

PATRYK WALCZAK

<https://doi.org/10.33995/wu2022.3.5>

Wyniki badań genetycznych a obowiązek informacyjny w umowie ubezpieczenia na życie

Możliwość wykorzystywania w działalności ubezpieczeniowej wyników badań genetycznych potencjalnych czy rzeczywiście ubezpieczonych rodzi pytanie o granice obowiązku ich ujawniania ubezpieczycielowi. W polskim porządku prawnym granice w znacznej mierze wytyczone są przez ubezpieczyciela, który może zapytywać o wyniki badań przeprowadzonych przed zawarciem umowy ubezpieczenia, jednak nie są one objęte obowiązkiem notyfikacji ryzyka po zawarciu umowy. Ponadto, ubezpieczyciel nie może żądać przeprowadzenia badań przez potencjalnego i rzeczywiście ubezpieczonego. W polskim porządku prawnym jednak nie dokonano rozróżnienia na testy diagnostyczne i prognozujące, co skutkuje nieuzasadnionym, w porównaniu do zagranicznych porządków prawnych, dostępem do danych osobowych potencjalnego ubezpieczonego.

Co więcej, od wejścia w życie RODO napięcie między przepisami Kodeksu cywilnego, przepisami dotyczącymi ochrony danych osobowych czy wreszcie publicznoprawnymi przepisami związanymi z działalnością ubezpieczeniową wydaje się jeszcze większe niż dotychczas. Dwie równoległe procedury prowadzące do zawarcia umowy ubezpieczenia – prywatnoprawna i związana z wyrażeniem zgody na przetwarzanie danych osobowych – wzajemnie na siebie oddziałują i rodzą wiele pytań o konsekwencje różnic i napięć między nimi. Widać to szczególnie w przypadku rozbieżności między zakresem zgody na przetwarzanie danych a zakresem informacji przekazanych przez potencjalnego ubezpieczonego na etapie przedkontraktowym.

Poniższy tekst przynosi próbę odpowiedzi na niektóre z zarysowanych wyżej wyzwania. Stanowi również apel o uchwalenie ustawy dotyczącej badań genetycznych, tak by postępująca komercjalizacja danych osobowych pozyskiwanych z badań genetycznych pozostała pod kontrolą polskiego ustawodawcy.

Słowa kluczowe: badania genetyczne, obowiązek informacyjny, umowa ubezpieczenia, ubezpieczenie na życie.

Wprowadzenie

W ostatnich latach testy genetyczne cieszą się coraz większą popularnością¹. Oprócz zaspokajania czystej ciekawości badanych co do swoich korzeni, pozwalają lepiej dopasować stanowisko pracy do pracownika (ustrzec go przed niebezpiecznymi dla niego zagrożeniami w postaci ekspozycji na szkodliwe substancje) czy dokładniej oszacować ryzyko ubezpieczeniowe w przypadku ubezpieczenia na życie. W działalności ubezpieczeniowej, która prowadzona jest w oparciu o pozyskaną wiedzę i umiejętnie jej przetworzenie, świadomość genetycznych zaburzeń czy podwyższonego ryzyka choroby u ubezpieczonego na życie pozwala, w pewnych sytuacjach, udoskonalić procedurę aktuarialną i wyliczyć bardziej adekwatną składkę poprzez personalizację określonego produktu ubezpieczeniowego.

W poniższym opracowaniu poruszona została problematyka wykorzystywania wyników testów genetycznych, zarówno diagnozujących, jak i prognozujących, w działalności ubezpieczeniowej. Istotą tego artykułu jest analiza regulacji prawnych determinujących dopuszczalność przetwarzania danych pozyskiwanych z wyników testów genetycznych w przypadku dobrowolnego ubezpieczenia na życie – zarówno na etapie przedkontraktowym, jak i po zawarciu umowy ubezpieczenia.

Analizie poddane zostały cztery akty prawne: Rozporządzenie o ochronie danych osobowych (dalej: RODO)², Kodeks cywilny (dalej: k.c.)³, ustawa o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej⁴ oraz Rekomendacja Rady UE CM/Rec(2016)8⁵ dotycząca przetwarzania danych osobowych odnoszących się do zdrowia do celów działalności ubezpieczeniowej, włącznie z danymi pochodzącymi z testów genetycznych. Głównym celem tekstu jest określenie granic obowiązku informacyjnego oraz notyfikacji ryzyka ubezpieczającego i ubezpieczonego w przedmiocie wyników testów genetycznych. Ponadto, przedmiotem porównania są przepisy RODO oraz k.c. w zakresie pozyskiwania danych osobowych i informacji, formy czynności będących podstawą do przetwarzania danych (zgoda osoby, której dane dotyczą) i zawarcia umowy ubezpieczenia oraz konsekwencji różnic zakresów udostępnionych danych i zgody na ich przetwarzanie. Wreszcie, na koniec, przedstawione zostały konsekwencje – szanse i zagrożenia – zaniechań legislacyjnych w przedmiocie standardów przeprowadzania testów genetycznych, szczególnie prognozujących, przechowywania ich wyników oraz daleko idących możliwości wykorzystywania ich wyników w działalności ubezpieczeniowej.

1. <https://www.globenewswire.com/news-release/2022/01/06/2362697/0/en/Genetic-Testing-Market-Size-to-Hit-USD-15-8-Billion-by-2030.html> [dostęp: 15.01.2022].
2. Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE.
3. Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny (Dz. U. 2022, poz. 1360, 2).
4. Ustawa z dnia 11 września 2015 r. o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej (Dz. U. 2021, poz.1130).
5. Rekomendacja CM/Rec(2016)8 Komitetu Ministrów krajów członkowskich dotycząca przetwarzania danych dotyczących zdrowia do celów ubezpieczeniowych, z uwzględnieniem danych pochodzących z testów genetycznych (przyjęte przez Komitet Ministrów w dniu 26 października 2016 r. na 1269 spotkaniu wiceministrów).

1. Badania genetyczne – istota, pozyskiwanie, rodzaje i kwalifikacja ich wyników na gruncie przepisów

Skoro poniższe opracowanie ma się odnosić do granic obowiązku informacyjnego i notyfikacji ryzyka w zakresie wyników badań genetycznych, to wątkiem otwierającym winno być wprowadzenie do problematyki testów genetycznych. Zgodnie z *Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine, concerning Genetic Testing for Health Purposes*⁶, który stanowi swoiste rozwinięcie pewnych elementów uregulowanych w ramach Konwencji z Oviedo⁷, testami genetycznymi są testy: diagnostyczne, prognozujące *sensu stricto*, predyspozycyjne oraz stwierdzające nosicielstwo⁸. Celem testów diagnozujących jest potwierdzenie lub wykluczenie nieprawidłowości genetycznej u osób z ujawnionymi objawami choroby⁹. Testy prognozujące *sensu stricto* służą przewidywaniu rozwoju objawów badanego, u którego podejrzewa się występowanie nieprawidłowości genetycznych¹⁰. Testy predyspozycyjne wykorzystywane są do wykrycia anomalii genetycznych, które mogą zwiększyć ryzyko zapadnięcia na chorobę wieloczynnikową¹¹, czyli taką, która ujawnia się w momencie nasilenia wielu różnych czynników środowiskowych oddziałujących na człowieka – zatem są one zdeterminowane również przez czynniki zewnętrzne względem genetycznych. Wreszcie testy na nosicielstwo mają na celu ustalenie istnienia recesywnych anomalii genetycznych u zdrowych heterozygot. Choć wyróżnia się w ramach dodatkowego protokołu odrębnie te trzy ostatnie, to uznaje się, że wszystkie dają się zakwalifikować do szerokiej kategorii testów prognozujących, zgodnie z art. 12 Europejskiej Konwencji o prawach człowieka i biomedycynie.

