

<b>Téma</b>	<b>Povinnost uchovávat záznam z jednání a odpovědnost pojišťovny za škodu a přestupky samostatného zprostředkovatele</b>
<b>Datum poslední změny</b>	23. srpna 2018
<b>Použité zkratky</b>	<b>IDD</b> směrnice EP a Rady (EU) 2016/97 o distribuci pojištění <b>ZoDP</b> zákon číslo 170/2018 Sb., o distribuci pojištění a zajištění <b>DZ</b> důvodová zpráva k návrhu zákona o distribuci pojištění a zajištění (ve znění sněmovního tisku 48/0, část 1/8) <b>NOZ</b> zákon číslo 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů <b>ZSÚ</b> zákon číslo 257/2016 Sb., o spotřebitelském úvěru, ve znění pozdějších předpisů <b>Benchmark</b> Úřední sdělení České národní banky ze dne 21. ledna 2014 o řízení a kontrole kvality činností distribuční sítě pojišťovny

## 1. VÝCHODISKA

Návrh ZoDP stanoví v § 79 povinnost vyhotovovat záznam z jednání, který mj. slouží k hodnověrnému osvědčení řádného plnění povinností stanovených ZoDP a jinými příslušnými právními předpisy. Toto stanovisko řeší otázku, kdo má záznam z jednání uchovávat, a to zejména v situaci, kdy pojištění je distribuováno prostřednictvím externího kanálu.

Vedle výše uvedeného tématu vystává v praxi také otázka odpovědnosti pojišťovny za škodu způsobenou samostatným zprostředkovatelem, případně také otázka, zda lze porušení právních předpisů samostatným zprostředkovatelem přičítat z hlediska správního práva pojišťovně, v důsledku čehož by mohla být pojišťovna sankcionována za případně přestupky samostatného zprostředkovatele.

## 2. OTÁZKY

**Musí pojišťovna uchovávat záznamy z jednání v případě, že pojištění distribuuje samostatný zprostředkovatel?**

**Musí pojišťovna posuzovat záznamy z jednání a jejich soulad s pojistnými smlouvami uzavřenými samostatným zprostředkovatelem u všech pojistných smluv?**

**Odpovídá pojišťovna za škodu způsobenou jednáním samostatného zprostředkovatele a vázaného zástupce?**

## 3. SHRUTÍ ZÁVĚRŮ

- (a) Domníváme se, že pojišťovna **nemá povinnost uchovávat záznam z jednání u pojištění sjednaných externí distribuční sítí vyplývající ze ZoDP**, když:

- (i) § 80 ZoDP, který upravuje povinnost uchovávat dokumentaci týkající se pojištění s tím, že **výslovně rozlišuje mezi pojišťovnou, která uchovává dokumentaci týkající se poskytování pojištění (ve smyslu zákonné definice prodej pojištění přímo pojistitelem jeho vlastním jménem)** a zprostředkovatelem, který uchovává dokumentaci týkající se zprostředkování pojištění (ve smyslu zákonné definice distribuce pojištění jménem pojistitele);
  - (ii) z vyjádření MF ČR v rámci legislativního procesu vyplývá, že v případě pojištění sjednaných prostřednictvím samostatných zprostředkovatelů **je logické, aby to byl právě samostatný zprostředkovatel, kdo záznam z jednání uchovává;**
  - (iii) samostatní zprostředkovatelé distribuují **konkurenční produkty (často jak pojistné, tak i jiné) a provádějí jejich nestrannou analýzu a doporučení, která je provázána s analýzou zjištěných požadavků a potřeb zákazníka;** pojišťovna tedy často ani nemůže zcela posoudit, zda dané doporučení bylo v nejlepším zájmu zákazníka a ani pro to nemusí mít dostatek informací (zákazník může část svých potřeb či požadavků řešit volbou jiného pojistného či finančního produktu);
  - (iv) tomuto přístupu odpovídá i pojetí samostatného zprostředkovatele nikoliv jako pouhého prodejce a zástupce pojistitele, ale ve smyslu ZoDP jako **samostatného a nezávislého odborného poradce, který klientovi poskytuje nezávislou analýzu a doporučení a v této souvislosti nese i nadstandardní odpovědnost** (přestože v určité fázi prodeje jedná jako zástupce pojistitele, odpovídá samostatně za případnou způsobenou škodu).
- (b) Domníváme se, že povinnost vyžadovat předložení záznamu z jednání u všech pojistných smluv uzavřených externími sítěmi **nelze automaticky dovodit ani z povinnosti odborné péče a povinnosti jednat obezřetně, jak vyplývá z § 6 odst. 1 zákona o pojišťovnictví<sup>1</sup>, když:**
- (i) povinnost odborné péče je abstraktní právní pojem, který **nezahrnuje určité jasně definované, formální povinnosti, ale do velké míry nechává na samotném pojistiteli,** jakými nástroji daného cíle, tedy řádného prodeje produktů vhodných pro spotřebitele, dosáhne;
  - (ii) ani v případě, že by pojistitel disponoval záznamem z jednání u každé smlouvy, není zaručeno, že bude zajištěn 100% soulad pojištění s požadavky a potřebami ve všech případech, a to ani u produkce interních sítí, kdy stále existuje např. možnost selhání u pracovníků provádějících taxaci;
  - (iii) povinnost odborné péče **směřuje k nastavení komplexního systému kroků, které by měly vést k dosažení, co nejlepšího stavu kvality prodeje,** kdy při nastavování tohoto systému je legitimní vycházet z určité provozní a ekonomické racionality zvolených

