

MICHAŁ ROMANOWSKI

Umowa ubezpieczenia na życie z ubezpieczeniowym funduszem kapitałowym w świetle przepisów Kodeksu cywilnego i projektowanych w tym zakresie zmian

I. Istota kontrowersji wokół umowy ubezpieczenia na życie z ubezpieczeniowym funduszem kapitałowym

1. Istota problemu prawnego, który pojawił się w ostatnim czasie w związku z umową ubezpieczenia na życie z ubezpieczeniowym funduszem kapitałowym (umowa z UFK), sprowadza się do ustalenia, czy ubezpieczyciele – niezależnie od kwalifikacji prawnej umowy z UFK – mogą w świetle obowiązujących przepisów zawierać takie umowy i swobodnie kształtować ich część ochronną i inwestycyjną.

2. Sprawa legalności oraz rażącej dysproporcji w zabezpieczeniu interesów stron umów ubezpieczenia na życie z UFK stała się przedmiotem ożywionej debaty w ostatnich kilku miesiącach za sprawą raportu Rzecznika Ubezpieczonych z 7 grudnia 2012 r. „Ubezpieczenia na życie z ubezpieczeniowym funduszem kapitałowym” (raport). W raporcie podkreśla się, że umowa z UFK funkcjonuje na polskim rynku od kilkunastu lat. Odbiega ona od klasycznych rozwiązań charakterystycznych dla umowy ubezpieczenia oraz cechuje ją wysoki stopień skomplikowania. Autorzy raportu stawiają kategoryczną tezę, że *Analiza jej treści przez przeciętnego konsumenta jest w praktyce niemożliwa*¹, co wynika ze złożonych mechanizmów prawno-finansowych przedstawianych w ogólnych warunkach umowy. Klienci są – zdaniem Rzecznika Ubezpieczonych – wprowadzani w błąd. W raporcie podnosi się, że w 2011 r. do Rzecznika Ubezpieczonych wpłynęło 146 skarg dotyczących umów ubezpieczenia na życie z UFK, a po pierwszych trzech kwartałach 2012 r. takich skarg było już 262. Na podstawie analizy otrzymanych skarg Rzecznik stawia ubezpieczycielom następujące zarzuty:

1. Raport Rzecznika Ubezpieczonych „Ubezpieczenia na życie z ubezpieczeniowym funduszem kapitałowym”, 7 grudnia 2012 r., s. 3, www.rzu.gov.pl.

- 1) konstruowanie skomplikowanego „produktu” ubezpieczeniowo-inwestycyjnego,
- 2) faktyczny brak możliwości zrozumienia oferty ubezpieczyciela przez przeciętnego konsumenta,
- 3) wprowadzanie w błąd konsumenta przy zawieraniu takich umów przez ubezpieczycieli lub innych pośredników finansowych (pośrednika ubezpieczeniowego, pracownika banku lub doradcę finansowego),
- 4) zapewnienie łatwego dostępu do informacji o korzyściach wynikających z zawarcia umowy ubezpieczenia z UFK bez rzetelnego przedstawienia ryzyk z tym związanych,
- 5) brak obiektywnych danych, które pozwalałyby na weryfikację, czy obietnice składane konsumentowi przy zawarciu umowy ubezpieczenia z UFK są realizowane w praktyce,
- 6) konsument nie podejmuje świadomej decyzji o zawarciu umowy ubezpieczenia z UFK,
- 7) umowy ubezpieczenia z UFK są zawiłe, długie, nieprecyzyjne, niejasne, interpretowane przez ubezpieczycieli wyłącznie na ich korzyść,
- 8) odpowiedzialność za zawarcie niekorzystnej dla konsumenta umowy ubezpieczenia z UFK jest przerzucana w całości na konsumenta, co odbywa się w ten sposób, że ubezpieczyciel żąda od konsumenta podpisania oświadczenia, że zapoznał się z treścią umowy i jej ogólnymi warunkami oraz je akceptuje,
- 9) ubezpieczyciele żądają, aby konsument, który zawarł umowę, ponosił skutki z tego wynikające².
W raporcie podnosi się zarazem, że z analizy przedstawionych skarg wynika, iż konsumenci skarżą się, że:

- 1) umowy ubezpieczenia z UFK są przedstawiane jako gwarantujące bezpieczną lokatę kapitału z wysokim zyskiem,
- 2) prowadzą one do utraty nawet 100 proc. wpłacanych środków w przypadku rozwiązania umowy przed upływem okresu wskazanego w dniu jej zawarcia,
- 3) nie są informowani, że umowa jest umową ze składką płatną rocznie przez np. 15 lat, a nie ze składką jednorazową,
- 4) po zakończeniu wieloletniej umowy nie przynosi ona oczekiwanego zysku,
- 5) pobierane są wysokie opłaty administracyjne i inne w trakcie trwania umowy, o których nie informowano w chwili jej zawierania,
- 6) są wprowadzani w błąd np. co do gwarancji zysków, prawa wycofania w całości wniesionych kwot w dowolnej chwili, bez opłat i z zyskiem, niestosowania opłaty likwidacyjnej lub co do jej wysokości.

W raporcie podkreśla się, że blisko 1/3 skarg dotyczy jednego banku i dwóch ubezpieczycieli wchodzących z tym bankiem w skład tej samej grupy kapitałowej, którzy oferują ubezpieczenia grupowe. Z kolei w odniesieniu do ubezpieczyciela, który jest liderem pod względem liczby skarg dotyczących ubezpieczeń indywidualnych, zarzuty dotyczą umów zawieranych kilka lat temu. Zasadnicza teza raportu sprowadza się do stwierdzenia, że umowy ubezpieczenia z UFK nie są umowami ubezpieczenia, a w konsekwencji obecna ich konstrukcja zmierza do obejścia prawa.

Celem niniejszej analizy nie jest szczegółowe odniesienie się do raportu. Nie jest to konieczne ze względu na sformułowanie przez Rzecznika wniosków, które pozwalają na ich ocenę z punktu widzenia ustalenia potrzeby podejmowania działań legislacyjnych o charakterze restrykcyjnym wobec ubezpieczycieli, ale także ze względu na brak dostępu do skarg analizowanych przez Rzecznika jako materiałów źródłowych.

2. Ibidem, s. 4 i nast.

3. W celu uzyskania pełnego obrazu stanu rzeczy uzasadnione jest syntetyczne przedstawienie stanowiska Polskiej Izby Ubezpieczeń (stanowisko PIU³) wobec wniosków zawartych w raporcie, które zostało przekazane Rzecznikowi i upublicznione na stronie internetowej Polskiej Izby Ubezpieczeń. W Stanowisku PIU wyrażono pogląd, iż:

- 1) skomplikowanie rynku ubezpieczeniowego, podobnie jak innych rynków finansowych, wynika z jego natury,
- 2) tezy raportu są oparte na znikomej liczbie skarg (146 w 2011 r. i 246 w pierwszym kwartale 2012 r.), co przy szacunkowej liczbie zawartych indywidualnych umów ubezpieczenia z UFK wynoszącej 2,8 mln oraz 2 mln grupowych umów ubezpieczenia z UFK oznacza, że skargi dotyczą mniej niż sześciu setnych promila klientów. PIU zwraca także uwagę, iż na potrzeby raportu przyjęto, że wszystkie skargi były zasadne, wyprowadzając stąd wnioski w odniesieniu do wszystkich ubezpieczycieli, banków i innych pośredników uczestniczących w procesie zawierania umów ubezpieczenia z UFK, włącznie z zarzutami prowadzenia działalności przestępczej i postulatami zastosowania możliwie najsurowszych sankcji⁴,
- 3) raport pomija to, że w okresie, którego dotyczy, doszło do załamania na rynkach finansowych i kapitałowych, sugerując, że jedynie UFK nie przyniosły zysków w przeciwieństwie do innych form inwestowania, a ich jedynym celem jest pobieranie nadmiernych i nieuzasadnionych ekonomicznie opłat,
- 4) raport pomija długoterminową naturę i cel umowy ubezpieczenia na życie z UFK, zakładające szansę na stopę zwrotu z inwestycji w długim okresie, co jest podkreślone w literaturze przedmiotu,
- 5) raport jest podporządkowany tezie, iż umowy ubezpieczenia z UFK służą „wyłudzeniu” pieniędzy od ubezpieczających i ubezpieczonych,
- 6) raport – wbrew przepisom prawa polskiego i Unii Europejskiej – zakłada, że umowy ubezpieczenia na życie z UFK nie są umowami ubezpieczenia w rozumieniu polskiego prawa, a ubezpieczyciele zawierający takie umowy prowadzą działalność maklerską, a nie ubezpieczeniową,
- 7) nieuzasadniony jest postulat oferowania UFK wyłącznie profesjonalnym uczestnikom rynku, ponieważ prowadziłoby to do sprzecznego z Konstytucją RP ograniczenia wolności gospodarczej i było ewenementem na skalę europejską.

Podobnie jak w odniesieniu do raportu, celem niniejszej analizy nie jest szczegółowe komentowanie stanowiska PIU, ale jedynie zwrócenie uwagi na te jego elementy, które mogą mieć znaczenie dla przedmiotu opinii.

4. Analiza materiałów przedstawionych do oceny uzasadnia pogląd, że problem został wywołany zakwestionowaną przez sąd ochrony konkurencji i konsumentów praktyką umieszczania w ogólnych warunkach ubezpieczenia klauzuli określającej wysokość opłaty likwidacyjnej w szczególności w razie rozwiązania umowy ubezpieczenia z ubezpieczeniowym funduszem kapitałowym w pierwszym lub w drugim roku jej trwania.

Rzecznik Ubezpieczonych postuluje – jak się wydaje – uznanie takich umów za nieważne jako zmierzających do obejścia prawa oraz ingerencję ustawową w swobodę zawierania takich umów, polegającą w szczególności na:

-
3. List Prezesa PIU Jana Grzegorza Prądyńskiego do Rzecznika Ubezpieczonych Aleksandry Wiktorow z 4 stycznia 2013 r. (PIU 13/2013), www.piu.org.pl.
 4. Stanowisko PIU, s. 2, z powołaniem się na stwierdzenia w raporcie na s. 5 i s. 144.

- 1) określeniu, iż w umowie ubezpieczenia z ubezpieczeniowym funduszem kapitałowym funkcja inwestycyjna powinna być funkcją uboczną,
- 2) ustawowym ograniczeniu wysokości opłaty likwidacyjnej, którą mogą pobierać ubezpieczyciele, oraz
- 3) obowiązkowym rozłożeniu prowizji agencyjnej na okres kilku lat według modelu austriackiego, gdzie rzeczywiście prowizja jest wypłacana agentowi przez okres 5 lat trwania umowy ubezpieczenia z ubezpieczeniowym funduszem kapitałowym.

