴⁶, w którym to przepisie

44. M. Fedorowicz, *Tworzenie i stosowanie praw rynku finansowego*, [w:] *Prawo rynku wewnętrznego. System Prawa Unii Europejskiej. Tom 7*, [red.] D. Kornobis-Romanowska, CH Beck, Warszawa 2020, s. 729 i nast.

45. Zob. M. Fedorowicz, *Nadzór nad rynkiem finansowym Unii Europejskiej*, Difin, Warszawa 2013, s. 152–153.

46. Dz. Urz. L 26 z dnia 2 lutego 2016 r., s. 19 z późn. zm.; dalej: Dyrektywa IDD.

mowa o działaniu uczciwym, rzetelnym i profesjonalnym, zgodnie z najlepiej pojętym interesem klientów. Podkreślić przy tym wypada, że norma ta została implementowana do polskiego systemu prawnego w treści przepisu art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2017 roku o dystrybucji ubezpieczeń⁴⁷ wraz z transpozycją do polskiego systemu prawnego Dyrektywy IDD. Wskazanie tego przepisu jako podstawy prawnej uzasadniającej Stanowisko budzi istotne wątpliwości. Profilowanie nie jest bowiem zjawiskiem ze swojej natury nieuczciwym⁴⁸, nierzetelnym i nieprofesjonalnym, niezgodnym z najlepiej pojętym interesem klientów, jak wskazuje EIOPA w treści Stanowiska. Co istotne, w przepisach prawa unijnego profilowanie zostało uznane za dopuszczalną praktykę stosowaną przez podmioty świadczące usługi. Szczegółowa regulacja tego zjawiska została ujęta w treści art. 4 pkt 4, art. 13 ust. 4 pkt f, art. 15 ust. 1 lit h, art. 21 oraz art. 22 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 roku w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE [ogólne rozporządzenie o ochronie danych]. Podobnie w przepisach prawa krajowego profilowanie jest dozwolone (*argumentum ex art. 41 ust. 1a i nast. u.d.z.u.r.*). W tym miejscu należy zastrzec, że wprawdzie w tych przepisach zostały zawarte postanowienia dotyczące profilowania w obszarze podejmowania decyzji dotyczących oceny ryzyka, a nie podejmowania decyzji dotyczących wysokości składki ubezpieczeniowej, jednakże ocena ryzyka predestynuje wysokość składki ubezpieczeniowej, która to składka musi być adekwatna do ryzyka. Zgodnie z art. 33 ust. 2 u.d.z.u.r. składkę ubezpieczeniową ustala się w wysokości, która zapewnia co najmniej wykonanie wszystkich zobowiązań z umów ubezpieczenia i pokrycie kosztów wykonywania działalności ubezpieczeniowej zakładu ubezpieczeń [a tym samym tak by „pokryć” wszystkie ryzyka]. Powołany przepis statuuje obowiązek prawa publicznego, którego realizacja została zabezpieczona z wykorzystaniem mechanizmu odpowiedzialności administracyjnej z art. 362 u.d.z.u.r. Zgodnie z powyższym obowiązkiem krajowy zakład ubezpieczeń jest zobowiązany ustalać składkę ubezpieczeniową w takiej wysokości, by zapewniała co najmniej wykonanie wszystkich zobowiązań spoczywających na zakładzie ubezpieczeń, inkorporowanych w ramach umów ubezpieczenia, których stroną jest ten zakład, oraz na pokrycie wszystkich kosztów wykonywania działalności ubezpieczeniowej przez ten zakład; a zatem tak by były „zabezpieczone” finansowo wszystkie ryzyka.

W ujęciu praktycznym chodzi tutaj o uwzględnienie tzw. trzech złotych reguł ubezpieczeniowych⁴⁹. Po pierwsze, reguły równowagi składki i świadczeń – czyli obowiązku odnośnie do zapewnienia równowagi pomiędzy funduszem ubezpieczeniowym z jednej strony a wypłatami świadczeń z drugiej strony. Po drugie, reguły proporcjonalności składek i świadczeń, która oznacza konieczność zachowania odpowiedniej relacji pomiędzy składką a oczekiwanym świadczeniem ubezpieczeniowym (w istocie chodzi tutaj o to, że wysokość składki jest funkcją sumy ubezpieczenia). Po trzecie, reguły równowartości składek i świadczeń, która oznacza konieczność zapewnienia odpowiedniej relacji pomiędzy obciążeniem finansowym poszczególnych uczestników swojej wspólnoty ryzyka a rozmiarami ryzyka wniesionego przez nich do tej wspólnoty. W praktyce

47. Dz. U. 2022, poz. 905; dalej: u.o.d.u.

48. Krytycznie w odniesieniu do zjawiska profilowana zob. K. Szymielewicz, K. Iwańska, *Śledzenie i profilowanie w sieci. Jak z klienta stajesz się towarem*, Fundacja Panoptykon 2019, https://panoptykon.org/sites/default/files/publikacje/panoptykonRaport_o_sledzeniu_final.pdf [dostęp: 8.12.2022].

49. Zob. np. J. Monkiewicz, *Podstawy ubezpieczeń. Tom I. Mechanizm i funkcje*, POLTEXT, Warszawa 2000, s. 105.

oznacza to konieczność dopasowywania obciążenia składką do specyfiki zachowania się tego uczestnika. W rezultacie należy wskazać, że prawodawca krajowy jak najbardziej dopuścił tak – bezpośrednio – profilowanie w celu podejmowania decyzji dotyczącej oceny ryzyka, jak i – pośrednio – profilowanie w celu podejmowania decyzji dotyczącej wysokości składki ubezpieczeniowej.

Co więcej, profilowanie klientów jest działaniem dopuszczalnym aktami prawa Unii Europejskiej, jak np. rozporządzeniem delegowanym Komisji [UE] 2017/2359 z dnia 21 września 2017 roku uzupełniającym dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady [UE] 2016/97 w odniesieniu do wymogów informacyjnych i zasad prowadzenia działalności mających zastosowanie do dystrybucji ubezpieczeniowych produktów inwestycyjnych (por.: art. 10 lit. b).

W rezultacie stwierdzić należy, iż zjawisko profilowania klientów nie jest zabronione w przepisach prawa krajowego czy krajowych aktach *soft law*, a nawet uznane jest za prawidłowe w aktach prawa Unii Europejskiej oraz prawa krajowego (przykładowo w przepisie z art. 41 ust. 1a i nast. u.dz.u.r. jest mowa bezpośrednio o profilowaniu w celu oceny ryzyka, zaś pośrednio – systemowo – również o profilowaniu w celu ustalenia ceny, tj. wysokości składki ubezpieczeniowej). Oznacza to, że pogląd wyrażony przez EIOPA o konieczności wprowadzenia zakazu profilowania nie znajduje odzwierciedlenia w aktualnych powszechnie obowiązujących przepisach prawa w ramach rynku ubezpieczeń na poziomie Unii Europejskiej, a Stanowisko EIOPA nie wydaje się stanowić adekwatnej podstawy prawnej do zmiany obecnego stanu prawnego. Co więcej, podkreślić należy, iż profilowanie to przyjęta praktyka rynkowa, akceptowana przez Komisję Nadzoru Finansowego. W tym ostatnim kontekście warto bowiem zaakcentować, że Komisja Nadzoru Finansowego w pełni akceptuje stosowanie przez instytucje finansowe wobec klientów jednolitych, merytorycznie uzasadnionych kryteriów, które mogą różnicować ofertę kierowaną do klientów, zakres lub poziom świadczonych usług w zależności od sytuacji danego klienta lub profilu grupy klientów (co nie wyklucza możliwości indywidualnego negocjowania warunków umów), na co organ nadzoru nad rynkiem ubezpieczeniowym wskazał w Kanonie Dobrych Praktyk Rynku Finansowego⁵⁰.

W rezultacie stwierdzić należy, że Stanowisko EIOPA jest niespójne oraz sprzeczne z przyjętymi praktykami obowiązującymi w ramach polskiego rynku ubezpieczeniowego, a także stoi w opozycji do standardu określonego przez Komisję Nadzoru Finansowego wraz z podmiotami prowadzącymi działalność w ramach polskiego rynku finansowego. EIOPA zatem w sposób nieprawidłowy kwalifikuje profilowanie jako działanie *ex cathedra* niezgodne z interesem klientów instytucji finansowej, podczas gdy jest ono uznawane za praktykę dozwoloną przez organ nadzoru nad rynkiem ubezpieczeniowym w państwie członkowskim.