---

<sup>1</sup> „Pojišťovna ... je oprávněna provozovat pouze pojišťovací nebo zajišťovací činnost v rozsahu povolení uděleném jí orgánem dohledu, je povinna jednat s odbornou péčí a postupovat obezřetně, zejména neprovádět tyto činnosti způsobem, který poškozuje majetek jí svěřený třetími osobami nebo ohrožuje její bezpečnost a stabilitu nebo bezpečnost a stabilitu osob s ní propojených....”

opatření, které by na jednu stranu neměly být formální, ale zároveň by neměly být tak nákladné, že by potřebné náklady neodpovídaly celkovým přínosům;

- (iv) z tohoto pohledu by pak plošné vyžadování si záznamu z jednání mohlo v určitých případech představovat naopak spíše formální řešení (např. v situaci, kdy by pojistitel nebyl schopen zajistit pečlivou interní kontrolu všech těchto záznamů zejména z personálních či provozních důvodů či za cenu vysokých nákladů neodpovídajících přínosům tohoto postupu) a **povinnosti odborné péče v kombinaci s povinností obezřetnosti by pak mohlo lépe vyhovovat řešení, které bude založeno na jiných prvcích kontroly externí sítě** („silná“ smlouva s distributorem s obsáhlými možnostmi kontroly, monitoring, pravidelný audit, kontrola vzorků, systém sankcí apod.);
- (v) uvedená kompetence distributora, v kombinaci s vysokým standardem přímé odpovědnosti a silnými prvky kontroly ze strany pojistitele by pak měla rovněž být vůči zprostředkovatelům motivační této zodpovědnosti dostát a proaktivně zlepšovat kvalitu distribuce.

#### 4. RELEVANTNÍ USTANOVENÍ PRÁVNÍCH PŘEDPISŮ

§ 2 ZoDP	<p>Vymezení pojmů</p> <p>Pro účely tohoto zákona se rozumí</p> <p>a) distribucí pojištění poskytování nebo zprostředkování pojištění,</p> <p>c) poskytováním pojištění jednání pojistitele vlastním jménem, které spočívá v</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. nabízení možnosti sjednat, změnit nebo ukončit pojištění, včetně srovnávání pojištění,</li> <li>2. předkládání návrhů na sjednání, změnu nebo ukončení pojištění,</li> <li>3. provádění dalších přípravných prací směřujících ke sjednání, změně nebo ukončení pojištění, včetně poskytování doporučení vedoucího ke sjednání, změně nebo ukončení pojištění, nebo</li> <li>4. sjednání nebo změně pojištění,</li> </ol> <p>e) zprostředkováním pojištění jednání jménem pojistitele nebo zákazníka odlišné od poskytování pojištění, které spočívá v</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. nabízení možnosti sjednat, změnit nebo ukončit pojištění, včetně srovnávání pojištění,</li> <li>2. předkládání návrhů na sjednání, změnu nebo ukončení pojištění,</li> <li>3. provádění dalších přípravných prací směřujících ke sjednání, změně nebo ukončení pojištění, včetně poskytování doporučení vedoucího ke sjednání, změně nebo ukončení pojištění,</li> <li>4. sjednání nebo změně pojištění, nebo</li> <li>5. pomoci při správě pojištění a při uplatňování práv z pojištění,</li> </ol>
§ 14 ZoDP	<p>Náhrada škody způsobené samostatným zprostředkovatelem</p> <p>Použije-li pojišťovna nebo zajišťovna při své činnosti samostatného zprostředkovatele, nehradí škodu jím způsobenou; pokud ho však nepečlivě vybrala nebo na něho nedostatečně dohlížela, ručí za splnění jeho povinnosti k náhradě škody.</p>