II. Kwalifikacja prawna umowy ubezpieczenia na życie z UFK

A. Pojęcie umowy z UFK

1. Umowa ubezpieczenia na życie z UFK jest kombinacją umowy ubezpieczenia i umowy o inwestowanie umówionej sumy pieniężnej. Umowa ta, w zależności od stopnia natężenia funkcji ochronnej i inwestycyjnej, będzie mniej lub bardziej podobna do umowy ubezpieczenia, ale nigdy nie będzie umową ubezpieczenia, która nie zawiera elementu inwestycyjnego, ponieważ jej funkcja jest zróżnicowana.

2. Jeżeli uznamy – a pogląd taki uważam za trafny – iż cechami wyróżniającymi umowę ubezpieczenia są:

- 1) **niepewność co do wystąpienia określonego zdarzenia** – umowa ubezpieczenia jest zawierana w celu ochrony przed ryzykiem związanym z niepewnością co do wystąpienia określonego zdarzenia,
- 2) **wola zabezpieczenia się osoby zagrożonej przed skutkami zdarzenia** – naturalnym i racjonalnym dążeniem osoby zagrożonej niepewnością wystąpienia (a także niewystąpienia) określonego zdarzenia jest poszukiwanie sposobów zabezpieczenia się przed obciążającymi ją skutkami zdarzenia, które można w pewnym uproszczeniu określić jako dążenie do redukcji negatywnych przeżyć związanych z tym, co jest niepewne,
- 3) **gotowość osoby zagrożonej do poniesienia kosztów redukcji negatywnych przeżyć związanych z niepewnością oczekiwanego lub nieoczekiwanego zdarzenia** – chodzi o to, że jesteśmy gotowi zapłacić za udzielenie ochrony polegającej na przeniesieniu ekonomicznych kosztów pokrycia skutków wystąpienia lub niewystąpienia określonego zdarzenia,
- 4) **gotowość do udzielenia ochrony osobie zagrożonej w zamian za wynagrodzenie** – przejście ekonomicznych kosztów pokrycia skutków wystąpienia lub niewystąpienia określonego zdarzenia jest „produktem” rynkowym, który – przy odpowiedniej ocenie ryzyka wystąpienia lub niewystąpienia zdarzenia ubezpieczeniowego oraz masowości „produktu” wpływającej na wartość otrzymanych składek ubezpieczeniowych – może przynieść zarobek, a więc gotowość przejścia jednostkowego (dotyczącego określonej osoby) ryzyka poniesienia skutków wystąpienia lub niewystąpienia określonego zdarzenia ubezpieczeniowego,

to dojdziemy do wniosku, że celem umowy ubezpieczenia jest transfer skutków majątkowych wystąpienia lub niewystąpienia określonego zdarzenia. Świadczenie ubezpieczyciela polega na zapewnieniu ochrony przed skutkami wystąpienia lub niewystąpienia zdarzenia. Ubezpieczyciel przejmuje ryzyko określonego zdarzenia, a ubezpieczający płaci ubezpieczycielowi za przejście tego ryzyka.

3. Celem umowy z UFK jest z kolei:

- 1) transfer skutków majątkowych wystąpienia lub niewystąpienia określonego zdarzenia w części związanej z ochroną ubezpieczeniową,
- 2) funkcja inwestycyjna w okresie długoterminowym.

Świadczenie ubezpieczyciela polega zatem na zapewnieniu ochrony ubezpieczeniowej oraz zarządzaniu powierzonymi środkami. Ubezpieczyciel inwestuje środki wpłacane – zazwyczaj w okresach miesięcznych – przez ubezpieczonego. Zobowiązanie ubezpieczyciela do inwestowania w interesie klienta umówionej sumy pieniężnej jest w istocie prowadzeniem działalności konkurencyjnej wobec firm inwestycyjnych świadczących usługi tzw. *asset management* w rozumieniu art. 69 i następnych ustawy o obrocie instrumentami finansowymi oraz funduszy inwestycyjnych. Wymaga jednocześnie podkreślenia, że usługa inwestowania umówionej sumy pieniężnej wpłacanej przez klienta ubezpieczyciela jest świadczona na podstawie wyraźnego upoważnienia ustawowego przy aprobacie regulatora rynku, o czym będzie mowa dalej. Nie ulega wątpliwości, że usługa inwestycyjna ubezpieczyciela w ramach umowy z UFK jest świadczona na rachunek i na ryzyko klienta. Nie ulega także wątpliwości, że tzw. wykup części lokacyjnej w umowie z UFK następuje nie na skutek zdarzenia ubezpieczeniowego, ale na podstawie oświadczenia woli klienta.

Zobowiązanie ubezpieczyciela do inwestowania umówionej sumy pieniężnej wpłacanej przez jego klienta przybiera różne formy. Na przykład ubezpieczyciel nabywa jednostki uczestnictwa w funduszach inwestycyjnych funkcjonujących na podstawie polskiej ustawy o funduszach inwestycyjnych, w tzw. funduszach luksemburskich założonych zgodnie z prawem Luksemburga. Ubezpieczyciel może konstruować wehikuły inwestycyjne, dokonując bezpośrednio inwestycji w papiery wartościowe notowane na rynkach regulowanych lub lokować powierzone środki w lokaty bankowe, w nieruchomości. Umowa z UFK może przewidywać możliwość tworzenia przez ubezpieczającego lub ubezpieczonego w ramach ubezpieczeniowego funduszu kapitałowego indywidualnego portfela inwestycyjnego złożonego z wybranych przez ubezpieczającego lub ubezpieczonego funduszy inwestycyjnych dostępnych w ramach jednego funduszu, który umożliwia klientowi ubezpieczyciela realizowanie własnej strategii inwestycyjnej w granicach ogólnych warunków ubezpieczenia na życie z funduszem⁵.

Z cywilistycznego punktu widzenia inwestycje dokonywane przez ubezpieczyciela w ramach UFK stanowią majątek ubezpieczyciela, który niekiedy jest oddawany w zarządzanie firmie inwestycyjnej budującej wzorcowe portfele inwestycyjne. Przedstawiona konstrukcja ma swoje oparcie wprost w ustawie. Stosownie bowiem do art. 3 ust. 8 ustawy o działalności ubezpieczeniowej zakład ubezpieczeń może bezpośrednio lub poprzez pośredników ubezpieczeniowych pośredniczyć w zbywaniu i odkupowaniu jednostek uczestnictwa funduszy inwestycyjnych lub tytułów uczestnictwa funduszy zagranicznych, funduszy inwestycyjnych otwartych z siedzibą w państwach członkowskich Unii Europejskiej oraz funduszy inwestycyjnych otwartych z siedzibą w państwach należących do OECD, na zasadach określonych w ustawie o funduszach inwestycyjnych. Uprzedzając tok dalszych rozważań, które będą poświęcone naturze umowy z UFK jako umowy o lokowanie umówionej sumy pieniężnej, należy zwrócić uwagę, że portfele inwestycyjne w ramach UFK – niezależnie od przyjmowanych konstrukcji cywilistycznych – są konstruowane

5. Taką możliwość wprost dopuszcza Rozporządzenie Ministra Finansów z 23 maja 2011 r. w sprawie rocznych i półrocznych sprawozdań ubezpieczeniowego funduszu kapitałowego, zwalniając w takim przypadku ubezpieczyciela z obowiązku sporządzania sprawozdania funduszu.

na wzór funduszy i subfunduszy inwestycyjnych – z uwzględnieniem poziomu zakładanego ryzyka i zysku [wyższa stopa zwrotu wymaga akceptacji wyższego poziomu ryzyka; akceptacja niskiego ryzyka determinuje niższe oczekiwane zyski]. W konsekwencji portfele, o których mowa, noszą nazwy typu „fundusz stabilnego wzrostu”, „fundusz agresywny”.

4. Z dotychczasowej analizy wynika bezspornie, że umowa z UFK ma cechy umowy ubezpieczenia i cechy umowy o inwestowanie powierzonych środków na rachunek i ryzyko ubezpieczającego lub ubezpieczonego. Odpowiada ona zatem znanej od dawna polskiej doktrynie prawa zobowiązań umownych koncepcji umowy mieszanej, której charakter prawny jest z natury „mieszany”, i wymaga zbadania natężenia cech występujących w niej zobowiązań. Dylematu doktrynalnego co do klasyfikacji umowy z UFK nie rozstrzyga kodeksowa definicja umowy ubezpieczenia zawarta w art. 805 k.c. W świetle tej definicji można pokusić się o uznanie umowy ubezpieczenia z UFK za umowę ubezpieczenia. Stosownie bowiem do art. 805 k.c. *Przez umowę ubezpieczenia ubezpieczyciel zobowiązuje się, w zakresie działalności swojego przedsiębiorstwa, spełnić określone świadczenie w razie zajścia określonego w umowie wypadku, a ubezpieczający zobowiązuje się do zapłaty składki*. Obecna definicja kodeksowa umowy ubezpieczenia jest na tyle pojemna, że przedstawia ona pełnię funkcję typologiczną, czyli wyróżniającą umowę ubezpieczenia spośród innych umów. Spełnienie świadczenia na wypadek zajścia określonego w umowie wypadku może dotyczyć w praktyce prawie każdej umowy zobowiązaniowej, niekoniecznie związanej z ubezpieczeniem. Można wyobrazić sobie sytuację, w której obecna definicja umowy ubezpieczenia dotyczyłaby sytuacji właściwej np. umowie o dzieło lub umowie sprzedaży (np. zobowiązanie do przeniesienia własności i wydania rzeczy na wypadek zajścia określonego zdarzenia – wyprodukowania rzeczy w zamian za zapłatę kwoty pieniężnej). Elastyczność art. 805 k.c. otwiera zatem drogę do klasyfikacji umowy ubezpieczenia z UFK jako umowy ubezpieczenia. Jeżeli zatem podnosić zastrzeżenia co do konstrukcji umowy z UFK, to w pierwszej kolejności należy je podnieść wobec konstrukcji kodeksowej definicji umowy ubezpieczenia.

B. Najnowsze poglądy doktryny na temat charakteru prawnego umowy z UFK i ich ocena

1. W praktyce od chwili pojawienia się umów z UFK były one i są powszechnie kwalifikowane – chyba trochę intuicyjnie (ale jeżeli była to intuicja, to należałoby ją nazwać intuicją normatywną) – jako umowy ubezpieczenia ze względu na połączenie ich części inwestycyjnej z częścią ubezpieczeniową. Kwestia ta będzie przedmiotem dalszych rozważań, w ramach których zostanie wyjaśnione, czy owa kwalifikacyjna intuicja praktyki obrotu, ale także regulatora, ma swoje podstawy normatywne.

