

MAGDALENA ŚLIWA-WAJDA

PAWEŁ WAJDA

<https://doi.org/10.33995/wu2023.2.1>

data wpływu: 09.03.2023

data akceptacji: 13.07.2023

Konsultacje projektów rekomendacji prowadzone przez Komisję Nadzoru Finansowego – aspekty prawnounijne

Niniejszy artykuł jest poświęcony analizie prawnej instytucji konsultacji projektów rekomendacji Komisji Nadzoru Finansowego¹ dla rynku ubezpieczeniowego, o której mowa w art. 365 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2015 roku o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej (tekst jedn.: Dz. U. 2022, poz. 2283, z późn. zm.; dalej: u.dz.u.r.) w świetle regulacji i standardów unijnych. Przepis ten został wprowadzony do polskiego porządku prawnego jako postać implementacji przepisu z art. 71 ust. 2 dyrektywy Solvency II², jednak prawidłowość dokonania tej implementacji budzi poważne wątpliwości. Dlatego też celem niniejszego opracowania jest ocena prawidłowości implementacji instytucji konsultacji projektów aktów typu soft law dla rynku ubezpieczeniowego do polskiego porządku prawnego, w szczególności zaś odpowiedź na pytanie badawcze: czy konsultacje przewidziane w art. 365 ust. 2 u.dz.u.r. spełniają wynikające z dyrektywy Solvency II wymogi co otwartości, przejrzystości i proporcjonalności?

Słowa kluczowe: soft law, EIOPA, rynek ubezpieczeń, nadzór nad rynkiem ubezpieczeniowym, Komisja Nadzoru Finansowego, konsultacje, rekomendacje.

1. Dalej także: KNF.

2. Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/138/WE z dnia 25 listopada 2009 r. w sprawie podejmowania i prowadzenia działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej (*Wypłacalność II*); Dz. Urz. UE, seria L, Nr 335 z 17 grudnia 2009 r.; s. 1 i nast.; dalej: *Solvency II*).

Wprowadzenie

Zgodnie z art. 365 ust. 1 u.dz.u.r. KNF, jako organ nadzoru nad rynkiem ubezpieczeniowym, jest uprawniona do wydawania rekomendacji skierowanych do zakładów ubezpieczeń i zakładów reasekuracji w zakresie niezbędnym do realizacji wytycznych i zaleceń EIOPA wydawanych na podstawie art. 16 rozporządzenia 1094/2010, jak również – w celu zapewnienia zgodności działalności tychże zakładów z przepisami prawa – zapobieżenia naruszaniu interesów ubezpieczających, ubezpieczonych lub uprawnionych z umów ubezpieczenia, ograniczenia ryzyka występującego w działalności zakładu ubezpieczeń lub zakładu reasekuracji, czy też zapewnienia trwałej zdolności zakładu ubezpieczeń do wykonywania zobowiązań. W myśl przepisu z art. 365 ust. 2 u.dz.u.r., „organ nadzoru przeprowadza konsultacje projektu rekomendacji z zainteresowanymi podmiotami i instytucjami”. Prawodawca w przepisie tym wprowadził – spoczywający na Komisji Nadzoru Finansowego – obowiązek przeprowadzenia konsultacji projektu rekomendacji, jednakże nie odniósł się szczegółowo do ich zakresu przedmiotowego ani też do sposobu przeprowadzenia, ograniczając jedynie ich zakres podmiotowy do „zainteresowanych podmiotów i instytucji”.

Wykładnia literalna przepisu z art. 365 ust. 2 u.dz.u.r. prowadzi zatem do wniosku, iż to KNF – jako autor projektu rekomendacji i adresat normy z art. 365 ust. 2 u.dz.u.r. – jest wyłącznym podmiotem władnym do określenia dokładnego zakresu podmiotowego, przedmiotowego i funkcjonalnego konsultacji projektu rekomendacji. Do KNF należy zatem, po pierwsze, ocena, które konkretnie podmioty i instytucje są w danym przypadku „zainteresowanymi”, i w związku z tym – z którymi zostaną przeprowadzone konsultacje. Po drugie, to KNF będzie określała przebieg konsultacji, w tym kwestię ich jawności (powszechną czy też tylko wobec uczestników, czy też wreszcie brak jawności) i niejako „wynik” (tj. czy zgłoszone przez uczestników opinie / komentarze / stanowiska zostaną uwzględnione, a jeśli tak, to w jakiej treści i w jakiej części). To KNF jest bowiem zobowiązana do przeprowadzenia konsultacji i to ona prowadzi te konsultacje.

W praktyce mamy w rezultacie do czynienia z sytuacją, w której to Komisja Nadzoru Finansowego:

- 1) decyduje, które podmioty i instytucje wezmą udział w konsultacjach;
- 2) określa w ten sposób – wykorzystując instytucję zaproszenia wystosowywanego do odpowiednich podmiotów/instytucji³ – czy dany podmiot lub instytucja są „zainteresowanymi”;
- 3) wyznacza przebieg konsultacji;
- 4) określa, czy konsultacje są jawne czy niejawne (a tym samym stanowiska zgłoszone w ich trakcie są niepubliczne);
- 5) określa wynik konsultacji.

Jak się wydaje, taki model konsultacji jest nieprawidłowy w świetle przepisów prawa unijnego i wymogów stawianych konsultacjom aktów typu *soft law* w prawie unijnym – co zostanie szczególnie uzasadnione poniżej i wymaga pilnej interwencji prawodawcy.

3. Zob. np.: K. Stopnicki, *Komentarz do art. 365 u.dz.u.r.* [w:] *Ustawa o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej. Komentarz*, [red.] P. Czublun, CH Beck, Warszawa 2016, Legalis.

1. Prawidłowość implementacji instytucji konsultacji do art. 365 ust. 2 u.d.z.u.r.

1.1. Geneza wprowadzenia regulacji

Należy przypomnieć, że przepis z art. 365 ust. 2 u.d.z.u.r. (w istocie przepis z art. 365 u.d.z.u.r.) stanowi implementację do krajowego porządku prawnego przepisu z art. 71 ust. 2 dyrektywy *Solvency II*⁴.

Niejaką na marginesie prowadzonych rozważań warto podkreślić, że krajowy prawodawca w tzw. *Tabeli zbieżności*⁵ wskazał, że przepis z art. 71 *Solvency II* został implementowany równoległe jako przepis z art. 17d ustawy z dnia 21 lipca 2006 roku o nadzorze nad rynkiem finansowym⁶ oraz jako przepisów z art. 327–416 (z uwagi na zmiany w toku procesu legislacyjnego w – art. 329–419) u.d.z.u.r. Tym samym przepis art. 365 ust. 2 u.d.z.u.r. jest jednym z instrumentów (w praktyce jest głównym instrumentem) implementacji przepisu z art. 71 ust. 2 *Solvency II* do krajowego porządku

-
4. W powyższym kontekście warto odwołać się do Uzasadnienia do rządowego projektu ustawy o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej (Druk Sejmowy nr 3644, Sejm VII Kadencji; <https://www.sejm.gov.pl/sejm7.nsf/druk.xsp?nr=3644> [dostęp: 9.03.2023]), w którym projektodawca *explicite* wskazał na taki charakter przepisu z art. 365 u.d.z.u.r. podnosząc w szczególności, że: „Na podstawie art. 16 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1094/2010 z dnia 24 listopada 2010 r. 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/WE, EIOPA może wydawać wytyczne i zalecenia skierowane do właściwych organów lub instytucji finansowych, które dokładają wszelkich starań, aby zastosować się do tych wytycznych i zaleceń. W celu ewentualnego umożliwienia Komisji Nadzoru Finansowego wprowadzenia na polski rynek ubezpieczeniowy wytycznych i zaleceń Europejskiego Urzędu Nadzoru Ubezpieczeń i Pracowniczych Programów Emerytalnych (EIOPA), kierowanych bezpośrednio do właściwych organów nadzoru, proponuje się, aby polski organ nadzoru posiadał możliwość wydawania wytycznych skierowanych do zakładów ubezpieczeń i zakładów reasekuracji. [...] Analogicznie do rozwiązań określonych w art. 16 ust. 2 rozporządzenia 1094/2010 **proponuje się również wprowadzić ustawy obowiązek przeprowadzania konsultacji projektu wytycznych z zainteresowanymi podmiotami i instytucjami oraz dokonywania oceny przewidywanych skutków (kosztów i korzyści) społeczno-gospodarczych regulacji przed opracowaniem projektu wytycznych. [...] ze względu na zmianę filozofii sprawowania nadzoru wytyczne, w porównaniu do zaleceń, wydawane byłyby również w celu ograniczenia ryzyka występującego w działalności zakładu ubezpieczeń lub zakładu reasekuracji. Zalecenia te są kierowane do konkretnego zakładu w wyniku przeprowadzonej przez organ nadzoru kontroli. Dotychczas organ nadzoru nie posiada instrumentu prawnego umożliwiającego mu, np. na podstawie doświadczeń zebranych podczas kontroli, skierowania zaleceń (wytycznych) do wszystkich zakładów ubezpieczeń i zakładów reasekuracji. Wprowadzenie takich wytycznych pozwoliłoby na szybszą reakcję (komunikowanie) organu nadzoru w sytuacji, gdy zidentyfikuje on ryzyko niezgodnego z prawem zachowania zakładów ubezpieczeń i zakładów reasekuracji bez konieczności wszczynania indywidualnych postępowań. Zapewniłoby to również dla podmiotów nadzorowanych jednoczesny dostęp do wiedzy o podejściu organu nadzoru. Wytyczne miałyby niewiążący charakter. **Proponuje się również wprowadzić ustawy obowiązek przeprowadzania konsultacji projektu wytycznych z zainteresowanymi podmiotami i instytucjami oraz dokonywania oceny przewidywanych skutków (kosztów i korzyści) społeczno-gospodarczych regulacji przed opracowaniem projektu wytycznych**”.**
5. Dokument dostępny jest pod adresem internetowym: <https://legislacja.rcl.gov.pl/docs/2/12269454/12276884/12276885/dokument151507.pdf> [dostęp: 9.03.2023].
6. Tekst jedn. Dz. U. 2022, poz. 660, z późn. zm.; dalej jako: u.n.r.f.

normatywnego, a jednocześnie przepis ten składa się – obok przepisu z art. 17d u.n.r.f. oraz innych – powołanych wyżej – przepisów u.dz.u.r. – na transpozycję przepisu z art. 71 *Solvency II*.

W tym miejscu warto wskazać, że polski prawodawca dokonał implementacji *Solvency II* w jej pierwotnym brzmieniu, tj. w brzmieniu określonym w Dz. Urz. UE, seria K, Nr 335 z dnia 17 grudnia 2009 roku. Na okoliczność tę krajowy prawodawca (działając tutaj jako projektodawca) *explicitie* wskazał w treści uzasadnienia do projektu u.dz.u.r.⁷, w którym projektodawca wskazał, że: „Ustanowienie nowych regulacji wynika z konieczności implementowania do krajowego porządku prawnego przepisów dyrektywy 2009/138/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 25 listopada 2009 r. w sprawie podejmowania i prowadzenia działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej – Wyfłacalność II (Dz. Urz. UE L 335 z 17.12.2009, s.1) (ang. *Solvency II*), zwanej dalej »dyrektywą Wyfłacalność II« albo »dyrektywą«. A tym samym projektodawca powołał pierwotny, a nie obowiązujący w 2015 r. *tekst Solvency II*. Zgodnie zaś z art. 71 ust. 2 *Solvency II* w jej pierwotnym brzmieniu, które to brzmienie było przedmiotem implementacji do krajowego porządku normatywnego: Państwa członkowskie zapewniają uwzględnianie przez właściwe organy przy wykonywaniu swoich obowiązków spójności narzędzi nadzoru oraz praktyk nadzorczych w stosowaniu przepisów ustawowych i wykonawczych oraz wymogów administracyjnych przyjętych na mocy niniejszej dyrektywy. W tym celu państwa członkowskie zapewniają uczestnictwo organów nadzoru w działaniach CEIOPS zgodnie z decyzją Komisji 2009/79/WE i należyte uwzględnianie jego wytycznych i zaleceń, o których mowa w ust. 3 niniejszego artykułu”.