§ 22 ZoDP	<p>Odpovědnost zastoupeného za přestupek</p> <p>Za osobu, jejíž jednání je přičitatelné zastoupenému, se za účelem posuzování odpovědnosti zastoupeného za přestupek považuje také vázaný zástupce.</p>
§ 23 ZoDP	<p>Náhrada škody způsobené vázaným zástupcem</p> <p>Použije-li samostatný zprostředkovatel nebo pojišťovací zprostředkovatel s domovským členským státem jiným, než je Česká republika, při své činnosti vázaného zástupce, nahradí škodu jím způsobenou, jako by ji způsobil sám. Pojišťovna nebo zajišťovna takovou škodu nehradí; pokud však samostatného zprostředkovatele nebo pojišťovacího zprostředkovatele s domovským členským státem jiným, než je Česká republika, nepečlivě vybrala nebo na něho nedostatečně dohlížela, ručí za splnění jeho povinnosti k náhradě škody.</p>
§ 71 ZoDP	<p>Odborná péče</p> <p>Pojišťovna a pojišťovací zprostředkovatel distribuuji pojištění s odbornou péčí.</p>
§ 72 ZoDP	<p>Jednání se zákazníkem</p> <p>(1) Pojišťovna a pojišťovací zprostředkovatel jedná kvalifikovaně, čestně, spravedlivě a v nejlepším zájmu zákazníka.</p> <p>(2) Pojišťovna a pojišťovací zprostředkovatel jedná tak, aby bylo zákazníkovi zřejmé, v jaké pozici a jménem koho pojišťovna nebo pojišťovací zprostředkovatel jedná.</p>
§ 79 ZoDP	<p>Záznam z jednání</p> <p>(1) Z jednání, které vedlo ke sjednání nebo podstatné změně pojištění, pojišťovna nebo pojišťovací zprostředkovatel, zejména na základě informací poskytnutých zákazníkem a v závislosti na charakteru pojištění, vyhotoví záznam z jednání obsahující požadavky, cíle a potřeby zákazníka související s daným pojištěním, své doporučení a důvody, na kterých zakládá své doporučení pro sjednání nebo podstatnou změnu daného pojištění.</p>
§ 80 ZoDP	<p>Uchovávání dokumentů a záznamů</p> <p>(1) Pojišťovna a pojišťovací zprostředkovatel při distribuci pojištění pořizují dokumenty nebo jiné záznamy v rozsahu, který je nezbytný pro hodnověrné osvědčení řádného plnění jejich povinností stanovených tímto zákonem, jinými právními předpisy v rozsahu, v jakém se vztahují k distribuci pojištění nebo zajištění, a přímo použitelnými předpisy Evropské unie v oblasti distribuce pojištění.</p> <p>(2) Pojišťovna při plnění povinnosti podle odstavce 1 uchovává zejména</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>a) pojistné smlouvy,</li> <li>b) dokumenty a jiné záznamy týkající se poskytování pojištění, byly-li pořizeny, včetně záznamu z jednání podle § 79, popřípadě pojistné podmínky, byly-li součástí smluvního vztahu,</li> <li>c) záznamy z jiné komunikace mezi pojišťovnou a zákazníkem dokládající poskytování pojištění, byly-li pořizeny a je-li z této komunikace zřejmá totožnost zákazníka, a</li> <li>d) dokumenty a jiné záznamy uvedené v písmenech b) a c), pokud jejím jménem jednal její vázaný zástupce nebo doplňkový pojišťovací zprostředkovatel.</li> </ol> <p>(3) Samostatný zprostředkovatel a pojišťovací zprostředkovatel s domovským</p>