Mając powyższe na uwadze, nie sposób uznać, aby podstawą prawną do działania przez EIOPA w zakresie przedstawienia projektu Stanowiska była norma z art. 17 ust. 1 Dyrektywy IDD. Zauważyć bowiem należy, że zgodnie z tą normą: „Państwa członkowskie zapewniają, aby dystrybutorzy ubezpieczeń, świadcząc dystrybucję ubezpieczeń, zawsze postępowali uczciwie, rzetelnie i profesjonalnie, zgodnie z najlepiej pojętym interesem swoich klientów”. Z brzmienia tego przepisu wynikają co najmniej dwie okoliczności, uniemożliwiające wskazanie przez EIOPA przedmiotowego przepisu jako normy stanowiącej podstawę prawną dla wydania przez EIOPA proponowanego Stanowiska.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że norma z art. 17 ust. 1 Dyrektywy IDD została skierowana przez prawodawcę unijnego do państw członkowskich, a nie do EIOPA czy innych organów

50. Por. *Kanon Dobrych Praktyk Rynku Finansowego*, https://www.knf.gov.pl/knf/pl/komponenty/img/Kanon%20DPRF_51881.pdf, [dostęp: 22.10.2022].

unijnych czy nadzorczych z poszczególnych państw członkowskich, które sprawują nadzór nad rynkiem ubezpieczeniowym, do których skierowane zostało Stanowisko. EIOPA nie mieści się zaś w zakresie podmiotowym zastosowania normy z art. 17 ust. 1 Dyrektywy IDD, która to norma jest kierowana do prawodawców krajowych, a nie do EIOPA. EIOPA – jako instytucja nieobjęta zobowiązaniem ujętym w treści art. 17 ust. 1 Dyrektywy IDD – nie był w rezultacie uprawniony do powołania się na przedmiotową normę prawną, jako normę niejako upoważniającą go do wyrażenia Stanowiska, a następnie skierowania go do właściwych organów nadzorczych wszystkich państw członkowskich. Norma z art. 17 ust. 1 Dyrektywy IDD nie może bowiem w jakimkolwiek przypadku stanowić podstawy prawnej do takiego działania EIOPA.

W drugiej kolejności należy stwierdzić, że art. 17 ust. 1 Dyrektywy IDD to przepis zbyt ogólny, by stanowił podstawę prawną do wydania przez EIOPA – abstrahując od tego, że EIOPA nie mieści się w zakresie podmiotowym zastosowania normy z art. 17 ust. 1 Dyrektywy IDD – stanowiska nakładającego obowiązki na krajowe organy nadzoru. Regulacja ta jest ze swojej natury bardzo generalna i ogólna, gdyż celem regulacyjnym prawodawcy unijnego jest osiągnięcie pewnego rezultatu na szczeblu pojedynczych instytucji finansowych prowadzących swoją działalność w obrębie jednolitego rynku. W konsekwencji, zadaniem prawodawcy krajowego jest wpisanie tej generalnej i ogólnej regulacji w krajowy porządek normatywny i stworzenie rozwiązań krajowych, które będą zapewniały wykonalność i egzekwowalność odpowiednich regulacji unijnych. Zadanie to leży w gestii wyłącznie prawodawcy krajowego, który sam decyduje w jaki sposób i przy wykorzystaniu jakich środków osiągnie zakładany rezultat najbardziej efektywnie.

Dokonując wykładni postanowień z art. 17 ust. 1 Dyrektywy IDD, należy przypomnieć również, że art. 17 ust. 1, art. 20 ust. 1 i art. 25 Dyrektywy IDD wymagają informowania klientów. Nie jest zatem zrozumiałe, dlaczego zakłady ubezpieczeń nie mogłyby stosować profilowania klientów w celu zaproponowania ceny w oparciu o cechy behawioralne, przy jednoczesnym zapewnieniu wykonywania obowiązku informowania klienta o takim działaniu. W przedmiotowym zakresie EIOPA w istocie wkracza w kompetencje prawodawcy krajowego i unijnego. Nie jest bowiem zasadne, aby EIOPA swoim działaniem (w istocie wydaniem Stanowiska o treści zaproponowanej w projekcie) mógł zakazać pewnej praktyki, która nie jest zakazana tak przez prawodawcę unijnego, jak i krajowego. O ile bowiem zakład ubezpieczeń poinformuje klienta o stosowaniu tejże praktyki, o tyle takie działanie zakładu ubezpieczeń zgodne będzie z przepisami prawa powszechnie obowiązującego.

Przypomnieć w tym miejscu należy, że jedną z naczelnych zasad unijnego prawa administracyjnego, w granicach której działania podejmuje EIOPA, realizując swoje zadania, jest zasada kompetencji powierzonych, zwana także zasadą przyznania⁵¹. Unia Europejska może działać tylko w tych dziedzinach, w których państwa członkowskie powierzyły jej podjęcie działań w stosownych przepisach prawa pierwotnego. Oznacza to, że organom UE przysługują wyłącznie kompetencje, które zostały im przyznane w przepisach upoważniających prawa Unii Europejskiej. W tym kontekście stwierdzić należy, że z przepisu z art. 17 ust. 1 Dyrektywy IDD nie można wyinterpretować normy przyzwalającej EIOPA na sformułowanie poglądu, zgodnie z którym wprowadzenie zakazu profilowania cen na podstawie analizy behawioralnej klientów można byłoby egzekwować na skutek wydania Stanowiska EIOPA (stanowiącego akt *soft law*) oraz zobligowania organów nadzoru w poszczególnych państwach członkowskich do egzekwowania tego oczekiwania EIOPA wobec zakładów ubezpieczeń.

51. A. Dashwood, M. Dougan, B. Rodger, E. Spaventa, D. Wyatt, *European Union Law*, Oxford University Press, Oxford 2011, s. 99–114.

4. Czy profilowanie klientów jest ze swojej natury nieprawidłowe?

Udzielając odpowiedzi na tak postawione pytanie badawcze, należy podkreślić, że w ocenie autorów niniejszego artykułu nie jest zrozumiałe, dlaczego profilowanie klientów w celu zaproponowania przez zakład ubezpieczeń ceny w oparciu o zachowanie klienta w ocenie EIOPA powinno zostać zakazane na rynku ubezpieczeń, podczas gdy jest to mechanizm powszechnie wykorzystywany – tak w obrębie rynku finansowego, jak i innych, nieregulowanych i regulowanych rynków. Profilowanie ceny w oparciu o zachowania klienta jest powszechną praktyką wykorzystywaną nie tylko w granicach rynku finansowego, ale również poza nim. Zjawisko różnicowania ceny w obrębie rynku finansowego nie jest bowiem stanem nadzwyczajnym – jest ono zjawiskiem powszechnym i niebudzącym wątpliwości po stronie unijnych oraz krajowych organów nadzoru.

Profilowanie klientów w celu zaproponowania przez przedsiębiorcę (instytucję finansową) ceny jest powszechnie wykorzystywane przez podmioty z sektora bankowego. Przyjętą i akceptowaną w ramach sektora bankowego praktyką profilowania cen jest bowiem zróżnicowanie cen warunkowane kanałem dystrybucji danych usług lub produktów. Nie jest mianowicie postrzegane jako dyskryminujące przez organy nadzorujące sektor bankowy to, iż banki mogą oferować poszczególne usługi czy produkty za niższą cenę w przypadku dystrybucji tych produktów za pośrednictwem bankowości mobilnej, podczas gdy oferta prezentowana w oddziale banku stacjonarnie może być oferowana konsumentom na nieco gorszych warunkach (co można uzasadniać istnieniem większej konkurencyjności pomiędzy bankami w kanale *on-line* czy mobilnym).

Na rynku możliwa jest również sytuacja odwrotna, w której konsument może uzyskać bardziej korzystną ofertę w oddziale banku w porównaniu do warunków zawarcia określonej umowy w bankowości mobilnej (np. w zakresie lokat bankowych). Przyjmując za trafne Stanowisko wyrażone przez EIOPA, należałoby stwierdzić, że stan taki jest dyskryminujący dla określonych grup konsumentów (np. grupy osób starszych, które przeważnie korzystają z usług bankowych „stacjonarnie” czy osób młodych, które korzystają z usług bankowych wyłącznie za pośrednictwem bankowości mobilnej) wobec czego powinien zostać wyeliminowany z praktyki obrotu, przy czym – wbrew Stanowisku EIOPA – stan taki jest zupełnie zwyczajny.