Przywołany przepis dyrektywy *Solvency II* – w jej pierwotnym brzmieniu – odsyłał do decyzji Komisji Europejskiej 2009/79/WE⁸, w której (w art. 12) Komisja Europejska wskazała, że: „Przed przekazaniem Komisji swojej opinii Komitet prowadzi na wczesnym etapie, **w sposób otwarty i przejrzysty, szerokie konsultacje z uczestnikami rynku, konsumentami i użytkownikami końcowymi** [podkreśl. aut.]. Komitet publikuje wyniki tych konsultacji, chyba że dany respondent się temu sprzeciwi”.

Kategorycznie podkreślić należy, że w dniu implementacji przepisu z art. 71 ust. 2 *Solvency II*, przepis ten miał już – co zostało zasygnalizowane powyżej – inne brzmienie, tj.: „Państwa członkowskie zapewniają uwzględnianie przez organy nadzoru przy wykonywaniu swoich obowiązków spójności narzędzi nadzoru oraz praktyk nadzorczych w stosowaniu przepisów ustawowych, wykonawczych oraz wymogów administracyjnych przyjętych na mocy niniejszej dyrektywy. W tym celu państwa członkowskie zapewniają, by:

- a) organy nadzoru uczestniczyły w działaniach EIOPA;
- b) organy nadzoru dokładały wszelkich starań, by przestrzegać wytycznych i zaleceń wydanych przez EIOPA zgodnie z art. 16 rozporządzenia (UE) nr 1094/2010, oraz podawały przyczyny, jeżeli nie ma to miejsca;

7. Por. szerzej: Sejm RP VII Kadencji; Druk Sejmowy nr 3644 (<https://www.sejm.gov.pl/sejm7.nsf/PrzebiegProc.xsp?nr=3644>) oraz *Uzasadnienie do projektu ustawy o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej* (<https://orka.sejm.gov.pl/Druki7ka.nsf/0/C8757DC68795390DC1257E7D004981FE/%24File/3644-uzasadnienie.docx> [dostęp: 9.03.2023]).

8. Decyzja Komisji z dnia 23 stycznia 2009 r. ustanawiająca Komitet Europejskich Organów Nadzoru ds. Ubezpieczeń i Pracowniczych Programów Emerytalnych (Dz. Urz. UE, seria L, Nr 25, z 29.1.2009 r., s. 28–32), dalej: decyzja Komisji 2009/79/WE.

c) mandaty krajowe udzielone organom nadzoru nie stanowiły przeszkody w wykonywaniu ich obowiązków jako członków EIOPA lub na podstawie niniejszej dyrektywy⁹.

Już pobieżna lektura zmienionego brzmienia przepisu art. 71 ust. 2 *Solvency II* prowadzi do wniosku, iż został on w tzw. międzyczasie poddany istotnej ewolucji. Zmieniony przepis z art. 71 ust. 2 *Solvency II* odsyła bowiem do art. 16 Rozporządzenia 1094/2010¹⁰, zgodnie z którym (*argumentum ex art. 16 ust. 2 Rozporządzenia 1094/2010*): „W stosownych przypadkach Urząd przeprowadza otwarte konsultacje publiczne w sprawie wytycznych i zaleceń, a także analizuje potencjalne koszty i korzyści z nimi związane. Takie konsultacje i analizy muszą być proporcjonalne do zasięgu, charakteru i wpływu wytycznych lub zaleceń. W razie potrzeby Urząd zasięga również opinii lub rady odpowiedniej grupy interesariuszy, o której mowa w art. 37”.

Prawodawca unijny – przy aktualnym brzmieniu przepisu z art. 71 ust. 2 *Solvency II* – oczekuje zatem tego, że konsultacje publiczne w sprawie aktów typu *soft law*, jakimi są wytyczne i zalecenia EIOPA, będą otwarte i proporcjonalne. Jakkolwiek przepis art. 71 ust. 2 *Solvency II* w związku z art. 16 ust. 2 Rozporządzenia 1094/2010 dotyczą otwartych i proporcjonalnych konsultacji publicznych wytycznych i zaleceń wydawanych przez EIOPA, to **wyduje się – mając na uwadze okoliczność, iż przepis art. 365 ust. 2 u.dz.u.r. jest implementacją przepisu z art. 71 ust. 2 *Solvency II* – że (w ujęciu podmiotowym, przedmiotowym i funkcjonalnym) przepis art. 71 ust. 2 *Solvency II* wyznacza też model konsultacji publicznych prowadzonych przez KNF w trybie określonym w art. 365 ust. 2 u.dz.u.r.**

Co prawda krajowy prawodawca implementował przepis z art. 71 ust. 2 *Solvency II* w jego pierwotnej postaci, to jednak wydaje się, że nawet jeśli dokonałby jego implementacji w brzmieniu obowiązującym na dzień dokonywania „implementacji”, okoliczność ta byłaby bez znaczenia dla konkluzji odnośnie do wymaganego na szczeblu unijnym modelu konsultacji publicznych projektów rekomendacji. Prawodawca unijny bowiem zarówno w pierwotnym, jak i w zmienionym brzmieniu art. 71 ust. 2 *Solvency II* wskazał bezpośrednio i wprost na obowiązek państw członkowskich w przedmiocie zapewnienia: „uwzględniania przez właściwe organy przy wykonywaniu swoich obowiązków spójności narzędzi nadzoru oraz praktyk nadzorczych w stosowaniu przepisów ustawowych i wykonawczych oraz wymogów administracyjnych przyjętych na mocy niniejszej dyrektywy”, a najlepsze narzędzia i praktyki nadzorcze stosowane w obrębie jednolitego rynku finansowego oparte są – jak zostanie to wykazane szczegółowo poniżej – na wykorzystaniu właściwie otwartych, przejrzystych i szerokich konsultacji z rynkiem (jeżeli przyjmując za punkt odniesienia brzmienie pierwotne art. 71 ust. 2 *Solvency II* w referencji do art. 12 decyzji Komisji Europejskiej 2009/79/WE) czy też otwartych i proporcjonalnych konsultacji z rynkiem (jeżeli za punkt odniesienia przyjmując aktualne brzmienie art. 71 ust. 2 *Solvency II* z referencją do art. 16 ust. 2 Rozporządzenia 1094/2010). **W rezultacie należy przyjąć, iż przepis z art. 16 ust. 2 Rozporządzenia 1094/2010 (w aktualnym brzmieniu art. 71 ust. 2 *Solvency II*) określa jednocześnie model konsultacji publicznych z art. 365 ust. 2 u.dz.u.r.**

9. Art. 71 ust. 2 w brzmieniu dyrektywy z dnia 16 kwietnia 2014 r. (Dz. Urz. UE L Nr 153, poz. 1), która weszła w życie z dniem 23 maja 2014 r.

10. Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1094/2010 z dnia 24 listopada 2010 r. 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/WE (Dz. Urz. UE, seria L, Nr 331 z 15.12.2010 r., s. 48–83); dalej jako: Rozporządzenie 1094/2010.

1.2. Ocena prawidłowości przyjętej metody implementacji unijnej regulacji dotyczącej konsultacji aktów typu *soft law* do art. 365 ust. 2 u.d.z.u.r.

Dokonując swego przeniesienia wyżej powołanych ustaleń na grunt regulacji z art. 365 ust. 2 u.d.z.u.r., należy stwierdzić, że przyjęty tu i stosowany w praktyce przez KNF model konsultacji projektów rekomendacji dla zakładów ubezpieczeń i zakładów reasekuracji nie może – jak się wydaje – w jakimkolwiek przypadku być uznany za właściwą implementację przepisu z art. 71 ust. 2 *Solvency II* [w jej brzmieniu pierwotnym, które to brzmienie zostało implementowane w Polsce] z następujących względów.

Po pierwsze, w powyższym kontekście warto przypomnieć, że specyfika dyrektyw unijnych, jako aktów prawa pochodnego o dwustopniowym charakterze, wyraża się w obowiązku ich transpozycji i implementacji. Trafnie podnosi się przy tym w piśmiennictwie, że te dwa pojęcia „choć są ze sobą w nierozdzielny sposób związane, a niekiedy i stosowane zamiennie, należy stosować zgodnie z ich znaczeniem. Transpozycja dyrektyw jest określeniem działań prawodawczych, jakie podejmują państwa członkowskie w celu recepcji norm prawa pochodnego UE do krajowego porządku prawnego we wskazanym w dyrektywie terminie. [...] Transpozycja dyrektywy do prawa krajowego zawsze wymaga wydania nowego aktu prawnego lub też nowelizacji już obowiązujących regulacji. Oznacza to, że transpozycja dyrektywy jest zawsze równoznaczna z wydaniem aktów prawnych, poprzez które normy prawa UE skierowane do państw członkowskich zostają recypowane do krajowego porządku prawnego. Krajowe instrumenty prawne służące transpozycji dyrektyw (w Polsce są to ustawy i rozporządzenia) określają prawa i obowiązki, które państwa członkowskie przyznają i mogą nałożyć na jednostki. Transpozycja musi zostać dokonana poprzez przyjęcie aktów prawa powszechnie obowiązującego. Znacznie szerszym pojęciem jest natomiast implementacja prawa pochodnego, która obejmuje nie tylko transpozycję dyrektyw, ale przede wszystkim zapewnienie ich prawidłowego stosowania przez organy administracji i sądy”¹¹.

Należy podkreślić, że implementacja przepisu prawa unijnego, to nie tyle wprowadzenie pewnej normy do systematyki prawa krajowego w postaci konkretnego przepisu prawa krajowego, co „dążenie wszelkimi możliwymi metodami krajowymi do zapewnienia efektywności prawa Unii Europejskiej”¹².

W praktyce obrotu najbardziej rozpowszechnioną metodą transpozycji dyrektywy do prawa krajowego jest transpozycja dosłowna, nazywana również transpozycją literalną, „jeden do jednego” (niem. *eins zu eins*) lub też metodą „przekalkowania” albo „kopiuj–wklej”, co jest niezbyt fortunnym tłumaczeniem angielskiego sformułowania *copy-out*. Transpozycja dosłowna polega na nadaniu krajowym przepisom brzmienia identycznego z dyrektywą lub bardzo do niej zbliżonego¹³. W piśmiennictwie trafnie podkreśla się przy tym, że stosowanie transpozycji dosłownej jest

11. Zob. szerzej: J. Maśnicki, *Metody transpozycji dyrektyw*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2017, nr 8, s. 4.

12. Zob. np. R. Grzeszczak, *Parlamenty państw członkowskich w Unii Europejskiej*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2004, s. 77.

13. Zob. szerzej: J. Maśnicki, *op. cit.*, s. 4–13; P. Bogdanowicz, *Kilka uwag w związku z transpozycją „dyrektyw zamówieniowych” do prawa polskiego*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2016, nr 7, s. 16; H. Xanthaki, *Quality of Legislation: Focus on Smart EU and Post-Smart Transposition*, „The Theory and Practice of Legislation” 2014, No 3, Vol. 2, s. 338; B. Steunenberg, W. Voermans, *The transposition of EC directives: A Comparative Study of Instruments, Techniques and Processes in Six Member States*, Universiteit Leiden, Leiden 2006, s. 42; M. Domańska, *Implementacja dyrektyw unijnych przez sądy krajowe*, Wolters Kluwer, Warszawa 2014, s. 155; R. Król, *On the choice of methods of transposition of EU directives*, „European Law Review” 2016, No 2, Vol. 41, s. 222–233.

najbardziej właściwe, przyczynia się bowiem do zachowania terminowości transpozycji, szczególnie w przypadku regulacji o bardzo złożonym i szczegółowym charakterze¹⁴.