	<p>členským státem jiným, než je Česká republika, uchovává při plnění povinnosti podle odstavce 1 zejména</p> <p>a) vyhotovení smluv o zprostředkování pojištění, kopie vyhotovení pojistných smluv nebo jejich návrhů a kopie dohod o změně nebo zániku pojištění nebo jejich návrhů, na jejichž uzavření se samostatný zprostředkovatel, pojišťovací zprostředkovatel s domovským členským státem jiným, než je Česká republika, jejich vázaný zástupce nebo doplňkový pojišťovací zprostředkovatel samostatného zprostředkovatele přímo podílel,</p> <p>b) dokumenty a jiné záznamy týkající se zprostředkování pojištění, byly-li pořízeny, včetně záznamu z jednání podle § 79, popřípadě pojistné podmínky, byly-li součástí smluvního vztahu,</p> <p>c) záznamy z jiné komunikace mezi pojišťovacím zprostředkovatelem a zákazníkem dokládající zprostředkování pojištění, byly-li pořízeny a je-li z této komunikace zřejmá totožnost zákazníka, a</p> <p>d) dokumenty a jiné záznamy uvedené v písmenech b) a c), pokud jejich jménem jednal jejich vázaný zástupce nebo doplňkový pojišťovací zprostředkovatel.</p> <p>(4) Pojišťovna uchovává dokumenty a záznamy podle odstavce 1 po dobu trvání pojištění a do konce desátého kalendářního roku od jeho zániku. Pojišťovací zprostředkovatel uchovává dokumenty a záznamy podle odstavce 1 po dobu trvání pojištění a do konce desátého kalendářního roku od jeho zániku, pokud se o něm dozvěděl, nebo do konce desátého kalendářního roku od konce pojistné doby. Nedošlo-li ke sjednání pojištění, uchovává pojišťovna a pojišťovací zprostředkovatel dokumenty a záznamy podle odstavce 1 do konce druhého kalendářního roku od poslední komunikace se zákazníkem.</p>
--	---

## 5. ANALÝZA

### 5.1 Musí pojišťovna uchovávat záznamy z jednání v případě, že pojištění distribuuje samostatný zprostředkovatel?

(a) Z hlediska formálního výkladu ZoDP se domníváme, že existuje přesvědčivý argument, že pojišťovna nemusí uchovávat záznamy z jednání v případě, že pojištění distribuuje samostatný zprostředkovatel. **Klíčové je v tomto směru vymezení pojmu distribuce pojištění v ZoDP. ZoDP tento pojem definuje v § 2 písm. a) tak, že jím rozumí jednak poskytování pojištění, jednak jeho zprostředkování**, přičemž tyto pojmy dále blíže definuje následujícím způsobem:

- (i) poskytování pojištění je definováno jako jednání pojistitele vlastním jménem; a
- (ii) zprostředkování pojištění je definováno jako jednání jménem pojistitele nebo zákazníka odlišné od poskytování pojištění.

(b) ZoDP pak optikou tohoto rozlišování upravuje také povinnost uchovávat dokumenty týkající se distribuce pojištění, včetně záznamu z jednání. V návaznosti na obecnou povinnost podle § 80 odst. 1 ZoDP pořizovat dokumenty a jiné záznamy pro účely hodnověrného osvědčení řádného plnění povinností, stanoví ZoDP, že:

- (i) **pojišťovna** uchovává zejména dokumenty a jiné záznamy týkající se **poskytování pojištění**, byly-li pořízeny, včetně záznamu z jednání podle § 79, popřípadě pojistné podmínky, byly-li součástí smluvního vztahu (§ 80 odst. 2 písm. b) ZoDP); a