2. Obowiązek informacyjny ubezpieczającego i ubezpieczonego a badania genetyczne: przegląd aktów normatywnych

Przepisy kształtujące status prawny danych pozyskiwanych z wyników testów genetycznych oraz możliwość ich przetwarzania w branży ubezpieczeniowej tworzą zróżnicowany zestaw norm prawnych o różnej mocy obowiązującej i różnej szczegółowości. Punktem wyjścia poniższej analizy jest Rozporządzenie o Ochronie Danych Osobowych. W hierarchii aktów prawnych bowiem wtórne prawo europejskie w razie niemożliwości jego pogodzenia z ustawami ma względem nich

6. Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine, concerning Genetic Testing for Health Purposes z 27 listopada 2008 r., <https://rm.coe.int/1680084824> [dostęp: 15.12.2021].
7. Konwencja Rady Europy o ochronie praw człowieka i godności istoty ludzkiej wobec zastosowań biologii i medycyny z 4 kwietnia 1997 r., <https://rm.coe.int/168007cf98> [dostęp: 15.12.2021].
8. Podział na takie kategorie pojawił się jeszcze z końcem XX w. Szczególnie podkreślano też konieczność oddzielenia od siebie diagnozujących i prognozujących *sensu largo* testów genetycznych z uwagi na ich odmienną naturę. Zob. P.S. Harper, *What do we mean by genetic testing?*, "Journal of Medical Genetics" 1997, vol. 34, s. 749–750; R.L. Zimmern, *Genetic testing: a conceptual exploration*, "Journal of Medical Ethics" 1999, vol. 25, s. 151–152.
9. O. Dryla, *Dopuszczalność przeprowadzania testów genetycznych w świetle artykułu 12 Europejskiej Konwencji Bioetycznej*, [w:] *Prawa człowieka a wyzwania bioetyczne związane z nowymi technologiami*, [red.] A. Białek, M. Wróblewski, Biuro Rzecznika Praw Człowieka, Warszawa 2018, s. 94.
10. *Ibidem*, s. 95.
11. *Ibidem*, s. 95.

pierwszeństwo¹². W dalszej kolejności kluczowe znaczenie mają przepisy związane z umową ubezpieczenia, czyli Kodeks cywilny oraz przepisy ustawy o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej. Ostatnim aktem prawnym poddanym analizie jest rekomendacja Rady UE, mająca charakter *soft law*.

Na końcu, ze względu na niewiążący charakter, omówiona zostanie treść PEICL¹³, w zakresie, w którym zaproponowano okoliczności dające ubezpieczycielowi możliwość przetwarzania wyników badań genetycznych czy skutecznego żądania, by ubezpieczony poddał się badaniu. Pominięte zostało odrębne, szczegółowe omówienie Konwencji o prawach człowieka i biomedycynie¹⁴, która została przez Polskę podpisana, jednak nie została ratyfikowana, czego konsekwencją jest brak powszechnego obowiązywania jej postanowień.

2.1. Rozporządzenie o ochronie danych osobowych (RODO)

W poniższych rozważaniach uwzględnione zostały wypadki, w których źródłem legalności przetwarzania danych osobowych jest zgoda osoby, której dane dotyczą. Wyłączone zostały sytuacje, dotyczące między innymi ubezpieczeń obowiązkowych, w których przetwarzanie danych odbywa się na podstawie przepisów aktu powszechnie obowiązującego. Prawodawca, zgodnie z treścią motywu 10 RODO, przyjął sobie za cel zapewnienie wysokiego i spójnego stopnia ochrony osób fizycznych, poprzez ochronę ich praw i wolności oraz usunięcie barier w przepływie danych osobowych w ramach UE. Uznano, że do osiągnięcia tego celu niezbędne jest zapewnienie równego poziomu ochrony prawnej w związku z przetwarzaniem danych osobowych, co doprowadziło do przyjęcia rozporządzenia, które jest bezpośrednio skuteczne w krajach UE.

W myśl motywu 26 oraz art. 4 pkt 1 RODO dane osobowe to „informacje o zidentyfikowanej lub możliwej do zidentyfikowania osobie fizycznej (>>osobie, której dane dotyczą<<); możliwa do zidentyfikowania osoba fizyczna to osoba, którą można bezpośrednio lub pośrednio zidentyfikować, w szczególności na podstawie identyfikatora takiego jak imię i nazwisko, numer identyfikacyjny, dane o lokalizacji, identyfikator internetowy lub jeden bądź kilka szczególnych czynników określających fizyczną, fizjologiczną, genetyczną, psychiczną, ekonomiczną, kulturową lub społeczną tożsamość osoby fizycznej; wszelkie informacje, które dotyczą zidentyfikowanych lub możliwych do zidentyfikowania osób fizycznych kwalifikujące je do kategorii danych osobowych”. Zatem w myśl tej zasady nie są objęte ochroną informacje niedające się powiązać z konkretną osobą czy dotyczące osób zmarłych – zgodnie z motywem 27 oraz art. 4 pkt 1 RODO. Nie będą one stanowiły danych osobowych w rozumieniu tego aktu prawnego.

W RODO mamy do czynienia z dwoma głównymi kategoriami danych – szczególne oraz ogólne. Te pierwsze, zgodnie z art. 9 ust. 1 RODO to dane ujawniające „pochodzenie rasowe lub etniczne, poglądy polityczne, przekonania religijne lub światopoglądowe, przynależność do związków zawodowych oraz przetwarzania danych genetycznych, danych biometrycznych w celu jednoznacznego zidentyfikowania osoby fizycznej lub danych dotyczących zdrowia, seksualności lub orientacji seksualnej tej osoby”. Do tej drugiej kategorii zaś, należą pozostałe dane osobowe, niebędące

12. M. Wiącek, *Komentarz do art. 87 Konstytucji*, [w:] *Konstytucja RP. Tom II. Komentarz do art. 87–243*, [red.] M. Safjan, L. Bosek, CH Beck, Warszawa 2016, nb. 61.

13. <https://www.uibk.ac.at/zivilrecht/forschung/evip/restatement/sprachfassungen/peicl-en.pdf> [dostęp: 15.12.2021].

14. https://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/texts_and_documents/ETS164Polish.pdf [dostęp: 15.12.2021].

danymi szczególnymi. Różnica między nimi polega na podejściu prawodawcy to ich przetwarzania. Zakazane jest przetwarzanie szczególnych danych osobowych – jednak ten zakaz może być uchylony w drodze wyrażenia zgody. Przetwarzanie pozostałych danych osobowych nie jest zakazane, a raczej dopuszczalne w razie, między innymi, wyrażenia zgody przez osobę, której dane dotyczą.

W ramach pojęcia szczególnych danych osobowych można jeszcze wyróżnić ich kwalifikowaną postać. Ma ona wyjątkowy charakter z uwagi na przekazanie państwu członkowskim uprawnienia do wprowadzenia dalszych ograniczeń ich przetwarzania, włącznie z wprowadzeniem bezwzględnego zakazu przetwarzania. Ta kompetencja może być zrealizowana w drodze krajowych regulacji, mogących pozbawić osobę, której dane dotyczą, możliwości uchylecia zakazu przetwarzania tych kwalifikowanych danych szczególnych w drodze wyrażenia zgody. Do tej kategorii, zgodnie z art. 9 ust. 4 RODO, zalicza się dane genetyczne, biometryczne oraz dotyczące zdrowia.

Wobec powyższego, odnosząc dopuszczalność przetwarzania danych genetycznych w branży ubezpieczeniowej na gruncie RODO do przedstawionych wyżej założeń leżących u podstaw tego aktu prawnego, można stwierdzić, że dane genetyczne dają się zakwalifikować do danych szczególnych, określonych w art. 9 Rozporządzenia. Co więcej, nawet do ich kwalifikowanej formy, co do której państwa mogą odmiennie uregulować warunki determinujące możliwość ich przetwarzania danych szczególnych. Fakt, że polski ustawodawca nie zdecydował się na skorzystanie z tej możliwości odmiennego uregulowania kwestii przetwarzania kwalifikowanych danych szczególnych sprawia, że zgoda osoby, której dane dotyczą, może uchylić zakaz ich przetwarzania. To przede wszystkim od wspomnianej zgody zależy, czy tego typu dane będą przetwarzane przez ubezpieczyciela. W konsekwencji należy stwierdzić, że dane pochodzące z badań genetycznych na gruncie RODO mogą być przedmiotem przetwarzania przez ubezpieczyciela, zarówno na etapie przedkontraktowym, jak i po zawarciu umowy ubezpieczenia.