Jak się wydaje, wątpliwości nie powinno budzić, że to właśnie transpozycja dosłowna powinna być tą metodą, która w każdym przypadku będzie brana w pierwszej kolejności pod uwagę przez prawodawcę krajowego. Dopiero w przypadku uznania, że przepisy dyrektywy ze względu na swój charakter nie mogą podlegać transpozycji dosłownej, należy rozważyć zastosowanie transpozycji przez przerobienie (dostosowanie do konstrukcji prawa krajowego).

W tym miejscu – niejako na marginesie prowadzonych rozważań – wspomnieć należy także, iż zakres swobody implementacyjnej krajowych prawodawców jest uzależniony od zastosowanej w danej dyrektywie metody harmonizacji. W przypadku dokonywania harmonizacji zupełnej (tj. harmonizacji maksymalnej), margines swobody pozostawiony państwom członkowskim jest niewielki. Co więcej, w niektórych przypadkach margines swobody jest ograniczony do opcji wprost wskazanych w dyrektywie. Prowadzi to do konkluzji, że wybrana przez prawodawcę unijnego metoda harmonizacji ogranicza zakres marginesu swobody implementacyjnej prawodawcy krajowego¹⁵. W przypadku dyrektywy *Solvency II* mamy do czynienia z tzw. dyrektywą maksymalnej harmonizacji, tj. z sytuacją, w której to obowiązkiem odpowiednich prawodawców krajowych w poszczególnych państwach członkowskich jest przyjmować postanowienia dyrektywy *Solvency II*¹⁶ w sposób maksymalnie zgodny z brzmieniem i celem tej dyrektywy, tj. bez dokonywania tzw. *gold-platingu*¹⁷ lub stosowania innych technicznych postaci transpozycji, które pozwalają na dokonywanie czy to zaostżeń (zwiększenia poziomu surowości), czy – tym bardziej – redukcji (zmniejszenia poziomu surowości) standardu regulacyjnego wynikającego z postanowień dyrektywy *Solvency II*.

Okoliczność, że dyrektywa *Solvency II* jest dyrektywą maksymalnej harmonizacji przesądza w rezultacie o tym, że najbardziej właściwą metodą transpozycji postanowień tej dyrektywy powinna być metoda transpozycji dosłownej. Jak się wydaje, prawodawca unijny nie pozostawił prawodawcy krajowemu marginesu interpretacyjnego przy dokonywaniu tej implementacji (implementacja ta powinna być zostać dokonana wprost). W tym miejscu należy przypomnieć, że obowiązek pełnej transpozycji dyrektywy wynika natomiast wprost z prawa unijnego, w szczególności z art. 288 TfUE¹⁸, zgodnie z którym dyrektywa wiąże każde państwo członkowskie, do którego jest kierowana, w odniesieniu do rezultatu, który ma być osiągnięty, pozostawia jednak organom krajowym swobodę wyboru formy. Rezultatem zaś, do którego dążył unijny prawodawca z wykorzystaniem instrumentu

14. Zob. szerzej: Z. Makuch, K. MacDonald, *Legal Transposition and Implementation Frameworks for Lithuania: Approximation of EU Environmental Law*, "European Energy and Environmental Law Review" October 2006, Vol. 15, s. 283.

15. Zob. szerzej: J. Maśnicki, *op. cit.*, s. 5; A. Kunkiel-Kryńska, *Granice swobody implementacyjnej – komentarz do wyroku ETS z 25.04.2002 r. w sprawie C-183/00 González Sánchez przeciwko Medicina Asturiana SA*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2008, nr 10, s. 53.

16. Zob. szerzej: motywy {131} i {131} w preambule do dyrektywy *Solvency II*.

17. Zob. np. *Commission Staff Working Document on the Call for Evidence Accompanying the document Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions Call for Evidence – EU regulatory framework for financial services*, Brussels, 23.11.2016, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX:52016SC0359>, s. 49 [dostęp: 9.03.2023].

18. Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana, Dz. U. 30.04.2004, Nr 90, poz. 864/2 z późn. zm.); dalej jako: TfUE.

z art. 71 ust. 2 *Solvency II*, było zagwarantowanie przez państwa członkowskie uwzględniania przez organy nadzoru przy wykonywaniu ich obowiązków spójności narzędzi nadzoru oraz praktyk nadzorczych w stosowaniu przepisów ustawowych i wykonawczych oraz wymogów administracyjnych przyjętych na mocy tej dyrektywy. W ramach realizacji tego celu – w pierwotnym brzmieniu art. 71 ust. 2 *Solvency II* – państwa członkowskie powinny zapewnić uwzględnienie przez organy nadzoru wykonywania ich obowiązków zgodnie z decyzją Komisji 2009/79/WE, która to decyzja wskazuje m.in. na konieczność prowadzenia konsultacji projektów aktów typu *soft law* w sposób otwarty, przejrzysty i szeroki. Natomiast w świetle aktualnego brzmienia art. 71 ust. 2 *Solvency II*, rezultat ten powinien być osiągnięty m.in. poprzez przestrzeganie wytycznych i zaleceń EIOPA zgodnie z art. 16 Rozporządzenia 1094/2010, który w ustępie 2 stanowi wprost o obowiązku prowadzenia konsultacji publicznych tych aktów w sposób otwarty i proporcjonalny.

W przypadku polskiej implementacji prawodawca krajowy dokonał odstąpienia od standardu wynikającego z wyżej przywołanych postanowień dyrektywy *Solvency II*. Jak się bowiem wydaje, transponowanie regulacji dotyczącej konsultacji poprzez ograniczenie się do art. 365 ust. 2 u.d.z.u.r. i stwierdzenia, że „organ nadzoru przeprowadza konsultacje projektu rekomendacji z zainteresowanymi podmiotami i instytucjami”, nie może w jakimkolwiek wypadku zostać uznane za prawidłowy sposób implementacji przepisu z art. 71 ust. 2 *Solvency II* – tak w jego brzmieniu pierwotnym, jak i aktualnym. Konsultacje z zainteresowanymi podmiotami i instytucjami, o których jest mowa w art. 365 ust. 2 u.d.z.u.r., co zostanie szczegółowo wykazane poniżej, nie gwarantują bowiem zachowania w każdym przypadku standardów konsultacji otwartych, przejrzystych i szerokich czy też otwartych i proporcjonalnych, a zatem nie spełniają one wymogu, o którym jest mowa w art. 71 ust. 2 *Solvency II* – tak w jego pierwotnym, jak i aktualnym brzmieniu.

Sytuacja ta wymaga przy tym – jak się wydaje – pilnej interwencji prawodawcy krajowego. Mamy bowiem do czynienia z nieprawidłową implementacją przepisu prawa unijnego, gdzie jednocześnie, co warto podkreślić, prawodawca unijny nie pozostawił prawodawcy krajowemu marginesu interpretacyjnego przy dokonywaniu tej implementacji (implementacja ta powinna była zostać dokonana wprost).

1.3. Konsekwencje nieprawidłowej implementacji przepisu z art. 71 ust. 2 *Solvency II* do krajowego porządku prawnego

Należy w tym ostatnim kontekście dodać, że przepis wynikający z art. 71 ust. 2 *Solvency II* jest jasny, precyzyjny, bezwarunkowy i, jak już wskazano powyżej, kreuje obowiązek ściśle określonego zachowania (przeprowadzenia konsultacji w sposób otwarty i proporcjonalny) po stronie krajowych organów nadzoru [tj. w Polsce – Komisji Nadzoru Finansowego]. Kreuje on zarazem odpowiadające mu uprawnienie do uczestniczenia w takich otwartych i proporcjonalnych konsultacjach po stronie podmiotów indywidualnych (np. organizacji społeczeństwa obywatelskiego lub stowarzyszeń branżowych). W braku prawidłowej transpozycji przedmiotowego przepisu przez prawodawcę krajowego oraz wobec upływu terminu na jej transpozycję taka norma jest zatem bezpośrednio skuteczna w relacjach wertykalnych¹⁹.

Zasada pierwszeństwa prawa UE oraz skutku bezpośredniego związane są ściśle z potrzebą zagwarantowania skuteczności prawa unijnemu w wewnętrznym porządku prawnym państw

19. Por. wyrok TS z 4 grudnia 1974 C-41/74 *Yvonne van Duyn v Home Office* (EU:C:1974:133).

członkowskich – wyrażającą się w zasadzie efektywności²⁰ [ang. *effectiveness, useful effect*, niem. *Effektivität*, franc. *effet utile*], ujmowanej także jako *metazasada* systemu prawa unijnego²¹. W szerokim ujęciu zasada ta oznacza obowiązek zapewnienia skuteczności prawu unijnemu w wewnętrznym porządku prawnym państw członkowskich zarówno w aspekcie stanowienia, jak i stosowania prawa unijnego [zasada efektywności *sensu largo*]²². W znaczeniu wąskim zasada efektywności wymaga, by przepisy krajowego prawa materialnego i procesowego były formułowane w sposób zapewniający skuteczną realizację praw podmiotowych wynikających z przepisów prawa unijnego [zasada efektywności *sensu stricto*]²³. Zapewnienie osiągnięcia rezultatów integracji europejskiej i harmonizacji w sytuacji stałego ścierania się różnych interesów państw członkowskich oraz niekompletności systemu prawa unijnego skutkuje tym, że zasada efektywności stanowi jedno z podstawowych narzędzi organów unijnych wymuszających na państwach członkowskich poszanowanie tego prawa, a także pośredni mechanizm gwarantujący ochronę praw jednostek w UE²⁴.

Normatywną podstawą zasady efektywności jest przepis art. 4 ust. 3 TUE²⁵ (dawny art. 10 TWE), w myśl którego państwa członkowskie podejmują wszelkie środki ogólne lub szczególne właściwe do zapewnienia wykonania zobowiązań wynikających z traktatów lub aktów instytucji Unii; państwa członkowskie ułatwiają wypełnianie przez Unię jej zadań i powstrzymują się od podejmowania wszelkich środków, które mogłyby zagrażać urzeczywistnieniu celów Unii. Traktat Lizboński rozciągnął obowiązywanie zasady efektywności na całe prawo unijne²⁶.

Należy nadmienić, iż odwoływanie się do zasady efektywności prawa unijnego w doktrynie jest uważane powszechnie za charakterystyczny przejaw posługiwania się przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej wykładnią celowościową. Wynika to ze sposobu formułowania przepisów prawa unijnego, mających częstokroć charakter programowy i wyznaczających cele, bez precyzowania konkretnych środków dla ich osiągnięcia. Przewaga norm celowościowych w prawie unijnym powoduje dominację wykładni funkcjonalnej służącej celom traktatowym. Zgodnie bowiem z dyrektywą tzw. wykładni efektywnej (*effet utile*) na interpretatorze spoczywa obowiązek wykładni przepisów unijnych w sposób gwarantujący każdemu postanowieniu skuteczne i użyteczne oddziaływanie na obrót społeczno-gospodarczy, w sposób zgodny z celami przyjętymi w traktatach²⁷.

20. K. Kowalik-Bańczyk, *Zasada efektywności*, [w:] *Stosowanie prawa Unii Europejskiej przez sądy*, [red.] A. Wróbel, t. 2, Wolters Kluwer, Warszawa 2005, s. 286.

21. M. Zirk-Sadowski, *Wpływ orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej na wykładnię sądów administracyjnych*, [w:] *System prawa administracyjnego. Tom 4. Wykładnia w prawie administracyjnym*, [red.] R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, CH Beck, Warszawa 2012, s. 373.

22. A. Wróbel, *Autonomia proceduralna państw członkowskich. Zasada efektywności i zasada efektywnej ochrony sądowej w prawie Wspólnot Europejskich*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2005, z. 1, s. 45.

