



Raport regulacyjny

**w sprawie oceny zgodności z Konstytucją RP 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
(Dz. U. poz. 1717 z 31 grudnia 2013 r.)**

Raport opracowano na zamówienie:

Konfederacji LEWIATAN

Warszawa, luty 2014 r.



SPIS TREŚCI

I. PODSUMOWANIE – TEZY RAPORTU	4
II. UWAGI WPROWADZAJĄCE	7
1. Zakres przedmiotowy Raportu	7
2. Cel Raportu	8
3. Autorzy	8
4. Zastrzeżenia	9
5. Źródła prawa i dokumenty	9
III. ZAKRES SWOBODY REGULACYJNEJ PRAWODAWCY W ODNIESIENIU DO ZMIAN W SYSTEMIE EMERYTALNYM	12
IV. EWOLUCJA SYSTEMU EMERYTALNEGO W POLSCE W LATACH 1999 – 2013	14
1. Podstawowe założenia reformy emerytalnej z 1999 r.	14
2. Ustawa nowelizująca system OFE z 2009 r.	16
3. Ustawa nowelizująca system OFE z 2011 r.	16
4. Podsumowanie	18
V. PRACE LEGISLACYJNE NAD USTAWĄ NOWELIZUJĄCĄ SYSTEM OFE Z 2013 r.	18
1. Charakterystyka najistotniejszych zmian regulacyjnych	18
2. Rządowa faza prac legislacyjnych	20
3. Parlamentarna faza prac legislacyjnych	42
VI. UMORZENIE 51,5% JEDNOSTEK ROZRACHUNKOWYCH OFE	47
1. Zarys stanu prawnego	47
2. Status prawny środków zgromadzonych w OFE	48
3. Ocena konstytucyjna art. 23 Ustawy	52
4. Podsumowanie	59
VII. UMARZANIE JEDNOSTEK ROZRACHUNKOWYCH W RAMACH TZW.„SUWAKA BEZPIECZEŃSTWA”	61
1. Zarys stanu prawnego	61



2. Ocena konstytucyjna art. 12 Ustawy	62
3. Podsumowanie	64
VIII. ZAKAZ REKLAMY OFE	65
1. Zarys stanu prawnego	65
2. Ocena konstytucyjna art. 4 pkt. 41 – 42 Ustawy	66
3. Podsumowanie	71
IX. „SWOBODA WYBORU” MIĘDZY OFE A ZUS	72
1. Zarys stanu prawnego	72
2. Ocena konstytucyjna art. 11 Ustawy	72
3. Podsumowanie	78
X. OGRANICZENIE SWOBODY LOKOWANIA AKTYWÓW OFE	78
1. Zarys stanu prawnego	78
2. Ocena konstytucyjna	79
3. Podsumowanie	80
XI. INNE WĄTPLIWOŚCI KONSTYTUCYJNE DOTYCZĄCE STANDARDÓW PRAWIDŁOWEJ LEGISLACJI	80
Załącznik 1: Recenzja Raportu – prof. dr hab. Bogusław Banaszak	
Załącznik 2: Recenzja Raportu – prof. dr hab. Ryszard Małajny	



I. PODSUMOWANIE – TEZY RAPORTU

1. Analiza prawna przeprowadzona w ramach niniejszego Raportu w pierwszej kolejności objęła ocenę prawidłowości przebiegu procesu legislacyjnego, w którym przyjęto Ustawę nowelizującą system OFE z 2013 r.

Analiza ta prowadzi do wniosku, że **Ustawa została przyjęta przez Sejm RP z naruszeniem przepisów Konstytucji RP, co stanowi samoistną przesłankę do postawienia tezy o niezgodności całej Ustawy z następującymi przepisami Konstytucji RP:**

- **art. 2 Konstytucji RP i wynikających z niego zasad zaufania do państwa i prawa oraz prawidłowej legislacji** – uwagi na prowadzenie prac legislacyjnych w sprawie o szczególnie istotnym znaczeniu dla bezpieczeństwa socjalnego obywateli w sposób uniemożliwiający merytoryczną refleksję nad jej treścią, wbrew zasadzie racjonalnego prawodawcy, co nie licuje ze standardami demokratycznego państwa prawnego,
- **art. 118 ust. 1 i art. 119 ust. 1 Konstytucji RP, art. 36 Regulaminu Sejmu RP oraz art. 7 Konstytucji RP** – z uwagi na naruszenie zasady rozpatrywania przez Sejm RP Projektu Ustawy w trzech czytaniach oraz zasady legalizmu, poprzez wniesienie w II czytaniu poprawki będącej nowym Projektem Ustawy,
- **art. 119 ust. 2 Konstytucji RP, art. 14 ust. 1 pkt 1 i 6 Ustawy o wykonywaniu mandatu posła i senatora oraz art. 45 Regulaminu Sejmu RP w związku z art. 2 Konstytucji RP oraz art. 7 Konstytucji RP** – z uwagi na naruszenie prawa posłów do zgłaszania poprawek do Projektu Ustawy, uniemożliwienie przeprowadzenia prawidłowej debaty parlamentarnej, a także pozostawienie bez rozpoznania ponad tysiąca poprawek poselskich zgłoszonych podczas II czytania Projektu Ustawy.

2. W dalszym toku analizy wyodrębniono z Ustawy pięć rozwiązań regulacyjnych o podstawowym znaczeniu dla realizacji jej celów, a także o najistotniejszym znaczeniu społecznym i gospodarczym. Regulacje te poddano następnie analizie konstytucyjnej, która wykazała, że:

- **Obowiązek umorzenia 51,5% jednostek rozrachunkowych OFE (art. 23 Ustawy) – rodzi wątpliwości co do zgodności z art. 2, art. 20, art. 21 ust. 1 i 2, art. 22, art. 32, a także art. 64 ust. 1 – 3 w zw. z art. 31 ust. 3 oraz art. 67 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP;**
- **Obowiązek sukcesywnego umarzenia części jednostek rozrachunkowych OFE w okresie 10 lat przed osiągnięciem wieku emerytalnego w ramach tzw. „suwaka**



bezpieczeństwa” (art. 12 Ustawy w zw. z art. 100c i 111c Ustawy o OFE w brzmieniu nadanym art. 4 pkt 12 i 16 Ustawy) – **rodzi wątpliwości co do zgodności z art. 2, art. 20, art. 21 ust. 1 i 2, art. 22 i art. 64 ust. 1 – 3 w zw. art. 31 ust. 3 oraz art. 67 ust. 1 Konstytucji RP w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP;**

- Zakaz reklamy OFE (art. 4 pkt 41 – 42 i art. 36 Ustawy) – **rodzi wątpliwości co do zgodności z art. 2, art. 20, art. 22 oraz art. 54 ust. 1 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP;**
- Wprowadzenie względnej „swobody” wyboru między OFE a ZUS (art. 11 Ustawy) – **rodzi wątpliwości co do zgodności z art. 2, art. 32 i art. 67 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP;**
- Ograniczenie swobody lokowania aktywów OFE (art. 141 Ustawy o OFE w brzmieniu nadanym przez art. 4 pkt 25 Ustawy w zw. z art. 35 Ustawy) – **rodzi wątpliwości co do zgodności z art. 2, art. 20, art. 22, art. 31 ust. 3, art. 64 ust. 1 – 3 i art. 67 Konstytucji RP.**

3. Ponadto analiza treści Ustawy ujawniła liczne wątpliwości dotyczące jej zgodności z Konstytucją RP, a w szczególności zasadami prawidłowej legislacji, tj.:

- **art. 1 Ustawy** przewiduje nowelizację ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych i wchodzi w życie w trakcie roku podatkowego, **co rodzi wątpliwości z punktu widzenia art. 2 i 217 Konstytucji (zasada zakazu zmiany prawa podatkowego w trakcie roku podatkowego),**
- **art. 4 pkt 25 Ustawy** (art. 152 ust. 5 Ustawy o OFE) przewiduje, że Rada Ministrów w formie rozporządzenia określać będzie maksymalne wysokości aktywów OFE, które mogą być inwestowane w poszczególne kategorie lokat – **co rodzi wątpliwości co do zgodności z art. 92 ust. 1 oraz art. 20 i 22 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP,**
- **art. 4 pkt 18** (art. 123a Ustawy o OFE) przewiduje, że Rada Ministrów określi w drodze rozporządzenia termin i tryb dokonywania wypłat transferowych w przypadkach, o których mowa w art. 119 oraz w przepisach rozdziałów 12 i 13 Ustawy o OFE, nie przewiduje jednak wytycznych – **co rodzi wątpliwości co do zgodności z art. 92 ust. 1 Konstytucji RP.**
- **art. 4 pkt 35** (art. 185 ust. 4 Ustawy o OFE) – przepis ten przewiduje upoważnienie do wydania rozporządzenia przez Radę Ministrów, nie wskazuje jednak wytycznych ani granic spraw przekazanych do uregulowania w



rozporządzeniu – **co rodzi wątpliwości co do zgodności z art. 92 ust. 1 Konstytucji RP,**

- **art. 4 pkt 28 Ustawy** (art. 151 ust. 2 i 3 Ustawy OFE) przewiduje pozorną możliwość udzielania pożyczek papierów wartościowych przez fundusz – **co rodzi wątpliwości z punktu widzenia zasady prawidłowej legislacji i nakazu określoności prawa (art. 2 Konstytucji RP).**
- **art. 23 ust. 18 Ustawy** stanowi fakultatywną delegację ustawową do wydania przez Radę Ministrów rozporządzenia określającego szczegółowy sposób i tryb przekazania przez Otwarte Fundusze Emerytalne aktywów do ZUS w związku z umorzeniem ich 51,5% - **co rodzi wątpliwości co do zgodności z art. 92 ust. 1 Konstytucji RP.**
- **art. 37 Ustawy** przewiduje jej wejście w życie z dniem 1 lutego 2014 r., co – biorąc pod uwagę skomplikowanie legislacyjne i znaczenie społeczne Ustawy – **prowadzi do naruszenia art. 2 Konstytucji RP (brak odpowiedniej *vacatio legis*).**



II. UWAGI WPROWADZAJĄCE

1. Zakres przedmiotowy Raportu

Niniejszy Raport regulacyjny został przygotowany na zamówienie Konfederacji LEWIATAN (dalej: „**Konfederacja Lewiatan**” lub „**Zamawiający**”). Przedmiotem Raportu jest analiza 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 (Dz. U. poz. 1717 z dnia 31 grudnia 2013 r., dalej: „**Ustawa**” lub „**Ustawa nowelizująca system OFE**”) pod względem jej zgodności:

- z zasadami i normami wynikającymi z Konstytucji RP, w tym przede wszystkim standardami państwa prawnego, zasadą zaufania obywateli do państwa, kanonami prawidłowej legislacji, a także proporcjonalnością ingerencji w konstytucyjne prawa i wolności jednostki;
- zgodności trybu prac legislacyjnych nad Ustawą z konstytucyjną zasadą legalizmu, zobowiązującą organy władzy publicznej do działania jedynie na podstawie i w granicach prawa, a także przepisami Regulaminu pracy Rady Ministrów, Regulaminu Sejmu RP oraz Regulaminu Senatu RP;
- poprawności przyjętej techniki prawodawczej.

W ramach niniejszego Raportu analizie poddana została także racjonalność prakseologiczna Ustawy nowelizującej system OFE¹, a także trafność Oceny Skutków Regulacji. Ocena ta jest dla analizy konstytucyjnej niezbędna, choć wykracza w pewnym stopniu poza analizę prawniczą², pozwoli bowiem na zbadanie zgodności Ustawy i jej poszczególnych rozwiązań z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP w kontekście ich niezbędności oraz przeprowadzenie pełnego „*testu proporcjonalności*” tychże regulacji w zakresie dotyczącym ingerencji w prawa i wolności jednostki.

Zakresem przedmiotowym niniejszego Raport nie jest natomiast objęta analiza zgodności Ustawy z przepisami prawa Unii Europejskiej, a także umowami międzynarodowymi o popieraniu i ochronie wzajemnych inwestycji. Raport nie odnosi się także do zagadnień związanych z prawem podatkowym oraz rachunkowością.

¹ Przez racjonalność prakseologiczną aktu normatywnego należy rozumieć takie ukształtowanie treści aktu normatywnego, które pozwala przypuszczać, że normy prawne z niego wynikające są w stanie - w danych warunkach społecznych, gospodarczych i kulturowych – wywołać pożądane skutki oraz doprowadzić do realizacji celów zakładanych przez twórców tego aktu normatywnego.

² W tym zakresie autorzy niniejszego Raportu posiłkują się analizami uznanych ekonomistów, przedstawianych w toku procesu stanowienia prawa w zakresie dotyczącym tej Ustawy, udostępnionych przez Zamawiającego lub poprzez stronę podmiotową BIP Rządowego Centrum Legislacji.



2. Cel Raportu

Raport regulacyjny ma na celu dokonanie kompleksowej oceny zgodności z Konstytucją RP zarówno treści Ustawy nowelizującej system OFE, jak i działań organów władzy publicznej podejmowanych w czasie procesu legislacyjnego dotyczącego tej Ustawy. Analiza ta ma charakter kompleksowy i obejmuje całą treść Ustawy po jej wejściu w życie.

W swym założeniu Raport ma stanowić źródło wszechstronnej argumentacji konstytucyjnej możliwej do wykorzystania zarówno przez Konfederację Lewiatan, jak i przez każdy inny podmiot, zainteresowany oceną zgodności Ustawy z Konstytucją RP. Biorąc pod uwagę wskazany wyżej cel – za zgodą Zamawiającego oraz autorów Raportu – stanowi on informację publiczną.

Zamawiający oraz autorzy Raportu wyrażają ponadto zgodę na wykorzystanie Raportu w całości lub w części przez każdego, dla kogo może on być źródłem informacji na temat zgodności Ustawy z Konstytucją RP lub – w interesie publicznym – okazać się pomocny w procesie kontroli konstytucyjności Ustawy reformującej system OFE, stanowiąc źródło argumentacji, mającej na celu ochronę standardów konstytucyjnych oraz zasad prawidłowej legislacji w procesie stanowienia prawa.

3. Autorzy

Raport regulacyjny został opracowany przez Zespół Doradztwa Regulacyjnego Kancelarii Domański Zakrzewski Palinka sp.k. w składzie:

- dr hab. Marcin Matczak, radca prawny, Partner DZP,
- dr Tomasz Zalański, radca prawny, Counsel DZP (redakcja i opracowanie),
- Piotr Najbuk, associate DZP,
- Michał Tracz, associate DZP,
- Anna Hlebicka – Józefowicz,
- Piotr Pawłowski.

Autorzy pragną także podziękować Mec. Krzysztofowi A. Zakrzewskiemu (radca prawny, Partner Zarządzający DZP) oraz Profesorowi Grzegorzowi Domańskiemu (radca prawny, Partner DZP) za konsultację podczas prac nad Raportem.

Raport po jego opracowaniu został skierowany do merytorycznej recenzji, której opracowania podjęli się:

- prof. dr hab. Bogusław Banaszak, Kierownik Katedry Prawa Konstytucyjnego Uniwersytetu Wrocławskiego,



- prof. dr hab. Ryszard Małajny, Kierownik Katedry Prawa Konstytucyjnego Uniwersytetu Śląskiego.

Treść opracowanych recenzji stanowi załącznik do Raportu.

4. Zastrzeżenia

Autorzy Raportu pragną zastrzec, że analizy oraz wnioski zawarte w Raporcie oparte zostały na dominujących, w ocenie autorów, poglądach prezentowanych aktualnie zarówno w doktrynie prawa konstytucyjnego, jak i w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, co nie oznacza, że nie są wyrażane również opinie odmienne od przedstawionych w Raporcie. W debacie publicznej pojawiają się szczególnie licznie rozbieżne oceny dotyczące zarówno zgodności Ustawy z Konstytucją RP (w tym zakresie dominują jednak oceny krytyczne), jak i w szczególności skutków jej wejścia w życie dla stabilności budżetu państwa. Biorąc pod uwagę konieczność ochrony stabilności budżetu państwa i – jak deklaruje się w uzasadnieniu – wynikającą stąd zasadność przyjęcia Ustawy, prawidłowe określenie pierwszeństwa kolidujących ze sobą rozmaitych wartości konstytucyjnych jest w tym przypadku szczególnie trudne. Stąd autorzy uznali za zasadne zamówienie eksperckich recenzji Raportu, celem dodatkowej weryfikacji postawionych w nim tez.

Nie oznacza to jednak, że tezy przedstawione w Raporcie zostaną w pełni podzielone w ewentualnym postępowaniu przed Trybunałem Konstytucyjnym. Wiele zależy tu od rzetelnych danych makroekonomicznych oraz pełnej Oceny Skutków Regulacji, których uzupełnienie wydaje się być konieczne w toku postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym.

5. Źródła prawa i dokumenty

Niniejszy Raport regulacyjny powstał w oparciu o analizę następujących źródeł prawa powszechnie obowiązującego:

- Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (dalej: **Konstytucja RP**)³,
- Ustawa z dnia 28 sierpnia 1997 r. o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych (dalej: **Ustawa o OFE**)⁴,

³ Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm.

⁴ Dz. U. poz. 989 tekst jedn. z 2013 r. ze zm.



- Ustawa z dnia 27 sierpnia 2003 r. o zmianie ustawy o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych oraz niektórych innych ustaw (dalej: **Ustawa nowelizująca OFE z 2003 r.**)⁵
- Ustawa z dnia 26 czerwca 2009 r. o zmianie ustawy o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych oraz ustawy o zmianie ustawy o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych oraz niektórych innych ustaw (dalej: **Ustawa nowelizująca OFE z 2009 r.**)⁶
- Ustawa z dnia 25 marca 2011 r. o zmianie niektórych ustaw związanych z funkcjonowaniem systemu ubezpieczeń społecznych (dalej: **Ustawa nowelizująca OFE z 2011 r.**)⁷,
- Ustawa z dnia 8 sierpnia 1996 r. o Radzie Ministrów (dalej: **Ustawa o Radzie Ministrów**)⁸,
- Ustawa z dnia 20 lipca 2000 r. o ogłaszaniu aktów normatywnych i niektórych innych aktów prawnych (dalej: **Ustawa o ogłaszaniu aktów normatywnych**)⁹,
- Ustawa z dnia 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych (dalej: **Ustawa o podatku dochodowym od osób fizycznych**)¹⁰,
- Ustawa z dnia 10 grudnia 1993 r. o zaopatrzeniu emerytalnym żołnierzy zawodowych oraz ich rodzin (dalej: **Ustawa o zaopatrzeniu emerytalnym żołnierzy zawodowych**)¹¹,
- Ustawa z dnia 18 lutego 1994 r. o zaopatrzeniu emerytalnym funkcjonariuszy Policji, Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Agencji Wywiadu, Służby Kontrwywiadu Wojskowego, Służby Wywiadu Wojskowego, Centralnego Biura Antykorupcyjnego, Straży Granicznej, Biura Ochrony Rządu, Państwowej Straży Pożarnej i Służby Więziennej oraz ich rodzin (dalej: **Ustawa o emeryturach mundurowych**)¹²,
- Ustawa z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (dalej: **Ustawa o systemie ubezpieczeń społecznych**)¹³,
- Ustawa z dnia 17 grudnia 1998 r. o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych (dalej: **Ustawa o emeryturach i rentach z FUS**)¹⁴,
- Ustawa z dnia 22 maja 2003 r. o nadzorze ubezpieczeniowym i emerytalnym oraz Rzeczniku Ubezpieczonych (dalej: **Ustawa o nadzorze ubezpieczeniowym**)¹⁵,

⁵ Dz. U. Nr 170, poz. 1651.

⁶ Dz. U. Nr 127, poz. 1048 z 2009 r.

⁷ Dz. U. Nr 75, poz. 398 z 2011 r. ze zm.

⁸ Dz. U. poz. 392 tekst jedn. z 2012 r.

⁹ Dz. U. Nr 197, poz. 1172 tekst jedn. z 2011 r. ze zm.

¹⁰ Dz. U. poz. 361 tekst jedn. z 2012 r. ze zm.

¹¹ Dz. U. poz. 666 tekst jedn. z 2013 r. ze zm.

¹² Dz. U. poz. 667 tekst jedn. z 2013 r. ze zm.

¹³ Dz. U. poz. 1442 tekst jedn. z 2013 r. ze zm.

¹⁴ Dz. U. poz. 1440 tekst jedn. z 2013 r.

¹⁵ Dz. U. poz. 290, tekst jedn. z 2013 r.



- Ustawa z dnia 20 kwietnia 2004 r. o indywidualnych kontaktach emerytalnych oraz indywidualnych kontaktach zabezpieczenia emerytalnego (dalej: **Ustawa o indywidualnych kontaktach emerytalnych**)¹⁶,
- Ustawa z dnia 21 listopada 2008 r. o emeryturach kapitałowych (dalej: **Ustawa o emeryturach kapitałowych**)¹⁷,
- Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej” (dalej: **Zasady Techniki Prawodawczej**)¹⁸;
- Uchwała Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 30 lipca 1992 r. Regulamin Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej (dalej: **Regulamin Sejmu**)¹⁹,
- Uchwała Senatu Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 23 listopada 1990 r. Regulamin Senatu (dalej: **Regulamin Senatu**)²⁰,
- Uchwała Nr 49 Rady Ministrów z dnia 19 marca 2002 r. Regulamin pracy Rady Ministrów (dalej: **Regulamin Pracy Rady Ministrów**)²¹;

a także projektów aktów normatywnych oraz dokumentów:

- Projekt ustawy o zmianie niektórych ustaw w związku z określeniem zasad wypłaty emerytur ze środków zgromadzonych w otwartych funduszach emerytalnych wraz z uzasadnieniem oraz Oceną Skutków Regulacji oraz wszelkimi dokumentami zgromadzonymi w toku prac legislacyjnych nad tym dokumentem w Sejmie RP i Senacie RP (druk sejmowy 1946/VII kadencja, dalej: **Projekt Ustawy reformującej system OFE lub Projekt Ustawy**)²²,
- Informacja o skutkach obowiązywania ustawy z dnia 25 marca 2011 r. o zmianie niektórych ustaw związanych z funkcjonowaniem systemu ubezpieczeń społecznych wraz z propozycjami zmian (dokument przedstawiony przez Radę Ministrów Sejmowi RP w dniu 27 września 2013r., dalej: **Informacja rządu o funkcjonowaniu systemu ubezpieczeń społecznych**)²³.

W ramach prac nad Raportem regulacyjnym uwzględniono także analizę materiałów zgromadzonych w toku uzgodnień międzyresortowych oraz konsultacji społecznych

¹⁶ Dz. U. Nr 116, poz. 1205 z 2004 r. ze zm.

¹⁷ Dz. U. Nr 228, poz. 1507 z 2008 r. ze zm.

¹⁸ Dz. U. Nr 100, poz. 908.

¹⁹ M.P. poz. 32 z 2012 r. tekst jedn. ze zm.

²⁰ M.P. Nr 39, poz. 542 tekst jedn. Z 2010 r.

²¹ M.P. Nr 13, poz. 221 z 2002 r. ze zm. W dniu 1 stycznia 2014 r. wszedł w życie nowy Regulamin pracy Rady Ministrów (Uchwała Nr 190 Rady Ministrów z dnia 29 października 2013 r. Regulamin pracy Rady Ministrów, M. P. 2013, poz. 979). W trakcie prac rządowych nad projektem Ustawy reformującej system OFE obowiązywał jednak Regulamin pracy Rady Ministrów z 2002 r., z tego względu jako akt archiwalny został przywołany w źródłach prawa.

²² Projekt udostępniony poprzez stronę podmiotową BIP Ministerstwa Pracy i Polityki Społecznej oraz Rządowego Centrum Legislacji.

²³ Dokument dostępny poprzez stronę podmiotową BIP Ministerstwa Pracy i Polityki Społecznej.



Ustawy reformującej system OFE²⁴, a także poglądy doktryny prawa konstytucyjnego, teorii legislacji oraz orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego w zakresie dotyczącym analizowanego zagadnienia prawnego.

III. ZAKRES SWOBODY REGULACYJNEJ PRAWODAWCY W ODNIESIENIU DO ZMIAN W SYSTEMIE EMERYTALNYM

Ustawa będąca przedmiotem niniejszego Raportu regulacyjnego wprowadza istotne zmiany do regulacji prawnej funkcjonowania systemu emerytalnego w Polsce. Z tego względu na wstępie analizy konieczne jest zarysowanie podstawowych wymagań konstytucyjnych dotyczących zasad funkcjonowania systemu emerytalnego w Polsce, a także zakresu swobody regulacyjnej prawodawcy w tym zakresie.

Konstytucja RP w art. 67 ust. 1 ustanawia prawo do zabezpieczenia społecznego w razie niezdolności do pracy ze względu na chorobę lub inwalidztwo oraz po osiągnięciu wieku emerytalnego. Konstytucja nie reguluje jednak szczegółowo zakresu i form realizacji tego prawa, ograniczając się jedynie do wskazania jego podstawowych cech (istota prawa), w zakresie szczegółów odsyłając natomiast do ustawy. Z tego względu zakres i formy realizacji tego konstytucyjnego prawa podmiotowego objęte są znaczną swobodą regulacyjną ustawodawcy.

Zgodnie z poglądem Trybunału Konstytucyjnego na podstawie przepisów art. 67 ust. 1 Konstytucji RP trudno jest wywieść normy prawne, które obligowałyby prawodawcę do maksymalnej rozbudowy systemu emerytalnego, czy też nadania mu konkretnego kształtu lub struktury przyznawanych świadczeń²⁵. Sposób realizacji przez władze publiczne konstytucyjnego prawa obywateli do zabezpieczenia społecznego po osiągnięciu wieku emerytalnego może być zasadniczo określony swobodnie przez ustawodawcę, w szczególności w sposób dostosowany do możliwości budżetu państwa.

W świetle przywołanego wyżej przepisu art. 67 ust. 1 Konstytucji RP należy uznać za dopuszczalne modyfikowanie zakresu i wymiaru świadczeń emerytalnych, w tym również na niekorzyść obywatela (świadczeniobiorcy). Zmiany takie mogą być związane np. z pogorszeniem się sytuacji budżetowej państwa i wynikającą stąd koniecznością podjęcia działań mających na celu ochronę jej stabilności. W każdym takim przypadku ingerencja legislacyjna w system zabezpieczenia społecznego musi być jednak uzasadniona koniecznością ochrony innej, ważniejszej w danym przypadku, wartości konstytucyjnej. W dorobku orzecznictwym Trybunału Konstytucyjnego ingerencję w prawa emerytalne obywateli, która prowadziła do odebrania lub zmniejszenia wysokości świadczeń,

²⁴ Materiały te stanowią informację publiczną i są dostępne poprzez stronę podmiotową BIP Rządowego Centrum Legislacji.

²⁵ Zob. orzeczenie TK SK 11/01 OTK 2002/1/2 (odprawy emerytalne).



uzasadniano najczęściej poprzez odwołanie do konieczności ochrony takich wartości konstytucyjnych, jak sprawiedliwość społeczna czy wspomniana stabilność budżetu państwa²⁶. Zgodnie z poglądem Trybunału Konstytucyjnego „w warunkach recesji gospodarczej państwo może być zmuszone zmienić obowiązujące regulacje prawne na niekorzyść, dopasowując zakres realizacji praw socjalnych do warunków ekonomicznych”²⁷. Niemal od początku swojej działalności orzeczniczej Trybunał Konstytucyjny stoi na stanowisku, że ochrona równowagi budżetowej państwa, w obliczu załamania gospodarczego, stanowi przesłankę uzasadniającą niekorzystną ingerencję w prawa emerytalne obywateli²⁸.

Ustawodawca może zatem co do zasady swobodnie kształtować strukturę systemu emerytalnego, a w szczególnych okolicznościach może także dokonywać w nim zmian, których skutki będą niekorzystne dla obywateli. W każdym jednak takim przypadku ustawodawca zobowiązany jest do uszanowania podstawowych standardów państwa prawnego, związanych w szczególności z ochroną zaufania obywateli do państwa, zabezpieczeniem nienaruszalności istoty prawa do zabezpieczenia społecznego, czy minimalizacją ingerencji w inne konstytucyjne prawa i wolności jednostki. W doktrynie prawa konstytucyjnego owe minimalne konstytucyjne standardy dokonywania zmian w systemie emerytalnym określa się poprzez wskazanie trzech zasadniczych wymagań, tj.:

- Ustawodawca nie może naruszyć istoty konstytucyjnego prawa podmiotowego, o którym mowa w art. 67 ust. 1 Konstytucji RP, czyli sprowadzić wysokości świadczeń do poziomu poniżej minimum życiowego.
- Świadczenia emerytalne winny mieć charakter wzajemny, co należy rozumieć w ten sposób, że wysokość otrzymanego świadczenie powinna zależeć od wysokości wpłacanych składek.
- Biorąc pod uwagę fakt, że prawo do zabezpieczenia społecznego dotyczy finansowych podstaw egzystencjalnych jednostki, wszelkie zmiany legislacyjne powinny zostać wprowadzone ze szczególnym uwzględnieniem ochrony zaufania obywateli do państwa i pewności prawa, a także zasad prawidłowej legislacji²⁹.