2.2. Kodeks cywilny

W polskiej regulacji umowy ubezpieczenia przyjęto konstrukcję, w której granice obowiązku informacyjnego są zdeterminowane przez kształt formularza oferty oraz zapytania sformułowanego przez zawarciem umowy w innych pismach. W art. 815 k.c. wykorzystano konstrukcję formularza oferty¹⁵, w którym zawarte są pytania zadawane ubezpieczającemu przez ubezpieczyciela. To one stanowią ramy obowiązku informacyjnego ubezpieczającego – wszystko, co wykracza poza zapytania kierowane przez ubezpieczyciela na etapie przedkontraktowym, może pozostać nieujawnione i jest uznawane za materialnie nieistotną informację dla ubezpieczyciela w ramach prowadzonej przez niego działalności¹⁶.

Jest to rozwiązanie odmienne od przyjętego w brytyjskim porządku prawnym, w którym ubezpieczający musi co do zasady ujawnić wszelkie materialnie istotne okoliczności¹⁷. Tenże przedumowny obowiązek informacyjny obciążający ubezpieczającego wiąże się z tym, że musi on na własną rękę ocenić, jakie okoliczności mają fundamentalne znaczenie dla oceny ryzyka dla

15. Współcześnie nazywany również wnioskiem ubezpieczeniowym.

16. J. Szczerbowski, *Komentarz do art. 815 Kodeksu cywilnego*, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, [red.] M. Załucki, CH Beck, Warszawa 2020, nb. 1.

17. R. Merkin, O. Gurses, *Insurance Act 2015: Rebalancing the Interests of Insurer and Assured*, "Modern Law Review" 78, No. 6, s. 1009.

ubezpieczyciela. Sankcją za naruszenie obowiązku informacyjnego może być m.in. uprawnienie ubezpieczyciela do uchylenia się od oświadczenia woli prowadzącego do zawarcia umowy ubezpieczenia. Od kilku lat można jednak zaobserwować odejście w Wielkiej Brytanii, uznawanej za punkt odniesienia w ramach nowożytnego prawa ubezpieczeń od czasów wyroku Lorda Mansfelda w sprawie *Carter v. Boehm*¹⁸. Sprawa ta dotyczyła granic obowiązku informacyjnego ubezpieczającego od restrykcyjnych wymogów umowy *uberimae fidei* dla konsumentów¹⁹. Podobne dążenia można zaobserwować w Insurance Act 2015, mającym zastosowanie w umownych reżimach innych niż konsumenckie, gdzie doszło do złagodzenia rygoryzmu wynikającego z wymogów kontraktu najwyższego zaufania w zakresie obowiązku informacyjnego ubezpieczającego i sankcji wynikających z jego naruszenia²⁰.

Polski ustawodawca zdecydował się zatem na ograniczenie ilości danych udostępnianych ubezpieczycielowi – choć jest to ograniczenie, jak się zdaje, mające na celu przede wszystkim rozwianie wątpliwości ubezpieczającego czy ubezpieczonego co do zakresu informacji, które zobowiązany jest ujawnić²¹. W polskim modelu poszukujący ochrony ubezpieczeniowej nie musi bowiem ujawniać ubezpieczycielowi wszelkich informacji, które to on uznaje za istotne w zakresie oceny ryzyka przejmowanego przez tego ostatniego – ciężar określenia granic materialnego charakteru informacji ciąży na ubezpieczycielu kształtującym zapytania na etapie przedkontraktowym.

Należy jeszcze zwrócić uwagę na potencjalny obowiązek aktualizacji, notyfikacji ryzyka, który może zobowiązywać ubezpieczającego oraz ubezpieczonego, na którego rozciąga się ten obowiązek na podstawie art. 815 § 2¹ k.c. Zgodnie z art. 815 § 2 k.c. w drodze zastrzeżenia umownego zobowiązania można te podmioty do zgłaszania zmian w zakresie okoliczności objętych przedumownym obowiązkiem informacyjnym określonym w art. 815 § 1 Kodeksu cywilnego. Jednak ten umowny obowiązek notyfikacji ryzyka nie może powstać w przypadku ubezpieczeń na życie, zgodnie z bezwzględny wyłączeniem określonym w art. 815 § 2 *in fine*. Zatem żadne zmiany w zakresie danych pochodzących z wyników badań genetycznych nie muszą być zgłaszane ubezpieczycielowi w toku trwania umowy ubezpieczenia na życie.

Tedy, na gruncie przepisów Kodeksu cywilnego, czynnikiem determinującym granice obowiązku informacyjnego podmiotu poszukującego ochrony ubezpieczeniowej jest zapytanie przez ubezpieczyciela na etapie przedkontraktowym o wyniki badań genetycznych, którym poddał się ubezpieczony. W polskim porządku prawnym ubezpieczyciel zasadniczo nie jest ograniczony co do możliwości zapytywania o wyniki badań genetycznych przeprowadzonych przez ubezpieczonego – zarówno tych diagnozujących, jak i prognozujących. Wyniki obu rodzajów badań mogą być pozyskiwane i przetwarzane na potrzeby prowadzenia działalności ubezpieczeniowej. Taki stan prawny wynika zapewne z braku ustawy regulującej problematykę testów genetycznych

18. *Carter v. Boehm* [1766] 3 Burr 1905, 97 ER 1162, 1164.

19. Odejście to ostatecznie nastąpiło wraz z uchwaleniem Consumer Insurance Act, która weszła w życie 6 kwietnia 2013 r. Zob. P. Tereszkiwicz, *Obowiązek informacyjny ubezpieczającego i skutki jego naruszenia z perspektywy prawno-porównawczej: zmierzch uberrima fidei w epoce ochrony konsumenta?*, [w:] *Rozprawy cywilistyczne: księga pamiątkowa dedykowana profesorowi Edwardowi Drozdowi*, [red.] M. Pecyna, J. Pisuliński, M. Podrecka, LexisNexis, Warszawa 2013, s. 486–487.

20. Więcej R. Merkin, O. Gurses, *op. cit.*, s. 1010–1014.

21. M. Fras, *Komentarz do art. 815 kodeksu cywilnego*, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom V. Zobowiązania. Część szczególna [art. 765–921(16)]*, [red.] M. Habdas, Wolters Kluwer, Warszawa 2018, nb. 2–5.

[ograniczającej zakres ich wykorzystywania i hamującej jednolite ich traktowanie] i pól wykorzystania ich wyników oraz braku ratyfikacji.

2.3. Ustawa o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej

Problematyce testów genetycznych w branży ubezpieczeniowej poświęcono w Ustawie o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej wyłącznie jeden artykuł. Art. 37 tejże przewiduje bowiem uprawnienie zakładu ubezpieczeń do żądania poddania się badaniom przez potencjalnego ubezpieczonego na etapie przedkontraktowym w celu oceny ryzyka ubezpieczeniowego. Zakłada zatem zlecenie pozyskania danych, od których uzależniać może zawarcie umowy ubezpieczenia. Jednakże z zakresu badań dopuszczalnych na żądanie ubezpieczyciela zostały przez ustawodawcę bezwzględnie wyłączone badania genetyczne²². Wspomniane ograniczenie ma też zastosowanie na etapie po zawarciu umowy ubezpieczenia²³ – wtedy również ubezpieczycielowi nie przysługuje prawo żądania przeprowadzenia badań genetycznych przez ubezpieczonego. O ile na etapie przedkontraktowym może się to wiązać z niezawarciem umowy ubezpieczenia, o tyle na etapie wykonywania umowy odmowa przeprowadzenia badań może prowadzić do niemożliwości ustalenia wysokości świadczenia przez ubezpieczyciela w razie ziszczenia się ryzyka ubezpieczeniowego²⁴.

