

DARIUSZ FUCHS

Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego

POJĘCIE RYZYKA I JEGO UMIEJSCOWIENIA (LOKALIZACJI) W PRAWIE UBEZPIECZEŃ GOSPODARCZYCH

1. WSTĘP

Reforma ubezpieczeń gospodarczych, jaka dokonała się na skutek wejścia w życie przepisów ustaw ubezpieczeniowych z 22 maja 2003 r., spowodowała również konieczność bacznej analizy podstawowych pojęć ubezpieczeń gospodarczych, które ustawodawca bądź zdefiniował (np. pojęcie zdarzenia losowego, koasekuracji, zagranicznego zakładu ubezpieczeń) lub używa w różnorodnych kontekstach znaczeniowych, czego przykładem jest ryzyko. W naturalny sposób podstawowym źródłem prawa zawierającym katalog takich pojęć jest ustawa o działalności ubezpieczeniowej (dalej: ustawa)¹, chociaż należy podkreślić, iż aktualność, a przede wszystkim obowiązywanie niektórych proponowanych definicji przez ustawodawcę jest ograniczona jedynie do zakresu obowiązywania tejże ustawy, czego dobitnym przykładem jest art. 2 pkt 18, który zawiera określenie zdarzenia losowego, co jednakże nie może zostać wprost aplikowane do pojęcia wypadku ubezpieczeniowego, o którym mowa w przepisach kodeksu cywilnego² o umowie ubezpieczenia (art. 805-834)³.

¹ Dz.U. z 2003 r. Nr 124, poz. 1151.

² Dz.U. z 1964 r. Nr 16, poz. 93 ze zm.

³ Szczegóły: D. FUCHS, *Zakres obowiązku prewencji w prawie ubezpieczeń gospodarczych. Uwagi na tle art. 826 k.c.*, «Prawo Asekuracyjne» 10.4 (2004), s. 40 i n.

Równie fundamentalne, jak pojęcie zdarzenia losowego, jest właściwe rozumienie ryzyka, dla którego wciąż aktualność zachowuje stwierdzenie E. Kowalewskiego, iż „Pojęcie ryzyka ma podstawowe znaczenie zarówno z punktu widzenia teorii ubezpieczeń, jak i potrzeb codziennej praktyki [...]”⁴. Zauważona przez tego autora różnorodność rozumienia ryzyka i związana z tym dyspersja pojęciowa niewątpliwie wciąż stanowi utrudnienie dla rozwoju ubezpieczeń gospodarczych, chociaż, w przeciwieństwie do poprzedniego stanu prawnego, obecnie ustawodawca sformułował zasadniczo poprawną definicję działalności ubezpieczeniowej, opierającą się na wykorzystaniu znaczenia ryzyka w tej działalności. Wydaje się, iż doprowadzenie na obecnym etapie rozwoju ubezpieczeń gospodarczych na świecie, a w szczególności w Polsce do homogeniczności ryzyka ubezpieczeniowego jest nie-realne. Miast tego przed nauką ubezpieczeń stoi zadanie analizy poszczególnych konotacji znaczenia ryzyka, tym bardziej, iż wagę do tego przywiązuje rodzimy ustawodawca, i w tym zakresie chcący doprowadzić do prawidłowej implementacji wspólnotowego prawa wtórnego, czego przykład widoczny stanowi redakcja załącznika do ustawy o działalności ubezpieczeniowej (gdzie ryzyko stanowi zasadniczo odpowiednik przedmiotu ubezpieczenia) oraz przepisy kolizyjnoprawne, które za pomocą lokalizacji (umiejscowienia) ryzyka decydują o prawie właściwym dla umowy ubezpieczenia (co powoduje utożsamienie ryzyka z łącznikiem kolizyjnoprawnym)⁵. Poniższe rozważania będą zasadniczo poświęcone kontekstowi lokalizacji ryzyka w nawiązaniu do norm stanowiących próbę dostosowania się polskiego prawa ubezpieczeń gospodarczych do *acquis communautaire*, które należy bez wątplenia rozpocząć od wykładni pojęcia ryzyka użytego w legalnej definicji działalności ubezpieczeniowej, zawartej w art. 3. ust. 1 ustawy.

⁴ E. KOWALEWSKI, *Ryzyko w działalności człowieka i możliwości jego ograniczenia*, [w:] T. SANGOWSKI (red.), *Ubezpieczenia gospodarcze*, Warszawa 1998, s. 17.

⁵ Por. E. KOWALEWSKI, *Ryzyko w działalności*, cit., s. 40.

2. RYZYKO W DEFINICJI DZIAŁALNOŚCI UBEZPIECZENIOWEJ

W obecnie obowiązującym stanie prawnym ryzyko stanowi kategorię podstawową również i z tego powodu, iż ustawodawca, wzorując się na rozwiązaniu przyjętym już w nowelizacji poprzednio obowiązującej ustawy o działalności ubezpieczeniowej z 1990 roku⁶, umieścił ryzyko w definicji działalności ubezpieczeniowej. Na podkreślenie zasługuje fakt, iż chociaż obie definicje wykazują istotne podobieństwo, to poprzednia była w sposób szczególnie przedmiotem rozważań w polskiej literaturze, a to głównie przez dwukrotne odwołanie się do ryzyka, raz *explicite*, a drugi *implicite*, poprzez zbędne, wydaje się, przywołanie charakterystyki załącznika do ówczesnej ustawy, który już wówczas zasadniczo ryzyko utożsamiał z przedmiotem ubezpieczenia⁷. Takie zestawienie powodowało, iż niepotrzebnie ulegała komplikacji sama definicja, a dodatkowo można było zgłaszać zastrzeżenia do poprawności takiego ujęcia, szczególnie w odniesieniu do konsumentów, w których interesie wprowadzono również tę definicję w polskim prawie.