Dodatkowo, w odniesieniu do oferowania świadczenia usług w sektorze bankowym, zauważyć należy, iż za prawidłowe oraz zgodne z prawem i interesami klientów uważa się takie praktyki marketingowe, jak uprawnienie do uzyskania wyższego oprocentowania lokaty dla klienta otwierającego pierwszą w danym banku lokatę bankową czy też uzyskanie przez nowego klienta banku premii w postaci wpłaty środków pieniężnych za otwarcie rachunku rozliczeniowo-oszczędnościowego (podczas gdy dotychczasowi klienci banku nie uzyskują takiej premii), czy też uprawnienie do otrzymania premii kwotowej przez klienta banku polecającego określoną usługę świadczoną przez ten bank (tzw. osoba polecająca) innej osobie.

Podobnie nie postrzega się jako dyskryminacji sytuacji, w której konsument otrzyma od banku różne oferty dotyczące tego samego produktu czy usługi, co więcej niejako naturalne jest to, że klient może oczekiwać obniżenia opłat (ceny) w sytuacji zawarcia z bankiem umowy o świadczenie dodatkowych usług czy uzyskanie dodatkowych produktów połączonych z produktem lub usługą bazową (na zasadzie oferowania konsumentowi produktów w ramach praktyki *cross-sell* czy *up-sell*). Zaakcentować przy tym należy, że – zgodnie z najlepszą wiedzą autorów niniejszego

opracowania – praktyki te nie były kwestionowane przez właściwe organy krajowe ani unijne w zakresie ochrony konsumentów i nie są przedmiotem prac zmierzających do ich eliminacji.

Podobnie w praktyce obrotu na rynku niefinansowym powszechnie jest stosowanie przez przedsiębiorców praktyki różnicowania cen za nabywane przez klienta usługi lub produkty. I tak przykładowo, warto zwrócić uwagę na zjawisko różnicowania cen na rynku za ten sam artykuł w zależności od kanału nabycia tego produktu czy usługi oraz kanału korzystania z produktu czy usługi przez jego nabywcę.

Zarówno dla sektora lotniczego, hotelarskiego, handlowego, jak i telekomunikacyjnego naturalne jest zróżnicowanie cen w zależności od sposobu (miejsca, czasu czy okoliczności) nabycia konkretnego produktu czy usługi, gdzie fakt ten nie jest postrzegany w jakimkolwiek przypadku za okoliczność skutkującą naruszeniem interesów konsumentów czy dyskryminacją określonej grupy konsumentów.

Zauważyć także należy, że w sposób niebudzący wątpliwości w zakresie naruszania interesów klientów (czy wręcz ich dyskryminowania), powszechnie wykorzystywane są w sklepach praktyki typu *cross-sell* czy *up-sell*, polegające na wprowadzaniu zniżek cen produktów, przez obniżanie ceny produktów przy zakupie kolejnego produktu czy usługi, czy też obniżanie cen za produkty nabyte przez konsumenta w większej ilości, wprowadzanie zniżek cen w określonych porach dnia lub w określonych jednostkach czasu na wskazane towary, oferowanie niższej ceny za zakup pierwszego z produktów lub usług, zastosowanie mechanizmu sprzedaży w ratach w zakresie ukrycia ceny produktu w cenie usługi, czy też wprowadzenie rabatu na oznaczony okres korzystania przez konsumenta z konkretnej usługi, czy obniżenie kosztów nabycia produktu lub usługi w przypadku wybrania przez konsumenta dłuższego okresu korzystania z nabywanych towarów. W tym miejscu – niejako na marginesie prowadzonych rozważań – należy wskazać, że powyższa praktyka jest jak najbardziej powszechnie stosowana w obrębie rynku ubezpieczeń, gdzie nabycie przykładowo kilku postaci (umów) ubezpieczenia majątkowego (dla różnych dóbr) w pojedynczym zakładzie ubezpieczeń jest jednoznaczne z uzyskaniem lepszych warunków handlowych niżeli w przypadku pojedynczej postaci (umowy) ubezpieczenia. Należy przy tym wskazać, że taka praktyka nie tylko leży w najlepszym interesie klienta (ubezpieczającego), który uzyskuje lepsze warunki handlowe, ale jednocześnie powoduje, że sam proces sprzedaży (dystrybucji) jest skrócony i bardziej efektywny. Z powodzeniem można zatem wskazać, że rzeczony profilowanie klientów w celu zaproponowania ceny jest działaniem leżącym w najlepszym interesie klienta.

Ponadto zwykłą praktyką marketingową jest również oferowanie klientom promocji na artykuły przy otwarciu nowego oddziału czy lokalu sklepu sieciowego, czy wprowadzanie zniżek cen na określone artykuły wyłącznie w pojedynczej, lokalnej placówce sklepu sieciowego. W tym ostatnim kontekście stwierdzić należy, że w praktyce obrotu nie jest postrzegane za dyskryminujące to, że sieci sprzedaży oferujące dobra materialne i posiadające wiele sklepów na terenie jednego kraju czy kilku krajów, czy też jednego albo kilku miast, uprawnione są do stosowania różnicowanych cen zarówno w danym kraju czy mieście, jak i w różnych krajach.

Wbrew Stanowisku EIOPA stan zróżnicowania cen w danym kraju (czy mieście), wynikający z uwarunkowań rynku lokalnego w zakresie konkurencyjności rynku (co widoczne jest w szczególności na rynku paliwowym oraz zróżnicowania cen paliw w różnych dzielnicach czy częściach tego samego miasta), nie jest postrzegany jako stan naruszania interesów konsumentów (czy wręcz dyskryminowania tej grupy klientów, która nie decyduje się na nabycie paliwa po wyższej cenie bez konieczności tankowania auta w części miasta oddalonej, np. od ich miejsca zamieszkania).

Nie postrzega się także praktyki oferowania lepszych warunków dla klientów, którzy zamierzają zrezygnować z określonej usługi, jako dyskryminującej wobec pozostałych klientów korzystających z danej usługi czy produktu (gdzie praktyka ta jest powszechnie stosowana na rynku podmiotów świadczących usługi telekomunikacyjne).

Różnicowane cen towarów i usług ze względu na miejsce dokonania transakcji, czas czy kanał pozyskania nowego klienta lub jego utrzymania klienta jest standardem na rynkach innych niż ubezpieczeniowe i nie jest postrzegane jako dyskryminujące jakąkolwiek grupę konsumentów. Zgodnie z optyką EIOPA praktyki te powinny zostać uznane za dyskryminujące wybrane grupy konsumentów, podczas gdy powyżej przytoczone przykłady stanowią argument przemawiający za tym, że zjawisko profilowania nie jest ze swej natury nieprawidłowe i, pomimo negatywnych stron, niesie również szereg korzyści dla konsumentów i dlatego też nie jest negowane czy podważane przez organy właściwe w sprawach ochrony konsumentów, a także nie jest uważane za sprzeczne z obowiązującymi przepisami. Jednocześnie należy podkreślić, iż prowadzenie działalności gospodarczej na rynku ubezpieczeniowym, pomimo niewątpliwych zagrożeń dla stabilności finansowej czy interesów klientów, podlega już i tak bardzo szerokiej interwencji regulacyjno-nadzorczej, dlatego każde kolejne wkroczenie w swobodę działalności gospodarczej przedsiębiorców prowadzących działalność ubezpieczeniową wymaga adekwatnej podstawy prawnej i powinno być poprzedzone dogłębną analizą rynku, co w przypadku Stanowiska EIOPA nie ma, jak się wydaje, miejsca. To właśnie wprowadzenie zakazu w przedmiocie stosowania zróżnicowanych praktyk cenowych przez zakłady ubezpieczeń w ramach rynków ubezpieczeń funkcjonujących we wszystkich państwach członkowskich Unii Europejskiej prowadzić może do nieuzasadnionego dyskryminowania zakładów ubezpieczeniowych względem innych podmiotów prowadzących działalność gospodarczą w ramach jednolitego rynku finansowego (np. wobec banków), innych rynków regulowanych (np. instytucji świadczących usługi telekomunikacyjne) czy rynków nieregulowanych (jak np. podmioty prowadzące działalność handlową). W tym kontekście działanie EIOPA należałoby uznać za sprzeczne z zasadą proporcjonalności, o czym szczegółowo będzie jeszcze mowa poniżej.