W konsekwencji, o ile omówione wyżej akty prawne odnosiły się do kwestii dopuszczalności przetwarzania wyników badań genetycznych uprzednio pozyskanych, o tyle art. 37 ustawy o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej stanowi, że ubezpieczyciel nie dysponuje skutecznym uprawnieniem do uzyskania danych genetycznych dotyczących potencjalnego ubezpieczonego w drodze żądania przeprowadzania dodatkowych badań na koszt ubezpieczyciela. Ubezpieczyciel nie może zatem rozszerzać puli danych genetycznych w drodze żądania przeprowadzenia badań na etapie przedkontraktowym.

2.4. Rekomendacja Rady UE

Wyzwanie związane z korzystaniem z wyników badań genetycznych przez ubezpieczycieli było też przedmiotem prac Rady UE, która wypracowała rekomendację dotyczącą przetwarzania danych zdrowotnych, łącznie z danymi genetycznymi, na potrzeby prowadzenia działalności ubezpieczeniowej. Zgodnie z treścią czwartej zasady tejże rekomendacji, odwołującej się do art. 12 Konwencji o Prawach Człowieka i Biomedycynie [Konwencja z Oviedo]²⁵, uznano, że prognozujące testy genetyczne nie mogą być wykonywane na żądanie ubezpieczyciela.

Ponadto przyjęto w Konwencji, że uprzednio uzyskane wyniki badań prognozujących nie powinny być wykorzystywane w działalności ubezpieczeniowej, jeżeli nie zezwoli na to konkretny przepis powszechnie obowiązujący. Wspomniane wyniki badań prognozujących mogą być przetwarzane wówczas, gdy cel przetwarzania jest określony i uzasadniony istotnością tych danych, badania były przeprowadzone zgodnie z powszechnie akceptowalnymi standardami, a ich skuteczność

22. M. Szczepańska, *Komentarz do art. 37 Ustawy o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej*, [w:] *Ustawa o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej. Komentarz*, [red.] P. Wajda, Wolters Kluwer, Warszawa 2017, nb. 1.

23. *Ibidem*, nb. 1.

24. *Ibidem*, nb. 1.

25. Jak dotąd nie została ratyfikowana, choć Polska jest jej stroną.

prognozująca jest na wysokim poziomie. Dodatkowo przetwarzanie musi być uzasadnione ze względu na proporcjonalność względem charakteru i znaczenia ryzyka ubezpieczeniowego. Wreszcie, w paragrafie 17 Rekomendacji podkreślono, że wyniki testów genetycznych dotyczące członków rodziny ubezpieczonego nie powinny być przetwarzane do celów ubezpieczeniowych. Nie odniesiono się do warunków pozwalających na przetwarzanie wyników diagnozujących badań genetycznych, zapewne zakładając, że w sytuacji, gdy są one pozytywne, to stanowią źródło informacji o stanie zdrowia ubezpieczonego – niezwykle użyteczne z punktu widzenia kalkulacji ryzyka w przypadku ubezpieczenia na życie.

W polskim porządku prawnym, pomimo powołania odpowiedniego zespołu²⁶ i podjęcia przez niego prac zwieńczonych przygotowaniem projektu, nie została uchwalona szczegółowa ustawa regulująca problematykę testów genetycznych – standardów przeprowadzania badań, uprawionych podmiotów i celów wykonywania czy wreszcie sygnalizująca odmienną naturę badań diagnozujących i prognozujących. W 2012 roku przygotowano raport wspomnianego zespołu²⁷, w którym zawarto założenia do projektu ustawy o testach genetycznych wykonywanych dla celów zdrowotnych. W artykule 18 tego dokumentu, wzorując się na rozwiązaniach niemieckich²⁸, przyjęto, że „zarówno przed, jak i po zawarciu umowy ubezpieczenia ubezpieczyciel nie może wymagać przeprowadzenia jakiegokolwiek badania genetycznego, jak również ujawnienia wyników przeprowadzonych badań genetycznych”. Przyjęto zatem konstrukcję bezwzględnego zakazu żądania przeprowadzenia badań genetycznych przez potencjalnego klienta oraz zaproponowano wyłączenie na poziomie ustawowym z zakresu obowiązku notyfikacji ryzyka wszelkich wyników badań genetycznych, zarówno diagnozujących, jak i prognozujących, do celów działalności ubezpieczeniowej. Takie samo założenie o bezwzględnej niedopuszczalności przetwarzania przyjęto w przypadku stosunku pracy²⁹.

Skoro polski prawodawca nie odpowiedział na tę potrzebę regulacyjną, to rodzi się pytanie o możliwość uregulowania tej kwestii na poziomie unijnym – poprzez ujednoczenie przepisów dotyczących testów genetycznych. Zdaje się jednak, że z dwu powodów, bez uprzednich zmian we wtórnym prawie unijnym, nie można tego zrobić.

Po pierwsze, w artykule 9 ust. 4 RODO prawodawca unijny umożliwił państwu członkowskim wprowadzenie nawet bezwzględnego zakazu przetwarzania danych genetycznych w drodze regulacji krajowych, stąd uregulowanie tych kwestii na poziomie unijnym prowadziłoby do wewnętrznej sprzeczności takich dwu aktów prawnych³⁰. Po wtóre, niemal wszystkie kraje należące do UE już kilka lat temu odpowiedziały na to wyzwanie i ukształtowały te regulacje w znacząco różny od siebie sposób. Regulacja taka zrodziłaby więc problem z ujednoczeniem tych rozwiązań prawnych.

Jak można zauważyć, zalecenia zawarte w omawianej Rekomendacji, w oderwaniu od tej ostatniej, dotyczyły prognozujących *sensu largo* danych genetycznych, które nie dają jasnego obrazu

26. Zarządzenie nr 52/2011 Ministra nauki i szkolnictwa wyższego z dnia 13 czerwca 2011 r. w sprawie powołania Zespołu do Spraw Molekularnych Badań Genetycznych i Biobankowania [Dz.Urz.MNiSW.2011.3.60].

27. <https://igcz.poznan.pl/wp-content/uploads/2016/08/Ustawa-o-testach-genetycznych.pdf> [dostęp: 15.12.2021].

28. Można wysnuć taki wniosek, porównując strukturę obu aktów normatywnych. Zob. Gesetz über genetische Untersuchungen bei Menschen (Gendiagnostikgesetz – GenDG). Data obowiązywania: 31.07.2009.

29. Art. 19 założeń do projektu ustawy o testach genetycznych wykonywanych dla celów zdrowotnych autorstwa Zespołu do Spraw Molekularnych Badań Genetycznych i Biobankowania.

30. Ewentualnym wyjściem z takiej sytuacji mogłoby być wprowadzenie instrumentu opt-out, jednak poddałoby to w wątpliwość skuteczność działań prowadzących do ujednoczenia regulacji dotyczących testów genetycznych.

co do istnienia określonej choroby, a jedynie, co do zasady, doprecyzowują ryzyko zapadnięcia na nią (z wyłączeniem badań na nosicielstwo). Znacząco bowiem różni się ich funkcja i przeznaczenie, co znajduje swoje odzwierciedlenie w użyteczności tych informacji w działalności ubezpieczeniowej. Wraz z uzyskaniem pozytywnego wyniku testu diagnozującego dane genetyczne uznawane są równocześnie za dane medyczne, skoro wskazują na istnienie konkretnej przypadłości, choroby.