Obecnie ustawa (art. 3 ust. 1) określa działalność ubezpieczeniową mianem działalności polegającej na wykonywaniu „czynności ubezpieczeniowych związanych z oferowaniem i udzielaniem ochrony na wypadek ryzyka wystąpienia skutków zdarzeń losowych”⁸. Bez

⁶ Ustawa z dnia 28 lipca 1990 r., tekst jednolity: Dz.U. z 1996 r. Nr 11, poz. 62 ze zm.; szczegóły: E. KOWALEWSKI, *Prawo ubezpieczeń gospodarczych*, Bydgoszcz-Toruń 2002, s. 128-129; D. FUCHS, *Holding ubezpieczeniowy w prawodawstwie polskim oraz wspólnotowym*, [w:] B. GNELA, R. SZOSTAK (red.), *Harmonizacja polskiego prawa gospodarczego z wymogami Unii Europejskiej*, Zakamycze 2001, s. 165-171.

⁷ Por. art. 1a ust. 1 ustawy z przyp. 6: „Przez działalność ubezpieczeniową rozumie się wykonywanie czynności ubezpieczeniowych związanych z oferowaniem i udzielaniem ochrony na wypadek ryzyka wystąpienia skutków zdarzeń losowych, w zakresie grup ubezpieczeń zgodnie z załącznikiem do ustawy.”

⁸ przesłanki przemawiające za wprowadzeniem i obecnie: utrzymaniem definicji szczegółowo omawia: K. PRZEWALSKA, [w:] K. PRZEWALSKA, M. ORLICKI, *Nowe prawo ubezpieczeń gospodarczych. Pakiet ustaw ubezpieczeniowych. Kodeks cywilny po zmianach*, Bydgoszcz-Warszawa-Poznań 2004, s. 20-21.

szczegółowej analizy, nasuwa się oczywisty wniosek, iż konotacje ryzyka, które przypisuje ustawodawca definicji działalności ubezpieczeniowej będą miały znaczenie wiodące, gdyż zasadniczo (zakładając, iż taka definicja służy z drugiej strony określeniu dopuszczalnych postaci działalności ubezpieczeniowej w polskim prawie⁹), ze względu na kwalifikowany charakter umowy ubezpieczenia, który wyznacza zakład ubezpieczeń swoją osobą. Oczywiście powyższą tezę należy uzupełnić dwoma dodatkowymi uwagami. Po pierwsze ewentualne inne sposoby rozumienia ryzyka w ustawie będą dopuszczalne, jeżeli ewentualną kolizję uda się rozstrzygnąć regułą *lex specialis derogat legi generali*, a dodatkowo, czego wykluczyć *a priori* nie można, iż ryzyko będzie używane w hipotezie normy przez prawodawcę w innym kontekście, niż w odniesieniu do sfery dopuszczalnej działalności zakładu ubezpieczeń.

Po drugie, pomimo kategorycznego brzmienia i związanego z tym znaczenia definicji działalności ubezpieczeniowej, należy pamiętać, iż zakład ubezpieczeń może (art. 3 ust. 2 ustawy) dodatkowo zajmować się działalnością bezpośrednio związaną z działalnością ubezpieczeniową, gdzie kategoria ryzyka ubezpieczeniowego może występować w innym jeszcze znaczeniu lub nie występować wcale. Dodatkowo, sama ustawa zezwała, aby zakład ubezpieczeń wykonywał działalność akwizycyjną na rzecz otwartych funduszy emerytalnych¹⁰ (art. 3 ust. 8 ustawy) oraz prowadził osobiście lub poprzez inny podmiot działalność usługową w zakresie zabezpieczenia danych związanych z zawieraniem i wykonywaniem umów ubezpieczenia, a przechowywanych na nośnikach elektronicznych (art. 26 ust. 1 ustawy). Z pewnością te wyrażone *verba legis* powyższe przykłady nie stanowią wyliczenia taksatywnego, chociaż w przypadku wątpliwości co do bezpośredniego związku pomiędzy podejmowaną dzia-

⁹ Na co szczególnie zwraca uwagę E. KOWALEWSKI, [w:] E. KOWALEWSKI, T. SANGOWSKI (red.), *Prawo ubezpieczeń gospodarczych. Komentarz*, Warszawa 2004, s. 38.

¹⁰ Ustawa o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych z dnia 28 sierpnia 1997 r.; Dz.U. Nr 139, poz. 934 ze zm.

łałnością przez zakład ubezpieczeń a zakresem oznaczonym definicją z art. 3 ust 1 ustawy, z pewnością (z poszanowaniem zasady ciężaru dowodu) mogą powstać spory, w zakresie wyznaczenia kręgu desygnatów pojęcia działalności bezpośrednio związanej z ubezpieczeniową. Obecnie należy przyjąć, iż nie musi jedynie taka działalność mieć charakteru działalności gospodarczej, co odznacza w sposób szczególny działalność ubezpieczeniową, którą traktuje się zasadniczo jako rodzaj działalności usługowej.

