

Warszawa, 28 listopada 2014 r.

IGTE/112/2014

Izba Gospodarcza Towarzystw Emerytalnych

ul. Marszałkowska 20/22 lok. 64

00-590 Warszawa

Szanowny Pan

Prof. Andrzej Rzepliński

Prezes

Trybunału Konstytucyjnego

Szanowny Panie Prezesie,

Izba Gospodarcza Towarzystw Emerytalnych pragnie przedłożyć Trybunałowi Konstytucyjnemu stanowisko w postępowaniu w sprawie zgodności niektórych przepisów ustawy z dnia 6 grudnia 2013 r. o zmianie niektórych ustaw w związku z określeniem zasad wypłaty emerytur ze środków zgromadzonych w otwartych funduszach emerytalnych¹ oraz ustawy z dnia 28 sierpnia 1997 r. o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych² z Konstytucją RP z dnia 2 kwietnia 1997 r.³ Postępowanie w tej sprawie zainicjował wniosek Prezydenta RP z dnia 30 stycznia 2014 r. (sygn. akt K 1/14), do którego został dołączony wniosek Rzecznika Praw Obywatelskich z dnia 29 sierpnia 2014 r. (sygn. akt K 16/14). Wnioski te są rozpatrywane pod wspólną sygnaturą K 1/14.

W myśl ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym⁴ Izba Gospodarcza Towarzystw Emerytalnych (dalej także Izba lub IGTE) nie zalicza się do grona uczestników postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym w sprawie

¹ Dz. U. poz. 1717.

² T.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 989 ze zm.

³ Dz. U. Nr 78 poz. 483 ze zm.

⁴ Dz. U. Nr 102, poz. 643 ze zm.

zainicjowanej przez podmiot wyposażony w ogólną legitymację wnioskową. Mimo to Izba zwraca się do Pana Prezesa z uprzejmą prośbą o włączenie poniższego stanowiska do akt postępowania w sprawie o sygn. akt K 1/14 i tym samym umożliwienie Trybunałowi Konstytucyjnemu zapoznania się ze stanowiskiem podmiotów, których zakwestionowane przepisy bezpośrednio dotyczą. Izba Gospodarcza Towarzystw Emerytalnych, działająca w oparciu o ustawę z dnia 30 maja 1989 r. o izbach gospodarczych⁵, reprezentuje interesy powszechnych towarzystw emerytalnych (dalej PTE), zarządzających otwartymi funduszami emerytalnymi (dalej OFE). Zaskarżone w obu wnioskach przepisy wpływają znacząco na zmianę zasad funkcjonowania OFE, a tym samym również PTE.

1.

1.1. We wniosku Prezydenta z 30 stycznia 2014 r. przedmiot zaskarżenia stanowią następujące przepisy:

- art. 141 ust. 2 ustawy z dnia 28 sierpnia 1997 r. o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych (dalej *offe*) w związku z art. 4 pkt 33, art. 23 ust. 1-6, ust. 9 i ust. 15-18 oraz art. 35 ustawy z dnia 6 grudnia 2013 r. o zmianie niektórych ustaw w związku z określeniem zasad wypłaty emerytur ze środków zgromadzonych w otwartych funduszach emerytalnych (dalej ustawa zmieniająca);
- art. 39a ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych⁶, art. 11 i art. 24 ustawy zmieniającej;
- art. 197 i art. 197a *offe* oraz art. 36 ustawy zmieniającej.

Z kolei Rzecznik Praw Obywatelskich uczynił przedmiotem zaskarżenia art. 11 ust. 1 i ust. 2 ustawy zmieniającej w zakresie odnoszącym się do ubezpieczonych urodzonych w latach 1949-1968, jak również art. 23 ustawy zmieniającej.

Wątpliwości podniesione przez Prezydenta RP są związane z wprowadzonym ustawą zmieniającą zakazem lokowania zgromadzonych przez OFE aktywów w skarbowe papiery wartościowe (art. 141 ust. 2 *offe*) oraz zakazem reklamy OFE (art. 197a

⁵ T.j. Dz. U. z 2009 r. Nr 84, poz. 710 ze zm.

⁶ T.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 1412 ze zm.

offe). Natomiast Rzecznik zakwestionował zasady podlegania ubezpieczeniu emerytalnemu w filarze kapitałowym (drugi filar) osób urodzonych w latach 1949-1968 (art. 11 ust. 1 i ust. 2 ustawy zmieniającej w zakresie, w jakim dotyczy ubezpieczonych urodzonych w latach 1949-1968) oraz odstąpienie przez prawodawcę od ubezpieczenia opartego na modelu kapitałowym co do aktywów, które 3 lutego 2014 r. zostały przeniesione z OFE do ZUS (art. 23 ustawy zmieniającej).

1.2. W prezentowanym stanowisku Izba pragnie odnieść się do kluczowych zarzutów wymienionych w pkt 1.1. Pominięto natomiast podniesione we wniosku Prezydenta zarzuty związane z naruszeniem przez ustawę zmieniającą wymogu dochowania odpowiedniej *vacatio legis* oraz nadaniem fakultatywnego charakteru upoważnieniu do wydania rozporządzenia określającego szczegółowy sposób i tryb przekazania do OFE aktywów, o których mowa w art. 23 ust. 2 ustawy zmieniającej. Zarzuty te mają jedynie uzupełniający charakter w stosunku do podniesionych przez Prezydenta zasadniczych wątpliwości odnoszących się do zakazu reklamy OFE oraz wyłączenia możliwości lokowania przez OFE zarządzanych aktywów w skarbowe papiery wartościowe.

W oddzielnym punkcie IGTE wskazała na wątpliwości dotyczące konieczności oraz przydatności wprowadzonych przez kwestionowane przepisy zmian w obrębie systemu emerytalnego w świetle konstytucyjnej zasady równowagi finansów publicznych.

2. Zakaz reklamy

2.1. We wniosku z 30 stycznia 2014 r. Prezydent zakwestionował, m.in. dopuszczalność wprowadzenia przez ustawodawcę zakazu reklamy zawierającej informację o otwartym funduszu emerytalnym lub informację sugerującą, że reklama odnosi się do OFE (art. 197a *offe*, dodany przez ustawę zmieniającą). Zakaz ten obowiązuje w okresie, w którym osoby ubezpieczone mogą podjąć decyzję w sprawie przekazywania do OFE składki emerytalnej w wymiarze 2,92% podstawy wymiaru składki bądź zdecydować o przekazywaniu całości składki do ZUS. W ocenie Prezydenta RP powyższy zakaz skutkuje naruszeniem interesów osób ubezpieczonych, jako

członków bądź potencjalnych członków OFE, jak również naruszeniem prawnie chronionych interesów powszechnych towarzystw emerytalnych.

W ocenie Prezydenta, zakaz reklamy ustanowiony w art. 197a *offe* prowadzi w stosunku do osób ubezpieczonych do naruszenia prawa do pozyskiwania informacji (art. 54 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji). Natomiast w odniesieniu do powszechnych towarzystw emerytalnych skarżone przepisy skutkują ograniczeniem wolności gospodarczej oraz ingerencją w prawo do rozpowszechniania informacji. Zakaz reklamy nie jest uzasadniony w świetle przesłanek wymienionych w art. 31 ust. 3 Konstytucji. Za ustanowieniem tego zakazu nie może także przemawiać hipotetyczne zagrożenie, że reklama finansowana przez PTE będzie nierzetelna oraz będzie zmierzać w kierunku przedstawienia ZUS w negatywnym świetle. Dopuszczenie reklam PTE dotyczących OFE nie skutkuje również powstaniem zagrożenia dla bezpieczeństwa systemu emerytalnego i przyszłych emerytów. Ponadto, zdaniem Prezydenta RP, zakaz reklamy stanowi ingerencję w swobodę działalności gospodarczej przysługującej PTE. Jednocześnie, powyższy zakaz został wprowadzony w okresie zmian dotyczących zasad ubezpieczenia w OFE, kiedy to otwarte fundusze emerytalne miały szczególny interes w podejmowaniu działań zmierzających do wykazania korzyści z dalszej przynależności ubezpieczonych do OFE, natomiast ZUS nie był ograniczony w prowadzeniu kampanii informacyjnej.

2.2. Artykuł 20 Konstytucji RP statuuje, jako jedną z zasad ustrojowych, wolność działalności gospodarczej. Ujęcie prowadzenia działalności gospodarczej w kategoriach wolności nie wyklucza bynajmniej wprowadzania przez prawodawcę ograniczeń w tej sferze. Wskazuje na to *expressis verbis* art. 22 Konstytucji, zgodnie, z którym powyższe ograniczenia mogą nastąpić na podstawie przepisów ustawowych i tylko ze względu na ważny interes publiczny.

Reklama stanowi podstawowy sposób, w jaki przedsiębiorcy (podmioty prowadzące działalność gospodarczą) informują potencjalnych klientów o oferowanych do sprzedaży produktach bądź usługach oraz zachęcają do ich nabycia. Regulacja prawna zasad prowadzenia działalności reklamowej przez przedsiębiorców stanowi – w szerszym wymiarze – przejaw reglamentacji przez prawodawcę zasad prowadzenia działalności gospodarczej. W konsekwencji, regulacja prawna zagadnień dotyczących reklamy podlega tym samym zasadom konstytucyjnym, które odnoszą się ogólnie do kwestii

prowadzenia działalności gospodarczej. W płaszczyźnie art. 20 i art. 22 Konstytucji oznacza to, że podmiotom gospodarczym przysługuje swoboda w zakresie posługiwania się reklamą jako instrumentem wykorzystywanym w prowadzeniu działalności gospodarczej. Prawne ograniczenia reklamy są dopuszczalne, pod warunkiem spełnienia przesłanek wymienionych w art. 22 Konstytucji.

Przechodząc do zarzutu sformułowanego we wniosku Prezydenta RP trzeba stwierdzić, że zakaz reklamy OFE stanowi przejaw ograniczenia wolności działalności gospodarczej, który musi podlegać konfrontacji z punktu widzenia spełnienia wymogów określonych w art. 22 Konstytucji. Nie budzi przy tym wątpliwości spełnienie przez zakaz reklamy OFE wymogu formalnego – zakaz ten został ustanowiony w art. 197a *offe*, a więc przepisem o randze ustawowej. O konstytucyjności zakazu reklamy OFE przesądza zatem okoliczność, czy jest on legitymowany wystąpieniem ważnego interesu publicznego w rozumieniu art. 22 Konstytucji.

Ustrojodawca nie zdefiniował pojęcia „ważny interes publiczny”, użytego w art. 22 Konstytucji. W orzecznictwie sądu konstytucyjnego przesłanka ważnego interesu publicznego jest ujmowana jako klauzula generalna o niesprecyzowanej treści. Oceny spełnienia tej przesłanki dokonuje ustawodawca *a casu ad casum* na tle konkretnych ograniczeń w sferze działalności gospodarczej. Każdorazowo uznanie wystąpienia ważnego interesu publicznego powinno znajdować oparcie w zasadach lub wartościach wyrażonych w Konstytucji, które w danym przypadku mają pierwszeństwo w stosunku do zasady wolności gospodarczej⁷.

Autorzy projektu ustawy zmieniającej przyjęli wystąpienie dwojakiego rodzaju ważnego interesu publicznego w rozumieniu art. 22 Konstytucji, który uzasadniać miał zakaz reklamy OFE. Pierwszym z nich było spowodowanie, aby jak największa liczba ubezpieczonych przekazywała od 1 lipca 2014 r. składkę na ubezpieczenie społeczne wyłącznie do ZUS. Drugim deklarowanym celem było zapewnienie ubezpieczonym dostępu do rzetelnej informacji poprzez uniezależnienie ich od wpływu nieuczciwej

⁷ W wydanym w pełnym składzie wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 13 października 2010 r. (sygn. akt Kp 1/09) wskazano, że „Nie jest możliwe, zdaniem Trybunału, abstrakcyjne określenie «ważnego interesu publicznego» oraz sporządzenie zamkniętego katalogu «ważnych interesów publicznych». [...] Trybunał zaznacza, że inne przesłanki materialnoprawne, mogące stanowić «ważny interes publiczny» w rozumieniu art. 22 Konstytucji, niewymienione w art. 31 ust. 3 Konstytucji – również powinny posiadać legitymację konstytucyjną. Trybunał zwraca jednak uwagę, że nie jest to wówczas legitymacja konstytucyjna bezpośrednia. Przesłanki takie nie są bowiem określone w przepisach Konstytucji. Są określone przez ustawodawcę”.

reklamy, emitowanej przez OFE. Argumentacja przytoczona przez Ministra Finansów w piśmie z 27 marca 2014 r. nie pozostawia w tym względzie złudzeń, że faktycznym celem zakazu reklamy OFE było zasadnicze ograniczenie promowania się przez OFE w okresie tzw. okienka transferowego, co miało zapewnić możliwie wysoką skuteczność mechanizmu milczącej zgody na odprowadzanie od 1 lipca 2014 r. całości składki do ZUS.

Zarazem nie można pomijać, że prawodawca przyznał ubezpieczonym uprawnienie do dokonania samodzielnego wyboru w sprawie przeznaczenia części składki od 1 lipca 2014 r. (przekazywanie 2,92 % wymiaru podstawy składki do filaru kapitałowego w OFE albo przekazywanie całości składki do ZUS w ramach mechanizmu repartycyjnego). Jednocześnie, wprowadzone w ustawie zmieniającej rozwiązania prawne – mechanizm domyślnej zgody ubezpieczonych na zaprzestanie dalszego odprowadzania składki do OFE oraz zakaz reklamy – jednoznacznie ukierunkowane były na podjęcie przez możliwie dużą liczbą ubezpieczonych decyzji preferowanej przez prawodawcę, a więc o zaprzestaniu odprowadzania składek do OFE od 1 lipca 2014 r.