5. Naruszenie zasad prawa unijnego?

Należy zauważyć, iż postulat EIOPA odnośnie do konieczności wprowadzenia zakazu profilowania klientów w celu zaproponowania ceny jest tym bardziej zaskakujący i nieprawidłowy, że Stanowisko wyrażone przez EIOPA oparte zostało na analizie badań odnoszących się do różnicowania cen przez zakłady ubezpieczeń jedynie z trzech państw Unii Europejskiej i jednego spoza Unii Europejskiej (tj. Wielkiej Brytanii). Budzi to istotne wątpliwości w kontekście adekwatności i celu, jaki zamierza osiągnąć EIOPA na skutek przyjęcia Stanowiska, tj. wprowadzenia zakazu profilowania klientów w celu zaproponowania ceny na obszarze całego jednolitego rynku ubezpieczeń UE. Hipotetyczne wprowadzenie zakazu takiego profilowania w obrębie rynku ubezpieczeń wszystkich państw członkowskich mogłoby znaleźć uzasadnienie, o ile byłoby wskazane dla wszystkich państw członkowskich. Brak przeprowadzenia przez EIOPA analizy oraz badań na poziomie całej Unii Europejskiej uniemożliwia weryfikację tego, czy istnieje realna potrzeba (czy nawet oczekiwanie) wśród konsumentów, aby wprowadzić we wszystkich państwach członkowskich zakaz dotyczący różnicowania praktyk cenowych. Zgodnie z treścią Stanowiska EIOPA nie dysponuje danymi, które mogłyby uzasadnić wprowadzenie takiego zakazu. Jednocześnie stwierdzić należy, że postulat

określony w Stanowisku EIOPA odnośnie do wprowadzenia takiego ograniczenia lub zakazu wydaje się być sprzeczny z unijnymi zasadami subsydiarności (pomocniczości) oraz proporcjonalności, a także podstawowymi zasadami legislacji, w świetle których wkroczenie przez właściwy organ w zasady obowiązujące na rynku ubezpieczeń powinno nastąpić dopiero wtedy, gdy rynek nie będzie w stanie samouregulować się.

W odniesieniu do zasady pomocniczości należy wskazać, iż jest ona jedną z podstawowych zasad ustrojowych, na których opierały się Wspólnoty Europejskie od początku istnienia i na której obecnie opiera się także Unia Europejska. Jest ona zatem również fundamentalną zasadą europejskiego prawa administracyjnego⁵². Obecne brzmienie tej zasady jest uregulowane w art. 5 ust. 3 Traktatu o Unii Europejskiej⁵³. Zgodnie z zasadą pomocniczości, w dziedzinach, które nie należą do jej wyłącznej kompetencji (a do takich należy rynek finansowy), Unia Europejska podejmuje działania tylko wówczas i tylko w takim zakresie, w jakim cele zamierzonego działania nie mogą zostać osiągnięte w sposób wystarczający przez państwa członkowskie, zarówno na poziomie centralnym, jak i regionalnym oraz lokalnym, i jeśli ze względu na rozmiary lub skutki proponowanego działania możliwe jest lepsze ich osiągnięcie na poziomie Unii. Ocena zgodności konkretnego działania instytucji UE z zasadą pomocniczości obejmować powinna zatem zbadanie, po pierwsze tego, czy cele zakładane przez akt mogą zostać osiągnięte przez państwo członkowskie na szczeblu krajowym, po drugie zaś, czy cele zakładanego działania mogłyby – ze względu na skalę lub zakładany skutek – zostać lepiej osiągnięte na poziomie unijnym (czy można mówić o wartości dodanej, większej efektywności działania UE w stosunku do działania państwa członkowskiego)⁵⁴.

O ile zasada pomocniczości określa, czy Unia Europejska powinna w ogólności podjąć jakieś działania, o tyle druga ze wspomnianych zasad – tj. zasada proporcjonalności – służy ocenie tego, czy podjęte działanie i zastosowany środek były właściwe⁵⁵. Zasada proporcjonalności, recypowana przez TSUE z prawa niemieckiego⁵⁶, skodyfikowaną formę przyjęła w treści art. 5 ust. 4 TUE. Zgodnie z zasadą proporcjonalności zakres i forma działania Unii nie wykraczają poza to, co jest konieczne do osiągnięcia celów Traktatów. Instytucje Unii Europejskiej stosują zasadę pomocniczości i proporcjonalności zgodnie z Protokołem w sprawie stosowania zasad pomocniczości i proporcjonalności⁵⁷. Pragnąc zapewnić podejmowanie decyzji na poziomie możliwie najbliższym obywatelom Unii, w Artykule 1 tego Protokołu wskazano, iż każda instytucja UE stale czuwa nad poszanowaniem zasad pomocniczości i proporcjonalności, określonych w artykule 5 Traktatu o Unii Europejskiej. Zasada proporcjonalności stanowi zasadniczą wytyczną co do sposobu wykonywania kompetencji przyznanych w traktatach instytucjom unijnym, chroniąc tym

52. Zob. M. Stok-Wódkowska, *Zasada pomocniczości*, [w:] *Prawo administracyjne Unii Europejskiej*, [red.] R. Grzeszczak, A. Szczerba-Zawada, EuroPrawo, Warszawa 2016, s. 241.

53. Wersja skonsolidowana Traktatu o Unii Europejskiej i Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, Dz. Urz. UE seria C Nr 115 z 9 maja 2008 r., dalej jako: TUE.

54. Zob. M. Stok-Wódkowska, *op. cit.*, s. 242 i nast.

55. Wyrok Trybunału z 12 listopada 1996 r., *Zjednoczone Królestwo Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej przeciwko Radzie Unii Europejskiej*, C-84/94, EU:C:1996:431.

56. Wyrok Trybunału z dnia 17 grudnia 1970 r., *Internationale Handelsgesellschaft mbH przeciwko Einfuhr – und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, C-11/70, EU:C:1970:114; szerzej na temat genezy i ewolucji zasady proporcjonalności na gruncie europejskim zob. A. Stępkowski, *Zasada proporcjonalności w europejskiej kulturze prawnej. Sądowa kontrola władzy dyskrecyjnej w nowoczesnej Europie*, Liber, Warszawa 2010, s. 189 i nast.

57. Dz. Urz. UE, seria C Nr 115 z 9 maja 2008 r., s. 206.

samym państwa członkowskie przed ingerencją UE w ich zakres władzy, jak również jednostki przed nadmierną i nieuzasadnioną okolicznościami faktycznymi ingerencją organów w ich działalność⁵⁸. Stanowi ona imperatyw odnośnie do formy, sposobu oraz intensywności wykonywania kompetencji⁵⁹, kierowany do organów władzy wykonawczej, tak na szczeblu unijnym, jak i krajowym, nakazujący podejmować im jedynie takie środki i działania, które są adekwatne, tj. odpowiednie (ang. *appropriate*), konieczne – niezbędne (ang. *necessary*) oraz proporcjonalne (współmierne) do osiągnięcia celu, jakiemu służą⁶⁰. Najważniejszą wytyczną płynącą z zasady proporcjonalności jest więc wyważenie i możliwie idealne dopasowanie środków potrzebnych do osiągnięcia zamierzonego celu do okoliczności konkretnego stanu faktycznego⁶¹. W praktyce zasada ta oznacza, że jeśli do wypracowania zakładanego rezultatu regulacyjnego prowadzi kilka środków, to na organie właściwym spoczywa konieczność wyboru tego z nich, który w sposób najprostsz, najtańsz, najmniej dolegliwy i najbardziej skuteczny prowadzi do wypracowania pożądanego celu regulacyjnego.

Przenosząc powyższe rozważania dotyczące zasady subsydiarności i proporcjonalności na grunt oceny Stanowiska EIOPA, należy wskazać, iż akt ten w zaproponowanej treści dalece odbiega od standardów stawianych przez te zasady, za czym przemawiają następujące argumenty.