Z definicji wynika, iż dopuszczalne przejawy działalności ubezpieczeniowej (z poszanowaniem przywołanych powyżej wyjątków) są uszczegółowione w katalogu czynności ubezpieczeniowych, o których mowa w art. 3 ust. 3-7 ustawy. Ich łączną normatywną cechą wspólną jest związek z „oferowaniem (sic!) i udzielaniem ochrony”. Tym samym należy wnosić, iż jeżeli zakład ubezpieczeń podejmuje się czynności skatalogowanych w art. 3 ustawy, które *in casu* nie wykazują związku z oferowaniem i udzielaniem ochrony, to wówczas taki ubezpieczyciel nie prowadzi działalności ubezpieczeniowej. W przypadku sporów o charakter podjętej czynności, również ze względu na ryzyko ubezpieczeniowe, wątpliwości mogą powstać przy okazji wykładni słów dookreślających, nigdzie *nota bene* nie definiowanej, ochrony, tzn. jak należy rozumieć jej oferowanie i udzielanie. Jeżeli sformułowanie oferowanie miałyby być wyłożone zgodnie z przepisami księgi pierwszej kodeksu cywilnego, mówiącymi o trybie ofertowym, to wówczas za logiczny należałoby uznać irracjonalny wniosek, iż z ofertą zawarcia np. umowy ubezpieczenia czy gwarancji ubezpieczeniowej może wystąpić jedynie zakład ubezpieczeń lub podmiot działający w jego imieniu, a nigdy druga strona umowy, chociaż skądinąd za czynność ubezpieczeniową uznano w ustawie „zawieranie umów ubezpieczenia, umów reasekuracji lub umów gwarancji ubezpieczeniowych [...]”, co skłania do rozsądnego wniosku, iż zawieranie umowy przez zakład ubezpieczeń, nawet wówczas, gdy ofertę sformułował i skierował do zakładu ubezpieczeń ubezpieczający będzie (co akurat jest bezdyskusyjne) uznane za czynność ubezpieczeniową, *ergo*: będzie stanowić dopuszczalny przejaw działalności ubezpieczeniowej zakładu ubezpieczeń. Trzeba

na marginesie podkreślić, iż szczególnie w odniesieniu do umów ubezpieczenia fundamentalną jest teza, iż jest to jedyny dopuszczalny przez polskiego ustawodawcę sposób powstania stosunku ubezpieczenia. Wobec tego należy zdaniem piszącego skłonić się do wniosku, iż pojęcie oferowanie zostało tutaj użyte w znaczeniu potocznym, bardziej charakterystycznym dla potocznego języka ubezpieczeniowego a nie prawnego czy prawniczego. Nie zmienia to jednak postulatu *de lege ferenda*, iż w przyszłości z takiego kolokwializmu w fundamentalnej definicji dla prawa ubezpieczeń gospodarczych należałoby zrezygnować. Podobny wniosek nasuwa się w odniesieniu do użytej przez ustawodawcę koniunkcji pomiędzy słowem „oferowaniem” a „udzielaniem”, gdyż bardziej wskazane byłoby wprowadzenie w to miejsce alternatywy nierozłącznej „lub”.

Najistotniejsze jednak jest wprowadzenie przez ustawodawcę jeszcze jednego dookreślenia pojęcia ochrony, jakim jest w definicji ryzyko. Zakład ubezpieczeń może takiej ochrony udzielić tylko w odniesieniu do możliwego (dosł. na wypadek) ryzyka, co oznacza, iż możliwość jego wystąpienia ogranicza także sferę ochrony ubezpieczeniowej. Jeżeli ryzyko nie może wystąpić (odpadła całkowicie przyczyna jego wystąpienia) to zakład ubezpieczeń zawierając określoną umowę, co najwyżej dokonuje czynności bezpośrednio związanej z działalnością ubezpieczeniową, ale wykracza poza zakres przedmiotowy definicji samej działalności. Dodatkowo ustawodawca dokonał powiązania pojęcia ryzyka ze zdarzeniem losowym, gdyż w art. 3 ust. 1 ustawy nie o każde ryzyko chodzi, ale jedynie o takie, które wiąże się z wystąpieniem „skutków zdarzeń losowych”. Tutaj niestety brakło konsekwencji, gdyż dosłownie w zdaniu powyższym (art. 2 pkt. 18) do cech immanentnych zdarzenia losowego zaliczono powodowanie uszczerbku „w dobrach osobistych lub dobrach majątkowych albo zwiększenie potrzeb majątkowych po stronie ubezpieczającego lub innej osoby objętej ochroną ubezpieczeniową”. Tym samym samo zdarzenie losowe w rozumieniu ustawy jest nie tylko zdarzeniem przyszłym, niepewnym i niezależnym od woli ubezpieczającego ale dodatkowo takim, które powoduje określone i dodajmy: negatywne i inspirujące do zapewnienia ochrony przez zakład ubezpieczeń,

skutki. Wobec tego mówienie o ryzyku wystąpienia skutków zdarzeń losowych jest niepotrzebną multiplikacją cechy, którą zdarzenia losowe na mocy prawa muszą się odznaczać. Wydaje się, iż jest to konsekwencja mechanicznego przejęcia, o czym wspomniano powyżej, zasadniczej części treści definicji działalności ubezpieczeniowej, obowiązującej poprzednio, co zarazem skłania do postulowania również w tym zakresie dokonania niezbędnej nowelizacji art. 3 ust. 1 ustawy.

Kontekst użycia przez prawodawcę rzeczownika „ryzyko” w definicji skłania do wniosku, iż możliwe jest zarówno rozumienie jego jako synonimu niebezpieczeństwa lub możliwości wystąpienia określonych zdarzeń losowych jak i prawdopodobieństwa straty, którą może doznać np. ubezpieczający na skutek ich zaistnienia¹¹. Niewątpliwie powiązanie ryzyka, z jednej strony z definiowanym w ustawie zdarzeniem losowym, a z drugiej z powszechnie występującą w praktyce i literaturze ochroną ubezpieczeniową, której jednakże prawodawca nie zdecydował się bliżej sprecyzować, powoduje, iż zarazem budowanie nie budzących wątpliwości, co do zakresu desygnatów, definicji ryzyka, wynikających z normatywnego określenia działalności ubezpieczeniowej jest wysoce utrudnione. Zarazem nie jest to jedyny kontekst znaczenia ryzyka użytego w ustawie.

3. RYZYKO W ZAŁĄCZNIKU DO USTAWY

Zasadniczym przykładem absorpcji do polskiego systemu prawnego ryzyka w ujęciu wspólnotowym jest załącznik do ustawy o działalności ubezpieczeniowej, wzorowany na załączniku do tzw. dyrektywy pierwszej generacji prawa ubezpieczeń gospodarczych z 1973 roku¹².