Zapomina się niejako o tym, że do przetwarzania danych pochodzących z wyników badań diagnozujących powinno się podejść ze znacznie większą dozą ostrożności, z uwagi na ich, *nomen omen*, dziedziczny charakter. Ze względu na inną funkcję testów prognozujących nie dochodzi do konfuzji danych genetycznych pochodzących z takich testów z danymi medycznymi obrazującymi stan zdrowia badanego. Prowadzi to, w konsekwencji, do silniejszej ochrony danych genetycznych pochodzących z badań prognozujących (dalej idąca ochrona prawa do prywatności, która nie ulega ograniczeniu ze względu na naturę działalności ubezpieczeniowej), czego przejawem są zarysowane wyżej rekomendacje. Większe ograniczenia w dopuszczalności przetwarzania danych pochodzących z wyników badań prognozujących wynikają z braku konieczności uzyskiwania wyników badań prognozujących przez ubezpieczycieli do procedury aktuarialnej – nie przesądzają one bowiem o materializacji określonego ryzyka ubezpieczeniowego, a jedynie pozwalają lepiej szacować jego wystąpienie – zdaje się, że zwykle na niekorzyść ubezpieczającego.

2.5. PEICL

W rozważaniach na temat przetwarzania wyników badań genetycznych w działalności ubezpieczeniowej warto również odwołać się do ustaleń określonych w *Principles of European Insurance Contract Law* (PEICL). Prace nad tym opracowaniem rozpoczęły się wraz z momentem powołania do życia grupy badawczej w 1999 roku³¹. Jej celem było przygotowanie wspólnych, europejskich zasad prawa ubezpieczeń. W 2005 roku grupę włączono do *Network on European Private Law*, której zamierzeniem było przygotowanie europejskiego kodeksu zobowiązań³², który został nazwany *Draft Common Frame of Reference*. Owocem pracy było stworzenie *DCFR Insurance* czyli rozdziału w DCFR, który dotyczył europejskiego prawa ubezpieczeń i został opublikowany w październiku 2009 roku³³. Miał on pełnić rolę opcjonalnego instrumentu – punktu odniesienia na drodze do zblżenia do siebie krajowych regulacji dotyczących prawa ubezpieczeń.

W artykuł 1:208 ust. 1 PEICL określono ogólny zakaz żądania przez ubezpieczyciela przeprowadzenia testu genetycznego przez ubezpieczonego oraz ujawnienia wyniku, nawet dobrowolnie przez ubezpieczonego, uprzednio przeprowadzonego testu do celów oceny ryzyka³⁴ – bez względu na rodzaj badań genetycznych. W kolejnym ustępie tego artykułu zarysowano jednak wyjątki od tego zakazu – w przypadku ubezpieczeń osobowych, gdy suma ubezpieczenia przekracza 300 tysięcy euro albo roczne świadczenie okresowe przewyższa 30 tysięcy euro, zakaz ten jest wyłączony. Uznano, że z uwagi na przekroczenie pewnego poziomu sumy ubezpieczeniowej dostęp

31. J. Basedow, *Towards a European Insurance Contract Law? The Commission Expert Group, its Antecedents and Consequences*, "Contratto e impresa / Europa" (1)2015, vol. 20, s. 4.

32. *Ibidem*, s. 5.

33. *Ibidem*.

34. *Principles of European Insurance Contract Law* (PEICL), Basedow J. et al. [ed.], Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2016, s. 100.

do tego typu danych jest uzasadniony ze względu na interes ubezpieczyciela (dążenie do uzyskania informacji o ubezpieczonym)³⁵. Wspomniane wyłączenie zakazu ma zastosowanie tylko wtedy, gdy osoba ubezpieczona ma więcej niż 18 lat³⁶. W konsekwencji, gdy pozytywna przesłanka wyłączająca jest spełniona, a negatywna nie, ubezpieczyciel może pozyskiwać od ubezpieczonego wyniki testów genetycznych oraz żądać ich przeprowadzenia przez tego ostatniego.

W uzasadnieniu *PEICL* podkreśla się daleko idącą inspirację rozwiązaniami przyjętymi w krajowych porządkach prawnych (m.in. w Niemczech, Szwecji, Szwajcarii czy Wielkiej Brytanii). Zestawiając treść *PEICL* z rozwiązaniami przyjętymi w Niemczech i Wielkiej Brytanii można zaobserwować, w tym pierwszym, brak zróżnicowania przepisów ze względu na rodzaj testów genetycznych³⁷ oraz nie tylko dopuszczalność przetwarzania ich wyników, ale nawet możliwość żądania – zrównaną regulacyjnie z dopuszczalnością przetwarzania – ich przeprowadzenia przez potencjalnego czy rzeczywistego ubezpieczonego. Taki stan rzeczy może wynikać z charakteru *PEICL* jako *restatement*, którego twórcy zasygnalizowali tylko dostrzeżenie problemu regulacji wspomnianego zagadnienia.

2.6. Konkluzje z analizy aktów prawnych

Uwzględniając zatem całą złożoność przepisów determinujących dopuszczalność przetwarzania danych pochodzących z wyników badań genetycznych do prowadzenia działalności ubezpieczeniowej, z których część ma charakter powszechnie obowiązujący, a reszta pełni funkcję *soft law*, można zakreślić następujący obraz. W polskim porządku prawnym nie występuje podział na genetyczne badania diagnozujące i prognozujące, zatem ilekroć o nich mowa, regulacje dotyczące przetwarzania wyników takich badań są jednakowe ze względu na brak powszechnej mocy obowiązywania rekomendacji Rady UE.

Gdy na etapie przedkontraktowym potencjalny ubezpieczony nie poddał się uprzednio badaniom genetycznym, to nie może być on w zobligowany przez ubezpieczyciela do przeprowadzenia takich badań na podstawie art. 37 ustawy o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej. W razie, gdyby posiadał dane genetyczne mogące być użyteczne dla ubezpieczyciela na etapie przedkontraktowym, to jest zobligowany do ich ujawnienia jedynie wówczas, gdy ubezpieczyciel zapyta o nie na etapie przedkontraktowym, zgodnie z art. 815 par. 1 k.c. Jeśli nie zapyta oraz jeśli ubezpieczyciel zdecyduje się na zawarcie umowy ubezpieczenia pomimo nieujawnienia tego typu informacji w odpowiedzi na formularz oferty, to na potencjalnym ubezpieczającym nie ciąży taki obowiązek informacyjny z uwagi na nieistotny charakter takich informacji. Wreszcie, jeśli po zawarciu umowy ubezpieczający uzyska wyniki badań genetycznych, to nie jest on zobligowany do ich ujawniania, bowiem zgodnie z art. 815 par. 2 k.c. nie można nałożyć na niego obowiązku aktualizacji ryzyka, jeśli jest to umowa ubezpieczenia na życie.

35. *Ibidem*.

36. Autorom przy określaniu tej przesłanki negatywnej wyłączenia zależało na wzmocnieniu ochrony prawnej danych niedojrzałych. *EICL* uzasadnienie, s. 101.

37. Można to rozwiązanie jednak uzasadnić przy wykorzystaniu argumentu z większego na mniejsze – skoro bowiem pozwala się przetwarzać i umożliwia ubezpieczycielom żądanie przeprowadzenia badań prognozujących w określonych okolicznościach, to tym bardziej testów diagnozujących. Te pierwsze bowiem nie przesądzają o istnieniu choroby, co uzasadniałoby dostęp ubezpieczyciela do tego typu informacji z uwagi na konieczność prowadzenia procedury aktuarialnej i reasekuracji.