- (ii) **samostatný zprostředkovatel** uchovává zejména dokumenty a jiné záznamy týkající se **zprostředkování pojištění**, byly-li poríženy, včetně záznamu z jednání podle § 79, popřípadě pojistné podmínky, byly-li součástí smluvního vztahu (§ 80 odst. 3 písm. b) ZoDP).
- (c) Z výše uvedeného vyplývá, že **dochází-li k distribuci pojištění prostřednictvím samostatného zprostředkovatele, nemá pojišťovna povinnost uchovávat jeho záznam z jednání. Tento závěr přitom platí, distribuuje-li samostatný zprostředkovatel jak v postavení pojišťovacího agenta, tak v postavení pojišťovacího makléře.**<sup>2</sup>
- (d) Výše uvedený výklad lze navíc podpořit následujícími argumenty:
- (i) samostatní zprostředkovatelé distribuují **konkurenční produkty (často jak pojistné, tak i jiné) a provádějí jejich nestrannou analýzu a doporučení, která je provázána s analýzou zjištěných požadavků a potřeb zákazníka**; pojišťovna tedy často ani nemůže zcela posoudit, zda dané doporučení bylo v nejlepším zájmu zákazníka a ani pro to nemusí mít dostatek informací (zákazník může část svých potřeb či požadavků řešit volbou jiného pojistného či finančního produktu);
- (ii) v rámci vypořádání připomínek k dřívější verzi ZoDP uvedlo Ministerstvo financí ČR, že **„je nelogické, aby pojišťovna musela uchovávat dokumenty, pokud jejím jménem jednal VZ-SZ (SZ jedná jménem a na účet pojistitele nebo zákazníka). VZ jedná tak, jak jedná SZ.“**<sup>3</sup>, přičemž tento komentář se týkal připomínky České národní banky, aby pojišťovna musela uchovávat záznam z jednání i v případě, že pojištění distribuuje její vázaný zástupce;
- (iii) v rámci vypořádání připomínek k dřívější verzi ZoDP sice Ministerstvo financí dále rovněž uvedlo, že primárně uchovává dokumenty pojišťovna, současně však předpokládá, že si pojišťovna může plnění této povinnosti dohodnout se samostatným zprostředkovatelem (i kdyby tedy pojišťovna měla povinnost uchovávat záznam z jednání vyhotovený samostatným zprostředkovatelem, je možné, aby tuto povinnost smluvně delegovala na zprostředkovatele);<sup>4</sup> a
- (iv) primárním smyslem povinnosti uchovávat dokumenty v souvislosti s distribucí pojištění je zajištění dokumentace pro případ budoucích sporů a námitek ze strany klientů

<sup>2</sup> To vyplývá primárně ze vztahu příslušných ustanovení ZoDP týkajících se pojišťovacího makléře a povinnosti uchovávat dokumenty v souvislosti se zprostředkováním. Ustanovení § 12 odst. 1 ZoDP rozlišuje mezi pojišťovacím agentem, který jedná jménem pojistitele, a pojišťovacím makléřem, který jedná jménem zákazníka. Toto rozlišení se odráží v definici pojmu „zprostředkování“ v § 2 písm. e) ZoDP, podle kterého se zprostředkováním rozumí jednání jménem pojistitele (což je případ pojišťovacího agenta) nebo zákazníka (kdy jde o pojišťovacího makléře). **Ustanovení § 80 odst. 2 ZoDP však ve vztahu k povinnosti uchovávat dokumenty v souvislosti s distribucí pojištění nerozlišuje mezi agentem a makléřem. Z toho lze dovodit, že záznam z jednání v souvislosti se zprostředkováním pojištění uchovává samostatný zprostředkovatel, a to bez ohledu na tom, zda jedná v agentském nebo makléřském postavení.**

<sup>3</sup> Viz komentář Ministerstva financí ČR k připomínce České národní banky č. 130.

<sup>4</sup> Viz komentář Ministerstva financí ČR k připomínce Asociace finančních zprostředkovatelů a finančních poradců ČR č. 394: „Primárně má dokumenty uchovávat pojišťovna, ta si však může smluvně dohodnout, že toto zajistí zprostředkovatel.“

pojišťovny a v tomto ohledu zřejmě nic nebrání ujednání mezi pojišťovnou a samostatným zprostředkovatelem či vázaným zástupcem, že uchování dokumentů zajistí právě samostatný zprostředkovatel či vázaný zástupce<sup>5</sup>.

- (e) Přes výše uvedené **lze nicméně doporučit, aby si pojišťovna zajistila např. prostřednictvím smluvního ujednání, že jí samostatný zprostředkovatel v případě potřeby poskytne záznam z jednání**, který byl vyhotoven v souvislosti se zprostředkováním pojištění této pojišťovny.

## 5.2 Musí pojišťovna posuzovat záznamy z jednání a jejich soulad s pojistnými smlouvami uzavřenými samostatným zprostředkovatelem?