2. Charakter prawny umowy ubezpieczenia z ubezpieczeniowym funduszem kapitałowym od strony dogmatycznej jest przedmiotem analiz w doktrynie od stosunkowo krótkiego czasu. Mimo funkcjonowania takich umów na rynku od lat 90. ubiegłego wieku powstała na ten temat, i to stosunkowo niedawno, dopiero jedna monografia, autorstwa Magdaleny Szczepańskiej⁶. Na uwagę zasługuje także cywilistyczna analiza tej umowy, w tym pod kątem zarzutu obchodzenia prawa przy zawie-

6. M. Szczepańska, *Ubezpieczenie na życie z ubezpieczeniowym funduszem kapitałowym*, Warszawa 2011, LEX, podsumowanie, monografia do art. 805 k.c.

raniu umowy ubezpieczenia na życie z UFK, w której ochrona ubezpieczeniowa ma wymiar symboliczny, dokonana przez Aleksandra Chłopeckiego⁷. Uprzedzając tok dalszych rozważań, należy podkreślić, że niezależnie od wniosków na temat charakteru prawnego i natury umowy z UFK, do których dochodzą cytowani wyżej autorzy, żaden z nich nie stawia tezy o niedopuszczalności zawierania takiej umowy w istniejącym stanie prawnym, niezależnie od stopnia natężenia funkcji ubezpieczeniowej i inwestycyjnej, w przeciwieństwie do tezy zawartej w raporcie Rzecznika Ubezpieczonych. Aleksander Chłopecki bezpośrednio zajmuje się analizą, czy umowę z UFK, w której ochrona ubezpieczeniowa ma wymiar symboliczny, można zakwalifikować jako obejście prawa. Autor dochodzi do trafnego wniosku, że taka kwalifikacja nie ma podstaw. Nie sposób bowiem uznać za obejście prawa umowy z UFK, na której zawarcie przepisy prawa wprost zezwalają i wprowadzają szczególnie reżim prawny dotyczący specyficznie UFK, bez konstruowania jakiegokolwiek wymagania co do nakazanej relacji między funkcją ubezpieczeniową i inwestycyjną.

3. Z podsumowania analizy prowadzonej w wydanej w roku 2011 powołanej monografii wyłania się dość skomplikowany obraz umowy ubezpieczenia z UFK, który doprowadził autorkę do niejednoznacznych wniosków. Autorka kwalifikuje umowę ubezpieczenia z UFK jako umowę, która *W świetle obowiązujących przepisów prawa [...] jest klasyfikowana jako umowa ubezpieczenia, co wynika z bardzo szerokiej definicji tej umowy zawartej w art. 805 k.c.*

Autorka trafnie podkreśla, że *Obecnie ten rodzaj umowy jest stypizowanym rodzajem umowy, jednolicie rozumianym przez uczestników obrotu.*

Autorka postuluje zdefiniowanie umowy ubezpieczenia z UFK jako umowy, przez którą *ubezpieczyciel zobowiązuje się do wypłaty świadczeń pieniężnych – sumy ubezpieczenia lub innego świadczenia w razie zajścia przewidzianego w umowie wypadku i wypłaty innych świadczeń – wartości wykupu na wniosek ubezpieczającego oraz do lokowania pochodzących ze składek aktywów zgromadzonych w ubezpieczeniowym funduszu kapitałowym na ryzyko ubezpieczającego, a ubezpieczający zobowiązuje się do zapłaty składki ubezpieczeniowej i, w ramach środków pochodzących ze składek, ponoszenia kosztów związanych z funkcjonowaniem ubezpieczeniowych funduszy kapitałowych.*

Autorka wyraża pogląd, stosownie do którego *zespół praw i obowiązków stron, konstytuujących ten typ umowy, nie jest normatywnie określony. Składa się on w części z elementów charakterystycznych dla umowy ubezpieczenia, a w części z nieznanych obowiązującemu porządkowi prawnemu nowych regulacji, które nadają jej indywidualny charakter.* Prowadzi to autorkę do ostatecznego wniosku, że jest to umowa nienazwana. Wymaga zarazem podkreślenia, że autorka nie tylko nie kwestionuje znaczenia praktycznego umowy ubezpieczenia z UFK dla rynku ubezpieczeniowego, w tym dla konsumentów, ale podkreśla, iż umowa taka jest odpowiedzią na oczekiwania klientów ubezpieczycieli. Dylematy prawne, którym poświęciła swoją monografię, wynikają z dynamicznie zmieniających się oczekiwań klientów ubezpieczycieli oraz innowacyjności rynku ubezpieczeniowego, sprowadzających się do różnego natężenia w ramach tej umowy proporcji między jej funkcją ochronną a funkcją inwestycyjną.

W istocie usiłowania autorki zmierzają do zaproponowania takiej konstrukcji umowy ubezpieczenia z UFK, która będzie **neutralna** z punktu widzenia natężenia jej funkcji ochronnej i inwestycyjnej.

7. Zob. A. Chłopecki, *Wykorzystanie konstrukcji umowy ubezpieczenia na rynku finansowym a problem tzw. obejścia prawa*, Przegląd Prawa Handlowego nr 2/2013, s. 4–8.

Autorka nie kwestionuje przydatności takiej umowy dla uczestników obrotu, ale poszukuje jej optymalnej regulacji prawnej z punktu widzenia kryterium klasyfikacyjnego umów zobowiązaniowych, jakim jest przyporządkowanie ich do zbioru umów nazwanych albo nienazwanych. Wymaga podkreślenia, że autorka – co jest wyraźnie zaznaczone we wstępie do jej pracy i w podsumowaniu – akcentuje pozytywne funkcje umowy ubezpieczenia z UFK niezależnie od stopnia natężenia funkcji ochronnej i funkcji inwestycyjnej w konkretnym stanie faktycznym.

4. Rozważania i postulaty cytowanej autorki przywodzą na myśl znaną łacińską paremię prawniczą sformułowaną przez rzymskiego prawnika Javolenusa: *Omnis definitio in iure civili periculosa est: parum est enim, ut non subverti posset* [Wszelka definicja w prawie cywilnym jest niebezpieczna, ponieważ rzadko się zdarza, by nie można było jej podważyć]. Wydaje się, że istota cytowanej paremii rozumianej jako postulat nawołujący do wstrzeźliwości, ostrożności i najwyższej staranności przy formułowaniu definicji legalnych w prawie cywilnym w pełni odnosi się do sporów doktrynalnych na temat charakteru prawnego umowy ubezpieczenia z UFK. Nie ulega wątpliwości, że poszukiwanie cech konstytutywnych (wyróżniających) takiej umowy świadczących o jej odrębności od klasycznej umowy ubezpieczenia stymuluje rozwój nauki prywatnego prawa ubezpieczeniowego. Z punktu widzenia polityki legislacyjnej konieczne jest jednak sformułowanie następujących pytań:

- 1) jaki jest cel poszukiwań kwalifikacji umowy ubezpieczenia z UFK: sformułowanie definicji doktrynalnej czy definicji legalnej?
- 2) jaka jest użyteczność formułowania definicji legalnej oraz klasyfikacji doktrynalnej według kryterium przynależności tej umowy do zbioru umów nazwanych albo nienazwanych?
- 3) czy istnieje konieczność formułowania definicji legalnej umowy ubezpieczenia z UFK?

5. Jak się wydaje, autorka przywoływanej monografii dąży do sformułowania **klasyfikującego pojęcia umowy ubezpieczenia z UFK**, które byłoby możliwe do wyrażenia w postaci definicji legalnej w Kodeksie cywilnym lub ustawie o działalności ubezpieczeniowej. W konsekwencji przyjmuje ona założenie, że aby definicja umowy ubezpieczenia z UFK była użyteczna, powinna odpowiadać warunkom poprawności dychotomicznego podziału logicznego. Definicja spełnia warunki poprawności dychotomicznego podziału logicznego, jeżeli wynikający z niej przedmiot podziału ma charakter wyczerpujący i rozłączny, a podział jest dokonany według cech kontrydiktorycznych (sprzecznych). Chodzi tu zatem o tzw. **klasyfikujące pojęcie umowy zobowiązującej** oparte na schemacie klasycznej definicji, któremu odpowiada statyczna subsumpcja dokonywana wedle zasady „albo ... albo”. Wartość takiej klasyfikującej definicji umowy ubezpieczenia z UFK polega na dostarczeniu łatwego i ostrego kryterium pozwalającego rozstrzygnąć, czy analizowana umowa jest umową ubezpieczenia z UFK, co z kolei stanowi warunek „przełożenia” definicji doktrynalnej takiej umowy na jej definicję legalną. Atrakcyjność poznawcza takiego klasyfikującego pojęcia umowy ubezpieczenia z UFK nie wywołuje żadnych wątpliwości, stąd kierunek analizy przyjętej przez M. Szczygalską jest zrozumiały i w pełni uzasadniony. Jednak już przydatność praktyczna i legislacyjna wywołuje wątpliwości, skoro o natężeniu funkcji ochronnej i inwestycyjnej w ramach analizowanej umowy mają decydować jej strony, co autorka trafnie aprobuje oraz podkreśla już we wstępie swojej pracy, że w ujęciu historycznym ów stopień natężenia funkcji ochronnej i inwestycyjnej umowy ubezpieczenia z UFK podlegał zmianom wywołanym oczekiwaniami praktyki obrotu i samych klientów ubezpieczycieli.

6. Analiza natury badanej umowy oraz stanu prawnego obowiązującego w Polsce i w Unii Europejskiej w zakresie przepisów o umowie ubezpieczenia na życie z UFK dowodzi, że klasyfikujące pojęcie umowy z UFK ma nikłą wartość z punktu widzenia praktyki obrotu, nie daje bowiem odpowiedzi na podstawowe pytanie, czy w umowie takiej przeważa funkcja ochronna bądź inwestycyjna, czy też funkcje te są zrównoważone. Uczciwość intelektualna nakazuje przyznać, że cytowana autorka dostrzega ten problem, dążąc do takiego sformułowania postulowanej definicji umowy z UFK, która będzie obejmować zarówno stan, w którym funkcja ochronna będzie zdecydowanie przeważać nad funkcją inwestycyjną bądź funkcja inwestycyjna będzie przeważać nad ochronną, jak i stan, gdy obie te funkcje będą zrównoważone. Cel ten osiąga przez eliminację z proponowanej definicji umowy z UFK odwołania się do ryzyka ubezpieczeniowego.