23. T. Tridimas, *The General Principles of EC Law*, Oxford University Press, Oxford 1999, s. 276.

24. N. Półtorak, *Ochrona uprawnień wynikających z prawa Unii Europejskiej w postępowaniach krajowych*, Wolters Kluwer, Warszawa 2010, s. 74 i nast.

25. Traktat o Unii Europejskiej [Dz.U. z 30.04.2004 r., Nr 90, poz. 864/30ze zm.], dalej jako: TUE.

26. W. Czapliński, [w:] *Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską. Komentarz. Tom 1*, [red.] A. Wróbel, Wolters Kluwer, Warszawa 2008, s. 301 i nast.

27. J. Niesiołowski, A. Mikołajczyk, *Z zagadnień wykładni prawa europejskiego*, [w:] *Polska kultura prawna a proces integracji europejskiej*, [red.] S. Wronkowska, Zakamycze, Kraków 2005, s. 210.

Zapewnienie efektywności prawa unijnego może odbywać się na różne sposoby²⁸. Po pierwsze, poprzez obowiązek interpretacji przepisów krajowych w zgodzie z treścią i celami dyrektywy, czyli stosowanie tzw. zasady prounijnej wykładni prawa krajowego, która jest uznawana za przedłużenie zasady pierwszeństwa prawa unijnego (nadrzędności prawa unijnego nad prawem krajowym) oraz za uzupełnienie zasady skutku bezpośredniego przepisów unijnych²⁹. Na wymóg dokonywania prounijnej wykładni przez sądy i organy administracji publicznej państw członkowskich wskazywał niejednokrotnie Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Powołując się na przepis z art. 4 ust. 3 TUE, nakazywał interpretowanie prawa krajowego w możliwie najszerszym zakresie w sposób zgodny z wymogami, celami i treścią prawa unijnego³⁰.

Zagadnienie prounijnej wykładni prawa krajowego pojawiało się początkowo w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości właśnie na tle spraw dotyczących nieprawidłowej implementacji dyrektyw³¹. Przykładowo, w orzeczeniu w sprawie *von Colson*³² Trybunał, powołując się na art. 288 TUE, zakładający po stronie państw członkowskich obowiązek osiągnięcia rzeczywistego rezultatu wskazanego w dyrektywie, stwierdził, iż do każdego organu państwa stosującego prawo unijne, w tym zwłaszcza do sądu krajowego należy interpretowanie i stosowanie ustawodawstwa przyjętego dla implementacji dyrektywy zgodnie z wymogami prawa krajowego. Interpretacja ta może sięgać tak daleko, jak sądy i organy administracji korzystają z uznania wynikającego z prawa krajowego. Uznanie winno być natomiast rozumiane szeroko, jako wszelkie sposoby przyznania przez ustawę organowi stosującemu prawo luzu decyzyjnego i elastyczności³³. W wyroku z dnia 7 lipca 2009 roku³⁴, Naczelny Sąd Administracyjny, powołując się na powyższy wyrok TSUE, wskazał, iż sąd krajowy w procesie stosowania prawa wewnętrznego – w szczególności zaś przepisów wydanych w celu wykonania dyrektywy – jest obowiązany interpretować przepisy w świetle brzmienia i celu dyrektywy, aby zapewnić osiągnięcie rezultatu określonego w art. 249 akapit 3 TWE [aktualnie art. 288 TUE].

*Natomiast zdaniem polskiego Trybunału Konstytucyjnego zasada interpretacji przyjaznej dla prawa unijnego znajduje oparcie w art. 91 ust. 1 Konstytucji RP i może polegać m. in. na tym, że w sytuacji, gdy w grę wchodzi kilka możliwości interpretacyjnych, należy wybrać tę, która jest najbliższa ujęciu *acquis communautaire*. TK przyjmuje nawet, że interpretacja sprzeczna z zasadami prawa unijnego jest również sprzeczna z klauzulą państwa prawa z art. 2 Konstytucji RP³⁵.*

28. Zob. M. Śliwa-Wajda, *Administracyjnoprawne środki zwrotu niezgodnej z prawem pomocy państwa w Polsce i Niemczech*, Instytut Wydawniczy EuroPrawo, Warszawa 2017, s. 57 i nast.

29. Por. szerzej: M. Kamiński, *Stosowanie dyrektyw unijnych w działalności kontrolnej polskich sądów administracyjnych*, „Studia Gdańskie” 2010, t. VII, s. 281.

30. Zob. np. wyrok TS z 13 listopada 1990 r. w sprawie C 106/89 *Marleasing SA* przeciwko *Lacomercial Internacional de Alimentacion SA*, ECR [1990] I-4135; wyrok TS z 4 lutego 1988 r., w sprawie 157/86 *Mary Murphy* i inni przeciwko *An Bord Telecom Eireann*, ECR [1988] s. 673.

31. S. Biernat, *Zasada efektywności prawa wspólnotowego w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości*, *Studia z Prawa Unii Europejskiej*, Zakamycze, Kraków 2000, s. 43.

32. Wyrok TS z 10 kwietnia 1984 r., C-14/83 *Sabine von Colson and Elisabeth Kamann v Land Nordrhein-Westfalen* [EU:C:1984:153].

33. K. Scheuring, *Orzeczenie w trybie prejudycjalnym, praktyczne rozważania na podstawie art. 234 TWE*, [w:] *Stosowanie prawa wspólnotowego w prawie wewnętrznym z uwzględnieniem prawa polskiego*, [red.] D. Kornobis-Romanowska, Dom Wydawniczy ABC, Warszawa 2004, s. 143.

34. Wyrok NSA z dnia 7 lipca 2009 r., sygn. I FSK 676/08, dostępny w CBOSA.

35. Wyrok TK z dnia 28 stycznia 2003 r., sygn. K 2/02, OTK-A 2003/1/4.

Obowiązek dokonywania wykładni pronijnej wymaga niejednokrotnie przeprowadzenia rekonstrukcji podstawy normatywnej implementacji, na którą składają się nie tylko normy konkretnej dyrektywy, ale również normy prawa pierwotnego (traktatowe), stanowiące źródło regulacji oraz wyznaczające odpowiedni kontekst interpretacyjny. Kolejnym etapem wykładni powinno być dokonanie interpretacji przepisów prawa krajowego w świetle treści i celu regulacji składającej się na wzorzec unijny³⁶. W zakresie implementacji przepisów prawa pochodnego mieszczą się tym samym nie tylko mechanizmy stosowania przepisów uchwalonych na etapie transpozycji, ale też wszelkie inne instrumenty służące zapewnieniu stosowania tychże przepisów w zgodzie z celem, któremu służą. Istotą procesu implementacji przepisów prawa pochodnego jest bowiem zapewnienie skuteczności prawa pochodnego UE w krajowych porządkach prawnych³⁷.

Po drugie, efektywność może zostać osiągnięta poprzez niestosowanie prawa krajowego niezgodnego z prawem unijnym. W orzeczeniu w sprawie *Simmenthal*³⁸ TSUE kilkakrotnie wskazał na potrzebę zapewnienia pełnej efektywności prawa unijnemu. Zdaniem Trybunału efektywność prawa unijnego byłaby osłabiona, gdyby sądy krajowe były pozbawione kompetencji do odmowy zastosowania normy prawa krajowego, w przypadku gdy przeszkadzałyby ona w uzyskaniu pełnej mocy i skuteczności normie prawa unijnego. W postanowieniu z dnia 9 maja 2007 roku³⁹, Sąd Najwyższy w nawiązaniu do tego orzeczenia wskazał jednak, iż sądy krajowe w pierwszej kolejności powinny dokonywać pronijnej wykładni przepisu prawa wewnętrznego. Dopiero w braku usunięcia sprzeczności między normą polską a unijną tą metodą, zachodzi potrzeba rozważenia odmowy zastosowania przepisu prawa krajowego.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt analizowanego stanu faktycznego i prawnego, stwierdzić należy, że w braku prawidłowej transpozycji art. 71 ust. 2 dyrektywy *Solvency II* przez prawodawcę krajowego, na KNF ciąży obowiązek dokonania pronijnej wykładni art. 365 ust. 2 u.d.z.u.r. przez pryzmat brzmienia i celu przepisu z art. 71 ust. 2 *Solvency II*⁴⁰ – tak dalece jak wykładnia taka nie będzie *contra legem* z przepisami prawa krajowego⁴¹. Jak się wydaje, wykładania taka jest możliwa, tak długo jak za *zainteresowane* uznane zostaną *wszystkie* podmioty zainteresowane udziałem w konsultacjach, po ich publicznym ogłoszeniu przez KNF i przy założeniu, że na zgłoszenie chęci udziału w konsultacjach zostanie przyznany pewien rozsądny okres. Następnie konsultacje powinny zostać przeprowadzone w sposób proporcjonalny do zasięgu charakteru i wpływu „rekomendacji”.

36. Zob. szerzej: wyrok TS z 8 października 1987 r., w sprawie C-80/86 *Criminal proceedings v. Kolpinghuis Nijmegen BV*, ECR 1987, s. 03969; wyrok TS z 15 czerwca 2000 r., w sprawie C-365/98 *Brinkmann Tabakfabriken GmbH v. Hauptzollamt Bielefeld*, ECR 2000, s. I-04619.

37. A. von Bogdandy, *Podstawowe zasady prawa UE – teoria i doktryna (cz. 2)*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2009, nr 9, s. 6; F. Snyder, *The Effectiveness of European Community Law: Institutions, Processes, Tools and Techniques*, „The Modern Law Review” 1993, Vol. 56, Issue 1, s. 21.

38. Wyrok TS z 9 marca 1978 r., w sprawie C-106/77 *Amministrazione delle Finanze dello Stato przeciwko Simmenthal SpA*, ECR [1978], s. 629.

39. Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 9 maja 2007 r., sygn. II CSK 25/07, OSNC 2008/5/52. Por szerzej L. Morawski, *Zasady wykładni prawa*, TNOiK, Toruń 2010, s. 143–146.

40. Zob. też np.: J. Barcz, *Wytyczne polityki legislacyjnej i techniki prawodawczej*, Instytut Wydawniczy EuroPrawo, Warszawa 2003, s. 48; wyrok TS z 6 maja 1980 r., w sprawie C-102/79, Komisja v. Królestwo Belgii.

41. Por. wyrok TS z 10 kwietnia 1984 r. C-14/83 *Sabine von Colson and Elisabeth Kamann v Land Nordrhein-Westfalen* (EU:C:1984:153).

Gdyby prounijna wykładnia art. 365 ust. 2 u.dz.u.r. nie była możliwa, to, w związku z upływem terminu na transpozycję art. 71 ust. 2 *Solvency II*, na KNF ciąży obowiązek ochrony bezpośrednio skutecznych uprawnień wynikających z normy tamże ustanowionej – tzn. zastosowania normy wynikającej z tego przepisu (przeprowadzenia konsultacji w sposób otwarty i proporcjonalny) i niestosowania art. 365 ust. 2 u.dz.u.r.⁴² Zgodnie z wywodem przedstawionym powyżej, KNF jest bowiem organem administracji państwowej, a zatem niewłaściwie transponowane przepisy dyrektywy, co do których termin na transpozycję upłynął, są wobec niej bezpośrednio skuteczne zgodnie z zasadą skutku bezpośredniego wertykalnego⁴³.