W opisanej sytuacji dochodzi do konfliktu dwóch wartości – konieczności zapewnienia równowagi finansów publicznych poprzez ograniczenie wysokości długu publicznego oraz realizacji przez ubezpieczonych prawa do dokonania samodzielnego wyboru w kwestii przekazywania składki od 1 lipca 2014 r. W sytuacji, gdy ustawodawca przyznał ubezpieczonym uprawnienie do swobodnego podjęcia decyzji w tym względzie niedopuszczalne jest, w ocenie IGTE, wprowadzanie mechanizmów zorientowanych na dokonanie przez ubezpieczonych wyboru preferowanego przez ustawodawcę oraz ograniczenia możliwości uzyskiwania przez ubezpieczonych informacji o działalności OFE. Sytuacja ta jest typowym przejawem działania przez prawodawcę wbrew uzasadnionym interesom adresatów prawa i traktowania ich w sposób przedmiotowy. Z jednej strony prawodawca przyznaje adresatom norm prawnych określone uprawnienie (*in concreto*: możliwość kontynuacji odprowadzania składki do OFE), ale zarazem wprowadza mechanizmy służące wyrażnie podjęciu określonej decyzji przez ubezpieczonych. Stan ten pozostaje w sprzeczności z wymogami wynikającymi z zasady zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa (art. 2 Konstytucji). W powyższej sytuacji cel, jakim jest zwiększenie wpływów do ZUS, nie uzasadnia - w ocenie IGTE - w wystarczającym stopniu wprowadzenia regulacji przeciwdziałających świadomemu podjęciu decyzji przez ubezpieczonych. Dlatego też nie można uznać, że

wartość konstytucyjna w postaci równowagi finansów publicznych ma w tym przypadku pierwszeństwo przed wymogiem umożliwienia osobom ubezpieczonym dokonania samodzielnego wyboru w kwestii przeznaczenia części składki emerytalnej.

Z punktu widzenia osób ubezpieczonych możliwość pozyskiwania informacji o funkcjonowaniu systemu emerytalnego, w tym także informacji pochodzących od OFE, odgrywa bardzo istotne znaczenie. Ma to szczególne znaczenie wobec faktu, że prawodawca przyznał obywatelom uprawnienie do podjęcia decyzji o dalekosiężnych skutkach na przyszłość. Z tego względu, po stronie prawodawcy istniał szczególnie silny nakaz powstrzymania się od wprowadzania ograniczeń w pozyskiwaniu informacji przez obywateli. Stąd też podniesione we wniosku Prezydenta RP zarzuty wskazujące na niedopuszczalną ingerencję w sferze prawa do informacji osób ubezpieczonych (art. 54 ust. 1 Konstytucji) znajdują uzasadnienie.

Reklama stanowi bowiem instrument, za pomocą którego PTE w najbardziej dostępny (powszechny) sposób mogą przekazywać osobom ubezpieczonym informacje o działalności OFE. Informacje dotyczące OFE, w tym również przekazywane w formie reklamy, sprzyjają świadomemu podjęciu przez ubezpieczonych decyzji w sprawie sposobu odprowadzania składki w drugim filarze. Trzeba przy tym zaznaczyć, że ZUS nie został pozbawiony możliwości przekazywania informacji o swojej działalności, w tym także takiej, która nosi znamiona reklamy. W tym stanie zakaz reklamy OFE, wprowadzony – zgodnie z wyraźną intencją ustawodawcy – wyłącznie w celu poprawy kondycji finansowej FUS, nie znajduje uzasadnienia.

2.4. Wprowadzenie przez ustawodawcę rozwiązań zorientowanych na ograniczenie liczby ubezpieczonych, którzy zdecydują się na kontynuację przekazywania części składek do OFE od 1 lipca 2014 r., wynikało z prognozowanej liczby osób zamierzających podjąć taką decyzję. W uzasadnieniu do projektu ustawy zmieniającej założono, że odsetek ubezpieczonych zamierzających kontynuować przekazywanie składek do OFE wyniesie ok. 50%. Dane te przyjęto na podstawie badań opinii publicznej⁸. Odwołując się do doświadczeń z wprowadzenia reformy emerytalnej

⁸ Na marginesie trzeba podnieść wątpliwość, czy wartość 50% była rzeczywiście przyjmowana przez autorów reformy, czy też została przytoczona – jako wynikająca z badań opinii publicznej – jako wygodny argument przemawiający za wprowadzeniem zakazu reklamy. W chwili startu okienka transferowego w kwietniu 2014 r. w oficjalnym stanowisku Ministerstwo Finansów szacowało, że odsetek osób

zakładano równocześnie, że w razie dopuszczenia reklamy OFE wartość ta wzrosłaby o 30 punktów procentowych. Spowodowałyby to wzrost wydatków budżetu państwa związanych z pokryciem utraconych wpływów FUS o kwotę 1,6 mld zł rocznie, przy czym efekt ten miałby trwały charakter.

W świetle założeń przyjętych w projekcie ustawy zmieniającej można zatem uznać, że poziom 50% ubezpieczonych podejmujących decyzję o dalszym przekazywaniu składek do OFE stanowił limit, na który godził się ustawodawca. W konsekwencji można także przyjąć, że poziom ten umożliwiał realizację założonego przez prawodawcę celu publicznego, jakim jest zapewnienie równowagi finansów publicznych. Wprowadzenie mechanizmów w postaci zakazu reklamy OFE oraz przypisania ubezpieczonym domyślnego zamiaru przejścia do ZUS miały przeciwdziałać przekroczeniu tego pułapu. W związku z tym należy wyrazić wątpliwość, czy w razie przyjęcia przez prawodawcę znacząco zawyżonych prognoz co do odsetka ubezpieczonych, którzy zdecydują się na kontynuację ubezpieczenia w OFE, nadal zasadne jest twierdzenie, że dla realizacji określonego celu (zachowanie równowagi finansów publicznych) konieczne jest wprowadzenie regulacji skutkujących ingerencją w prawa jednostki (zakaz reklamy). Odsetek osób, które podjęły decyzję o kontynuacji ubezpieczenia w OFE, wyniósł ostatecznie niespełna 15% ubezpieczonych⁹. Sumując tę wartość z odsetkiem osób mogących potencjalnie podjąć decyzję o kontynuacji przekazywania składek do OFE pod wpływem reklamy (zgodnie z szacunkami prawodawcy odsetek ten wynosił 30% ubezpieczonych), łączna liczba ubezpieczonych i tak nie przekroczyłaby progu 50%. W rezultacie trzeba stwierdzić, że także w razie dopuszczenia reklamy OFE wymóg zachowania równowagi finansów publicznych byłby realizowany w stopniu zakładanym pierwotnie przez ustawodawcę. W tym stanie, uwzględniając rzeczywiste skutki wejścia w życie ustawy zmieniającej, nie można twierdzić, że konieczność zachowania równowagi finansów publicznych stanowiła adekwatne uzasadnienie dla wprowadzenia całkowitego zakazu reklamy OFE.

zamierzających podjąć decyzję o dalszym przekazywaniu składek do OFE będzie wynosił zaledwie ok. 20%, a więc znaczenie poniżej wielkości zakładanej przez autorów projektu ustawy zmieniającej jeszcze kilka miesięcy wcześniej (por. wypowiedź wiceminister finansów Izabeli Leszczyńskiej z 22 kwietnia 2014 r., dostępna na stronie internetowej Polskiej Agencji Prasowej, www.PAP.pl).

⁹ Do 31 lipca 2014 r. oświadczenie o zamiarze dalszego przekazywania składek do OFE złożyło ostatecznie ponad 2,5 mln dotychczasowych członków OFE, na ogólną liczbę ok 16 mln osób posiadających konta w OFE (por. informacja zamieszczona na stronie internetowej <http://www.pap.pl> w dniu 18 sierpnia 2014 r.).

2.5. Zdaniem autorów projektu ustawy zmieniającej zakaz reklamy OFE miał służyć stworzeniu sytuacji, w której osoby ubezpieczone podejmowałyby decyzję „w oparciu o wyłącznie obiektywne i racjonalne przesłanki”, ponadto zakaz ten ma wykluczać zjawisko reklamy negatywnej, deprecjonującej ubezpieczenie w systemie repartycyjnym oraz podważającej zaufanie do ZUS, jak również reklamę nierzetelną, wywołującą niedające się naprawić szkody¹⁰. Argument ten został powtórzony w stanowisku Ministra Finansów z 27 marca 2014 r.¹¹, wedle którego zakaz reklamy ma przeciwdziałać posługiwaniu się przez OFE materiałami reklamowymi wprowadzającymi osoby ubezpieczone w błąd¹².

Izba Gospodarcza Towarzystw Emerytalnych zwraca uwagę na istnienie innych instrumentów prawnych, które pozwalają na realizację powyższych celów, ale jednocześnie odznaczają się znacznie mniejszym stopniem ingerencji w swobodę prowadzenia działalności gospodarczej przez PTE i prawo PTE do informowania o działalności OFE. Zapobieganiu zjawisku wprowadzania osób ubezpieczonych w błąd służy przede wszystkim zakaz reklamy nierzetelnej, wyrażony w art. 197 *offe*. I tak, opisana przez autorów projektu sytuacja, w której osoby ubezpieczone będą podejmować decyzję dotyczącą zmiany zasad ubezpieczenia w oparciu o przesłanki nieobiektywne i nieracjonalne wystąpi tylko w sytuacji posługiwania się przez OFE reklamą nierzetelną, przekazującą nieprawdziwe informacje. W przypadku reklamy pozostającej w zgodzie z art. 197 *offe* powyższe zagrożenie nie występuje. Z drugiej strony, przywołana przez autorów projektu reklama negatywna jest sama w sobie dopuszczalna (legalna), o ile przekazywane w niej informacje są zgodne z prawdą. Skoro, jak przyjęli autorzy projektu, zakaz reklamy nierzetelnej mógłby być w tym przypadku niewystarczający to trudno jednocześnie uznać, że dostatecznym zabezpieczeniem będzie całkowity zakaz

¹⁰ Uzasadnienie do projektu ustawy zmieniającej, druk sejmowy nr 1946/VII. kad., s. 27.

¹¹ Sygn. FN-6/063/47-2/NJA/2014/RD-29542. W piśmie tym Minister Finansów przedstawił – w imieniu Rady Ministrów – obszerne wyjaśnienia dotyczące zgodności zakwestionowanych przez Prezydenta RP przepisów z Konstytucją.

¹² Uzasadniając wprowadzenie zakazu reklamy w stanowisku Ministra Finansów odwołano się do doświadczeń z okresu wprowadzania reformy emerytalnej z 1999 r. Stwierdzono w tym kontekście, że: „oczekiwania wielu ubezpieczonych kształtowane pod wpływem reklam rozminęły się z rzeczywistością. Wpłynęło to negatywnie na całościowy obraz powszechnego systemu emerytalnego i podważyło zaufanie obywateli do państwa jako gwaranta systemu”. W konsekwencji wskazano, że: „intensywna kampania reklamowa, analogiczna do kampanii przeprowadzonej w 1999 r., spowodowałaby znaczny wzrost liczby osób, które zdecydowałyby się na dalsze przekazywanie części składki emerytalnej do otwartych funduszy emerytalnych, nawet do ok. 80% ubezpieczonych”.

reklamy OFE w sytuacji, gdy złamanie obydwu zakazów zostało obwarowane taką samą sankcją (grzywna do 3.000.000 zł). Projektodawca wskazał również, że zakaz reklamy ma przeciwdziałać deprecjonowaniu instytucji ubezpieczenia emerytalnego w ramach systemu repartycyjnego (w ZUS). Z punktu widzenia PTE oczywistą i zarazem naturalną strategią reklamową jest jednak wskazywanie korzyści wynikających z ubezpieczenia w ramach OFE w porównaniu z ubezpieczeniem jedynie w ZUS. W świetle przyjętych przez autorów projektu ustawy zmieniającej założeń publikowanie takich informacji, choćby nie zawierało elementów reklamy negatywnej, zawsze może zostać odebrane jako deprecjonujące ZUS oraz system emerytalny oparty o mechanizm repartycyjny.

Ponadto, zdaniem IGTE, zagrożenia wskazane przez autorów projektu ustawy mają charakter hipotetyczny, zakładają bowiem, iż OFE będą posługiwać się reklamą nierzetelną. Tego rodzaju założenie jest nie tylko nieuprawnione, ale wręcz przypisuje OFE zamiar podejmowania działań niezgodnych z art. 197 *offe*. IGTE wyraża stanowisko, że nawet w razie wystąpienia ryzyka tego typu przeciwdziałanie im nie powinno być realizowane przez wprowadzenie całkowitego zakazu reklamy OFE. Wobec identycznego zakresu sankcji wystarczający w tej mierze pozostaje zakaz reklamy nierzetelnej. Regulacja zakazująca reklamy jako takiej pozostaje tym samym w sprzeczności z wymogiem konieczności oraz proporcjonalności *sensu stricto* wprowadzonych przez prawodawcę ograniczeń (art. 31 ust. 3 Konstytucji).

Trzeba zwrócić uwagę, że w art. 197a *offe* przewidziano bardzo wysoką karę administracyjną za naruszenie zakazu reklamy (3.000.000 zł). Kara ta jest nakładana automatycznie, nie może być miarkowana¹³ i podlega rygorowi natychmiastowej wykonalności. Wobec stopnia dolegliwości tej kary nie można uznać, że jest ona proporcjonalna (adekwatna) zarówno w stosunku do charakteru popełnionego przewinienia, jak i stopnia jego społecznej szkodliwości. Należy zauważyć, że naruszenie zakazu reklamy w innych obszarach jest zagrożone karami o znacznie niższym stopniu dolegliwości (np. naruszenie zakazu reklamy i promocji wyrobów tytoniowych jest zagrożone karą grzywny do 200.000 zł lub karą ograniczenia wolności¹⁴, naruszenie zakazu reklamy napojów alkoholowych jest zagrożone karą grzywny od 10.000 zł do

¹³ W konsekwencji, karze w wysokości 3.000.000 zł podlega zarówno jednorazowa reklama prasowa, jak i cała kampania reklamowa prowadzona równocześnie w wielu mediach, w tym w telewizji.

¹⁴ Art. 12 pkt 4 ustawy z dnia 9 listopada 1995 r. o ochronie zdrowia przed następstwami używania tytoniu i wyrobów tytoniowych, Dz. U. z 1996 r. Nr 10, poz. 55, ze zm.