¹¹ Por. E. KOWALEWSKI, *Ryzyko w działalności*, cit., s. 18-22.

¹² First Council Directive of 24 July 1973 on the coordination of laws, Regulations and administrative provisions relating to the taking-up and pursuit of the business of direct insurance other than life insurance, Dz.U. WE nr L 228 (73/239/EEC), s. 17-19 (załącznik do dyrektywy); szczegóły: T. H. ELLIS, *European Integration and Insurance (Creating a Common Insurance Market)*, London 1979, s. 63 i n.

Po raz pierwszy, również powodując się chęcią dostosowania do wymogów prawa wspólnotowego, wprowadzono ten załącznik do prawodawstwa polskiego wraz z ustawą o działalności ubezpieczeniowej z 1980 roku. Kilkakrotnie w treści załącznika jest ryzyko przywoływane. Przede wszystkim w samym tytule, gdzie mowa o podziale „ryzyka według działów, grup i rodzajów ubezpieczeń”, co sugeruje utożsamienie tym razem ryzyka z przedmiotem ubezpieczenia. Proweniencja takiego traktowania ryzyka sięga anglosaskiej praktyki ubezpieczeniowej, która obecnie także jest charakterystyczna dla polskiego języka ubezpieczeniowego, co jednakże wcale takiego rozumienia ryzyka nie nobilituje, wprost przeciwnie: nawet pobieżna analiza będzie prowadzić do irracjonalnych wniosków, które w treści artykułu zostaną pominięte (np. w odniesieniu do ubezpieczeń na życie). Należy niestety się pogodzić z tym faktem i przyjąć takie znaczenie ryzyka w zakresie podziału zakresu dopuszczalnych czynności ubezpieczeniowych, dokonywanych przez wzgląd na charakter interesu ubezpieczeniowego, również i z tego powodu, iż jest to wynik koniecznej implementacji *acquis*¹³. W praktyce to specyficzne rozumienie pojęcia ryzyka nie budzi zasadniczych kontrowersji, gdyż jego celem jest możliwość sprawnego rozgraniczenia ubezpieczeń na życie (w rozumieniu działu I załącznika do ustawy) oraz działu II, których łączenie przez ten sam podmiot w zakresie wykonywania czynności ubezpieczeniowych jest zakazane przez ustawodawcę, a adresem tego zakazu jest zakład ubezpieczeń (art. 8 ust. 1 ustawy)¹⁴. Powyższa uwaga nie oznacza oczywiście, iż naruszenie tego administracyjnego rozdziału obu od-

¹³ Nie jest to jedyny przykład, by wspomnieć o art. 12a konwencji lugańskiej o jurysdykcji i wykonywaniu orzeczeń sądowych w sprawach cywilnych i handlowych (Dz.U. z 2000 r. Nr 10, poz. 132); szczegółowa analiza jest zawarta w monografii J. ŁOPUSKIEGO, *Konwencja lugańska o jurysdykcji i wykonywaniu orzeczeń sądowych w sprawach cywilnych i handlowych*, Bydgoszcz 2001, s. 67-68; por. J. CI-SZEWSKI, *Konwencja z Lugano. Komentarz*, Warszawa 2001, s. 110-111.

¹⁴ Charakterystykę i szczegółowe przesłanki tego rozgraniczenia dopuszczalnych sfer działalności ubezpieczeniowej zawiera praca E. KOWALEWSKIEGO, *Prawo ubezpieczeń gospodarczych. Ewolucja i kierunki przemian*, Bydgoszcz 1992, s. 93-96.

rębnych działów ubezpieczeń gospodarczych nie będzie miało znaczenia dla drugiej strony umowy, która w takim przypadku będzie ponosiła konsekwencje określone w art. 58 k.c, co oznacza nieważność umowy ubezpieczenia zawartej z naruszeniem zasady „ rozdziału branż ubezpieczeniowych”, a zarazem uchybia podstawowej cesze umowy ubezpieczenia, którą jest jej jednostronnie kwalifikowany charakter.

Nie jest to jedyny przykład *expressis verbis* odwołania się w załączniku do pojęcia ryzyka, jego kolejną egzemplifikację stanowi punkt ust. 16, gdzie skatalogowano 10 kategorii:

- 1) utratę zatrudnienia;
- 2) niewystarczający dochód;
- 3) złe warunki atmosferyczne;
- 4) utratę zysków;
- 5) stałe wydatki ogólne;
- 6) nieprzewidziane wydatki handlowe;
- 7) utratę wartości rynkowej;
- 8) utratę stałego źródła dochodu;
- 9) pośrednie straty handlowe, inne, niż wymienione powyżej oraz
- 10) inne straty finansowe.

Takie ustawowe sformułowanie katalogu ryzyk finansowych, sugeruje, iż tym razem ustawodawca odnosi pojęcie ryzyka do niebezpieczeństwa wystąpienia ujemnych następstw w dobrach chronionych daną czynnością ubezpieczeniową. Biorąc pod uwagę, iż jest to widoczna korelacja z semantyką charakterystyczną dla definicji działalności ubezpieczeniowej, to należałoby takie rozwiązanie zasadniczo zaaprobować, z jednym zastrzeżeniem. W opisanym stanie prawnym występuje pomimo tego niekonsekwencja w zakresie samego załącznika, bo jeżeli stanowi on zgodnie z tytułem katalog ryzyk, zasadniczo analogicznych do pojęcia przedmiotu ubezpieczenia, to, według przyjętej w załączniku systematyki, w ust. 16 ryzyko nie powinno w znaczeniu niebezpieczeństwa wystąpić, bo wprowadza to rozżew w samej treści załącznika, chyba, iż przyjmie się, że tytuł załącznika na tyle ogólnie odnosi się do pojęcia ryzyka, iż również w tym znaczeniu go ustawodawca użył.