Wypada wreszcie podkreślić, że zapewnienie pełnej skuteczności normy wynikającej z art. 71 ust. 2 *Solvency II* jest obowiązkiem Komisji Nadzoru Finansowego, niezależnie od tego, czy możliwa jest prounijna wykładnia art. 365 ust. 2 u.dz.u.r. zapewniająca taką pełną skuteczność, czy też nie. Norma ta kreuje bowiem z jednej strony jasny, precyzyjny i bezwarunkowy obowiązek zachowania się po stronie KNF [tj. obowiązek prowadzenia konsultacji w sposób otwarty i proporcjonalny], z drugiej zaś odpowiadające mu uprawnienie po stronie jednostek chętnych do uczestniczenia w procesie konsultacji. Jak się zatem wydaje, inny sposób zachowania się KNF byłby niezgodny z wymogami prawa unijnego, płynącymi z zasady efektywności i mógłby prowadzić do kontestowania wydawanych przez KNF na podstawie art. 365 ust. 2 u.dz.u.r. rekomendacji ze względów proceduralnych (np. przez pominięte podmioty chętne do uczestniczenia w konsultacjach), co byłoby z pewnością niekorzystną sytuacją dla praktyki rynkowej i z punktu widzenia budowania zaufania podmiotów nadzorowanych do organu nadzoru.

2. Standard unijny prowadzenia konsultacji publicznych projektów aktów typu *soft law*

2.1. Wymóg prowadzenia otwartych, przejrzystych i szerokich konsultacji w świetle pierwotnego brzmienia art. 71 ust. 2 *Solvency II*

Skoro przepis art. 71 ust. 2 *Solvency II* dotyczy m.in. publicznych konsultacji projektów aktów typu *soft-law* wydawanych przez EIOPA, a art. 365 ust. 2 u.dz.u.r. stanowi jego polską implementację, to dokonując interpretacji przepisu z art. 365 ust. 2 u.dz.u.r. – przez pryzmat tzw. prounijnej wykładni przepisów prawa krajowego – należy wskazać, że prawodawca unijny oczekuje, iż konsultacje aktów typu *soft law* będą konsultacjami „otwartymi, przejrzystymi i szerokimi”, a udział w nich wezmą „uczestnicy rynku, konsumenci i użytkownicy końcowi”.

Standardem konsultacji zakładanym przez prawodawcę unijnego w świetle decyzji Komisji 2009/79/WE, do której odsyłał w pierwotnym (i implementowanym przez polskiego prawodawcę) brzmieniu art. 71 ust. 2 *Solvency II*, jest po pierwsze to, by były one konsultacjami **otwartymi**, tj. by o udziale w nich decydowali uczestnicy rynku, konsumenci i użytkownicy końcowi, a nie organ nadzoru – stosujący instytucję zaproszenia. Oczywistym jest bowiem, że gdy o udziale w konsultacjach będzie decydował organ nadzoru, wykorzystując instytucję zaproszenia kierowanego do konkretnych podmiotów i instytucji, to w konsultacjach tych będą mogły wziąć udział wyłącznie podmioty zaproszone. Tym samym, nie będzie można mówić o konsultacjach otwartych. Skoro

42. Por. wyrok TS z 22 czerwca 1989 r., C-103/88 *Fratelli Costanzo SpA v Comune di Milano* [EU:C:1989:256].

43. Por. wyrok TS z 5 kwietnia 1979 r., C-148/78 *Ratti* [EU:C:1979:110].

bowiem do udziału w konsultacjach jest potrzebne zaproszenie, które nie jest dostępne publicznie, to oczywistym jest to, że podmioty, które nie zostały zaproszone, w ogólności nie będą miały wiedzy na temat konsultacji, a tym samym nie będą mogły wziąć w nich udziału. Nie będzie można zatem uznać, że konsultacje takie są otwarte.

Oczekiwaniem prawodawcy unijnego jest – po drugie – to, by konsultacje były konsultacjami **przejrzystymi**, a więc – by uczestnicy rynku, konsumenci i użytkownicy końcowi mieli wpływ oraz pełną wiedzę na temat ich przebiegu, zgłoszonych opinii / stanowisk / komentarzy oraz na temat ich wyniku [tj. poczynionych w ich trakcie ustaleń]. Natomiast w sytuacji, gdy organ nadzoru zbierze opinie / stanowiska / komentarze, które będą pochodzić wyłącznie od zaproszonych podmiotów i instytucji, a następnie tych opinii / stanowisk / komentarzy nie upubliczni, to – jak się wydaje – nie będzie można mówić o transparentności takich konsultacji. Oczywistym jest bowiem, że organ nadzoru będzie działał tutaj na zasadzie tzw. *locked box*, tj. w odpowiedzi na zaproszenie wystosowane do podmiotów i instytucji – w jego ocenie *zainteresowanych* – będzie wyłącznie przyjmował opinie / stanowiska / komentarze, a podmioty je zgłaszające nie będą miały wiedzy o tym, czy i jakiej treści opinie / stanowiska / komentarze zgłosiły inne podmioty, kto takowe zgłosił oraz czy i w jakim zakresie organ nadzoru wziął je pod uwagę na dalszym etapie prac nad projektem rekomendacji.

Oczekiwaniem prawodawcy unijnego jest, po trzecie, to, by konsultacje były **szerokie**, a zatem by udział w nich wziął możliwie rozległy krąg podmiotów spośród uczestników rynku, konsumentów i użytkowników końcowych. Natomiast w przypadku stosowania przez organ nadzoru zaproszeń kierowanych do wybranych przez siebie podmiotów i instytucji, które to są w ocenie organu nadzoru *zainteresowane*, nie sposób zagwarantować, że wymóg konsultowania szerokiego gremium będzie spełniony każdorazowo. Jak się wydaje, wykorzystanie przez organ nadzoru instytucji zaproszenia do uczestnictwa w konsultacjach – zamiast publicznego ogłoszenia o konsultacjach – stoi w opozycji do szerokiego charakteru takich konsultacji. Udział w takich konsultacjach mogą bowiem wziąć wyłącznie podmioty zaproszone, co skutkuje *de facto* zamknięciem grona konsultowanych – tylko do wybranych podmiotów.

2.2. Konsultacje otwarte i proporcjonalne w świetle aktualnego brzmienia art. 71 ust. 2 *Solvency II*

Prounijna wykładnia przepisu art. 365 ust. 2 u.d.z.u.r., dokonywana przez pryzmat normy z art. 71 ust. 2 *Solvency II* w jej aktualnym brzmieniu (odsyłającym do art. 16 Rozporządzenia 1094/2010), powinna prowadzić do wniosku, iż modelem zakładanym przez prawodawcę unijnego w odniesieniu do konsultacji publicznych organów nadzoru jest to, by konsultacje te miały charakter otwarty i proporcjonalny.

O ile standard otwartości konsultacji przyjęty został już w brzmieniu pierwotnym normy z art. 71 ust. 2 *Solvency II* i w tym zakresie aktualne pozostają ustalenia poczynione w tej kwestii w poprzednim podrozdziale, o tyle pogłębionej analizy wymaga standard proporcjonalności. W tym kontekście należy przypomnieć w pierwszej kolejności, że zasada proporcjonalności jest jedną z zasad ogólnych prawa Unii Europejskiej, których uwzględnianie stanowi ważną część

obowiązków implementacyjnych. Wskazuje na to wyrok Sądu UE w sprawie T-16/04, *Arcelor SA*⁴⁴, gdzie podkreślono, że „wymogi wynikające z ochrony ogólnych zasad uznanych we wspólnotowym porządku prawnym [...] wiążą również państwa członkowskie, gdy wprowadzają one w życie uregulowania wspólnotowe”.

Zasada proporcjonalności służy do oceny relacji między podejmowanymi środkami a zakładanymi celami i nakazuje organom publicznym działać w sposób odpowiedni do zakładanego celu. Stanowi ona imperatyw odnośnie do formy, sposobu oraz intensywności wykonywania kompetencji⁴⁵, kierowany do organów władzy wykonawczej, tak na szczeblu unijnym, jak i krajowym, nakazujący podejmować im jedynie takie środki i działania, które są odpowiednie (ang. *appropriate*), konieczne – niezbędne (ang. *necessary*) oraz proporcjonalne (współmierne) do osiągnięcia celu, jakiemu służą⁴⁶. Najważniejszą wytyczną płynącą z zasady proporcjonalności jest więc wyważenie i możliwie idealne dopasowanie środków potrzebnych do osiągnięcia zamierzonego celu do okoliczności konkretnego stanu faktycznego. Jako zasada ogólna prawa unijnego, zasada proporcjonalności chroni jednostki przed nadmierną ingerencją w sferę jej praw i wolności zarówno przez instytucje unijne, jak i przez organy państw członkowskich. Zasada ta jednocześnie zawęża zakres swobodnego uznania państw członkowskich przy wdrażaniu prawa unijnego oraz korzystaniu z możliwości odstąpienia od obowiązków nakładanych na nie przez postanowienia TfUE i akty prawa pochodnego⁴⁷.

Proporcjonalność konsultacji wyrażać się będzie zatem w tym, że ich zakres, rodzaj i przebieg będą możliwie idealnie dopasowane do specyfiki projektu, który jest przedmiotem konsultacji publicznych. Chodzi tutaj o konsultacje *szyte na miarę*, które w ujęciu podmiotowym, przedmiotowym i funkcjonalnym będą adekwatne do specyfiki aktu typu *soft law*, który to akt jest przedmiotem publicznych konsultacji.

I tak, w ujęciu podmiotowym oznacza to, że w przypadku gdy projekt aktu typu *soft law* będzie miał w kręgu tak bezpośrednich, jak i pośrednich adresatów tylko zakłady ubezpieczeń, to koniecznym, a jednocześnie wystarczającym będzie zapewnienie udziału w tych konsultacjach jedynie zakładom ubezpieczeń. W przypadku zaś, gdy projekt aktu typu *soft law* będzie miał w kręgu – bezpośrednich albo pośrednich – adresatów również inne podmioty, to wtedy obowiązkiem KNF będzie zapewnić udział w tych konsultacjach również tym podmiotom. Oczekiwaniem prawodawcy unijnego jest w rezultacie to, by udział w konsultacjach wzięło odpowiednio szerokie gremium podmiotów – reprezentujących zróżnicowane interesy, które powinny być wzięte pod uwagę przy opracowywaniu projektu aktu typu *soft law* – spośród uczestników rynku, konsumentów i użytkowników końcowych, na których sytuację dany akt typu *soft law* może mieć choćby pośredni wpływ. Jednocześnie wymóg proporcjonalności wyklucza konieczność udziału w konsultacjach podmiotów, które nie są – chociażby pośrednio – dotknięte danym aktem typu *soft law*. Jak się

44. Por. szerzej: wyrok Sądu z 2 marca 2010 r., w sprawie T-16/04, *Arcelor SA vs. Parlament Europejski i Rada Unii Europejskiej*, EU:T:2010:54, pkt 181.

45. Zob. R. Grzeszczak, *Władza wykonawcza w systemie Unii Europejskiej*, Stowarzyszenie Absolwentów WPIA UW, Warszawa 2011, s. 126 i nast.

46. 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, Zakamycze, Kraków 2005, s. 100.

47. D. Miąsik, *Zasada proporcjonalności*, [w:] *Zasady ustrojowe Unii Europejskiej. Tom II*, [red.] J. Barcz, Instytut Wydawniczy EuroPrawo, Warszawa 2010, s. II-140.

wydaje, brzmienie przepisu z art. 365 ust. 2 u.d.z.u.r., zakładające stosowanie przez organ nadzoru zaproszeń kierowanych wyłącznie do wybranych przez ten organ „zainteresowanych podmiotów i instytucji”, nie daje gwarancji każdorazowego zachowania standardu proporcjonalnych konsultacjach w ujęciu podmiotowym.

W ujęciu przedmiotowym chodzi natomiast o to, by uzyskać merytoryczne, obiektywne i wszechstronne stanowisko od możliwie wszystkich interesariuszy, na których projekt aktu typu *soft law* ma lub może mieć wpływ – a tym samym uzyskać niejako wiarygodny głos rynku, a nie tylko głos wybranych podmiotów. W przypadku zaś stosowania przez organ nadzoru zaproszeń kierowanych wyłącznie do wybranych przez ten organ podmiotów, które są w ocenie organu nadzoru zainteresowane, istnieje ryzyko, że konstruktywny głos rynku nie zostanie w pełni odzwierciedlony.

