

Uniwersytet Warszawski  
Wydział Prawa i Administracji  
Katedra Prawa Ubezpieczeń

mgr Marta Ostrowska

**Autoreferat rozprawy doktorskiej**  
**“Principle of Proportionality and (Re-)insurance Captives in the EU and Polish Regulation”**

Promotor:

prof. dr hab. Magdalena Szczepańska

Recenzenci:

dr hab. Katarzyna Malinowska, Profesor  
Akademii Leona Koźmińskiego

dr hab. Monika Szaraniec, Profesor  
Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie

Warszawa, sierpień 2022

## I. Temat rozprawy i uzasadnienie jego wyboru

Przedmiotem rozprawy jest problematyka stosowania zasady proporcjonalności w unijnej i polskiej regulacji działalności ubezpieczeniowej. Zasada ta, choć od dawna obecna zarówno w krajowych porządkach prawnych, jak i w prawie Unii Europejskiej, jest stosunkowo nową instytucją w obszarze regulacji działalności ubezpieczeniowej. Po raz pierwszy wprowadzona została dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/138/WE z dnia 25 listopada 2009 r. w sprawie podejmowania i prowadzenia działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej (znana również pod nazwą Wyplącalność II) (OJ L 335, 17.12.2009, p. 1–155), którą państwa członkowskie obowiązane były transponować do porządków krajowych do końca marca 2015 roku. W Polsce dyrektywa ta implementowana została ustawą z dnia 11 września 2015 roku o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej (Dz.U. 2015 poz. 1844) (UDUiR).

Zarówno w Polsce, jak i za granicą zasada proporcjonalności jest przedmiotem obszernych badań naukowych między innymi w takich dziedzinach jak prawo konstytucyjne<sup>1</sup>, prawa człowieka<sup>2</sup>, prawo Unii Europejskiej<sup>3</sup> czy filozofia prawa<sup>4</sup>. Do cennego dorobku doktryny należy dodać liczne artykuły, opracowania systemowe oraz uwagi w komentarzach. Niemniej, żadne z istniejących kompleksowych opracowań tej zasady nie dotyczy proporcjonalności w ścisłym ujęciu prawa działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej. Jednocześnie, z uwagi na naturę prawną proporcjonalności jako zasady nie jest możliwe uznanie uwag poczynionych na tle innych gałęzi prawa za mające zastosowanie do proporcjonalności obecnej w dyrektywie Wyplącalność II oraz polskiej UDUiR. Znaczenie proporcjonalności oraz sposób jej funkcjonowania jest bowiem ściśle uzależniony od specyfiki dziedziny prawa, w której zasada jest stosowana. Wypełnienie luki w literaturze jest zatem pierwszym z powodów wyboru tematu rozprawy.

---

<sup>1</sup> Przykładowo BARAK, A., *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge University Press, 2012.

<sup>2</sup> TOTH, A.G., *Human Rights as General Principles of Law, in the Past and in the Future* [in:] Bernitz, U., Nergelius, J. (eds.), *General Principles of European Community Law, Reports from the conference in Malmo 27-28 August 1999*, The Hague-Boston 2000.

<sup>3</sup> KASIEWICZ, S., KURKLIŃSKI, L., SZPRINGER, W., *Zasada proporcjonalności. Przełom w ocenie regulacji*. Alterum, Warsaw, 2014 oraz MALISZEWSKA-NIENARTOWICZ, J., *Zasada proporcjonalności w prawie Wspólnot Europejskich*, 1. Ed., TNOiK, Toruń 2007; EMILIOU, N., *The Principle of Proportionality in European Law. A Comparative Study*, London - The Hague-Boston 1996.

<sup>4</sup> ALEXY, R., *Proportionality and Rationality*, [w:] Jackson, V.C., Tushnet, M. (eds.), *Proportionality. New frontiers, New Challenges*, Cambridge University Press, 2017.