Po pierwsze, w odniesieniu do zasady subsydiarności należy wskazać, że EIOPA przez ewentualne podjęcie działań określonych w treści Stanowiska, w sposób nieuzasadniony zainterweniuje oraz „wdrze się” w obszar prawidłowo w państwach członkowskich (jak np. w Polsce) uregulowany przez krajowego ustawodawcę oraz właściwy organ nadzoru nad rynkiem ubezpieczeniowym. Warto także podnieść, że z uwagi na różnorodność poszczególnych rynków oraz specyfikę rynku ubezpieczeń nie można przyjąć, iż aktywność EIOPA na poziomie wszystkich państw członkowskich Unii Europejskiej będzie skutkować osiągnięciem rezultatów, jakie organ ten zakłada. W sytuacjach ujętych w założeniach Stanowiska EIOPA dla osiągnięcia celów w nim wskazanych wystarczające powinny być instrumenty nadzorcze stosowane przez Komisję Nadzoru Finansowego, a także ewentualne podjęcie współpracy tego organu z prawodawcą krajowym (jak również Prezesem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów) w celu wdrożenia przepisów zapewniających odpowiedni poziom ochrony poszczególnych grup konsumentów zakładów ubezpieczeń, uwzględniający specyfikę polskiego rynku ubezpieczeń, uwarunkowania lokalne dotyczące danego rodzaju działalności i potrzeby klientów.

Mając na względzie to, że postulaty przedstawione przez EIOPA mogą zostać z powodzeniem osiągnięte na poziomie poszczególnych państw członkowskich, wskazać należy, iż wydanie Stanowiska przez EIOPA należy postrzegać jako działanie wykraczające poza standard określony zasadą pomocniczości. Tym samym przyjąć należy, iż ingerencja EIOPA jest nadmierna i nieuzasadniona w odniesieniu do polskiego rynku ubezpieczeń, na którym nie występują zjawiska określone w treści Stanowiska, a które na skutek wprowadzenia zakazu profilowania cen mogłyby negatywnie wpłynąć na funkcjonowanie prawidłowej praktyki rynkowej odnoszącej się do profilowania cen.

58. Zob. P. Wajda, *Zasada proporcjonalności*, [w:] *Prawo administracyjne Unii Europejskiej...*, s. 252.

59. Zob. R. Grzeszczak, *Władza wykonawcza w systemie Unii Europejskiej*, SAWPIAUW, Warszawa 2011, s. 126 i nast.

60. Zob. T. Tridimas, *The Principles of Proportionality and Subsidiarity under the EU Constitution*, [w:] *Reformowanie Unii Europejskiej. Wybrane problemy prawne okresu przemian*, [red.] E. Piontek, Kantor Wydawniczy, Zakamycze 2005, s. 100.

61. Zob. szerzej M. Śliwa-Wajda, *Administracyjnoprawne środki zwrotu niezgodnej z prawem pomocy państwa w Polsce i Niemczech*, EuroPrawo, Warszawa 2017, s. 41.

Wprowadzenie zakazu lub ograniczenia różnicowania cen nie dość, że nie wyeliminuje problemu dyskryminacji (w rozumieniu stosowanym przez EIOPA w treści Stanowiska), z uwagi na niemożność całkowitego wykluczenia konsumentów należących do grup „dyskryminowanych”, to jeszcze skutkować będzie wieloma negatywnymi konsekwencjami. Przykładowo, wysoce prawdopodobne jest zmniejszenie poziomu konkurencyjności rynku ubezpieczeń, który charakteryzuje się dużym zróżnicowaniem cen w sytuacji zmiany zakładu ubezpieczeń przez konsumenta (co należy ocenić pozytywnie z perspektywy aktywnych konsumentów).

Co więcej, rynki ubezpieczeń funkcjonujące w poszczególnych państwach członkowskich Unii Europejskiej znacząco się od siebie różnią, w tym w szczególności stosują zróżnicowane praktyki w zakresie profilowania klientów w celu zaproponowania ceny. W rezultacie trudno jest uzasadnić postulat EIOPA dotyczący jednolitego uregulowania przedmiotowej kwestii na poziomie całej Unii Europejskiej, z uwagi na okoliczność, iż EIOPA w ogólności nie przeanalizował wpływu wprowadzenia zakazu stosowania profilowania cen dla wszystkich i każdego z państw członkowskich. Mając również na względzie to, że EIOPA powinien swoje działania wykonywać z poszanowaniem zasady subsydiarności, a także po zbadaniu sytuacji w każdym z państw członkowskich (nie tylko w 3 z 27 państw), stwierdzić należy, że propozycja EIOPA jest nadmierna i nie znajduje uzasadnienia w realiach funkcjonowania polskiego rynku ubezpieczeń. Dlatego też w naszej ocenie działanie EIOPA przedstawione w Stanowisku jest zbędne i nie znajduje odzwierciedlenia w praktyce rynkowej funkcjonującej na rynku finansowym oraz rynku świadczenia innych usług i produktów. Nie jest zasadne wprowadzanie na poziomie całej Unii Europejskiej zakazu czy ograniczenia praktyki różnicowania cen w oparciu o cechy klienta, z uwagi na fakt, iż każdy z rynków ubezpieczeniowych państw członkowskich posiada w tym zakresie wewnętrzne regulacje, a także charakteryzuje się odmienną specyfiką.

Problem dyskryminacji poszczególnych grup klientów w Polsce jest znacząco ograniczony ze względu na oparcie polskiego rynku ubezpieczeń na multiagencjach oferujących równocześnie produkty różnych zakładów ubezpieczeń (podczas gdy w państwach wskazanych przez EIOPA w Stanowisku problem ten może być istotny – i być może powinien zostać ograniczony poprzez zastosowanie interwencji produktowej na poziomie tego konkretnego państwa członkowskiego). W rezultacie stwierdzić należy, że w ramach polskiego rynku ubezpieczeń mitygowana jest sytuacja, w której mogłoby dochodzić do dyskryminowania „analogowej” grupy konsumentów względem grupy konsumentów korzystających z usług ubezpieczeniowych głównie za pośrednictwem kanałów cyfrowych. Zauważyć bowiem należy, że oferowanie produktów ubezpieczeniowych w ramach multiagencji zapewnia możliwość porównania i wyboru najlepszej oferty dla konsumentów z obu grup. Dane dotyczące retencji klientów po stronie multiagenta (która jest znacznie wyższa niż po stronie ubezpieczyciela) wskazują na to, że konsumenci dopasowują wybór zakładu ubezpieczeń oraz proponowanej oferty do ich własnych preferencji, co przeczy wnioskowi przytoczonemu przez EIOPA w treści Stanowiska. Jednocześnie, dostrzec należy, iż rozproszenie terytorialne, liczba, wachlarz reprezentowanych przez multiagencje ofert zakładów ubezpieczeń, a także powszechność korzystania przez klientów z multiagencji skutkuje swobodnym dostępem każdego zainteresowanego klienta do porównania oferty wielu zakładów ubezpieczeń. Usługi odnoszące się do prezentacji wielu ofert zakładów ubezpieczeń jednocześnie są również powszechnie dostępne, a konsument może z nich skorzystać w ramach kanału cyfrowego, ale i również – stacjonarnie (a nawet we własnym domu). W związku z tym, jak się wydaje, praktyki zakładów ubezpieczeń w zakresie różnicowania cen nie dyskryminują jakichkolwiek grup konsumentów ze względu na brak

dostępu do odpowiedniej technologii czy brak odpowiedniej wiedzy. Oznacza to, że Stanowisko EIOPA w przedmiocie dyskryminacji nie znajduje odzwierciedlenia na polskim rynku ubezpieczeń.

Wbrew rozważaniom przedstawionym przez EIOPA w Stanowisku w polskim prawodawstwie stosowanych jest szereg regulacji chroniących konsumentów przez zawarciem niekorzystnych umów ubezpieczenia. Do takich regulacji należy zaliczyć regulacje prawa Unii Europejskiej, tj. dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/138/WE z dnia 25 listopada 2009 roku w sprawie podejmowania i prowadzenia działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej (*Wyłącalność II*), dyrektywę IDD czy rozporządzenie delegowane Komisji w odniesieniu do wymogów w zakresie nadzoru nad produktem i zarządzania nim dla zakładów ubezpieczeń i dystrybutorów ubezpieczeń. Przepisy te przewidują – jak się wydaje – wystarczające regulacje w zakresie dystrybucji ubezpieczeń.