Wreszcie, w ujęciu funkcjonalnym wymóg proporcjonalności powinien być rozumiany jako spoczywający na Komisji Nadzoru Finansowego obowiązek nie tylko pozyskania stanowisk od interesariuszy, ale również ich odpowiedniego rozważenia i ewentualnego uwzględnienia w ramach projektu aktu typu *soft law*. By konsultacje przyniosły wymierną korzyść, ich wynik musi zostać wzięty pod uwagę, a konkluzje z nich wynikające – muszą mieć realny wpływ na treść aktu typu *soft law*. Instytucja konsultacji nie może mieć charakteru czysto fikcyjnego, umożliwiającego zlekceważenie przez KNF uwag zgłoszonych przez interesariuszy, gdyż godziłoby to w standard proporcjonalności oraz samą istotę i sens prowadzenia konsultacji.

Należy ponadto wskazać, że wykorzystane w art. 16 ust. 2 Rozporządzenia 1094/2010 sformułowanie o przeprowadzaniu konsultacji „w stosownych przypadkach” musi być interpretowane również przez pryzmat wymogu proporcjonalności. Mianowicie konsultacje zawsze muszą być niejako „szyte na miarę”, tj. idealnie dopasowane do okoliczności danego przypadku (należy brać pod uwagę to, że ich charakter i przebieg są funkcją skutków, które generowane będą przez dane wytyczne lub zalecenia – gdzie im bardziej doniosłe będą te skutki, tym bardziej zaawansowane i rozbudowane powinny być konsultacje). Należy przy tym wyraźnie zastrzec, że w każdym przypadku konsultacje publiczne mają być otwarte i w każdym przypadku koniecznym jest poddanie analizie potencjalnych kosztów i korzyści związanych z danymi wytycznymi lub zaleceniami (*argumentum ex art. 16 ust. 2 Rozporządzenia 1094/2010*). Prawidłowa realizacja powyższego wymogu gwarantować będzie to, że następnie przyjęte wytyczne i zalecenia będą rozwiązaniem „szytym na miarę”, spełniającym wymóg proporcjonalności (w tym w obszarze ich efektywności ekonomicznej, tj. pozytywnego bilansu korzyści i kosztów). Można w rezultacie z powodzeniem przyjąć to, że prawodawca unijny zabezpiecza konieczność spełnienia wymogu proporcjonalności przy tworzeniu przez EIOPA wytycznych i zaleceń na kilku poziomach, tj. tak na poziomie poszczególnych norm Rozporządzenia 1094/2010, jak i na szczeblu aktów prawa pierwotnego stanowiących fundament dla funkcjonowania Unii Europejskiej. Powyższe stanowi przy tym niezwykle cenną – co będzie przedmiotem poszerzonych rozważań poniżej – wskazówkę w kwestii wykładni przepisów tak Rozporządzenia 1094/2010, jak i odpowiednich przepisów prawa krajowego.

2.3. Standard prowadzenia konsultacji projektów aktów typu *soft law* przez EIOPA oraz organy nadzoru innych państw członkowskich

Należy podkreślić, iż prowadzenie konsultacji projektów aktów typu *soft law*, opartych na standardach otwartości i proporcjonalności, stanowi utrwaloną praktykę działania tzw. unijnych regulatorów, tj. Europejskiego Urzędu Nadzoru Ubezpieczeń i Pracowniczych Programów Emerytalnych

(EIOPA), Europejskiego Urzędu Nadzoru Giełd i Papierów Wartościowych (ESMA) czy Europejskiego Urzędu Nadzoru Bankowego (EBA), które to organy unijne prowadzą otwarte i proporcjonalne konsultacje publiczne dotyczące projektów aktów typu *soft law*⁴⁸.

Akty typu *soft law* odgrywają znaczącą rolę w praktyce regulacji rynku finansowego, w tym rynku ubezpieczeniowego na szczeblu Unii Europejskiej⁴⁹. Obserwacja dotychczasowej praktyki działania Europejskiego Urzędu Nadzoru Ubezpieczeń i Pracowniczych Programów Emerytalnych prowadzi do wniosku, że EIOPA wykorzystywał do tej pory akty typu *soft law* 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 wyznaczający najlepsze praktyki nadzorcze.

Choć akty prawa miękkiego nie mają mocy prawnie wiążącej jako takiej, a zawartym w nich wskazówkom przypisuje się jedynie walor informacyjny⁵⁰, to jednak mogą one wywoływać pewne skutki praktyczne⁵¹. Jak bowiem podkreśla się w literaturze⁵², użyteczność aktów prawa miękkiego jest oparta współcześnie na zasadzie kompromisu i współpracy bardziej aniżeli hierarchicznego podporządkowania. Co więcej, 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, ile ze swoistego kompromisu i zgody podmiotów, z którymi wiąże się chęć związania jego postanowieniami. Takie podejście tym bardziej, jak się wydaje, akcentuje użyteczność stosowania różnego rodzaju form współpracy organu z rynkiem, wspierających aktywny udział szerokiego kręgu podmiotów funkcjonujących w określonym sektorze rynku finansowego – również na etapie stanowienia aktu typu *soft law*, a na tym zasadza się m.in. istota otwartych i proporcjonalnych konsultacji publicznych.

Należy przy tym jednoznacznie wskazać, że obowiązek przeprowadzenia przez – odpowiednio – EIOPA / ESMA / EBA otwartych i proporcjonalnych konsultacji wynika bezpośrednio z aktów prawa unijnego, które stanowią podstawę prawną dla funkcjonowania tych organów. W odniesieniu zaś konkretnie do EIOPA podstawą prawną dla prowadzenia przez Europejski Urząd Nadzoru Ubezpieczeń i Pracowniczych Programów Emerytalnych takich konsultacji stanowią postanowienia z art. 10, art. 15 i z art. 16 Rozporządzenia Nr 1094/2010. Na mocy tych regulacji EIOPA zobowiązany

48. Tytułem przykładu można wskazać następujące ogłoszenia o publicznych konsultacjach tych urzędów: *Consultations and surveys*, Eiopa [europa.eu]; *EBA launches public consultation on draft technical standards on Pillar 3 disclosures of ESG risks*, European Banking Authority [europa.eu]; *EBA launches public consultation on the draft technical standards on supervisory disclosure under the Investment Firms Directive*, European Banking Authority [europa.eu] [dostęp: 9.03.2023].

49. Zob. ogólnie o roli *soft law* na szczeblu UE 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, 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.

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

51. 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.

52. Zob. K. Spryszak, *Rola standardów o charakterze soft law w zakresie kreowania zobowiązań w państwach członkowskich organizacji międzynarodowych*, „Humanities and Social Sciences” 2017, No 4(24), Vol. XXIII, s. 212.

jest prowadzić otwarte konsultacje na temat projektów aktów typu *soft law*, tak by możliwe było uwzględnienie stanowisk możliwie szerokiego kręgu interesariuszy.

Na marginesie tych rozważań celowym wydaje się przypomnienie, iż zarówno prawodawca unijny, jak i EIOPA kładą istotny nacisk na transparentność działań i zapewnienie tego, by obywatele Unii Europejskiej mieli pełny dostęp do informacji dotyczących stanowionych aktów normatywnych i regulacji, w tym także, by w stosownych przypadkach mogli brać udział w konsultacjach publicznych dotyczących konkretnych aktów na etapie ich stanowienia. Zapewnienie tego wymogu jest funkcją uprawnień obywateli Unii Europejskiej, wynikających zarówno z Karty Praw Podstawowych (art. 42), jak i z art. 15 TfUE, a realizacja powyższego wymogu jest jednym z fundamentów funkcjonowania EIOPA⁵³.

Należy zwrócić uwagę na to, że również utrwaloną praktyką organów nadzoru w innych państwach członkowskich UE jest prowadzenie otwartych, przejrzystych i szerokich (czy też otwartych i proporcjonalnych) konsultacji w przedmiocie aktów typu *soft law* w oparciu o odpowiednie przepisy prawa krajowego⁵⁴. Tytułem przykładu można wskazać na konsultacje publiczne prowadzone przez niemiecki organ nadzoru (*BaFin*): https://www.bafin.de/DE/RechtRegelungen/Konsultationen/Konsultationen_node.html⁵⁵ czy też przez francuski organ nadzoru (*Autorite Des Marches Financiers*): <https://www.amf-france.org/fr/actualites-publications/consultations-de-lamf>⁵⁶.

W konsekwencji należy wskazać, że standardem regulacyjnym przyjętym w obrębie jednolitego rynku finansowego jest to, że właściwy organ nadzoru konsultuje projekt aktu typu *soft law* w ramach otwartych, przejrzystych i szerokich (otwartych i proporcjonalnych) konsultacji publicznych.

Tym większe wątpliwości budzi okoliczność, że w przypadku krajowych konsultacji projektów aktów typu *soft law*⁵⁷ Komisja Nadzoru Finansowego nie jest zobowiązana – na mocy postanowień z art. 365 ust. 2 u.d.z.u.r. – do przeprowadzenia otwartych i proporcjonalnych konsultacji. Jak się wydaje, mamy tutaj do czynienia nie tylko z nieprawidłową implementacją odpowiednich przepisów dyrektywy *Solvency II*, ale i z naruszeniem *ratio* regulacji unijnej, którym jest skonsultowanie projektu regulacji typu *soft law* z możliwie szerokim kręgiem interesariuszy.

53. Zob. szerzej: *Public access to documents*, Eiopa [europa.eu] [dostęp: 9.03.2023].

54. Zob. np. *EU Financial Regulation Soft Law in the Member States: Finland, France, Germany, Italy, the Netherlands, Slovenia and the UK*, [ed.] M. Avbejl, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3668793 [dostęp: 9.03.2023], np. s. 72 i nast. dokumentu odnośnie konsultacji publicznych we Włoszech.

55. Dostęp: 9.03.2023.

56. Dostęp: 9.03.2023.

57. Na marginesie należy przypomnieć jedynie, że rekomendacje, o których jest mowa w art. 365 ust. 1 u.d.z.u.r. są aktami typu *soft-law*, których istotą jest wskazanie, jak organ nadzoru rozumie te przepisy prawa powszechnie obowiązującego, a tym samym – jakiej wykładni tych przepisów organ nadzoru oczekuje. Por. szerzej A. Nadolska, *Soft law w regulacji rynku finansowego w Polsce: rekomendacje, wytyczne i lista ostrzeżeń publicznych KNF*, CH Beck, Warszawa 2021; P. Wajda, *Rekomendacje Komisji Nadzoru Finansowego dla zakładów ubezpieczeń i zakładów reasekuracji*, „Wiadomości Ubezpieczeniowe” 2016, nr 3, s. 119–130. Dlatego też akty typu *soft-law* oparte są na koncepcji *comply or explain*, gdzie skutek wykładni zakładany przez organ może być wypracowany przez adresatów aktu również w inny sposób.

2.4. Standard prowadzenia konsultacji wynikający z innych dokumentów nadzorczych

Warto również wskazać, że standard prowadzenia konsultacji wynika z takich dokumentów nadzorczych, jak:

- 1) *Insurance Core Principles and Common Framework for the Supervision of Internationally Active Insurance Groups*⁵⁸, którego sygnatariuszem jest Komisja Nadzoru Finansowego i który to dokument statuuje standard w obszarze transparentności działania organu nadzoru (2.0.1. i 2.0.4.);
- 2) *BCP – Core Principles for effective banking supervision*⁵⁹ (Principle 2, teza 01.66);
- 3) OECD, *Policy Guidance on the Structure of Insurance Regulation and Supervision*⁶⁰ (4. Independence and accountability of institutions).