Dokonując zmian w systemie emerytalnym prawodawca – poza regulacją zasad i form realizacji konstytucyjnego prawa podmiotowego, o którym mowa w art. 67 ust. 1 Konstytucji RP – może ingerować także w inne konstytucyjne prawa podmiotowe, w tym prawa podmiotów, które nie korzystają ze świadczeń emerytalnych, lecz uczestniczą w

²⁶ K. Szubert: Prawo emerytalne przed Trybunałem Konstytucyjnym, Przegląd Sądowy 1992/10.

²⁷ Zob. np. orzeczenia TK: SK 16/01 OTK 2001/7/214, SK 22/99 OTK 2000/4/107, SK 15/01 OTK 2001/8/252.

²⁸ Zob. np. orzeczenia TK: K 15/91 OTK 1991/1/8, K 6/91 OTK 1992/1/3, K 18/92 OTK 1993/1/41, K 22/96 OTK 1997/5-6/71

²⁹ Tak: L. Garlicki: Komentarz do art. 67 Konstytucji RP, [w:] Konstytucja RP. Komentarz, red. L. Garlicki, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2002 r., s. 2.



tym systemie jako przedsiębiorcy (Otwarte Fundusze Emerytalne / Powszechne Towarzystwa Emerytalne, dalej **OFE/PTE**). W tym zakresie może dochodzić do ograniczania majątkowych praw słuszenie nabytych oraz interesów w toku ukształtowanych w związku z prowadzoną działalnością gospodarczą, a także swobody działalności gospodarczej (art. 20 i 22 Konstytucji RP). Ograniczenia te muszą jednak służyć ochronie wartości konstytucyjnej oraz – poza standardami prawidłowej legislacji i zaufania obywateli do państwa – czynić zadość wymaganiom stawianym przez zasadę proporcjonalności (art. 31 ust. 3 Konstytucji RP).

IV. EWOLUCJA SYSTEMU EMERYTALNEGO W POLSCE W OKRESIE 1999 – 2013

1. Podstawowe założenia reformy emerytalnej z 1999 r.

W wyniku reformy z 1999 r. państwowy system repartycyjny zastąpiono systemem mieszanym, repartycyjno-kapitałowym (państwowo-prywatnym) o wielostopniowej strukturze. Odtąd składa się on z trzech podstawowych części (filarów): powszechnego filaru repartycyjnego, powszechnego filaru kapitałowego oraz dodatkowych, dobrowolnych ubezpieczeń i oszczędności. Uczestnictwo w dwóch pierwszych jest obowiązkowe na zasadzie zdefiniowanej składki, zgodnie z którą wysokość emerytury uzależniona jest od kwoty składek wpłaconych przez ubezpieczonego.

Obowiązek uczestnictwa w II filarze nie ma jednak charakteru powszechnego. Reforma systemu emerytalnego z 1999 r. mogła objąć jedynie nowo zatrudnionych, nie dotyczyła w ogóle osób urodzonych przed 1 stycznia 1949 r., zaś osobom urodzonym do końca 1968 r. kwestię przynależności do części kapitałowej pozostawiono ich dobrowolnej decyzji. Jedynie osoby urodzone po 31 grudnia 1968 r. zostały zobowiązane do odprowadzania składki w wysokości 12,22% podstawy wymiaru do ZUS i 7,3% do OFE. Składki płacone przez nie przed wejściem w życie Ustawy o OFE zostały uwzględnione jako tzw. kapitał początkowy i zasiliły ich indywidualne konta w ramach I filaru.

Celem polityki inwestycyjnej OFE – w założeniu autorów reformy z 1999 r. – jest osiągnięcie rentowności na możliwie maksymalnym poziomie, przy jednoczesnym zachowaniu zasady maksymalnego bezpieczeństwa lokat (art. 139 Ustawy o OFE z 1997 r.). Aktywa funduszu mogły być zatem lokowane wyłącznie w papiery wartościowe będące w publicznym obrocie (w tym papiery emitowane lub gwarantowane przez Skarb Państwa lub NBP), lokaty bankowe i bankowe papiery wartościowe, jednostki uczestnictwa OFE oraz obligacje i akcje niebędące w publicznym obrocie (art. 141 Ustawy o OFE z 1997 r.). Jednocześnie przyjęcie w art. 146 Ustawy o OFE z 1997 r. zasady dywersyfikacji portfela inwestycyjnego OFE skutkowało zakazem inwestowania więcej niż 5% aktywów funduszu w papiery wartościowe jednego emitenta.



Środki zgromadzone w OFE z założenia miały być dziedziczone (art. 82, 131 i 132 Ustawy o OFE z 1997 r.). Wchodziły także w skład wspólnego majątku małżonków, ze wszelkimi tego konsekwencjami. W razie ustania małżeństwa, małżeńskiej wspólności majątkowej lub umownego wyłączenia lub ograniczenia wspólności ustawowej między małżonkami, środki zgromadzone na rachunkach uczestników otwartych funduszy podlegały podziałowi, na zasadach ogólnych (art. 126, art. 129 Ustawy o OFE z 1997 r.). Reforma z 1999 r. zakładała likwidację dotychczasowych licznych przywilejów emerytalnych. Planowano m.in. włączenie do powszechnego systemu emerytalnego funkcjonariuszy służb mundurowych (objętych odrębnym systemem zaopatrzeniowym służb mundurowych), którzy rozpoczęli służbę po 1 stycznia 1999 r.; likwidację – do końca 2006 r. – prawa do wcześniejszej emerytury osób pracujących w szczególnych warunkach lub wykonujących pracę o szczególnym charakterze oraz utworzenie systemu emerytur pomostowych dla ubezpieczonych urodzonych po dniu 31 grudnia 1948 r., zatrudnionych w szczególnych warunkach lub szczególnym charakterze, z wyjątkiem ubezpieczonych mających prawo do wcześniejszej emerytury.

W realizacji założonego kierunku zmian zabrakło jednak konsekwencji. Już w 2005r., na krótko przed wyborami do Sejmu RP, przedłużono bowiem obowiązywanie wcześniejszych emerytur do końca 2007 r., a więc o rok dłużej, niż zakładali twórcy reformy. Sytuacja powtórzyła się w roku 2007 – likwidację wcześniejszych emerytur odsunięto wówczas w czasie do końca 2008 r. Skutkiem tych decyzji był lawinowy wzrost liczby nowo przyznanych emerytur skutkujący pogorszeniem sytuacji finansowej systemu emerytalnego. Rozwiązaniem tego problemu okazała się dopiero ustawa o emeryturach pomostowych z 19 grudnia 2008 r. Nie zrealizowano także planu objęcia zreformowanym systemem powszechnym wszystkich grup pracujących z wyjątkiem rolników indywidualnych. W 2003 r. zdecydowano o pozostawieniu systemu zaopatrzeniowego w zakresie emerytur mundurowych w dotychczasowej postaci, a w 2007 r. odrębny status emerytalny uzyskali górnicy, objęci odtąd systemem zdefiniowanego świadczenia, z dodatkowymi przelicznikami ustalania wysokości świadczeń i prawem do wcześniejszej emerytury.

Ustawą nowelizującą OFE z 2003 r. wprowadzono ponadto plan systematycznego redukcji opłat pobieranych przez fundusze emerytalne ze składek ubezpieczonych (od 7% w latach 2004-2010 do 3,5% w 2014 r.).



2. Ustawa nowelizująca system OFE z 2009 r.³⁰

Najważniejsze zmiany wprowadzone tą nowelizacją dotyczyły treści art. 134 ust. 1 Ustawy o OFE, określającego wysokość opłat pobieranych przez fundusze z wpłacanych składek oraz art. 136 ust. 2a, wskazującego wysokość wynagrodzenia dla powszechnych towarzystw emerytalnych za zarządzanie otwartym funduszem.

Przepis art. 134 ust. 1 Ustawy o OFE po wejściu w życie Ustawy reformującej z 2009 r. przewidywał, że OFE będzie mógł pobierać opłaty wyłącznie w formie potrącenia określonej procentowo kwoty z wpłacanych składek, nie większej jednak niż 3,5%, przy czym próg ten ma obowiązywać nie – jak wcześniej ustalono – od 2014 r., lecz już od 2010 r. Redukcja wysokości opłat od składki przekazywanej do II filaru została więc przyspieszona o cztery lata, z pominięciem przepisów przejściowych określonych ustawowo w 2003 r.

Ustawa reformująca system OFE z 2009r. (zmiana dotycząca art. 136 ust. 2a) przewidywała także istotną korektę wysokości wynagrodzenia dla powszechnych towarzystw emerytalnych za zarządzanie OFE.

Nowelizacja zmieniała reguły organizacji i funkcjonowania OFE, w sposób arbitralny odstępując od reguł intertemporalnych przyjętych w 2003 r. i mających obowiązywać do 2014 r. Zauważyć należy, że wprowadzenie tego rodzaju zmian istotnie obniżało koszty funkcjonowania części kapitałowej systemu emerytalnego, ale odbyło się to kosztem stabilności systemu emerytalnego. W toku prac legislacyjnych pojawiło się ponadto wiele zarzutów dotyczących naruszenia Konstytucji RP, a same prace legislacyjne toczyły się z pominięciem istotnych etapów postępowania ustawodawczego - nie przeprowadzono konsultacji społecznych, nie oceniono też prawidłowo skutków regulacji.

3. Ustawa nowelizująca system OFE z 2011 r.³¹

Ustawa nowelizująca OFE z 2011 r. przewidywała: obniżenie wysokości składki przekazywanej do otwartych funduszy emerytalnych, utworzenie subkonta zarządzanego przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych, na które przekazywana będzie część składki odprowadzanej dotąd do OFE, zwiększenie możliwości inwestycyjnych otwartych

³⁰ Szerzej. zob. *Opinia prawna z dnia 2 marca 2009 r. w sprawie zgodności projektu „Ustawy o zmianie ustawy o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych oraz ustawy o zmianie ustawy o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych oraz niektórych innych ustaw” z Konstytucją RP, prawem wspólnotowym, Konwencją o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności oraz umowami bilateralnymi o popieraniu i wzajemnej ochronie inwestycji*, M. Kulesza, M. Matczak, T. Zalasinski, P. Pawłowski, Kancelaria Domański Zakrzewski Palinka sp.k. Opinię tę przedstawiono do wiadomości publicznej w toku prac nad Ustawą nowelizującą system OFE z 2009 r.

³¹ Szerzej zob. *Wstępna opinia prawna z dnia 17 marca 2011 r. w sprawie zgodności projektu ustawy o zmianie niektórych ustaw związanych z funkcjonowaniem systemu ubezpieczeń społecznych z Konstytucją RP i prawem wspólnotowym*, M. Kulesza, A. Auleytner, T. Zalasinski, Kancelaria Domański Zakrzewski Palinka sp.k. Opinię przedstawiono do wiadomości publicznej w toku prac nad Ustawą nowelizującą system OFE z 2011 r.



funduszy odnośnie inwestycji w akcje oraz wprowadzenie nowej formy dodatkowego ubezpieczenia emerytalnego – tzw. indywidualnego konta zabezpieczenia emerytalnego. Zmianę tę można uznać za kolejną poważną zmianę normatywną skutkującą odejściem od systemowych założeń reformy emerytalnej z 1999 r.

Ustawa nowelizująca OFE z 2011 r. już na etapie prac legislacyjnych wzbudzała szereg wątpliwości konstytucyjnych. Dotyczyły one w szczególności zgodności z wyrażoną w art. 2 Konstytucji RP zasadą demokratycznego państwa prawnego oraz wywodzoną z niego zasadą ochrony zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa, zasadą ochrony praw nabytych i interesów w toku, nakazem formułowania należytych przepisów przejściowych i zasadą odpowiedniej *vacatio legis*, a także z art. 20 i 22 Konstytucji RP, składającymi się na zasadę społecznej gospodarki rynkowej opartej na wolności działalności gospodarczej, własności prywatnej oraz solidarności, współpracy i dialogu partnerów społecznych oraz z wyrażoną w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP zasadą proporcjonalności.

W toku prac legislacyjnych uwagę opinii publicznej zwracały poważne niedomagania warsztatu legislacyjnego, a zwłaszcza niska jakość przeprowadzonej Oceny Skutków Regulacji. Ustawodawca nie przedstawił bowiem rachunku korzyści i kosztów wynikających z wprowadzenia zapowiadanych zmian oraz ich wpływu na równowagę budżetu państwa. Argumentacja ustawodawcy miała charakter jednostronny: w ustawie znacznie przebudowującej system emerytalny, koncentrował się on na kwestiach fiskalnych, nie podając jednak – jak wspomniano – koniecznych wyliczeń i marginalizując problemy najistotniejsze, związane z bezpieczeństwem socjalnym obywateli.

W opinii Narodowego Banku Polskiego opracowanej do projektu Ustawy nowelizującej system OFE, ustawodawca „bazował na szeregu niepewnych założeń”³². Niepokój budził również krótki, miesięczny okres *vacatio legis*.

Nowelizacja z 2011 r. wprowadziła także szereg ograniczeń swobody działalności gospodarczej, których celem było – jak można sądzić – osłabienie kapitałowego filaru systemu emerytalnego. Do najważniejszych należy zaliczyć znaczne ograniczenie wpływu środków finansowych do OFE (redukcja z 7,3% do 3,5% podstawy wymiaru składki), ograniczenia swobody zawierania umów z OFE, a także wprowadzenie całkowitego zakazu akwizycji, objętego dodatkowo sankcją – karą grzywny do 1.000.000zł.

³² Opinia Narodowego Banku Polskiego z dnia 15 lutego 2011 r. do Rządowego Projektu Ustawy (DP – IV – MJ – 024 – 47/11), s. 2



4. Podsumowanie

Kierunek rozwoju systemu emerytalnego, wyznaczony przez reformę z 1999 r. od dnia jej wejścia w życie do dnia dzisiejszego, nie został utrzymany, a Ustawa o OFE ulegała licznym zmianom. W okresie 15 lat jej obowiązywania Ustawa ta była nowelizowana 45 razy. Reforma emerytalna nie została dokończona, a jej podstawowe założenia systemowe zanegowano już po kilku latach od wejścia w życie Ustawy o OFE³³. Niepowodzeniem skończył się proces likwidacji przywilejów emerytalnych i sukcesywnego włączania wszystkich grup zawodowych do powszechnego systemu emerytalnego. Filar kapitałowy, który w zamyśle autorów reformy symbolizował rolę państwa odchodzącego „*od funkcji gwaranta określonego poziomu świadczeń do funkcji regulatora i nadzorca systemu funduszy kapitałowych*”³⁴, podlegał sukcesywnemu demontażowi, a wprowadzane zmiany godziły nie tylko w podstawowe założenia i stabilność zreformowanego systemu, ale i w bezpieczeństwo emerytalne obywateli.

Szereg regulacji niekorzystnych z punktu widzenia uczestników rynku funduszy emerytalnych, a przez to uczestników całego II filaru, rodziło uzasadnione wątpliwości konstytucyjne – przede wszystkim z punktu widzenia wywodzonej z art. 2 Konstytucji zasady zaufania obywatela do państwa i stanowionego przez nie prawa, a także z punktu widzenia standardów ich procedowania przez ustawodawcę (brak lub ograniczone konsultacje społeczne, powierzchowna Ocena Skutków Regulacji, niedopuszczalnie krótki okres *vacatio legis*). Powagę tych wątpliwości wzmacnia istotna społeczno-ekonomiczna waga i wrażliwość systemu emerytalnego, który z tego względu powinien charakteryzować się stabilnością i długoterminowym planowaniem działań.

V. PRACE LEGISLACYJNE NAD USTAWĄ NOWELIZUJĄCĄ SYSTEM OFE Z 2013 r.

1. Charakterystyka najistotniejszych zmian regulacyjnych

Zmiany wprowadzone Ustawą nowelizującą system OFE z 2013 r. zmierzają do istotnego przemodelowania dotychczasowego systemu emerytalnego, w zdecydowany sposób odchodząc od podstawowych założeń reformy z 1999 r. Jak podkreśla prawodawca w uzasadnieniu projektu Ustawy, „*system OFE w nowym kształcie jest dedykowany osobom, które świadomie podejmują ryzyko inwestycyjne, o czym przesądza ich decyzja o dalszym przekazywaniu składek do OFE i możliwość wyboru między przekazywaniem składek do OFE lub na subkonto*”³⁵. Poszczególne rozwiązania normatywne, składające

³³ M. Żukowski, *Opinia o raporcie „Przegląd funkcjonowania systemu emerytalnego. Bezpieczeństwo dzięki zrównoważeniu”*, s. 9

³⁴ Uzasadnienie projektu ustawy z dnia 28 sierpnia 1997 r. o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych, s. 4.

³⁵ Uzasadnienie Projektu Ustawy nowelizującej system OFE z 2013 r.



się na Ustawę, stanowią przejaw podstawowego założenia o wyższości I filaru emerytalnego nad częścią kapitałową systemu emerytalnego i zmierzają do osłabienia pozycji OFE w ramach tego systemu. Kierunek tych zmian jest wyraźnie artykułowany przez ustawodawcę³⁶.

Analiza Ustawy pozwala na wyodrębnienie trzech podstawowych grup przepisów, które służą realizacji wskazanego wyżej celu, tj.:

- **regulacje służące wzmocnieniu kapitałowemu ZUS kosztem OFE.** Do tej grupy należy zaliczyć regulacje dotyczące umorzenia 51,5% aktywów OFE i przekazania ich do ZUS, regulacje dotyczące tzw. „suwaka bezpieczeństwa”, a także zmiany relacji części składki przekazywanej przez ZUS do OFE i części ewidencjonowanej na subkoncie;
- **regulacje stwarzające finansowo-organizacyjne ograniczenia funkcjonowania OFE oraz zmniejszające możliwość pozyskiwania nowych uczestników.** Do tej grupy przepisów należą regulacje dotyczące „dobrowolności” uczestnictwa w II filarze i likwidacji instytucji losowania, konieczność ponownego deklarowania woli przynależności do OFE, „okienka czasowe” umożliwiające rezygnację z tej przynależności, zakaz reklamy, zwiększone obowiązki informacyjne OFE;
- **regulacje obniżające atrakcyjność OFE jako instytucji prawnej służącej ochronie bezpieczeństwa emerytalnego.** Tę grupę regulacji tworzą przepisy wprowadzające redukcję wysokości opłat uzyskiwanych ze składek do 1,75%, zwiększające ryzyko inwestycyjne poprzez zakaz alokacji środków OFE w skarbowe papiery wartościowe, papiery wartościowe emitowane przez NBP i instrumenty finansowe gwarantowane przez Skarb Państwa i NBP, na rzecz inwestycji w akcje i inne papiery wartościowe o wyższym poziomie ryzyka inwestycyjnego.

Wskazane wyżej rozwiązania regulacyjne zostaną bliżej scharakteryzowane w dalszej części Raportu regulacyjnego, w tych rozdziałach, które poświęcone są szczegółowej analizie ich zgodności z Konstytucją RP.

Ustawa wprowadza najpoważniejszą od 1999 r. reformę systemu emerytalnego w Polsce. Znaczenie społeczne i gospodarcze przewidywanych zmian oraz fakt, że regulacje dotyczące systemu emerytalnego były już przedmiotem licznych nowelizacji, skłania do wniosku, że optymalną techniką prawodawczą byłoby stworzenie nowej Ustawy o OFE i odrębnej ustawy zawierającej przepisy wprowadzające. Wprowadzenie tych ustaw powinno być także odpowiednio zaplanowane i poprzedzone gruntowną debatą

³⁶ Jak czytamy w uzasadnieniu: „Ponieważ jedynym podmiotem zdolnym do zmagania się z ryzykiem demograficznym jest państwo, kwestia wypłaty świadczeń emerytalnych zgromadzonych w otwartych funduszach emerytalnych powinna być powiązana również z interesem finansów publicznych”, a dalej: „część emerytury z OFE praktycznie niczym się nie różni od emerytury z ZUS, jest w porównaniu z nią jedynie bardziej kosztowna dla państwa i obywateli, ze względu na opłaty pobierane przez PTE za zarządzanie OFE.”



publiczną. Jedynie taka forma byłaby adekwatna do znaczenia wprowadzanych zmian dla systemu emerytalnego oraz ochrony zaufania obywateli do państwa i prawa.

Niestety prawodawca nie zdecydował się na przyjęcie tej formy. Zdecydował się natomiast wprowadzić wskazane wyżej zmiany w drodze ustawy nowelizującej, której przedmiot powinien – jak wynika z jej tytułu – obejmować wyłącznie kwestie dotyczące zasad wypłaty emerytur ze środków zgromadzonych w OFE. Ustawa wprowadzająca gruntowne zmiany w systemie emerytalnym przybrała formę technicznej nowelizacji 10 ustaw³⁷ (w zakresie Ustawy OFE wprowadza się aż 45 zmian).

Forma przyjętej techniki prawodawczej mieści się jednak w ramach swobody regulacyjnej ustawodawcy, a co za tym idzie nie ma bezpośredniego wpływu na ocenę konstytucyjną Ustawy. Jednak sposób prowadzenia prac legislacyjnych ma podstawowe znaczenie dla oceny konstytucyjnej. Zważywszy, że Ustawa dotyczy kwestii o fundamentalnym znaczeniu dla bezpieczeństwa socjalnego jednostki w długiej perspektywie, że wyznacza ubezpieczonym określony czas na podjęcie decyzji co do sposobu dalszego oszczędzania na emeryturę, ustawodawca powinien w sposób szczególny przestrzegać wymagań wynikających z koncepcji państwa prawnego w zakresie dotyczącym ochrony zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa, a także zapewnić odpowiedni czas na udział obywateli w procesie stanowienia prawa. Dzięki temu obywatel nie tylko miałby możliwość zgłaszania uwag do projektu ustawy, ale także przygotowania się do jej stosowania i podjęcia racjonalnej decyzji o wyborze sposobu oszczędzania na przyszłą emeryturę.

W przypadku ustaw tak głęboko ingerujących w bezpieczeństwo socjalne jednostki, ustawodawca w sposób szczególny powinien unikać pośpiechu w pracach legislacyjnych, a przed ich podjęciem odpowiednio je zaplanować.

2. Rządowa faza prac legislacyjnych

2.1. Planowanie działalności legislacyjnej

Zgodnie z Uzasadnieniem Projektu Ustawy wprowadzenie przewidzianych nią zmian regulacyjnych jest rezultatem ustaleń poczynionych w związku z przeprowadzeniem przeglądu funkcjonowania kapitałowej części systemu emerytalnego i przedstawienia Sejmowi RP „Informacji o funkcjonowaniu systemu ubezpieczeń społecznych”³⁸.

³⁷ Tj. Ustawa o podatku dochodowym od osób fizycznych, Ustawa o zaopatrzeniu emerytalnym żołnierzy i ich rodzin, Ustawa o emeryturach mundurowych, Ustawa o OFE, Ustawa o systemie ubezpieczeń społecznych, Ustawa o emeryturach i rentach z FUS, Ustawa o nadzorze ubezpieczeniowym, Ustawa o indywidualnych kontach emerytalnych, Ustawa o emeryturach kapitałowych oraz Ustawa nowelizująca system OFE z 2011 r.

³⁸ Informacja o skutkach obowiązywania ustawy z dnia 25 marca 2011 r. o zmianie niektórych ustaw związanych z funkcjonowaniem systemu ubezpieczeń społecznych wraz z propozycjami zmian (dokument przedstawiony przez Radę Ministrów Sejmowi RP w dniu 27 września 2013 r.). Uzasadnienie Projektu Ustawy, s. 1-2.



Rada Ministrów, zobowiązana do tego Ustawą nowelizującą system OFE z 2011 r., prowadziła zatem w okresie bezpośrednio poprzedzającym wniesienie Projektu Ustawy prace analityczne mające na celu zdiagnozowanie kondycji systemu emerytalnego, w szczególności jego części kapitałowej, a także ustalenie kierunków ewentualnych zmian normatywnych mających na celu zabezpieczenie interesu publicznego oraz konstytucyjnych praw podmiotowych osób ubezpieczonych. Dowodem prowadzenia tych analiz jest fakt opracowania i przedstawienia Sejmowi RP Informacji, o której mowa wyżej.

Pomimo tego faktu Rada Ministrów, a w szczególności Ministerstwo Pracy i Polityki Społecznej (dalej: **MPIPS**), znając odpowiednio wcześniej zarówno sytuację demograficzną, jak i kondycję budżetu państwa oraz I filaru systemu emerytalnego, nie zdecydowała się odpowiednio wcześniej zaplanować prac legislacyjnych rządu. Fakt przygotowywania Projektu Ustawy został ujawniony w wykazie prac legislacyjnych rządu na dwa dni (8.10.2013 r.) przed podaniem Projektu tej Ustawy do wiadomości publicznej i rozpoczęciem konsultacji społecznych oraz uzgodnień międzyresortowych (10.10.2013 r.). W tym czasie skutki Projektu Ustawy były już uwzględnione w projekcie ustawy budżetowej na 2014 r., co tym bardziej uzasadnia wątpliwości dotyczące jakości planowania działalności legislacyjnej nie tylko przez MPIPS, ale także przez Ministerstwo Finansów.

Powyższe fakty doprowadziły w konsekwencji do równoczesnego wystąpienia dwóch czynników, które negatywnie wpłynęły na dalszy tok procesu ustawodawczego. Czynniki te mają istotne znaczenie dla oceny działań prawodawcy z punktu widzenia zasady zaufania obywateli do państwa. Z jednej strony bowiem ustawodawca znalazł się w sytuacji przymusowej ze względu na konieczność ochrony stabilności budżetu państwa, co skłaniało do możliwie jak najszybszego forsowania zmian przewidzianych w Ustawie. Z drugiej strony prace legislacyjne nad Projektem Ustawy nie zostały należycie zaplanowane przez Ministerstwo Pracy i Polityki Społecznej, co w efekcie doprowadziło do tego, że:

- Zrezygnowano z opracowywania założeń Projektu Ustawy. Rada Ministrów zdecydowała się odstąpić od zwykłego trybu prac nad rządowym projektem ustawy, w którym prace nad projektem ustawy należy poprzedzić opracowaniem i przyjęciem przez Radę Ministrów projektu jej założeń. Krok ten wydaje się być trudny do uzasadnienia z punktu widzenia standardów prawidłowej legislacji. W istocie poddaje on w wątpliwość sensowność wprowadzenia do Regulaminu pracy Rady Ministrów instytucji założeń do ustawy, której celem było stworzenie instytucjonalnych warunków dla merytorycznej dyskusji nad najlepszymi rozwiązaniami regulacyjnymi, zwłaszcza w odniesieniu do ustaw o szczególnym znaczeniu społecznym.



- Projekt Ustawy został podany do wiadomości publicznej w dniu 10.10.2013 r. Zawarte w nim propozycje zmian były zaskoczeniem zarówno dla obywateli (ubezpieczeni), jak i przedsiębiorców (PTE) oraz organów władzy publicznej. W debacie publicznej poprzedzającej ujawnienie treści Projektu Ustawy rząd nie prezentował bowiem spójnej koncepcji zmian w OFE. O różnych koncepcjach zmian dyskutowano jeszcze podczas Forum Ekonomicznego w Krynicy w dniach 3-5 września 2013 r. Wówczas także – w ocenie autorów Raportu – po raz pierwszy pojawiła się publicznie propozycja umorzenia części aktywów OFE i przekazania pozyskanych w ten sposób środków do ZUS.
- Projekt Ustawy przewidywał wejście w życie z dniem 31.01.2014 r. Wskazanie tak bliskiej daty kalendarzowej wejścia w życie Ustawy reformującej system emerytalny było – zarówno dla organów władzy publicznej, jaki dla obywateli i ich organizacji – zaskoczeniem nie mniejszym niż proponowane w Projekcie Ustawy rozwiązania regulacyjne. Tak bliska data wejścia w życie Ustawy, dodatkowo określona w sposób kalendarzowy, czyniła jasnym, że prace legislacyjne będą prowadzone w pośpiechu niedopuszczalnym dla tak istotnej społecznie ustawy, a proces konsultacji i merytorycznej refleksji nad wprowadzanymi zmianami będzie miał charakter iluzoryczny.