500.000 zł¹⁵, naruszenie zakazu publikowania sondaży w okresie ciszy wyborczej podlega karze grzywny w wysokości od 500.000 zł do 1.000.000 zł¹⁶), a ponadto podlegają one egzekwowaniu w reżimie odpowiedzialności karnej, a nie odpowiedzialności administracyjnej. W tym stanie wymiar kary przewidzianej w art. 197a ust. 2 *offe* należy uznać za nieproporcjonalny, co prowadzi do naruszenia art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Wypada także zauważyć, że w okresie tzw. okienka transferowego (okres, w którym ubezpieczeni mogą podejmować decyzję co do sposobu alokacji części składki w ramach drugiego filaru) otwarte fundusze emerytalne mają szczególny interes w podejmowaniu działalności reklamowej. W przypadku okienka transferowego obejmującego okres od 1 kwietnia 2014 r. do 31 lipca 2014 r. obowiązywał mechanizm domniemania milczącej zgody ubezpieczonego na zaprzestanie przekazywania od 1 lipca 2014 r. składki do OFE. Od osób zamierzających kontynuować ubezpieczenie w OFE wymagane było złożenie szczególnego oświadczenia. Przyjęcie przez ubezpieczonych biernej postawy skutkowało tym, że od 1 lipca 2014 r. całość ich składki jest przekazywana do ZUS. W okresie okienka transferowego mogło także dochodzić do zmiany członkostwa w OFE. Oznacza to, że w omawianym okresie OFE miały szczególny interes w dotarciu do ubezpieczonych (potencjalnych ubezpieczonych) z informacją o swojej działalności, w tym przybierającą formę reklamy. Analogiczna sytuacja wystąpi także w przypadku następnych okienek transferowych, a więc w roku 2016, 2020 i następnych.

Rozpatrując dopuszczalność zakazu reklamy OFE nie można również pomijać, że zakaz reklamy został wprowadzony wyłącznie w odniesieniu do OFE. Tymczasem nie obowiązuje on w stosunku do ZUS, co oznacza, że zarówno ZUS, jak i w jego imieniu organy państwa mogą prowadzić kampanię informacyjną, także w postaci reklam w okresie, w którym osoby ubezpieczone będą podejmować decyzje o sposobie przekazywania składki emerytalnej w ramach drugiego filaru.

2.6. W ocenie Izby Gospodarczej Towarzystw Emerytalnych podniesiony we wniosku Prezydenta RP z 30 stycznia 2014 r. zarzut niedookreśloności przepisów ma

¹⁵ Art. 45² ustawy z dnia 26 października 1982 r. o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi, tj. Dz. U. z 2012 r. poz. 1356 ze zm..

¹⁶ Art. 500 ustawy z dnia 5 stycznia 2011 r. – Kodeks wyborczy, Dz. U. Nr 21, poz. 112 ze zm.

charakter uzupełniający (wtórny) w stosunku do zarzutu zasadniczego związanego z ustanowieniem zakazu reklamy OFE. Jak już wskazywano, intencją ustawodawcy było wyłączenie w możliwie szerokim zakresie możliwości publikowania na zlecenie PTE informacji o OFE, w szczególności przybierających formę reklamy. Jedynym wyjątkiem w tym zakresie jest publikowanie na stronie internetowej OFE enumeratywnie wyliczonych w *offe* informacji. W tym stanie reklamą jest wszelki przekaz skierowany na zewnątrz, którego celem jest – choćby w pośredni sposób – przekazanie informacji o OFE i (albo) zachęcanie do wyboru przez ubezpieczonych określonego funduszu. W sytuacji, gdy ustawodawca *de facto* posłużył się w tym względzie definicją negatywną (reklamą jest każdy przekaz pochodzący od PTE, za wyjątkiem przekazu o którym mowa w *offe*) zasadniczym problemem jest nie tyle samo zdefiniowanie pojęcia reklamy, ale rozstrzygnięcie, czy zakaz reklamy OFE jest w ogóle dopuszczalny.

Zarzut niedookreśloności może jednak nabierać samodzielnego znaczenia, jeżeli uwzględnić określone ustawą konsekwencje niedostosowania się do zakazu reklamy. Zgodnie z art. 197a ust. 4 *offe* podmiot, który naruszy ustanowiony tam zakaz podlega bardzo surowej karze grzywny w wysokości 3.000.000 zł, egzekwowanej w trybie administracyjnym. W wielu przypadkach może powstać wątpliwość, czy informacja przekazywana osobom ubezpieczonym przez OFE mieści się w pojęciu reklamy zawartym w art. 197a *offe*. Przykładowo powyższy przepis nie udziela jednoznacznej odpowiedzi na pytanie, czy list kierowany do członków PTE, w którym mówi się o możliwości kontynuacji ubezpieczenia w OFE jest już formą reklamy. Podobnie, czy w zakresie dopuszczalnej informacji mieści się przekazanie informacji zawierającej zestawienie danych obrazujących stopę zwrotu osiąganą w OFE i ZUS. Innym przykładem jest możliwość publikacji przez OFE prognoz co do deficytu FUS w przyszłych latach – co obiektywnie spełnia przesłankę deprecjonowania ubezpieczenia w ZUS – w sytuacji, gdy dane te zostały już wcześniej opublikowane przez organy władzy publicznej. Sytuacje takie można mnożyć. Uwzględniając z jednej strony niezmiernie szeroką i – jak wskazano wyżej – niedookreśloną definicję reklamy, z drugiej zaś wysokość sankcji, administracyjnoprawny tryb postępowania oparty o koncepcję winy obiektywnej, brak widełek oraz automatyzm kary, zarzuty Prezydenta RP dotyczące niedookreśloności pojęcia reklamy i wynikające stąd trudności przy kwalifikacji czynu zabronionego w ujęciu art. 197a ust. 1 *offe* znajdują uzasadnienie.

W świetle powyższego Izba Gospodarcza Towarzystw Emerytalnych wyraża stanowisko, że sformułowany przez Prezydenta RP we wniosku z 30 stycznia 2014 r. zarzut niezgodności art. 197a *offe* ze wskazanymi tam wzorcami konstytucyjnymi zasługuje na uwzględnienie.

3. Przeniesienie do ZUS środków zgromadzonych w OFE w latach 1999-2014

3.1. Zarzut niekonstytucyjności art. 23 ustawy zmieniającej Rzecznik powiązał z nałożeniem na OFE obowiązku przeniesienia – w dniu 3 lutego 2014 r. – 51,5% zgromadzonych aktywów do ZUS. Rzecznik nie zakwestionował przy tym dopuszczalności nałożenia na OFE takiego obowiązku, wskazał natomiast, że prowadzi to do zmiany modelu ubezpieczenia w drugim filarze z systemu kapitałowego na system repartycyjny. Oznacza to zmianę istotnych warunków ubezpieczenia emerytalnego. Jednocześnie, przekształcenie modelu ubezpieczenia emerytalnego ma charakter retrospektywny, odnosi się bowiem do ekspektatywy prawa do świadczeń emerytalnych ukształtowanej jeszcze przed dniem wejścia w życie ustawy zmieniającej. Rzecznik nie zanegował samej możliwości zmiany modelu ubezpieczenia emerytalnego z mocą wsteczną, ale jego zdaniem wymagałoby to zgody osób ubezpieczonych. Odgórne narzucenie osobom ubezpieczonym tego rodzaju zmian stanowi przejaw traktowania ich w sposób przedmiotowy, a zarazem uzasadnia tezę, że rzeczywistym celem ustawy zmieniającej było dążenie do poprawy bieżącej sytuacji budżetowej, nie zaś ochrona interesów ubezpieczonych. W związku z powyższym, w ocenie Rzecznika, kwestionowana regulacja narusza z mocą wsteczną wymóg stałości podstawowych zasad ubezpieczenia emerytalnego, a tym samym zasadę zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa (art. 2 Konstytucji).

3.2. Twórcy reformy emerytalnej z 1999 r. przyjęli, że system oparty wyłącznie o mechanizm repartycyjny nie gwarantuje zapewnienia przyszłym emerytom świadczeń o satysfakcjonującej wysokości, a więc takich, w których współczynnik zastąpienia jest możliwie wysoki. Założenie powyższe wynikało z kumulacji trzech czynników: 1) trwałej nierównowagi finansów publicznych, 2) stale wzrastających kosztów utrzymania systemu emerytalnego opartego jedynie o mechanizm repartycyjny, 3) niekorzystnych tendencji demograficznych, wyrażających się w zmianie proporcji pomiędzy liczbą osób

odprowadzających składki do ZUS a liczbą świadczeniobiorców. Obawy co do możliwości udźwignięcia przez państwo obowiązku finansowania w przyszłości świadczeń emerytalnych skłoniły do wprowadzenia w 1999 r. filaru kapitałowego, w ramach którego gromadzone będą środki stanowiące podstawę wypłaty emerytur kapitałowych.

Artykuł 23 ust. 1 ustawy zmieniającej wprowadził bardzo istotną zmianę w zasadach lokowania składki w drugim filarze, w części obejmującej 51,5% aktywów zgromadzonych w latach 1999-2014. Przeniesienie z dniem 3 lutego 2014 r. 51,5% aktywów OFE do ZUS oznacza, że środki te zostały wyprowadzone z systemu kapitałowego i zużytkowane na zaspokojenie bieżących potrzeb finansowych Państwa. Wypłata w przyszłości świadczeń emerytalnych w części odpowiadającej środkom przejętym przez ZUS w dniu 3 lutego 2014 r. nie będzie finansowana ze środków pieniężnych zgromadzonych indywidualnie na rzecz ubezpieczonych, ale będzie realizowana w oparciu o system repartycyjny, a więc z bieżących wpływów do ZUS, uzupełnionych dotacją z budżetu. Oznacza to świadome odejście przez Państwo, w części obejmującej aktywa przejęte w dniu 3 lutego 2014 r. przez ZUS, od ubezpieczenia opartego o system kapitałowy. Przy czym zmiany te zostały wprowadzone z mocą wsteczną.

Na tym tle wyłania się wątpliwość, czy opisane zmiany normatywne, ingerujące w sytuację prawną osób ubezpieczonych, są zgodne z postanowieniami Konstytucji. Przede wszystkim trzeba mieć na względzie, że wprowadzenie w 1999 r. reformy emerytalnej wiązało się z podjęciem przez władze publiczne, w stosunku do osób ubezpieczonych, określonych zobowiązań, wynikających z istoty filaru kapitałowego. Zobowiązania te można ująć w postaci trzech zasadniczych założeń. Po pierwsze, środki zgromadzone w filarze kapitałowym na kontach poszczególnych ubezpieczonych miały stanowić zabezpieczenie wypłaty przyszłych świadczeń emerytalnych dla tych osób. Po drugie, środki te nie zostaną spożytkowane na jakiegokolwiek inne cele publiczne, w tym także na finansowanie bieżących zobowiązań FUS. Po trzecie, wysokość emerytury kapitałowej będzie wprost proporcjonalna do sumy zgromadzonych środków. Podkreślenia wymaga, że wymienione założenia nie miały charakteru wyłącznie jednostronnej obietnicy ze strony państwa i przewidywały, że wprowadzenie systemu kapitałowego będzie wiązać się z dodatkowymi kosztami po stronie finansów publicznych. Zakładano bowiem, że w perspektywie krótko-, a nawet średnioterminowej

wprowadzenie filaru kapitałowego nie będzie korzystne dla ogółu społeczeństwa (środki przekazywane z budżetu państwa na pokrycie deficytu FUS w związku z przekazywaniem części składki do OFE mogłyby zostać przeznaczone na inne społeczne cele, choćby np. na podniesienie wysokości świadczeń emerytalnych lub zasiłków wypłacanych z pomocy społecznej, na budowę przedszkoli, bądź też mogły w ogóle nie być wydatkowane, skutkując zmniejszeniem wzrostu długu publicznego). Społeczeństwo godziło się na wskazane konsekwencje finansowe, mając na względzie konieczność stworzenia instrumentów gwarantujących w perspektywie długoterminowej satysfakcjonujący poziom świadczeń emerytalnych w przyszłości.

Ustawą z dnia 25 marca 2011 r. o zmianie niektórych ustaw związanych z funkcjonowaniem systemu ubezpieczeń społecznych¹⁷ po raz pierwszy w części odstąpiono od zobowiązań podjętych w momencie wprowadzenia reformy emerytalnej. Część składki emerytalnej w ramach drugiego filaru nie była już przekazywana do OFE w celu akumulacji kapitału przeznaczonego na wypłatę świadczeń emerytalnych po osiągnięciu wieku emerytalnego, ale przeznaczana była na finansowanie bieżących wydatków FUS. Zmiany te, choć bardzo znaczące, nie miały charakteru retrospektywnego – ustawodawca nie zdecydował się wówczas na uszczuplenie w jakimkolwiek stopniu aktywów zgromadzonych już w filarze kapitałowym.