7. Co więcej, w teorii prawa umów klasyfikacyjny podział umów na nazwane i nienazwane został podważony na rzecz podziału typologicznego już kilkadziesiąt lat temu. Ujęcie klasyfikacyjne według kryterium „albo ... albo” okazuje się nieelastyczne, ponieważ nie uwzględnia złożonych stanów faktycznych występujących w praktyce obrotu. Ujęcie klasyfikacyjne pozostaje także w konflikcie z preferowaną w szczególności na rynkach regulowanych techniką legislacyjną, która prowadzi do wykształcenia się umów normowanych fragmentarycznie, ale w sposób, który nie pozwala na proste, doktrynalne przesądzenie, czy mamy do czynienia z umową nazwaną, czy nienazwaną. Dowodzi tego metoda regulacji umów zawieranych na rynku regulowanym, i to nie tylko finansowym, ale także telekomunikacyjnym i energetycznym. Doktrynalne wyodrębnianie umów nazwanych i nienazwanych, a w ramach umów nienazwanych umów mieszanych, nie jest zabiegiem wyłącznie teoretycznym, o ile prowadzi do rezultatów przydatnych w procesie stosowania prawa. Ma to szczególne znaczenie dla umów nienazwanych, skoro są one wyróżniane jako skutek swoistego niepowodzenia procesu przyporządkowywania ich do kategorii umów nazwanych. W takim ujęciu umowa nienazwana jest to umowa, która nie może być zakwalifikowana jako umowa nazwana. W klasycznym już opracowaniu na temat umowy nienazwanej z lat 70. XX wieku B. Gawlik podnosił, że jeżeli system prawny zapewnia realne funkcjonowanie zasady swobody umów (w owych czasach zasada swobody umów nie była normatywnie potwierdzona, ale wywodzona doktrynalnie⁸), wówczas zbiór umów występujących w obrocie prawnym dzieli się na dwa podzbiory: umowy nazwane i umowy nienazwane. B. Gawlik ujmował umowy nazwane jako określone i uregulowane w przepisach prawa cywilnego, a umowy nienazwane, w opozycji do umów nazwanych, jako nieokreślone i nieuregulowane w przepisach prawa cywilnego⁹. Autor ten jednak zauważał, że występowanie przepisów prawa cywilnego właściwych dla oznaczonego typu umowy nie jest wyłączną cechą umów nazwanych¹⁰. Doprowadziło go to do sprostowania, iż nietrafna jest teza, jakoby tylko reżim prawny umów nazwanych był określony przez szczególne przepisy prawne właściwe dla poszczególnych typów umów. W konsekwencji autor ten trafnie konkluduje, że *również reżim prawny umów nienazwanych wyznaczony jest niejednokrotnie przez przepisy szczególne ustanowione bądź to wyłącznie dla oznaczonych typów umów nienazwanych, bądź też łącznie dla oznaczonych typów umów nazwanych i nienazwanych*¹¹.

8. Znaczenie zasady wolności umów w okresie PRL-u było bardzo ograniczone ze względu na system gospodarki nakazowo-rozdziałczej.

9. B. Gawlik, *Pojęcie umowy nienazwanej*, S.C. 1971, t. XVIII, s. 10.

10. Ibidem, s. 13.

11. Ibidem, s. 15.

8. Współcześnie sztywny podział umów na nazwane i nienazwane, jeżeli przyjąć kryterium negatywne odwołujące się do umowy nazwanej jako punktu odniesienia (umową nienazwaną jest umowa, która nie mieści się pod postacią żadnej z umów nazwanych¹²), nie uwzględni kategorii umów, które są regulowane przez ustawodawcę dla osiągnięcia ściśle oznaczonych celów bez zamiaru przesądzenia, czy tak przyjęta regulacja prowadzi do powstania umowy nazwanej zgodnie z tradycyjną koncepcją cywilistyczną. Powoduje to, że przedstawiciele doktryny mają niekiedy trudność z przyporządkowaniem takiej uregulowanej – ze względów wyłącznie utylitarnych – umowy do klasy umów nazwanych lub nienazwanych. W istocie – w zależności od okoliczności konkretnego przypadku – taki „ślepy” doktrynalnie, ale bywa, że uzasadniony celowościowo zabieg ustawodawcy budzi niepewność co do tego, jak dalece regulacja normatywna – często przy wykorzystaniu norm bezwzględnie wiążących – wpływa na charakter prawny takiej umowy.

Obecnie można wskazać szereg umów, których pewne elementy typowe są uregulowane w przepisach (np. ustawy z 29 lipca 2005 r. o ofercie i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych i ustawy z 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi, a także ustawy z 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe), ale pozbawionych całościowej regulacji prawnej (umowa o oferowanie publiczne papierów wartościowych, umowa o subemisję inwestycyjną, umowa o subemisję usługową, umowa o stabilizowanie kursu giełdowego akcji, umowa o sponsorowaną emisję kwitów depozytowych, umowa o zarządzanie portfelem instrumentów finansowych, umowa o doradztwo inwestycyjne w zakresie instrumentów finansowych, umowa o usługę wymiany walutowej, umowa o utworzenie konsorcjum bankowego w celu udzielenia kredytu konsorcjalnego, umowa zlecenia udzielenia kredytu, bankowe umowy depozytowe i umowa sejfowa, umowa gwarancji bankowej i poręczenia bankowego [akredytywy bankowe]).

Fragmentaryczne uregulowanie określonej umowy przez ustawodawcę często ma charakter świadomy, ponieważ nie chodzi mu o przesądzenie szczegółowego reżimu prawnego określonej umowy, ale ustalenie pewnych ważnych z punktu widzenia ustawodawcy skutków związanych z zawarciem umowy, co do natury której strony nie mają wątpliwości.

Fragmentaryczna regulacja umowy nienazwanej pełni inne funkcje niż regulacja wyczerpująca umowy nazwanej. Zazwyczaj nie chodzi bowiem o stworzenie autonomicznej i, co do zasady, samowystarczalnej (oczywiście z uwzględnieniem przepisów części ogólnej k.c. o czynnościach prawnych i o zobowiązaniach) regulacji prawnej (np. umowa sprzedaży, umowa o dzieło, umowa zlecenia, umowa najmu, umowa dzierżawy, umowa agencji, umowa komisji, umowa ubezpieczenia, umowa pożyczki, umowa leasingu), ale o osiągnięcie pewnych specyficznych i jednostkowych celów założonych przez ustawodawcę (np. niezaskarżalność roszczeń z umowy gry lub zakładu). Odrzucając się od umowy z UFK, jako dobrą ilustrację tego można podać sposób regulacji w ustawach składających się na tzw. prawo rynku kapitałowego czterech umów: umowy o oferowanie instrumentów finansowych, umowy o subemisję inwestycyjną, umowy o subemisję usługową i umowy o stabilizowanie kursu giełdowego akcji. Analizując cytowane wyżej umowy, tytułem przykładu należy wskazać, że:

- 1) fragmentaryczna regulacja umowy o oferowanie instrumentów finansowych wiąże się z wprowadzeniem przez ustawodawcę przymusowego pośrednictwa firmy inwestycyjnej (reprezentacji emitenta) w postępowaniu o uzyskanie zgody na zatwierdzenie prospektu emisyjnego (w prak-

12. Zob. A. Brzozowski w: *System Prawa Prywatnego*. Tom 5. *Prawo zobowiązań – Część ogólna* pod red. E. Łętowskiej, Warszawa 2006, s. 407 i cyt. tam literatura.

- tyce na przeprowadzenie oferty publicznej papierów wartościowych lub na dopuszczenie papierów wartościowych do obrotu na rynku regulowanym bez przeprowadzania oferty publicznej),
- 2) w przypadku umowy o subemisję inwestycyjną przyczyną jej fragmentarycznej regulacji są: ograniczenia podmiotowe co do osób, które mogą pełnić rolę subemitenta inwestycyjnego (art. 14 ust. 3 OfertaPublU), uznanie zawarcia tej umowy za czynność przekraczającą kompetencje organu zarządzającego emitenta, który powinien uzyskać upoważnienie do jej zawarcia od właściwego organu stanowiącego emitenta (art. 14 ust. 2 OfertaPublU) oraz wymóg informowania w prospekcie emisyjnym o kosztach emisji,
 - 3) w przypadku umowy o subemisję usługową przyczyną jej fragmentarycznej regulacji, oprócz argumentów podniesionych już w związku z umową o subemisję inwestycyjną, jest przyjęcie fikcji prawnej, stosownie do której obrót pierwotny obejmuje dokonywanie oferty publicznej nie tylko przez emitenta, ale także przez subemitenta usługowego (art. 4 pkt 3 OfertaPublU) oraz wymóg, aby umowa o subemisję usługową zapewniała możliwość zbywania przez subemitenta usługowego praw do oferowanych przez niego papierów wartościowych (art. 15 ust. 3 i 4 OfertaPublU),
 - 4) w przypadku umowy o stabilizowanie kursu giełdowego akcji celem regulacji jest wprowadzenie kryteriów pozwalających odróżnić stabilizowanie kursu instrumentu finansowego od manipulacji instrumentem finansowym.

Przykłady tego rodzaju zabiegu ustawodawcy można mnożyć. W każdym z opisywanych przypadków celem ustawodawcy nie jest tworzenie autonomicznego reżimu prawnego określającego cywilnoprawne skutki zawarcia i wykonywania umowy o oferowanie instrumentów finansowych, umowy o subemisję inwestycyjną, umowy o subemisję usługową lub umowy o stabilizowanie kursu giełdowego akcji, ale osiągnięcie pewnych specyficznych skutków związanych z zawieraniem takich umów.

Fragmentaryczna regulacja ustawowa określonej umowy nie dowodzi cechy jej przejściowości. Jak zostało wykazane wyżej na przykładzie umowy o oferowanie instrumentów finansowych, umowy o subemisję inwestycyjną i umowy o subemisję usługową, przyczyną fragmentarycznej regulacji umowy nienazwanej nie musi być zamiar ustawodawcy, aby przekształcać ją w umowę nazwaną. Doktryna cywilistyczna często nazywa przekształcenie umowy nienazwanej w umowę nazwaną awansem umowy nienazwanej. Bywa to jednak awans dość wątpliwy.