2.2. Przebieg prac legislacyjnych

Jak już wspomniano, Projekt Ustawy został podany do wiadomości publicznej w dniu 10.10.2013 r. W tym samym dniu Minister Pracy i Polityki Społecznej rozesłał go do konsultacji społecznych i uzgodnień międzyresortowych, wyznaczając jednocześnie 14 dniowy termin na zgłaszanie uwag. Przyjmując argumentację, że przedstawienie merytorycznych uwag do tak skomplikowanego legislacyjnie i ważnego społecznie projektu ustawy nie jest możliwe, minister po interwencji partnerów społecznych zdecydował się na przedłużenie czasu na uzgodnienia i konsultacje do miesiąca.

W toku konsultacji i uzgodnień międzyresortowych przedstawiono kilkaset opinii i analiz, w których zwracano uwagę na liczne mankamenty projektowanej Ustawy, w tym na liczne naruszenia Konstytucji RP dotyczące podstawowych rozwiązań regulacyjnych zawartych w Projekcie Ustawy. Pomimo tego, już w dniu 15.11.2013 r. Projekt Ustawy został przyjęty przez Komitet Stały RM i rekomendowany (z licznymi uwagami) do przyjęcia przez Radę Ministrów. Projekt Ustawy został przyjęty przez Radę Ministrów w dniu 19.11.2013 r. i przesłany do Sejmu RP.

Od podania Projektu Ustawy do wiadomości publicznej do jego przyjęcia przez Radę Ministrów upłynęło 39 dni. Biorąc pod uwagę znaczenie społeczne Projektu Ustawy, jego skutki dla bezpieczeństwa socjalnego obywateli, a także liczne kontrowersje co do jego



zgodności z Konstytucją RP, przyjęty w ramach Rady Ministrów tryb prac nad Ustawą należy uznać za wątpliwy z punktu widzenia zasady zaufania obywateli do państwa. Projekt Ustawy jest jedyną, znaną autorom Raportu, inicjatywą ustawodawczą Rady Ministrów, która została wniesiona do Sejmu RP pomimo negatywnej opinii Rządowego Centrum Legislacji, które – obok innych organów władzy publicznej (np. Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa) – jednoznacznie stwierdziło niezgodność Projektu z Konstytucją RP.

2.3. Uwagi zgłoszone w toku konsultacji społecznych i uzgodnień międzyresortowych oraz w ramach Komitetu Stałego Rady Ministrów

W związku z faktem, że w toku konsultacji społecznych szereg organizacji społeczeństwa obywatelskiego zgłaszało liczne wątpliwości co do zgodności Projektu Ustawy z Konstytucją RP, a organy władzy publicznej odpowiedzialne za prowadzenie rządowej fazy prac ustawodawczych nie pozostawiły odpowiedniego czasu na ich rozważenie, autorzy Raportu zdecydowali się przeanalizować całość materiału zgromadzonego w toku rządowej fazy prac legislacyjnych pod względem zarzutów o naruszeniu Konstytucji RP.

Poniższa tabela prezentuje zarzuty naruszenia Konstytucji RP, które zostały podniesione w toku konsultacji społecznych³⁹:

OPINIODAWCA	KWESTIONOWANY PRZEPIS PROJEKTU USTAWY	KONSTYTUCYJNY WZORZEC KONTROLI	TREŚĆ ZASTRZEŻEN OPINIODAWCY
Polskie Stowarzyszenie Aktuariuszy	Uwaga systemowa	art. 2 – zasada ochrony zaufania obywatela do państwa i stanowionego przez nie prawa	„Częste zmiany [w systemie ubezpieczeń społecznych] powodują poczucie braku zaufania do państwa i jego systemu społeczno-gospodarczego, powodują frustrację społeczną i tendencje emigracyjne, nie sprzyjają ujawnianiu systemowi ubezpieczeń społecznych faktycznych umów o pracę i podejmowaniu długotrwałego zatrudnienia.”
Stowarzyszenie Rynku Kapitałowego UNFE	art. 14 Projektu (art. 23 Ustawy)	art. 2 – ochrona praw nabytych	„Projekt narusza prawa nabyte członków OFE przez przeznaczenie istotnej części aktywów OFE i wartości zgromadzonych przez członków OFE jednostek rozrachunkowych nie na nabycie emerytury kapitałowej, lecz na wypłatę bieżących świadczeń przez ZUS. [...] Projekt dokonuje takiej ingerencji w prawa nabyte członków OFE, która wprowadza zmiany w ich mieniu, że doznają oni wymiernego uszczerbku majątkowego poprzez zastąpienie jednostek rozrachunkowych w OFE wyrażających wartość przypadającej na członka OFE części wartości aktywów OFE zapisami na tzw. subkoncie w ZUS mających charakter czysto księgowy i nie odzwierciedlających żadnej wartości określonej masy majątkowej, a jedynie zobowiązania FUS (gwarantowane

³⁹ Opracowanie własne. W kolumnie II podano kwestionowany przepis Projektu Ustawy (w nawiasie podając przepis Ustawy w wersji opublikowanej w Dzienniku Ustaw).



			przez Skarb Państwa) wobec ubezpieczonych.”
	art. 14 Projektu (art. 23 Ustawy)	art. 21, art. 64 – zasada ochrony prawa własności	„W efekcie zaproponowanych zmian członek OFE utraci od razu 51,5% wartości swoich jednostek rozrachunkowych, gdy OFE przekaze do ZUS stosowne aktywa, a ZUS w zamian tych praw majątkowych wchodzących w skład mienia członków OFE dokona jedynie wirtualnych zapisów na tzw. subkoncie w FUS.”
	art. 2 pkt 12 Projektu (art. 4 pkt 12 Ustawy)	art. 2 – zasada dostatecznej określoności prawa	„Zgodnie z [art. 100c ustawy o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych dodawanym przez projekt] OFE ma umarzać co miesiąc przez ostatnie 10 lat przed osiągnięciem wieku emerytalnego przez swojego członka jedną sto dwudziestą liczbę jednostek rozrachunkowych pozostających na rachunku ubezpieczonego w dniu poinformowania OFE przez ZUS o tym, że pozostało mu 10 lat do osiągnięcia wieku emerytalnego. Przy takim zapisie nie bardzo wiadomo co się stanie z jednostkami rozrachunkowymi zapisanymi na rachunku w OFE po tym dniu, a przecież ich liczba może się zwiększać także w ciągu ostatnich 10 lat przed emeryturą.”
	art. 14 Projektu (art. 23 Ustawy)	art. 2 – zasada ochrony zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa, zasada ochrony praw nabytych; art. 21 – dopuszczalność wyłączenia: brak przesłanki „słusznego odszkodowania”	„Istotne wątpliwości prawne budzi także konstrukcja zamiany obligacji Skarbu Państwa przejętych przez ZUS na zobowiązanie gwarantujące wypłatę ubezpieczonemu z FUS świadczeń emerytalnych. [...] Projektodawcy proponują, by Skarb Państwa przejął od ZUS obligacje w zamian za zobowiązanie, które już istnieje. Nie jest także jasne, dlaczego SP miałby udzielać ZUS gwarancji dla FUS, skoro są to odrębne osoby prawne. W efekcie uznać należy, że projekt faktycznie zakłada przejęcie przez SP obligacji przejętych przez ZUS od OFE pod tytułem darmym. W ten sposób dojdzie do wyłączenia bez odszkodowania zarówno OFE, w skład mienia których pierwotnie wchodziły te obligacje, jak i ZUS, który je od nich przejmie na podstawie tej ustawy. Budzi to głębokie wątpliwości konstytucyjne w zakresie zgodności z przepisami dotyczącymi ochrony mienia oraz praw nabytych i zasadą demokratycznego państwa prawa, z której wywodzi się także zasada zaufania obywateli do państwa.”
Forum Obywatelskiego Rozwoju	art. 14 Projektu (art. 23 Ustawy)	art. 2 - zasada ochrony zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa, zasada ochrony praw nabytych	„Celem tego zabiegu [faktycznej nacjonalizacji części obligacyjnej portfela OFE] jest obniżenie długu publicznego (wg danych Ministerstwa Finansów o około 8,4 proc. PKB) i tym samym uniknięcie przekroczenia drugiego progu ostrożnościowego (55 proc. jawnego długu publicznego wg metodologii krajowej do PKB). Dodatkowo dojdzie do zastąpienia realnych oszczędności wyrażonych w papierach wartościowych zobowiązaniami, których realizacja zależeć będzie od przyszłych decyzji politycznych. W ten sposób jeszcze większa część emerytury będzie zależeć od państwa i kondycji finansów publicznych. Przeczy to zasadzie bezpieczeństwa dzięki różnorodności, na której opierała się reforma emerytalna z 1999 r.”
	art. 8 Projektu (przepis usunięty w toku prac legislacyjnych,	ochrona równowagi budżetu państwa (wartość konstytucyjna nie sformułowana	„W projekcie ustawy proponuje się obniżenie tylko progów ostrożnościowych w ramach nowej, stabilizującej reguły wydatkowej. Obniżony nie zostanie np. próg ostrożnościowy 55 proc. długu publicznego



	Ustawa nie zawiera nowelizacji ustawy o finansach publicznych)	<i>explicite</i> w żadnym przepisie Konstytucji)	do PKB pomimo znaczącej obniżki poziomu długu publicznego poprzez nacjonalizację obligacyjnej części portfela OFE. Zapisane w nowej regule wydatkowej progi są dużo prostsze w obejściu i nie będą w sposób dostateczny ograniczać wzrostu wydatków publicznych. W konsekwencji oznacza to, że w ciągu najbliższych dwóch lat rząd będzie mógł wydać znacjonalizowane środki na bieżące potrzeby, a dług publiczny po tym okresie zbliży się do obecnych poziomów. [...] Nacjonalizacja obligacji skarbowych zgromadzonych w OFE jeszcze bardziej osłabi równowagę między I i II filarem, przyczyni się do wzrostu długu ukrytego i umożliwi dalszy przyrost długu publicznego oraz będzie szkodliwa dla wzrostu gospodarczego i przyszłych emerytów.”
	art. 14 Projektu (art. 23 Ustawy)	art. 21 – ochrona własności, przesłanki dopuszczalności wyłączenia	„Nie dość, że OFE zostaną wyłączone z gwarantującej większe bezpieczeństwo części obligacyjnej, to jeszcze nie daje się możliwości otrzymywania części emerytury z prywatnych funduszy.”
Związek Maklerów i Doradców	art. 14 Projektu (art. 23 Ustawy)	art. 21 – ochrona własności, przesłanki dopuszczalności wyłączenia	„Proponowane w projekcie jednorazowe przekazanie znacznej wartości aktywów z OFE do ZUS budzi poważne zastrzeżenia ekspertów co do zgodności tego rozwiązania z postanowieniami ustawy zasadniczej.”
	art. 14 ust. 1 (art. 23 Ustawy)	art. 2 – zasada dostatecznej określoności prawa	„W praktyce te dwie wartości [51,5% jednostek rozrachunkowych zapisanych na rachunku każdego członka ODE i 51,5% wartości aktywów netto OFE przekazanych do ZUS] nie są tożsame. Wynika to z co najmniej trzech powodów. Po pierwsze, jednostki rozrachunkowe zgromadzone są m.in. w ramach części dodatkowej funduszu gwarancyjnego, na rachunku rezerwowym i premiovym. Jednostki te nie należą zatem do żadnego z członków OFE, a mają pokrycie w aktywach netto funduszu. Po drugie, nie jest jasne, czy należy traktować jako członków funduszu osoby zmarłe, na których rachunkach znajdują się jednostki, i czy jednostki na tych rachunkach powinny ulec również umorzeniu w odpowiedniej proporcji. Po trzecie, rozbieżność między wartością przekazanych aktywów i umorzonych jednostek może wynikać z braku doskonałej podzielności aktywów finansowych (problem zaokrągleń).”
	art. 14 ust. 2 Projektu (art. 23 Ustawy)		„Co oznacza pojęcie środków pieniężnych? Wydaje się, że przekazaniu do ZUS nie powinny podlegać nieprzeliczone środki pieniężne ze składek znajdujące się na rachunku nabyć funduszu lub środki pieniężne przewidziane do wypłat dla uposażonych, wypłat jednorazowych lub wypłat emerytur kapitałowych znajdujące się na rachunku umorzeń. W obecnym brzmieniu zapis wydaje się naruszać interes członków funduszu. [...] Aktualny zapis powoduje niejasność dot. możliwości/obowiązku przekazywania depozytów.”
	art. 23 Projektu (art. 37 Ustawy)	art. 2 – nakaz zachowania odpowiedniej <i>vacatio legis</i>	„Projekt wprowadza szereg zmian wymagających poważnych modyfikacji w systemach informatycznych. Wiele zagadnień operacyjnych nie zostało dostatecznie ujętych w projekcie, w związku z czym wskazane jest zastosowanie co najmniej 6-miesięcznego <i>vacatio legis</i> , przy czym optymalny jest okres 12-miesięczny.”
Krajowy	art. 21 Projektu	art. 2 – zasada	„Limity inwestycyjne wynikające z art. 142 ustawy o organizacji i funkcjonowaniu



Depozyt Papierów Wartościowych	(przepis w projektowanym brzmieniu nie znalazł się w Ustawie)	lojalności państwa wobec obywatela, nakaz zachowania odpowiedniego <i>vacatio legis</i>	funduszy emerytalnych, w brzmieniu ustalonym na okres przejściowy od dnia wejścia w życie projektowanej ustawy do dnia 30 czerwca 2014 r. powinny zostać określone w taki sposób, aby OFE mogły w sposób łagodny się do nich dostosować, szczególnie po przekazaniu do ZUS 51,5% ich aktywów, co miało nastąpić w dniu 3 lutego 2014 r., oraz aby nie wpłynęło to na gwałtowną przecenę wyprzedawanych przez OFE w tym celu papierów wartościowych.”
Izba Gospodarcza Towarzystw Emerytalnych	art. 2 pkt 34 i 35 Projektu (art. 4 pkt 41- 42 Ustawy) – zakaz reklamy	art. 20 i 22 – swoboda prowadzenia działalności gospodarczej gospodarka rynkowa oparta na zasadach konkurencyjności	„Wprowadzony art. 2 pkt 34 i 35 projektu zakaz prowadzenia działalności polegającej na publikacji i emisji reklam dotyczących otwartych funduszy emerytalnych oraz wprowadzenie rażąco wysokich kar finansowych [...] oraz odpowiedzialności karnej, jest w naszej ocenie postępowaniem, które ma na celu ograniczenie konkurencyjności OFE”.
	art. 10 Projektu (art. 11 Ustawy) – kwestia oświadczenia woli o pozostaniu w OFE	art. 2 – zaufanie obywateli do państwa i prawa, ochrona interesów w toku,	„W świetle projektu ustawy każdy ubezpieczony wchodzący do systemu emerytalnego lub członek OFE będzie mógł zdecydować o przekazaniu przyszłych składek do OFE. W przypadku braku podjęcia takiej decyzji, składki osoby ubezpieczonej przekazywane będą obligatoryjnie do ZUS [...] Dlaczego np. zamiast deklaracji o „wyjściu” składki z OFE trzeba złożyć do ZUS deklarację o chęci pozostawienia składki w OFE [...] Przecież to OFE mają zawarte ze swoimi członkami umowy cywilno-prawne, zatem niezłożenie oświadczenia [...] powinno skutkować zachowaniem status quo w tym zakresie, tj. dalszym przekazywaniem składek do OFE”.
	art. 14 Projektu (art. 23 Ustawy)	art. 31 ust. 3 w zw. z art. 2 – zasada proporcjonalności; ochrona równowagi budżetu państwa	„Z punktu widzenia finansów publicznych w długiej perspektywie rozwiązanie to powiększa zobowiązania powszechnego systemu emerytalnego, tyle tylko, że według obecnych zasad nie są one ujmowane w statystyce, a więc są ukryte. [...] Obligacje skarbowe w portfelach OFE są liczone do długu publicznego, co przy bardzo wysokim jego poziomie rodzi pokusę sięgania po rozwiązania szybkie i dające spektakularny efekt w postaci obniżenia poziomu długu publicznego w relacji do PKB. To właśnie temu wydaje się służyć zabranie 51,5% aktywów OFE i przekazanie ich do FUS. Projektodawca nie wykazał w sposób należyty, jakie skutki długookresowe ma wprowadzana ustawa. Nie przedstawiono w sposób przekonujący, iż propozycja ma pozytywne skutki dla ubezpieczonych, że nie pogarsza trwale perspektywy wzrostu gospodarczego, nie naraża kraju na uzależnienie się od finansowania deficytu budżetowego z zagranicznych źródeł oraz, że nie dewastuje stabilności rynków finansowych.”
	art. 14, art. 2 pkt 12 oraz art. 12 Projektu (art. 23, art. 4 pkt . 12 oraz art. 12 Ustawy) – umorzenie 51,5% aktywów oraz tzw. „suwak”	art. 2 – zasada demokratycznego państwa prawnego urzeczywistniającego zasady sprawiedliwości społecznej; art. 64 ust. 2 - ochrona własności, innych praw majątkowych oraz prawa dziedziczenia; art. 21 ust. 2 –	„Propozycje rządowe zmierzają do przekształcenia części bądź całości istniejących praw majątkowych związanych z systemem kapitałowym w ekspektatywy praw o charakterze publicznoprawnym. Prawa majątkowe są objęte równie silną konstytucyjną ochroną, co własności. W konsekwencji każda planowana przez rząd próba uszczuplenia praw majątkowych musi być poprzedzona staranną analizą i odpowiedzią na zasadnicze pytanie czy nie stoi w sprzeczności z podstawowymi zasadami państwa prawa. [...] Przejęcie aktywów OFE, w tym obligacji Skarbu



		przesłanki dopuszczalności wywłaszczenia	Państwa, które należą do OFE jest zaborem papierów wartościowych należących do osoby trzeciej. Państwo nie ma do tego prawa, gdyż nie jest właścicielem środków OFE, które nie są częścią finansów publicznych. [...] Przejęcie aktywów OFE przez fundusze państwowe nosi zatem znamiona wywłaszczenia OFE bez odszkodowania dla ich członków, prowadząc do uniemożliwienia realizacji zobowiązań, jakie zaciągnęły OFE względem swoich członków. [...] Propozycja zmierza do przejęcie wierzytelności [z obligacji] przez dłużnika (Skarb Państwa) bez rzeczywistej rekompensaty na rzecz członków OFE."
art. 14 Projektu (art. 23 Ustawy)	art. 21 – ochrona własności, przesłanki dopuszczalności wywłaszczenia; art. 2 – zasada ochrony praw nabytych		„Działanie poprzez wprowadzenie nakazów ustawowych ingerujących w stosunki cywilnoprawne należy zakwalifikować jako interwencjonizm państwowy - aktywne oddziaływanie państwa na przebieg procesów gospodarczych. Oznacza to w naszej ocenie możliwą niekonstytucyjność działań polegającą na naruszeniu art. 21 Konstytucji RP, chroniącego własność prywatną obywateli. Propozycja takich zmian powoduje sytuację, w której członkowie otwartego funduszu bezprawnie pozbawiani są środków zgromadzonych na ich rachunkach w OFE, gromadzonych z innym przeznaczeniem, podlegających ustawowej wspólności małżeńskiej (art. 31 par.2 pkt.3) i dziedziczeniu. [...] W naszej ocenie została również naruszona zasada ochrony praw nabytych. [...] OFE nie otrzymuje z tytułu przekazania aktywów żadnego odszkodowania dla swoich członków, zaś umorzenie jednostek naraża interes uczestnika - uczestnik OFE otrzymuje bowiem w zamian za umorzone jednostki OFE zapis w ZUS, który zdaniem IGTE nie stanowi ekonomicznego ekwiwalentu umorzonych jednostek OFE."
art. 23 Projektu (art. 37 Ustawy) – <i>vacatio legis</i>	art. 2 – nakaz zachowania odpowiedniej <i>vacatio legis</i>		„Zakładany horyzont czasowy wejścia ustawy w życie jest zdecydowanie zbyt krótki. Ustawa jeszcze nie została uchwalona, a projektuje się jej wejście w życie z dniem 31 stycznia 2014 r. Biorąc pod uwagę możliwy przebieg procesu legislacyjnego ustawodawca nie pozostawił odpowiedniego czasu na przeprowadzenie konsultacji publicznych i gruntowne merytoryczne zbadanie projektu w parlamentarnej fazie prac ustawodawczych. Prace legislacyjne siłą rzeczy będą zatem prowadzone w trudnym do uzasadnienia pośpiechu. Można się w konsekwencji spodziewać, że <i>vacatio legis</i> będzie krótsze niż 2 miesiące. Dodatkowo brak projektów rozporządzeń w praktyce uniemożliwia zrealizowanie takiego zadania. Ponadto, fundamentalne zmiany w postaci przeniesienia 51,5% środków zgromadzonych w OFE do ZUS mają nastąpić już 3 lutego 2014 r., a regulacje dotyczące profilu inwestycyjnego obowiązywać mają od dnia 4 lutego 2014 r. [...] W konsekwencji - w opinii IGTE - jest wysoce prawdopodobne, że uchwalona na podstawie konsultowanego projektu ustawa może być niekonstytucyjna z uwagi na brak odpowiedniej <i>vacatio legis</i> i naruszenie zasad przyzwoitej legislacji. [...] Projektowana ustawa dotyczy spraw o istotnym znaczeniu społecznym, dotyczących podstaw bezpieczeństwa socjalnego jednostki, wymagających gruntownej debaty



Towarzystwo Ekonomistów Polskich	art. 14 Projektu (art. 23 Ustawy)	art. 21 – zasada ochrony własności, przesłanki dopuszczalności wywłaszczenia	parlamentarnej i analizy projektu ustawy.” „Poważne wątpliwości budzi kwestia zgodności zaproponowanych rozwiązań z Konstytucją. Biorąc pod uwagę fakt, iż aktywa obligacyjne zarządzane są przez prywatne podmioty, od których zgodnie z projektem część aktywów ma być przejmowana przez instytucję państwową, a następnie umarzana, powstaje wątpliwość, czy nie mamy do czynienia z naruszeniem konstytucyjnego prawa ochrony własności.”
Prezydium KK NSZZ „Solidarność”	art. 14 Projektu (art. 23 Ustawy)	art. 2 – zasada ochrony zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa; art. 21 ust. 1 – zasada ochrony własności	„Poważne wątpliwości budzi konstytucyjność niektórych rozwiązań prawnych w projekcie ustawy. Dotyczy to w szczególności przymusowego przekazania przez OFE do ZUS 51,5% wartości posiadanych aktywów netto emitowanych, gwarantowanych lub poręczanych przez Skarb Państwa oraz towarzyszącego temu umorzenia jednostek rozrachunkowych członków OFE o równowartości przekazanych aktywów. Zarówno z punktu widzenia OFE lokującego swoje aktywa, zgodnie z obowiązującą do tej pory regulacją prawną w bezpieczne instrumenty finansowe, jak i jego członków powierzających OFE swój kapitał emerytalny można w tym przypadku mówić o naruszeniu zasady zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa wywodzonej z zasady demokratycznego państwa prawnego sformułowanej w art. 2 Konstytucji RP. W projekcie ustawy proponuje się bowiem zmianę przeznaczenia środków zgromadzonych w celu przyszłego finansowania indywidualnej emerytury przez członków OFE i skierowanie ich na finansowanie świadczeń emerytalnych osób aktualnie pobierających świadczenia metodą repartycyjną. [...] Projekt pomija osoby, które zdecydowały się na „pozostanie w ZUS” nie dając im prawa wyboru czy pozostać przy dotychczasowym sposobie finansowania emerytury czy skorzystać z instytucji „subkonta”. Powstaje jednocześnie pytanie, czy rozwiązanie to nie narusza art. 21 ust. 1 Konstytucji i wynikającego z tego obowiązku RP ochrony własności.”
Pracodawcy RP	art. 10 ust. 2 Projektu (art. 11 Ustawy)	art. 2 – zasada ochrony zaufania obywatela do państwa i stanowionego przez nie prawa	„Domniemanie rezygnacji z przekazywania składki do prywatnej kapitałowej części systemu stanowi naruszenie umowy społecznej zawartej przez miliony Polaków w 1999 r. Osoby, które przystąpiły już do OFE nie powinny mieć obowiązku potwierdzania po raz kolejny swojej woli pozostania w nich. [...] Można spodziewać się, że znaczna część ubezpieczonych przejdzie z OFE do ZUS nie w efekcie podjęcia przemyślanej decyzji, lecz postawy bierności wynikającej z braku przekonania w zdolność systemu emerytalnego do wypłaty świadczeń. [...] Proponowane zmiany mogą ponadto spowodować dalszy spadek i tak już niskiego zaufania do państwa i systemu prawnego. Stabilność prawa jest jedną z jego podstawowych wartości, a także gwarantem dalszego rozwoju ekonomicznego kraju.”
Komitet Obywatelski do spraw Bezpieczeństwa Emerytalnego	art. 2 pkt. 34 i 35 Projektu (art. 4 pkt 41-42 Ustawy) art. 14 Projektu (art. 23 Ustawy)	art. 31 ust. 3 w zw. z art. 2 – zasada proporcjonalności	„Proponowane zmiany - a w szczególności: likwidacja części obligacyjnej portfela OFE poprzez jej przejście do ZUS i następnie umorzenie, zakaz inwestowania w obligacje Skarbu Państwa, zredukowanie składki przekazywanej do OFE do 2.92, całkowity zakaz reklamy OFE, a także wprowadzenie tzw. „suwaka”, polegającego na stopniowym przesuwaniu w okresie 10 lat przed



	art. 12 Projektu (art. 12 Ustawy)		uzyskaniem prawa do emerytury zgromadzonego w OFE kapitału do ZUS - nie są usprawiedliwione którejkolwiek z wyżej wymienionych przesłanek. Projektodawcy nie uznali za stosowne przedstawić w uzasadnieniu proponowanej nowelizacji jakie względy na bezpieczeństwo lub porządek publiczny, ochronę środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo które wolności i prawa innych osób wymagają niezbędnie projektowanych zmian."
	art. 14 Projektu (art. 23 Ustawy)	art. 21 ust. 2 – przesłanki dopuszczalności wyłączenia, art. 64 – ochrona własności, praw innych majątkowych i prawa dziedziczenia	„Prawa majątkowe są konstytucyjnie chronione tak jak własność, z wszelkimi konsekwencjami płynącymi z art. 21 (zakaz wyłączenia) oraz z art. 64 Konstytucji. Próba przejęcia nieaktywnej części majątku OFE musi być zatem traktowana, w świetle przywołanych norm konstytucyjnych, jako zamiar przejęcia przez Państwo mienia w trybie nacjonalizacji, rozumianej jako „przymusowe odjęcie własności na dużą skalę, obejmujące całą dziedzinę gospodarki”.
	art. 2 pkt 34 i 35 Projektu (art. 4 pkt 41-42 Ustawy), zakaz nabywania obligacji, nakaz inwestowania 75% środków	art. 22 – przesłanki ograniczenia wolności działalności gospodarczej	„Zakaz reklamy funduszy oraz wyłączenie możliwości nabywania obligacji skarbowych, a także nakaz inwestowania 75 % środków w akcje muszą być także negatywnie ocenione z punktu widzenia art. 22 Konstytucji, który stanowi, że ograniczenie wolności działalności gospodarczej jest dopuszczalne tylko ze względu na ważny interes publiczny. Skoro działalność OFE poddana jest grze rynkowej co do zasady, nie sposób znaleźć uzasadnienie dla wprowadzenia takich zakazów i nakazów. Zakaz nabywania obligacji Skarbu Państwa czyni niewątpliwie sytuację ubezpieczonego mniej stabilną, nie mówiąc już o tym, że w sposób oczywisty działa na niekorzyść samego emitenta obligacji.”
KOBE – Obywatelski Kontraport: Krytyczna analiza rządowego przeglądu systemu emerytalnego	art. 14 Projektu (art. 23 Ustawy)	art. 2 – zasada ochrony zaufania obywatela do państwa i stanowionego przez nie prawa	„Aktualne propozycje zmierzają do daleko idącego ograniczenia swobody gospodarowania otwartymi funduszami emerytalnymi, a w ocenie wielu specjalistów wręcz do likwidacji elementu kapitałowego systemu ubezpieczeń - systemu uchwalonego ponad podziałami politycznymi w sierpniu 1997 r. i wprowadzonego z dniem 1 stycznia 1999 roku. Stawia to w centrum uwagi pytanie o respektowanie podstawowej zasady państwa prawa, jaką jest zasada zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa (art. 2 Konstytucji). Ustawodawca do czerwca br. podtrzymywał bowiem i utrwał przekonanie, że składka do OFE będzie sukcesywnie wzrastać, a nie maleć. Także umorzenie obligacji skarbowych w następstwie przejęcia ich przez ZUS nakazuje uznać taką bezprecedensową operację, bez spłaty długu, za naruszenie zasady zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa.”
	art. 14 Projektu (art. 23 Ustawy)	art. 21 ust. 2 – przesłanki dopuszczalności wyłączenia	„Umorzenie około połowy tego majątku powoduje, że instrumenty finansowe (element mienia) o określonym terminie wymagalności (nie dłuższym niż 10 lat) przekształcają się w publicznoprawne roszczenia wobec Skarbu Państwa. Roszczenia te podlegają słabszej ochronie i podobnie jak podatki mogą być redukowane przez ustawodawcę w zależności od bieżącej polityki i potrzeb budżetowych. [...] W istocie projekt w tej wersji oznacza nacjonalizację części mienia OFE, a pośrednio utratę