Kolejny powód dotyczy wprost sposobu funkcjonowania zasady proporcjonalności w regulacji działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej. Praktyczne zastosowanie dyrektywy Wypłacalność II przez państwa członkowskie zweryfikowało skuteczność zastosowanych w dyrektywie rozwiązań, w tym zasady proporcjonalności. W efekcie, choć istnienie zasady zostało uznane za warunek konieczny dla prawidłowego zastosowania dyrektywy, to praktyczne jej zastosowanie zostało szeroko skrytykowane zarówno przez podmioty regulowane, jak i krajowe organy nadzorcze. Krytyka w głównej mierze dotyczy nieostrego charakteru pojęć definiujących proporcjonalność, a w konsekwencji braku jasnych wytycznych co do sposobu zastosowania zasady w praktyce. Konsultacje rynkowe przeprowadzane przez Europejski Urząd Nadzoru Ubezpieczeń i Pracowniczych Programów Emerytalnych (EIOPA), Komisję Europejską oraz stowarzyszenie europejskich zakładów ubezpieczeń (Insurance Europe) wskazują, że zastosowanie proporcjonalności w praktyce jest znikome. Organy legislacyjne Unii Europejskiej stoją aktualnie przed wyzwaniem usprawnienia funkcjonowania zasady, tak by jej znaczenie, zgodnie z pierwotnymi założeniami, znalazło realne odzwierciedlenie w praktyce. Rozprawa adresuje zatem bieżący problem europejskiego i polskiego rynku ubezpieczeń.

Zasada proporcjonalności omówiona zostaje w rozprawie na przykładzie funkcjonowania wewnętrznych zakładów ubezpieczeń i reasekuracji, znanych szerzej w przestrzeni międzynarodowej pod nazwą „keptywy”. Keptyw to zakład ubezpieczeń lub reasekuracji, którego podstawowym celem jest ubezpieczanie części lub całości ryzyk przedsiębiorstwa macierzystego działającego w branży innej niż ubezpieczeniowa. Wyjątkowość keptywów na tle innych zakładów ubezpieczeń przejawia się przede wszystkim w tożsamości podmiotowej pomiędzy właścicielem keptywu a ubezpieczonym. Taka cecha keptywu przekłada się bezpośrednio na ryzyka związane z jego funkcjonowaniem na rynku ubezpieczeniowym, a w konsekwencji również na proces nadzorczy. To właśnie m.in. ze względu na specyfikę keptywów, stosowanie w sposób prawidłowy zasady proporcjonalności jest konieczne dla umożliwienia keptywom funkcjonowania na rynku ubezpieczeń na konkurencyjnych zasadach. Brak stosowania proporcjonalności w praktyce oraz stosowanie jej w niepełnym zakresie poddaje pod wątpliwość korzyści z posiadania keptywu, jak również stanowi realną przeszkodę dla ich funkcjonowania. Dowodem na to są dane statystyczne dotyczące rejestracji keptywów w poszczególnych państwach członkowskich. Największą ilość zarejestrowanych keptywów odnotowuje się w państwach członkowskich, które zapewniają łagodniejsze wymogi regulacyjne przy zastosowaniu zasady proporcjonalności (np. Irlandia,

Luksemburg). Przykład keptywu oraz sposób jego funkcjonowania pozwala zatem w ocenie autorki na dokonanie najtrafniejszej oceny skuteczności zasady proporcjonalności. Jednocześnie, rozprawa wypełnia lukę w literaturze dotyczącej instytucji keptywu. W Polsce, refleksja nad keptywem zaowocowała tylko jednym opracowaniem monograficznym i kilkoma artykułami autorstwa A. Liwacza<sup>5</sup>. Wśród zagranicznych pozycji, jednym z nielicznych kompleksowych opracowań tematu jest monografia P. Bawcutt<sup>6</sup>. Tematyka keptywu i jego funkcjonowania ma również dodatkowe znaczenie z punktu widzenia polskiej praktyki nadzorczej. Aktualnie w Polsce żadne z zarejestrowanych zakładów ubezpieczeń nie identyfikuje się jako keptyw. Historyczne dane nie wskazują też na istnienie keptywów w Polsce w przeszłości. Niedawne wprowadzenie instytucji keptywu do polskiej UDUiR może stanowić jednak asumpt dla rejestracji pierwszych keptywów. Kompleksowe opracowanie instytucji keptywu oraz sposobu regulacji jego działalności przy zastosowaniu zasady proporcjonalności może okazać się pomocne w kształtowaniu pierwszej praktyki nadzorczej nad keptywami w Polsce.