Zdarza się, że badana umowa w zależności od ukształtowania jej treści przez strony może być zakwalifikowana jako umowa nazwana ze względu na fakt, iż da się wyróżnić w niej zobowiązanie główne charakterystyczne dla unormowanej umowy nazwanej; jako umowa nienazwana ze względu na fakt, iż da się w niej wyróżnić zobowiązanie główne, które nosi w sobie element całkowitej nowości w stosunku do umów nazwanych, oraz umowę, w której współlistnieją dwa zobowiązania podstawowe – jedno z nich odpowiada zobowiązaniu występującemu w umowie nazwanej, a drugie nie odpowiada zobowiązaniu występującemu w umowie nazwanej. Taka sytuacja jest konsekwencją zasady swobody umów, która przenika jako norma-zasada całe prawo zobowiązań, mając swoje podstawy konstytucyjne. Trybunał Konstytucyjny w uzasadnieniu wyroku z 13 września 2004 r. podkreślił, że *gwarancje konstytucyjne udzielane modelowi społecznej gospodarki rynkowej (art. 20) oraz wolności gospodarczej (art. 22) stanowią [...] naturalne zabezpieczenie wolności umów realizowanej w ramach stosunków prywatnoprawnych*¹³.

13. Wyrok TK z 13 września 2004 r., OTK ZU 2005, nr 8A, poz. 92.

Modelowym wręcz przykładem takiej swoistej dezorientacji doktryny jest umowa ubezpieczenia z ubezpieczeniowym funduszem kapitałowym, której charakter cywilistyczny determinuje stopień natężenia funkcji ubezpieczeniowej i inwestycyjnej.

9. Różnica między mną a autorką cytowanej wyżej monografii (M. Szczepańską) sprowadza się do tego, że w mojej ocenie doświadczenia empiryczne dowodzą, iż brak definicji legalnej umowy ubezpieczenia z UFK, jeżeli uznamy, że takiej definicji nie da się zrekonstruować na podstawie przepisów ustawy o działalności ubezpieczeniowej (co jest poglądem wysoce dyskusyjnym), nie stanowi warunku *sine qua non* funkcjonowania tej instytucji prawnej. Zarzuty formułowane w raporcie Rzecznika Ubezpieczonych, nawet gdyby uznać je za trafne, należą do standardowych problemów, którymi zajmuje się prawo cywilne ochrony konsumenta, i nie są specyficzne dla rynku ubezpieczeniowego – może poza wysokością opłaty likwidacyjnej (ale to ze względu na znany teorii ubezpieczeń problem wysokich kosztów początkowych zawarcia umowy ubezpieczenia na życie oraz długoterminowy charakter UFK, podobnie jak inwestycji w jednostki uczestnictwa funduszy inwestycyjnych).

10. Podzielałam pogląd, że natężenie funkcji ochronnych i inwestycyjnych umowy ubezpieczenia z UFK mające wpływ na wysokość świadczenia pieniężnego spełnianego przez klienta ubezpieczyciela z przeznaczeniem na część ochronną lub inwestycyjną powinno zależeć od preferencji klienta ubezpieczyciela. Jeżeli zatem uznamy, że umowa ubezpieczenia z UFK pełni funkcje użyteczne, a taki trafny pogląd jest prezentowany w polskiej doktrynie¹⁴, wówczas klasyfikacja prawna umowy ubezpieczenia z UFK w świetle kryterium uznania jej za nazwaną umowę ubezpieczenia, umowę mieszaną lub umowę nienazwaną, nie ma znaczenia normatywnego, ale staje się wyłącznie postulatem doktryny, której naturalną cechą jest skłonność do klasyfikacji, czyli, używając języka potocznego, „szufladkowania”. Pamiętajmy jednak przestrożę naszych rzymskich nauczycieli prawa, która zachowuje swoją aktualność, że wszelka definicja w prawie cywilnym jest niebezpieczna, bo rzadko się zdarza, aby nie można było jej podważyć.

11. **Kategoryczny pogląd, że umowa z UFK *de lege lata* nie jest umową nazwaną, wywołuje poważne zastrzeżenia. Jednak z punktu widzenia celu niniejszego opracowania rozstrzygnięcie, czy w świetle obowiązującego stanu prawnego umowa ubezpieczenia z UFK jest umową nazwaną czy nienazwaną, jest prawnie obojętne.** Nawet gdyby podzielić pogląd, że umowa ubezpieczenia z ubezpieczeniowym funduszem kapitałowym jest umową nienazwaną (pogląd ten jest wysoce dyskusyjny w świetle stopnia regulacji tej umowy w ustawie o działalności ubezpieczeniowej oraz bardzo elastycznej definicji kodeksowej umowy ubezpieczenia), to nie sposób wyprowadzić stąd wniosku, że zawieranie takich umów przez ubezpieczycieli jest działaniem pozaprawnym. Przekonująco wykazał to m.in. A. Chłopecki¹⁵.

W razie wątpliwości, czy ubezpieczyciele mają prawo zawierać umowy z UFK, w których przeważa części inwestycyjna – które w istocie mają charakter doktrynalny, a nie normatywny, wobec wyraźnego przesądzenia tego w przepisach prawa pozytywnego, o czym będzie mowa dalej – należy je rozstrzygać w duchu wolności umów, której jedną z konsekwencji jest zasada, że wszystko

14. Zob. M. Szczepańska, *Ubezpieczenie na życie...*, *op. cit.* i cyt. tam literatura.

15. Zob. A. Chłopecki, *Wykorzystanie konstrukcji...*, *op. cit.*

co nie jest zakazane, jest dozwolone¹⁶. Brak regulacji umowy nienazwanej nie oznacza, że ustawodawca traktuje umowę nienazwaną jako zjawisko pozaprawne. Jak trafnie zwraca uwagę A. Stelmachowski, Swoboda umów [...] oznacza [...] przekazanie przez państwo swych kompetencji normotwórczych samym stronom, innymi słowy – rezygnację ze strony państwa z władczego uregulowania stosunków wzajemnych stron na określonym odcinku¹⁷. Decyzja o zawarciu umowy jest decyzją stron, które w ten sposób korzystają z kompetencji do autonomicznego (wolnego od ingerencji państwa) ukształtowania treści swoich praw i obowiązków w granicach określonych prawem i względami słuszności. Pozwala to dostosować prawa umów do potrzeb życia. Jest to siła prawa umów będąca wartością, której warto bronić.

C. Dylematy doktrynalne a rozwiązanie problemu

1. Rozstrzygnięcie dylematu, czy umowa ubezpieczenia na życie z UFK to umowa ubezpieczenia jest demonizowane z praktycznego punktu widzenia. W istocie wystarczy rozstrzygnąć, czy jest to umowa, która ma fragmentaryczną regulację ustawową w stopniu założonym przez ustawodawcę. Nie przypadkiem jest to metoda powszechnie stosowana wobec niepoddających się prostym zabiegom klasyfikującym umów zawieranych na rynkach regulowanych, a w szczególności rynkach finansowych. Dowodzą tego opisane wyżej przykłady, z których wnioski mają wprost zastosowanie także do umowy ubezpieczenia na życie z UFK, a ich powtarzanie jest zbędne.

2. W przypadku umowy z UFK rozwiązanie dylematu w obecnym stanie prawnym jest paradoksalnie nieskomplikowane. Rozważania doktrynalne mają charakter igraszki intelektualnej, która zawsze jest pożyteczna, ale w istniejącym stanie prawnym o charakterze umowy z UFK jako umowy ubezpieczenia przesądza wola ustawodawcy, który jest legislacyjnym bogiem nie tylko wobec umowy ubezpieczenia. Owa nadzwyczajna moc ustawodawcy dotyka np. Rzecznika Ubezpieczonych, który jest osobą prawną, mimo że art. 33 k.c. za osoby prawne uznaje Skarb Państwa i jednostki organizacyjne, którym przepisy szczególnie przyznają osobowość prawną. Rzecznik Ubezpieczonych z pewnością nie jest jednostką organizacyjną, ale osobą fizyczną. Korzystanie z określonej konstrukcji prawnej dla osiągnięcia celu innego niż naturalnie przypisany do tej konstrukcji jest dopuszczalne przez prawo, o ile nie jest to zabieg służący do osiągania celów zabronionych. Dowodzą tego następujące przykłady:

- 1) nieodwołalne pełnomocnictwo jako zabezpieczenie roszczenia ustanawiane w wyłącznym interesie pełnomocnika (art. 101 § 1 k.c.), które nie ma nic wspólnego z naturą pełnomocnictwa,
- 2) kształtowanie spółek osobowych jako spółek *de facto* kapitałowych, z zachowaniem korzyści spółek osobowych na potrzeby funduszy inwestycyjnych zamkniętych,
- 3) umowa przewłaszczenia na zabezpieczenie, której celem nie jest definitywne przeniesienie własności rzeczy lub prawa majątkowego, ale wyłącznie zabezpieczenie roszczeń czasowego właściciela, który korzystając z nabytego prawa własności, powinien uwzględniać obowiązek zwrotnego przeniesienia prawa własności,
- 4) obligacje zamienne do realizacji wyłącznie programów opcyjnych z udziałem banku inwestycyjnego występującego w roli skarbnika akcji, a nie dawcy kapitału dłużnego,

16. A. Stelmachowski, *Zarys teorii prawa cywilnego*, Warszawa 1998, s. 95.

17. *Ibidem*, s. 89.

5) różne konstrukcje służące udostępnianiu kapitału alternatywne wobec długu i kapitału o charakterze hybrydowym w zamian za oczekiwanie zwrotu (zarobku) na udostępnionym kapitale, jak również szereg instytucji prawnych mieszczących się w ramach danego rodzaju finansowania, ale odróżniających się od klasycznych form jego udzielania (pożyczek, kredytów), np. *mezzanine*, faktoring, leasing, transakcje *repo*, instrumenty pochodne, czy różne rodzaje obligacji (pieniężne odsetkowe, zerokuponowe, przychodowe, zamienne, z prawem pierwszeństwa, z prawem do udziału w zysku emitenta). Chociaż wszystkie wskazane powyżej instrumenty służą ogólnie pozyskaniu finansowania, to mają jednak autonomiczny, zróżnicowany charakter. Służą one dostarczeniu narzędzi najlepiej dopasowanych do potrzeb kontraktujących stron. Zjawisko to należy oceniać pozytywnie, jako przejaw prawidłowego funkcjonowania rynku obrotu pieniądzem.