			majątkowej ekspektatywy przez członków OFE. I de facto, i de iure jest to zatem nacjonalizacja tej części środków.”
	art. 14 Projektu (art. 23 Ustawy)	art. 32 – zasada równości, zakaz dyskryminacji	„Projekt w tej wersji to jawna dyskryminacja części obligatariuszy — tj. OFE, a pośrednio ich członków. Pozostali obligatariusze (np. polskie lub zagraniczne instytucje finansowe, wszyscy inni obywatele-obligatariusze nie będący członkami OFE lecz posiadający obligacje tych samych serii) nie podlegaliby tej dyskryminacji, jako że ich obligacje nie byłyby umorzone.”
	art. 10 ust. 2 Projektu (art. 11 Ustawy)	art. 2 – zasada ochrony zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa; zasada proporcjonalności	„Ustawowe rozwiązanie 16 milionów umów cywilnoprawnych, tj. umów obywateli z OFE, narusza zasadę pewności obrotu i zaufanie obywateli do państwa. Narusza również zasadę proporcjonalności, tj. adekwatności założonych celów do zastosowanych środków. Jeśli ustawodawca istotnie chciałby wprowadzić wolność wyboru między OFE a ZUS, to, po pierwsze, nie rozwiązywałby ustawowo umów z OFE, lecz wprowadził regulację pozwalającą obywatelowi samemu taką umowę rozwiązać. Po drugie, uznałby za możliwe podjęcie tej decyzji w dowolnym czasie — a co najmniej w perspektywie kilkuletniej. Przy takiej metodzie, jak proponowana, rząd ma niemal gwarancję, że ogromna część obywateli, mając do dyspozycji krótki czas na podjęcie decyzji oraz nie mając wiedzy i przesłanek do jej podjęcia, po prostu nie zrobi nic. Majątek tych obywateli z OFE zostanie zaś przeniesiony do ZUS i de facto znacjonalizowany — tylko pozornie zgodnie z ich wolą i na zasadzie dobrowolności.”
Izba Zarządzających Funduszami i Aktywami	art. 23 Projektu (Art. 37 Ustawy)	art. 2 – zasada odpowiedniej <i>vacatio legis</i>	„Przewidziany został zbyt krótki okres <i>vacatio legis</i> , rodzący ryzyka zarówno systemowo – operacyjne, jak i finansowe w zakresie bezpieczeństwa aktywów zgromadzonych przez członków funduszy”.
Konfederacja Lewiatan	Uwaga systemowa	art. 2 – zasada ochrony zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa	„System emerytalny w Polsce po wprowadzeniu reformy w 1999 r., wskutek braku konsekwencji prawodawcy w realizacji założeń leżących u jej podstaw (odstąpienie od reformy KRUS, zaniechanie reformy emerytur mundurowych, wprowadzenie nowych przywilejów emerytalnych) istotnie stracił na przewidywalności, został także zdestabilizowany w związku z pojawiającymi się co kilka lat fragmentarycznymi nowelizacjami (2009 i 2011 r.) modyfikującymi ten system, bez głębszej refleksji nad długookresowym kierunkiem jego zmian. Projekt ustawy stanowi kolejną nowelizację, którą wprowadza się zmiany fundamentalne dla spójności systemu zabezpieczenia emerytalnego, za pomocą korekty 9 ustaw.” „Biorąc dodatkowo pod uwagę liczne wątpliwości ekspertów dotyczące podstawowych dla systemu kwestii takich jak np. charakter prawny (publiczny, czy prywatny) środków gromadzonych w OFE, obywatelowi bardzo trudno będzie zbudować dobrą podstawę do racjonalnej i świadomej decyzji, podjętej w poczuciu bezpieczeństwa prawnego, dotyczącej wyboru dalszych zasad oszczędzania na przyszłą emeryturę. Ma to znaczenie o tyle istotne, że Projekt ustawy wskazuje nieodległy termin (od 1 kwietnia do 30 czerwca 2014 r.), w którym obywatel



			oszczędzający dotąd w OFE zobowiązany będzie podjąć decyzję o tym czy jego przyszłe składki będą szły nadal do OFE czy też w całości do ZUS.”
art. 23 Projektu (art. 37 Ustawy) – standardy prawidłowej legislacji, konsultacje społeczne	art. 2 – zasady prawidłowej legislacji		„Projekt ustawy przewiduje, że wejdzie w życie 31 stycznia 2014 r. Biorąc pod uwagę możliwy przebieg procesu legislacyjnego, o czym szerzej będzie mowa w dalszej części opinii, projektodawca nie pozostawił odpowiedniego czasu na przeprowadzenie konsultacji publicznych i gruntowne merytoryczne zbadanie projektu w parlamentarnej fazie prac ustawodawczych. Prace legislacyjne mogą być zatem prowadzone w trudnym do uzasadnienia pośpiechu, niezgodnym z zasadami prawidłowej legislacji [...]. Pośpiech prac legislacyjnych, w tak złożonej legislacyjnie i ważnej społecznie materii, może przyczynić się do obniżenia jakości uchwalonej w ten sposób ustawy.”
art. 23 Projektu (art. 37 Ustawy) – <i>vacatio legis</i>	art. 2 – nakaz zachowania odpowiedniej <i>vacatio legis</i> , zakaz retroakcji		„Wysoce prawdopodobna jest sytuacja, że Projekt ustawy, po jego uchwaleniu, wejdzie w życie bez wymaganego odpowiedniego okresu <i>vacatio legis</i> , a gdyby prace legislacyjne przedłużyły się do końca stycznia, może okazać się, że ustawa ta wejdzie w życie z mocą wsteczną.” „W przypadku Projektu ustawy projektodawca w ogóle nie przewidział <i>vacatio legis</i> . Zdecydował się bowiem na przyjęcie, mogącej budzić wątpliwości legislacyjne, techniki wskazania terminu wejścia w życie ustawy. Długość okresu <i>vacatio legis</i> pozostawił przypadkowi, gdyż jest on uzależniony wyłącznie od tego, jak długo będą trwały prace legislacyjne. [...] Nawet gdyby przyjęć, że okres <i>vacatio legis</i> będzie wynosił miesiąc, co faktycznie mogłoby doprowadzić do zaniechania debaty parlamentarnej oraz mogłoby istotnie ograniczyć analizę projektu przez Kancelarię Prezydenta RP, to i tak w świetle standardów prawidłowej legislacji trudno będzie uznać długość okresu <i>vacatio legis</i> za „odpowiednią” do wagi i znaczenia społecznego Projektu ustawy.”
art. 14 Projektu (art. 23 Ustawy)	art. 2 – zasada ochrony praw nabytych, ochrona interesów w toku		„Prawodawca wkracza w ekspektatywy praw emerytalnych oraz prawa majątkowe przyszłych emerytów, tj. a) zobowiązuje ich do dokonania ponownego wyboru systemu, w którym będą gromadzili składki na zabezpieczenie emerytalne b) przewiduje umorzenie przez Otwarty Fundusz Emerytalny w dniu 3 lutego 2014 r. 51,5% jednostek rozrachunkowych zapisanych na rachunku każdego członka funduszu i przekazanie do ZUS aktywów zgromadzonych w obligacjach i bonach emitowanych przez Skarb Państwa, a także innych obligacji i papierów wartościowych.” „Projekt ustawy istotnie ingeruje w prawa nabyte, a w szczególności w interesy w toku, przedsiębiorców działających na rynku OFE/PTE. Przewidywane projektem zmiany pociągną za sobą istotne pogorszenie warunków prowadzenia działalności gospodarczej, a także ograniczenie swobody jej prowadzenia, ponadto zostają wprowadzone w sposób nagły i dyskrecjonalny.”
art. 2 pkt 34 i 35	art. 22 – przesłanki		„Zgodnie z art. 22 Konstytucji RP, ograniczenie wolności działalności



	Projektu (art. 4 pkt 41 – 32 Ustawy)	ograniczenia swobody działalności gospodarczej; art. 31 ust. 3, w zw. z art. 2 – zasada proporcjonalności	gospodarczej jest dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes publiczny. Choć Konstytucja RP nie definiuje pojęcia „ważnego interesu publicznego” to w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego i w nauce powszechnie się przyjmuje, że pojęcie to dotyczy: bezpieczeństwa państwa, porządku publicznego, ochrony środowiska, zdrowia oraz moralności publicznej. W tym przypadku autor regulacji nie wykazał w uzasadnieniu jaki ważny interes publiczny ma być chroniony przez ten zakaz reklamy.” „W obowiązującym porządku prawnym istnieją już przepisy, które chronią różne podmioty (w tym konsumentów) przed tzw. reklamą wprowadzającą w błąd [...]. Biorąc to pod uwagę, powstaje wątpliwość czy proponując tego typu restrykcyjny przepis nie narusza się zasady proporcjonalności zastosowanego środka do celu, zarówno na gruncie przepisów prawa krajowego, jak i przepisów prawa europejskiego. Takie zakazy reklam OFE nie funkcjonują w innych krajach UE. Można więc rozsądnie założyć, że nie jest on niezbędny do funkcjonowania systemu emerytalnego w Polsce. Trudno również tę propozycję przepisu uzasadnić specyfiką polskiego systemu emerytalnego.”
	art. 2 pkt 35 Projektu (art. 4 pkt 41 -42 Ustawy)	art. 31 ust. 3 w zw. z art. 2 – zasada proporcjonalności	„Z całą pewnością zasada proporcjonalności została naruszona w propozycji przepisu karnego, towarzyszącemu zakazowi reklamy OFE. Wprowadzenie kary pozbawienia wolności do lat 2 za naruszenie zakazu reklamy jest ewenementem w dotychczasowych polskich regulacjach wprowadzających różnego rodzaju zakazy reklam, np. adwokatów, aptek, hazardu, wyrobów tytoniowych, alkoholu. Wprowadzenie takiej sankcji jak pozbawienie wolności do lat 2 nie znajduje żadnego uzasadnienia zarówno ze względu na realia gospodarcze, poczucie sprawiedliwości społecznej.”
	art. 2 pkt 34 i 35 Projektu (art. 4 pkt 41 – 42 Ustawy)	art. 32 – zasada równości, zakaz dyskryminacji	„Przepis ten potencjalnie może naruszać również konstytucyjną zasadę równego traktowania podmiotów wobec prawa. Przy tej propozycji brzmienia przepisu zachodzi wyraźna dysproporcja między sytuacją ZUS, który może się reklamować i sytuacją OFE, które po 31 stycznia 2014 r. nie będą mogły się reklamować. „Dobrowolność” wg koncepcji zawartej w projekcie staje się więc fikcją wobec braku dostępu obywateli do informacji o OFE.”
	art. 14 Projektu (art. 23 Ustawy)	art. 31 ust. 3 w zw. z art. 2 – zasada proporcjonalności	„Cele rządu [redukcja długu publicznego w relacji do PKB] mogłyby zostać osiągnięte przy zastosowaniu środków mniej szkodliwych niż nacjonalizacja części aktywów OFE, np. poprzez zobowiązanie OFE do sprzedaży obligacji skarbowych i wymagając, by OFE przenieśli swoje aktywa w bezpieczniejsze inwestycje w latach poprzedzających bezpośrednio osiągnięcie wieku emerytalnego przez każdego członka OFE.”

Poniższa tabela prezentuje zarzuty naruszenia Konstytucji RP, które zostały podniesione przez organy władzy publicznej w toku uzgodnień międzyresortowych⁴⁰:

PODMIOT BIORĄCY UDZIAŁ W UZGODNIENIACH	KWESTIONOWANY PRZEPIS PROJEKTU USTAWY	KONSTYTUCYJNY WZORZEC KONTROLI	TREŚĆ ZASTRZEŻEŃ OPINIODAWCY
Ministerstwo Sprawiedliwości	art. 3 pkt 7 lit. c Projektu (art. 5 pkt 9 lit. c Ustawy)	art. 2 – zasada dostatecznej określoności (pewność prawa)	„W proponowanym brzmieniu przepis jest mało precyzyjny.”
	art. 4 pkt 2 Projektu (art. 6 pkt 3 Ustawy)	art. 32 – zasada równości	„Nie jest jasne, dlaczego w przepisie tym wskazuje się jako beneficjenta wypłaty gwarantowanej (w razie niewskazania osoby uposażonej) małżonka, jeśli w chwili śmierci emeryta pozostawał z nim we wspólności ustawowej. [...] Wydaje się, że projektowany art. 25b ust. 4 ustawy powinien stanowić, że w razie niewskazania przez emeryta osoby uposażonej, beneficjentem wypłaty gwarantowanej będzie małżonek, który w chwili śmierci emeryta pozostawał z nim we wspólności majątkowej. Wspólność majątkowa obejmuje zarówno wspólność ustawową jak i umowną i wydaje się, że nie ma podstaw do ograniczenia kręgu uprawnionych do wypłaty gwarantowanej tylko do małżonka pozostającego we wspólności ustawowej.”
	art. 23 Projektu (art. 37 Ustawy)	art. 2 – nakaz zachowania odpowiedniego <i>vacatio legis</i>	„Wątpliwości budzi zbyt krótki okres <i>vacatio legis</i> , zwłaszcza w zakresie zmian w systemie podatkowym.”
Prokuratoria Generalna Skarbu Państwa	art. 14 Projektu (art. 23 Ustawy) Ze stanowiska tego Prokuratoria Generalna wycofała się w piśmie z dnia 14 listopada 2013 r.	art. 21 – dopuszczalność wyłączenia: brak przesłanki „słusznego odszkodowania”	„Projektowana ustawa zakłada odebranie części własności niepaństwowej osobie prawnej i przekazanie jej na rzecz państwowej jednostki organizacyjnej, a zatem klasyczne wyłączenie. Konstatacją tej nie zmienia okoliczność, że zaewidencjonowanie przez ZUS aktywów przekazanych przez otwarty fundusz emerytalny na subkontach każdego ubezpieczonego w tożsamej wartości wprowadzie globalnie nie spowoduje uszczerbku w majątku ubezpieczonych, ale spowoduje takiej wartości uszczerbek w majątku otwartego funduszu emerytalnego.”
	art. 10 – 23 Projektu (art. 11 – 37 Ustawy)	art. 2 – zasada prawidłowej legislacji, nakaz stosowania należytych przepisów przejściowych, odpowiedni okres <i>vacatio legis</i>	„Przepisy przejściowe projektowanej ustawy przewidują bardzo krótkie terminy wykonania poszczególnych czynności związanych z wdrożeniem ustawy.”
Zakład Ubezpieczeń Społecznych	art. 23 Projektu (art. 37 Ustawy)	art. 2 – <i>vacatio legis</i>	„Proponowane zmiany legislacyjne mają ogromny wpływ na obecnie eksploatowany w ZUS system informatyczny. Część zmian dotyka głównych elementów systemu, część wymaga budowy nowych elementów. [...] Obecna umowa na rozwój oprogramowania

⁴⁰ Jw.



			<p>KSI z Wykonawcą kończy się. Realizacja zmian wynikających z projektu ustawy będzie musiała być zrealizowana z nowym Wykonawcą [...]. Biorąc pod uwagę skalę i skomplikowanie zmian jakie wymagane będą do wprowadzenia w systemie informatycznym oraz stan formalny związany z możliwością zlecenia tych prac Wykonawcy zdaniem Zakładu 12 miesięcy to minimalny czas jaki jest potrzebny na wprowadzenie docelowych zmian w systemie”.</p>
<p>Rada Nadzorcza Zakładu Ubezpieczeń Społecznych</p>	<p>art. 10 ust. 2 Projektu (art. 11 ust. 2 Ustawy)</p> <p>OSR</p>	<p>art. 2 – zasada ochrony zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa</p>	<p>„Czas wyznaczony na podjęcie decyzji o pozostaniu w OFE wydaje się zbyt krótki w stosunku do wagi tej decyzji. Dłuższy niż zapisany w projekcie trzymiesięczny czas na podjęcie tej decyzji będzie sprzyjał zapoznaniu się przez ubezpieczonych z informacjami na temat systemu emerytalnego, przeanalizowaniu korzyści i ryzyk, jakie niosą obydwa warianty i w rezultacie ułatwi podjęcie świadomego wyboru.”</p> <p>„Według wszelkich dostępnych symulacji, w przyszłości obecny bazowy system emerytalny, niezależnie od dokonywanych indywidualnych wyborów odnośnie pozostania w OFE, zapewni stopy zastąpienia o wiele niższe, niż obecnie. W tej sytuacji ważne jest podejmowanie działań stymulujących rozwój dobrowolnych form zabezpieczenia emerytalnego”.</p>
<p>Komisja Nadzoru Finansowego</p>	<p>Uwaga systemowa</p>	<p>art. 2 – zasada proporcjonalności (kryterium konieczności); zasada pewności prawa i ochrony zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa</p>	<p>„Wątpliwości może budzić zwłaszcza spełnianie kryterium konieczności, gdyż wydaje się, że zarówno do poprawy sytuacji finansów publicznych, jak i do zwiększenia efektywności systemu OFE można doprowadzić innymi metodami, bez niweczenia założeń pierwotnej reformy systemu emerytalnego. Ponadto nadrzędną cechą zabezpieczenia społecznego jest stabilność regulacji prawnych w tym obszarze, która z uwagi na realizację tych najważniejszych zadań państwa z punktu widzenia obywateli kształtuje ich zaufanie do organów państwa oraz samego prawa. [...] W trakcie aktywności zawodowej obywatele mogą skutecznie kształtować swoją sytuację finansową na przyszłość, działając w ramach systemu stworzonego przez państwo. W tym sensie uczestnictwo w systemie zabezpieczenia emerytalnego ma charakter niejako obowiązkowy. Zasadnicze zmiany tego systemu w tym okresie powodują nie tylko brak pewności realizacji dotychczasowych obietnic ze strony państwa co do sposobu otrzymania przyszłej emerytury, ale przede wszystkim uniemożliwiają znalezienie dodatkowych źródeł zabezpieczenia grupie, która zbliża się do końca swego życia zawodowego lub już nie jest aktywna.”</p>
	<p>art. 2 pkt 12 Projektu (art. 4 pkt 12 Ustawy) – „suwak”</p>	<p>art. 2 – zasada dostatecznej określoności (pewność prawa)</p>	<p>„W przepisie przewidziano obowiązek umarzania każdego miesiąca jednej sto dwudziestej jednostek rozrachunkowych. Nie jest jasne, w jaki sposób otwarty fundusz emerytalny ma wykonać ten obowiązek w sytuacji, w której liczba jednostek nie dzieli się przez sto dwadzieścia, tymczasem standardy demokratycznego państwa prawa wymagają, aby obowiązki adresatów norm prawnych były czytelne w stopniu umożliwiającym ich wykonanie celem uniknięcia negatywnych konsekwencji prawnych.”</p>
			<p>„Istotne wątpliwości prawne budzi propozycja</p>



	<p>art. 2 pkt 21 Projektu (art. 4 pkt 25 Ustawy)</p>	<p>art. 2 – zasada demokratycznego państwa prawnego urzeczywistniającego zasady sprawiedliwości społecznej</p> <p>art. 64 ust. 2 – konstytucyjna ochrona własności</p>	<p>uczynienia z OFE podmiotów, które zrównane zostałyby faktycznie z funduszami inwestycyjnymi. [...] Ustawodawca w państwie prawa urzeczywistniającym zasady sprawiedliwości społecznej nie powinien dopuszczać do sytuacji, w której godzi się na kreowanie sytuacji, w której aktywa gromadzone jako wkłady emerytalne eksponowane byłyby na właściwie nielimitowane ryzyko inwestycyjne. Podważałoby to sens art. 2 Konstytucji RP, jak i mogłoby stać w opozycji do przepisu art. 64 ust. 2 Konstytucji, według którego własność podlega równej dla wszystkich ochronie prawnej. [...] Trudno jest wykazać istnienie relewantnych okoliczności przemawiających za przyjęciem odmiennego zakresu ochrony własności. Jest [to] o tyle niepokojące, iż mamy do czynienia ze środkami znamionowanymi tożsamą cechą, a mianowicie środki te są przeznaczone na przyszłe świadczenia emerytalne.”</p>
	<p>art. 2 pkt 21 Projektu (art. 4 pkt 25 Ustawy)</p>	<p>art. 92 ust. 1 – wymóg szczegółowego upoważnienia ustawowego dla wydania rozporządzenia;</p> <p>art. 31 ust. 3 – zasada proporcjonalności</p>	<p>„Zasadnicze wątpliwości co do zgodności z Konstytucją RP wzbudza przyjęta przez projektodawcę konstrukcja, iż RM w drodze rozporządzenia będzie mogła określić maksymalną lub minimalną część aktywów otwartego funduszu emerytalnego, jaka będzie mogła być ulokowana w poszczególne kategorie lokat, uwzględniając potrzebę zapewnienia uzyskania wysokiej stopy zwrotu zaangażowanych środków, przy zachowaniu gwarancji bezpieczeństwa środków gromadzonych na wypłatę członkom otwartych funduszy. [...] Nie może dojść do tego, aby RM lub ministrowie otrzymali generalne pełnomocnictwo do wydawania takich aktów o charakterze abstrakcyjnym i generalnym, gdyż mogliby de facto zastąpić suwerena lub jego przedstawicieli w działalności prawodawczej. Jest to tym ważniejsze, iż w analizowanej sprawie mówimy o ograniczeniu swobody prowadzenia działalności gospodarczej, która nastąpić może jedynie w ustawie. [...] Na gruncie analizowanej sprawy materia, która ma być unormowana w akcie wykonawczym jest faktycznie materia zastrzeżoną dla ustawy. [...] Z tego też względu należałoby rozważyć zachowanie art. 142 ufe, w którym określone zostałyby ogólne ograniczenia ilościowe i jakościowe dotyczące zaangażowania aktywów w poszczególne kategorie lokal, w celu zapewnienia wyższego bezpieczeństwa i rentowności środków zgromadzonych przez członków otwartych funduszy emerytalnych.</p>
	<p>art. 2 pkt 34 i 35 Projektu (art. 4 pkt 41 -42)</p>	<p>art. 31 ust. 3 – przesłanki ustanawiania ograniczeń konstytucyjnych praw i wolności;</p> <p>art. 20, 22 – zasada wolności gospodarczej;</p> <p>art. 54 – zasada swobody wypowiedzi</p>	<p>„Trudno jest dostrzec na gruncie rozważanego problemu na tyle istotne wartości, które uzasadniałyby wprowadzenie zakazu reklamowego adresowanego do reklam funduszy emerytalnych i towarzystw emerytalnych. Na gruncie normatywnym nie można dostrzec takich wartości i dóbr, jak bezpieczeństwo lub porządek publiczny, ochrona zdrowia i moralności publicznej albo wolności i prawa innych osób, które przemawiałyby za wprowadzeniem rzeczzonego zakazu. Uzasadnienie projektu nie zawiera także argumentów, które od strony jurystycznej i aksjologicznej przemawiałyby za tego rodzaju zakazem reklamowym.”</p>
	<p>art. 14 Projektu</p>	<p>art. 2 – zasada</p>	<p>„Ustawowy nakaz wyzbycia się aktywów zgromadzonych przez OFE ze względu na</p>