4. POJĘCIE TZW. DUŻEGO RYZYKA

Wpływ *acquis* na poszczególne konteksty użycia ryzyka w konstruowanych przez prawodawcę polskiego normach prawnych jest nie tylko widoczny w załączniku do ustawy ubezpieczeniowej ale także w legalnej definicji tzw. dużego ryzyka. Zgodnie z art. 2 ust 2 ustawy za duże ryzyka uznaje się „ryzyka, o których mowa w dziale II załącznika do ustawy:

a) grupy 4-7¹⁵, 11¹⁶, 12¹⁷,

b) grupy 14¹⁸, 15¹⁹ – w przypadku gdy ubezpieczający wykonuje działalność gospodarczą lub wolny zawód, a ryzyko wiąże się z tą działalnością,

c) grupy 8²⁰, 9²¹, 13²², 16²³ – w przypadku gdy ubezpieczający przekracza co najmniej dwa z następujących kryteriów w roku obrotowym:

¹⁵ „4. Ubezpieczenia casco pojazdów szynowych, obejmujące szkody w pojazdach szynowych. 5. Ubezpieczenia casco statków powietrznych, obejmujące szkody w statkach powietrznych. 6. Ubezpieczenia żeglugi morskiej i śródlądowej casco statków żeglugi morskiej i statków żeglugi śródlądowej, obejmujące szkody w: 1) statkach żeglugi morskiej; 2) statkach żeglugi śródlądowej. 7. Ubezpieczenia przedmiotów w transporcie, obejmujące szkody na transportowanych przedmiotach, niezależnie od każdorazowo stosowanych środków transportu.”

¹⁶ Ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej wszelkiego rodzaju, wynikającej z posiadania i użytkowania statków powietrznych, łącznie z ubezpieczeniem odpowiedzialności przewoźnika.

¹⁷ Ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej za żeglugę morską i śródlądową, wynikającej z posiadania i użytkowania statków żeglugi śródlądowej i statków morskich, łącznie z ubezpieczeniem odpowiedzialności przewoźnika.

¹⁸ Ubezpieczenia kredytu, w tym: 1) ogólnej niewypłacalności; 2) kredytu eksportowego, spłaty rat, kredytu hipotecznego, kredytu rolniczego.

¹⁹ Gwarancja ubezpieczeniowa: 1) bezpośrednia; 2) pośrednia

²⁰ Ubezpieczenia szkód spowodowanych żywiołami, obejmujące szkody rzeczowe nieujęte w grupach 3-7, spowodowane przez: 1) ogień; 2) eksplozję; 3) burzę; 4) inne żywioły; 5) energię jądrową; 6) obsunięcia ziemi lub tąpnięcia.

²¹ Ubezpieczenia pozostałych szkód rzeczowych (jeżeli nie zostały ujęte w grupie 3, 4, 5, 6 lub 7), wywołanych przez grad lub mroź oraz inne przyczyny (jak np. kradzież), jeżeli przyczyny te nie są ujęte w grupie 8.

- suma bilansowa wynosi 6,2 mln euro,
- obroty netto wynoszą 12,8 mln euro,
- średnia ilość pracowników wynosi 250 osób,

jeżeli ubezpieczający należy do grupy kapitałowej, dla której przygotowywane jest sprawozdanie skonsolidowane w rozumieniu ustawy z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości²⁴. Zgodnie z wolą ustawodawcy kryteria odnoszące się do grupy określonej w punkcie c oceniane są na podstawie sprawozdania skonsolidowanego.

Geneza pojęcia tzw. dużych ryzyk ubezpieczeniowych sięga okresu przygotowania i implementacji w ówczesnych państwach członkowskich EWG tzw. dyrektywy koasekuracyjnej²⁵.

Implementacja dyrektywy przez poszczególne państwa członkowskie nie przebiegała – wbrew zamierzeniom władz Wspólnoty Europejskiej – jednolicie. Takie kraje jak: Niemcy, Francja, Dania oraz Irlandia, uzasadniając dobrem usługobiorcy-konsumenta, wprowadziły system dodatkowych obostrzeń, m.in. wymagając autoryzacji działalności w kraju, gdzie usługi są oferowane, niezależnie czy to przez pośrednika (agenta) czy też przez spółkę zależną.²⁶ Niezależnie od tego (orzeczenie Komisja przeciwko RFN) niemiecki urząd nadzoru ubezpieczeniowego wymagał, aby przy umowie koasekuracyjnej tzw. główny koasekurator posiadał swą siedzibę w państwie, w którym usługi są oferowane.

Powyższe zasady zostały podważone przez Komisję i następnie zaskarżone do ETS jako niezgodne z ówczesnym art. 59 Traktatu

²² „Ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej (ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej ogólnej) nieujętej w grupach 10-12.”

²³ Ubezpieczenia ryzyk finansowych; por. pkt. 2 niniejszego artykułu.

²⁴ Dz.U. z 2002 r. Nr 76, poz. 694 ze zm.

²⁵ Szczegóły: D. FUCHS, Regulacja koasekuracji w prawodawstwie Unii Europejskiej, «Radca Prawny» 12.2 (1999), s. 18 i n.; tłumaczenie zawarte w: E. STROŃSKI, *Przepisy koordynujące ustawodawstwo państw członkowskich EWG. Ubezpieczenia*, Warszawa 1991, s. 153 i n.