W odniesieniu do pierwszego z wymienionych dokumentów wspomnieć należy przede wszystkim o postanowieniach zawartych w jego sekcjach 2.0.1., 2.0.4 oraz 2.9 odnoszących się pośrednio lub bezpośrednio do kwestii konsultacji. Podkreślono w nich bowiem wagę transparentności działalności organu nadzoru, która zapewnia zwiększenie przewidywalności nadzoru i kształtuje oczekiwania podmiotów nadzorowanych, co przekłada się na zwiększenie efektywności nadzoru. Stwierdzono, że transparentność nadzoru wymusza na organach nadzorczych podawanie do publicznej wiadomości informacji o jego obowiązkach, wymogach i procedurach nadzorczych. Co więcej, wskazano, iż kluczowym elementem przejrzystości jest zapewnienie przez organ nadzoru możliwości przeprowadzenia wnikliwych konsultacji publicznych na temat proponowanych wymogów i procedur nadzorczych. Konsultowanie przynosi wymierne korzyści dzięki konstruktywnemu udziałowi zróżnicowanych zainteresowanych podmiotów. W związku z tym organ nadzoru powinien dysponować metodami zachęcania i zabiegania o udział interesariuszy. Organ nadzoru powinien posiadać pisemne regulacje proceduralne dotyczące rodzajów dokumentów podlegających konsultacjom, przebiegu i terminów konsultacji⁶¹.

Jak się wydaje, tożsamy standard powinien znaleźć zastosowanie w Polsce (zwłaszcza że – jak to zostało wskazane powyżej – Komisja Nadzoru Finansowego jest sygnatariuszem wyżej powołanych dokumentów), tak w brzmieniu postanowień przepisu z art. 365 ust. 2 u.d.z.u.r., jak i w praktyce funkcjonowania KNF.

58. Dokument dostępny pod adresem: 191115-IAIS-ICPs-and-ComFrame-adopted-in-November-2019.pdf [iaisweb.org] [dostęp: 9.03.2023].

59. Dokument dostępny pod adresem: BCP01 – The core principles [bis.org] [dostęp: 9.03.2023].

60. Dokument dostępny pod adresem: Policy Guidance on the Structure of Insurance Regulation and Supervision [oecd.org] [dostęp: 9.03.2023].

61. Por. wersja oryginalna tekstu: 2.9.2. *A critical element of transparency is for the supervisor to provide the opportunity for meaningful public consultation on proposed requirements and supervisory procedures. Meaningful public consultation benefits from participation by a diversity of stakeholders. Consequently, the supervisor should have methods in place to encourage and solicit stakeholder participation.* 2.9.3 *The supervisor should have written procedures on the types of documents that are subject to public consultation as well as the process and timelines for consultation [E].*

3. Ocena prawidłowości konsultacji prowadzonych przez KNF w reżimie art. 365 ust. 2 u.dz.u.r. – uwagi krytyczne

Przeprowadzona w niniejszym opracowaniu analiza prawna kwestii prawidłowości implementacji do art. 365 ust. 2 u.dz.u.r. odpowiednich regulacji unijnych oraz standardów, jakim powinny odpowiadać konsultacje publiczne projektów aktów typu *soft law* wydawanych przez KNF dla rynku ubezpieczeniowego, czyni uzasadnionym stanowisko, że przepis z art. 365 ust. 2 u.dz.u.r. jest nieprawidłową implementacją przepisu z art. 71 ust. 2 *Solvency II* – zarówno w jego pierwotnym, jak i aktualnym brzmieniu. Przyjęte obecnie brzmienie przepisu z art. 365 ust. 2 u.dz.u.r. nie gwarantuje bowiem – jak zostało to wskazane – że konsultacje prowadzone będą przez KNF z zachowaniem unijnych standardów otwartości, przejrzystości, szerokości czy proporcjonalności. W przypadku przedmiotowych konsultacji to KNF decyduje bowiem o tym, które podmioty / instytucje będą mogły wziąć udział w przedmiotowych konsultacjach i nie upublicznia (choćby tylko w ramach kręgu podmiotów / instytucji zainteresowanych) jakichkolwiek informacji na temat przebiegu tych konsultacji.

Należy przy tym zaznaczyć, iż prezentowane przez autorów niniejszego opracowania krytyczne stanowisko w przedmiocie instytucji konsultacji przewidzianych w art. 365 ust. 2 u.dz.u.r. nie jest, jak się wydaje, odosobnione. Przykładowo, Bartosz Wojno trafnie podnosi, że: „Przepisy nie precyzują terminów konsultacji, podmiotów w nie zaangażowanych, ich form czy też intensywności. Należy stwierdzić, że konsultacje powinny być prowadzone w taki sposób, aby środowisko przyszłych adresatów rekomendacji miało realną możliwość wypowiedzenia się w sprawie projektu”⁶². Tym samym w doktrynie – jak się wydaje – również wskazuje się, że przepis z art. 365 ust. 2 u.dz.u.r. powinien być tak wykładany przez KNF, by konsultacje w praktyce były prowadzone w sposób otwarty, przejrzysty i szeroki (czy też otwarty i proporcjonalny), a zatem w duchu pronunijnej wykładni, zapewniającej efektywność prawu unijnemu.

Co więcej, jak się wydaje, prowadzenie przez KNF konsultacji projektów rekomendacji dla zakładów ubezpieczeń i reasekuracji w sposób niezgodny z wymogami otwartości, przejrzystości, szerokości czy proporcjonalności jest działaniem nie do pogodzenia z wymogami dotyczącymi działalności Komisji Nadzoru Finansowego wynikającymi z judykatury. W orzecznictwie sądów administracyjnych trafnie bowiem przyjmuje się, że organy administracji są podporządkowane podstawowym zasadom płynącym z ustawy z dnia 14 czerwca 1960 roku – Kodeks postępowania administracyjnego nie tylko w chwilę wszczęcia sformalizowanego postępowania administracyjnego, lecz także i wcześniej, czyli wtedy, gdy swoimi działaniami lub zaniechaniami wpływają na zdarzenia, które w przyszłości mogą się stać okolicznościami faktycznymi decydującymi o wyniku postępowania⁶³. Stanowione przez KNF akty typu *soft law* mają fundamentalne znaczenie dla działalności Komisji i stosowania tak przez nią, jak i przez podmioty nadzorowane przepisów prawa powszechnie obowiązującego. Niewątpliwie zatem działalność KNF w zakresie stanowienia

62. Por. szerzej; B. Wojno, [w:] *Ustawa o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej. Komentarz*, [red.] P. Wajda, M. Szczepańska, Wolters Kluwer, Warszawa 2017, komentarz do art. 365 u.dz.u.r., LEX].

63. Por. szerzej; wyrok NSA – Ośrodek Zamiejscowy w Gdańsku z 7 czerwca 1996 r., sygn. SA/Gd 850/95, CBOSA; wyrok NSA z 21 października 1983 r., sygn. I SA 794/83, Legalis; wyrok NSA z 13 stycznia 2003 r., sygn. IV SA 520/01, Legalis.

aktów typu *soft law* ze swojej natury i *per se* skutkuje tym, że ma znaczący wpływ na wynik wielu postępowań prowadzonych następnie przez ten organ (jak np. postępowań sankcyjnych prowadzonych w oparciu o przepis z art. 362 u.d.z.u.r.)⁶⁴. Dlatego też, mając na uwadze fundamentalne zasady ogólne postępowania administracyjnego, takie jak zasada praworządności, budzenia zaufania, proporcjonalności czy zasada informowania, konieczne wydaje się, by akty typu *soft law* stanowione przez KNF były konsultowane z czynnym udziałem wszystkich interesariuszy w ramach otwartych, przejrzystych i szerokich (czy też w ramach otwartych i proporcjonalnych) konsultacji publicznych.

Jak się wydaje, takie otwarte, publiczne i szerokie konsultacje (czy też otwarte i proporcjonalne konsultacje) rekomendacji, o których mowa w art. 365 ust. 1 u.d.z.u.r., leżą w interesie wszystkich interesariuszy, a także KNF. Pozwalają one bowiem na wypracowanie aktu typu *soft law*, który będzie rozwiązaniem niejako „szytym na miarę” i którego stosowanie nie będzie budziło następczo wątpliwości, czy nawet sporów pomiędzy KNF a podmiotem nadzorowanym.

64. Trafnie w doktrynie B. Wojno podnosi, że: „[...] niestosowanie się przez adresatów do rekomendacji nie jest materialnoprawną przesłanką zastosowania jakichkolwiek działań nadzorczych wobec konkretnego zakładu ubezpieczeń; w szczególności sytuacja taka nie stanowi deliktu administracyjnego, który otwierałby możliwość zastosowania sankcji nadzorczych. W żadnym przypadku hipotezy norm kompetencyjnych nie odwołują się do zdarzenia w postaci niestosowania się do rekomendacji KNF. [...] Formalnie zatem niestosowanie się do rekomendacji nie może być źródłem negatywnych konsekwencji prawnych dla ich adresatów [...]. Należy jednak podkreślić, że nie można *a limine* wykluczyć takiego splotu okoliczności, w którym stan faktyczny polegający na niestosowaniu się przez dany podmiot nadzorowany do rekomendacji będzie jednocześnie wypełniał znamiona zdarzenia odpowiadającego hipotezie którejś z norm prawnych określających kompetencję KNF do zastosowania określonego instrumentu nadzorczego. [...] Przykładowo nie można wykluczyć, że stan faktyczny, który zaistnieje w efekcie niestosowania się do rekomendacji, zostanie zakwalifikowany jako nieodpowiadający standardom »ostrożnego i stabilnego zarządzania krajowym zakładem ubezpieczeń« [art. 98 ust. 1 u.d.z.u.r.], co stanowi przesłankę podjęcia określonych czynności nadzorczych. Innym przykładem możliwej nadzorczej percepcji stanu faktycznego, w którym zakład ubezpieczeń nie zastosował się do rekomendacji KNF, jest uznanie, że zachodzi potrzeba wydania zaleceń, np. w celu zapobieżenia naruszeniu interesów ubezpieczających, ubezpieczonych i uprawnionych z umów ubezpieczenia [art. 361 ust. 1 pkt 3 u.d.z.u.r.], tym bardziej że jest to autonomiczna przesłanka podjęcia działania nadzorczego (zob. szerzej komentarz do art. 361, teza 10). Wreszcie w tych przypadkach, w których rekomendacje miałyby służyć zaprezentowaniu sposobu rozumienia przez organ nadzoru niektórych przepisów prawa, w szczególności tych odwołujących się do zwrotów niedookreślonych, możliwe jest w razie niestosowania się do rekomendacji podjęcie działań nadzorczych w oparciu o przesłankę wykonywania działalności z naruszeniem tychże własnie przepisów prawa. Niestosowanie się do rekomendacji będzie bowiem sygnałem, że zakład ubezpieczeń (zakład reasekuracji) reprezentuje inny niż KNF punkt widzenia, jeżeli chodzi o wykładnię danego przepisu prawa albo jego stosowanie. Podsumowując zatem, należy stwierdzić, że rekomendacje są niewładczym instrumentem oddziaływania na podmioty nadzorowane, gdyż nie istnieje droga prawna do wymuszenia ich stosowania. Jednocześnie jednak rekomendacje są wyrazem nadzorczej optyki postrzegania niektórych zjawisk rynkowych i prezentowanie przez dany podmiot nadzorowany innego stanowiska może w danych okolicznościach prowadzić do podjęcia wobec niego działań nadzorczych, z powołaniem na ustawową materialnoprawną przesłankę takich działań, o ile oczywiście dany stan faktyczny da się do takiej przesłanki przyporządkować [co ewentualnie podlega kontroli sądowej]. Do ustawowych materialnoprawnych przesłanek działań nadzorczych nie należy – jak już wspomniano wyżej – samo niestosowanie się do rekomendacji, lecz inne sytuacje, np. wykonywanie działalności z naruszeniem przepisów prawa, zagrożenie dla interesów ubezpieczających, ubezpieczonych i uprawnionych z umów ubezpieczenia, naruszenie standardów ostrożnego i stabilnego zarządzania zakładem ubezpieczeń i w konkretnym przypadku wystąpienie takiej przesłanki musi być wykazane.” [por. szerzej: B. Wojno, *op. cit.*].