Zasygnalizowania wymaga jeszcze luka prawna związana z ustandaryzowaniem testów genetycznych w skali kraju oraz podejście ustawodawcy do przetwarzania wyników testów prognozujących w celach komercyjnych oraz, w razie ich dopuszczenia, określenie przesłanek i typów testów prognozujących, które mogą być wykorzystywane w branży ubezpieczeniowej. Brak odpowiedzi na wyzwania określone w rekomendacji Rady UE oraz wspomniane wyżej akty prawne – również te o powszechnym obowiązywaniu – sprawia, że w przypadku ubezpieczenia na życie ustawodawca pozostawia ubezpieczycielowi w zasadzie pełną swobodę w określaniu granic obowiązku informacyjnego na etapie przedkontraktowym, nie różnicując podejścia do wyników testów diagnozujących (stwierdzających chorobę) od wyników testów prognozujących, które z uwagi na brak odpowiedniej ustawy nie muszą być przeprowadzane zgodnie z określonymi standardami gwarantującymi miarodajność. Wspomniana możliwość jednak nie wynika z konkretnej decyzji ustawodawcy, ale z jej braku, wynikającego z wątpliwej polityki ustawodawczej.

3. Dane w RODO a informacje w k.c.

Spośród omawianych wyżej aktów prawnych w najsilniejszym funkcjonalnie związku pozostają Rozporządzenie o Ochronie Danych Osobowych oraz Kodeks cywilny. Oddziałują na siebie na polach: kwalifikacji prawnej przekazywanych ubezpieczycielowi informacji, formy ich przekazania oraz konsekwencji powstania różnic zakresowych między przekazanymi informacjami a granicami zgody na ich przetwarzanie.

W ramach procedury przedkontraktowej na gruncie Kodeksu cywilnego przy wykorzystaniu formularza oferty oraz innych dokumentów udostępnianych przez ubezpieczyciela poszukującemu ochrony ubezpieczeniowej, ten pierwszy uzyskuje od tego drugiego informacje, które są źródłem wiedzy ubezpieczyciela na temat ryzyka ubezpieczeniowego. Uznawane są one za informacje materialnie istotne dla kalkulacji ryzyka ubezpieczeniowego już z samego faktu, że zapytywał o nie ubezpieczyciel na etapie przedkontraktowym, co zostało zasygnalizowane wyżej.

Odnotować można pewną różnicę w kwalifikacji prawnej udostępnianych informacji na podstawie Kodeksu cywilnego we wniosku ubezpieczeniowym względem danych objętych ochroną w przepisach RODO. W przeciwieństwie do informacji objętych ochroną na podstawie RODO, a więc danych osobowych, ustawodawca w przypadku Kodeksu cywilnego, nie uzależnia ochrony prawnej od kwalifikacji informacji przekazanych przez poszukującego ochrony ubezpieczeniowej na etapie przedkontraktowym jako informacji materialnie istotnych. Odmiennie sytuacja kształtuje się w przypadku RODO, gdzie przedmiotem ochrony są tylko informacje o zidentyfikowanej lub możliwej do zidentyfikowania żyjącej osobie fizycznej. W konsekwencji wszystkie dane w rozumieniu RODO mogą być informacjami udostępnianymi w ramach etapu przedkontraktowego, ale nie wszystkie informacje ujawniane przez poszukującego ochrony ubezpieczeniowej będą danymi w rozumieniu RODO.

Przykładem takiej rozbieżności mogą być, w pewnej konfiguracji, informacje o historii chorób w rodzinie. Są oderwane od istniejących chorób potencjalnego ubezpieczonego, o które ubezpieczyciel może zapytywać na etapie przedkontraktowym. W pewnej mierze spełniają rolę podobną do testów prognozujących, oferując dodatkowy czynnik pozwalający, w założeniu, na uzyskanie bardziej dokładnego obrazu ryzyka zapadnięcia na określone choroby przez poszukującego ochrony ubezpieczeniowej w przypadku ubezpieczenia na życie. Jednakże pytania dotyczące chorób w rodzinie mogą być oderwane od konkretnej osoby i związane raczej z rodzajem choroby i stopniem

pokrewieństwa (otwarty katalog krewnych) z potencjalnym ubezpieczonym. Dzięki temu wydają się wyjęte spod ochrony na podstawie RODO, ponieważ nie odnoszą się do konkretnej osoby, a czasem mogą dotyczyć osoby zmarłej, której dane osobowe, zgodnie z motywem 27 RODO, nie są objęte ochroną prawną określoną w tym akcie prawym³⁸.

W polskim porządku prawnym rodzinna historia chorób genetycznych nie jest przedmiotem odrębnej ochrony przed niedozwolonym przetwarzaniem³⁹. Niektóre kraje UE przyjęły odpowiednie regulacje prawne w tym zakresie⁴⁰. Jak wspomniano wyżej, w pewnych przypadkach nie można też zakwalifikować takich informacji jako danych genetycznych czy dotyczących zdrowia potencjalnego ubezpieczającego. Zdarza się bowiem, że pytania w dokumentach na etapie przedkontraktowym są konstruowane tak, by nie można było danych przypisać do konkretnej osoby. Takie zaś przypisanie informacji do konkretnej osoby stanowi przesłankę warunkującą powstanie ochrony prawnej danych osobowych na podstawie RODO⁴¹. W konsekwencji takie działanie umożliwia uzyskanie informacji użytecznych dla procedury aktuarialnej potencjalnego ubezpieczającego bez konieczności przeprowadzania testów genetycznych czy pozyskiwania wiedzy o ich wynikach na etapie przedkontraktowym.

Należy jednak zauważyć, że przetwarzanie tego typu informacji pozyskiwanych przy wykorzystaniu pseudonimizacji i posługiwanie się nimi wiąże się z wieloma zagrożeniami. Po pierwsze, są one niemożliwe do zweryfikowania przez ubezpieczyciela. Po drugie, poszukujący ochrony ubezpieczeniowej często nie ma pełnej wiedzy na temat chorób swoich krewnych, co podaje w wątpliwość prawdziwość przekazywanych danych. Jednakże tego typu informacje mogą w istocie działać tylko na niekorzyść poszukującego ochrony ubezpieczeniowej. Mogą być bowiem wykorzystywane jako uzasadnienie do podniesienia składki ubezpieczeniowej. Nie wydają się natomiast – ze względu nieweryfikowalność i zagrożenie posiadania przez potencjalnego ubezpieczonego niepełnej wiedzy o chorobach w rodzinie – wystarczające, by stanowić czynnik uzasadniający zaproponowanie bardziej atrakcyjnego cenowo produktu ubezpieczeniowego wskutek zmniejszenia czy wyłączenia ryzyka ubezpieczeniowego.

Zagadnienie wypełnienia obowiązku informacyjnego prowadzić może jeszcze do jednego problemu, a mianowicie niezamierzonego ujawnienia ubezpieczycielowi wyników badań ponad granice obowiązku informacyjnego. Takie informacje bowiem mogą zarówno zwiększać, jak i zmniejszać ryzyko ubezpieczeniowe.

Kwestia ta w przypadku ujawnienia danych ponad granice obowiązku informacyjnego spoczywającego na poszukującym ochrony ubezpieczeniowej została rozwiązana w brytyjskim kodeksie dobrych praktyk⁴². Przyjęto w nim założenie, by takie działanie polegające na przekazaniu

38. Polski prawodawca nie zdecydował się na odejście od tej zasady, choć zastrzeżono we wspomnianym motywie, że kraje członkowskie mogą przyjąć przepisy o przetwarzaniu danych osobowych osób zmarłych.

39. To jedno z wyzwań uzasadniających zasadność uchwalenia Ustawy o testach genetycznych i biobankowaniu.

40. Między innymi w Estonii za pomocą bezpośredniej ochrony czy na Cyprze przy użyciu szerokiej definicji danych genetycznych. Zob. L. Houry, A. Blackett, L. Vanhonnaeker, *Legal Aspects of Genetic Testing Regarding Insurance and Employment General Report*, [in:] *Genetic Testing and the Governance of Risk in the Contemporary Economy Comparative Reflections in the Insurance and Employment Law Contexts*, [ed.] L. Houry, A. Blackett, L. Vanhonnaeker, Springer 2020, s. 14.