²⁶ Odpowiednio zwane sprawami z 4 grudnia (1986 r.), połączonymi przez ETS: 205/84 ECR 3755; 220/83 ECR 3663; 252/83 ECR 3713; 206/84 ECR 3817.

ustanawiającego EWG (obecnie: art. 49 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską)²⁷ oraz z art. 2 dyrektywy koasekuracyjnej.²⁸ Przy rozpatrywaniu spraw połączonych ETS przyjął istotną dla rozwoju europejskiego rynku ubezpieczeniowego, jak się okazało, dyferencjację ryzyka, uzależnioną od potrzeby, zdaniem ETS-u, ochrony słabszej strony umowy ubezpieczenia, co należy uznać także za istotny etap w rozwoju wspólnotowego prawa konsumenckiego.

Zdaniem Trybunału jedynie tzw. „ryzyka masowe” (wobec powszechności występowania w obrocie oraz generalnemu brakowi profesjonalnego przygotowania usługobiorców – konsumentów) uzasadniają ingerencję prawodawcy właściwego ze względu na miejsce świadczenia usługi bądź prawo wskazanego przez łącznik miejsca zamieszkania osoby ubezpieczonej. W przeciwieństwie do tego dyrektywa koasekuracyjna odnosi się w praktyce do umów, które ze względu na rozmiar ewentualnego odszkodowania i charakter przedmiotu ubezpieczenia wymagają współdziałania kilku ubezpieczycieli w celu ubezpieczenia międzynarodowych spółek (koncernów), które w znaczeniu organizacyjnym i gospodarczym zajmują porównywalną pozycję w stosunku do zakładów ubezpieczeń będących w danym przypadku koasekuratorami. Jednocześnie podkreślono w orzeczeniu, iż różnica w niezbędnej ochronie, jaką powinien zapewnić każdy prawodawca na swym terytorium za pomocą przepisów bezwzględnie obowiązujących, wynika zarówno z rodzaju „przedmiotu ubezpieczenia jak i podmiotu zawierającego umowę z ubezpieczycielem.”²⁹ Niestety w żadnym z orzeczeń z 4

²⁷ po wejściu w życie tzw. Traktatu Amsterdamskiego: por. E. WOJTASZEK-MIK, C. MIK, *Traktaty europejskie*, Zakamycze 2000, s. 8 oraz 356 i n.

²⁸ W. VAN GERVEN, J. WOUTERS, *Free Movement of Financial Services and the European Contracts Convention*, [w:] M. ANDENAS, S. KENYON-SLADE (red.), *EC Financial Market Regulation and Company Law*, London 1993, s. 59; MJ. RANGEL DE MESQUITA, *Środki prawne i nadzór sądowy oraz orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w dziedzinie ubezpieczeń*, [w:] *Liberalizacja usług finansowych i finansowy rynek ubezpieczeniowy w Unii Europejskiej, materiały seminaryjne*, Łódź 14-15.05.1998, Łódź 1998 s. 9 i n.

²⁹ Komisja przeciwko RFN, uwaga nr 48.

grudnia ETS nie wprowadził jednolitego kryterium podziału ryzyk na masowe i pozostałe, zwanych od tego czasu w orzecznictwie i literaturze ubezpieczeniowej gospodarczymi bądź „dużymi” (znacznymi) ryzykami.³⁰

Podczas opracowywania projektu dyrektywy koasekuracyjnej osiągnięto jedynie porozumienie co do znaczenia ryzyk objętych zakresem stosowania dyrektywy tj.: związanych z transakcjami handlowymi, działalnością budowlaną o charakterze przemysłowym oraz niektórych ryzyk związanych z odpowiedzialnością zawodową. Katalog ten nie znalazł się w ostatecznym tekście dyrektywy, co również było przyczyną trudności jej implementacji przez poszczególne państwa członkowskie.³¹

Powyższych trudności starał się uniknąć prawodawca wspólnotowy już w trakcie przygotowywania projektu tzw. Dyrektyw II generacji wspólnotowego prawa ubezpieczeń gospodarczych.³² Z tego powodu wprowadzono do treści (art. 5) Drugiej Dyrektywy Rady w zakresie ubezpieczeń innych, niż ubezpieczenia na życie (dalej: II Dyrektywa),³³ który właśnie stał się wzorcem dla polskiego prawodawcy.

³⁰ D. LASOK, *The Professions and Services in the European Economic Community*, Deventer 1986, s. 292-293; E. HARDY IVAMY, *General Principles of Insurance Law*, London 1993, s. 615-616; R. GREAVES, *EC Competition Law: Banking and Insurance Services*, London 1992, s. 48; W.-H. ROTH, *Internationales Versicherungsrecht*, Tübingen 1985, s. 669.

³¹ Por. *European Insurance Law. A Guide to Community Member State and EFTA National Legislation*, wyd. Coopers and Lybrand Europe, London 1990, s. 98-99; C. TUCKWELL, *Entry Options to Wider European Markets*, [w:] I. GILLESPIE, K. HAMILTON (red.), *Insurance 1992*, London 1992, s. 3-4; W.-H. ROTH, *op. cit.*, s. 712-713; K. P. LASOK, *Freedom to provide insurance services in the light of the 'coinsurance cases'*, «Modern Law Review» 51 (1988), s. 727-728.

³² Por. *Insurance services* [w:] I. GILLESPIE, K. HAMILTON, *op. cit.*, s. 97-98; D. FUCHS, *Podstawy prawne działalności ubezpieczeniowej na Europejskim Rynku Wewnętrznym a projekt dyrektywy o umowie ubezpieczenia*, «Rejent» 7.10 (1997), s. 94-95.

³³ Second Council Directive of 22 June 1988 on the coordination of laws, regulations and administrative provisions relating to direct insurance other than life assurance and laying down provisions to facilitate the effective exercise of freedom to provide services and amending Directive 73/239/EEC.