Znacznie dalej idący charakter miały zmiany w zasadach funkcjonowania filaru kapitałowego wprowadzone na podstawie ustawy zmieniającej. Przejęcie przez Skarb Państwa 51,5% aktywów zgromadzonych w OFE zostało powiązane z nałożeniem na Państwo obowiązku wypłaty w przyszłości świadczeń odpowiadających wartości przewłaszczonej środków. Wprowadzając takie rozwiązanie ustawodawca przyjął założenie, że zobowiązanie Państwa do wypłaty świadczeń emerytalnych oparte na gwarancji wyrażonej w ustawie ma dla ubezpieczonych dokładnie takie samo znaczenie, jak zobowiązanie oparte na realnie zgromadzonym kapitale. Innymi słowy uznano, że z punktu widzenia ubezpieczonego jest obojętne, czy wypłata świadczeń emerytalnych jest oparta o system repartycyjny, czy też kapitałowy. Zdaniem Izby Gospodarczej Towarzystw Emerytalnych zasadność powyższego twierdzenia budzi wątpliwości. W systemie emerytalnym opartym o mechanizm repartycyjny wysokość przyszłych świadczeń emerytalnych stanowi przede wszystkim funkcję aktualnych możliwości

¹⁷ Dz. U. Nr 75, poz. 398.

finansowych państwa. Wysokość PKB, stan finansów publicznych czy sytuacja demograficzna, decydują w systemie repartycyjnym o zdolności władz publicznych do wywiązania się z obowiązku zapewnienia świadczeń emerytalnych o odpowiedniej wysokości. Aktualne prognozy co do wysokości świadczeń emerytalnych w perspektywie kilkudziesięcioletniej nie pozostawiają złudzeń, że wysokość przyszłych świadczeń emerytalnych będzie wysoce niezadawalająca. Zależności te nie występują w systemie emerytalnym opartym o filar kapitałowy, w którym gwarancją wypłaty świadczeń o odpowiedniej wysokości jest kapitał zgromadzony na rzecz osoby ubezpieczonej. Z tego względu, zalety systemu kapitałowego w stosunku do systemu repartycyjnego są niepodważalne. Dlatego też, w ocenie IGTE, nie można zgodzić się z założeniem przyjętym w ustawie zmieniającej, że z punktu widzenia osoby ubezpieczonej nie ma znaczenia obowiązujący model ubezpieczenia (system kapitałowy bądź repartycyjny).

Konsekwentne odchodzenie przez prawodawcę od oparcia systemu emerytalnego o filar kapitałowy wywołuje także zasadnicze zastrzeżenia w kontekście realizacji przez Państwo konstytucyjnego obowiązku zapewnienia obywatelom zabezpieczenia społecznego po osiągnięciu wieku emerytalnego (art. 67 ust. 1 Konstytucji), jak również dochowania przez Państwo zobowiązań związanych z oparciem systemu emerytalnego o filar kapitałowy. Wprowadzenie filaru kapitałowego miało – w istotnej części – uniezależnić wysokość świadczeń emerytalnych od aktualnej sytuacji finansów publicznych, czego gwarancją stanowił kapitał zgromadzony na rzecz osoby ubezpieczonej. Przewłaszczenie na rzecz Państwa znacznej części zgromadzonego na rachunkach ubezpieczonych kapitału stanowi odejście od powyższej obietnicy, skutkując naruszeniem zasady zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa (art. 2 Konstytucji). Przede wszystkim, skutkuje jednak faktycznym pozbawieniem ubezpieczonych ukształtowanej już ekspektaktywy prawa do przyszłych świadczeń emerytalnych, której gwarancję stanowią aktywa zgromadzone w filarze kapitałowym. Zakwestionowana przez Rzecznika regulacja nie zapewnia tym samym realizacji obowiązku nałożonego przez art. 67 ust. 1 Konstytucji, a wręcz jest niekorzystna dla ubezpieczonych w porównaniu ze stanem sprzed 3 lutego 2014 r. Należy przy tym przypomnieć, że chodzi o prawo o egzystencjalnym znaczeniu dla jednostki.

Uwzględniając powyższe uwagi IGTE w pełni podziela zarzut Rzecznika Praw Obywatelskich, że likwidacja filaru kapitałowego w odniesieniu do 51,5% aktywów zgromadzonych w OFE w latach 1999-2014 oznacza zmianę istotnych warunków

ubezpieczenia emerytalnego. Zmiana ta objęła ekspektatywy maksymalnie ukształtowane, chodzi bowiem o prawo do przyszłych świadczeń emerytalnych finansowanych z aktywów, które zostały już zgromadzone na rzecz ubezpieczonego z odprowadzonych przez niego składek. Ustawodawca zmienił zatem, jak słusznie podniósł Rzecznik, z mocą wsteczną podstawowe zasady ubezpieczenia emerytalnego. Dostępne obecnie symulacje skłaniają zarazem do wyrażenia obawy, że zmiany te będą miały jednoznacznie niekorzystny skutek dla ubezpieczonych.

Jednocześnie IGTE zgadza się ze stanowiskiem Rzecznika, że w sposób szczególny zmiany te dotyczą ubezpieczonych urodzonych w latach 1949-1968, którzy w przeszłości dokonali dobrowolnego wyboru w przedmiocie przystąpienia do filaru kapitałowego i odprowadzania składek do OFE. Ustawa zmieniająca doprowadziła do unieważnienia decyzji podjętej przez te osoby w 1999 r., która – po stronie tych osób – miała w myśl obowiązujących przepisów nieodwoływalny charakter. Zarazem Państwo jednostronnie przejęło 51,5% aktywów, które zostały zgromadzone na rzecz tych osób w latach 1999-2014 w celu sfinansowania przyszłej emerytury kapitałowej.

W tym kontekście IGTE wyraża stanowisko, że zarzut niezgodności art. 23 ust. 1 ustawy zmieniającej z zasadą zaufania obywateli do państwa i stanowionego prawa, wywodzoną z art. 2 Konstytucji, przejawiający się *in concreto* w niedopuszczalnej zmianie istotnych warunków ubezpieczenia emerytalnego z mocą wsteczną, znajduje w pełni uzasadnienie. IGTE pragnie na marginesie zauważyć, że zarzuty w powyższym zakresie Rzecznik sformułował w sposób dalece powściągliwy, co jednak nie umniejsza w żaden sposób ich fundamentalnego znaczenia.

4. Sytuacja ubezpieczonych urodzonych w latach 1949-1968

4.1. Rzecznik Praw Obywatelskich wyraził również wątpliwości w związku z sytuacją prawną osób urodzonych w latach 1949-1968, które w momencie wprowadzenia reformy emerytalnej w 1999 r. podjęły decyzję o przystąpieniu do filaru kapitałowego w ramach systemu ubezpieczeń społecznych. Uzasadniając ten zarzut RPO przypomniał, że w myśl reformy emerytalnej z 1999 r. przystąpienie tej kategorii ubezpieczonych do filaru kapitałowego miało dobrowolny charakter i odbywało się na podstawie nieodwoływalnej decyzji podejmowanej przez te osoby. Artykuł 11 ust. 1 i ust. 2 ustawy zmieniającej, wprowadzając mechanizm domyślnego objęcia ubezpieczonych wyłącznie

ubezpieczeniem w ZUS, skutkuje jednostronnym unieważnieniem decyzji podjętej przez te osoby w chwili startu reformy emerytalnej. Na tym tle Rzecznik sformułował zarzut niezgodności art. 11 ust. 1 i ust. 2 ustawy zmieniającej z zasadą zaufania obywateli do państwa (art. 2 Konstytucji) oraz z zasadą wolności osobistej jednostki (art. 31 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji).

4.2. Izba Gospodarcza Towarzystw Emerytalnych w pełni popiera zarzut Rzecznika Praw Obywatelskich związany z jednostronną zmianą przez prawodawcę sytuacji prawnej ubezpieczonych urodzonych w latach 1949-1968. Argumentacja przytoczona przez Rzecznika wyczerpuje istotę podniesionych zastrzeżeń i nie wymaga uzupełnienia. Zasadne pozostaje stwierdzenie, że osoby urodzone w latach 1949-1968 miały w pełni zasadne oczekiwanie co do respektowania przez ustawodawcę dokonanego przez nie w 1999 r. wyboru w sprawie przystąpienia do OFE. Mechanizm domyślnego przejścia wszystkich ubezpieczonych do ZUS z dniem 1 lipca 2014 r. skutkuje pozbawieniem znaczenia prawnego decyzji z 1999 r. W wymiarze konstytucyjnym Rzecznik słusznie wskazał na brak uzasadnienia – w świetle wymogu proporcjonalności *sensu stricto* (art. 31 ust. 3 Konstytucji) – dokonanej w tym zakresie ingerencji. Obowiązek zachowania proporcjonalności nakazuje, aby ograniczenia w zakresie wolności i praw jednostki odznaczały się możliwie najmniejszym stopniem dolegliwości dla adresatów. Skoro w ustawie zmieniającej dopuszczono możliwość kontynuacji ubezpieczenia w OFE także po 1 lipca 2014 r., to wystarczające byłoby przyznanie tej kategorii ubezpieczonych możliwości złożenia oświadczenia o wystąpieniu z OFE. Mechanizm domyślnego przejścia ubezpieczonych do ZUS oznacza, że prawodawca potraktował osoby ubezpieczone w sposób przedmiotowy. Dlatego też regulacja, w myśl której kontynuacja ubezpieczenia w OFE przez ubezpieczonych urodzonych w latach 1949-1968 wymagała złożenia przez te osoby stosownego oświadczenia woli, winna być uznana za niezgodną z zasadą zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa (art. 2 Konstytucji).

4.3. Należy zarazem zauważyć, że problem podniesiony przez Rzecznika ma szerszy charakter i dotyczy w istocie wszystkich ubezpieczonych, a nie tylko ubezpieczonych urodzonych w latach 1949-1968, choć w stosunku do tej ostatniej grupy intensywność ingerencji jest szczególnie jaskrawa.

W pierwszej kolejności Izba Gospodarcza Towarzystw Emerytalnych pragnie zastrzec, że dopuszczalność powierzenia ZUS funkcji funduszu emerytalnego współdziałającego w drugim filarze nie budzi wątpliwości prawnych, przy czym w praktyce sytuacja taka ma miejsce od 2011 r. Zastrzeżenia trzeba jednak wyrazić pod adresem przewidzianego ustawą zmieniającą mechanizmu, zakładającego automatyzm przejścia osoby ubezpieczonej do ZUS. Przede wszystkim, proponowany mechanizm prowadzi do zróżnicowania zasad wyboru podmiotu pełniącego funkcje ubezpieczyciela w drugim filarze. Wybór OFE jako ubezpieczyciela w drugim filarze wymagał wyrażenia przez osobę ubezpieczoną stosownego oświadczenia woli oraz przekazanie tego oświadczenia – w sposób określony w art. 12 ust. 2 ustawy zmieniającej – do ZUS. Ponadto osoba taka była zobowiązana do złożenia oświadczenia o zapoznaniu się z informacją dotyczącą powszechnego systemu emerytalnego oraz informacją dla członków OFE. Natomiast wybór ZUS jako ubezpieczyciela miał miejsce na skutek bezczynności ubezpieczonego, który nie złożył oświadczenia określonego w art. 12 ust. 2 ustawy zmieniającej¹⁸ – osoba taka nie została zobowiązana ani do złożenia stosownych oświadczeń woli, ani też oświadczeń o zapoznaniu się z określonymi informacjami. Przyjęty tryb wyboru ubezpieczyciela w ramach drugiego filaru wywołuje zastrzeżenia jeżeli zważyć, że w razie wyboru OFE jako ubezpieczyciela mamy do czynienia z kontynuacją ubezpieczenia w tym samym podmiocie, zaś w przypadku wyboru ZUS – ze zmianą ubezpieczyciela. Uwzględniając powyższe należy stwierdzić, że regulacja respektująca w tym względzie wymogi wynikające z zasady demokratycznego państwa prawnego (zasady zaufania obywateli do państwa oraz wynikającego z niej zakazu zastawiania przez prawo pułapek) powinna przypisywać bezczynności ze strony ubezpieczonego wolę zachowania dotychczasowego stanu prawnego (*in concreto* – wolę kontynuacji ubezpieczenia w ramach OFE), zaś zmiana treści stosunków prawnych (*in concreto* – przejście do ubezpieczenia w ramach ZUS), powinna następować w razie podjęcia przez ubezpieczonego określonych działań, nakierowanych na wywołanie powyższego skutku. Trzeba nadmienić, że właśnie z takim mechanizmem mamy do

¹⁸ Trzeba przy tym wskazać, że bezczynność ubezpieczonego mogła zarówno stanowić jego świadomy wybór (w sytuacji, gdy osoba ubezpieczona posiadała wiedzę co do skutków braku złożenia oświadczenia, o którym mowa w projektowanym art. 12 ust. 2 ustawy zmieniającej i faktycznie taki skutek chciała osiągnąć), ale również mogła być wynikiem niewiedzy bądź braku możliwości złożenia oświadczenia. Skutek przypisany bezczynności (brakowi złożenia oświadczenia) wywoływało również wadliwe złożenie oświadczenia.

czynienia w przypadku zmiany przez osobę ubezpieczoną funduszu emerytalnego na podstawie art. 84 *offe* oraz w razie transferu ZUS-OFE bądź OFE-ZUS, o którym mowa w art. 39a ust. 1 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych (por. art. 5 pkt 8 ustawy zmieniającej).

Ustawodawca nie wskazał przyczyn wprowadzenia przedmiotowego zróżnicowania, jak również powodów odstąpienia od domniemania przypisującego bezczynności jednostki wolę kontynuowania dotychczasowych stosunków prawnych (*in concreto*: pozostania w OFE) oraz wymagającej aktywności jednostki w przypadku chęci zmiany sytuacji prawnej (przejście do ZUS). W związku z powyższym powstaje wątpliwość, czy jedynym celem projektodawcy nie było – motywowane względami fiskalnymi – pozyskanie jak największej liczby ubezpieczonych na rzecz ZUS. Tylko taka interpretacja uzasadnia wprowadzenie automatyzmu w przejściu do ZUS oraz ustanowienie sformalizowanej procedury w razie zamiaru pozostania w OFE, wymagającej złożenia oświadczenia przez stosunkowo krótki przedział czasu. Wydaje się, że przyjęta przez zdecydowaną większość ubezpieczonych pasywna postawa wynikała nie tyle z niemożności złożenia stosownego oświadczenia woli, ale raczej z nieznamomości rozwiązań prawnych regulujących system ubezpieczeń społecznych oraz skutków ubezpieczenia w OFE i ubezpieczenia w ZUS. W takiej sytuacji bierność ze strony ubezpieczonych wyrażająca się w braku złożenia stosownego oświadczenia woli nie może być w prosty sposób traktowana jako przejaw milczącego wyrażenia woli co do zamiaru zmiany ubezpieczyciela (przejścia do ZUS), ale w znacznej części przypadków faktycznie stanowiła wyraz braku stanowiska tych osób w omawianej kwestii. Niedopuszczalne jest zatem przypisywanie biernemu zachowaniu ubezpieczonych świadomego aktu woli przejścia do ubezpieczenia w ZUS.