## **II. Cele badawcze**

Zasadniczym celem rozprawy jest zrozumienie zasady proporcjonalności stosowanej w unijnych i polskich regulacjach działalności ubezpieczeniowej oraz zweryfikowanie efektywności stosowania zasady na przykładzie funkcjonowania keptywów. Zgodnie z hipotezą postawioną na wstępie, zasada proporcjonalności umożliwi stosowanie przepisu prawa w taki sposób by nie był on nadmiernie uciążliwy dla zakładu ubezpieczeń, w tym keptywu, jednocześnie zapewniając, aby cele przepisu zostały prawidłowo osiągnięte.

Aby osiągnąć postawione w rozprawie cele, sformułowano następujące szczegółowe pytania badawcze:

1. Jakie jest znaczenie zasady proporcjonalności stosowanej w unijnych i polskich regulacjach działalności ubezpieczeniowej?
2. Jaka jest relacja pomiędzy zasadą proporcjonalności określoną w art. 5 ust. 4 Traktatu o Unii Europejskiej a zasadą proporcjonalności stosowaną w dyrektywie Wyplacalność II?

---

<sup>5</sup> LIWACZ, A., Captive jako metoda finansowania ekonomicznych skutków ryzyka oraz perspektywy jej rozwoju, Fundacja "Warta", Warsaw, 2003

<sup>6</sup> BAWCUTT, P., Captive insurance companies - establishment, operation, management, Witherby, London, 1997.

3. W jaki sposób stosowana jest zasada proporcjonalności w unijnych i polskich regulacjach działalności ubezpieczeniowej?
4. Czy stosowanie zasady proporcjonalności w unijnych i polskich regulacjach działalności ubezpieczeniowej czyni te regulacje adekwatnymi dla keptywów?

### **III. Zastosowane metody badawcze**

Środkiem do weryfikacji postawionej hipotezy było zastosowanie metody dogmatycznoprawnej, teoretycznoprawnej, historycznoprawnej i komparatystycznej.

Metody dogmatycznoprawna i teoretycznoprawna, mające podstawowe znaczenie dla rozprawy, służyły dokonaniu ustaleń co do modalności normatywnej zasady proporcjonalności jako generalnej zasady prawa Unii Europejskiej oraz jako zasady stanowiącej fundament dla stosowania dyrektywy Wyłagalność II i UDUiR. Dokonano oceny znaczenia obu zasad, zakresu i sposobu ich zastosowania oraz ich wzajemnej relacji. Metoda teoretycznoprawna służyła analizie instytucji zasady proporcjonalności głównie w oparciu o poglądy doktryny i orzecznictwa. Z kolei metoda dogmatycznoprawna opierała się na analizie materiału normatywnego (m.in. dyrektywa Wyłagalność II, UDUiR, Traktat o Unii Europejskiej, Rozporządzenie delegowane Komisji (UE) 2015/35 z dnia 10 października 2014 r. uzupełniające dyrektywę Wyłagalność II) przy uwzględnieniu poglądów wyrażonych w doktrynie i orzecznictwie. Dla urzeczywistnienia tej metody wykorzystano dyrektywy wykładni językowej, systemowej, funkcjonalnej i teleologicznej.