41. Motyw 34 RODO.

42. *Code on Genetic Testing and Insurance. A voluntary code of practice agreed between HM Government and the Association of British Insurers on the role of genetic testing in insurance*, <https://www.abi.org.uk/globalassets/>

ubezpieczycielowi nadmiernej ilości informacji, ponad granice obowiązku informacyjnego, mogło działać wyłącznie na korzyść ubezpieczającego⁴³. W przypadku, gdy informacja byłaby dla niego niekorzystna, to jest ona pomijana przy kalkulacji ryzyka i wyliczeniu składki. Gdy natomiast jest korzystna, prowadzi do odpowiedniego obniżenia składki ubezpieczeniowej, skoro wiąże się ze spadkiem ryzyka ubezpieczeniowego. Jednakże ta reguła nie ma charakteru bezwzględne – jeśli niekorzystny wynik testu potencjalnego ubezpieczonego objęty jest zakresem obowiązku informacyjnego⁴⁴, wówczas nawet gdy został on ujawniony w sposób niezamierzony, może działać na niekorzyść potencjalnego ubezpieczonego. Zdaje się, że taki kierunek regulacji jest wysoce pożądany, szczególnie że trudno oczekiwać od klienta ubezpieczeniowego zdolności rozróżniania testów genetycznych na prognozujące i diagnozujące oraz świadomości ich doniosłości dla procedury aktuarialnej.

Podobne do brytyjskiego założenie przyjęto w art. 816 k.c., będącym rozwinięciem obowiązku notyfikacji ryzyka określonego w art. 815 § 2 k.c., gdzie wraz ze zmianą ryzyka strony mają roszczenie do żądania dostosowania, obniżenia albo podniesienia poziomu składki ubezpieczeniowej do okoliczności⁴⁵. Uzasadnieniem dla istnienia tego obowiązku jest zmiana w zakresie ekwiwalentności składki i ryzyka – stanowi ono przejaw dążenia do utrzymania równowagi kontraktowej stron⁴⁶. Istotną różnicą względem rozwiązań brytyjskich jest natomiast to, że polski przepis może działać na niekorzyść ubezpieczającego, a nie wyłącznie na jego korzyść. Jednakże przepis ten nie będzie miał zastosowania w omawianej sytuacji, bowiem nie ma on zastosowania do ubezpieczeń na życie⁴⁷. To wyłączenie ma chronić ubezpieczonego przed jednostronnym zakończeniem umowy ubezpieczenia przez ubezpieczyciela czy nieoczekiwanymi zmianami w wysokości składki ubezpieczeniowej.

Podsumowanie

Spadek kosztów badań genetycznych oraz liberalizacja reguł i zakresu ich wykorzystania, w razie braku reakcji prawodawcy będą prowadzić do postępującej i niekontrolowanej komercjalizacji ich wyników poprzez rosnącą liczbę pól ich wykorzystania. Przejawem tego zjawiska jest, na przykład, nieograniczona możliwość przetwarzania rezultatów prognozujących badań genetycznych w branży ubezpieczeniowej, choć posiadanie dostępu do tych wyników przez ubezpieczyciela nie jest w pełni uzasadnione koniecznością zapewnienia mu narzędzi do prowadzenia działalności aktuarialnej. Taki model 25 lat temu, w trakcie przyjmowania Europejskiej konwencji bioetycznej,

files/publications/public/genetics/code-on-genetic-testing-and-insurance-final.pdf [dostęp: 15.12.2021]. Główne zobowiązania ubezpieczycieli w ramach dobrych praktyk zostały zamknięte w 8 punktach na stronach 6–7 dokumentu.

43. *Ibidem*, s. 7, pkt 6.

44. Zgodnie z drugim zobowiązaniem zawartym w Code on Genetic Testing and Insurance, s. 6, pkt. 2.

45. J.M. Kondek, *Komentarz do art. 816 Kodeksu cywilnego*, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Zobowiązania. Tom III B*, [red.] K. Osajda, W. Borysiak, CH Beck, Warszawa 2021, nb. 5.

46. K. Malinowska, *Komentarz do art. 816 Kodeksu cywilnego*, [w:] *Kontrakty na rynku ubezpieczeń. Komentarz do przepisów i warunków ubezpieczenia*, [red.] D. Fuchs, Wolters Kluwer, Warszawa 2020, nb. 2.

47. K. Malinowska, *op. cit.*, nb. 4.

był zupełnie nieakceptowalny⁴⁸. Również obecnie w krajach europejskich Polska jest odosobniona w swoim braku reakcji na wyzwanie związane z wykorzystywaniem wyników testów genetycznych, szczególnie prognozujących, w branżach komercyjnych.

Obecnie w polskim porządku prawnym w przypadku dobrowolnej umowy ubezpieczenia na życie przed zawarciem umowy granice obowiązku informacyjnego i notyfikacji ryzyka ubezpieczającego i ubezpieczonego rysują się następująco. Jeśli poszukujący ochrony ubezpieczeniowej wykonał badania genetyczne, to musi ujawnić ich wyniki, o ile ubezpieczyciel zapyta o nie na etapie przedkontraktowym. Jeśli uzyska wyniki takich badań po zawarciu umowy, to nie musi ich ujawniać ubezpieczycielowi. Postanowienia umowne obligujące go do tego nie będą skutecznie wiązały, gdyż ustawodawca w art. 816 k.c. bezwzględnie wyłączył obowiązek notyfikacji ryzyka w przypadku ubezpieczenia na życie. Ponadto, ubezpieczycielowi nie przysługuje jakiegokolwiek skuteczne uprawnienie żądania przeprowadzenia badania genetycznego przez potencjalnie czy już ubezpieczonego, zarówno na etapie przedkontraktowym, jak i po jego zawarciu.

Należy również zwrócić uwagę na odmienność natury i zakresów informacji, do których odnoszą się przepisy k.c. oraz RODO. Kodeks cywilny w zakresie obowiązku informacyjnego oparty jest na kategorii udostępnianych informacji, podczas gdy RODO odnosi się do danych osobowych, które są objęte ochroną w sytuacji, gdy dają się zakwalifikować jako informacje związane z konkretną, żyjącą osobą. Zdarzyć się zatem może w sytuacji ujawniania historii chorób w rodzinie, że informacje udzielone na etapie przedkontraktowym przez poszukującego ochrony ubezpieczeniowej nie będą objęte ochroną przepisów RODO, a zatem nie będą objęte wymogiem wyrażenia zgody na ich przetwarzanie. Stanowi to jednak wyjątek we wzajemnym oddziaływaniu przepisów RODO oraz k.c.

Na koniec warto podnieść, iż pożądane wydaje się zajęcie stanowiska przez polskiego prawodawcę w przedmiocie granic dopuszczalności przetwarzania wyników badań genetycznych – zarówno tych diagnozujących, jak i prognozujących. Aktualny sposób ich wykorzystywania w działalności ubezpieczeniowej nie jest wynikiem aktywności ustawodawcy, ale skutkiem braku jego odpowiedzi na wyzwania współczesności⁴⁹. Odpowiedź na postanowienia Rekomendacji Rady UE zdaje się kluczowym krokiem w zmierzeniu z wyzwaniem rosnącej popularyzacji badań genetycznych, którego konsekwencją są coraz to nowe pola ich wykorzystania⁵⁰. Trudna do zaakceptowania jest sytuacja, w której tak kluczowe dane pozostają poza polem zainteresowania czy reakcji ustawodawcy. Szczególnie, że głosy o konieczności uchwalenia ustawy o testach genetycznych i gromadzeniu ich wyników są podnoszone już od prawie 20 lat.

Tekst powstał w ramach projektu badawczego Narodowego Centrum Nauki (NCN), nr grantu 2018/29/B/HS5/01281.

48. Zgodnie z art. 12 Konwencji o ochronie praw człowieka i godności istoty ludzkiej wobec zastosowań biologii i medycyny: badania prognozujące *sensu largo* mogły być wykonywane „[...] wyłącznie dla celów zdrowotnych albo dla badań naukowych związanych z celami zdrowotnymi, oraz podlegają odpowiedniemu poradnictwu genetycznemu.”