W ocenie Izby mechanizm automatycznego przejścia osób ubezpieczonych do ZUS wywołuje zatem wątpliwości wskutek zróżnicowania wymogów odnoszących się do osób wyrażających wolę przejścia do ZUS oraz wolę pozostania w OFE. Przypisanie bezczynności osób ubezpieczonych skutku w postaci wyrażenia przez te osoby woli przejścia do ZUS, jak również unieważnienie decyzji o wyborze OFE podjętej w 1999 r. przez osoby urodzone w latach 1949-1968, prowadzi do naruszenia zasady zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa (art. 2 Konstytucji).

5. Zakaz inwestowania środków zgromadzonych przez OFE w skarbowe papiery wartościowe

5.1. Formułując wątpliwości dotyczące zakazu inwestowania zgromadzonych przez OFE aktywów w skarbowe papiery wartościowe Prezydent RP wskazał, że prowadzi to do zmiany charakteru OFE z funduszy zrównoważonego ryzyka w fundusze podwyższonego ryzyka. OFE nabierają w przeważającym stopniu cech funduszy akcyjnych, zaś kapitał zgromadzony w OFE narażony jest na duże wahania wartości. W tym stanie Prezydent RP podniósł zarzut naruszenia zasady zaufania obywateli do państwa (art. 2 Konstytucji) oraz prawa do zabezpieczenia społecznego (art. 67 ust. 1 Konstytucji). Zastosowane przez ustawodawcę rozwiązania uznał za zbyt dotkliwe i nadmiernie ingerujące w prawa ubezpieczonych, ponadto stwierdził, że zamierzony cel mógłby zostać osiągnięty przy pomocy innych instrumentów, które nie powodowałyby tak istotnej ingerencji w uprawnienia ubezpieczonych (niezgodność z art. 31 ust. 3 Konstytucji). Natomiast z punktu widzenia powszechnych towarzystw emerytalnych zakaz inwestowania w skarbowe papiery wartościowe oraz mechanizm milczącej zgody ubezpieczonych na ewidencjonowanie od 1 lipca 2014 r. całości składki w ramach drugiego filaru na subkoncie w ZUS narusza wolność działalności gospodarczej (art. 20 Konstytucji) oraz zasadę proporcjonalności (art. 31 ust. 3 Konstytucji).

5.2. Izba Gospodarcza Towarzystw Emerytalnych zwraca uwagę, że wynikający z art. 141 ust. 1-2 *offe* zakaz lokowania aktywów OFE w skarbowe papiery wartościowe (papiery wartościowe gwarantowane przez Skarb Państwa) może utrudniać powszechnym towarzystwom emerytalnym realizację obowiązku zapewnienia maksymalnego bezpieczeństwa środków zgromadzonych w celu finansowania przyszłych świadczeń emerytalnych. Na płaszczyźnie normatywnej powyższy obowiązek ustanawia art. 139 *offe*, zgodnie z którym: „Fundusz lokuje swoje aktywa zgodnie z przepisami niniejszej ustawy, dążąc do osiągnięcia maksymalnego stopnia bezpieczeństwa i rentowności dokonywanych lokat”.

W ocenie Izby obowiązek zapewnienia przez OFE (a w istocie przez PTE prowadzące konkretny fundusz emerytalny) bezpieczeństwa zgromadzonych aktywów został zawarty nie tylko w cytowanym art. 139 *offe*, ale pośrednio ma on także rangę

konstytucyjną. Wyrażone w art. 67 ust. 1 zd. 1 Konstytucji prawo do zabezpieczenia społecznego po osiągnięciu wieku emerytalnego wymaga, dla pełnego urzeczywistnienia, wprowadzenia przez ustawodawcę mechanizmów zapewniających powszechność świadczeń, równość w ich przyznawaniu, jak również odpowiednią – stosownie do możliwości finansowych państwa – wysokość tych świadczeń. W sytuacji, gdy system emerytalny ma – choć w części – charakter kapitałowy, ustawodawca zobowiązany jest ustanowić rozwiązania zapewniające bezpieczeństwo zgromadzonych w tym filarze aktywów. Powyższy wymóg zachowuje aktualność również przy uwzględnieniu brzmienia art. 67 ust. 1 zd. 2 Konstytucji, zgodnie z którym unormowanie zakresu i formy świadczeń emerytalnych stanowi materię ustawową. Zastrzec należy, że przekazanie powyższej materii do uregulowania na poziomie ustawowym nie prowadzi do przyznania ustawodawcy nieograniczonej swobody w określeniu mechanizmów zapewnienia bezpieczeństwa zgromadzonych środków.

Nadanie OFE w istotnym stopniu charakteru funduszy akcyjnych, co wynika z przyjętych w ustawie zmieniającej dopuszczalnych kategorii lokat (por. art. 144 ust. 1 i ust. 2 *offe* w brzmieniu nadanym przez art. 4 pkt 25 ustawy zmieniającej), nie służy realizacji obowiązku prawodawcy w kwestii ustanowienia mechanizmów zapewniających maksymalne bezpieczeństwo zgromadzonych aktywów. Należy pamiętać, że rentowność inwestycji w akcje w znacznym stopniu jest determinowana czynnikami zewnętrznymi, jak choćby koniunkturą giełdową, mającą wymiar globalny. Osiągana rentowność może zatem w istotnym stopniu pozostawać niezależna od profesjonalizmu działań inwestycyjnych po stronie OFE, zmierzających do minimalizacji ryzyka.

Wymóg zapewnienia bezpieczeństwa aktywów nie wyklucza bynajmniej przyznania funduszom emerytalnym możliwości inwestowania zgromadzonych środków w instrumenty finansowe odznaczające się wyższym stopniem ryzyka inwestycyjnego. Jest to możliwe pod warunkiem, że w portfelu inwestycyjnym OFE będą zarówno instrumenty finansowe o wysokim stopniu bezpieczeństwa (w szczególności skarbowe papiery wartościowe oraz inne rodzaje aktywów o zbliżonym poziomie bezpieczeństwa), jak i instrumenty nieodznaczające się powyższą cechą (w szczególności akcje). Jeżeli ustawodawca zapewnia możliwość szerokiej dywersyfikacji portfela inwestycyjnego OFE i wyznacza w sposób zrównoważony poziom inwestycji w poszczególne kategorie lokat, uwzględniając ryzyko inwestycyjne właściwe poszczególnym instrumentom finansowym, wówczas spełniony jest wymóg ustanowienia mechanizmów

zapewniających bezpieczeństwo aktywów zgromadzonych w OFE. Zdaniem IGTE, zasady kształtowania portfela inwestycyjnego OFE w stanie prawnym sprzed wejścia w życie ustawy zmieniającej spełniały powyższy wymóg. Natomiast wprowadzenie zakazu inwestowania w skarbowe papiery wartościowe istotnie utrudnia jego realizację.

Obowiązek stworzenia mechanizmów zapewniających bezpieczeństwo zgromadzonych w OFE środków nie wyłącza *per se* pozbawienia OFE uprawnienia do inwestowania zarządzanych aktywów w skarbowe papiery wartościowe. Naruszającym standard konstytucyjny jest bowiem nie tyle samo wyłączenie możliwości lokowania przez OFE aktywów w skarbowe papiery wartościowe, ile brak – w szerszym zakresie – możliwości ich lokowania w instrumenty finansowe odznaczające się wysokim stopniem bezpieczeństwa inwestycyjnego. We współczesnych warunkach ekonomicznych takim charakterem odznaczają się w pierwszym rzędzie inwestycje w skarbowe papiery wartościowe (zarówno emitowane bądź gwarantowane przez Skarb Państwa, jak i emitowane bądź gwarantowane przez rządy innych państw). Bez wątplenia rolę tę mogą spełniać także inne instrumenty inwestycyjne. Ich określenie mieści się w granicach uznania ustawodawcy. Natomiast trzeba wyrazić pogląd, że brak zapewnienia przez prawodawcę instrumentów równoważnych pod względem ryzyka inwestycyjnego ze skarbowymi papierami wartościowymi, przy równoczesnym ustanowieniu wymogu inwestowania ponad połowy zgromadzonych aktywów w akcje¹⁹, nie spełnia powyższych wymogów. W sytuacji, gdy w stanie prawnym sprzed wejścia w życie ustawy zmieniającej rolę takiego instrumentu pełniły skarbowe papiery wartościowe, niekonstytucyjność zakwestionowanej we wniosku Prezydenta RP regulacji należy powiązać właśnie z wyłączeniem możliwości zakupu przez OFE skarbowych papierów wartościowych.

W uzupełnieniu do powyższego trzeba wskazać, że zgodnie z art. 141 ust. 7 *offe* Rada Ministrów została uprawniona do rozszerzenia – w drodze rozporządzenia – określonego ustawą o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych katalogu instrumentów, w które mogą być lokowane aktywa zarządzane przez OFE. Przy tym, wyraźnym celem ustawodawcy jest rozszerzenie katalogu lokat o instrumenty cechujące się wysokim stopniem bezpieczeństwa inwestycyjnego. Wskazuje na to wymóg

¹⁹ Por. art. 35 ustawy zmieniającej. Ustanowione tym przepisem limity podlegają zmniejszeniu w kolejnych latach (75% w 2014 r., 55% w 2015 r., 35% w 2016 r. i 15% w 2017 r.).

wyrażony w art. 141 ust. 7-8 *offe*, zgodnie z którym przewidziane w rozporządzeniu kategorie lokat mają zapewniać maksymalną ochronę interesów członków funduszy oraz – w przypadku dopuszczenia lokowania zarządzanych przez OFE aktywów w prawa pochodne lub instrumenty finansowe, o których mowa w art. 2 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi – służyły ograniczeniu ryzyka inwestycyjnego. Wykonanie przez Radę Ministrów delegacji zawartej w art. 141 ust. 7 *offe* bez wątpienia stanowić będzie wyraz realizacji obowiązku stworzenia mechanizmów służących zapewnieniu bezpieczeństwa aktywów zgromadzonych w OFE. Dotąd jednak Rada Ministrów nie wydała rozporządzenia, o którym mowa w art. 141 ust. 7 *offe*.

Z punktu widzenia PTE wprowadzone ustawą zmieniającą zmiany dotyczące portfela inwestycyjnego OFE powodują także osłabienie pozycji konkurencyjnej OFE jako funduszy, które rywalizują z ZUS o pozyskiwanie części składek na ubezpieczenie społeczne. Wynika to z odmiennego ukształtowania zasad ubezpieczenia w drugim filarze w ramach ZUS (wysokość środków zaewidencjonowanych na indywidualnym koncie emerytalnym jest gwarantowana przez Państwo, dodatkowo środki te podlegają waloryzacji na bardzo korzystnych warunkach, zaś koszty tej waloryzacji obciążają FUS) i w ramach OFE (środki są lokowane w funduszu mającym w przeważającym stopniu charakter akcyjny). Z tego punktu widzenia podjęcie przez ubezpieczonego decyzji o kontynuacji odprowadzania składek do OFE obciążone jest znacznie wyższym ryzykiem dotyczącym utrzymania wartości zgromadzonych środków, niż w razie przekazywania składki wyłącznie do ZUS.

Mając na względzie powyższe Izba Gospodarcza Towarzystw Emerytalnych wyraża stanowisko, że zakaz inwestowania przez OFE w skarbowe papiery wartościowe nie sprzyja realizacji przez otwarte fundusze emerytalne obowiązku zapewnienia bezpieczeństwa zgromadzonych aktywów (art. 139 *offe*). Zbyt wąski katalog instrumentów odznaczających się wysokim stopniem bezpieczeństwa inwestycyjnego, co spowodowane jest, m.in. zaniechaniem wydania rozporządzenia, o którym mowa w art. 141 ust. 7 *offe*, prowadzi zarazem do powstania wewnętrznej sprzeczności w obrębie *offe*. Nałożony przez art. 139 *offe* obowiązek bezpieczeństwa zgromadzonych środków może być bowiem trudny do zrealizowania przy możliwości korzystania wyłącznie z lokat określonych w obecnym brzmieniu art. 141 ust. 1-2 *offe*. Ponadto, Izba uznaje za trafną argumentację Prezydenta RP, że z punktu widzenia osób ubezpieczonych, zakaz inwestowania w skarbowe papiery wartościowe może niekorzystnie wpływać na poziom

bezpieczeństwa zgromadzonych aktywów. W tym aspekcie wyłania się wątpliwość, czy przewidziany ustawą model inwestowania przez OFE spełnia standard konstytucyjny wynikający z prawa do zabezpieczenia społecznego po osiągnięciu wieku emerytalnego (art. 67 ust. 1 Konstytucji).

5.3. W stanowisku Ministra Finansów z 27 marca 2014 r., stwierdzono, że ustawa zmieniająca zachowała na niezmienionym poziomie udział lokat w akcje w ramach środków zgromadzonych w drugim filarze. Wymaga bowiem uwzględnienia, że skokowemu podwyższeniu limitów inwestycji w akcje towarzyszyło zmniejszenie o ponad połowę sumy aktywów zgromadzonych przez OFE. W dniu 3 lutego 2014 r. Skarb Państwa przejął 51,5% aktywów OFE, przy czym w przeważającym stopniu miały one postać skarbowych papierów wartościowych. W rezultacie, w portfelach inwestycyjnych OFE nie występują już – co do zasady – skarbowe papiery wartościowe, zaś udział lokat w akcje nominalnie uległ podwojeniu. Uwzględniając natomiast globalną kwotę aktywów zgromadzonych w drugim filarze (a więc poza aktywami zgromadzonymi przez OFE również środków przejętych przez ZUS i zaewidencjonowanych na subkoncie), udział inwestycji w akcje pozostał na niezmienionym poziomie. Na tej podstawie Minister Finansów wywiódł, że ustawodawca nie podniósł limitów inwestowania przez OFE na rynku akcji.