Na zakończenie należy podnieść, iż – jak się wydaje – za konsultowaniem aktów typu *soft law* w ramach otwartych, przejrzystych i szerokich konsultacji (czy też w ramach otwartych i proporcjonalnych konsultacji) opowiada się również sama Komisja Nadzoru Finansowego. Przewodniczący KNF – prof. Jacek Jastrzębski – w jednym z wystąpień do podmiotów nadzorowanych zachęcał bezpośrednio i wprost te podmioty do wzięcia udziału w takich właśnie konsultacjach dotyczących *Metodyki oceny odpowiedniości członków organów podmiotów nadzorowanych*⁶⁵.

Co więcej, Komisja Nadzoru Finansowego w *Strategii Urzędu Komisji Nadzoru Finansowego na lata 2021–2025*⁶⁶ *explicite* jako cele strategiczne wskazała m.in. „nadzór sprawowany proporcjonalnie, prospektywnie, przejrzyste i na bazie analizy ryzyka” oraz „nadzór [będący] profesjonalnym i godnym zaufania partnerem uczestników rynku finansowego”. Skoro zaś nadzór nad rynkiem finansowym ma być sprawowany proporcjonalnie, prospektywnie i przejrzyste, to oczywiste jest, że akty typu *soft law* powinny być stanowione przez KNF z zachowaniem proporcjonalności, prospektywnego spojrzenia i w przejrzystej procedurze. Tym samym można przyjąć, iż prowadzenie otwartych, publicznych i szerokich (czy też otwartych i proporcjonalnych) konsultacji tych aktów wpisuje się w strategię działalności KNF i pozwoli na wypracowanie celów zakładanych przez Komisję Nadzoru Finansowego w *Mapie Celów UKNF*.

Podsumowanie

Dokonana w niniejszym opracowaniu analiza prawna pozwala na sformułowanie następujących konkluzji. Po pierwsze, konsultacje o których mowa w art. 365 ust. 2 u.dz.u.r., powinny być konsultacjami otwartymi, przejrzystymi i szerokimi czy też konsultacjami otwartymi i proporcjonalnymi (*argumentum ex art. 71 ust. 2 Solvency II*). Tymczasem konsultacje te nie spełniają standardów wynikających z art. 71 ust. 2 *Solvency II* zarówno w jego pierwotnym, jak i aktualnym brzmieniu. Mamy w rezultacie do czynienia z nieprawidłową implementacją przez krajowego prawodawcę przepisu z art. 71 ust. 2 *Solvency II*.

De lege ferenda należy postulować pilną nowelizację brzmienia przepisu z art. 365 ust. 2 u.dz.u.r. poprzez wyraźne wskazanie, że konsultacje prowadzone przez Komisję muszą być otwarte, przejrzyste i szerokie (czy też otwarte i proporcjonalne). Regulacje wydane w celu transpozycji prawa pochodnego muszą czynić zadość wymogowi pewności prawa, tak żeby zarówno jednostki, jak i podmioty władzy publicznej mogły prawidłowo stosować przepisy transponujące w świetle wykładni pronunijnej i celów prawa pochodnego⁶⁷. Obecne brzmienie art. 365 ust. 2 u.dz.u.r. nie spełnia tego wymogu, dlatego też należy postulować doprecyzowanie tego przepisu w sposób gwarantujący właściwą implementację przepisu z art. 71 ust. 2 *Solvency II*, choćby poprzez wyraźne sformułowanie, że „Organ nadzoru przeprowadza otwarte, publiczne i szerokie konsultacje projektu rekomendacji”. Zmiana taka zapewni zgodność praktyki działania KNF z praktyką funkcjonowania

65. Por. szerzej: https://www.knf.gov.pl/knf/pl/komponenty/img/Pismo_Przewodniczacego_do_podmiotow_nadzorowanych_68736.pdf [dostęp: 9.03.2023].

66. Dokument dostępny jest pod adresem internetowym: *Strategia_UKNF_2021–2025_74225.pdf* [dostęp: 9.03.2023]; zob. szerzej s. 7 *Strategii*; *Mapa Celów UKNF*.

67. Por. szerzej: J. Maśnicki, *Koncepcje implementacji prawa pochodnego*, „*Studia Europejskie*” 2015, nr 2, s. 115.

innych organów nadzoru w obrębie jednolitego rynku finansowego. Ponadto wyłącznie taki ich model będzie stanowił gwarancję tego, że zostanie wypracowane *ratio* konsultacji publicznych.

Wykaz źródeł

- Biernat S., *Zasada efektywności prawa wspólnotowego w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości*, [w:] *Studia z Prawa Unii Europejskiej*, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 2000.
- Bogdandy A. von, *Podstawowe zasady prawa UE – teoria i doktryna*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2009, nr 9.
- Bogdanowicz P., *Kilka uwag w związku z transpozycją „dyrektyw zamówieniowych” do prawa polskiego*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2016, nr 7.
- Czapliński W., [w:] *Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską. Komentarz. Tom 1*, Wróbel A. [red.], Wolters Kluwer, Warszawa 2008.
- Domańska M., *Implementacja dyrektyw unijnych przez sądy krajowe*, Wolters Kluwer, Warszawa 2014.
- Grzeszczak R., *Parlamenty państw członkowskich w Unii Europejskiej*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2004.
- Grzeszczak R., *Władza wykonawcza w systemie Unii Europejskiej*, Stowarzyszenie Absolwentów WPIA UW, Warszawa 2011.
- Ilzdebski P., *Akty prawa miękkiego jako współczesny instrument nadzoru nad rynkiem finansowym – rola oraz charakter prawny, część 2*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2021, nr 4.
- Kamiński M., *Stosowanie dyrektyw unijnych w działalności kontrolnej polskich sądów administracyjnych*, Studia Gdańskie, 2010, t. VII.
- Kowalik-Bańczyk K., *Zasada efektywności*, [w:] *Stosowanie prawa Unii Europejskiej przez sądy. Tom 2*, Wróbel A. [red.], Wolters Kluwer, Warszawa 2005.
- Król R., *On the choice of methods of transposition of EU directives*, “European Law Review” 2016, No 2, Vol. 41.
- Kunkiel-Kryńska A., *Granice swobody implementacyjnej – komentarz do wyroku ETS z 25.04.2002 r. w sprawie C-183/00 González Sánchez przeciwko Medicina Asturiana SA*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2008, nr 10.
- Makuch Z., MacDonald K., *Legal Transposition and Implementation Frameworks for Lithuanian Approximation of EU Environmental Law*, “European Energy and Environmental Law Review” October 2006, Vol. 15.
- Maśnicki J., *Koncepcje implementacji prawa pochodnego*, „Studia Europejskie” 2015, nr 2.
- Maśnicki J., *Metody transpozycji dyrektyw*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2017, nr 8.
- Miąsik D., *Zasada proporcjonalności*, [w:] *Zasady ustrojowe Unii Europejskiej. Tom II*, Barcz J. [red.], Instytut Wydawniczy EuroPrawo, Warszawa 2010.
- Morawski L., *Zasady wykładni prawa*, TNOiK, Toruń 2010.
- Niesiołowski J., Mikołajczyk A., *Z zagadnień wykładni prawa europejskiego*, [w:] *Polska kultura prawna a proces integracji europejskiej*, Wronkowska S. [red.], Zakamycze, Kraków 2005.
- Półtorak N., *Ochrona uprawnień wynikających z prawa Unii Europejskiej w postępowaniach krajowych*, Wolters Kluwer, Warszawa 2010.

- Scheuring K., *Orzeczenie w trybie prejudycjalnym, praktyczne rozważania na podstawie art. 234 TWE*, [w:] *Stosowanie prawa wspólnotowego w prawie wewnętrznym z uwzględnieniem prawa polskiego*, Kornobis-Romanowska D. [red.], Dom Wydawniczy ABC, Warszawa 2004.
- 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).
- Snyder F., *The Effectiveness of European Community Law: Institutions, Processes, Tools and Techniques*, "The Modern Law Review" 1993, Vol. 56, issue 1.
- Spryszak K., *Rola standardów o charakterze soft law w zakresie kreowania zobowiązań w państwach członkowskich organizacji międzynarodowych*, „Humanities and Social Sciences” 2017, No 4(24), Vol. XXIII.
- Steunenbergh B., Voermans W., *The transposition of EC directives: A Comparative Study of Instruments, Techniques and Processes in Six Member States*, Universiteit Leiden, Leiden 2006.
- Stopnicki K., *Komentarz do art. 365 u.d.u.r.*, [w:] *Ustawa o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej. Komentarz*, Czublun P. [red.], Warszawa 2016, Legalis.
- Supernat J., *Miejsce i znaczenie soft law w prawie publicznym Unii Europejskiej*, [w:] *Nowe problemy badawcze w teorii prawa administracyjnego*, Boć J. [red.], Kolonia Limited, Wrocław 2009.
- Śliwa-Wajda M., *Administracyjnoprawne środki zwrotu niezgodnej z prawem pomocy państwa w Polsce i Niemczech*, Instytut Wydawniczy EuroPrawo, Warszawa 2017.
- Tridimas T., *The General Principles of EC Law*, Oxford University Press, Oxford 1999.
- Tridimas T., *The Principles of Proportionality and Subsidiarity under the EU Constitution*, [w:] *Reformowanie Unii Europejskiej. Wybrane problemy prawne okresu przemian*, Piontek E. [red.], Zakamycze, Kraków 2005.
- Wojno B., *Komentarz do art. 365 u.d.u.r.*, [w:] *Ustawa o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej. Komentarz*, Wajda P., Szczepańska M. [red.], Warszawa 2017, LEX.
- Wojtczak D., *Soft law i mechanizmy nielegislacyjne jako instrumenty ingerencji rynku usług bankowych Unii Europejskiej*, „Monitor Prawa Bankowego” 2012, nr 1.
- Wróbel A., *Autonomia proceduralna państw członkowskich. Zasada efektywności i zasada efektywnej ochrony sądowej w prawie Wspólnot Europejskich*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2005, z. 1.
- Xanthaki H., *Quality of Legislation: Focus on Smart EU and Post-Smart Transposition*, "The Theory and Practice of Legislation" 2014, No 3, Vol. 2.;
- Zirk-Sadowski M., *Wpływ orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej na wykładnię sądów administracyjnych*, [w:] *System prawa administracyjnego. Tom 4. Wykładnia w prawie administracyjnym*, Hauser R., Niewiadomski Z., Wróbel A. [red.], CH Beck, Warszawa 2012.

Consultation of the draft of the recommendations being issued by the Polish Financial Supervision Authority (Komisja Nadzoru Finansowego) – EU-aspects

This article is devoted to the legal analysis of the institution of consultation of draft recommendations of the Financial Supervision Authority for the insurance market referred to in Article 365(2) of the Act of 11 September 2015 on insurance and reinsurance activity (consolidated text: Journal of Laws of 2022, item 2283, as amended; hereinafter: u.d.u.r.) in the light of EU regulations and standards. This

provision was introduced into the Polish legal order as a form of implementation of the provision of Article 71(2) of the Solvency II Directive, where the correctness of this implementation raises serious doubts. Therefore, the aim of this study is to assess the correctness of implementation of the institution of consultation of drafts of soft law for the insurance market in the Polish legal order, in particular to answer the research question, whether the consultation provided for in Article 365 (2) of the u.dz.u.r. meets the requirements of openness, transparency and proportionality resulting from the Solvency II Directive.

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: Magdalena Śliwa-Wajda (0000-0002-0433-4046) (orcid.org)

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: Paweł Wajda (0000-0003-4423-8881) (orcid.org)