	(art. 23 Ustawy)	proporcjonalności; art. 21 ust. 2 – dopuszczalność wyłączenia: przesłanka „słusznego odszkodowania”	możliwość kwalifikowania tego rodzaju rozwiązania jako wyłączenia prawa winno być traktowane przez normodawcę jako środek ostateczny i niezbędny dla realizacji ważnego celu publicznego. [...] Można naturalnie twierdzić, iż dokonanie tego rodzaju wyłączenia jest konieczne ze względu na konieczność ochrony finansów publicznych, tym niemniej konieczne byłoby wówczas wskazanie, iż jest to jedyny i najskuteczniejszy środek sanacji ich stanu. Tymczasem można wskazać cały szereg środków i działań, które skutkowałyby tożsamymi rezultatami. [...] Normodawca dopuszczając wzmiankowane wyłączenie powinien zapewnić słuszne odszkodowanie [...]. Trudno jest w sposób jednoznaczny uznać, iż dokonanie zapisów księgowych na subkoncie w FUS można byłoby traktować jako słuszne odszkodowanie. Oczywiście jest bowiem różnica, choćby prawno-ekonomiczna między zapisem księgowym w postaci ilości jednostek rozrachunkowych w OFE a zapisem na subkoncie w FUS.”
	art. 14 Projektu (art. 23 Ustawy)	art. 32 – zasada równości	„Działanie projektodawcy ingeruje w kształt portfeli inwestycyjnych otwartych funduszy emerytalnych, zaś skutki [tej ingerencji] będą zróżnicowane i będą zależeć od dotychczasowej polityki inwestycyjnej poszczególnych OFE. Może to doprowadzić do sytuacji, w której niektóre fundusze emerytalne znajdują się w gorszej sytuacji od innych funduszy emerytalnych, ponieważ niektóre [z nich] zostaną pozbawione większości płynnych oraz bezpiecznych instrumentów finansowych, a niektóre tylko w części. [...] Ten stan rzeczy może rodzić zarzut natury konstytucyjnej, kierowany do ustawodawcy, a mianowicie nierównego traktowania podmiotów znajdujących się w tym samym stanie faktycznym. Można bowiem wykazywać, iż projektodawca kreuje stan, w którym dochodzi do działań dyskryminujących niektóre funkcjonujące na rynku fundusze emerytalne.”
Rządowe Centrum Legislacji	art. 2 pkt 5 Projektu, art. 2 pkt 20 Projektu, art. 2 pkt 22, Projektu, art. 2 pkt 23 Projektu, art. 2 pkt 29 Projektu, art. 1 pkt 21 Projektu (art. 4 i 1 Ustawy)	art. 2 – zasada ochrony zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa; art. 67 ust. 1 – prawo do zabezpieczenia społecznego po osiągnięciu wieku emerytalnego	„Biorąc pod uwagę, że OFE zostały powołane do realizacji zadań z zakresu ubezpieczenia społecznego, proponowane rozwiązania mające na celu: a) uchylenie przepisów dot. zasad pokrywania szkody wyrządzonej przez powszechne towarzystwo emerytalne ze środków Funduszu Gwarancyjnego oraz przepisów dot. zasad pokrywania niedoboru oraz działania Funduszu Gwarancyjnego, b) zniesienie obowiązku dążenia przez fundusz do osiągnięcia maksymalnego stopnia bezpieczeństwa i rentowności dokonywanych lokat, c) nałożenie na OFE [...] obowiązku lokowania co najmniej 75% aktywów w akcje i związane z nimi papiery wartościowe, d) uchylenie [...] przepisów określających ograniczenia w lokowaniu aktywów funduszu w określonych kategoriach lokat - budzą wątpliwości co do zgodności z art. 2 i art. 67 ust. 1 Konstytucji, tj. z wywodzoną z zasady demokratycznego państwa prawnego zasadą ochrony zaufania obywatela do państwa i stanowionego przez nie prawa w zakresie prawa do zabezpieczenia społecznego po osiągnięciu wieku emerytalnego. Należy mieć na uwadze, że konstytucyjne prawo do zabezpieczenia społecznego jest determinowane przez



		funkcje, jakie ma ono do spełnienia (ekonomiczna, społeczna, motywacyjna).
art. 14 Projektu (art. 23 Ustawy)	art. 32 – zasada równości wobec prawa	„Ze względu na to, że punktem odniesienia do procedury umorzenia aktywów przewidzianej w art. 14 będzie data wsteczna, poszczególne OFE znajdą się w różnej sytuacji faktycznej, co budzi zastrzeżenia w świetle konstytucyjnej zasady równości wobec prawa. [...] Opisany mechanizm [...] powodować będzie de facto różny skutek w aktywach poszczególnych OFE, a w konsekwencji także w wartości jednostek rozrachunkowych zapisanych na rachunkach ubezpieczonych.”
art. 10 ust. 2 Projektu (art. 11 ust. 2 Ustawy)	art. 2 – zasada ochrony zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa	„Osoby [urodzone w okresie od dnia 1 stycznia 1949 r. do dnia 31 grudnia 1968 r., które dobrowolnie przystąpiły do OFE] dokonały już raz wyboru i dobrowolnie przystąpiły do OFE, a zatem oświadczenie powinno być przez nie składane w przypadku zmiany decyzji. Zaproponowany mechanizm podejmowania decyzji może być uznany za niezgodny z wywodzoną z zasady demokratycznego państwa prawnego zasadą ochrony zaufania obywatela do państwa i stanowionego przez nie prawa. Zastrzeżenia natury konstytucyjnej budzi także 3-miesięczny termin na złożenie przez członka OFE oświadczenia o przekazywaniu składki do OFE, ponieważ w tym terminie nie będzie możliwe podjęcie decyzji w przedmiocie wyboru członkostwa w OFE w sposób świadomy i w oparciu o adekwatne informacje o funduszu.”
art. 23 Projektu (art. 37 Ustawy)	art. 2 – nakaz zachowania odpowiedniego <i>vacatio legis</i>	„Biorąc pod uwagę charakter i zakres zmian wprowadzanych projektowaną ustawą, przewidziany termin wejścia w życie ustawy z dniem 31 stycznia 2014 r. budzi zastrzeżenia co do zgodności z wywodzoną z zasady demokratycznego państwa prawnego zasadą odpowiedniej <i>vacatio legis</i> .”
art. 3 pkt 18 Projektu (art. 5 pkt 21 Ustawy)	art. 87 – zamknięty katalog źródeł prawa powszechnie obowiązującego w RP	„Upoważnienie do określenia przez RM, na wniosek Prezesa ZUS, w drodze aktu niebędącego źródłem powszechnie obowiązującego prawa RP, innego niż określonego w ustawie sposobu lokowania środków funduszu rezerwowego FUS.”
art. 100c ust. 4, art. 141 ust. 9 i 10, art. 190a ust. 9 ustawy o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych; art. 65 ust. 3 pkt 3 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych emerytalnych	art. 92 ust. 1 – wymóg szczegółowego upoważnienia ustawowego dla wydania rozporządzenia	art. 100c ust. 4 uofe – brak wytycznych; art. 141 ust. 9 i 10 uofe – brak przepisów materialnych ustalających ramy, w którym RM może działać, określając limity; art. 190a ust. 9 uofe – brak jednoznacznego określenia zakresu upoważnienia; art. 65 ust. 3 pkt 3 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych emerytalnych oraz brak odpowiednich wytycznych
art. 2 pkt 35 (art. 4 pkt 45 Ustawy)	art. 42 ust. 1 – konstytucyjne przesłanki odpowiedzialności karnej	„Zakres zakazu sformułowanego w art. 197 ust. 1a nie jest normatywnie tożsamy z zakresem penalizowanych przez art. 219a czynów, co budzi zasadnicze zastrzeżenia w świetle konstytucyjnych wymogów redagowania przepisów karnych.”
art. 2 pkt 34 i 35 Projektu	art. 2 – zasada proporcjonalności	„Wątpliwości w świetle konstytucyjnej zasady proporcjonalności budzi propozycja zakazu prowadzenia działalności polegającej na



	(art. 4 pkt 41 i 42 Ustawy)		emisji reklam dotyczących otwartych funduszy. Nie wydaje się bowiem, aby jego wprowadzenie dało się uzasadnić występowaniem przesłanek warunkujących możliwość ograniczenia konstytucyjnych wolności lub praw, o których mowa w art. 31 ust. 3 Konstytucji. Projektodawca nie wskazał takiej przesłanki.”
Rzecznik Ubezpieczonych	art. 23 Projektu (art. 37 Ustawy)	art. 2 – brak odpowiedniej <i>vacatio legis</i>	„Czy termin przekazywania części aktywów z OFE do ZUS nie jest zbyt krótki po wejściu w życie ustawy? Trzy dni to trochę za mało. Być może również z punktu widzenia organizacji tego procesu.”
	art. 10 ust. 2 Projektu (art. 11 ust. 2 Ustawy)	art. 2 zaufanie obywateli do państwa	„Nie do końca przejrzysty jest tryb pozostawania w OFE. Wydawałoby się, że należałoby dochować tutaj jak najdalej idącej staranności, aby nie było pola do podejrzeń zmuszania kogokolwiek do rezygnacji z OFE.”
Ministerstwo Spraw Zagranicznych	art. 2 pkt 34 Projektu (art. 4 pkt 41 Ustawy)	art. 49 i 56 TFUE	„Zakaz tego typu [zakaz publikacji i emisji reklam] stanowi ograniczenie swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług zagwarantowanych art. 49 i 56 TFUE”.
	art. 2 pkt 21 Projektu (art. 4 pkt 25 Ustawy)	art. 63 TFUE	„Aktywa otwartego funduszu nie mogą być lokowane we wskazanych w tym przepisie kategorii lokat w innych państwach członkowskich Unii Europejskiej, może budzić wątpliwości w świetle swobody przepływu kapitału gwarantowanej na podstawie art. 63 TFUE”

Poniższa tabela prezentuje zarzuty naruszenia Konstytucji RP, które zostały podniesione w dokumentach przedkładanych na etapie prac Komitetu Stałego Rady Ministrów⁴¹:

OPINIODAWCA	KWESTIONOWANY PRZEPIS PROJEKTU USTAWY	KONSTYTUCYJNY WZORZEC KONTROLI	TREŚĆ ZASTRZEŻEŃ OPINIODAWCY
Komisja Nadzoru Finansowego	art. 4 pkt 41 Projektu	art. 2 – wymóg dostatecznej określoności (pewności) prawa	„Nowe brzmienie art. 197 ustawy o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych wbrew intencjom projektodawców nie niweluje dotychczasowych wątpliwości interpretacyjnych, a wręcz kreuje nowe wątpliwości. Przede wszystkim projektodawca posługuje się niezdefiniowanym terminem „reklama”, które nie ma w obrocie prawnym jednego i precyzyjnie określonego desygnatu. Ponadto przyjęte rozwiązania prowadzą do paradoksalnej sytuacji, wynikającej z wnioskowania a contrario, iż dozwolona jest reklama dotycząca dobrowolnego funduszu emerytalnego i pracowniczego funduszu, która wprowadza w błąd. Nie jest również zrozumiałe posługiwanie się przez projektodawcę pojęciem „reklamy dotyczącej otwartego funduszu”. Może to sugerować, iż chodzi tu o wszelki przekaz reklamowy, który nawet pośrednio dotyczy funduszu emerytalnego, a nie jest emitowany, publikowany lub rozpowszechniany przez towarzystwo lub fundusz, ani przez podmiot działający na rzecz lub zlecenie towarzystwa lub funduszu.”

⁴¹ Jw. Uwagi na tym etapie prac legislacyjnych były zgłaszane niezależnie od uwag wcześniejszych.



	art. 25 Projektu (art. 23 Ustawy)	art. 32 – zasada równości	„Projektodawca w uzasadnieniu projektu zaniechał wskazania przekonujących argumentów przemawiających za koniecznością przekazania OFE aktywów o wartości 51,5% swoich aktywów netto także w sytuacji, kiedy nie posiadają na pokrycie tej wartości obligacji Skarbu Państwa i obligacji gwarantowanych przez Skarb Państwa i przejęcia przez Skarb Państwa, jako swoiste dopełnienie do brakującej wartości, aktywów takich jak środki pieniężne i obligacje jednostek samorządu terytorialnego. [...] W sposób oczywisty działanie projektodawcy ingeruje w kształt portfeli inwestycyjnych OFE, zaś skutki ingerencji w portfele inwestycyjne poszczególnych funduszy będą zróżnicowane i będą zależeć od dotychczasowej polityki inwestycyjnej poszczególnych OFE. [...] Te okoliczności przemawiają za koniecznością przedstawienia pełnego i wyczerpującego uzasadnienia projektowanych regulacji prawnych. Jest to o tyle konieczne, iż ten stan rzeczy może rodzić zarzut natury konstytucyjnej, kierowany do ustawodawcy, a mianowicie nierównego traktowania podmiotów znajdujących się w tym samym stanie faktycznym. Można bowiem wskazywać, iż projektodawca kreuje stan, w którym dochodzi do działań dyskryminujących niektóre funkcjonujące na rynku fundusze emerytalne.”
	art. 25 ust. 7 Projektu (art. 23 ust. 6 Ustawy)	art. 32 – zasada równości	„Uregulowanie ust 7 w sposób nierówny traktuje poszczególne OFE określając de facto dla każdego z tych funduszy inny limit minimalnego zaangażowania w kategorii aktywów wskazane w ust. 2 pkt 1-3, co budzi zasadnicze wątpliwości i może narażać proponowany przepis na zarzut dyskryminacyjny dla części podmiotów, które będą musiały utrzymywać udział ww. kategorii aktywów na poziomie wyższym niż inne fundusze, niezależnie od preferencji w zakresie optymalnej z punktu widzenia interesu członków funduszu alokacji aktywów.”
	art. 36 Projektu (art. 36 Ustawy)	art. 20, art. 22, art. 54 – zasada swobody wypowiedzi, art. 31 ust. 3 – przesłanki dopuszczalności ograniczeń konstytucyjnych praw i wolności	„Zakaz działalności reklamowej budzi liczne i poważne wątpliwości natury prawnej. Wprowadzenie wzmiankowanego zakazu budzi zasadnicze wątpliwości z punktu widzenia zgodności z Konstytucją RP. Wśród źródeł polskiego prawa reklamy nadrzędną rolę odgrywa bowiem niewątpliwie Konstytucja RP. Podstawową zasadą konstytucyjną, która reguluje działalność reklamową jest przewidziana w art. 20 Konstytucji zasada wolności gospodarczej. [...] Przepis art. 22 Konstytucji przewiduje zaś, że ograniczenie swobody działalności gospodarczej jest dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes społeczny. Zasada wolności gospodarczej dotyczy wszelkiej działalności o charakterze ekonomicznym, w tym również działalności reklamowej. [...] Trudno jest dostrzec na gruncie rozważanego problemu na tyle istotne wartości, jak to się dzieje w przywołanych powyżej przypadkach, które uzasadniałyby wprowadzenie zakazu reklamowego adresowanego do reklam funduszy emerytalnych i towarzystw emerytalnych. Na gruncie normatywnym nie można dostrzec takich wartości i dóbr publicznych, jak bezpieczeństwo i porządek



			publiczny, ochrona zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób, które przemawiałyby za wprowadzeniem rzeczzonego zakazu. Uzasadnienie projektu nie zawiera także argumentów, które od strony jurystycznej i aksjologicznej przemawiałyby za tego rodzaju zakazem reklamowym.
	art. 36 Projektu (art. 36 Ustawy)	art. 2 – zasada demokratycznego państwa prawnego	„Przepis ten jest niespójny z punktu widzenia aksjologicznego i prawnego. Z jednej bowiem strony wprowadza zakaz reklamy zawierającej informacje o OFE lub informacje sugerujące, że reklama odnosi się do OFE, z drugiej zaś strony wprowadza sankcje administracyjne za naruszenie tego zakazu wyłącznie w odniesieniu do towarzystw lub podmiotu działającego na rzecz towarzystwa lub funduszu. Tymczasem z łatwością można wyobrazić sobie sytuacje, w których reklamy objęte zakazem byłyby publikowane, emitowane lub udostępniane nie przez towarzystwo, ani podmioty działające na zlecenie towarzystwa lub funduszu, lecz inną grupę podmiotów. Ta jednak grupa podmiotów nie byłaby objęta już jakąkolwiek sankcją prawną. [...] Utrzymanie takiego stanu rzeczy oznaczałoby, że każdego rodzaju wypowiedź publiczna, która w jakikolwiek sposób wskazywałaby na potencjalne zalety działalności OFE, choćby nieskonkretyzowanego funduszu, mogłaby być interpretowana jako naruszenie omawianego zakazu.. Taka sytuacja, choćby wykluczając apriorycznie tego rodzaju interpretację, jednak jak najbardziej dopuszczalną na gruncie językowym, narusza standardy państwa prawnego.”
Ministerstwo Finansów	art. 25 ust. 1 Projektu (art. 23 ust. 1 Ustawy)	art. 2 – wymóg dostatecznej określoności (pewności) prawa	„Propozycja zapisu art. 25 ust. 1 jest nieprecyzyjna i może budzić wiele wątpliwości. Aktywa muszą odpowiadać sumie wartości umorzonych jednostek wszystkich członków danego OFE, co nie wynika wprost z przedmiotowego ustępu. Interpretując przedmiotowy zapis literalnie, można go odczytać jako konieczność przekazania przez OFE aktywów o wartości odpowiadającej wartości jednostek rozrachunkowych umorzonych na subkoncie jednego członka OFE. W pozostałych ustępach art. 25 już jest mowa o wartości odpowiadającej sumie wartości jednostek rozrachunkowych.”
	art. 25 ust. 12 Projektu (art. 23 ust. 11 Ustawy) – zmodyfikowany, z częściowym uwzględnieniem uwag	art. 21 – ochrona własności, przesłanki dopuszczalności wyłączenia	„Istotną kwestią jest ryzyko narażenia Skarbu Państwa na liczne zarzuty, że przejmuje skarbowe papiery wartościowe bez żadnej zapłaty, co może mieć przełożenie na umowy zawarte z inwestorami na rynku finansowym, zwłaszcza w świetle art. 51 ust. 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych stanowiącego, że zamieszczenie w budżecie państwa wydatków na określone cele nie stanowi podstawy roszczeń ani zobowiązań państwa wobec osób trzecich, ani roszczeń tych osób wobec państwa.”
Rządowe Centrum Legislacji	art. 37 Projektu (art. 37 Ustawy)	art. 2 – nakaz zachowania odpowiedniego <i>vacatio legis</i>	„Biorąc pod uwagę charakter i zakres zmian wprowadzonych projektowaną ustawą, przewidziany art. 37 projektu termin wejścia w życie ustawy budzi zastrzeżenia co do zgodności z wywodzoną z zasady demokratycznego państwa prawnego zasadą odpowiedniej <i>vacatio legis</i> . Adresaci projektowanych przepisów powinni mieć bowiem zagwarantowany odpowiedni czas na zapoznanie się z treścią nowych regulacji



			i dostosowanie się do nich.”
	art. 25 ust. 19 Projektu (art. 23 ust. 18 Ustawy)	art. 92 ust. 1 – wymóg szczegółowego upoważnienia ustawowego dla wydania rozporządzenia, wykonawczy charakter rozporządzeń	„Wydaje się, że w świetle regulacji art. 25 ust. 1 i 2 rozporządzenie to nie może regulować szczegółowych warunków przekazania przez OFE do ZUS aktywów, o których mowa w ust. 2 tego artykułu.
	art. 25 ust. 20 Projektu (brak w Ustawie)	art. 92 ust. 1 – wymóg szczegółowego upoważnienia ustawowego dla wydania rozporządzenia, wykonawczy charakter rozporządzeń	„Z treści art. 25 ust. 20 wynika, że przedmiotem aktu podustawowego miałyby być kwestie stanowiące materię o charakterze powszechnie obowiązującym, a zatem w tym przypadku minister właściwy do spraw finansów publicznych powinien być upoważniony do wydania rozporządzenia. Biorąc pod uwagę kluczowe znaczenie tego rozporządzenia dla realizacji ustawowego mechanizmu umorzenia aktywów OFE, niezbędne jest załączenie jego projektu do projektu ustawy. Dopiero treść rozporządzenia pozwoli rozstrzygnąć, czy przewidziana regulacja nie będzie stanowić materii ustawowej.”

2.4. Ocena prawna przebiegu rządowego etapu prac legislacyjnych

Przedstawione wyżej zestawienie tabelaryczne wskazuje, że w toku rządowego etapu prac legislacyjnych Projekt Ustawy spotkał się ze strony licznych organizacji społecznych i gospodarczych oraz organów władzy publicznej, w sumie z 73 merytorycznymi zarzutami naruszenia Konstytucji RP (wiele z nich się jednak powtarzało).

Pomimo tego, analiza przebiegu rządowej fazy prac ustawodawczych pod względem jej formalnej zgodności z przepisami Regulaminu pracy Rady Ministrów – z uwagi na fakt, że przepisy tego Regulaminu pozostawiają uznaniu rządu przebieg poszczególnych faz tego procesu, a także przez brak precyzji i wewnętrznej spójności ówczesnego Regulaminu – nie daje podstawy do postawienia tezy o jego naruszeniach w toku prac nad Ustawą.

Nie zmienia to oczywiście faktu, że pośpiech prac legislacyjnych, który szczególnie w przypadku Ustawy nie służy ochronie zaufania obywateli do państwa i prawa, spowodował, że większości uwag zgłoszonych w toku konsultacji i uzgodnień nie udało się rozważyć z powagą konieczną dla Ustawy dotyczącej tak ważnej kwestii społecznej.

Zastanawiające jest też, że negatywna ocena zgodności Ustawy z Konstytucją RP, dokonana przez Rządowe Centrum Legislacji oraz inne instytucje publiczne, nie zatrzymała prac nad Ustawą, które były kontynuowane z pełną świadomością wad Projektu.



3. Parlamentarna faza prac legislacyjnych

3.1. Przebieg postępowania legislacyjnego w Sejmie RP

Projekt Ustawy wpłynął do Sejmu RP w dniu 22.11.2013 r. (druk 1946/VII kadencja). Rada Ministrów nie skorzystała z prawa, jakie daje art. 123 ust. 1 Konstytucji RP, zgodnie z którym projekt może zostać uznany za pilny na etapie prac parlamentarnych. Konstytucja ogranicza bowiem możliwość rozpatrywania w trybie pilnym projektów zmian w ustawach podatkowych. Biorąc pod uwagę, że Projekt Ustawy obejmuje taką zmianę, nadanie klauzuli pilności było konstytucyjnie niedopuszczalne.

Praktyka legislacyjna wskazuje jednak – co należy uznać za wątpliwe z punktu widzenia standardów legislacji – że prace nad projektem prowadzone w zwykłym trybie mogą być skrócone do tego stopnia, że ze względów pragmatycznych nie korzysta się z trybu pilnego. Prace nad przedmiotowym projektem są tego przykładem.

W dniu 22.11.2013 r. Projekt Ustawy skierowano do rozpatrzenia w I czytaniu na posiedzeniu plenarnym Sejmu RP, które odbyło się w dniu 3.12.2013 r. Wniosek o odrzucenie Projektu w I czytaniu nie został przyjęty, a Projekt skierowano do dalszych prac legislacyjnych do Komisji Finansów Publicznych. Odrzucono także wniosek o równoczesne skierowanie Projektu do rozpatrzenia przez Komisję Polityki Społecznej i Rodziny.

Komisja Finansów Publicznych rozpatrywała Projekt Ustawy w dniu 4.12.2013 r. Podczas posiedzenia Komisji odrzucono wniosek o wysłuchanie publiczne. Uzasadnienie wniosku wskazywało na konieczność zapewnienia należytej jakości prac nad Ustawą. Posłowie zgłaszający i popierający wniosek podnosili, że nie zdążyli się jeszcze zapoznać z Projektem Ustawy, a w dniu posiedzenia Komisji otrzymali dodatkowo od Biura Legislacyjnego Sejmu listę 61 poprawek do Projektu, których – z uwagi na złożoność Projektu i jego wagę – nie można rozpatrywać na bieżąco bez możliwości jakiegokolwiek analizy. Komisja Finansów Publicznych jeszcze tego samego dnia (4.12.2013 r.) rozpatrzyła projekt w całości i sformułowała Sprawozdanie (druk 1972/VII kadencja).

W dniu 5.12.2013 r. na posiedzeniu plenarnym Sejmu RP odbyło się II czytanie Projektu Ustawy. Podczas tego posiedzenia zgłoszono propozycję wniosku o odrzucenie projektu w całości (Klub Parlamentarny Solidarna Polska) oraz 1018 poprawek (Klub Parlamentarny Platforma Obywatelskiej – 2 poprawki, Klub Parlamentarny Prawo i Sprawiedliwość – 14 poprawek, Klub Parlamentarny Sojusz Lewicy Demokratycznej – 3 poprawki, Klub Parlamentarny Solidarna Polska – 999 poprawek). W związku z tym Sejm RP skierował Projekt Ustawy ponownie do Komisji Finansów Publicznych celem sporządzenia dodatkowego sprawozdania (druk 1972A/VII kadencja).

Warto zwrócić szczególną uwagę na fakt – gdyż ma on podstawowe znaczenie dla oceny konstytucyjności prac nad Ustawą – że wobec zgłoszenia licznych poprawek przez



niemal wszystkie Kluby Parlamentarne w trakcie II czytania, Klub Parlamentarny Platformy Obywatelskiej zdecydował się zgłosić poprawkę, która polegała na ponownym wniesieniu całego Projektu Ustawy o treści niemal identycznej jak ustalona w Sprawozdaniu Komisji Finansów Publicznych (wprowadzono do niej jedynie 5 zmian). Innymi słowy zamiast zgłosić 5 poprawek Klub Parlamentarny Platformy Obywatelskiej ponownie wniósł – jako poprawkę – cały Projekt Ustawy. Działanie to miało w zamierzeniu Klubu (zob. wypowiedź posła D. Rosatiego i posła J. Szulca z posiedzenia Komisji Finansów Publicznych z dnia 5.12.2013 r.) doprowadzić do sytuacji, w której w związku z uchwaleniem poprawki dalej idącej (w tym przypadku nowego brzmienia Projektu Ustawy), pozostałe poprawki staną się bezprzedmiotowe i nie będą głosowane. W dniu 6.12.2013 r. odbyło się III czytanie Projektu Ustawy. W związku z faktem przyjęcia poprawki Klubu Parlamentarnego Platformy Obywatelskiej uznano, że Sejm RP przyjął w dniu 6.12.2013 r. Ustawę w III czytaniu (zob. Sprawozdanie Stenograficzne z 55 posiedzenia Sejmu RP VII kadencji, z 6.12.2013 r., s. 373). Pozostałych poprawek nie rozpatrywano.

Ustawa została przyjęta przez Sejm RP w trakcie 55 posiedzenia. Sejm RP poświęcił na analizę Projektu Ustawy 3 dni.

3.2. Przebieg postępowania legislacyjnego w Senacie RP

W dniu 6.12.2013 r. Ustawa uchwalona przez Sejm w III czytaniu została przekazana do Senatu RP. Marszałek Senatu skierował ją do Komisji Budżetu i Finansów Publicznych oraz Komisji Rodziny i Polityki Społecznej (druk 514/VIII kadencja). W trakcie prac legislacyjnych Biuro Legislacyjne Senatu RP przedstawiło opinię prawną, w której zwracało uwagę, że szereg przepisów Ustawy budzi istotne wątpliwości co do ich zgodności z Konstytucją RP (dalej: **Opinia Biura Legislacyjnego Senatu**)⁴².

Posiedzenie Komisji Senatu RP odbyło się w dniu 10.12.2013 r. i podczas tego posiedzenia rozpatrzono Ustawę w całości oraz zarekomendowano Senatowi w Sprawozdaniu przyjęcie jej bez zgłaszania poprawek. Senat ostatecznie podzielił ten wniosek Komisji, przyjmując w dniu 11.12.2013 r. Ustawę uchwaloną przez Sejm RP w III czytaniu bez poprawek.

Prezydent RP podpisał Ustawę w dniu 27 grudnia 2013 r. Ustawę opublikowano w dniu 31.12.2013 r. w Dzienniku Ustaw (poz. 1717).

3.3. Ocena prawidłowości przebiegu prac parlamentarnych

Prace legislacyjne dotyczące Projektu Ustawy, zarówno w rządowej fazie, jak i w szczególności w fazie parlamentarnej, były prowadzone w pośpiechu, który nie licuje z podstawowymi standardami stanowienia prawa w demokratycznym państwie prawnym.

⁴² Zob. Opinia z dnia 9 grudnia 2013 r. Biura Legislacyjnego Senatu RP do Ustawy (druk 514).



Wątpliwości w tym zakresie są tym większe, że Ustawa dotyczy spraw o najwyższym skomplikowaniu prawnym i legislacyjnym oraz fundamentalnym znaczeniu dla bezpieczeństwa socjalnego jednostki oraz stabilności budżetu państwa.

Jak stwierdza Trybunał Konstytucyjny „szybkość postępowania ustawodawczego sama w sobie nie może stanowić zarzutu niekonstytucyjności. Może być oceniana, po pierwsze, ze względu na wpływ, jaki wywierała na respektowanie pluralistycznego charakteru parlamentu, tzn. przez badanie czy przebieg prac parlamentarnych nie pozbawił określonej grupy parlamentarnej możliwości przedstawienia w poszczególnych fazach postępowania swojego stanowiska. Po drugie, z punktu widzenia związku między szybkim trybem prac ustawodawczych a jakością ustawy.”⁴³. W analizowanym przypadku szybkość postępowania legislacyjnego w Sejmie RP odbiła się negatywnie zarówno na jakości prawa, jak i roli parlamentu w procesie jego stanowienia oraz związanych z tym prawach posłów do rozpatrzenia projektu, świadomego uczestnictwa w pracach parlamentarnych oraz zgłaszania poprawek.

Analiza przebiegu prac legislacyjnych prowadzi do wniosku, że w parlamentarnej fazie prac legislacyjnych doszło do naruszenia:

- **przepisu art. 2 Konstytucji RP i wynikających z niego zasad zaufania do państwa i prawa oraz prawidłowej legislacji. Doszło także do zaprzeczenia domniemania racjonalności działań prawodawcy**, z uwagi na prowadzenie prac legislacyjnych w sprawie o istotnym znaczeniu dla praw i wolności jednostki, dla bezpieczeństwa socjalnego „milionów obywateli, a także dla interesu finansów publicznych, w trudnym do uzasadnienia i całkowicie niepotrzebnym pośpiechu. Sposób prowadzenia debaty parlamentarnej uniemożliwił bowiem jakąkolwiek merytoryczną refleksję nad Projektem Ustawy (Sejm RP przyjął Ustawę w 3 dni). Nawet posłowie będący członkami Komisji Finansów Publicznych, która rozpatrywała projekt Ustawy, nie mieli odpowiedniego czasu na zapoznanie się zarówno z treścią Projektu Ustawy, jak i poprawkami zgłoszonymi przez Biuro Legislacyjne (61 poprawek). Przebieg postępowania legislacyjnego w Sejmie RP wykluczał także jakąkolwiek merytoryczną partycypację obywateli i ich organizacji.
- **przepisów art. 118 ust. 1 i art. 119 ust. 1 Konstytucji RP, art. 36 Regulaminu Sejmu RP oraz art. 7 Konstytucji RP**. Z przepisów tych wynika zasada rozpatrywania projektu ustawy przez Sejm RP w trzech czytaniach⁴⁴, nakaz dochowania wymagań dotyczących prawa inicjatywy ustawodawczej, a także obowiązek działania organów władzy publicznej na podstawie i w granicach prawa. W analizowanym przypadku doszło do złamania tych zasad, gdyż

⁴³ Orzeczenie TK K 4/06.