Zdaniem IGTE powyższy pogląd tylko pozornie zasługuje na uwzględnienie. Bez wątplenia, zwiększenie obligatoryjnego limitu lokat w akcje do poziomu 75% (limit obowiązujący w 2014 r.) stanowiło bezpośrednią konsekwencję umorzenia części aktywów zgromadzonych w ramach OFE, lokowanych dotychczas w instrumenty inne niż akcje. Nie można jednak pomijać, że ustawodawca równocześnie w bardzo istotnym stopniu zmienił kształt filaru kapitałowego. Przede wszystkim doprowadził do znaczącego okrojenia tego filaru, gdyż charakter kapitałowy został utrzymany jedynie co do środków zgromadzonych w OFE. W przypadku składek, które są odprowadzane do ZUS w ramach drugiego filaru, ubezpieczenie to nie ma charakteru kapitałowego. Środki pieniężne pochodzące ze składek – po ich zaksięgowaniu na indywidualnym koncie emerytalnym – są przeznaczone na wypłatę bieżących świadczeń emerytalnych. Przesądza to o repartycyjnym charakterze ubezpieczenia w ZUS w drugim filarze. Odnosi się to w pełnym zakresie również do środków przewłaszczonych przez Skarb Państwa w dniu 3 lutego 2014 r. Środki zaewidencjonowane na subkoncie w ZUS mają

postać wyłącznie księgową. Wypłata odpowiadających im świadczeń nastąpi pod warunkiem, że w przyszłości państwo zapewni środki finansowe na ich pokrycie. Z uwagi na stały deficyt FUS warunek ten może być trudny do zrealizowania w pełnym wymiarze. W konsekwencji nie może zostać postawiony znak równości pomiędzy tą częścią drugiego filaru, która obejmuje środki finansowe zgromadzone w OFE (część kapitałowa drugiego filaru) oraz częścią repartycyjną drugiego filaru, na którą składają się kwoty zaewidencjonowane na subkoncie w ZUS, wydatkowane na pokrycie bieżących świadczeń finansowanych z FUS.

Uwzględniając zasadniczą różnicę w sposobie finansowania świadczeń emerytalnych z części kapitałowej oraz części repartycyjnej drugiego filaru IGTE wyraża pogląd, że wymóg bezpieczeństwa powinien być odnoszony odrębnie do kapitału zgromadzonego w OFE i do kapitału zaewidencjonowanego w ZUS. Nie można zatem przyjąć, że dywersyfikacja ryzyka inwestycyjnego jest realizowana poprzez tę część aktywów, która została zaewidencjonowana na subkoncie w ZUS. Takie stanowisko mogłoby znajdować uzasadnienie tylko wówczas, gdyby ubezpieczenie w ramach ZUS zostało oparte o aktywa faktycznie zgromadzone na rzecz osób ubezpieczonych. Dlatego, regulacje określające zasady lokowania aktywów przez OFE powinny przewidywać w szerokim zakresie, możliwość inwestowania także w bezpieczne kategorie lokat.

W konsekwencji należy uznać, że wbrew twierdzeniom Ministra Finansów ustawą zmieniającą wprowadzono zasadnicze zmiany w sposobie inwestowania środków zgromadzonych w filarze kapitałowym. Zarazem nowe regulacje objęły składki odprowadzone do OFE począwszy od 1999 r. również w tej części, która po 3 lutego 2014 r. nie została przejęta przez Skarb Państwa. Zgodnie z limitem obowiązującym w 2014 r., co najmniej 75% zgromadzonych w OFE aktywów musi być inwestowana w akcje, co obejmuje zarówno aktywa zgromadzone w latach 1999-2014, jak i aktywa pochodzące ze składek odprowadzanych po wejściu w życie ustawy zmieniającej. Zdaniem IGTE sytuacja, w której realny filar kapitałowy systemu emerytalnego został w przeważającym stopniu oparty na inwestycjach w akcje nie pozwala zgodzić się z poglądem, że ustawodawca nie wprowadził zmian w strukturze portfela inwestycyjnego w drugim filarze. Nie można także uznać prawdziwości twierdzenia²⁰, że zmiana kategorii lokat w odniesieniu do środków zgromadzonych w OFE zapewnia

²⁰ Por. stanowisko MF, s. 17.

bezpieczeństwo systemu emerytalnego w długim okresie. Jak wskazywano w pkt 5.2 stanowiska, zapewnienie bezpieczeństwa lokat na dotychczasowym poziomie może być istotnie utrudnione z uwagi na dopuszczone przez prawodawcę kategorie lokat.

Jak już wielokrotnie stwierdzono, zapewnienie bezpieczeństwa środków finansowych gromadzonych na wypłatę przyszłych świadczeń emerytalnych odgrywa zasadnicze znaczenie. Wprowadzenie przez prawodawcę zmian w obrębie zasad lokowania środków zgromadzonych przez OFE, które nie są ukierunkowane na zagwarantowanie bezpieczeństwa kapitału, stanowi poważne zagrożenie dla realizacji konstytucyjnego prawa do zabezpieczenia emerytalnego. W konsekwencji, mechanizm lokowania środków, który nie uwzględnia powyższego wymogu, nie może zostać uznany za spełniający standard wynikający z art. 67 ust. 1 Konstytucji. Podniesione okoliczności potwierdzają sformułowany przez Prezydenta RP zarzut naruszenia prawa do zabezpieczenia społecznego (art. 67 ust. 1 Konstytucji) przez przepisy ustanawiające zakaz inwestowania przez OFE w skarbowe papiery wartościowe. Analogicznie na uwzględnienie zasługuje podniesiony we wniosku Prezydenta RP zarzut naruszenia w tym względzie zasady zaufania obywatela do państwa i stanowionego przez nie prawa (art. 2 Konstytucji).

5.4. W sposób szczególny wskazane wyżej naruszenie uprawnień ubezpieczonych jest widoczne w stosunku do osób urodzonych pomiędzy 1 stycznia 1949 r. a 31 grudnia 1968 r. Osoby te, w momencie zainicjowania reformy emerytalnej w 1999 r., miały możliwość dokonania wyboru w kwestii przystąpienia do filaru kapitałowego systemu ubezpieczenia emerytalnego bądź też uczestnictwa w systemie emerytalnym opartym wyłącznie o system repartycyjny. Podejmowana w tym względzie przez ubezpieczonych decyzja była nieodwoływalna.

Zdaniem Izby Gospodarczej Towarzystw Emerytalnych, nadaniu decyzji podjętej przez osoby urodzone w latach 1949-1968 nieodwoływalnego charakteru, powinien odpowiadać obowiązek ustawodawcy w postaci utrzymania niezmienności podstawowych rozwiązań prawnych w obszarze systemu emerytalnego i – w jego ramach – filaru kapitałowego. Bez wątpienia, decyzję podejmowaną przez ubezpieczonych w 1999 r. w znacznej mierze motywowały wprowadzone reformą emerytalną zasady funkcjonowania systemu emerytalnego, w tym zwłaszcza dotyczące filaru kapitałowego. W następstwie ustawy zmieniającej dokonano istotnych przekształceń w obrębie zasad

ubezpieczenia w filarze kapitałowym w kierunku odbiegającym od rozwiązań z 1999 r. Zmieniono model inwestowania aktywów przez OFE, a równocześnie połowa środków zgromadzonych w filarze kapitałowym została przeniesiona do systemu repartycyjnego. Ustawodawca tym samym odstąpił od podstawowej cechy filaru kapitałowego, zakładającej oddzielenie zgromadzonych w nim środków od bieżących potrzeb finansowych państwa. IGTE wyraża stanowisko, że to właśnie ta cecha filaru kapitałowego stanowiła w dużej mierze przyczynę podjęcia przez osoby urodzone w latach 1949-1968 decyzji o przystąpieniu do filaru kapitałowego. Osoby te miały w pełni usprawiedliwione oczekiwanie, że podstawowe rozstrzygnięcia dotyczące filaru kapitałowego będą kontynuowane przez prawodawcę, co jednak nie zostało dotrzymane w następstwie wejścia w życie ustawy zmieniającej. W tym kontekście podniesiony przez Prezydenta RP we wniosku z 30 stycznia 2014 r. zarzut naruszenia zasady *pacta sunt servanta*, stanowiącej element składowy konstytucyjnej zasady zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa (art. 2 Konstytucji), znajduje pełne uzasadnienie.

Zarazem, objęcie ubezpieczonych urodzonych w latach 1949-1968 mechanizmem domyślnej zgody na odprowadzanie w całości składek do ZUS od 1 lipca 2014 r. stanowi podważenie przez Państwo skutków decyzji tych osób dotyczącej ich udziału w filarze kapitałowym. Przystępując do filaru kapitałowego osoby te w 1999 r. podjęły nieodwoływalną decyzję o zamiarze przekazywania części składki do OFE. Przypisanie tym osobom przez ustawę zmieniającą milczącej zgody na odprowadzanie od 1 lipca 2014 r. składek wyłącznie do ZUS oznacza – z punktu widzenia tych osób – jednostronną zmianę przez Państwo treści podjętej przez nich w 1999 r. decyzji. Za niedopuszczalną w tym kontekście należy uznać regulację przewidującą, że kontynuacja odprowadzania składek do OFE wymagała od tych osób ponownego złożenia stosownego oświadczenia. W świetle obowiązującego prawa osoby te złożyły już w 1999 r. dobrowolne i nieodwoływalne oświadczenie o przystąpieniu do ubezpieczenia w OFE oraz o zamiarze przekazywania składek do OFE. Również ta okoliczność potwierdza sformułowany przez Prezydenta RP zarzut naruszenia zasady zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa.

5.5. Jako podstawową przyczynę wprowadzenia zakazu nabywania przez OFE skarbowych papierów wartościowych Minister Finansów w piśmie z 27 marca 2014 r.

wskazał dążenie do uniknięcia sytuacji, w której Państwo jest zmuszone pokrywać deficyt FUS wynikający z obowiązku przekazywania części składki do OFE poprzez emisję skarbowych papierów wartościowych, a następnie te same skarbowe papiery wartościowe są nabywane przez OFE²¹.

Izba Gospodarcza Towarzystw Emerytalnych zwraca uwagę, że zarówno dopuszczenie inwestowania przez OFE w skarbowe papiery wartościowe, jak i wprowadzenie w tym zakresie zakazu nie wpływa na poziom deficytu FUS, a w rezultacie także na deficyt budżetu państwa. Łączna wartość składek przekazywanych przez ZUS do OFE nie jest zależna od dopuszczalnych w świetle art. 141 ust. 1 i 2 *offe* kategorii lokat dokonywanych przez OFE. W sytuacji stałego deficytu FUS zapewnienie wypłacalności Funduszu wymaga ciągłego dofinansowywania z budżetu państwa. Z kolei deficyt budżetu państwa jest pokrywany z zobowiązań zaciąganych przez Skarb Państwa, w szczególności przez emisję skarbowych papierów wartościowych. Brak jest podstaw normatywnych do przyjęcia, że tylko niektóre płatności realizowane z FUS (np. składki odprowadzane do OFE) powodują powstanie deficytu FUS i akurat potrzeby pożyczkowe w tym obszarze są zaspokajane w drodze emisji skarbowych papierów wartościowych²².

Zasady i formy zaciągania przez Skarb Państwa zobowiązań wobec podmiotów zewnętrznych określa ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych. Podstawową rolę w tym względzie pełnią skarbowe papiery wartościowe. Pokrycie deficytu FUS ze środków pozyskanych z emisji skarbowych papierów wartościowych ma miejsce niezależnie od tego, czy OFE jest uprawniona do lokowania zgromadzonych aktywów w skarbowe papiery wartościowe, czy też nie. W rezultacie, w ocenie IGTE, brak jest związku pomiędzy uprawnieniem OFE do nabywania skarbowych papierów wartościowych a wielkością (wolumenem) emisji tych papierów przez Skarb Państwa, konieczną dla pokrycia bieżącego deficytu FUS, w tym także deficytu Funduszu spowodowanego koniecznością przekazywania części składki do OFE. Z tego względu nie znajduje podstaw twierdzenie wyrażone w stanowisku Ministra Finansów, że to

²¹ Por. stanowisko Ministra Finansów, s. 21. Wskazano tam, że: „celem tych regulacji jest likwidacja sytuacji, w której większość składki na ubezpieczenia społeczne przekazywana do otwartych funduszy emerytalnych jest wykorzystywana do zakupu obligacji [...]. Jedyne efekty tego obiegu to wyższy poziom deficytu budżetowego i wyższy dług publiczny”.

²² Deficyt FUS w 2014 r. szacowany jest na kwotę ok. 40 mld zł (przy uwzględnieniu 15 mld przychodu z tytułu umorzenia jednostek uczestnictwa w OFE), podczas gdy łączna wartość składek odprowadzanych przez ZUS do OFE wynosi ok. 3 mld zł.

właśnie obowiązek odprowadzania przez ZUS części składki emerytalnej do OFE skutkuje koniecznością zaciągania na ten cel zobowiązań przez Skarb Państwa w formie skarbowych papierów wartościowych, które następnie są nabywane przez OFE.

5.6. W ocenie Izby Gospodarczej Towarzystw Emerytalnych na aprobatę zasługuje stanowisko wyrażone we wniosku Prezydenta RP z 30 stycznia 2014 r., zgodnie z którym wprowadzenie zakazu lokowania przez OFE aktywów w skarbowe papiery wartościowe nie znajduje uzasadnienia w świetle art. 22 i art. 31 ust. 3 Konstytucji.