Przyjęcie takiego katalogu w dyrektywie miało zasadniczy wpływ na zagadnienie swobody kolizyjnoprawnej, gdyż dla dużych ryzyk przyjęto w konsekwencji wpierv ograniczoną do niektórych ich postaci (art. 7 ust. 1 pkt. f II Dyrektywy), co następnie (na podstawie art. 27 Dyrektywy Rady nr 92/49/EEC; dalej: III Dyrektywy) rozszerzono na wszystkie kategorie tzw. dużych ryzyk.³⁴

5. UMIEJSCOWIENIE (LOKALIZACJA) RYZYKA

Zagadnieniem ściśle związanym z problematyką kolizyjnoprawną jest zagadnienie lokalizacji ryzyka, do czego ustawodawca nawiązuje w art. 129 ust. 3 ustawy. Zgodnie z tymi regułami swoboda kolizyjnoprawna, a zasadniczo jej zakres jest uzależniony od lokalizacji ryzyka, podlegającego ubezpieczeniu. Co ciekawe, adresatem tych norm jest zasadniczo zakład ubezpieczeń („Zakład ubezpieczeń, (...) w zakresie określenia prawa właściwego dla umowy ubezpieczenia jest obowiązany stosować następujące zasady”), co mogłoby prowadzić do wątpliwej wartości wniosku, iż jedynie tak specyficznie zbudowana norma semiimperatywna wiąże zakład ubezpieczeń, a ubezpieczający jest w swej swobodzie kolizyjnoprawnej nieograniczony. Z oczywistych względów jeżeli strony nie będą mogły dojść do porozumienia w zakresie autonomii kolizyjnoprawnej to umowa nie będzie zawarta lub stanie się wiążąca z pominięciem klauzuli wyboru prawa, a jeżeli zakład ubezpieczeń uchybi poniższemu katalogowi, to wówczas, przynajmniej w tym zakresie, umowa ubezpieczenia będzie nieważna. Z pośród zasad, którymi jest zobowiązany się kierować *verba legis* zakład ubezpieczeń najistotniejsze to:

– „jeżeli ubezpieczający ma miejsce zamieszkania lub siedzibę zarządu w państwie członkowskim Unii Europejskiej umiejscowie-

³⁴ R. MORSE, *Party Autonomy in International Insurance Contract Law*, [w:] F. REICHERT-FACILIDES, H. U. JESSURUN D'OLIVEIRA, *International Insurance Contract Law in the EC. Proceedings of a Comparative Law Conference held at the European University Institute*, Deventer-Boston 1993, s. 37-38.

nia ryzyka, do umów ubezpieczenia stosuje się prawo tego państwa członkowskiego Unii Europejskiej, z zastrzeżeniem, że gdy pozwala na to prawo tego państwa członkowskiego strony mogą wybrać prawo innego państwa;

– jeżeli ubezpieczający nie ma stałego miejsca zamieszkania lub siedziby zarządu w państwie członkowskim Unii Europejskiej umiejscowienia ryzyka, strony umowy ubezpieczenia mogą wybrać jako właściwe prawo państwa członkowskiego Unii Europejskiej umiejscowienia ryzyka lub prawo państwa, w którym ubezpieczający ma miejsce zamieszkania lub siedzibę organu zarządzającego;

– jeżeli ubezpieczający wykonuje działalność gospodarczą lub wykonuje wolny zawód, a umowa ubezpieczenia obejmuje co najmniej dwa ryzyka, związane z tą działalnością i umiejscowione w innych państwach członkowskich Unii Europejskiej, swoboda wyboru prawa właściwego w odniesieniu do umowy ubezpieczenia będzie rozciągać się na prawo tego państwa Unii Europejskiej, w którym ubezpieczający ma miejsce zamieszkania lub siedzibę organu zarządzającego;

– w zakresie określonym w pkt 2 i 3 dopuszcza się możliwość swobody wyboru prawa właściwego;

– jeżeli ryzyko ogranicza się do zdarzeń zachodzących w państwie członkowskim innym niż państwo umiejscowienia ryzyka, niezależnie od przepisów pkt 1-3, strony mogą wybrać prawo pierwszego z tych państw;

– dokonanie wyboru prawa właściwego przez strony umowy ubezpieczenia, gdy wszystkie istotne elementy w czasie dokonania wyboru są związane tylko z jednym państwem członkowskim Unii Europejskiej nie wyłącza stosowania bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa tego państwa członkowskiego Unii Europejskiej”.

Wybór prawa dokonany w umowie zgodnie z tymi zasadami winien zostać wyrażony w sposób jednoznaczny, co jest zasadniczo wzorowane na rozbudowanej i szczegółowej w tym zakresie regulacji *acquis*³⁵. Rodzi się jednakże wątpliwość, czy użyte przez prawodawcę

³⁵ Art. 7 ust. 1 pkt. h dyrektywy z przyp. 33.

sformułowanie („wybór prawa ma być jednoznacznie określony w umowie ubezpieczenia”) wyklucza dorozumiany wybór prawa³⁶. Z pewnością prawodawca wspólnotowy i taki wybór dopuszcza, wymagając jedynie, aby był on wyrażony wprost lub demonstrowany przez strony w samym kontrakcie lub ze względu na okoliczności. Z pewnością, aby uniknąć obiekcji, które w tym zakresie wywołuje wymóg wyrażenia aktu samego wyboru prawa „w umowie ubezpieczenia”, należałoby w przyszłości w sposób bardziej oddający ducha *acquis* taki wymóg co do pewności wyboru prawa, sformułować.

W sytuacji, gdy wybór nie został dokonany w zgodzie z powyższymi zasadami, ustawa (wzorując się na art. 7 II Dyrektywy) stwierdza, iż „prawem właściwym dla danej umowy ubezpieczenia będzie prawo państwa członkowskiego Unii Europejskiej, z którym umowa jest najściślej związana”, czego *nota bene* także ustawa nie precyzuje. Powyższe zasady nie ograniczają sądu w stosowaniu własnego *lex fori* w zakresie, w jakim dotyczy to przepisów bezwzględnie obowiązujących.