49. Zestawienie chronologiczne prac nad ustawą dotyczącą badań genetycznych przygotowała NIK (<https://www.nik.gov.pl/kontrola/P/17/102/LWA/#:~:text=Informacja%20o%20wynikach,27%2012%3A46> [dostęp: 15.12.2021]), gdzie zwraca również uwagę na zagrożenia związane z nieodpowiednim pozyskiwaniem i przetwarzaniem danych pochodzących z testów genetycznych (s. 34–36, 40).

50. Kompleksowe prawnoporównawcze opracowanie dotyczące problematyki przetwarzania i gromadzenia danych genetycznych zostało przygotowane w ramach publikacji *Editors GDPR and Biobanking Individual Rights, Public Interest and Research Regulation across Europe*, [ed.] S. Slokenberga, O. Tzortzatou, J. Reichel, Springer 2021.

Wykaz źródeł:

Literatura:

- Barta P., Kawecki M., Litwiński P., *Komentarz do art. 4 RODO*, [w:] *Ogólne rozporządzenie o ochronie danych osobowych. Ustawa o ochronie danych osobowych. Wybrane przepisy sektorowe*, Litwiński P. [red.], CH Beck, Warszawa 2021.
- Basedow J., *Towards a European Insurance Contract Law? The Commission Expert Group, its Antecedents and Consequences*, "Contratto e impresa / Europa" 2015(1), vol. 20.
- Dryla O., *Dopuszczalność przeprowadzania testów genetycznych w świetle artykułu 12 Europejskiej Konwencji Bioetycznej*, [w:] *Prawa człowieka a wyzwania bioetyczne związane z nowymi technologiami*, Białek A., Wróblewski M. [red.], Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich, Warszawa 2018.
- Fras M., *Komentarz do art. 815 kodeksu cywilnego*, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom V. Zobowiązania. Część szczególna [art. 765–921 (16)]*, Habdas M. [red.], Wolters Kluwer, Warszawa 2018.
- GDPR and Biobanking Individual Rights, Public Interest and Research Regulation across Europe*, Slokenberga S., Tzortzatos O., Reichel J. [ed.], Springer 2021.
- Harper P.S., *What do we mean by genetic testing?*, "Journal of Medical Genetics" 1997; vol. 34.
- Khoury L., Blackett A., Vanhonnaeker L., *Legal Aspects of Genetic Testing Regarding Insurance and Employment General Report*, [in:] *Genetic Testing and the Governance of Risk in the Contemporary Economy Comparative Reflections in the Insurance and Employment Law Contexts*, Khoury L., Blackett A., Vanhonnaeker L. [ed.], Springer 2020.
- Kondek J.M., *Komentarz do art. 816 Kodeksu cywilnego*, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Zobowiązania. Tom III B*, Osajda K., Borysiak W. [red.], CH Beck, Warszawa 2021.
- Machnikowski P., *Komentarz do art. 58 kodeksu cywilnego*, [w:] *Gniewek E., Machnikowski P. [red.], Kodeks cywilny. Komentarz*, CH Beck, Warszawa 2021.
- Malinowska K., *Komentarz do art. 816 Kodeksu cywilnego*, [w:] *Kontrakty na rynku ubezpieczeń. Komentarz do przepisów i warunków ubezpieczenia*, Fuchs D. [red.], Wolters Kluwer, Warszawa 2020.
- Merkin R., Gurses O., *Insurance Act 2015: Rebalancing the Interests of Insurer and Assured*, "Modern Law Review" 78, No. 6.
- Orlicki M., *Umowa ubezpieczenia*, [w:] *System prawa prywatnego. Tom VIII. Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Panowicz-Lipska J. [red.], CH Beck, Warszawa 2011.
- Principles of European Insurance Contract Law (PEICL)*, Basedow J. et al. [ed.], Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2016.
- Reps S., *Zawarcie umowy ubezpieczenia w świetle zmiany ustawy o działalności ubezpieczeniowej*, „Prawo Asekuracyjne” 1997, nr 1.
- Spickhoff A., Fenger H., *Medizinrecht*, CH Beck, München 2018.
- Szczańska M., *Komentarz do art. 37 Ustawy o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej*, [w:] *Ustawa o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej. Komentarz*, Wajda P. [red.], Wolters Kluwer, Warszawa 2017.
- Szczerbowski J., *Komentarz do art. 815 kodeksu cywilnego*, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, Załucki M. [red.], CH Beck, Warszawa 2020.

Tereszkiewicz P., *Obowiązek informacyjny ubezpieczającego i skutki jego naruszenia z perspektywy prawnoporównawczej: zmierzch uberrimae fidei w epoce ochrony konsumenta?*, [w:] *Rozprawy cywilistyczne: księga pamiątkowa dedykowana profesorowi Edwardowi Drozdowi*, Pecyna M., Pisuliński J., Podrecka M. [red.], LexisNexis, Warszawa 2013.

Wiącek M., *Komentarz do art. 87 Konstytucji*, [w:] *Konstytucja RP. Tom II. Komentarz do art. 87–243*, Safjan M., Bosek L. [red.], CH Beck, Warszawa 2016.

Zimmern R.L., *Genetic testing: a conceptual exploration*, "Journal of Medical Ethics" 1999, vol. 25.

Strony internetowe:

<https://www.globenewswire.com/news-release/2022/01/06/2362697/0/en/Genetic-Testing-Market-Size-to-Hit-USD-15–8-Billion-by-2030.html> [dostęp: 15.12.2021].

<https://www.uibk.ac.at/zivilrecht/forschung/evip/restatement/sprachfassungen/peicl-en.pdf>

https://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/texts_and_documents/ETS164Polish.pdf [dostęp: 15.12.2021].

https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpb_guidelines_202005_consent_en.pdf [dostęp: 15.12.2021].

<https://igcz.poznan.pl/wp-content/uploads/2016/08/Ustawa-o-testach-genetycznych.pdf> [dostęp: 15.12.2021].

<https://www.nik.gov.pl/kontrola/P/17/102/LWA/#:~:text=Informacja%20o%20wynikach,27%2012%3A46> [dostęp: 15.12.2021].

Duty to disclose the results of genetic testing in life insurance

The use of the results of genetic tests of potential or actual insured persons in the insurance activity raises the question about the limits of the obligation to disclose them to the insurer. The limits are, to a large extent, set by the insurer, who may ask for the results of tests conducted before the insurance agreement is concluded, but they are not covered by the obligation to notify the risk after the agreement is concluded. In addition, insurer is not allowed to request tests results provided by the potential and actual insured. The Polish legal order, however, does not distinguish between diagnostic and prognostic tests, which leads to unjustified, in comparison to foreign legal orders, access to personal data of the potential insured by insurers.

Moreover, since the entry into force of the GDPR, the tension between the provisions of the Polish Civil Code, the provisions on personal data protection or finally the public law provisions related to the insurance activity, seems to be even greater than before. The two parallel procedures leading to the conclusion of an insurance contract – private law and those related to consent to the processing of personal data – interact and raise many questions about the consequences of the differences and tensions between these two paths. This is particularly evident in the event of differences between the scope of consent to data processing and the information provided by the potential insured at the pre-contractual stage.

The following text attempts to respond to at least some of the challenges outlined above. It also constitutes an appeal to enact a law concerning genetic testing so that the progressive commercialization of personal data obtained from genetic testing remains under the control of the Polish legislator.

keywords: genetic test, duty to disclose, insurance contract, life insurance.

PATRYK WALCZAK – doktorant w Szkole Doktorskiej Nauk Społecznych Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie w dyscyplinie nauki prawne, sekretarz redakcji czasopisma „Forum Prawnicze”
ORCID: 0000-0002-6053-6689
e-mail: patryk.walczak@doctoral.uj.edu.pl