Zastosowanie metody historycznoprawnej służyło przedstawieniu genezy zasady proporcjonalności oraz jej ewolucji w kontekście jej znaczenia i funkcji. Metoda obejmowała w znacznej mierze analizę historycznych materiałów legislacyjnych (np. protokół w sprawie stosowania zasad pomocniczości i proporcjonalności załączony do Traktatu Amsterdamskiego (Dz.U. C 340 z 10.11.1997, s. 1–144) oraz orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

W celu zbadania praktyki stosowania zasady proporcjonalności przez krajowe organy nadzoru państw członkowskich, w pracy wykorzystano również metodę prawno-porównawczą. Wskazano tu przede wszystkim na praktykę niemieckiego organu nadzoru - BaFin (Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht) oraz włoskiego organu nadzoru – IVASS

(Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni) z uwagi na ich szczególne zaangażowanie w usprawnieniu mechanizmu stosowania zasady proporcjonalności na ich rynkach krajowych. Analizie poddano tu przede wszystkim przyjęty przez IVASS akt normatywny regulujący sposób zarządzania zakładem ubezpieczeń<sup>7</sup>, stanowiący implementację wytycznych EIOPA.

Badanie praktycznego zastosowania zasady proporcjonalności w regulacji działalności ubezpieczeniowej oraz jej efektywności w kontekście keptywów opierało się przede wszystkim na analizie dokumentacji powstałej w procesie przyjmowania dyrektywy Wyplacalność II oraz konsultacji społecznych, w tym dokumentacji przedstawionej przez zrzeszenia właścicieli keptywów (ECIROA) oraz stowarzyszenia zakładów ubezpieczeń i reasekuracji w Europie (Insurance Europe). Dodatkowo dokonano przeglądu literatury opisującej problematyczność stosowania zasady proporcjonalności (materiałów konferencyjnych, raportów i artykułów autorstwa osób aktualnie zaangażowanych w prace nad rewizją mechanizmu stosowania zasady) oraz informacji dostępnych *online* (głównie notatek prasowych, wpisów na blogach lub stronach internetowych środowiska keptywów, np. Captive.com). Należy jednak wskazać, że możliwości zbadania zastosowania zasady w praktyce są istotnie ograniczone i nie pozwalają zakończyć na tym badań w ramach rozprawy doktorskiej. Organy nadzoru nie mają aktualnie obowiązku raportowania lub publikowania danych, które wskazywałyby na skalę stosowania zasady proporcjonalności lub powody, dla których nie jest ona stosowana. Ponadto, w wielu przypadkach zastosowanie zasady proporcjonalności przez zakłady ubezpieczeń nie podlega obowiązkowi raportowania do organów nadzoru<sup>8</sup>.

Wyżej wymienione metody badawcze zostały zrealizowane na podstawie materiału źródłowego obejmującego (w ujęciu krajowym i zagranicznym) ok. 8 aktów prawnych i materiałów legislacyjnych, niemal 50 orzeczeń sądów oraz 162 pozycje bibliograficzne, w tym w większości w językach obcych.

#### **IV. Struktura rozprawy**

Rozprawa składa się z wstępu, czterech rozdziałów głównych oraz podsumowania.

---

<sup>7</sup> Regolamento n. 38 IVASS del 3 luglio 2018, n.168 del 21 luglio 2018.

<sup>8</sup> Informacja zgodna z odpowiedzią Komisji Nadzoru Finansowego w piśmie z dnia 10 lipca 2020 roku, nr DKS-DKSZK.0128.115.2020.DD uzyskana w trybie wnioskowania o udostępnienie informacji publicznej.