### Analýza ZoDP

- (a) Domníváme se, že **pojišťovna nemusí automaticky znovu kontrolovat všechny záznamy z jednání vyhotovené samostatným zprostředkovatelem a posuzovat jejich soulad s uzavřeným pojištěním**, když tuto povinnost nestanoví explicitně žádné ustanovení ZoDP.
- (b) Podotýkáme však, že pojišťovna má podle § 71 ZoDP povinnost jednat s odbornou péčí, resp. podle § 72 odst. 1 ZoDP povinnost jednat kvalifikovaně, čestně, spravedlivě a v nejlepším zájmu zákazníka. Z tohoto ustanovení podle našeho názoru nelze dovodit povinnost kontrolovat a posuzovat všechny pojistné smlouvy uzavřené samostatným zprostředkovatelem v rámci zprostředkování pojištění. Toto **ustanovení nicméně klade na pojišťovnu požadavek, aby s odbornou péčí zajistila, že samostatný zprostředkovatel bude rovněž v rámci zprostředkování jejího pojištění jednat s odbornou péčí a bude jednat kvalifikovaně, čestně, spravedlivě a v nejlepším zájmu zákazníka**.
- (c) Tento **požadavek se pak projevuje zejména v rámci výběru a kontroly (dohledu) samostatného zprostředkovatele ze strany pojišťovny, které musí být činěny pečlivě a s odbornou péčí**.<sup>6</sup> Tento požadavek je nezbytné naplnit konkrétními činnostmi a kontrolními mechanismy, které lze dovodit mj. z regulatorní a dohledové praxe České národní banky. K obsahu pojmu odborné péče se blíže vyjadřujeme níže v bodě 5.3 této analýzy.

### Analýza občanského zákoníku

- (d) Ustanovení § 2789 odst. 1 NOZ požaduje, aby pojistitel při uzavírání smlouvy upozornil zájemce o pojištění na nesrovnalosti mezi jeho požadavky a nabízeným pojištěním, musel-li si jich být vědom. Vzhledem k tomu, že se jedná se o samostatnou soukromoprávní povinnost, je na rozhodnutí pojišťovny, jakým způsobem ji bude plnit. Uplatňování práva soukromého má přitom být nezávislé na uplatňování práva veřejného<sup>7</sup>, proto není dle našeho názoru nutné, aby k plnění této povinnosti docházelo způsobem stanoveným v § 79 ZoDP. Máme tedy za to, že ani z tohoto ustanovení **nelze povinnost pojišťovny posuzovat všechny pojistné smlouvy uzavřené samostatným zprostředkovatelem podle našeho názoru dovodit**.

<sup>5</sup> Viz poznámka pod čarou 3.

<sup>6</sup> Tomu odpovídá znění § 14 ZoDP: *Použije-li pojišťovna nebo zajišťovna při své činnosti samostatného zprostředkovatele, nehradí škodu jím způsobenou; pokud ho však nepečlivě vybrala nebo na něho nedostatečně dohlížela, ručí za splnění jeho povinnosti k náhradě škody.*

<sup>7</sup> Viz § 1 odst. 1 věta druhá NOZ

- (e) **Porušení povinnosti podle § 2789 odst. 1 NOZ však generuje poměrná významná rizika,** kterými mohou být: (i) povinnost nahradit pojistníkovi škodu, která mu porušením této povinnosti vznikla; (ii) právo pojistníka odstoupit od pojistné smlouvy; a (iii) možnost pojistníka dovolávat se neplatnosti pojistné smlouvy (např. z důvodu omylu). Tato rizika se však nematerializují samotnou existencí nesrovnalostí mezi požadavky zájemce o pojištění a nabízeným pojištěním, ale až v případě, že pojišťovna jej na tento rozpor neupozorní, musela-li si být tohoto rozporu vědoma. Tento dovětek v podstatě znamená, že pojišťovna musí vynaložit určitou péči (úsilí), aby zajistila plnění této povinnosti. Úroveň, s jakou dokáže pojišťovna eliminovat rizika porušování této povinnosti, pak závisí na tom, jak dobře pojišťovna dokáže zajistit, že zprostředkovatel při prodejním procesu identifikuje a řádně upozorní na příslušné nesrovnalosti. K tomu jí může sloužit jak výběr kvalitního zprostředkovatele, tak adekvátní nastavení jeho povinností při prodeji pojištění, jakož i následná kontrola prostřednictvím kombinace různých mechanismů používaných při kontrole externí distribuční sítě, jako např. namátkové kontroly vybraných záznamů z jednání, kontrolních telefonátů, tzv. „mystery shopping“ či reakce na stížnosti na činnost zprostředkovatele.
- (f) Domníváme se, že **výše uvedená rizika nelze zcela eliminovat, lze je však významným způsobem snížit, a to právě zajištěním pečlivého výběru a kontroly samostatného zprostředkovatele ze strany pojišťovny.** K obsahu pojmu odborné péče se blíže vyjadřujeme níže v bodě 5.3 této analýzy.