⁴⁴ Na temat wymogu rozpatrzenia projektu ustawy w trzech czytaniach – zob. orzeczenie TK K 3/98, K 53/07, a także „Proces prawotwórczy w świetle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego. Wypowiedzi Trybunału Konstytucyjnego dotyczące zagadnień związanych w procesem legislacyjnym”, Wydawnictwo Trybunału Konstytucyjnego, Warszawa 2013 r., s. 197-198 oraz 215.

posłowie Klubu Parlamentarnego Platformy Obywatelskiej odstąpili od zgłaszania poprawek do treści Projektu zawartego w Sprawozdaniu Komisji Finansów Publicznych i jako poprawkę w toku II czytania wnieśli nowy projekt ustawy⁴⁵. Projekt ten został następnie przyjęty przez Sejm RP (jako poprawka 1), a Marszałek Sejmu stwierdził przyjęcie Ustawy w III czytaniu w brzmieniu wynikającym z poprawki 1. Działanie takie spowodowało, że cały tok postępowania legislacyjnego prowadzonego w ramach I i II czytania Projektu stał się bezprzedmiotowy, w szczególności dotyczy to licznych poprawek zgłaszanych przez niemal wszystkie Kluby Parlamentarne w toku II czytania. Projekt przyjęty przez Sejm nie stał się zatem przedmiotem trzech czytań ani w sensie technicznym, ani merytorycznym⁴⁶. W ten sposób doszło zatem do naruszenia zasady trzech czytań projektu ustawy, wymagań konstytucyjnych dotyczących inicjatywy ustawodawczej oraz w konsekwencji zasady legalizmu.

- **przepisów art. 119 ust. 2 Konstytucji RP, art. 14 ust. 1 pkt 1 i 6 Ustawy o wykonywaniu mandatu posła i senatora oraz art. 45 Regulaminu Sejmu RP w związku z art. 2 Konstytucji RP oraz art. 7 Konstytucji RP.** Z przywołanych przepisów wynika prawo posłów do zgłaszania poprawek do projektu ustawy oraz uczestnictwa w dyskusji podczas posiedzeń Sejmu RP oraz Komisji Sejmowych. Prawo do zgłaszania poprawek zostało posłom istotnie ograniczone w związku z pośpiechem prowadzenia prac Komisji Finansów Publicznych, a następnie odebrane, wskutek ponownego wniesienia w trakcie II czytania Projektu Ustawy, jako poprawki poselskiej, a następnie przyjęciu go przez Sejm RP w III czytaniu. Na tej podstawie wszystkie inne poprawki poselskie zgłoszone przez niemal wszystkie kluby parlamentarne uznano za bezprzedmiotowe. Poprawki te w ogóle nie zostały poddane pod głosowanie. Intencje posłów, którzy ponownie wnieśli całą treść Projektu jako poprawkę, nie budzą wątpliwości. Można ją ustalić jednoznacznie zapoznając się z zapisem posiedzenia Komisji Finansów Publicznych z dnia 5.12.2013 r. oraz zapisem posiedzenia Sejmu RP z 6.12.2013 r. Wyłącznym celem ponownego wniesienia całości Projektu Ustawy było wyłącznie ograniczenie debaty parlamentarnej nad Projektem oraz pozbawienie posłów opozycji prawa do zgłaszania poprawek. W ten sposób, wbrew Konstytucji RP, Sejm RP pozostawił bez rozpoznania ponad 1000 poprawek zgłoszonych w toku II czytania. Pośpiech w pracach legislacyjnych, a w szczególności brak możliwości zapoznania się w rozsądnym terminie przez posłów Komisji Finansów Publicznych zarówno z Projektem Ustawy, jak i poprawkami Biura Legislacyjnego, istotnie ograniczył prawo posłów do świadomego uczestnictwa w posiedzeniach Sejmu RP oraz Komisji Sejmowych, a także możliwość prawidłowego

⁴⁵ Na temat „obejścia” prawa inicjatywy ustawodawczej – zob. orzeczenie TK K 25/98,

⁴⁶ Zob. orzeczenie TK K 53/07



wykonywania ich obowiązków poselskich oraz rolę Sejmu RP w postępowaniu legislacyjnym. W związku z faktem pozbawienia posłów prawa do zgłaszania poprawek doszło do przyjęcia Ustawy z naruszeniem art. 7 Konstytucji RP (zasada legalizmu).

- Gdyby nawet przyjąć – co jest wątpliwe, bo TK wyraźnie definiuje pojęcie poprawki do ustawy⁴⁷, a w toku postępowania Sejm głosował nad poprawką 1 ze świadomością głosowania nad całością ustawy – że ponowne wniesienie w toku II czytania całości Projektu Ustawy nie stanowiło naruszenia zasady trzech czytań, bo wniesiony projekt jedynie nieznacznie różnił się od poprzedniego (argumenty takie przywoływali niektórzy posłowie w toku debaty parlamentarnej, to i tak należałoby uznać, że doszłoby do **naruszenia przepisów art. 119 ust. 2 Konstytucji RP, art. 14 ust. 1 pkt 1 i 6 Ustawy o wykonywaniu mandatu posła i senatora oraz art. 45 Regulaminu Sejmu RP w związku art. 2 Konstytucji RP oraz art. 7 Konstytucji RP**, z uwagi na fakt pozostawienia bez rozpoznania około tysiąca poprawek zgłoszonych do Ustawy przez posłów w toku II czytania.

Na tej podstawie należy stwierdzić, że Ustawa została przyjęta przez Sejm RP z naruszeniem przepisów Konstytucji RP, co stanowi samoistną przesłankę uznania całej Ustawy za niezgodną z art. 118 ust. 1 i 119 ust. 1 i 2 w związku z art. 2 i 7 Konstytucji RP.

Przedstawione wyżej działania stwarzają problem dotyczący nie tylko analizowanej Ustawy. Rzucają one także cień na dalszą praktykę legislacyjną, dochowanie standardów państwa prawnego oraz rolę parlamentu i posłów w procesie stanowienia prawa. Gdyby bowiem przyjąć taką praktykę za dopuszczalną, to w każdym innym przypadku koalicja posiadająca aktualnie większość w Sejmie RP mogłaby w toku II czytania wnieść jednolity tekst

⁴⁷ W orzeczeniu K 37/03 TK stwierdza, że „interpretację pojęcia „poprawka„ należy rozpocząć od ustalenia językowego znaczenia tego terminu. Odwołać się tu można do dwóch znaczeń tego słowa, które określane jest jako „doprowadzenie do poprawności, usunięcie usterki, błędu, korekta” oraz innym znaczeniu jako „uzupełnienie, wprowadzenie uzasadnionej zmiany, modyfikacja”. Oba te znaczenia zakładają związek „poprawki” z pewnym „elementem bazowym”, z tym do czego się ona odnosi, a więc z projektem ustawy”. Podobnie w orzeczeniu K 25/98 TK stwierdza „Wymóg rozpatrzenia projektów ustaw przez Sejm RP w trzech czytaniach oznacza konstytucyjny nakaz, by podstawowe treści, które znajdują się ostatecznie w ustawie przebyły pełną drogę procedury sejmowej, tak by nie zabrakło czasu i możliwości na przemyślenie przyjmowanych rozwiązań i zajęcie wobec nich stanowiska. Nakazowi temu sprzeciwia się takie stosowanie procedury poprawek, które pozwala na wprowadzanie do projektu nowych, istotnych treści na ostatnich etapach procedury sejmowej. Dotyczy to zwłaszcza poprawek zgłoszonych w drugim czytaniu i nie będących przedmiotem rozważań w komisjach.”. W orzeczeniu TK K 53/07 TK stwierdza, że „zarówno wymóg trzech czytań, jak i wymogi dotyczące poprawek związane są ściśle z respektowaniem tożsamości projektu ustawy, który powinien przejść drogę trzech czytań i zachować swoją materialną tożsamość, określony przez zakres materialny projektu ustawy oraz jej cele. Tożsamości ten nie mogą w szczególności naruszyć poprawki, które swoim charakterem wynikającym z zakresu lub konsekwencji normatywnych, wychodzą poza funkcję poprawki do określonego projektu ustawy.”. „Konkretne poprawki odnoszące się do projektu muszą pozostawać w odpowiednim związku z jego treścią, muszą zmierzać do modyfikacji treści projektu, a nie do stworzenia nowego projektu” (Proces prawotwórczy w świetle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, jw. s. 223).



projektu ustawy z dowolnymi poprawkami, a następnie go przyjąć w III czytaniu, a tym samym całość wcześniejszej debaty parlamentarnej uczynić bezprzedmiotową.

Z tego względu – w ochronie podstawowych standardów demokratycznego państwa prawnego – zasadne jest kategoryczne zanegowanie przez Trybunał Konstytucyjny dopuszczalności podejmowania podobnych praktyk w procesie stanowienia prawa.

VI. UMORZENIE 51,5% JEDNOSTEK ROZRACHUNKOWYCH OFE (art. 23 Ustawy)

1. Zarys stanu prawnego

Ustawa w art. 23 nakłada na otwarty fundusz emerytalny obowiązek:

- umorzenia w dniu 3 lutego 2014 r. 51,5% jednostek rozrachunkowych zapisanych na rachunku każdego członka otwartego funduszu emerytalnego na dzień 31 stycznia 2014 r. (ust. 1) oraz
- przekazania w tym samym dniu do Zakładu Ubezpieczeń Społecznych następujących aktywów:
 - ✓ obligacji i bonów emitowanych przez Skarb Państwa;
 - ✓ obligacji emitowanych przez Bank Gospodarstwa Krajowego na zasadach określonych w ustawie z dnia 27 października 1994 r. o autostradach płatnych oraz o Krajowym Funduszu Drogowym (Dz. U. z 2012 r. poz. 931, z późn. zm.), gwarantowanych przez Skarb Państwa;
 - ✓ innych papierów wartościowych opiewających na świadczenia pieniężne, gwarantowanych lub poręczanych przez Skarb Państwa;
 - ✓ środków pieniężnych denominowanych w walucie polskiej (ust. 2 pkt 1-4).

Otwarte fundusze emerytalne zostały zobligowane do przekazania w dniu 3 lutego 2014 r. do Zakładu Ubezpieczeń Społecznych wykazów zawierających specyfikację i wycenę aktywów, o których mowa w art. 23 ust. 2 Ustawy.

Zgodnie z art. 23 ust. 7. Ustawy Zakład Ubezpieczeń Społecznych ewidencjonuje na dzień 31 stycznia 2014 r. na subkoncie, o którym mowa w art. 40a Ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych, wartość środków odpowiadających wartości umorzonych przez otwarty fundusz emerytalny na rachunku członka OFE jednostek rozrachunkowych.

Po otrzymaniu aktywów OFE Zakład Ubezpieczeń Społecznych niezwłocznie:

- przedstawia do nabycia Skarbowi Państwa, reprezentowanemu przez ministra właściwego do spraw budżetu, przekazane przez OFE aktywa, o których mowa w art. 23 ust. 2 pkt 1 Ustawy (obligacje i bony emitowane przez Skarb Państwa);
- przenosi do Funduszu Rezerwy Demograficznej przekazane przez OFE aktywa, o



których mowa w art. 23 ust. 2 pkt 2-4 Ustawy (obligacje emitowane przez Bank Gospodarstwa Krajowego na zasadach określonych w ustawie o autostradach płatnych oraz o Krajowym Funduszu Drogowym, gwarantowane przez Skarb Państwa, inne papiery wartościowe opiewające na świadczenia pieniężne, gwarantowane lub poręczane przez Skarb Państwa oraz środki pieniężne denominowane w walucie polskiej).

Warto także odnotować, że zgodnie z art. 23 ust. 11 Ustawy, Skarb Państwa reprezentowany przez ministra właściwego do spraw budżetu, nabywa od Zakładu Ubezpieczeń Społecznych aktywa w postaci obligacji i bonów emitowanych przez Skarb Państwa, w zamian za gwarancję wypłaty z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych świadczeń emerytalnych odpowiadających zewidencjonowanej na subkoncie, o którym mowa w art. 40a Ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych, wartości tych aktywów.

Ocena zgodności z Konstytucją RP rozwiązania regulacyjnego przewidzianego w art. 23 Ustawy wymaga w pierwszej kolejności zbadania statusu środków zgromadzonych w OFE. Rozstrzygnięcie tego zagadnienia – które wywołało spór w toku prac nad Projektem Ustawy i rozbieżne stanowiska zarówno pośród przedstawicieli doktryny prawa, jak i organów władzy publicznej – okaże się także pomocne dla przeprowadzenia analizy konstytucyjnej w dalszej części Raportu, poświęconej instytucji tzw. „suwaka bezpieczeństwa” przewidzianej w art. 12 Ustawy.

2. Status prawny środków zgromadzonych w otwartych funduszach emerytalnych

W toku debaty publicznej dotyczącej zmian w OFE zarysowały się dwa przeciwstawne stanowiska dotyczące statusu środków tam zgromadzonych.

Zgodnie z pierwszym z tych stanowisk środki zgromadzone w OFE mają status środków publicznych. Podmioty opowiadające się z tym poglądem podnoszą, że za takim statusem składki opowiedział się Sąd Najwyższy w wyroku z 4.06.2008 r. (sygn. UK 12/08), w którym stwierdza się, że „*składka emerytalna z uwagi na jej przeznaczenie na tworzenie funduszu emerytalnego, posiada publicznoprawny, ubezpieczeniowy charakter, który zachowuje nadal po przekazaniu przez ZUS jej części do funduszu*”⁴⁸. Przyjmują w związku z tym, że stosunek prawny łączący ubezpieczonego z OFE zachowuje charakter publicznoprawny.

Przeważająca większość doktryny – a także autorzy niniejszego Raportu – przychyliła się jednak do poglądu przeciwnego, zgodnie z którym środki przekazane do OFE nie stanowią środków publicznych. W świetle art. 6. ust. 1. Ustawy o OFE składki wpłacone

⁴⁸ OSNP 2009/21-22/291.



do funduszu, nabyte za nie lub w związku z nimi prawa i pożytki z tych praw stanowią bowiem jego aktywa. Z przepisu tego zdają się wynikać następujące konsekwencje:

- Po pierwsze, składki wpłacone przez ZUS do funduszu (a także nabyte za nie lub w związku z nimi prawa i pożytki z tych praw) stają się własnością OFE (wchodzi w skład jego majątku). Fundusz jest wyłącznym podmiotem prawa do środków w nim zgromadzonych.
- Po drugie, składki te nie są własnością ani Skarbu Państwa, ani poszczególnych (zindywidualizowanych) członków otwartych funduszy emerytalnych. Zatem spełnienie świadczenia pieniężnego pod postacią wpłaty do OFE składki ubezpieczeniowej, która ma ze swej natury charakter pieniężny, powoduje przesunięcie majątkowe, którego efektem jest zwiększenie aktywów funduszy (zob. art. 2 ust. 1 Ustawy o OFE). Wyposażony w osobowość prawną OFE lokuje otrzymane składki, stając się wyłącznym podmiotem nabytych za nie praw majątkowych. Zatem składka, w chwili jej przekazywania do OFE, posiada jeszcze charakter publicznoprawny, jednakże po jej przekazaniu – taki charakter traci, stając się mieniem otwartego funduszu emerytalnego jako osoby prawnej. Dochodzi zatem do transformacji charakteru prawnego składki emerytalnej, która – po przekazaniu jej do OFE – przestaje być zaliczana do środków publicznych, a staje się aktywem otwartego funduszu emerytalnego.

Brak podstaw do uznania publicznoprawnego charakteru środków zgromadzonych w OFE uzasadnia także to, że aktywa OFE nie zostały zaliczone przez ustawodawcę do kategorii środków publicznych, o których mowa w art. 5 Ustawy o finansach publicznych. Ponadto składki odprowadzane do OFE są traktowane jako kapitał prywatny przez Europejski Urząd Statystyczny (EUROSTAT).

Wątpliwa jest także teza o zakwalifikowaniu otwartych funduszy emerytalnych jako podmiotów prawa publicznego. Zarówno bowiem utworzenie OFE, jak i zakończenie przez nie działalności zależy od woli powszechnego towarzystwa emerytalnego, które jest przedsiębiorcą działającym w formie spółki akcyjnej dla osiągnięcia zysku. Otwarty fundusz emerytalny jest w rzeczywistości wyłącznie zinstytucjonalizowaną masą majątkową, o której losach decyduje powszechne towarzystwo emerytalne, będące jedynym organem funduszu. Towarzystwo prowadzi działalność w interesie członków OFE na zasadach komercyjnych, kierując się zasadą maksymalizacji swoich zysków⁴⁹. Co istotne, towarzystwo nie ma również uprawnień do stosowania jakichkolwiek działań władczych wobec ubezpieczonych. Działalność OFE ma charakter typowy dla instytucji zbiorowego inwestowania. Zapewne z powyższych względów otwarte fundusze emerytalne nie zostały zaliczone do kategorii jednostek sektora finansów publicznych. Powierzenie OFE realizacji celu publicznego nie powoduje utraty przez nie charakteru

⁴⁹ A. Jabłoński, *Charakter prawny środków zgromadzonych w otwartym funduszu emerytalnym*.



prywatnej instytucji⁵⁰. Dlatego też środki gromadzone i lokowane przez otwarte fundusze emerytalne nie mogą być traktowane jako znajdujące się w dyspozycji podmiotu prawa publicznego.

Wszystko to prowadzi do wniosku, że publicznoprawna składka na ubezpieczenie emerytalne po przekazaniu do OFE zmienia swój charakter na prywatny, stając się częścią aktywów prywatnej osoby prawnej.

Zapratywanie o prywatnoprawnym charakterze środków zgromadzonych w otwartych funduszach emerytalnych potwierdza również wykładnia historyczna – w czasie, gdy uchwalana była ustawa o OFE, wyrażano przekonanie, że środki gromadzone w OFE są własnością otwartych funduszy emerytalnych. Zgodnie z Uzasadnieniem Ustawy o OFE *„z pełną świadomością dokonano wyboru konstrukcji prawnej funduszu emerytalnego jako osoby prawnej. Koncepcja taka gwarantuje większe bezpieczeństwo aktywów funduszu niż koncepcja funduszu emerytalnego jako masy majątkowej. Koncepcja funduszu emerytalnego jako masy majątkowej rodziłaby szereg wątpliwości, które występują obecnie w związku z funkcjonowaniem funduszy powierniczych. Wątpliwości te rodzą się przede wszystkim, co do tego kto jest właścicielem masy majątkowej oraz jak wygląda kwestia odpowiedzialności funduszu jako masy majątkowej. Nie ma takich wątpliwości przy przyjęciu, że fundusz emerytalny jest osobą prawną. Takie rozwiązanie pozwala, bowiem na jednoznaczne uznanie, że właścicielem aktywów pochodzących ze składek członków jest fundusz emerytalny, a tym samym jest możliwe dokładne określenie, kto, za co odpowiada”⁵¹.*

Jedynym uprawnionym do środków zgromadzonych w OFE jest sam otwarty fundusz emerytalny. Członkom OFE nie przysługuje prawo własności aktywów zgromadzonych w Otwartych Funduszach Emerytalnych. Przysługują natomiast członkom OFE inne prawa majątkowe, o charakterze obligacyjnym, wynikające ze stosunku prawnego członkostwa w OFE. Mianowicie, na podstawie stosunku członkostwa w OFE, na mocy art. 110 i art. 111 ustawy o OFE, każdemu z członków otwartych funduszy emerytalnych przysługuje uprawnienie, którego treścią jest możliwość żądania wypłaty zgromadzonych w funduszu środków z chwilą zaistnienia określonych ustawowo zdarzeń⁵². Możliwość żądania wypłaty znajduje pokrycie w aktywach OFE, zapisanych na rachunku danego członka otwartego funduszu emerytalnego.

Należy ze szczególną mocą podkreślić, że realizacja roszczenia o wypłatę środków zgromadzonych w OFE zabezpieczona jest aktywami funduszu, a wypłata środków powoduje obniżenie (umorzenie) odpowiedniej części tych aktywów. Innymi słowy,

⁵⁰ R. Pacud (red.), *Prawne mechanizmy przekazywania środków OFE, Oceny konstytucyjno-prawne*, Kraków 2013, s. 49.

⁵¹ Uzasadnienie Ustawy o OFE, s. 11.

⁵² A. Jabłoński, op.cit.



roszczenie członka OFE znajduje pokrycie w aktywach otwartego funduszu emerytalnego.

Członkostwo ubezpieczonego w OFE oraz wynikające z tego członkostwa roszczenie członka OFE względem funduszu podlegają szczególnemu reżimowi prawnemu. Członkostwo to jest obowiązkowe, a ustawodawca przyjął ponadto ogólną zasadę zakazu rozporządzania środkami zgromadzonymi na rachunku członka OFE. Środki zgromadzone na rachunku OFE nie podlegają również egzekucji. Wypłata środków ubezpieczonemu odbywa się jedynie w sposób ustawowo określony.

Powyższy, szczególny reżim prawny, nie przesądza bynajmniej o publicznoprawnym charakterze praw wynikających z członkostwa w OFE. Członkostwo to jest bowiem nabywane na podstawie umowy prawa cywilnego, a stosunek prawny łączący otwarty fundusz emerytalny oraz ubezpieczonego jest relacją równorzędnych podmiotów – w ustawie brak jest bowiem jakichkolwiek przepisów, które przyznawałyby uprawnienia władcze OFE względem członka funduszu. Fakt, że zawarcie umowy z OFE przy spełnieniu pewnych przesłanek jest obowiązkowe, nie ma wpływu na przedstawioną powyżej kwalifikację prawną praw wynikających z członkostwa w OFE. Prawu polskiemu znanych jest bowiem wiele przepisów, z których wynika obowiązek zawarcia oznaczonej umowy prawa cywilnego (jako przykład mogą tu posłużyć przepisy dotyczące obowiązkowego ubezpieczenia OC posiadaczy pojazdów mechanicznych). Z kolei ograniczenia w zakresie wypłat środków zgromadzonych na rachunku otwartego funduszu emerytalnego są konsekwencją tego, że aktywa OFE stanowią fundusz ubezpieczeniowy, czyli masę majątkową przeznaczoną na wypłaty świadczeń w sytuacji ziszczenia się pewnego ryzyka ubezpieczeniowego (w tym przypadku osiągnięcia wieku emerytalnego). W przypadku prywatnych ubezpieczeń ubezpieczający również nie ma możliwości żądania od zakładu ubezpieczeń wypłaty uiszczonej przez niego składki ubezpieczeniowej, lecz może ubiegać się o świadczenie wskazane w umowie ubezpieczenia po zaistnieniu ściśle określonych przesłanek (wystąpienia wypadku ubezpieczeniowego). Po stronie członka OFE istnieje więc względem otwartego funduszu cywilnoprawne (kontraktowe) uprawnienie do przysługującej mu części aktywów zgromadzonych w II filarze, której wartość ustala się na podstawie przypadającej mu liczby jednostek rozrachunkowych. Mimo, że roszczenie to aktualizuje się z chwilą osiągnięcia wieku emerytalnego, przez cały czas trwania umowy ubezpieczonemu przysługuje należność w wysokości wynikającej ze zgromadzonych przez niego środków, powiększonej o odpowiednią część zysków i pomniejszonej o opłaty i straty. Należność ta ma charakter cywilnoprawny.

Tezę o prywatnoprawnym charakterze roszczeń członka OFE wobec otwartego funduszu emerytalnego potwierdza fakt, że środki te podlegają podziałowi w razie rozvodu lub unieważnienia małżeństwa oraz podziałowi w razie śmierci członka funduszu



emerytalnego. Podział majątku oraz dziedziczenie są bowiem instytucjami prawa prywatnego.

Powyższe dowodzi zatem, że prawa podmiotowe członków OFE względem otwartych funduszy emerytalnych mają charakter prywatnoprawny.

3. Ocena konstytucyjna art. 23 Ustawy

Stwierdzenie, że środki zgromadzone w OFE oraz prawa członków OFE wynikające z członkostwa w otwartych funduszach emerytalnych mają charakter prywatnoprawny, pociąga za sobą istotne implikacje. Nałożenie na OFE obowiązku umorzenia 51,5% jednostek rozrachunkowych i przekazania do ZUS aktywów odpowiadających wartości jednostek umorzonych rodzi bowiem istotne wątpliwości dotyczące zgodności takiego rozwiązania regulacyjnego z art. 2 (przede wszystkim w zakresie odnoszącym się do ochrony praw słusznie nabytych oraz ochrony interesów w toku), art. 20, art. 21, art. 22, art. 32, art. 64 ust. 1 i 2 w zw. z art. 31 ust. 3 oraz art. 67 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP.

3.1. Zasada ochrony własności. Przesłanki dopuszczalności wywłaszczenia (art. 21 i art. 64 Konstytucji RP).

Przepisy art. 21 ust. 1 i 2 Konstytucji RP stanowią, że „Rzeczpospolita Polska chroni własność i prawo dziedziczenia”, a „wywłaszczenie jest dopuszczalne jedynie wówczas, gdy jest dokonywane na cele publiczne i za słusznym odszkodowaniem”. Wywłaszczenie rozumiane jest tutaj jako „wszelkie pozbawienie własności [...] bez względu na formę”⁵³, a słuszne odszkodowanie powinno być ekwiwalentne do wartości dobra wywłaszczonego, co oznacza, że powinno dawać właścicielowi możliwość odtworzenia rzeczy, którą utracił⁵⁴.

Zgodnie z art. 64 ust. 1 Konstytucji RP, każdy ma prawo do własności, innych praw majątkowych oraz prawo dziedziczenia. Prawa te podlegają równej dla wszystkich ochronie prawnej (art. 64 ust. 2 Konstytucji RP). Przepisy powyższe gwarantują ochronę własności, innych praw majątkowych oraz prawa dziedziczenia jako konstytucyjnych praw podmiotowych.

Obowiązek umorzenia przez OFE 51,5% jednostek rozrachunkowych i przekazania do ZUS aktywów odpowiadających wartości umorzonych jednostek doprowadzi do zniesienia (w zakresie umarzanych jednostek rozrachunkowych) praw podmiotowych przysługujących członkom OFE, wynikających z członkostwa w otwartych funduszach emerytalnych, zwłaszcza prawo do środków w OFE. Jego konsekwencją jest ponadto

⁵³ Zob. orzeczenie TK z 8.5.1990 r., K 1/90, OTK ZU nr 1/1990, Nr 1, poz. 2.

⁵⁴ Zob. B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Legalis.



wywłaszczenie OFE i zarządzających nimi PTE z aktywów zgromadzonych przez nie na podstawie stosunków umownych zawartych z uczestnikami II filaru.

Powstaje w związku z tym pytanie, czy zniesienie prawa własności przysługującego otwartym funduszom emerytalnym oznacza naruszenie art. 21 i art. 64 ust. 1 – 3 Konstytucji RP. Jest bowiem oczywiste, że nie każde zniesienie praw majątkowych musi być sprzeczne z normami, zasadami i wartościami konstytucyjnymi. Już z samego art. 21 ust. 2 Konstytucji RP wynika, że odjęcie własności, w drodze wywłaszczenia, jest konstytucyjnie usprawiedliwione, jeżeli dokonywane jest na cel publiczny i za słusznym odszkodowaniem. Co więcej, ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane na zasadach przewidzianych w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, tj. w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te jednak nie mogą naruszać istoty wolności i praw.

Z analizy przepisów prawa odnoszących się do obowiązku umorzenia przez otwarte fundusze emerytalne 51,5% jednostek rozrachunkowych i przekazania do ZUS aktywów odpowiadających wartości umorzonych jednostek wynika, że bez wątplenia nastąpi odjęcie prawa własności przysługującego tym funduszom (tj. aktywów funduszy odpowiadających wartości 51,5% umorzonych udziałów). Dojdzie zatem do wspomnianego wywłaszczenia OFE w rozumieniu art. 21 ust. 2 Konstytucji RP. Trzeba zbadać, czy wywłaszczenie to nastąpi w warunkach zgodności z ustawą zasadniczą, tj. zostanie dokonane na cel publiczny i za słusznym odszkodowaniem. Jak wskazuje uzasadnienie Projektu Ustawy, umorzenie 51,5% jednostek rozrachunkowych i przekazanie do ZUS aktywów odpowiadających wartości umorzonych jednostek „*ma na celu zlikwidowanie mechanizmu skutkującego emisją długu w celu pokrycia ubytku składki przekazywanej do OFE. Przekazywanie składki emerytalnej do OFE powoduje bowiem systemowy ubytek składek na ubezpieczenia społeczne w FUS. Ubytek ten refundowany jest przez budżet państwa w postaci transferu do FUS środków w wysokości składek przekazywanych do OFE. Ubytek dochodów, pochodzących ze składek na ubezpieczenia, powoduje w konsekwencji wzrost deficytu sektora instytucji rządowych i samorządowych. Dodatkowo, wpływ na wzrost deficytu sektora mają również koszty obsługi długu publicznego powstałego z tytułu refundacji środków przekazywanych do OFE*”. Wywłaszczenie mające na celu zmniejszenie państwowego długu publicznego może być traktowane jako dokonywane na cel publiczny. W przepisach Ustawy brakuje jednak mechanizmu rekompensującego funduszom utracone mienie. Kiedy aktywa obligacyjne zarządzane przez podmiot prywatny zostają bez odszkodowania przejęte przez instytucję państwową, a następnie umorzone, niewątpliwie dochodzi do naruszenia konstytucyjnego prawa ochrony własności. Dokonane w ten sposób wywłaszczenie nie



spełnia bowiem przesłanki „słusznego odszkodowania”, warunkującej konstytucyjną dopuszczalność tego rodzaju działań, niezależnie od celu, w którym są podejmowane. Przepis art. 23 Ustawy, w zakresie w jakim przewiduje obowiązek umorzenia przez otwarte fundusze emerytalne 51,5% jednostek rozrachunkowych i przekazania do ZUS aktywów odpowiadających wartości umorzonych jednostek, stanowi naruszenie art. 21 ust. 2 Konstytucji RP.