Ponadto polski prawodawca wprowadził korzystne i chroniące interesy konsumentów mechanizmy prawne w zakresie możliwości wypowiedzenia umowy w każdym czasie bez podania przyczyny (w odniesieniu do umów dotyczących ubezpieczeń osobowych), możliwości odstąpienia od umowy bez podania przyczyny w terminie czternastu dni (w odniesieniu do wszystkich umów obowiązkowych i dobrowolnych zawieranych na odległość) czy obowiązku informowania konsumentów o kosztach związanych z kolejnym okresem ubezpieczenia w przypadku odnowienia umowy dotyczącej ubezpieczeń obowiązkowych.

W rezultacie stwierdzić należy, że interes konsumentów jest chroniony przez polskiego prawodawcę oraz polskie organy administracji publicznej właściwe w zakresie nadzoru nad sektorem ubezpieczeniowym oraz ochrony praw i interesów konsumentów w sposób należyty, wobec czego za nadmiarowe, niezgodne z zasadą proporcjonalności oraz subsydiarności należy ocenić dążenia przedstawione w treści Stanowiska przez EIOPA.

Co się zaś tyczy zasady proporcjonalności, wskazać przede wszystkim należy, iż oparcie się przez EIOPA na wynikach dotyczących wyłącznie trzech państw członkowskich nie powinno stanowić podstawy dla przyjęcia rozwiązania, które miałyby niejako obowiązywać we wszystkich państwach członkowskich Unii Europejskiej. Stwierdzić bowiem należy, że EIOPA, badając wyłącznie trzy państwa członkowskie (z 27 wszystkich państw członkowskich), wnioski zaprezentowane w Stanowisku opiera na niewystarczającej ilości danych. W rezultacie też nie jest uzasadnione – ani zgodne z zasadą proporcjonalności – twierdzenie, że wnioski odnoszące się do 3 z 27 państw członkowskich Unii Europejskiej są adekwatne dla pozostałej, dominującej grupy 24 państw członkowskich, których sytuacja nie została przez EIOPA przeanalizowana. Uznać zatem należy, że Stanowisko EIOPA jest co najmniej przedwczesne.

Po drugie, w przypadku Stanowiska mamy do czynienia z naruszeniem zasady proporcjonalności wkroczenia przez EIOPA w sferę ochrony praw i interesów zakładów ubezpieczeń, które zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa unijnego oraz krajowego w sposób legalny mogą dokonywać profilowania, podczas gdy na skutek wprowadzenia Stanowiska EIOPA w życie, uprawnienie to zostanie im w sposób nieuzasadniony odebrane. Działanie EIOPA określone w treści Stanowiska zasługuje przy tym na kwalifikację jako niezgodne z zasadą proporcjonalności, bowiem zauważyć należy, że zasada proporcjonalności środków w ujęciu *sensu stricto* przewiduje, iż organy państwa, czyniąc użytek z przyznaných kompetencji, nie powinny ustanawiać nadmiernych ograniczeń w korzystaniu przez podmiot z podstawowych praw i wolności. Zasadę tę postrzegać należy jako jedną z konsekwencji koncepcji państwa liberalnego, która zakłada, że państwo powinno ograniczyć się do osiągania konkretnych celów, a prawo musi służyć użytecznemu zamiarowi. Ponadto u jej podstaw leży założenie, że jednostka jest osobą i nie może być traktowana jako przedmiot,

co wiąże się z koniecznością zapewnienia jej pewnego bezpieczeństwa prawnego i nakazania państwu miarkowania w wykonywaniu władzy.

W tym kontekście spostrzec należy, że EIOPA, dokonując analizy sytuacji na rynku ubezpieczeń wyłącznie wobec trzech państw członkowskich i niejako dążąc do wprowadzenia jednolitych zasad w ramach całego rynku ubezpieczeniowego, w sposób oczywisty narzuca jednolite, niedostosowane do specyfiki poszczególnych rynków ubezpieczeń „zasady gry”, a zatem postępuje w sposób sprzeczny z zasadą proporcjonalności (bowiem bez względu na istniejące różnice, właściwe dla poszczególnych rynków, dąży do tożsamego potraktowania podmiotów działających w ramach tych rynków, co sprzeczne jest z istotą zasady proporcjonalności).

Przypomnieć należy, że EIOPA jest zobowiązany do działania w sposób niezależny, obiektywny oraz nieskutkujący dyskryminacją jakichkolwiek grup, przejrzysty, a także uwzględniający interes całej Unii Europejskiej oraz przede wszystkim – w sposób zgodny z zasadą proporcjonalności. Oznacza to, że podejmowane inicjatywy nadzorcze powinny być zarezerwowane dla celów ogólnej regulacji rynku, a nie służyć reagowaniu na poszczególne, pojedyncze sygnały dotyczące nieprawidłowości w zakresie ochrony interesów konsumentów, które w istocie zostały przez EIOPA zaobserwowane wyłącznie w 3 z 27 państw członkowskich.

Wreszcie, realizowane przez EIOPA działania nadzorcze, mające na celu zapewnienie ochrony klientów nie powinny ograniczać swobody działalności zakładów ubezpieczeń, natomiast wprowadzenie poglądów wyrażonych przez EIOPA w Stanowisku w życie, skutkowałoby takim nieuzasadnionym ograniczeniem swobody działalności prowadzonej przez zakłady ubezpieczeń w Polsce.

Co więcej, Stanowisko EIOPA jest w powyższym zakresie sprzeczne także z podstawową zasadą ustalania cen w oparciu o statystykę, tj. zasadą dywersyfikacji przez zbiorowość. W praktyce nie jest bowiem możliwe wykluczenie sytuacji, w której nie dochodzić będzie do dyskryminacji (w rozumieniu używanym przez EIOPA) określonej grupy konsumentów względem jakiegokolwiek innej grupy konsumentów. Przyjęcie Stanowiska EIOPA i tak prowadzić będzie do dyskryminacji (w rozumieniu używanym przez EIOPA) grupy konsumentów, która to grupa będzie zbiorem podmiotów nieistotnych statystycznie. W tym kontekście stwierdzić należy, że nawet wdrożenie Stanowiska EIOPA nie przyczyni się do rozwiązania problemu zidentyfikowanego przez EIOPA i występującego na rynkach ubezpieczeniowych państw członkowskich Unii Europejskiej, których analizę EIOPA przedstawił w Stanowisku.

Nie jest – w ocenie autorów niniejszego artykułu – uprawniony pogląd wyrażony przez EIOPA jakoby praktyka różnicowania cen miała być w każdym przypadku (tj. w każdym państwie członkowskim Unii Europejskiej) praktyką naruszającą interesy konsumentów (co EIOPA uzasadnia wynikami analizy przeprowadzonej w trzech państwach członkowskich Unii Europejskiej). W tym kontekście, na podstawie doświadczeń i sposobu działania polskich zakładów ubezpieczeń, stwierdzić należy, iż zazwyczaj utrzymują one cenę świadczonych usług czy oferowanych produktów w momencie odnowienia czy przedłużenia okresu obowiązywania umowy, lub też dokonują nieznacznego zmodyfikowania ceny w celu dostosowania jej do zmieniających się warunków rynkowych.

Oznacza to, że ewentualna modyfikacja ceny przez krajowe zakłady ubezpieczeń nie odbiega w sposób znaczący (drastyczny) od ceny zaoferowanej konsumentowi w sytuacji zawierania z nim pierwszej umowy o świadczenie danej usługi lub produktu, nawet jeżeli wyniki pochodzące z modeli ryzyka podczas odnowienia umowy ulegną zmianie w porównaniu z pierwszą wyceną.

W rezultacie wyrazić należy opinię, w świetle której praktyka obowiązująca w ramach polskiego rynku ubezpieczeń stanowi formę ochrony konsumentów, a na skutek wdrożenia Stanowiska

EIOPA – jej stosowanie przez krajowe zakłady ubezpieczeń może w sposób znaczący podlegać ograniczeniu.

6. Potencjalne negatywne konsekwencje wynikające z wdrożenia Stanowiska EIOPA

Jak zostało zasygnalizowane powyżej, wdrożenie zakazu profilowania klientów w celu zaproponowania ceny przez zakłady ubezpieczeń skutkować będzie daleko idącymi negatywnymi konsekwencjami dla rynku ubezpieczeniowego, które nie zostały, jak się wydaje dostrzeżone przez EIOPA, a które wymagają pogłębionej analizy.