### 5.3 Co všechno musí pojišťovna činit, aby dostála požadavku jednání v souladu s odbornou péčí?

- (a) Pojem odborné péče je neurčitým pojmem, který není zákonnými ani prováděcími právními předpisy efektivně vymezen, a jeho obsah a rozsah bývá dovozován regulatorní a dohledovou praxí ČNB. V tomto ohledu je významný Benchmark, který uvádí činnosti a kontrolní mechanismy, které by pojišťovna měla zavést a uplatňovat, a to jak v rámci předsmuvního vztahu se zprostředkovatelem, tak v rámci trvání smluvního vztahu s ním. Zejména se jedná o tyto činnosti:
- (i) v případě kontrolních mechanismů aplikovaných před uzavřením smlouvy se samostatným zprostředkovatelem by si pojišťovna měla zejména:
- (A) vyžádat veškeré dokumenty zprostředkovatele, které hodlá používat při zprostředkování pojištění;
  - (B) nechat představit obchodní model využívaný samostatným zprostředkovatelem;
  - (C) nechat představit fungování vnitřního kontrolního systému samostatného zprostředkovatele, včetně způsobu uchování dokumentů a navazování spolupráce s vázanými zástupci a jejich kontroly;
- (ii) v případě kontrolních mechanismů aplikovaných v průběhu trvání smluvního vztahu se samostatným zprostředkovatelem by pojišťovna měla provádět zejména:



- (A) pravidelné kontroly samostatných zprostředkovatelů s tím, že jejich frekvence by měla být vyšší u těch zprostředkovatelů, kde existuje na základě objektivních skutečností (stížnosti, počet storno operací, apod.) vyšší riziko možné protiprávní či nekvalitní činnosti;
  - (B) namátkovou kontrolu klientských složek a v případě zjištění určitého problému kontrolu zintenzivnit a situaci eskalovat, což v konečném důsledku může vést i k ukončení smluvního vztahu se samostatným zprostředkovatelem.
- (b) Úroveň péče má zejména význam v souvislosti s výše uvedenými riziky plynoucími z porušení § 2789 odst. 1 NOZ. Zákon v této souvislosti však nepožaduje nejlepší možné úsilí, které pojišťovna může teoreticky vynaložit. **Za zvolenou intenzitou péče na straně pojišťovny by tedy měla stát určitá racionálně-ekonomická úvaha zohledňující přínosy a rizika (náklady) spojené s distribucí pojištění.** Pojišťovna by si měla posoudit, nakolik se jí ještě vyplatí kontrolovat další záznamy z jednání a posuzovat jejich soulad se nabízeným pojištěním, čímž bude řídit míru rizika, které přebírá v důsledku zprostředkování pojištění samostatným zprostředkovatelem. **V obecné rovině lze tak formulovat vztah nepřímé úměry mezi intenzitou péče a kontroly, kterou vykonává pojišťovna, a mírou rizika, které pojišťovna přebírá: čím intenzivnější je kontrola, tím nižší je přebírané riziko a naopak.**
- (c) Pojišťovna by měla v této souvislosti také zohledňovat rizika, která se váží k distribuci určitého druhu pojištění. **Domníváme, že by míra péče a kontroly ze strany pojišťovny měla být intenzivnější zejména v případě distribuce pojistných produktů s investiční složkou,** kde riziko případné neplatnosti pojistných smluv z důvodu možného omylu na straně pojistníka je významnější než v případě jiných pojistných produktů

#### 5.4 **Odpovídá pojišťovna za škodu způsobenou jednáním samostatného zprostředkovatele a vázaného zástupce?**

##### Odpovědnost za škodu

- (a) Základní ustanovení upravující odpovědnost pojišťovny za škodu způsobenou jednáním samostatného zprostředkovatele je obsaženo v § 14 ZoDP. Podle tohoto ustanovení platí, že „*Použije-li pojišťovna nebo zajišťovna při své činnosti samostatného zprostředkovatele, nehradí škodu jím způsobenou; pokud ho však nepečlivě vybrala nebo na něho nedostatečně dohlížela, ručí za splnění jeho povinnosti k náhradě škody.*“
- (b) **Při výkladu ustanovení § 14 ZoDP je tak třeba vyjít z toho, že uvedené ustanovení upravuje výlučně soukromoprávní povinnost k náhradě škody s tím, že modifikuje obecný režim odpovědnosti za škodu v Občanském zákoníku a obsahuje částečně autonomní úpravu.** Z tohoto ustanovení lze přitom dovodit, že:
  - (i) samostatný zprostředkovatel (ať už v agentském nebo makléřském postavení) je primárně tou osobou, která je povinna hradit škodu vzniklou v souvislosti se

zprostředkováním pojištění, tzn., že pojišťovna obecně nehradí škodu způsobenou samostatným zprostředkovatelem, kterého použila za účelem distribuce pojištění;<sup>8</sup> a