Wstęp zawiera swoiste wprowadzenie do tematyki rozprawy oraz określa koncepcję badania. We wprowadzeniu uzasadniono wybór przedmiotu badania, wskazano na jego doniosłość teoretyczną i praktyczną oraz zdefiniowano pojęcia obecne w tytule pracy. Odróżniono tu pojęcie zasady proporcjonalności jako generalnej zasady prawnej w prawie Unii Europejskiej od zasady proporcjonalności wprowadzonej dyrektywą Wypłacalność II. Wyraźnie wskazano również relację pomiędzy stosowaniem zasady proporcjonalności a funkcjonowaniem keptywów. Istotną część wstępu poświęcono na wyjaśnienie koncepcji rozprawy. Określono tu cel pracy i sformułowano konkretne pytania badawcze, które wyznaczają kierunek badań. Wskazano także na użyte metody badawcze oraz przedstawiono wyłączenia z zakresu opracowania wraz z przyczynami takiego zabiegu. Dotyczy to m.in. dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/97 z dnia 20 stycznia 2016 r. w sprawie dystrybucji ubezpieczeń (OJ L 26, 2.2.2016, p. 19–59) oraz polskiej ustawy z dnia 15 grudnia 2017 roku o dystrybucji ubezpieczeń (Dz. U. 2017 poz. 2486).

Kolejne cztery rozdziały podzielone zostały na dwie części. Pierwsza część (rozdział II i III) to analiza teoretyczna instytucji zasady proporcjonalności, której celem jest uzyskanie odpowiedzi na pytanie badawcze numer 1 i 2. Część druga poświęcona została analizie teoretycznej instytucji keptywu (rozdział IV) oraz weryfikacji, na podstawie wniosków płynących z analizy dokonanej w części pierwszej, skuteczności zastosowania zasady proporcjonalności na przykładzie regulacji i funkcjonowania keptywu (rozdział V). W ten sposób, część druga rozprawy adresuje pytanie badawcze numer 3 i 4.

W rozdziale II przedstawiono instytucję zasady proporcjonalności określonej w art. 5 ust. 4 Traktatu o Unii Europejskiej jako generalnej zasady prawnej. Analizę rozpoczęto od rozważań dotyczących genezy zasady w prawie Unii Europejskiej, a także ukazano ewolucyjne kształtowanie się jej znaczenia na podstawie bogatego orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, które ostatecznie wykształciło tzw. test proporcjonalności. W dalszej kolejności objęto analizą charakterystykę instytucji generalnych zasad prawnych, w tym ich funkcje i naturę prawną. Analiza stosowania zasady proporcjonalności w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej oraz jej funkcji w systemie prawnym Unii Europejskiej pozwoliła na wprowadzenie rozróżnienia pomiędzy zasadą proporcjonalności stosowaną w procesie egzekucji prawa Unii Europejskiej a zasadą proporcjonalności w procesie stanowienia prawa Unii Europejskiej.

Rozdział III zawęża rozważania podjęte w rozdziale II i skupia się na przedstawieniu zasady proporcjonalności *stricte* w kontekście unijnego i polskiego prawa działalności ubezpieczeniowej. Z uwagi na to, iż asumptem dla wprowadzenia mechanizmu proporcjonalności do dyrektywy Wyłącalność II były unijne regulacji bankowe, analiza rozpoczyna się od wskazania rozwoju stosowania zasady proporcjonalności w obszarze unijnych regulacji rynków finansowych oraz jej znaczenia w tym kontekście. Następnie opisano proces i uzasadnienie wprowadzenia zasady proporcjonalności do dyrektywy Wyłącalność II oraz przedstawiono argumentację za koniecznością odróżnienia zasady proporcjonalności określonej w art. 5 ust. 4 Traktatu o Unii Europejskiej od zasady proporcjonalności obecnej w dyrektywie Wyłącalność II. Jednym z argumentów jest widoczna rozbieżność w znaczeniu obu zasad. Choć dyrektywa Wyłącalność II nie zawiera definicji legalnej proporcjonalności, jej znaczenie oraz funkcje ustalono na podstawie interpretacji norm dyrektywy wskazujących, że reżim Wyłącalność II należy stosować w sposób proporcjonalny do profilu ryzyka zakładu ubezpieczeń lub reasekuracji. Szczegółowej analizie poddano tu pojęcia „charakter”, „skala” i „złożoność ryzyka związanego z prowadzoną działalnością”, jako że stanowią one kryteria oceny profilu ryzyka zakładu ubezpieczeń, a tym samym ich identyfikacja jest niezbędna dla prawidłowego zastosowania zasady proporcjonalności. Omówiono również obowiązek stosowania zasady proporcjonalności przez krajowe organy nadzoru oraz praktyczne problemy transgranicznej działalności ubezpieczeniowej wynikające z braku harmonizacji w stosowaniu proporcjonalności przez organy nadzoru państw członkowskich. W dalszej kolejności przedstawiono i oceniono implementację zasady proporcjonalności w polskiej UDUiR oraz w praktyce Komisji Nadzoru Finansowego. Rozważania kończy przedstawienie toczących się aktualnie prac na rewizję dyrektywy Wyłącalność II w zakresie usprawnienia mechanizmu stosowania zasady proporcjonalności w praktyce.