3. Rozwiązanie dylematu związanego z tym, czy ubezpieczyciel może zawierać umowy ubezpieczenia z UFK bez względu na stopień natężenia funkcji ochronnych i inwestycyjnych, wynika wprost z faktu, iż istnieje podstawa normatywna do zawierania umów z UFK i klasyfikowania ich jako umowy ubezpieczenia:

- 1) zgodnie z działem I grupa 3 załącznika do ustawy o działalności ubezpieczeniowej ubezpieczenie na życie z UFK jest ubezpieczeniem na życie,
- 2) przepis art. 3 ust. 6 tej ustawy jako czynność ubezpieczeniową traktuje lokowanie środków zakładów ubezpieczeń w imieniu własnym i na własną rzecz,
- 3) przepis art. 13 ust. 4 tej ustawy określa, jakie informacje dotyczące UFK ubezpieczyciel ma obowiązek zawrzeć w umowie ubezpieczenia,
- 4) przepis art. 13 ust. 5 tej ustawy nakłada na ubezpieczyciela obowiązki związane z wyceną i sprawozdawczością dotyczącą jednostek UFK,
- 5) przepis art. 13 ust. 6 tej ustawy nakłada na ministra finansów obowiązek wydania rozporządzenia w sprawie sprawozdań o UFK w celu zapewnienia właściwego i pełnego poinformowania ubezpieczającego, uposażonego, ubezpieczonego i innych osób uprawnionych z umowy ubezpieczenia o UFK,
- 6) pkt 3 Załącznika I do Dyrektywy 2002/83/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 5 listopada 2002 r. dotyczącej ubezpieczeń na życie wprost dopuszcza ubezpieczenia z funduszem kapitałowym.

Można się zatem spierać, czy przedstawiona regulacja ma charakter wyczerpujący, czy fragmentaryczny. Nie ulega jednak wątpliwości, że zakres regulacji umowy z UFK i ograniczenie jej wyłącznie do ubezpieczycieli poddanych kontroli Komisji Nadzoru Finansowego powoduje, że regulacja umowy z UFK jest skonstruowana w takim zakresie, w jakim europejski i polski ustawodawca uznali to na obecnym etapie za wystarczające. Trudno jest przy tym obronić pogląd, że cytowana wyżej regulacja nie pozwala na wyodrębnienie elementów przedmiotowo istotnych umowy ubezpieczenia na życie z UFK, skoro jest ona znacznie bardziej rozbudowana w porównaniu do wielu umów nazwanych unormowanych w Kodeksie cywilnym (np. umowy zamiany, dostawy, ale także zlecenia, użyczenia, pożyczki, komisu, darowizny, renty, dożywocia, ugody, przyrzeczenia publicznego).

III. Czy istnieją podstawy do ograniczania funkcji inwestycyjnej umowy z UFK *de lege lata* i *de lege ferenda*?

1. Ustawa o działalności ubezpieczeniowej nie wprowadza żadnych wymagań dotyczących określenia stosunku między funkcją ochrony ubezpieczeniowej i inwestycyjną umowy z UFK. Decyzja w tym zakresie została pozostawiona stronom.

2. Obowiązująca konstrukcja prawna umowy ubezpieczenia na życie z ubezpieczeniowym funduszem kapitałowym dopuszcza ukształtowanie tej umowy przez jej strony jako umowy, w której zobowiązaniem głównym ubezpieczyciela będzie udzielenie ochrony ubezpieczeniowej albo zobowiązaniem głównym ubezpieczyciela będzie zarządzanie na ryzyko klienta środkami powierzonymi ubezpieczycielowi, albo w której oba wskazane zobowiązania będą równoważne. Ustawodawca nie określa żadnych preferencji aksjologicznych co do natężenia funkcji ubezpieczeniowej lub inwestycyjnej badanej umowy, pozostawiając w tym zakresie rozstrzygnięcie woli stron, stosownie do ich indywidualnych uzgodnień.

3. Wysokość części ochronnej lub wartość składki przeznaczanej na część ochronną w umowie ubezpieczenia z UFK nie ma znaczenia dla jej kwalifikacji jako umowy, która podlega przepisom właściwym dla umów ubezpieczenia, a w każdym razie jest obojętna z punktu widzenia oceny ważności zawarcia takiej umowy przez ubezpieczyciela w granicach określonych przepisami Kodeksu cywilnego i ustawy o działalności ubezpieczeniowej. Zatem jeżeli nawet w konkretnym stanie faktycznym wysokość części ochronnej lub wartość składki przeznaczonej na część ochronną w umowie ubezpieczenia z UFK będzie pozostawać w znaczącej dysproporcji w stosunku do części inwestycyjnej (co jest dość typowym zjawiskiem), nie ma to wpływu na ocenę legalności zawarcia tak skonstruowanej umowy. Skoro ustawodawca dopuszcza bowiem zawarcie umowy ubezpieczenia na życie z bardzo niską sumą ubezpieczenia, a więc przy bardzo niskiej składce ubezpieczeniowej, to brak jest podstaw, aby do tak skonstruowanej umowy ubezpieczenia na życie z bardzo niską składką ubezpieczeniową nie można było dołączyć UFK ze znacząco wyższą wartością składki przeznaczanej na cele inwestycyjne. Ponadto z punktu widzenia regulacji umowy ubezpieczenia na życie z UFK stopień natężenia jej funkcji ochronnych i inwestycyjnych jest prawnie obojętny oraz pozostawiony woli stron tej umowy. Brak jest zatem podstaw do ingerencji ustawodawcy, która określałaby minimalną część świadczenia spełnianego przez klienta ubezpieczyciela w zamian za uzyskanie ochrony ubezpieczeniowej. Tego rodzaju ingerencja byłaby oparta na arbitralnej decyzji ustawodawcy, która z natury rzeczy ograniczałaby dopasowanie „produktu ubezpieczeniowo-inwestycyjnego” do rzeczywistych potrzeb klienta.

4. Kluczowe jest udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy ubezpieczyciel powinien mieć możliwość świadczenia usług z zakresu zarządzania środkami powierzonymi mu przez klienta na rachunek i na ryzyko klienta. Biorąc pod uwagę status ubezpieczyciela oraz dopuszczenie *de lege lata* wprost takiej możliwości w przepisach prawa Unii Europejskiej i prawa polskiego, a także w innych systemach prawnych, nie ma wystarczających racji, aby zakazywać świadczenia usług tego rodzaju przy okazji udzielania ochrony ubezpieczeniowej lub to świadczenie ograniczać. Dotychczasowe rozwiązanie jest korzystne, ponieważ sprzyja wzmocnieniu konkurencji kosztowej produktów

z grupy UFK porównywalnych z produktami oszczędnościowo-inwestycyjnymi oferowanymi w sektorze bankowym oraz produktami inwestycyjnymi oferowanymi w sektorze funduszy inwestycyjnych. Wydaje się, że powiązanie ustawowe ubezpieczeniowego funduszu kapitałowego z umową ubezpieczenia na życie pełni następujące pozytywne funkcje:

- 1) przesądza, że jest to produkt oszczędnościowo-inwestycyjny, który może być oferowany przez podmiot kwalifikowany, tj. ubezpieczyciela podlegającego reglamentacji i kontroli ze strony Komisji Nadzoru Finansowego,
- 2) promuje i jednoznacznie wskazuje na długoterminowy charakter inwestycji,
- 3) promuje gromadzenie oszczędności z możliwością odpowiedniej alokacji kapitału w gospodarce,
- 4) zwiększa ofertę powierzania własnych środków w zarządzanie w ramach grupy podmiotów, których działalność jest silnie regulowana, a więc które uzyskują swoisty certyfikat wiarygodności od Komisji Nadzoru Finansowego i które podlegają kontroli Komisji Nadzoru Finansowego. W konsekwencji jest to pozytywny mechanizm zwiększania konkurencyjności oferty lokacyjnej podmiotów regulowanych. Z tego powodu elastyczność w zakresie możliwości kształtowania stopnia natężenia funkcji ubezpieczeniowej i inwestycyjnej, a więc dopuszczenie ukształtowania umowy z UFK z przewagą funkcji ubezpieczeniowej lub przewagą funkcji inwestycyjnej albo z równowagą obu tych funkcji, staje się zaletą, a nie wadą umowy z UFK,
- 5) wprowadza opcję tworzenia przez ustawodawcę alternatywy wobec rozmaitego rodzaju podmiotów (typu „sławny” już Amber Gold) oferujących usługi lokowania środków pieniężnych z obietnicą wysokiego zysku „bez ryzyka”. Z tego powodu elastyczność w zakresie możliwości kształtowania stopnia natężenia funkcji ubezpieczeniowej i inwestycyjnej, a więc dopuszczenie ukształtowania umowy z UFK z przewagą funkcji ubezpieczeniowej lub przewagą funkcji inwestycyjnej albo z równowagą obu tych funkcji, staje się zaletą, a nie wadą umowy z UFK.

IV. Czy istnieje potrzeba zmian?

1. Nie ulega wątpliwości, że jeżeli równowaga stron jest rażąco zachwiana, to przeczy to zasadzie autonomii woli i względem słuszności, a więc godzi w fundamenty prawa prywatnego. Potrzeby praktyki obrotu ani skala stwierdzonych nieprawidłowości w realizowaniu umowy z UFK nie uzasadniają negatywnej oceny tej konstrukcji prawnej. Rzecznik Ubezpieczonych sporządził krytyczną ocenę umowy z UFK, podnosząc, że w 2011 r. do Rzecznika Ubezpieczonych wpłynęło 146 skarg dotyczących umów ubezpieczenia na życie z UFK, a po pierwszych trzech kwartałach 2012 r. takich skarg było już 262. W ocenie Polskiej Izby Ubezpieczeń (PIU) tezy Rzecznika Ubezpieczonych są oparte na znikomej liczbie skarg (146 w 2011 r. i 246 w pierwszym kwartale 2012 r.), co przy szacunkowej liczbie zawartych indywidualnych umów ubezpieczenia z UFK wynoszącej 2,8 mln oraz 2 mln grupowych umów ubezpieczenia z UFK oznacza, że skargi dotyczą mniej niż sześciu setnych promila klientów. PIU zwraca także uwagę, iż na potrzeby raportu przyjęto, że wszystkie skargi były zasadne, wyprowadzając stąd wnioski w odniesieniu do wszystkich ubezpieczycieli, banków i innych pośredników uczestniczących w procesie zawierania umów ubezpieczenia z UFK. Dodatkowo Rzecznik Ubezpieczonych podaje, że blisko 1/3 skarg dotyczy jednego banku i dwóch ubezpieczycieli wchodzących z tym bankiem w skład tej samej grupy kapitałowej, którzy oferują ubezpieczenia grupowe. Z kolei w odniesieniu do ubezpieczyciela, który jest liderem pod względem liczby skarg dotyczących ubezpieczeń indywidualnych, zarzuty dotyczą umów zawieranych kilka lat temu.