W tym miejscu wypada zgodzić się z poglądem Ministra Finansów, zgodnie z którym prowadzenie przez PTE (a ściślej biorąc przez OFE, które jest zarządzane przez PTE) działalności polegającej na gromadzeniu i zarządzaniu składkami emerytalnymi podlega daleko idącej reglamentacji administracyjnoprawnej. IGTE pragnie jednak zauważyć, że nie może to być rozumiane jako równoważne z przyznaniem ustawodawcy pełnej swobody w regulowaniu zasad działalności OFE. Mimo realizacji zadań publicznego systemu emerytalnego, OFE pozostają podmiotami gospodarczymi należącymi do sfery prawa prywatnego. Wprawdzie, ograniczenia dotyczące działalności OFE mogą być dalej idące niż w innych sferach działalności gospodarczej, jednak zawsze za wprowadzeniem takich ograniczeń musi przemawiać ważny interes publiczny (art. 20 w związku z art. 22 Konstytucji). Zdaniem IGTE trudno jednoznacznie wskazać interes publiczny w rozumieniu art. 22 Konstytucji, który legitymizuje zakaz inwestowania przez OFE w skarbowe papiery wartościowe. W szczególności, co wyżej wyjaśniono, wprowadzenie tego zakazu nie wpływa na wysokość zobowiązań FUS, wynikających z obowiązku odprowadzania części składki do OFE. Kwota ta jest uwarunkowana łączną sumą składek odprowadzanych do OFE, dlatego zasadnicze znaczenie odegrał w tym względzie mechanizm domyślnej zgody ubezpieczonych na przejście z OFE do ZUS. Na wysokość długu publicznego powstałego wskutek przekazywania części składki do OFE nie mają natomiast wpływu kategorie lokat, w które OFE inwestują zgromadzone środki (por. pkt 5.5 stanowiska).

Izba nie podziela także poglądu wyrażonego przez Ministra Finansów, że w interesie publicznym mieści się „urynkowienie” zasad lokowania aktywów zgromadzonych przez OFE, co ma miejsce wskutek wyłączenia możliwości lokowania zarządzanych przez OFE aktywów w skarbowe papiery wartościowe. Nie ulega

wątpliwości, że z punktu widzenia ubezpieczonych nadanie funduszowi emerytalnemu charakteru funduszu nie zrównoważonego, odznaczającego się wyższym niż dotychczas stopnie ryzyka inwestycyjnego, może być traktowane jako sytuacja niekorzystna. Stąd teza, zgodnie z którą urynnowienie portfela inwestycyjnego OFE jest dokonywane w interesie ubezpieczonych, a tym samym realizuje interes publiczny w rozumieniu art. 22 Konstytucji, nie znajduje w ocenie IGTE uzasadnienia.

Wprowadzenie zakazu inwestowania przez OFE w skarbowe papiery wartościowe i wynikające stąd możliwe negatywne skutki – zarówno dla ubezpieczonych, jak i PTE – są dopuszczalne jedynie wówczas, gdy za takim rozwiązaniem przemawiają szczególne argumenty znajdujące oparcie w wartościach konstytucyjnych. W ocenie IGTE taka sytuacja nie ma miejsca. Powyższy zakaz nie służy realizacji żadnego z celów (zachowanie równowagi finansów publicznych, ochrona interesów ubezpieczonych), które usprawiedliwiłyby odstępnie w tym obszarze od wymogu respektowania zasady zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa, co odnosi się zarówno do sytuacji prawnej ubezpieczonych, jak i PTE. Stąd IGTE w pełni podziela sformułowany przez Prezydenta RP zarzut niezgodności art. 141 ust. 2 *offe* z art. 22 i art. 31 ust. 3 Konstytucji.

6. Zapewnienie równowagi finansów publicznych

6.1. Zasadniczym celem zmian w systemie emerytalnym wprowadzonych ustawą zmieniającą było obniżenie wysokości długu publicznego, jak również ograniczenie przyrostu tego długu w przyszłości. W ocenie Rady Ministrów zasadniczym źródłem narastania długu publicznego był stale rosnący deficyt Funduszu Ubezpieczeń Społecznych. Natomiast jednym ze źródeł deficytu FUS był obowiązek przekazywania przez ZUS części składki emerytalnej do OFE. Reforma funkcjonowania drugiego filaru polegała na jednorazowym przejęciu w dniu 3 lutego 2014 r. 51,5% aktywów zgromadzonych w OFE, jak i – *pro futuro* – na zasadniczym ograniczeniu przepływu środków z ZUS do OFE. Rozwiązania ograniczające wolumen składek odprowadzonych do OFE, do których zalicza się nadanie fakultatywnego charakteru ubezpieczeniu w OFE oraz zmniejszenie wysokości składki przekazywanej do OFE miało na celu istotne ograniczenie generowania długu publicznego w związku z funkcjonowaniem filaru kapitałowego systemu ubezpieczenia emerytalnego. Wskazując normatywne podstawy

wprowadzonych zmian ustawodawca odwołał się do wynikającego z Konstytucji obowiązku zapewnienia równowagi finansów publicznych (art. 216 ust. 5 Konstytucji).

Izba Gospodarcza Towarzystw Emerytalnych wyraża w tym miejscu wątpliwość, czy zmiany wynikające z ustawy zmieniającej rzeczywiście realizują cel w postaci zapewnienia równowagi finansów publicznych. Zastrzeżenia w tym względzie mają charakter wieloaspektowy.

- Po pierwsze, zmiany w obrębie filaru kapitałowego skutkują nie tyle redukcją długu publicznego, ile przeniesieniem na przyszłość wydatków związanych z finansowaniem świadczeń emerytalnych.
- Po drugie, ograniczenie poziomu długu publicznego w następstwie przejęcia 51,5% aktywów zgromadzonych w OFE ma charakter krótkotrwały, gdyż mimo reformy tempo wzrostu długu publicznego osiągnęło nienotowane wcześniej wartości.
- Po trzecie, poza reformą systemu emerytalnego wprowadzoną kosztem przyszłych ubezpieczonych Państwo nie podjęło (i nie podejmuje) w zasadzie żadnych innych zmian systemowych, których celem byłoby ograniczenie wydatków budżetowych i w rezultacie tempa narastania długu publicznego. Wskazane zastrzeżenia zostały rozwinięte poniżej.

6.2. W wymiarze ekonomicznym nie budzi wątpliwości, że obniżenie wysokości długu publicznego w następstwie reformy drugiego filaru ma jedynie pozorny charakter. W systemie emerytalnym w kształcie sprzed zmian wprowadzonych ustawą zmieniającą otwarte fundusze emerytalne miały w istotnym stopniu partycypować w realizacji obowiązku zapewniania świadczeń emerytalnych na rzecz ubezpieczonych. Przewłaszczeniu na rzecz ZUS 51,5 % aktywów zgromadzonych w OFE towarzyszyło ustanowienie gwarancji Państwa co do wypłaty w przyszłości świadczeń emerytalnych odpowiadających wysokości przejętych środków. Oznacza to, że skokowej redukcji długu publicznego w następstwie przewłaszczenia części aktywów OFE oraz zmniejszeniu wolumenu składek odprowadzanych do OFE od 1 lipca 2014 r. odpowiada przejęcie przez Państwo zobowiązania do zapewnienia w przyszłości środków na wypłatę świadczeń emerytalnych także w tej części, która pierwotnie miała być finansowana z aktywów zgromadzonych w OFE.

W systemie emerytalnym w kształcie sprzed wejścia w życie ustawy zmieniającej akumulacja środków przeznaczonych na wypłatę przyszłych świadczeń emerytalnych była w znacznym stopniu realizowana w sposób ciągły przed nabyciem przez osoby ubezpieczone uprawnień emerytalnych. Zgodnie z założeniem systemu kapitałowego ta część świadczeń nie była finansowana przez Państwo. Przejęcie przez Państwo znacznej części środków zgromadzonych w filarze kapitałowym, jak i radykalne ograniczenie wolumenu odprowadzanych tam aktywów, oznacza zwiększenie zakresu, w jakim Państwo będzie finansować przyszłe świadczenia emerytalne.

Trudno uznać, aby czasowe (także długoterminowe) odroczenie płatności określonych kategorii zobowiązań, prowadziło do rzeczywistej redukcji długu publicznego. Pogląd ten potwierdzają planowane zmiany metodologii liczenia długu publicznego obowiązującej w państwach Unii Europejskiej. Zgodnie z nowymi zasadami (ESA 2010²³) do długu publicznego zaliczane będą także przyszłe wydatki publiczne wynikające z obowiązku zapewnienia świadczeń emerytalnych. Wysokość długu publicznego w Polsce liczona z zastosowaniem nowej metodologii obejmowałaby zatem środki przejęte przez Państwo od OFE w dniu 3 lutego 2014 r., czy też tę część składki, która nie jest przekazywana do OFE, a jedynie ewidencjonowana na indywidualnych kontach emerytalnych prowadzonych przez ZUS. W rezultacie przewłaszczenie 51,5% aktywów zgromadzonych w OFE na rzecz Skarbu Państwa nie prowadzi do redukcji długu publicznego, ale stanowi wyłącznie prolongowanie (transfer) tego długu na przyszłość.

Co więcej, według symulacji wykonanych w ZUS, na które powołuje się Najwyższa Izba Kontroli w informacji o wynikach kontroli przeprowadzonej w ZUS²⁴, realizacja przyjętych 6 grudnia 2013 r. rozwiązań ustawowych nie rozwiąże problemu deficytu Funduszu Ubezpieczeń Społecznych w dłuższej perspektywie. Zgodnie z zawarto w informacji analizą, mimo przewidywanego zwiększenia wpływów z tytułu

²³ European System of National and Regional Accounts (Europejski System Rachunków 2010) został wprowadzony rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 549/2013 z dnia 21 maja 2013 r. w sprawie europejskiego systemu rachunków narodowych i regionalnych w Unii Europejskiej. ESA 2010 określa w szczególności metodykę sporządzania zestawień statystycznych z zakresu rachunków narodowych przez kraje Unii Europejskiej.

²⁴ Informacja o wynikach kontroli NIK z przygotowania Zakładu Ubezpieczeń Społecznych do realizacji zadań wynikających z ustawy z dnia 6 grudnia 2013 r. o zmianie niektórych ustaw w związku z określeniem zasad wypłaty emerytur ze środków zgromadzonych w otwartych funduszach emerytalnych, KPS-4114-001-00/2014
Nr ewid. 153/2014/I/14/002/KPS

składek, a także przenoszenia środków w ramach tzw. suwaka, ZUS, przewiduje się dalszy wzrost deficytu FUS.

6.3. Izba Gospodarcza Towarzystw Emerytalnych wyraża stanowisko, że ingerencja w uprawnienia osób ubezpieczonych oraz zasadnicza zmiana zasad funkcjonowania PTE (OFE zarządzanych przez PTE) tylko wówczas mogą znajdować uzasadnienie w świetle wymogu zapewnienia równowagi finansów publicznych, gdy osiągnane w ten sposób efekty mają charakter trwały. Zaprzeczeniem powyższego postulatu jest sytuacja, w której po przejściowym obniżeniu długu publicznego (w analizowanym przypadku: w następstwie przejęcia przez Państwo części aktywów zgromadzonych w OFE), odnotowywane jest ponownie bardzo szybkie tempo wzrostu zadłużenia. Tymczasem, dane dotyczące poziomu długu publicznego w 2014 r. wskazują na występowanie bardzo silnej tendencji wzrostowej. Zgodnie z informacją Ministerstwa Finansów dotyczącą wysokości zadłużenia Skarbu Państwa pod koniec lipca 2014 r., po wyłączeniu efektu umorzenia skarbowych papierów wartościowych w dniu 3 lutego 2014 r. zadłużenie Skarbu Państwa wzrosło od początku 2014 r. o 43.497 mln zł (5,2% PKB)²⁵. Oznacza to, że w okresie minionych siedmiu miesięcy wzrost długu publicznego skonsumował niemal 1/3 środków, które w dniu 3 lutego 2014 r. Skarb Państwa przejął od OFE. Odpowiednio o taką wartość wzrosła wysokość długu publicznego. Tym samym, redukcja długu w następstwie reformy systemu emerytalnego miała bardzo krótkotrwały efekt. Zauważyć przy tym trzeba, że tempo wzrostu zadłużenia jest znacznie szybsze niż przed wprowadzeniem reformy. Nie tylko nie doszło zatem do trwałego obniżenia poziomu długu, ale reformie towarzyszyło wystąpienie całkowicie odwrotnego trendu, tj. wzrost dynamiki zadłużenia w następstwie czasowego obniżenia długu znacznie poniżej progów ostrożnościowych.

Trzeba mieć ponadto na uwadze, że po zmianach dokonanych nowelizacją ustawy z dnia 6 grudnia 2014 r., Międzynarodowa Pozycja Inwestycyjna Netto (MPIN) Polski jest głęboko ujemna. Wskaźnik ten informuje, czy dany kraj jest wierzycielem, czy dłużnikiem netto w stosunku do zagranicy. MPIN Polski pogarsza się od wielu lat. W roku 2013 relacja MPIN do PKB pogorszyła się o 2,2 punktu procentowego i osiągnęła

²⁵ *Zadłużenie Skarbu Państwa 07/2014. Biuletyn miesięczny*, adres publikacyjny http://www.finance.mf.gov.pl/documents/766655/1170488/zsp_2014_07.pdf

wartość ujemną w wysokości 69,9 proc. PKB. Taki poziom MPIN plasuje nasz kraj w grupie państw o największym ryzyku spośród gospodarek wschodzących na świecie. Istotnym czynnikiem ryzyka, związanego z niedostatkiem oszczędności krajowych, jest również znaczny udział inwestorów zagranicznych wśród posiadaczy polskich papierów skarbowych. Udział ten od roku 2007 zwiększył się o ponad 20 punktów procentowych i obecnie (wg danych na koniec sierpnia 2014 r., tj. po przejściu aktywów z OFE) osiąga poziom 58,8%²⁶.

6.4. Jak wskazywano, zmniejszenie wysokości długu publicznego stanowi okoliczność, która może uzasadniać zmiany w obrębie prawa ubezpieczeń społecznych, w tym również wywołujące niekorzystne skutki z perspektywy osób ubezpieczonych, świadczeniobiorców czy też funduszy emerytalnych. Co więcej, ograniczenie deficytu sektora finansów publicznych, jako cel działalności władz publicznych, jest legitymowany konstytucyjnie (por. art. 216 ust. 5 Konstytucji). Zasadne jest również twierdzenie, że – uwzględniając takie czynniki, jak występowanie stałego deficytu finansów publicznych, niewystarczające tempo wzrostu gospodarczego czy też zbliżanie się do dopuszczalnych limitów długu publicznego – władze publiczne są zobowiązane do podjęcia działań ukierunkowanych na obniżenie deficytu sektora finansów publicznych i zmniejszenie poziomu zadłużenia.