Rozdział IV rozpoczyna drugą część rozprawy i zawiera rozważania dotyczące keptywu oraz zasady proporcjonalności jako warunku koniecznego dla możliwości poddania keptywów reżimowi Wyłącalność II. Zdefiniowano tu pojęcie keptywu, przedstawiono specyfikę jego funkcjonowania oraz scharakteryzowano rynek keptywów w Unii Europejskiej i w Polsce. Kluczową dla tematyki rozprawy jest przedstawiona w rozdziale analiza różnic pomiędzy keptywami a tradycyjnymi zakładami ubezpieczeń i reasekuracji. Wyniki tej analizy kwestionują możliwość poddania keptywów i tradycyjnych zakładów ubezpieczeń i



reasekuracji temu samemu reżimowi prawnemu. W konsekwencji daje to asumpt dla rozważań nad sensem i ewentualnym sposobem regulacji działalności keptywów. W celu zidentyfikowania optymalnego sposobu regulacji działalności keptywów, dokonano analizy czterech scenariuszy ((i) brak regulacji; (ii) poddanie keptywów regulacji działalności tradycyjnych zakładów ubezpieczeń, (a) w tym jednolita regulacja nieuwzględniająca profilu ryzyka i (b) regulacja proporcjonalna do profilu ryzyka, (iii) osobna regulacja dedykowana wyłącznie działalności keptywów). Wzorem dla metodologii oceny scenariuszy jest unijny proces oceny skutków regulacji, który stanowi wyraz zastosowania zasady proporcjonalności w procesie stanowienia prawa. Analiza scenariuszy dowodzi, że choć optymalnym dla keptywów byłoby poddanie ich działalności regulacji dedykowanej wyłącznie keptywom, to nie byłoby to zgodne z dyrektywami zasady proporcjonalności stosowanej w procesie stanowienia prawa Unii Europejskiej. Tym samym potwierdzono konieczność zastosowania zasady proporcjonalności w ramach dyrektywy Wyłagalność II i wykazano bezpośrednią zależność pomiędzy jej stosowaniem a umożliwieniem keptywom wykonywania działalności ubezpieczeniowej na konkurencyjnych zasadach.

Główną oś wywodu pracy stanowi rozdział V, który zajmuje się analizą dyrektywy Wyłagalność II i polskiej UDUiR pod kątem sposobu i efektywności zastosowania zasady proporcjonalności do działalności keptywów. Analiza udziela odpowiedzi na następujące pytania badawcze: (i) czy, a jeśli tak, to w jaki sposób, zasada proporcjonalności stosowana jest do keptywów na gruncie dyrektywy Wyłagalność II i polskiej UDUiR? (ii) czy zastosowanie zasady proporcjonalności prowadzi do zmniejszenia ciężaru regulacyjnego wobec keptywów? (iii) w jaki sposób polska UDUiR uwzględnia prowadzenie działalności ubezpieczeniowej w formie keptywu?

Rozprawę zamyka rozdział VI stanowiący podsumowanie, które obejmuje najistotniejsze wnioski oraz zarys postulatów *de lege ferenda*.