Z punktu widzenia polityki legislacyjnej w zakresie prawa prywatnego i w oparciu o cytowane wyżej dane ilościowe uzasadniony wydaje się pogląd, że zidentyfikowane nieprawidłowości nie stanowią wystarczającej podstawy do ingerencji ustawodawcy o charakterze restryktywnym. W każdym razie nie istnieją przesłanki dla podejmowania jakichś przyspieszonych działań o charakterze nadzwyczajnym. Celowe jest monitorowanie praktyk rynkowych, w tym w drodze dialogu prowadzonego między Przewodniczącym Komisji Nadzoru Finansowego, Prezesem UOKiK, Rzecznikiem Ubezpieczonych i Polską Izbą Ubezpieczeń, zgodnie z postulowaną współcześnie w teorii prawa komunikacyjną metodą tworzenia prawa.

Podejmując decyzję o zastosowaniu regulacji imperatywnej, ustawodawca powinien kierować się zasadą proporcjonalności, a więc uwzględniać istniejące instrumenty ochrony konsumentów z zakresu materialnego prawa cywilnego, procesowego prawa cywilnego oraz instrumenty władcze wobec ubezpieczycieli przysługujące Komisji Nadzoru Finansowego i Prezesowi UOKiK. Wstrzeźliwość ustawodawcy w szczególności w ingerowaniu w prywatnoprawną regulację umowy ubezpieczenia, w tym umowę z UFK, wymaga zgodnie z zasadą subsydiarności prawa prywatnego uwzględnienia faktu, że klienci ubezpieczycieli podlegają kwalifikowanej ochronie prawnej w porównaniu do konsumentów i przedsiębiorców zawierających umowy w sektorze niefinansowym.

Po pierwsze, należy zwrócić uwagę, że w przypadku gdy stroną umowy ubezpieczenia jest konsument, mają do niego zastosowanie ogólne instrumenty ochrony konsumenta, a więc:

- a) przepisy Kodeksu cywilnego zwiększające standard ochrony konsumenta, w tym o niedozwolonych postanowieniach umownych [art. 385¹–385³ k.c.], o wzorcach umownych [art. 384–385 k.c.], podwyższające standard staranności ubezpieczyciela [art. 355 § 2 k.c.] itp.,
- b) przepisy Kodeksu postępowania cywilnego o abstrakcyjnej kontroli niedozwolonych postanowień wzorców umownych (szczególny tryb postępowania w sprawach o uznanie postanowień wzorca umowy za niedozwolone – art. 479³⁶–479⁴⁵ k.p.c.).

Po drugie, nadzór nad działalnością ubezpieczycieli jest sprawowany przez Komisję Nadzoru Finansowego. Celem nadzoru jest zapewnienie bezpieczeństwa klientom ubezpieczycieli. KNF ma liczne instrumenty władczego oddziaływania na ubezpieczycieli. Dodatkowo art. 12 ust. 2 pkt 2 ustawy z 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym przyznaje Rzecznikowi Ubezpieczonych uprawnienie wytaczania powództw z tytułu nieuczciwych praktyk rynkowych stosowanych przez ubezpieczycieli.

Po trzecie, istnieją liczne instytucje w Kodeksie cywilnym umożliwiające sądom przywracanie równowagi kontraktowej stron (zob. np. art. 5 k.c., art. 56 k.c., art. 58 k.c. art. 65 k.c., art. 353¹ k.c., art. 354 k.c.).

Aktualna wydaje się przestroga profesora R. Longchamps de Bérier, że *Pozostaje jeszcze zawsze duża sfera działalności, w której przepisy prawne byłyby zbyt rygorystyczne, bo zbyt wielka jest ilość stanów faktycznych, których nie można ani z góry myśłą ogarnąć, ani jedną normą uregulować*¹⁸.

Nadmiernie rygorystyczna regulacja, a w szczególności pozbawiona uzasadnienia celowościowego odwołującego się do konieczności ochrony konkretnych wartości (a nie ochrony na wszelki wypadek), z uwzględnieniem zasady proporcjonalności (adekwatności stosowanych środków do celu), może wpłynąć negatywnie na rozwój ubezpieczeń, a także zwiększać koszty transakcyjne

18. R. Longchamps de Bérier, *Zobowiązania*, drugie wydanie, Lwów 1939. Wydanie anastatyczne, Poznań 1999, s. 151.

ubezpieczeń. W konsekwencji negatywnie oddziałuje to także na tzw. świadomość ubezpieczeniową. Należy także mieć na uwadze, że obecna regulacja w Kodeksie cywilnym należy obok ustawy belgijskiej i fińskiej do najbardziej restrykcyjnych w Europie. W większości systemów prawnych (Hiszpania, Dania, Portugalia, Holandia, Szwecja, Niemcy, Francja) standardem są przepisy dyspozytywne lub semiimperatywne, z zastrzeżeniem imperatywności części z nich. Dyspozytywność jako zasadę przyjmuje także art. 1:103 PEICL [Zasady Europejskiego Prawa Umowy Ubezpieczenia].

Wzorem innych systemów prawnych oraz na podstawie wyników prac nad PEICL należy utrzymać dopuszczalność zawierania umowy ubezpieczenia z ubezpieczeniowym funduszem kapitałowym. Inną kwestią jest sposób regulacji tej umowy oraz jej charakter prawny determinowany naturą umowy z UFK.

2. Wadą dotychczasowej konstrukcji prawnej umowy z UFK przyjętej w ustawie o działalności ubezpieczeniowej jest posługiwanie się na potrzeby tej umowy siatką pojęciową charakterystyczną dla umowy ubezpieczenia. Jest to jednak zarzut natury metodologicznej i warsztatowej, który nie uzasadnia podważania istniejącego rozwiązania prawnego. Nie wydaje się przy tym, aby to siatka pojęciowa z zakresu ubezpieczeń stosowana do umowy z UFK stanowiła przyczynę używania w tych umowach klauzul abuzywnych, w tym kwestionowanej przez sąd ochrony konkurencji i konsumentów wysokości opłaty likwidacyjnej na poziomie ogólnych warunków ubezpieczenia (ale nie samej opłaty). Wymaga podkreślenia, że w chwili obecnej poważne zastrzeżenia wywołuje także definicja kodeksowa umowy ubezpieczenia ze względu na swoją nadmierną ogólnikowość (dysfunkcyjną elastyczność). Dla uporządkowania złożonej (mieszanej) natury prawnej umowy z UFK należałoby zatem postulować wprowadzenie w Kodeksie cywilnym nowej definicji umowy ubezpieczenia oraz określenie jej relacji do klasycznej umowy ubezpieczenia „odczytywanej” na podstawie istniejącego stanu prawnego.

Należałoby rozważyć przyjęcie, że: *Przez umowę ubezpieczenia ubezpieczyciel zobowiązuje się do zapewnienia ubezpieczającemu lub osobie przez niego wskazanej ochrony w razie wystąpienia albo niewystąpienia określonego zdarzenia, a ubezpieczający zobowiązuje się w zamian zapłacić wynagrodzenie (składkę ubezpieczeniową). W umowie ubezpieczenia ubezpieczyciel może zobowiązać się do inwestowania umówionej sumy pieniężnej. W przypadku inwestowania umówionej sumy wysokość świadczenia ubezpieczyciela zależy od wysokości zainwestowanej sumy i wyników inwestycyjnych.*

Proponowane rozwiązanie w sposób jednoznaczny określa naturę cywilistyczną umowy z UFK zgodnie z istniejącym obecnie rozwiązaniem w przepisach prawa europejskiego i ustawy o działalności ubezpieczeniowej oraz promuje swobodę stron w zakresie innowacyjnego kształtowania „produktu” ubezpieczyciela stosownie do potrzeb klienta, włącznie z rozłożeniem funkcji ubezpieczeniowej i inwestycyjnej odpowiednio do oczekiwań klienta.

3. Analiza raportu Rzecznika Ubezpieczonych w sprawie umowy z UFK oraz stanowiska Polskiej Izby Ubezpieczeń odnośnie do tego raportu, a także orzecznictwa sądu ochrony konkurencji i konsumentów wskazuje, że podstawowy problem związany z abuzywnością klauzul zawieranych w umowie z UFK dotyczy wysokości opłaty likwidacyjnej zastrzeganej w ogólnych warunkach ubezpieczenia w razie rozwiązania umowy przez klienta w pierwszym lub drugim roku jej obowiązywania. **Jest to jednak dobrze rozpoznany w teorii ubezpieczeń problem wysokich kosztów początkowych umowy ubezpieczenia na życie w ogólności.** Wysokość takiej opłaty

oraz rozwiązania prawne powinny uwzględniać: rzeczywiste koszty ubezpieczyciela ponoszone w związku z zawarciem i wykonywaniem umowy, długoterminowy charakter umowy z UFK wpływający na wysokość kosztów początkowych i czas ich amortyzacji, ryzyko przerzucania kosztów początkowych zawarcia długoterminowej umowy z UFK z tzw. krótkoterminowych „uczestników” umów z UFK na długoterminowych „uczestników” takich umów, godziwy zarobek ubezpieczyciela, zasadę, że osoba odnosząca zysk z inwestycji ponosi związane z nią ryzyko i koszty oraz że rozwiązanie w początkowym okresie długoterminowej (wieloletniej) umowy lokacyjnej jest z natury nieracjonalne ekonomicznie.

Analiza orzeczeń sądu ochrony konkurencji i konsumentów uzasadnia pogląd, że sądy kwestionują przede wszystkim ustalanie wysokości opłaty likwidacyjnej w oderwaniu od kosztów związanych z zawarciem konkretnej umowy, a nie samej opłaty. W praktyce występują przypadki, iż mimo zakwestionowania wysokości opłaty likwidacyjnej w ramach kontroli abstrakcyjnej ogólnych warunków ubezpieczenia, w ramach kontroli incydentalnej sądy przyznają ubezpieczycielowi prawo do pobrania opłaty w zakwestionowanej wysokości w oparciu o analizę konkretnego przypadku w ramach uwzględnienia roszczenia ubezpieczyciela o naprawienie szkody wyrządzonej rozwiązaniem umowy z natury długoterminowej. Wydaje się zatem, że ustawodawca nie powinien ingerować w sposób i wysokość rozliczeń stron z tytułu zakończenia z woli klienta ubezpieczyciela umowy ubezpieczenia z UFK w pierwszych latach jej obowiązywania, pozostawiając w tym zakresie możliwość korzystania z bardziej adekwatnego instrumentu, jakim jest rozstrzygnięcie sporu co do rozliczeń w ramach sądowej kontroli incydentalnej lub abstrakcyjnej wzorca umownego bądź sporu sądowego o zapłatę.