Niestety podstawowym mankamentem jednak nie jest brak przybliżenia w ustawie anglosaskiej koncepcji najściślejszego związku³⁷ ale pominięcie, zawartej w II Dyrektywie, definicji umiejscowienia ryzyka, a przynajmniej pominięcia go w słowniczku ustawowym (art. 2 ustawy) oraz w przepisach rozdziału 7 ustawy, pomimo tego, iż poszczególne przepisy się do niego odwołują. Można natomiast taką definicję znaleźć pośród przepisów zasadniczo poświęconych gospodarce finansowej zakładów ubezpieczeń (art. 154 ust. 10 ustawy), co stanowi odwzorowanie art. 2 pkt. d II Dyrektywy: „Przez państwo członkowskie umiejscowienia ryzyka rozumie się państwo członkowskie Unii Europejskiej, w którym:

1) znajduje się nieruchomości wraz z częściami składowymi i przynależnościami oraz znajdującym się w niej mieniem, o ile

³⁶ Por. negatywna w tym zakresie wypowiedź R. POTRZESZCZA, [w:] S. ROGOWSKI (red.), *Prawo ubezpieczeń. Ustawy z komentarzem*, Warszawa 2004, s. 172.

³⁷ Szczegóły: A. BRIGGS, *The conflict of laws*, Oxford 2002, s. 163 i n.

mienie to jest objęte tą samą umową ubezpieczenia co nieruchomości;

2) jest zarejestrowany pojazd mechaniczny, w przypadku gdy umowa ubezpieczenia dotyczy pojazdu mechanicznego;

3) została zawarta umowa ubezpieczenia, na okres nie dłuższy niż 4 miesiące, dotycząca ubezpieczenia związanego z podróżą niezależnie od grupy określonej w załączniku do ustawy;

4) ubezpieczający będący osobą fizyczną ma stałe miejsce zamieszkania;

5) ubezpieczający będący osobą prawną ma siedzibę jednostki organizacyjnej objętej umową ubezpieczenia”.

Rodzi się w związku z tym oczywiste pytanie, na ile ta definicja jest wiążąca dla przepisów kolizyjnych, a w konsekwencji: dla stron umowy ubezpieczenia. Zachowując postulat racjonalności ustawodawcy należy opowiedzieć się za koniecznością stosowania w/w definicji także w zakresie rozwiązań dotyczących autonomii woli stron umowy z elementem obcym. Jest to wniosek tym bardziej ze względów praktycznych uzasadniony, iż nie tylko przepisy ustawy o działalności ubezpieczeniowej się do tego pojęcia odwołują, by wskazać w tym zakresie na normę art. 3 ust. 2 o ubezpieczeniach obowiązkowych, Ubezpieczeniowym Funduszu Gwarancyjnym i Polskim Biurze Ubezpieczycieli Komunikacyjnych (dalej: ustawa o ubezpieczeniach obowiązkowych)³⁸ zgodnie z którą, „jeżeli ryzyko objęte obowiązkowym ubezpieczeniem odpowiedzialności cywilnej, w rozumieniu przepisów ustawy, jest umiejscowione w państwie członkowskim Unii Europejskiej, do tego ubezpieczenia stosuje się przepisy ustawy” (D. F.: tj. *ustawy o ubezpieczeniach obowiązkowych*).

Dodatkowo, co nie powinno pozostać poza perspektywą rozważań, koncepcja lokalizacji ryzyka ma również znaczenie ze względu na możliwość zastosowania przez organ nadzoru instytucji dobra wspólnego w odniesieniu do umowy ubezpieczenia, co także, co do zasady jedynie jest wzorowane na art. 28 III Dyrektywy. Również i w tym zakresie należałoby postulować nowelizację, tak aby pań-

³⁸ Dz.U. z 2002 r. Nr 124, poz. 152 ze zm.

stwo członkowskie na którego terytorium jest umiejscowione ryzyko mogło zakazać ubezpieczającemu zawarcia kontraktu z zakładem ubezpieczeń w przypadku sprzeczności działalności zakładu ubezpieczeń lub treści kontraktu z przepisami chroniącymi dobro ogólne takiego państwa. Dopóty takiego naruszenia nie ma, lokalizacja ryzyka jest dodatkowym gwarantem zarówno swobody kolizyjnoprawnej jak i materialnoprawnej, co należy także podkreślić, doszukując się znaczenia tejże koncepcji dla funkcjonowania polskiego rynku ubezpieczeniowego. Jak wynika z powyższych wywodów polski ustawodawca starając się implementować przepisy prawa pochodnego (wtórne) wprowadził do polskiego prawa ubezpieczeń gospodarczych pojęcie ryzyka, któremu przyznał różnorodne znaczenia. W przyszłości wszystkim uczestnikom polskiego rynku należy życzyć, aby kolejne zmiany systemu prawnego doprowadziły do większej precyzji legislacyjnej i docenienia konieczności wprowadzenia definicji ustawowej umiejscowienia ryzyka w miejscu, z punktu wykładni systemowej, do tego przewidzianym najlepiej, tj. wśród przepisów ustawy o działalności ubezpieczeniowej, poświęconych świadczeniu usług ubezpieczeniowych w ramach Unii Europejskiej.

THE NOTION OF RISK AND ITS PLACEMENT
IN THE COMMERCIAL INSURANCE LAW

Summary

The article presents the notion of risk in the act on insurance activity, the adoption of which constitutes an example of the absorption *acquis*. It has been noticed that the notional dispersion of risk present in the Polish law is inevitable even if certain connotations may bring about some reservations. A specific example of an implementation of the community law is the concept of placement of risk, which has two main functions in the Polish legal system: it is a connecting factor indicating relevant norms of competence and it serves as legal limitations for the supervisory body within the community freedom of rendering services. A review of the Polish legislation in this respect made the author to formulate remarks *de lege ferenda*.