Praca uwzględnia stan prawny i dorobek polskiego i zagranicznego piśmiennictwa oraz judykatury na dzień 1 czerwca 2021 r.

## **V. Wnioski**

Przeprowadzone w rozprawie badania pozwoliły na udzielenie odpowiedzi na postawione we wstępie pytania badawcze.

Refleksje nad znaczeniem zasady proporcjonalności stosowanej w unijnych i polskich regulacjach działalności ubezpieczeniowej pozwoliły na zdefiniowanie zasady w następujący sposób. Zasada proporcjonalności umożliwia stosowanie przepisu prawa w sposób adekwatny do charakteru, skali i złożoności ryzyka związanego z prowadzoną przez zakład ubezpieczeń działalnością, tak aby nie był on nadmiernie uciążliwy dla zakładu ubezpieczeń, jednocześnie zapewniając, aby cele przepisu zostały prawidłowo osiągnięte. Podstawową funkcją proporcjonalności jest zatem dostosowanie intensywności regulacji do profilu ryzyka zakładu ubezpieczeń. Prawidłowe stosowanie zasady proporcjonalności stanowi warunek konieczny dla prawidłowego funkcjonowania reżimu Wyłagalność II.

Ustalenia na gruncie prawa Unii Europejskiej udowodniły nieprawidłowość twierdzenia, iż zasada proporcjonalności obecna w unijnych i polskich regulacjach działalności ubezpieczeniowej stanowi zasadę proporcjonalności określoną w art. 5 ust. 4 Traktatu o Unii Europejskiej lub wywodzi się z niej. Dokonanie rozróżnienia pomiędzy zasadą proporcjonalności stosowaną w procesie stanowienia prawa Unii Europejskiej a zasadą proporcjonalności stosowaną w procesie jego egzekucji (zasada w rozumieniu testu proporcjonalności) pozwala zauważyć, że zasada proporcjonalności obecna w dyrektywie Wyłagalność II stanowi jedynie *efekt zastosowania zasady proporcjonalności* na etapie stanowienia prawa. Tym samym, *zasadę proporcjonalności obecną w dyrektywie Wyłagalność II należy traktować jako osobną instytucję* o znaczeniu i funkcji ściśle związanymi z prawem działalności ubezpieczeniowej. Jednocześnie, biorąc pod uwagę jej funkcję, należy uznać, że wspiera ona cele zasady proporcjonalności określonej w art. 5 ust. 4 Traktatu o Unii Europejskiej i ma wobec niej charakter komplementarny.

Ustalenia na gruncie dyrektywy Wyłagalność II oraz polskiej UDUiR wykazały, że zasada proporcjonalności manifestuje się w regulacji działalności ubezpieczeniowej na dwa sposoby. Proporcjonalność przybiera formę ograniczenia zakresu stosowania normy (np. art. 35 ust. 6 lit. a dyrektywy Wyłagalność II) albo jako generalna dyrektywa postępowania (np. art. 41 ust. 2 dyrektywy Wyłagalność II). Zastosowanie proporcjonalności w formie ograniczenia zakresu stosowania normy ma, co do zasady, charakter automatyczny i w praktyce może przypominać stosowanie reguły. Z kolei zastosowanie proporcjonalności w formie generalnej

dyrektywy postępowania wymaga uprzedniego przeprowadzenia procesu oceny profilu ryzyka zakładu ubezpieczeń oraz okoliczności danego stanu faktycznego. Problematiczna w praktycznym zastosowaniu jest przede wszystkim zasada proporcjonalności wyrażona w formie generalnej dyrektywy postępowania. Dyrektywa ta obejmuje znaczący zakres norm dotyczących sposobu zarządzania zakładem ubezpieczeń.