Po pierwsze, wprowadzenie ograniczeń w zakresie zarządzania ofertą krajowych zakładów ubezpieczeń skutkować będzie stworzeniem większych barier wejścia i rozwoju dla małych oraz średnich zakładów ubezpieczeń działających na rynku ubezpieczeń, z uwagi na brak możliwości zastosowania promocji dla „nowych klientów” – w porównaniu do innych sektorów działających w ramach rynku Unii Europejskiej, gdzie stosowanie praktyk różnicowania cen będzie dozwolone – czego zdaje się nie dostrzegać w ogólności EIOPA.

Zauważyć także warto, iż skutkiem wprowadzenia zakazu czy ograniczenia profilowania cen może być stan swego rodzaju dyskryminowania klientów, którzy aktualnie ponoszą niższe koszty związane ze składką ubezpieczeniową z uwagi na określony zestaw czynników ryzyka uwzględnianych przy taryfikacji. Analogiczna sytuacja dotyczyć będzie klientów dysponujących uprawnieniami promocyjnymi, którzy zobowiązani będą do zapłaty wyższej stawki ubezpieczeniowej w porównaniu do aktualnych warunków.

Zakład ubezpieczeń nie może dokonywać obniżek cen nieadekwatnych do ryzyka i ponoszonych kosztów, więc wyrównanie składek będzie zmierzało do ich ogólnego podwyższenia, ze stratą dla istotnej grupy klientów, co można postrzegać jako działanie o skutku dyskryminującym (którego chce uniknąć EIOPA, co wynika ze Stanowiska, ale jednocześnie ten efekt może zostać wywołany na skutek przyjęcia i wdrożenia Stanowiska w zaproponowanym przez EIOPA kształcie). Ograniczenia te mogą spowodować wycofanie różnych form promocji, które z perspektywy konsumentów stanowią normę rynkową.

Przyjęcie rozwiązań określonych w Stanowisku może także skutkować utrudnieniem konsumentom korzystania z możliwości stosunkowo łatwej zmiany zakładu ubezpieczeń, z którym konsument zawarł umowę ubezpieczenia. Z uwagi na porównywalność ofert zakładów ubezpieczeniowych konsument nie miał trudności w zakresie odstąpienia czy wypowiedzenia umowy ubezpieczenia, tym bardziej że jako nowy klient uprawniony był do uzyskania obniżenia ceny świadczenia tych usług przez zakład ubezpieczeń. Wraz z wdrożeniem Stanowiska klient nie będzie mógł w dalszym ciągu być beneficjentem takiego stanu (charakterystycznego dla polskiego rynku ubezpieczeń).

Ponadto wdrożenie postulowanych przez EIOPA rozwiązań będzie dyskryminujące dla konsumentów poświęcających swój czas na znalezienie potencjalnie najlepszej oferty. Osoby te staną się zatem grupą dyskryminowaną względem grupy biernych klientów. W przypadku rynku ubezpieczeniowego oraz kwestii poszukiwania lepszej ceny czynnikiem przynależności do określonego segmentu nie decyduje o lepszej cenie, a takim czynnikiem jest właśnie poświęcony przez konsumenta czas oraz chęć zapoznania się z ofertą innych zakładów ubezpieczeń (gdzie znalezienie najlepszej oferty stanowi swego rodzaju zniżkę czy rabat z tytułu poświęconego przez klienta

czasu). Jest to standardowa sytuacja na rynku komercyjnym, gdzie określony wysiłek przekłada się na dodatkową wartość dla klienta, przy czym stan ten zostanie zaburzony na rynku ubezpieczeniowym (względem innych rynków regulowanych oraz nie) na skutek wdrożenia rozwiązań postulowanych przez EIOPA.

Niewykluczone jest również to, że na skutek wdrożenia Stanowiska dojdzie do ograniczenia liczby kanałów dystrybucji produktów ubezpieczeniowych w ramach polskiego rynku ubezpieczeń, co wywoła skutek odwrotny wobec celu zakładanego przez EIOPA w treści Stanowiska. Zjawisko to będzie przy tym bardzo niekorzystne dla dalszego rozwoju polskiego rynku ubezpieczeniowego, z uwagi na fakt obserwowanej aktualnie tendencji dobierania klientów za pośrednictwem coraz większej liczby kanałów dystrybucji. Wdrożenie Stanowiska skutkować może zahamowaniem tego trendu.

Ponadto, przyjęcie Stanowiska wyrażonego przez EIOPA skutkować będzie – jak można zasądzić domniemywać – wzrostem cen usług lub produktów oferowanych w ramach rynku ubezpieczeń z uwagi na istotne ograniczenie możliwości zawarcia umów ubezpieczenia z uwzględnieniem niższej stawki ubezpieczeniowej. Dotknie to w szczególności osoby niezamożne, zobowiązane do zawarcia umów ubezpieczeń obowiązkowych. Materializacja takiego stanu wpłynie również na ograniczenie popytu na produkty ubezpieczeniowe w tej grupie docelowej, a w dłuższej perspektywie czasowej – prowadzić będzie do osłabienia społecznej świadomości na temat potrzeby korzystania z ochrony ubezpieczeniowej.

Podsumowanie

Przeprowadzona analiza prawna Stanowiska EIOPA prowadzi do sformułowania konkluzji, że mamy tutaj do czynienia z aktem typu *soft law* w jego odmianie *hard*. Konsekwencją przyjęcia Stanowiska i jego implementacji w poszczególnych państwach członkowskich będzie bowiem obowiązek podjęcia przez prawodawców krajowych aktywności legislacyjnej w przedmiocie wyposażenia krajowych organów nadzoru w odpowiednie kompetencje nadzorcze z obszaru weryfikowania, czy zróżnicowane praktyki cenowe prowadzą do naruszenia praw konsumentów i ich nierównego traktowania. Należy przy tym wskazać, że takie działanie EIOPA sprowadzające się do wprowadzenia ze szczebla unijnego zakazu profilowania na rynku ubezpieczeniowym wymagałoby wykazania dysponowania przez EIOPA konkretną podstawą kompetencyjną, a nie powinno mieć miejsca pod przykrywką ogólnej kompetencji do wydawania aktów typu *soft law*. Jednocześnie, w ocenie autorów niniejszego opracowania, w rezultacie implementowania Stanowiska doszłoby do naruszenia zasady subsydiarności i proporcjonalności, które należą do grupy fundamentalnych zasad unijnego porządku prawnego. Instrumenty stosowane przez EIOPA powinny spełniać wymogi zasady proporcjonalności i subsydiarności, wkraczają bowiem w fundamentalną zasadę wolności działalności gospodarczej. Z pola widzenia nie można przy tym tracić tego, że samo profilowanie klientów nie jest ze swojej natury nieprawidłowe. Niezrozumiałe są zatem działania EIOPA nakierowane na ograniczenia czy też na całkowite wyeliminowanie tego zjawiska.

Powyższe rozważania prowadzą do konstatacji, że Stanowisko jest zaskakujące a przy tym nieprawidłowe. Pozostaje w rezultacie mieć nadzieję, że Stanowisko – które aktualnie jest na etapie konsultacji – nie zostanie kiedykolwiek przyjęte i wdrożone. Byłoby to bowiem z istotną szkodą tak dla rynku ubezpieczeń, jak i dla koncepcji aktów typu *soft law*, które ze swej istoty są instrumentami służącymi wykładni przepisów prawa powszechnie obowiązującego, uzupełniającymi treść

tych przepisów, a nie swoistym czynnikiem „wymuszającym” czy zapoczątkującym proces legislacyjny na szczeblu krajowym.