Wypada jednak zauważyć, że obniżenie deficytu finansów publicznych i wysokości długu publicznego może zostać osiągnięte za pomocą różnych działań. Realizacji powyższych celów służy zarówno obniżenie poziomu wydatków budżetowych, jak i podniesienie poziomu dochodów (a także oba te działania podejmowane równocześnie). W dalszej kolejności wymaga podkreślenia, że obniżenie deficytu finansów publicznych może być realizowane w różnych obszarach działalności władz publicznych (np. w zakresie utrzymania Sił Zbrojnych, ochrony środowiska, ochrony zdrowia, itp.). Także w sferze ubezpieczeń społecznych władze państwa dysponują szerokim wachlarzem działań, które w wymiarze finansowym skutkować będą redukcją deficytu finansów publicznych (np. podwyższenie wieku emerytalnego, zamrożenie waloryzacji świadczeń emerytalnych, wprowadzenie jednolitego systemu ubezpieczeń emerytalnych dla wszystkich grup zawodowych, podniesienie składki na ubezpieczenie

²⁶ *Jak mobilizować dodatkowe oszczędności emerytalne?*, Capital Strategy, Warszawa, Listopad 2014 r.

emerytalne, itp.). W konsekwencji należy stwierdzić, że reforma zasad ubezpieczenia w drugim filarze wprowadzona ustawą zmieniającą nie wyczerpuje szerokiego *spectrum* działań, które mogą prowadzić do redukcji długu publicznego.

Wybór konkretnych działań służących realizacji celu przyjętego przez prawodawcę ma zawsze wymiar polityczny i – jako taki – mieści się w zakresie uznania władz publicznych. Oznacza to, że władzy publicznej przysługuje znaczna swoboda zarówno w wyborze obszarów, które mają być dotknięte wprowadzonymi zmianami, jak i w wyznaczeniu konkretnych rozwiązań prawnych, przy pomocy których będą realizowane założone cele. Podkreślenia wymaga jednak, że dokonany przez władze publiczne wybór nie może nosić cech arbitralności. Przede wszystkim prawodawca zobowiązany jest rozważyć, czy założony cel nie może zostać osiągnięty przez inne działania, a w przypadku udzielenia odpowiedzi twierdzącej prawodawca powinien sięgać po rozwiązania odznaczające się najmniejszym stopniem dolegliwości dla adresatów. Ponadto, rozwiązania prawne skutkujące naruszeniem interesów obywateli oraz podmiotów podobnych powinny odnosić się przede wszystkim do stanów przyszłych (np. podniesienie stawek podatkowych na przyszłość), nie zaś ingerować w powstałe już – na gruncie dotychczasowego prawa – uprawnienia. Zarazem prawodawca zobowiązany jest wybierać te rozwiązania prawne, które nie stoją w sprzeczności z aksjologią Konstytucji.

Przechodząc na grunt ustawy zmieniającej trzeba wyrazić stanowisko, że zawarte w niej rozwiązania mogą budzić istotne wątpliwości w kontekście zarysowanych powyżej wymagań. Przede wszystkim, cel zmian w obrębie systemu emerytalnego, jakim jest obniżenie poziomu długu publicznego może zostać osiągnięty za pomocą różnych działań (m.in. obniżenie wydatków sektora finansów publicznych, podniesienie stawek danin publicznych). Także w obrębie systemu zabezpieczenia emerytalnego realizacja założonego celu może zostać osiągnięta przy pomocy różnych działań, np. poprzez objęcie wszystkich grup zawodowych powszechnym systemem emerytalnym. Projektodawca nie przedstawił argumentacji dlaczego – mając na względzie konieczność obniżenia długu publicznego – władze publiczne zdecydowały się właśnie na zmiany dotyczące zasad funkcjonowania filaru kapitałowego, polegające w głównej mierze na przewłaszczeniu na rzecz Skarbu Państwa części aktywów zgromadzonych w tym filarze. Z powyższego względu wydaje się, że nie została spełniona przesłanka konieczności oraz niezbędności zmian ustawodawczych. Reforma emerytalna wprowadzona ustawą

zmieniającą realizuje co prawda cel w postaci zmniejszenia długu publicznego, ale zarazem cel ten mógł zostać osiągnięty także za pomocą innych zmian w obrębie systemu emerytalnego, czy też w ogóle w innych obszarach finansów publicznych. Przy czym, zmiany wynikające z ustawy zmieniającej wywołują także skutki retrospektywne.

Izba Gospodarcza Towarzystw Emerytalnych zwraca uwagę, że kumulacji w ostatnich latach zmian w obrębie filaru kapitałowego towarzyszy petryfikacja rozwiązań dotyczących sfery ubezpieczenia emerytalnego w stosunku do grup zawodowych wyłączonych z powszechnego systemu ubezpieczenia emerytalnego (służby mundurowe, rolnicy, prokuratorzy i inni). Finansowanie systemu zabezpieczenia emerytalnego w stosunku do tych grup zawodowych stanowi bardzo znaczące obciążenie finansów publicznych, zatem objęcie ich ubezpieczeniem powszechnym spowodowałoby istotne zmniejszenie wydatków publicznych. W tym kontekście, dokonywanie zmian prawnych realizujących cele ogólnospołeczne (zmniejszenie długu publicznego) kosztem jedynie pewnej grupy obywateli, a więc osób objętych powszechnym systemem emerytalnym, a z wyłączeniem pozostałych grup, może budzić wątpliwości w świetle konstytucyjnej zasady sprawiedliwości społecznej (art. 2 Konstytucji) oraz jest sprzeczne z pojmowaniem państwa jako dobra wspólnego wszystkich obywateli (art. 1 Konstytucji). Zasady te nakazują, aby ciężary (ograniczenia) były nakładane w podobnym stopniu (równomiernie) na wszystkich obywateli, odznaczających się wspólną cechą relewantną. W rozpatrywanym przypadku postulat ten zostałby spełniony, gdyby wszyscy zatrudnieni zostali objęci jednolitym systemem emerytalnym i zmiany w systemie emerytalnym obejmowałyby ogół zatrudnionych.

Oczywiście, zasadnicza większość działań skierowanych na ograniczenie wydatków publicznych bądź też redukcję długu publicznego jest kosztowna społecznie i wywołuje niezadowolenie adresatów tych zmian. W istocie, ustawodawca wybrał w tym względzie drogę wywołującą najmniejsze kontrowersje w wymiarze społecznym. Jest ona bowiem aktualnie nieodczuwalna w wymiarze finansowym dla obywateli, ale prowadzi jednocześnie do kumulacji niekorzystnych skutków finansowych na przyszłość. Pomijając tę okoliczność trudno wskazać dlaczego, np. wprowadzona ustawą zmieniającą rzeczywista likwidacja części filaru kapitałowego jest - jako działanie skierowane na obniżenie długu publicznego - bardziej legitymowana niż podniesienie danin publicznych bądź też ograniczenie sfery wydatkowej budżetu państwa. W związku z tym, wyłania się zasadnicza wątpliwość czy w sytuacji braku konieczności wprowadzenia rozwiązań

proponowanych w ustawie – wobec istnienia rozwiązań alternatywnych, których wprowadzenie także skutkowałoby obniżeniem poziomu zadłużenia – przy uwzględnieniu stopnia ich ingerencji w sytuację osób ubezpieczonych, wprowadzone zmiany znajdują uzasadnienie.

6.5. Wskazywano już, że ekwiwalent przejęcia przez Skarb Państwa 51,5% aktywów zgromadzonych w OFE stanowi gwarancja wyrażona w art. 25 ust. 11 ustawy zmieniającej, nakładająca na Państwo obowiązek zapewnienia w przyszłości świadczeń emerytalnych w wysokości odpowiadającej przejętym środkom. IGTE zwraca uwagę, że realizacja powyższego zobowiązania została oparta na dwóch – niewyrażonych *expressis verbis* – założeniach.

- Po pierwsze, w przyszłości państwo będzie posiadać środki finansowe konieczne do wywiązania się w pełnym zakresie z udzielonej gwarancji.
- Po drugie, władza publiczna nie dokona niekorzystnych dla ubezpieczonych zmian w zasadach ustalania wysokości świadczeń.

Oba założenia są ze sobą powiązane – wprowadzenie ewentualnych zmian w zasadach ustalania wysokości świadczeń mogłoby wynikać z tego, że Państwo nie jest w stanie finansować wydatków FUS.

Pierwsze z założeń ma postać aksjomatu, wyrażając przeświadczenie, iż „państwo nie może zbankrutować” i w każdym warunkach będzie w stanie wywiązywać się z wcześniej zaciągniętych zobowiązań. Historia gospodarcza – nie tylko najnowsza – potwierdza iluzoryczność tego przeświadczenia. Nadanie mu w art. 25 ust. 11 ustawy zmieniającej postaci normatywnej w niczym nie zmienia faktu, że jego realizacja jest uwarunkowana możliwościami finansowymi państwa w przyszłości. O ile zatem reforma emerytalna z 1999 r. zmierzała do uniezależnienia emerytury kapitałowej od aktualnych możliwości finansowych państwa, to ustawa zmieniająca oznacza w istotnym stopniu powrót do repartycyjnego mechanizmu finansowania świadczeń emerytalnych, w którym obowiązek zapewnienia świadczeń spoczywa wyłącznie na władzy publicznej. Obecne tempo rozwoju gospodarczego, perspektywy demograficzne czy też utrzymująca się tendencja emigracyjna, nie dają podstaw do optymizmu w kwestii stanu finansów publicznych w przyszłości. Jeżeli zatem sytuacja finansów publicznych w przyszłości uniemożliwi wypłatę przez Państwo emerytury kapitałowej z pełnym zachowaniem gwarancji zawartej w art. 25 ust. 11 ustawy zmieniającej, to ustawodawca będzie

zmuszony do zmiany tych zasad, odstępując od powyższej gwarancji. To zaś finalnie oznacza przerzucenie ryzyka związanego z możliwością finansowania świadczeń emerytalnych przez państwo na samego ubezpieczonego, co stanowi zaprzeczenie obowiązku Państwa statuowanego w art. 67 ust. 1 Konstytucji.

6.6. Należy zwrócić uwagę, że wątpliwości odnoszące się do realizacji przez ustawę zmieniającą celu w postaci zapewnienia równowagi finansów publicznych zostały także sformułowane przez organy inicjujące postępowanie w sprawie o sygn. akt K 1/14.

Rzecznik Praw Obywatelskich wskazał w tym zakresie, że w części obejmującej środki przejęte przez OFE Państwo przejęło obowiązek finansowania w przyszłości świadczeń emerytalnych. Jak stwierdził Rzecznik, wejście w życie ustawy zmieniającej doprowadziło zatem do zmniejszenia wysokości długu publicznego w rozumieniu ustawy o finansach publicznych, ale jednocześnie doszło do bardzo istotnego zwiększenia udziału Państwa w finansowaniu świadczeń emerytalnych w przyszłości. Zarazem poziom finansowania świadczeń przez Państwo będzie dodatkowo wyższy w przypadku niekorzystnych trendów demograficznych. Rzecznik wyraził w tym zakresie pogląd, że w powyższym stanie zapewnienie równowagi finansowej nie uzasadnia wprowadzenia rozwiązań zawartych w art. 23 ustawy zmieniającej²⁷.

Wątpliwości co do osiągnięcia przez ustawę zmieniającą zasadniczego celu wyrażającego się w trwałej redukcji długu publicznego znajdują także potwierdzenie w świetle analiz przedstawianych przez niezależne podmioty. W opracowaniu Instytutu Badań Strukturalnych poświęconemu skutkom finansowym ustawy zmieniającej. wskazano, że: „Rząd zdecydował się na rozwiązanie tymczasowe, polegające na przeniesieniu części aktywów zgromadzonych na poczet przyszłych emerytur z OFE do ZUS oraz części składek na ubezpieczenie emerytalne. Zmiana ta pozwala jednorazowo obniżyć dług publiczny [i] nieznacznie zwiększyć wpływy do ZUS z tytułu składek, ale nie rozwiązuje problemu strukturalnego deficytu. Można się więc spodziewać, że począwszy od 2015 dług publicznych ponownie zacznie narastać. [...] Wpływ Ustawy [zmieniającej – uwaga własna] na przychody i wydatki sektora finansów publicznych charakteryzuje się znaczną niezgodnością czasową. Poprawa po stronie przychodów następuje od początku rozpatrywanego okresu analizy, gdyż przejęte aktywa i strumienie

²⁷ Por. wniosek RPO, s. 19

składek mają realną wartość pieniężną, zaś przejęte zobowiązania nie są przedmiotem rzeczywistej wyceny, zaś wynikające z nich wydatki publiczne będą bardzo odłożone w czasie (większość z nich nastąpi po 2050 r.). W ten sposób, bieżące problemy finansów publicznych Polski są finansowane poprzez wzrost przyszłych zobowiązań państwa, które będą musiały spłacić przyszłe pokolenia²⁸.

Mając na względzie zawarte w stanowisku uwagi Izba Gospodarcza Towarzystw Emerytalnych w pełni podziela zarzuty sformułowane we wniosku Prezydenta RP z 30 stycznia 2014 r. oraz wniosku Rzecznika Praw Obywatelskich z 29 sierpnia 2014 r. W ocenie Izby, wszystkie zaskarżone w połączonym postępowaniu przepisy są niezgodne ze wskazanymi przez wnioskodawców wzorcami konstytucyjnymi.

Z poważaniem,

Małgorzata Rusewicz

Prezes Izby Gospodarczej Towarzystw Emerytalnych

²⁸ Instytut Badań Strukturalnych, *Ocena wpływu na finanse publiczne ustawy z 6 grudnia 2013 o zmianie niektórych ustaw w związku z określeniem zasad wypłaty emerytur ze środków zgromadzonych w otwartych funduszach emerytalnych*, 28 stycznia 2014 r., s. 26, adres publikacji http://konfederacjalewiatan.pl/_files/2014_02/IBS_Ocena_wplywu_na_finance_publiczne_ustawy_z_6_grudnia_2013_v2_310114.pdf.