4. Wydaje się, że przy podejmowaniu decyzji legislacyjnej należy mieć na uwadze, iż problem nie ogranicza się do rozliczeń między ubezpieczycielem a jego klientem kosztów związanych z zakończeniem konkretnej umowy z UFK np. w pierwszym lub drugim roku jej obowiązywania. Wydaje się, że narzucenie przez ustawodawcę konkretnego modelu rozliczenia w sposób przerzucający ciężar poniesienia wysokich kosztów początkowych umowy ubezpieczenia na życie z UFK na ubezpieczyciela, a więc rozwiązania na rzecz krótkoterminowego klienta programu ubezpieczeń z UFK, może doprowadzić do powstania ryzyka promowania interesu krótkoterminowych „uczestników” długoterminowej umowy ubezpieczenia z UFK kosztem interesu długoterminowych „uczestników” długoterminowej umowy ubezpieczenia z UFK. Planując działania legislacyjne, ustawodawca jest obowiązany brać pod uwagę skutki systemowe projektowanej normy prawnej. Podzielić należy pogląd, że nie ma wystarczających przesłanek, aby podział „uczestników” umowy ubezpieczenia na życie z UFK na krótko- i długoterminowych utożsamiać z podziałem na niezamożnych (krótkoterminowy „uczestnik”) i zamożnych (długoterminowy „uczestnik”). Bardziej prawdopodobna wydaje się hipoteza, że podział ten może odzwierciedlać podział na konsumenta nieuważnego i nierozważnego oraz na konsumenta uważnego, który rozważnie i ostrożnie podejmuje decyzje inwestycyjne, planując swoją przyszłość. Ustawodawca nie powinien przyjmować założenia, że w przypadku skomplikowanych produktów finansowych klient zasługuje na ochronę, nawet jeżeli w sposób nierozważny podjął decyzję. Należy promować model klienta rozważnego i dbającego o swoje interesy. Żadne rozwiązanie ustawowe nie ochroni przed brakiem staranności o swoje interesy.

5. W przypadku „produktów” oferowanych masowo, w tym produktów finansowych, należy analizować, czy przy zawieraniu umowy wystąpiło zjawisko asymetrii informacyjnej między przedsiębiorcą

a konsumentem. W odniesieniu do umowy ubezpieczenia na życie z UFK i identyfikowanych nieprawidłowości właściwe jest rozpoznanie, że w części dotyczącej ubezpieczeniowego funduszu kapitałowego usługa ubezpieczyciela jest podobna do usług firm inwestycyjnych w zakresie tzw. *asset management* lub funduszy inwestycyjnych. W konsekwencji usługa lokacyjna ubezpieczyciela w ramach ubezpieczeniowego funduszu kapitałowego jest świadczona na rachunek i ryzyko klienta. Prowadzi to do wniosku, że podstawowym zabiegiem legislacyjnym powinno być przeciwdziałanie zjawisku asymetrii informacyjnej, czyli nadużywaniu w złej wierze przewagi informacyjnej przez przedsiębiorcę [tu: ubezpieczyciela]. Chodzi zatem o zapewnienie klientowi takiego zasobu informacji, który jest niezbędny do podjęcia rozważnej decyzji o zawarciu umowy wedle modelu przeciętnego, ale starannego i rozsądnego konsumenta. Skoro zatem w naturę umowy ubezpieczenia z UFK jest wpisana usługa inwestycyjna, to kształtowanie stopnia „transparentności” tej umowy w części, w jakiej spełnia ona funkcje lokacyjne, powinno odpowiadać standardom przyjmowanym w odniesieniu do usług z zakresu *asset management* i funduszy inwestycyjnych. Właściwym działaniem legislacyjnym byłoby zatem przeanalizowanie przez Komisję Nadzoru Finansowego wraz z interesariuszami, czy dotychczasowe rozwiązania dotyczące obowiązków informacyjnych ubezpieczyciela związane z UFK, zawarte w ustawie o działalności ubezpieczeniowej i wydanych na jej podstawie aktach wykonawczych, są wystarczające i odpowiadają standardom obowiązującym podmioty świadczące usługi z zakresu *asset management* oraz funduszy inwestycyjnych. Chodzi o udostępnienie takiego zasobu informacji, który będzie stanowił dostateczną podstawę do podjęcia decyzji o powierzeniu ubezpieczycielowi inwestowania umówionej sumy pieniędzy.

6. Należy podkreślić, że w chwili obecnej trwają w Unii Europejskiej prace nad Rozporządzeniem PRIIPs [Packaged Retail Investment Products]. Jest to rozporządzenie, którego celem jest uregulowanie jakości i rzetelności informacji przekazywanych klientom nabywającym produkty inwestycyjne. Jego celem nadrzędnym jest ochrona konsumenta. PRIIPs, w przeciwieństwie do MIFiD, dotyczy również ubezpieczeń. Zgodnie z PRIIPs najważniejsze informacje na temat nabywanych produktów klient ma otrzymać w dokumencie KID [key information document]. PRIIPs, jeżeli zostanie uchwalony, wejdzie w życie bez konieczności zmian w polskim prawie. Trwają również prace nad wymaganiami informacyjnymi wobec klientów określonych w projekcie I Dyrektywy o pośrednictwie ubezpieczeniowym (IMDII). Na podstawie tych prac Polska Izba Ubezpieczeń przygotowała projekt Rekomendacji dobrych praktyk informacyjnych dotyczących ubezpieczeń na życie związanych z UFK. Projekt ten został przesłany do konsultacji m.in. do Ministra Finansów, Prezesa UOKiK i Rzecznika Ubezpieczonych. Projekt został oceniony co do zasady pozytywnie przez Ministra Finansów i Prezesa UOKiK mimo zgłoszenia uwag szczegółowych. Projekt jako spóźniony ocenił Rzecznik Ubezpieczonych, formułując liczne uwagi krytyczne. W związku z tym wydaje się, że:

- 1) zagadnienie obowiązków informacyjnych ubezpieczycieli w związku z oferowaniem UFK ma szansę być rozwiązane jednolicie w ramach Unii Europejskiej w postaci rozporządzenia, które ma skutek bezpośredni w prawodawstwie państw członkowskich, w tym w polskim,
- 2) niezależnie od powyższego ewentualna inicjatywa legislacyjna w sprawie obowiązków informacyjnych w związku z oferowaniem UFK powinna dotyczyć ustawy o działalności ubezpieczeniowej i rozporządzeń Ministra Finansów,
- 3) należy podzielić pogląd Prezesa UOKiK oraz Ministra Finansów, że inicjatywy samoregulacyjne są wartościowe i mają szansę przyczynić się do upowszechniania zasad odpowiedzialnego i rzetelnego informowania konsumentów o naturze i cechach produktów inwestycyjnych

oferowanych przez ubezpieczycieli, oczywiście pod warunkiem właściwego skonstruowania i faktycznego, powszechnego stosowania,

- 4) dodatkowo należy wskazać, że współcześnie teza o niewiążącym charakterze tak zwanego miękkiego prawa jest uproszczona, gdyż nie uwzględnia roli orzecznictwa. Bezprawność w rozumieniu prawa cywilnego jest rozumiana szeroko jako sprzeczność zachowania nie tylko z treścią konkretnych przepisów, ale i z zasadami współżycia społecznego określającymi pożądane i aprobowane zachowania uczestników obrotu cywilnoprawnego. Samoregulacja oznaczonej branży ma wpływ na wypełnienie treścią takich pojęć cywilistycznych, jak natura zobowiązania, dobre obyczaje, zasady współżycia społecznego, zasady uczciwego obrotu, uczciwe praktyki rynkowe, społeczno-gospodarczy cel zobowiązania. Dobre praktyki przyjmowane w danym środowisku kształtują również zwyczaj, który także ma wpływ na ustalenie pożądanego zachowania stron umowy. Z cywilistycznego punktu widzenia dobre praktyki mogą być zatem istotnym narzędziem dla sędziego w procesie orzekania i ułatwiać w konkretnych sporach sądowych korzystanie z instytucji wyrażonych w art. 5 k.c. [nie korzysta z ochrony ten, kto nadużywa swojego prawa w sposób sprzeczny z zasadami współżycia społecznego lub jego celem społeczno-gospodarczym], art. 56 k.c. [czynność prawna wywołuje skutki nie tylko w niej wyrażone, lecz również te, które wynikają m.in. z zasad współżycia społecznego i ze zwyczajów], art. 65 k.c. [obowiązek dokonywania wykładni umowy z uwzględnieniem zasad współżycia społecznego i zwyczajów], art. 353¹ k.c. [granica swobody umów są m.in. natura umowy i zasady współżycia społecznego, co obejmuje nakaz uczciwego, a więc równomiernego rozkładania praw i obowiązków stron umowy], art. 354 k.c. [dłużnik powinien wykonać swoje zobowiązanie w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego i zwyczajom], art. 385¹ k.c. [przesłanki abuzywności generalnej: kształtowanie praw i obowiązków klienta w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami, rażąco naruszające interes konsumenta],
- 5) rozważenia wymaga wprowadzenie dwóch rozwiązań legislacyjnych odpowiadających zasadzie proporcjonalności, które mogłyby przyczynić się do zmniejszenia ryzyka nieuczciwych praktyk rynkowych przy zawieraniu umowy z UFK. Po pierwsze, wprowadzenie do przepisów k.c. o umowie ubezpieczenia normy stanowiącej, że *Każda ze stron obowiązana jest do zachowania lojalności wobec drugiej, uwzględniającej w szczególności cel i naturę umowy*. Po drugie, w przepisach ustawy o rachunkowości można rozważyć wprowadzenie przepisu na wzór art. 49 ust. 2 pkt 8, nakazującego, aby sprawozdanie finansowe jednostki, która prowadzi działalność ubezpieczeniową jako zakład ubezpieczeń, obejmowało informację o stosowaniu dobrych praktyk informacyjnych dotyczących ubezpieczeń na życie związanych z ubezpieczeniowym funduszem kapitałowym oraz zobowiązującego do objęcia tej okoliczności raportem biegłego rewidenta. Mogłoby to być rozwiązanie, które podnosiłoby znaczenie i skutki samoregulacji poprzez normatywny obowiązek poinformowania, czy takie praktyki są stosowane, i wskazanie na takie praktyki. Miałyby to dodatkowe znaczenie w kontekście cytowanych wyżej instytucji cywilistycznych stosowanych w praktyce orzeczniczej. Zaletą tego rozwiązania jest wprowadzenie konstrukcji pośredniej między tzw. twardym i miękkim prawem z zapewnieniem udziału w jego kształtowaniu wszystkich interesariuszy.