Wykaz źródeł

- Bańczyk W., „Miękkie prawo, ale prawo”, czyli o obowiązku przestrzegania soft law, „Internetowy Przegląd Prawniczy TBŚP UJ” 2016, nr 1.
- Biernat S., [w:] *Prawo Unii Europejskiej. Zagadnienia systemowe*, Barcz J. [red.], Wydawnictwo Prawo i Praktyka Gospodarcza, Warszawa 2003.
- Błachucki M., *Urzędowe wyjaśnienia przepisów prawa wydawane przez organy administracji publicznej*, [w:] *Źródła prawa administracyjnego a ochrona wolności i praw obywateli*, Błachucki M., Górczyńska T. [red.], Wydawnictwo NSA, Warszawa 2014.
- Chłopecki A., *Zakres, sposób i skutki stosowania „miękkiego prawa” jako alternatywy dla regulacji ustawowych – na przykładzie rynku finansowego*, „Wiadomości Ubezpieczeniowe” 2013, nr 3 [numer specjalny].
- Cyman D., *Kierunki zmian ochrony konsumenta usług finansowych w Unii Europejskiej*, „Annales UMCS” 2016, vol. L, 4, sectio H.
- Dashwood A., Dougan M., Rodger B., Spaventa E., Wyatt D., *European Union Law*, Oxford University Press, Oxford 2011.
- Fedorowicz M., *Nadzór nad rynkiem finansowym Unii Europejskiej*, Difin, Warszawa 2013.
- Fedorowicz M., *Rozdział VII. Tworzenie i stosowanie praw rynku finansowego*, [w:] *Prawo rynku wewnętrznego. System Prawa Unii Europejskiej. Tom 7*, Kornobis-Romanowska D. [red.], CH Beck, Warszawa 2020.
- Filipowski O., Zawiślańska A., *Ochrona konsumenta przez organy administracji publicznej w dobie sprywatyzowania działalności sektorowej*, [w:] Blicharz J., *Prawne aspekty prywatyzacji*, Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa, Wrocław 2012.
- Florczak-Wątor M., [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Tuleja P. [red.], LEX/el. 2021, art. 7.
- Grzeszczak R., *Władza wykonawcza w systemie Unii Europejskiej*, SAWPIAUW, Warszawa 2011.
- Izdebski P., *Akty prawa miękkiego jako współczesny instrument nadzoru nad rynkiem finansowym – rola oraz charakter prawny, cz. 1*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2021, nr 3.
- Izdebski P., *Akty prawa miękkiego jako współczesny instrument nadzoru nad rynkiem finansowym – rola oraz charakter prawny, cz. 2*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2021, nr 4.
- Jabłoński M., [w:] *Prawo administracyjne*, Wierzbowski M. [red.], Wolters Kluwer, Warszawa 2017.
- Jabłoński M., *Rola tzw. miękkiego prawa w działaniu administracji publicznej w sferze zewnętrznej*, niepublikowana rozprawa doktorska, Biblioteka WPIA UW, Warszawa 2014.
- Jakimowicz W., *Konstrukcja tak zwanego domniemania kompetencji organu administracji publicznej*, [w:] *Nowe problemy badawcze w teorii prawa administracyjnego*, Boć J., Chajbowicz A. [red.], Kolonia Limited, Wrocław 2009.
- Krzemień M., Wajda P., *Konsekwencje potencjalnej niezgodności Metodyki oceny odpowiedniości członków organów podmiotów nadzorowanych opublikowanej przez Komisję Nadzoru Finansowego z prawem Unii Europejskiej*, „Wiadomości Ubezpieczeniowe” 2021, nr 3.

- Kunkiel-Kryńska A., *Metody harmonizacji prawa konsumenckiego w Unii Europejskiej i ich wpływ na procesy implementacyjne w państwach członkowskich*, Wolters Kluwer, Warszawa 2012.
- Monkiewicz J., *Podstawy ubezpieczeń. Tom I. Mechanizm i funkcje*, POLTEXT, Warszawa 2000.
- Nadolska A., *Soft law w regulacji rynku finansowego w Polsce: rekomendacje, wytyczne i lista ostrzeżeń publicznych KNF*, CH Beck, Warszawa 2021.
- Ofiarski Z., *Rola soft law w regulacji rynku finansowego na przykładzie rekomendacji i wytycznych Komisji Nadzoru Finansowego*, [w:] *Prawo rynku finansowego. Doktryna, instytucje, praktyka*, Jurkowska-Zeidler A., Olszak M., Wolters Kluwer, Warszawa 2016.
- Prawo administracyjne*, Jagielski J., Wierzbowski M. [red.], Wolters Kluwer, Warszawa 2022.
- Roszkiewicz J., *Zakaz domniemywania kompetencji i wyjątki od tego zakazu. Studium publiczno-prawne*, CH Beck, Warszawa 2022.
- Senden L., *Soft Law, Self-Regulation and Co-Regulation in European Law: Where do they meet?*, "Electronic Journal of Comparative Law" 2005, vol. 9(1).
- Skuczyński P., *Soft law w perspektywie teorii prawa*, [w:] *System prawny a porządek prawny*, Bogucki O., Czepita S., Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego, Szczecin 2008.
- Ślók-Wódkowska M., *Zasada pomocniczości*, [w:] *Prawo administracyjne Unii Europejskiej*, Grzeszczak R., Szczerba-Zawada A., EuroPrawo, Warszawa 2016.
- Spryszak K., *Rola standardów o charakterze soft law w zakresie kreowania zobowiązań w państwach członkowskich organizacji międzynarodowych*, „Humanities and Social Sciences” vol. XXIII, 2017/4(24).
- Stępkowski A., *Zasada proporcjonalności w europejskiej kulturze prawnej. Sądowa kontrola władzy dyskrecjonalnej w nowoczesnej Europie*, Liber, Warszawa 2010.
- Supernat J., *Miejsce i znaczenie soft law w prawie publicznym Unii Europejskiej*, [w:] *Nowe problemy badawcze w teorii prawa administracyjnego*, Boć J., Chajbrowicz A. [red.], Kolonia Limited, Wrocław 2009.
- Śliwa-Wajda M., *Administracyjnoprawne środki zwrotu niezgodnej z prawem pomocy państwa w Polsce i Niemczech*, EuroPrawo, Warszawa 2017.
- Świątkiewicz J., *Podstawa prawna uprawniającej decyzji administracyjnej*, „Państwo i Prawo” 1985, nr 5.
- Tridimas T., *The Principles of Proportionality and Subsidiarity under the EU Constitution*, [w:] *Reformowanie Unii Europejskiej. Wybrane problemy prawne okresu przemian*, Piontek E. [red.], Kantor Wydawniczy, Zakamycze 2005.
- Wajda P., *Przyjęte praktyki rynkowe – status prawny*, „Monitor Prawa Bankowego” 2014, nr 7–8.
- Wajda P., *Rekomendacje Komisji Nadzoru Finansowego dla zakładów ubezpieczeń i zakładów reasekuracji*, „Wiadomości Ubezpieczeniowe” 2016, nr 3.
- Wajda P., *Zasada proporcjonalności*, [w:] *Prawo administracyjne Unii Europejskiej*, Grzeszczak R., Szczerba-Zawada A., EuroPrawo, Warszawa 2016.
- Wojno B., [w:] *Prawo rynku kapitałowego. Komentarz*, Wierzbowski M., Sobolewski L., Wajda P., CH Beck, Warszawa 2012.
- Wojno B., [w:] *Ustawa o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej. Komentarz*, Szczepańska M., Wajda P. [red.], Wolters Kluwer, Warszawa 2017, art. 329.
- Wojtczak D., *Soft law i mechanizmy nielegislacyjne, jako instrumenty ingerencji rynku usług bankowych Unii Europejskiej*, „Monitor Prawa Bankowego” 2012, nr 1.

Ziemiński Z., *Kompetencja i norma kompetencyjna*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1969, nr 4.

Zubik M., Sokolewicz W., [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz. Tom I*, Garlicki L. [red.], Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2016, art. 7.

Proposed Statement of the European Insurance and Occupational Pensions Authority on Differential Pricing Practices in Non-Life Insurance – is it a soft law act in its hard version?

This article is devoted to a legal analysis and assessment of the proposed Position Paper of the European Insurance and Occupational Pensions Authority on differentiated pricing practices in non-life insurance, submitted for consultation in July 2022. Although formally the Position Paper is a non-normative and non-binding piece of soft law, in practice the expectations outlined in it for Member States and national insurance supervisors seem to go beyond what is acceptable regulation by soft law instruments.

Keywords: soft law, EIOPA, insurance market, insurance market supervision, Financial Supervision Authority, market regulation.

DR MAGDALENA ŚLIWA-WAJDA – doktor nauk prawnych, adiunkt w Katedrze Prawa i Postępowania Administracyjnego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego.

e-mail: m.wajda@wpia.uw.edu.pl

ORCID: 0000-0002-0433-4046

PROF. UW DR HAB. PAWEŁ WAJDA – profesor w Katedrze Prawa i Postępowania Administracyjnego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego; adwokat w kancelarii CMS Cameron McKenna Nabarro Olswang Pośniak i Bejm sp.k.

e-mail: p.wajda@wpia.uw.edu.pl

ORCID: 0000-0003-4423-8881