Regulacja art. 23 Ustawy skutkuje także zniesieniem praw podmiotowych uczestników II filaru, wynikających z ich członkostwa w OFE. W zamian za prawa wynikające z członkostwa w OFE ubezpieczeni uzyskują jedynie „gwarancje” wypłaty świadczeń emerytalnych z ZUS. Bez wątpienia owe „gwarancje” są słabszym „prawem majątkowym” niż prawa majątkowe wynikające z jednostek udziałowych OFE. „Gwarancje” bowiem nie znajdują pokrycia w realnych środkach finansowych zgromadzonych w OFE, lecz opierają się jedynie na zapisie księgowym w ewidencji środków pieniężnych na subkoncie, o którym mowa w art. 40a Ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych. Nie sposób wobec tego uznać za „słuszne odszkodowanie” przewidzianej w art. 23 Ustawy czynności dokonania zapisów księgowych na subkoncie w FUS – różna jest bowiem prawna i ekonomiczna natura zapisów w OFE i zapisów na subkoncie ZUS, co przesądza o braku ich ekwiwalentności. Różnica ta wynika z odmienności stosunków łączących ubezpieczonego z podmiotem odpowiedzialnym z tytułu zabezpieczenia emerytalnego. W przypadku OFE jest to stosunek równorzędny, prywatnoprawny, w przypadku ZUS ma on charakter publiczny. Roszczenie o charakterze kontraktowym, którego pokrycie zabezpieczały dotąd posiadane przez OFE aktywa zostaje więc zastąpione przez publicznoprawne zobowiązanie Skarbu Państwa. W konsekwencji „*przyszły emeryt [uzyskuje] „roszczenie” o dofinansowanie go ze środków publicznoprawnych, a zatem roszczenie w świetle przepisów Konstytucji i orzeczeń Sądu Najwyższego niepomniernie słabsze [...], niepodlegające konstytucyjnemu ograniczeniu w zakresie wywłaszczania*”⁵⁵. Tego rodzaju zmiana skutkuje osłabieniem konstytucyjnej ochrony przysługującego ubezpieczonemu roszczenia i jest równoznaczna z wywłaszczeniem bez odszkodowania, stanowiąc naruszenie art. 21 ust. 2 Konstytucji RP.

3.2. Zasada proporcjonalności (art. 31 ust. 3 Konstytucji)

Ochrona praw majątkowych, o której mowa w art. 64 ust. 1 oraz 2 Konstytucji RP, nie jest wartością absolutną. Może ona podlegać ograniczeniu w sytuacji, w której przemawiają za tym inne normy, zasady lub wartości konstytucyjne. Powyższe nie oznacza jednak, że organy władzy publicznej dysponują nieograniczoną swobodą w zakresie ingerencji w konstytucyjne prawa lub wolności, jeżeli tylko wskażą, że czynią to w celu realizacji innych zasad, norm lub wartości konstytucyjnych. Ingerencja ta bowiem sama musi

⁵⁵ A. Chłopecki, *Kwestia tzw. własności środków w OFE*, s. 6



odpowiadać standardom konstytucyjnym, zwłaszcza wynikającym z zasady proporcjonalności.

Zgodnie z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, z którego wynika zasada proporcjonalności, ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób.

Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego wskazuje, że na zasadę proporcjonalności składają się trzy zasady szczegółowe, tj. zasada przydatności, zasada konieczności oraz zasada proporcjonalności *sensu stricto*.

Zasada przydatności nakazuje wybór takich środków stanowiących ograniczenie konstytucyjnych praw i wolności, które w świetle posiadanej wiedzy pozwalają skutecznie zrealizować założone cele. Z zasady konieczności wynika nakaz preferowania środków najmniej uciążliwych dla adresatów aktów prawnych. Zasada proporcjonalności *sensu stricto* stanowi, że zastosowane środki ograniczające prawa i wolności powinny pozostawać w odpowiedniej proporcji (relacji) do celu unormowania.

Badając konstytucyjność aktu normatywnego w zakresie zgodności zawartych w nim ograniczeń praw i wolności z zasadą proporcjonalności, Trybunał Konstytucyjny przeprowadza tzw. test proporcjonalności, udzielając odpowiedzi na następujące pytania:

- czy środki zastosowane przez prawodawcę są w stanie doprowadzić do zamierzonych celów;
- czy środki te są niezbędne dla ochrony interesu, z którym są powiązane;
- czy ich efekty pozostają w proporcji do ciężarów nakładanych na obywatela⁵⁶.

Projektodawca uzasadniał konieczność wprowadzenia regulacji przewidującej umorzenie przez OFE 51,5% jednostek rozrachunkowych i przekazanie do ZUS aktywów odpowiadających wartości umorzonych jednostek rozliczeniowych, potrzebą zlikwidowania mechanizmu skutkującego emisją długu w celu pokrycia ubytku składki przekazywanej do OFE. Działanie to – w zamyśle ustawodawcy – ma doprowadzić do obniżenia państwowego długu publicznego. Tak przedstawione uzasadnienie dla wprowadzenia art. 23 Ustawy zdaje się odwoływać do jednej z wartości konstytucyjnych, jaką jest ochrona równowagi budżetu państwa. *Prima facie* mogłoby się zatem wydawać, że wprowadzenie regulacji przewidującej umorzenie przez otwarte fundusze emerytalne 51,5 % jednostek rozrachunkowych i przekazanie do ZUS aktywów odpowiadających wartości umorzonych jednostek rozliczeniowych służy ochronie interesu publicznego. Przy bliższej analizie problemu dojść jednak można do wniosku, że omawiane rozwiązanie prawne jedynie w krótkim czasie będzie skutkowało zmniejszeniem

⁵⁶ Zob. orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 26 kwietnia 1995 r., sygn. K. 11/94, OTK ZU nr 1/1995, poz. 12.

państwowego długu publicznego, natomiast w długiej perspektywie skutek wprowadzonych zmian będzie wręcz odwrotny. Zobowiązania powszechnego systemu emerytalnego nie są ujmowane w statystyce długu publicznego, stanowiąc tzw. dług ukryty. Inaczej w przypadku obligacji skarbowych znajdujących się w portfelach inwestycyjnych OFE – przejęcie i umorzenie tej części aktywów przez państwo skutkuje istotnym obniżeniem poziomu długu w stosunku do wartości PKB. W krótkiej perspektywie przyczyni się więc do formalnej poprawy stanu finansów publicznych. Tymczasem głównym założeniem reformy emerytalnej z 1999 r. było zapewnienie bezpieczeństwa przyszłych emerytur poprzez dywersyfikację źródeł, z których emerytura ta miała być wypłacana. Świadczenia emerytalne z jednej strony miały być finansowane ze środków funduszu ubezpieczeń społecznych (część repartycyjna systemu emerytalnego), z drugiej strony – z II i III filara (część kapitałowa systemu emerytalnego). Z założenia tego wynikało więc, że sektor finansów publicznych będzie ponosił ciężar wypłaty jedynie części świadczeń emerytalnych. Pozostała część owych świadczeń miała pochodzić ze środków zgromadzonych i pomnożonych na skutek działalności inwestycyjnej otwartych funduszu emerytalnych (w tym zakresie finanse publiczne nie ponosiłyby ciężaru wypłat emerytur). Stopniowa likwidacja II filara systemu emerytalnego, do której zmierza Ustawa, w długim okresie doprowadzi do znacznego zwiększenia obciążeń budżetu państwa, ponieważ wypłata zdecydowanej większości świadczeń emerytalnych będzie obciążała państwowy fundusz celowy jakim jest Fundusz Ubezpieczeń Społecznych, doprowadzając do zwiększenia państwowego długu publicznego. Z powyższego wynika, że unormowanie wprowadzone w art. 23 Ustawy nie doprowadzi do poprawy kondycji finansów publicznych w Polsce. Brak jest zatem przesłanek do uznania, że ograniczenie praw podmiotowych członków OFE jest przydatne do osiągnięcia zamierzonego przez ustawodawcę celu, jakim jest zapewnienie równowagi budżetowej.

3.3. Zasada ochrony zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa (art. 2 Konstytucji RP)

Ograniczenie praw podmiotowych wynikających z członkostwa w OFE poprzez zastąpienie ich „gwarancją” państwa wypłaty emerytur należy rozpatrywać nie tylko przez pryzmat zasady proporcjonalności, ale także w kontekście konstytucyjnej zasady zaufania obywateli do państwa oraz ochrony praw słuszenie nabytych.

Zgodnie z ukształtowanym orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego zasada ochrony zaufania obywatela do państwa i do stanowionego przez nie prawa (zwana też zasadą lojalności⁵⁷), znajdująca swą podstawę prawną w art. 2 Konstytucji RP, jest oczywistą

⁵⁷ Por. wyrok TK z 7 lutego 2001 r., sygn. K 27/00, OTK ZU nr 2/2001 oraz wyrok z dnia 1 kwietnia 2008 r., sygn. SK 96/06, OTK ZU nr 3A/2008, poz.40.



cechą demokratycznego państwa prawnego⁵⁸. Umożliwia ona jednostce decydowanie o swoim postępowaniu w oparciu o pełną znajomość przesłanek działania organów państwowych oraz konsekwencji prawnych, jakie jej działania mogą pociągnąć za sobą. Jednostka winna mieć możliwość określenia konsekwencji poszczególnych zachowań i zdarzeń na gruncie obowiązującego w danym momencie prawa, może też zasadnie oczekiwać, że prawodawca nie zmieni ich w sposób arbitralny⁵⁹. Przewidziane w art. 23 Ustawy zastąpienie wyrażonych w państwowych papierach wartościowych środków zgromadzonych w OFE wirtualnym zapisem na subkoncie w ZUS godzi w tak rozumianą zasadę ochrony zaufania obywatela do państwa. Skutkuje bowiem ścisłym uzależnieniem większej niż dotąd części świadczeń emerytalnych od kondycji finansów publicznych i przyszłych decyzji politycznych, niwecząc osiągnięcia reformy z 1999 r. w zakresie dywersyfikacji ryzyka emerytalnego. Dywersyfikacja ta miała na celu zwiększenie bezpieczeństwa dochodów emerytalnych i stabilności całego systemu – odwrót od tych założeń, kosztem ochrony praw jednostki, należy więc kwalifikować jako naruszenie wynikającej z art. 2 Konstytucji RP zasady lojalności państwa wobec obywateli. Ponadto jedną z konsekwencji przebudowy systemu emerytalnego dokonanej w 1999 r. było wprowadzenie zasady współodpowiedzialności ubezpieczonych za wysokość przysługujących im świadczeń. Na pozycję prawną uczestników II filaru składały się odtąd tak prawa pozytywne, jak negatywne, tj. prawa służące ochronie przed działaniem państwa ingerującego w działalność OFE⁶⁰. Przepis art. 23 Ustawy, ze względu na brak procedury uzyskania aprobaty członka OFE dla umorzenia 51,5% obligacji ogranicza tak rozumianą samodzielność, co dodatkowo podważa zaufanie obywatela do państwa.

3.4. Ochrona praw słusznie nabytych i interesów w toku (art. 2 Konstytucji)

Z zasady zaufania obywateli do państwa wynikają dyrektywy bardziej szczegółowe, wśród nich zasada ochrony praw słusznie nabytych, która głosi zakaz arbitralnego znoszenia lub ograniczania praw podmiotowych przysługujących jednostce lub innym podmiotom prywatnym występującym w obrocie prawnym. Zasada ta zapewnia ochronę praw podmiotowych – zarówno publicznych, jak i prywatnych. Ochronie mogą podlegać zarówno prawa nabyte wskutek skonkretyzowanego aktu stosowania prawa (wyroku czy decyzji), jak i prawa nabyte *in abstracto* na podstawie ustawy, przed zgłoszeniem wniosku o ich przyznanie.

Z członkostwa w OFE wynikają określone prawa. Najważniejszym z nich jest prawo do wypłaty emerytury po osiągnięciu wielu emerytalnego, znajdującej pokrycie w środkach zgromadzonych na rachunku w otwartym funduszu (art. 111 ustawy o OFE). Uprawnienie

⁵⁸ Por. W. Sokolewicz, *Uwaga do art. 2* [w:] red. L. Garlicki, *Komentarz do Konstytucji*, t. V, Warszawa 2007, s. 33.

⁵⁹ Zob. m.in. wyrok TK z 14 czerwca 2000 r., sygn. P. 3/00, OTK ZU nr 5/2000, poz. 138.

⁶⁰ R. Pacud, *op. cit.*, s. 69



członka OFE do środków zgromadzonych w funduszu ma postać roszczenia, a więc uprawnienia skonkretyzowanego, przyznanego i maksymalnie ukształtowanego przez prawo, którego realizacji można dochodzić na drodze sądowej⁶¹. Tak rozumiane prawo podmiotowe wynikające z członkostwa w otwartym funduszu emerytalnym korzysta z ochrony na podstawie art. 2 Konstytucji RP, właśnie w ramach zasady ochrony praw słusznie nabytych. Ochroną konstytucyjną objęte są także prawa nabyte i interesy w toku przedsiębiorców działających na rynku OFE. Ingerencja regulacyjna, polegająca na wprowadzeniu obowiązku umorzenia aktywów OFE istotnie ingeruje w prawa i wolności przedsiębiorców (art. 20 i 22 Konstytucji RP), których interesy gospodarcze i finansowe w toku – w związku z nagłym wejściem w życie Ustawy i obowiązkiem umorzenia znacznej części aktywów – doznały uszczerbku.

Jak wielokrotnie podkreślał Trybunał Konstytucyjny, zasada ochrony praw słusznie nabytych nie ma charakteru absolutnego. Odstępstwa od tej zasady są dopuszczalne, jednak wyłącznie w sytuacjach szczególnych, gdy przemawia za tym konieczność ochrony innych konstytucyjnie uznanych praw, wartości czy interesów i pod warunkiem zastosowania procedur umożliwiających zainteresowanym podmiotom dostosowanie się do zaistniałej sytuacji i odpowiednie rozporządzenie swoimi prawami⁶². Omawiane odstępstwa muszą spełniać cztery warunki. Po pierwsze, muszą mieć podstawę w innych normach, zasadach, wartościach konstytucyjnych. Po drugie, mogą być wprowadzone wyłącznie w sytuacji, gdy brak jest możliwości realizacji danej normy (zasady lub wartości konstytucyjnej) bez naruszenia praw nabytych. Po trzecie, ograniczenie będzie konstytucyjnie dopuszczalne jedynie wtedy, gdy wartościami konstytucyjnym, dla realizacji których prawodawca ogranicza prawa nabyte, można w danej, konkretnej sytuacji przyznać pierwszeństwo przed wartościami łączącymi się z zasadą ochrony praw nabytych. Po czwarte zaś tego typu ograniczenie wymaga ustalenia, czy prawodawca podjął niezbędne działania mające na celu zapewnienie jednostce warunków do przystosowania się do nowej regulacji⁶³.

Żadna ze wskazanych wyżej przesłanek dopuszczalności odstępstwa od zasady ochrony praw słusznie nabytych nie została przez ustawodawcę spełniona. Przede wszystkim, regulacja art. 23 Nowelizacji nie doprowadzi do poprawy kondycji finansów publicznych w Polsce, co najwyżej w krótkim okresie może doprowadzić do zmniejszenia deficytu budżetowego, natomiast w długim wręcz zwiększy państwowy dług publiczny, na skutek tego, że emerytury będą finansowane niemal wyłącznie ze środków państwowego funduszu celowego jakim jest Fundusz Ubezpieczeń Społecznych. Zatem rozwiązaniem to nie służy realizacji konstytucyjnej wartości, jaką jest równowaga budżetowa. Ponadto

⁶¹ R. Pacud, op.cit., s. 51-52.

⁶² Por. wyroki TK z 13 kwietnia 1999 r., sygn. K 36/98, OTK ZU nr 3/1999, poz. 40 oraz z 15 września 1998 r., sygn. K 10/98, OTK ZU nr 5/1998 poz. 64.

⁶³ Por. wyrok TK z dnia 22 czerwca 1999 r., K 5/99, OTK ZU nr 5/1999, poz. 100.



ustawodawca nie podjął nawet próby udowodnienia, że brak jest możliwości poprawy kondycji finansów publicznych (w szczególności równowagi budżetowej) bez naruszenia praw członków OFE. Co więcej, można mieć wątpliwości, czy równowadze budżetowej – oczywiście, gdyby miała ona zostać przywrócona na skutek umorzenia przez otwarte fundusze emerytalne 51,5% jednostek rozrachunkowych i przekazania do ZUS aktywów odpowiadających wartości umorzonych jednostek rozliczeniowych – można tak jednoznacznie przyznać pierwszeństwo w stosunku do prawa wyrażonego w art. 67 ust. 1 Konstytucji RP. Rozwiązanie prawne zawarte w Ustawie skutkować będzie bowiem zwiększeniem ryzyka emerytalnego (wypłata emerytur następować będzie w zasadzie tylko z jednego źródła), co naraża na szwank konstytucyjne prawo do zabezpieczenia społecznego. Ustawodawca nie zapewnił wreszcie możliwości dostosowania się do nowej regulacji prawnej, która musi być wykonywana od dnia 04.02.2014 r., a więc po upływie 35 dni od chwili ogłoszenia aktu prawnego.

3.5. Zasada równości (art. 32 Konstytucji RP)

Pozbawienie OFE własności, na skutek umorzenia 51,5% jednostek rozrachunkowych i przekazania do ZUS aktywów odpowiadających wartości umorzonych jednostek, wzbudza także uzasadnione zastrzeżenia co do zgodności z zasadą równości (art. 32 Konstytucji RP). Przepis art. 23 zobowiązuje bowiem obywateli uczestniczących w II filarze do zapłaty kwoty równej 51,5% wartości ich rachunku członkowskiego w OFE na rzecz „ratowania finansów publicznych”⁶⁴, w którym nie muszą partycypować uczestnicy systemu repartycyjnego. Z naruszeniem art. 32 Konstytucji mamy do czynienia także z punktu widzenia samych OFE, a to ze względu na zróżnicowanie skutków regulacji art. 23 Ustawy zależnie od dotychczasowej polityki inwestycyjnej poszczególnych funduszy. Problem ten podniosła Komisja Nadzoru Finansowego w toku prac nad projektem Ustawy. W opinii KNF kreowana przez prawodawcę nierówność „może doprowadzić do sytuacji, w której niektóre fundusze emerytalne znajdują się w gorszej sytuacji od innych funduszy emerytalnych, ponieważ niektóre [z nich] zostaną pozbawione większości płynnych oraz bezpiecznych instrumentów finansowych, a niektóre tylko w części”⁶⁵.

4. Podsumowanie

Analiza dotycząca zgodności z Konstytucją RP przepisów art. 23 Ustawy prowadzi do następujących wniosków:

- Aktywa OFE są środkami o charakterze prywatnoprawnym, pozostają własnością otwartych funduszy emerytalnych.

⁶⁴ R. Pacud, op. cit. s. 79

⁶⁵ Opinia Komisji Nadzoru Finansowego do Projektu ustawy o zmianie niektórych ustaw w związku z określeniem zasad wypłat emerytur ze środków zgromadzonych w otwartych funduszach emerytalnych



- Prywatnoprawny charakter mają także prawa członków OFE wynikające z członkostwa w otwartych funduszach emerytalnych.
- Wprowadzenie regulacji przewidującej obowiązek umorzenia przez OFE 51,5% jednostek rachunkowych i przekazania ich wartości do ZUS stanowi ingerencję we własność i inne prawa majątkowe OFE oraz ubezpieczonych, której nie sposób uzasadnić koniecznością ochrony innej wartości konstytucyjnej. **Przepis ten wprowadza zatem obowiązek, który prowadzi do naruszenia konstytucyjnego prawa podmiotowego przewidzianego w art. 21 ust. 1 i art. 64 ust. 1-3 Konstytucji RP (ochrona własności i innych praw majątkowych).**
- Przepis art. 23 Ustawy prowadzi do wyłączenia środków OFE bez słusznego odszkodowania, czego konsekwencją jest **naruszenie art. 21 ust. 2 Konstytucji RP,**
- Dodatkowo, ingerencja ustawodawcy w prawa majątkowe OFE i ubezpieczonych pozostaje **w sprzeczności z zasadą proporcjonalności wyrażoną w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, zarówno w zakresie nadmiernej ingerencji we własności i inne prawa majątkowe, jak i w swobodę działalności gospodarczej (art. 20 i 22 Konstytucji RP).**
- Art. 23 Ustawy stanowi ponadto przejaw dyskryminacji OFE wobec innych uczestników rynku kapitałowego, co prowadzi do wniosku o **naruszeniu zasady równości i zakazu dyskryminacji (art. 32 ust. 1 i 2 Konstytucji RP)**
- Normy wynikające z art. 23 Ustawy nie licują także ze standardami państwa prawnego, a w szczególności z wynikającą z art. 2 Konstytucji zasadą zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa, a także z takimi zasadami prawidłowej legislacji, jak zasada ochrony praw nabytych oraz zasada ochrony interesów w toku.



VII. UMARZANIE JEDNOSTEK ROZRACHUNKOWYCH W RAMACH TZW. „SUWAKA BEZPIECZEŃSTWA”

1. Zarys stanu prawnego

Kolejnym rozwiązaniem regulacyjnym zawartym w Ustawie, które budzi istotne wątpliwości konstytucyjne jest tzw. „suwak bezpieczeństwa” (art. 12 Ustawy oraz art. 100c Ustawy o OFE w brzmieniu nadanym Ustawą).

Zgodnie z art. 12 Ustawy OFE umarza jednostki rozrachunkowe pozostające na rachunku członka otwartego funduszu emerytalnego po poinformowaniu przez ZUS o obowiązku przekazania środków zgromadzonych na rachunku członka OFE, któremu w dniu wejścia w życie niniejszej Ustawy do osiągnięcia wieku emerytalnego pozostało mniej niż 10 lat. Każdego miesiąca umorzeniu podlega liczba jednostek rozrachunkowych będących ilorzem liczby jednostek rozrachunkowych zgromadzonych na rachunku członka otwartego funduszu emerytalnego i wyrażonej w miesiącach różnicy pomiędzy wiekiem emerytalnym, a wiekiem członka otwartego funduszu emerytalnego w dniu dokonywania umorzenia (art. 24 ust. 2 Ustawy). Stosownie do art. 24 ust. 3 Ustawy kwota wynikająca z umorzonych jednostek, o której mowa w ust. 2, ma być ewidencjonowana na subkoncie, o którym mowa w art. 40a Ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych.

Zgodnie z nowym art. 100c, wprowadzonym do Ustawy o OFE na podstawie Ustawy, ZUS informuje otwarty fundusz o obowiązku przekazania do ZUS środków zgromadzonych na rachunku członka funduszu w związku z osiągnięciem przez ubezpieczonego wieku niższego o 10 lat od wieku emerytalnego. Jak wspomniano, każdego miesiąca umorzeniu podlega liczba jednostek rozrachunkowych będących ilorzem liczby jednostek rozrachunkowych zgromadzonych na rachunku członka otwartego funduszu i wyrażonej w miesiącach różnicy między wiekiem emerytalnym, a wiekiem członka otwartego funduszu w dniu dokonywania umorzenia (nowy art. 110 ust. 2 Ustawy o OFE). Stosownie do art. 111c. ust. 1. Ustawy o OFE, otwarty fundusz emerytalny, po poinformowaniu przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych o obowiązku przekazania środków zgromadzonych na rachunku członka otwartego funduszu na fundusz emerytalny FUS w związku z ukończeniem przez ubezpieczonego wieku niższego o 10 lat od wieku emerytalnego, ma obowiązek przekazania na rachunek wskazany przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych części środków zgromadzonych na rachunku członka otwartego funduszu odpowiadającej wartości umorzonych jednostek rozrachunkowych, o których mowa w art. 100c ust. 2.

Zdaniem projektodawcy *„Takie rozwiązanie zapewni stabilność i bezpieczeństwo środków, zapewniając dożywotnią wypłatę świadczenia z FUS, z gwarancją wypłaty minimalnego świadczenia, pod warunkiem posiadania określonego stażu ubezpieczeniowego (nowe brzmienie art. 87 ustawy o emeryturach i rentach z FUS)”*.



2. Ocena konstytucyjna art. 12 Ustawy

Wprowadzenie tzw. „suwaka bezpieczeństwa”, którego istota sprowadza się do przekazania środków zgromadzonych na rachunku członka OFE, w okresie ostatnich 10 lat przed osiągnięciem wieku emerytalnego, na fundusz emerytalny Funduszu Ubezpieczeń Społecznych oraz zapisu owych środków na subkoncie w ZUS, skutkuje ograniczeniem prawa majątkowego członka OFE, wynikającego z jego członkostwa w otwartym funduszu emerytalnym. Roszczenie o wypłatę emerytury z części kapitałowej systemu ubezpieczeń społecznych znajduje pokrycie w aktywach OFE, jest zatem pewniejsze niż gwarancje państwa wypłaty emerytury, które nie mają pokrycia w realnych środkach, lecz wynikają jedynie z zapisu księgowego na subkoncie w ZUS. Tak więc na skutek zastosowania suwaka bezpieczeństwa dochodzi do pogorszenia sytuacji prawnej ubezpieczonego. Przekazanie środków do ZUS powoduje bowiem zerwanie ciągłości kapitałowego ubezpieczenia emerytalnego oraz poddanie środków zgromadzonych w tej części zasadom wypłaty świadczeń właściwym dla części repartycyjnej systemu ubezpieczeń społecznych.

„Suwak bezpieczeństwa” skutkuje więc ograniczeniem prawa majątkowego, wynikającego z członkostwa w OFE, które – jak już wcześniej wyjaśnialiśmy – podlega ochronie w ramach zasady ochrony praw słusznie nabytych (art. 2 Konstytucji RP) oraz na podstawie art. 64 ust. 1 i art. 2 Konstytucji RP. Mechanizm i skutki konstytucyjne „suwaka bezpieczeństwa” są w tym przypadku podobne do instytucji umorzenia wynikającej z art. 23 Ustawy.

2.1. Zasada proporcjonalności (art. 31 ust. 3 Konstytucji RP)

Nie każde jednak ograniczenie praw musi pozostawać w sprzeczności z ustawą zasadniczą. Konstytucja RP dopuszcza bowiem w pewnych warunkach wprowadzenie ograniczeń konstytucyjnie chronionych praw lub wartości. Warunki wprowadzenia tych ograniczeń określa przede wszystkim zasada proporcjonalności.