- (ii) pojišťovna pouze ručí (nikoliv odpovídá) za splnění povinnosti samostatného zprostředkovatele, kterého použila při své činnosti (tedy pouze v agentském postavení), k náhradě škody v případě, že se prokáže, že jej nepečlivě vybrala nebo na něho nedostatečně dohlížela.<sup>9</sup>

#### Odpovědnost za přestupky

- (c) Ustanovení § 14 ZoDP upravuje pouze soukromoprávní povinnost a nelze z něj dovodit odpovědnost pojišťovny za přestupky samostatného zprostředkovatele. Lze tak dovodit, že **za přestupky samostatného zprostředkovatele odpovídá pouze tento zprostředkovatel. To přitom platí bez ohledu na to, zda zprostředkovatel jedná v agentském nebo makléřském postavení.**
- (d) Tento závěr potvrzuje i komentářová literatura k ZSÚ, který obsahuje v § 26 podobné (byť částečně odlišně formulované) ustanovení jako je § 14 ZoDP. V této souvislosti autoři komentáře uvádějí, že: „Komentované ustanovení upravuje výlučně soukromoprávní povinnost poskytovatele k náhradě škody za činy samostatného zprostředkovatele jako jeho pomocníka. **Co se týče odpovědnosti za správní delikty samostatného zprostředkovatele, je za ně odpovědný pouze zprostředkovatel.**“<sup>10</sup>
- (e) Opačný závěr platí v případě vázaného zástupce, kdy § 22 ZoDP stanoví, že „Za osobu, jejíž jednání je přičitatelné zastoupenému, se za účelem posuzování odpovědnosti zastoupeného za přestupek považuje také vázaný zástupce.“
- (f) Pro úplnost však dodáváme, že nelze vyloučit, že s přestupkem samostatného zprostředkovatele může rovněž souviset přestupek pojišťovny. Tak tomu může být např. v případě, kdy v souvislosti s přestupkem samostatného zprostředkovatele bude zjištěno porušení povinnosti ze strany pojišťovny spočívající v nedostatečném dohledu nad činností zprostředkovatele, a tedy nedodržení povinnosti jednat s odbornou péčí ve smyslu § 71 ZoDP.<sup>11</sup>

---

<sup>8</sup> DZ k § 14 ZoDP: „Návrh tento obecný právní režim v případě samostatného zprostředkovatele modifikuje ve snaze zdůraznit jeho "samostatnost" i v oblasti následků jeho protiprávních činů. Odchylně od obecné právní úpravy se proto stanoví, že škodu způsobenou samostatným zprostředkovatelem, kterého pojišťovna nebo zajišťovna použila při výkonu své činnosti, nehradí pojišťovna nebo zajišťovna, ale hradí ji samostatný zprostředkovatel sám. Tato speciální úprava se týká pouze určení osoby povinné k náhradě škody.“

<sup>9</sup> V případě ručení se jedná o obecné ručení podle ustanovení § 2018 a násl. NOZ. Podmínkou vzniku ručení je, kromě důkazu o tom, že pojišťovna nepečlivě vybrala samostatného zprostředkovatele nebo na něho nedostatečně dohlížela, je podle § 2021 nesplnění povinnosti samostatného zprostředkovatele do uplynutí přiměřené lhůty od výzvy věřitele (pojistníka). Pro úplnost podotýkáme, že této výzvy není třeba, jestliže pojistník nemůže výzvu uskutečnit, popř. je nepochybné, že zprostředkovatel škodu nenahradí.

<sup>10</sup> Slanina, J., Jemelka, L., Vetešník, P., Wachtlová, L., Flídr, J. Zákon o spotřebitelském úvěru. 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2017, s. 189.

<sup>11</sup> Viz § 114 odst. 1 písm. e) ZoDP