Analiza materiałów organów nadzorczych oraz materiałów legislacyjnych w procesie rewizji dyrektywy Wyłagalność II wykazuje, iż zarówno organy nadzoru państwa członkowskich, jak i podmioty nadzorowane nie stosują zasady proporcjonalności w pełnym zakresie. Powodem takiego stanu rzeczy jest brak porozumienia co do znaczenia zasady, brak wytycznych dotyczących sposobu oceny profilu ryzyka, brak spójnej praktyki stosowania proporcjonalności przez krajowe organy nadzoru, a w konsekwencji niepewność podmiotów nadzorowanych co do prawidłowości i legalności zastosowania przez nie normy w sposób proporcjonalny. Niestosowanie lub nieprawidłowe stosowanie zasady wpływa niekorzystnie na efektywność i jakość legislacyjną dyrektywy Wyłagalność II. Tożsame wnioski mają zastosowanie do UDUiR.

Analiza różnic w działalności keptywów i tradycyjnych zakładów ubezpieczeń wykazała, że nie jest zasadnym poddanie keptywów i tradycyjnych zakładów ubezpieczeń jednolitemu reżimowi regulacyjnemu. Niemniej, biorąc pod uwagę dyrektywy zasady proporcjonalności stosowanej w procesie stanowienia prawa Unii Europejskiej, za niezasadne należało również uznać poddanie keptywów osobnemu reżimowi dedykowanemu wyłącznie działalności keptywów (osobny reżim nie czynił zadość wymogom testu proporcjonalności *sensu stricto*). Za kompromisowe i optymalne rozwiązanie regulacyjne uznano poddanie keptywów i tradycyjnych zakładów ubezpieczeń jednolitemu reżimowi regulacyjnemu (dyrektywa Wyłagalność II) z obowiązkiem prawidłowego stosowania zasady proporcjonalności (obecnej w dyrektywie Wyłagalność II). Skutkiem braku stosowania lub nieprawidłowego stosowania zasady jest zobowiązanie keptywów do stosowania i przestrzegania norm, które wykraczają poza to, co jest konieczne do osiągnięcia celów dyrektywy Wyłagalność II względem działalności keptywów, a tym samym stanowią dla nich nadmierne obciążenie regulacyjne wpływające na swobodę i rentowność działalności keptywów.

Rozprawa dowodzi, iż aktualne, znacząco ograniczone zastosowanie zasady proporcjonalności w praktyce nie czyni dyrektywy Wyłagalność II i transponującej ją

UDUiR adekwatnymi dla keptywów. Wniosek ten potwierdzają aktualne prace legislacyjne Komisji Europejskiej nad rewizją dyrektywy Wyłacalność II w zakresie sposobu stosowania zasady proporcjonalności, w tym wobec keptywów.

Dodatkowo w przypadku UDUiR, brak adekwatności środowiska regulacyjnego UDUiR wynika nie tylko z ograniczonego zastosowania proporcjonalności, ale również z wadliwej implementacji dyrektywy Wyłacalność II w zakresie przepisów dotyczących keptywów. Analiza uzasadnienia do ustawy z dnia 14 grudnia 2017 roku o zmianie UDUiR oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2018, poz. 8) wprowadzająca do UDUiR pojęcie „wewnętrznego zakładu ubezpieczeń” i „wewnętrznego zakładu reasekuracji” (t.j. keptywu) pozwala sądzić, że polski ustawodawca nie dostrzega różnicy pomiędzy wykonywaniem działalności ubezpieczeniowej w formie keptywu i towarzystwa ubezpieczeń wzajemnych. W konsekwencji, na gruncie UDUiR, keptyw może prowadzić działalność ubezpieczeniową w formie spółki akcyjnej lub towarzystwa ubezpieczeń wzajemnych z zastosowaniem odpowiednich dla tych form reżimów. Zastosowanie do działalności keptywu reżimu towarzystwa ubezpieczeń wzajemnych nie stanowi samo w sobie zastosowania zasady proporcjonalności, lecz, zgodnie z zasadą proporcjonalności, wymaga dodatkowego dostosowania tego reżimu do specyfiki działalności keptywów. Brak takiego dostosowania na gruncie UDUiR czyni instytucję keptywu zbędną.