Zgodnie z uzasadnieniem projektu Ustawy, za ograniczeniem praw wynikających z członkostwa w OFE, na zasadzie tzw. „suwaka bezpieczeństwa”, przemawia potrzeba ograniczenia ryzyka inwestycyjnego (sytuacja tzw. „złej daty”). Wartość aktywów OFE, ulokowanych m.in. w instrumenty finansowe obciążone ryzykiem (np. akcje), może bowiem zmaleć na skutek zmniejszenia wartości rynkowej tych instrumentów. W konsekwencji zmaleje również liczba jednostek rozrachunkowych przypisanych na rachunkach poszczególnych członków OFE. Jeżeli wartość aktywów OFE zmaleje w chwili ziszczenia się przesłanek powstania prawa do emerytury, wówczas wartość emerytury wypłacanej na rzecz ubezpieczonego również zmaleje. Mogłoby się zatem wydawać, że ograniczenie praw wynikających z członkostwa w OFE, znajduje swoje



umocowanie w zasadach, przepisach i wartościach konstytucyjnych, przede wszystkim w art. 67 Konstytucji RP statuującym prawo do zabezpieczenia społecznego. Zasada proporcjonalności nie ogranicza się jednak wyłącznie do wymogu uzasadnienia ograniczeń praw lub wolności interesem publicznym. Ważne jest, aby ograniczenie praw lub wolności było z jednej strony przydatne, a z drugiej niezbędne dla ochrony wspomnianego interesu. Ograniczenie ryzyka inwestycyjnego można uzyskać również w sposób mniej drastyczny niż uczynił to ustawodawca, a mianowicie poprzez ulokowanie aktywów członka OFE na pewien okres przed osiągnięciem przez niego wieku emerytalnego w bezpieczne papiery wartościowe, np. obligacje Skarbu Państwa. W ogóle idea – forsowana w Ustawie – stworzenia II filaru systemu emerytalnego w oparciu o inwestycje wyłącznie w papiery wartościowe o wysokim ryzyku (akcje) wydaje się być wątpliwa z punktu widzenia art. 67 ust. 1 Konstytucji RP, o czym szerzej będzie mowa niżej. Brak wykorzystania tego sposobu (mniej drastycznego dla członka OFE) uzasadnia zarzut naruszenia konstytucyjnej zasady proporcjonalności przez przepisy Ustawy wprowadzające tzw. „suwak bezpieczeństwa”.

Wprowadzona przez art. 12 Ustawy instytucja „suwaka” jest również nieproporcjonalnie niekorzystna z punktu widzenia otwartych funduszy: ustawodawca nie tylko pozbawił OFE dopływu bieżącej składki już na 10 lat przed ukończeniem wieku emerytalnego przez każdego z ich członków, ale też usankcjonował stopniowy odpływ środków gromadzonych w II filarze, zmniejszając ich wartość podlegającą kapitalizacji. Skutkiem omawianej regulacji jest istotny spadek rentowności prowadzonej przez PTE działalności w zakresie zarządzania OFE, który w skrajnych przypadkach może doprowadzić do jej całkowitej nieopłacalności⁶⁶. Niezależnie od przysługującej ustawodawcy swobody regulacyjnej, jego ingerencję w tym zakresie uznać należy za nadmierną w stosunku do założonych celów, a przez to nieodpowiadającą konstytucyjnemu wymogowi proporcjonalności.

2.2. Zasada ochrony praw słuszenie nabytych (art. 2 Konstytucji)

Zastosowaniu „suwaka bezpieczeństwa” sprzeciwia się również zasada ochrony praw słuszenie nabytych, wynikająca z art. 2 Konstytucji RP. Prawo wynikające z członkostwa w OFE, przejawiające się w roszczeniu o wypłatę części aktywów OFE w sytuacji zaistnienia ustawowo nieokreślonych przesłanek, mającym swoje pokrycie w środkach zgromadzonych w OFE, zostaje zastąpione przez gwarancje Skarbu Państwa wypłaty emerytury, nieznajdujące pokrycia w realnych środkach. Omawiane prawo doznaje zatem uszczerbku. Uszczerbek ten może być kwalifikowany w kategorii naruszenia zasady ochrony praw słuszenie nabytych, w tym przypadku – ustawowo ukształtowanej sytuacji prawnej członka OFE, w szczególności w zakresie dotyczącym przeznaczenia składki.

⁶⁶ R. Pacud, *op. cit.*, s. 174



Nie ma bowiem wątpliwości, że sytuacja członka OFE w odniesieniu do składek zapłaconych jest prawem nabytym, mimo iż ze względu na jego specyfikę jako instytucji zabezpieczenia na przyszłość jest ono ograniczone w interesie obywatela. Z upływem czasu – tutaj: z osiągnięciem wieku emerytalnego – uzyskuje jednak pełną treść. Prawo członka OFE jest zatem prawem nabytym in concreto, wynikającym z „umowy pomiędzy nim a funduszem emerytalnym, a nadto z faktu zapłaty konkretnej składki odprowadzonej przez jej płatnika od wynagrodzenia należnego ubezpieczonemu”⁶⁷. Jako takie podlega ono ochronie konstytucyjnej, na równi z innymi prawami składającymi się na mienie ubezpieczonego. Omawiana regulacja ze względu na przewidywane zaprzestanie przekazywania składek do OFE i sukcesywne wycofywanie środków z OFE do ZUS w okresie przedemerytalnym godzi więc w słusznie nabyte przez ubezpieczonych prawa do zebranych składek, stanowiąc naruszenie art. 2 Konstytucji RP.

Trudno także oprzeć się wrażeniu, że wprowadzenie suwaka bezpieczeństwa ma także – poza deklarowaną ochroną przez „złą datą” – inny cel. Ma bowiem służyć ograniczeniu deficytu budżetowego poprzez możliwie wczesne przeniesienie środków z OFE do ZUS.

3. Podsumowanie

Analiza regulacji art. 12 Ustawy w zw. z art. 100c i 111c Ustawy o OFE w brzmieniu nadanym art. 4 pkt 12 i 16 Ustawy prowadzi do wniosku, że:

- Przepisy nakazujące umorzenie i przekazanie do ZUS środków OFE na 10 lat przed emeryturą **prowadzą do naruszenia art. 21 ust. 1 i art. 64 ust. 1-3 Konstytucji RP (ochrona prawa własności i innych praw majątkowych).**
- Przepisy te prowadzą także do wyłączenia środków OFE bez słusznego odszkodowania, czego konsekwencją jest **naruszenie art. 21 ust. 2 Konstytucji RP,**
- Dodatkowo, ingerencja ustawodawcy w prawa majątkowe OFE i ubezpieczonych – podobnie jak w przypadku umorzenia 51,5% aktywów OFE, pozostaje **w sprzeczności z zasadą proporcjonalności wyrażoną w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP,**
- **Normy wynikające z analizowanych przepisów nie licują także ze standardami państwa prawnego, a w szczególności z wynikającą z art. 2 Konstytucji zasadą zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa, a także z takimi zasadami prawidłowej legislacji, jak zasada ochrony praw nabytych oraz zasada ochrony interesów w toku.**
- Jedynym elementem odróżniającym umorzenie, o którym mowa w art. 23 Ustawy, od instytucji „suwaka bezpieczeństwa”, jest to, że **w uzasadnieniu tej drugiej instytucji mieści się także działanie na rzecz ubezpieczonego związanego z**

⁶⁷ R. Pacud, *op. cit.*, s. 183



zabezpieczeniem przed „złą datą”. W tym zakresie stopień naruszenia konstytucji wydaje się być mniejszy. Nie prowadzi to jednak do tezy, że ograniczenia te są akceptowalne konstytucyjnie, gdyż ustawodawca mógł skorzystać ze środków ingerencji regulacyjnej mniej inwazyjnych z punktu widzenia konstytucyjnych praw i wolności jednostki.

VIII. ZAKAZ REKLAMY OFE

1. Zarys stanu prawnego

Zmiany dotyczące ograniczeń informacji i reklamy funduszy emerytalnych zostały wprowadzone poprzez art. 4 pkt 41-42 oraz art. 36 Ustawy. Tym samym zmianie uległa treść art. 197 Ustawy o OFE, jak również dodany został nowy art. 197a Ustawy o OFE, natomiast art. 36 Ustawy stanowi regulację przejściową obowiązującą w okresie od 15.01.2014 r. do 31.07.2014 r.

Jednym z aspektów wskazanych zmian jest modyfikacja wymogów dotyczących przekazywania informacji o otwartym funduszu, dobrowolnym funduszu lub towarzystwie. Drugim aspektem nowych regulacji, o dużo większym znaczeniu, są zakazy odnoszące się do reklamy dotyczącej otwartych funduszy. Począwszy od 2016 r., w latach, w których mogą być składane oświadczenia dotyczące przekazywania składki na subkonto ZUS albo do OFE, w okresie od 1 stycznia do 31 lipca zakazana została reklama zawierająca informacje o otwartych funduszach lub informacje sugerujące, że reklama odnosi się do otwartych funduszy. Ustawodawca wskazał, że za reklamę w powyższym rozumieniu nie należy uznawać zamieszczania na stronie internetowej otwartego funduszu, obowiązkowych informacji podawanych przez fundusz swoim członkom (m.in. stan środków znajdujących się na rachunku członka). Za naruszenie wspomnianego zakazu została przewidziana sankcja administracyjna kierowana do towarzystwa lub podmiotu działającego na rzecz towarzystwa lub funduszu, w postaci nakazu zaniechania naruszeń, jak również kary pieniężnej w wysokości od 1.000.000 zł do 3.000.000 zł. Decyzji administracyjnej nadawany jest rygor natychmiastowej wykonalności. Jednocześnie należy wskazać, że oprócz powyższych zasad generalnego zakazu reklamy otwartych funduszy, Ustawodawca przewidział zakaz reklamy w okresie od 15 stycznia 2014 r., tj. wejścia w życie Ustawy, do dnia 31 lipca 2014 r.

Wreszcie oprócz generalnych zakazów reklamy w wybranych okresach, wprowadzony został także zakaz reklamy otwartego funduszu, która nie spełnia wymagań dla przekazywania informacji dotyczącej otwartych funduszy. W przypadku naruszenia zakazu, ustawodawca przewidział sankcję w postaci zakazu udostępniania lub rozpowszechniania publicznego takiej informacji lub reklamy oraz nakazującej ogłoszenie lub udostępnienie sprostowania o treści i formie wskazanej przez organ nadzoru i we



wskazany przez organ nadzoru terminie. W przypadku braku wykonania wspomnianego zakazu lub nakazu przewidziana została kara pieniężna w wysokości do 3.000.000 zł wraz z zamieszczeniem sprostowania na koszt towarzystwa.

Zauważyć należy, że przyjęte rozwiązania w zakresie zakazu reklamy otwartych funduszy emerytalnych jest odmienne od pierwotnie zaproponowanego w projekcie Ministra Pracy i Polityki Społecznej⁶⁸. Przedstawione uprzednio rozwiązanie charakteryzowało się jeszcze większym poziomem restrykcyjności, m.in. postulowane było wprowadzenie permanentnego zakazu prowadzenia działalności polegającej na publikacji i emisji reklam dotyczących otwartych funduszy. Za naruszenie wskazanego zakazu przewidziane zostały zamiast kary administracyjnej sankcje karne włącznie z karą pozbawienia wolności do lat 2.

2. Ocena konstytucyjna art. 4 pkt. 41 – 42 Ustawy oraz art. 36 Ustawy

Wskazane wyżej regulacje rodzą liczne wątpliwości dotyczące ich zgodności z przepisami i normami wynikającymi z Konstytucji RP, tj.:

- **Wątpliwości dotyczące zgodności z zasadą swobody działalności gospodarczej oraz społecznej gospodarki rynkowej (art. 20 i 22 Konstytucji RP)**

W pierwszej kolejności należy wskazać na sprzeczność wprowadzonych ograniczeń dotyczących reklamy z art. 20 i 22 Konstytucji RP. Przyjęte regulacje stanowią poważne ograniczenie swobody działalności gospodarczej. W szczególności jako taki należy traktować całkowity zakaz reklamy otwartych funduszy emerytalnych w wybranych przez ustawodawcę okresach. Działalność marketingowa, w tym reklama stanowią podstawowe mechanizmy prowadzenia przez przedsiębiorców działalności w ramach gospodarki wolnorynkowej. Tak więc istotne wyłączenie możliwości wykorzystywania kluczowego instrumentu jakim jest reklama, będące ograniczeniem swobody działalności gospodarczej, jest możliwe tylko ze względu na ważny interes publiczny. W odniesieniu do przyjętych regulacji nie da się wskazać podstawy, która spełniałaby to kryterium.

W Uzasadnieniu do Projektu Ustawy, który został przekazany do Sejmu projektodawca wskazywał, że wprowadzenie zakazu jest pożądane ze względu na „*istotne wzmocnienie ochrony interesów ubezpieczonego w sferze dokonywania możliwie najlepszego wyboru co do przystępowania do określonego funduszu emerytalnego lub też podjęcia decyzji o*

⁶⁸ Projekt ustawy o zmianie niektórych ustaw w związku z określeniem zasad wypłaty emerytur ze środków zgromadzonych w otwartych funduszach emerytalnych z dnia 10 października 2013 r. Źródło: <http://legislacja.rcl.gov.pl/archiwum/lista/2/projekt/181003/katalog/181007>.

nieprzekazywaniu określonej części składek do OFE⁶⁹. Ponadto, jako argumenty za wprowadzeniem zakazu reklamy zostało wskazane m.in. to, że zdaniem projektodawcy „należy domniemywać, iż zaniechanie wprowadzenia powyższych regulacji, mogłoby skutkować wystąpieniem zjawiska masowej kampanii reklamowej (zwłaszcza w okresach od 1 stycznia do 31 lipca, przypadających na lata, w których ubezpieczeni będą dokonywać wyboru), która ze względu na m.in. duży zasięg, skoncentrowanie w krótkim okresie, wykorzystanie szerokiego wachlarza form przekazu, w tym mediów elektronicznych, nie pozwoliłaby na podjęcie przez ubezpieczonych decyzji w oparciu o wyłącznie obiektywne i racjonalne przesłanki.”⁷⁰.

Powyższe tezy uzasadnienia wskazują, że wprowadzany zakaz reklamy nie znajduje oparcia w żadnej z wartości wskazanych w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, stanowiących punkt odniesienia do określenia materialnych przesłanek zezwalających na wprowadzanie ograniczeń w działalności gospodarczej. Deklarowane cele bez wątpienia nie mają oparcia w konieczności ochrony bezpieczeństwa lub porządku publicznego, środowiska, zdrowia i moralności publicznej, ani wolności i praw innych osób.

Wprowadzanych regulacji nie da się powiązać z ważnym interesem publicznym. Należy podkreślić, że reklama, jako forma komunikacji perswazyjnej przedsiębiorcy jest nie tylko w pełni akceptowalna, ale również niesie za sobą istotną wartość, jaką jest przekazywanie informacji w przystępnej formie, co w przypadku materii skomplikowanych, do jakich należą kwestie ubezpieczeń emerytalnych, jest szczególnie cenne. Należy także zauważyć, że prowadzenie reklamy nie ogranicza się do krótkich spotów reklamowych, może obejmować także materiały takie jak foldery z rozbudowanymi analizami, czy analogiczne materiały zamieszczane na stronach internetowych o charakterze edukacyjno-reklamowym.

Wreszcie należy podkreślić, że scharakteryzowanie interesu mającego uzasadniać zakaz reklamy budzi poważne wątpliwości w związku z zupełnym oderwaniem chronionego interesu (dokonywanie wyboru przez ubezpieczonego w oparciu o obiektywne i racjonalne przesłanki) od pojęcia „modelowego konsumenta”, ugruntowanego zarówno w doktrynie i jak orzecznictwie⁷¹. Przyjmuje się zatem, że „modelowy konsument” jest osobą przeciętną, świadomą, wyedukowaną, rozsądnie krytyczną i otwartą na zachodzące zmiany⁷². Jednocześnie instytucja modelowego konsumenta znalazła także odzwierciedlenie w art. 2 pkt 8 ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym. Warto podkreślić, że wypracowany model interpretacyjny jest kluczowy w zakresie oceny czy dane działanie, w tym aktywność reklamowa może wprowadzać

⁶⁹ Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy o zmianie niektórych ustaw w związku z określeniem zasad wypłaty emerytur ze środków zgromadzonych w otwartych funduszach emerytalnych, druk sejmowy nr 1946.

⁷⁰ Tamże.

⁷¹ Zob. przykładowo wyroki Sądu Najwyższego z dnia 3 grudnia 2003 r. I CK 358/02. , Sądu Najwyższego z dnia 11 lipca 2002 r. (I CKN 1319/00), jak również orzecznictwo unijne, przykładowo

⁷² R. Stefanicki, *Pojęcie i wzorzec konsumenta w prawie europejskim*, Radca Prawny nr 5/2006.



konsumenta w błąd. W szczególności warte przytoczenia jest to, że przyjmuje się, że w odniesieniu do przekazów reklamowych przeciętny konsument ma świadomość specyfiki przekazu reklamowego, którego treść może być nawet „nie zawsze [...] zgodna z rzeczywistością”⁷³.

W związku z przytoczonym powyżej standardem przeciętnego konsumenta, brak jest podstaw do twierdzenia, że sama intensyfikacja działań reklamowych, z wykorzystaniem różnych środków przekazu, zwłaszcza w okresie poprzedzającym dokonywanie wyboru odnośnie przekazywania składki, mogłaby zaburzać proces podejmowania świadomej i racjonalnej decyzji. Co więcej, nawet w przypadku reklamy, która przedstawiałaby wyłącznie walory przekazywania składki do OFE, a w odniesieniu do ZUS wskazywałaby wyłącznie na wady, to ubezpieczony jako modelowy konsument, przy podejmowaniu decyzji uwzględniałby fakt, że przekazywane informacje mogą mieć charakter wyolbrzymiony, co stanowi akceptowalną specyfiką komunikacji reklamowej.

- **naruszenie zasady proporcjonalności poprzez tworzenie regulacji nadmiernie represyjnych przy braku należytego uzasadnienia względami ochrony interesu publicznego (art. 54 ust. 1 w zw. z 31 ust. 3 Konstytucji RP)**

Po pierwsze należy ponownie przywołać wskazane już wcześniej zastrzeżenia, iż cel regulacji budzi poważne wątpliwości, co do tego czy znajduje uzasadnienie w pojęciu interesu publicznego⁷⁴. W tym jednak miejscu należy odnieść tę kwestię do konstytucyjnego prawa do rozpowszechniania informacji (art. 54 ust. 1 Konstytucji RP), w tym informacji komercyjnej.

Całkowity zakaz reklamy odnoszący się do całości danego rodzaju działalności jest środkiem nadmiernie rygorystycznym w prawo do rozpowszechniania informacji. Tego typu regulacje znajdują w polskim systemie prawnym zastosowanie w odniesieniu do bardzo niewielu kategorii działalności regulowanej, przykładowo wyrobów tytoniowych, czy napojów alkoholowych. Istotne ograniczenia reklamowe są także obecne m.in. w reklamie produktów leczniczych, czy też gier hazardowych. Dotychczas zatem najdalej idące ograniczenia reklamy były obecne w odniesieniu do produktów i usług, które pozostają w bezpośredniej relacji do przesłanek zdrowia i moralności publicznej.

Dotychczas wśród rodzajów działalności objętych ograniczeniami odnośnie reklamy i promocji o specyfice zbliżonej do działalności Otwartych Funduszy Emerytalnych, regulacja ograniczała się do określenia przepisów szczegółowych mających na celu zapobieżenie wprowadzaniu w błąd adresata reklamy, co do statusu reklamowanego

⁷³Zob. E. Traple, *Prawo reklamy i promocji*, Warszawa 2007, s. 679. i przytoczone orzeczenia przytoczone w przypisie nr 229.

⁷⁴ Patrz uwagi powyżej w odniesieniu do art. 20 i 22 Konstytucji RP.



podmiotu, jak również zagwarantowania, że przekazywane informacje będą rzetelne⁷⁵. Analiza porównawcza regulacji dotyczących usług innych instytucji finansowych, prowadzi zatem do wniosku, że zastosowane rozwiązanie w postaci całkowitego zakazu reklamy OFE, zwłaszcza uwzględniając, że ograniczenia reklamy były już w tym zakresie wcześniej obecne, jest rozwiązaniem niewspółmiernym do zabezpieczenia należytego poinformowania ubezpieczonego.

Dodać należy, iż w stanie prawnym przed nowelizacją były już obecne przepisy szczegółowe, które w kwalifikowany sposób chroniły konsumentów przed wprowadzaniem w błąd⁷⁶. Jednocześnie projektodawca nie przedstawił żadnych racjonalnych przesłanek dla zastosowania tak daleko idącego ograniczenia, wskazując jedynie, że brak interwencji legislacyjnej może skutkować zaistnieniem masowej kampanii reklamowej OFE, co zdaniem projektodawcy, mogłoby prowadzić do tego, iż decyzje ubezpieczonych nie odbywałby się w oparciu o „*wyłącznie obiektywne i racjonalne przesłanki*”⁷⁷. Nie przedstawiono żadnych argumentów chociażby uprawdopodobniających istnienie związku przyczynowo – skutkowego pomiędzy ewentualną masową kampanią reklamową prowadzoną w ramach poprzednio obowiązujących przepisów (zapewniających rzetelność przekazu) a negatywnym wpływem na proces decyzyjny. Warto także wskazać, że zdaniem ustawodawcy istnieje ryzyko reklamy negatywnej wobec ZUS, nie wykazuje on jednak w żaden sposób, z czego wspomniane ryzyko miałyby wynikać⁷⁸. Wreszcie należy zwrócić uwagę na fakt, że działalność reklamowa została całkowicie zakazana wyłącznie w okresie 7 miesięcy poprzedzających termin na dokonanie przez ubezpieczonego wyboru. Brak jakiegokolwiek uzasadnienia dla takiego ukształtowania okresu obowiązywania zakazu, dodatkowo wskazuje na arbitralność przyjętej regulacji.

Należy ocenić, że zakaz reklamy stanowi rozwiązanie, które nie tylko nie jest niezbędne do osiągnięcia deklarowanego celu, ale wręcz prowadzi do skutku odwrotnego niż deklarowany. Jak zostało wskazane powyżej, reklama poza funkcją perswazyjną pełni także ważną rolę informacyjną, w szczególności biorąc po uwagę, że posługuję się formą przyjazną dla adresata. Dokonanie wyboru w oparciu o „*wyłącznie obiektywne i racjonalne przesłanki*” będzie dodatkowo utrudnione, z uwagi na fakt, że reklama ZUS nie została w żaden sposób ograniczona. Przyjęte rozwiązanie będzie prowadziło do dysproporcji informacyjnej o dwóch równoprawnych możliwościach wyboru, jakimi są przekazanie składki do OFE i na subkonto w ZUS.

⁷⁵ Zob. M. Świerczyński, „Usługi instytucji finansowych” [w:] red. E. Traple, Prawo reklamy i promocji”, Wyd.Prawnicze LexisNexis, Warszawa 2007, s. 103.

⁷⁶ Zob. art. 197 Ustawy o OFE w brzmieniu przed nowelizacją dokonaną Ustawą, w której to była już przewidziana możliwość sankcji administracyjnej, w przypadku stwierdzenia, że informacje reklamowe wprowadzają lub mogą wprowadzać w błąd.

⁷⁷ Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy o zmianie niektórych ustaw w związku z określeniem zasad wypłaty emerytur ze środków zgromadzonych w otwartych funduszach emerytalnych, druk sejmowy nr 1946.

⁷⁸ Tamże.



- **naruszenie zasady zaufania obywateli i przedsiębiorców do państwa i stanowionego przez nie prawa (art. 2 Konstytucji RP)**

Sposób skonstruowania przepisów dotyczących zakazów reklamy budzi wiele wątpliwości, w zakresie rozróżnienia działań zakazanych i dozwolonych na gruncie znowelizowanych przepisów.

W pierwszej kolejności, trzeba odnieść się do problematycznego po nowelizacji rozróżnienia pomiędzy dozwoloną informacją a zakazaną reklamą. Należy zauważyć, że na podstawie art. 197 Ustawy o OFE można wyróżnić zarówno informację, jak i reklamę, choć zakresy tych pojęć, nie zostały zdefiniowane precyzyjnie.

Wątpliwości dotyczące zakresów pojęciowych powstają także w związku z tym, że ustawodawca w Ustawie odnosi się do „reklamy” trzykrotnie, jednakże za każdym razem odmienne⁷⁹. Posługiwanie się różnymi określeniami jest problematyczne, gdyż stwarza niejasności interpretacyjne przy ustalaniu znaczenia pojęcia „reklama” w rozumieniu Ustawy o OFE. W braku definicji ustawowej możliwe jest odwołanie się do znaczenia potocznego pojęć „reklama” i „informacja”, jak również doktryny prawa analizującej relacje pomiędzy „reklamą” a „informacją handlową”, jednakże w związku z płynnymi granicami pomiędzy tymi pojęciami, ich rozgraniczenie uznaje się za problematyczne⁸⁰. Nie można uznać za reklamę przekazu pozbawionego składników sugerujących lub perswazyjnych. Tym samym każdy komunikat niezawierający wspomnianych elementów również na gruncie regulacji dotyczących funduszy emerytalnych należałoby traktować, jako niepodlegający zakazowi reklamy, zwłaszcza zakazowi wskazanemu w art. 36 Ustawy oraz art. 197a Ustawy o OFE.

Jednakże należy w tym miejscu wskazać na istotne wątpliwości, jakie stwarza treść art. 197a ust. 2 Ustawy o OFE. Wspomniany przepis wskazuje na kategorie informacji, które nie stanowią reklamy. Brak jest wyraźnego określenia, czy przedmiotowe wyłączenie jest enumeratywne, czy przykładowe. W przypadku przyjęcia pierwszej interpretacji (katalog zamknięty), zakres wyłączenia byłby bardzo wąski i generowałby ryzyko uznania, że wszelkie materiały, w szczególności pochodzące od OFE, rozpowszechniane w okresach wskazanych w art. 197a ust. 1 Ustawy o OFE, mogłyby zawierać wyłącznie informacje wskazane w art. 191 ust. 1 i 1a Ustawy o OFE. Prowadziłoby to do braku możliwości

⁷⁹ W art. 197 ust. 2 mowa jest o „reklamie dotyczącej otwartego funduszu”, w art. 197a ustawy o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych użyte zostało określenie „reklama zawierająca informacje o otwartych funduszach lub informacje sugerujące, że reklama odnosi się do otwartych funduszy”, zaś w art. 36 Ustawy „reklama zawierająca informacje o otwartych funduszach emerytalnych lub informacje sugerujące, że reklama odnosi się do otwartych funduszy emerytalnych”. O ile posłużenie się raz określeniem „otwarte fundusze emerytalne” a raz „otwarte fundusze” można uznać za jedynie niedbałość legislacyjną, o tyle w przypadku reklamy „dotyczącej” oraz reklamy „zawierającej informacje o otwartych funduszach lub informacje sugerujące, że reklama odnosi się do otwartych funduszy” może powstawać wątpliwość interpretacyjna w związku z zasadą, że różnymi określeniom w tej samej ustawie należy przypisywać różne znaczenie.

⁸⁰ A. Malarewicz, *Konsument a reklama. Studium cywilnoprawne*, Warszawa 2009, s. 96.



przekazania całego szeregu innych przydatnych dla ubezpieczonego informacji. Wskazane powyżej kwestie powodują wysoki poziom niepewności po stronie różnego rodzaju podmiotów, w zakresie, w jakim nie będą one mogły określić prawnych skutków swoich działań, jak również narażają się na zróżnicowane rozstrzygnięcia przez organy władzy publicznej spraw opartych na podobnych stanach faktycznych. Prowadzi to w konsekwencji do naruszenia zasady zaufania do Państwa i stanowionego przez nie prawa, wynikających z art. 2 Konstytucji RP. Wskazane naruszenie jest szczególnie ważne w związku z restrykcyjnymi sankcjami za naruszenie regulacji ustanawianych Ustawą.

▪ **brak należytej określoności przepisów represyjnych i naruszenie standardów prawidłowej legislacji (art. 2 Konstytucji RP)**

Ze wskazaną powyżej kolizją regulacji z zasadą zaufania obywateli do Państwa i stanowionego przez nie prawa, w ścisłym związku pozostaje niezgodność przyjętych przepisów z zasadą określoności przepisów prawa, a tym samym naruszenie standardów prawidłowej legislacji. Zasada określoności przepisów prawa sprecyzowana została przez Trybunał Konstytucyjny w orzeczeniu K 39/97, w którym stwierdzone zostało, iż: *„[...]należyta poprawność, precyzyjność i jasność przepisów prawnych ma szczególne znaczenie, gdy chodzi o ochronę konstytucyjnych wolności i praw człowieka i obywatela. Adresat normy prawnej musi wiedzieć, jakie jego zachowanie i z jakich przyczyn ma znaczenie prawne.”*⁸¹

W pierwszej kolejności należy wskazać, że naruszenie zasady określoności w odniesieniu do zakazów wprowadzanych Ustawą wynika w głównej mierze z ukształtowania zakazów w sposób, który uniemożliwia precyzyjne rozróżnienie, jakie działania i w jakim czasie są niedozwolone. Jest to w szczególności związane ze wskazywanymi już powyżej wątpliwościami dotyczącymi zakresów przedmiotowych zakazów oraz zakresem wyłączeń spod tych zakazów. Należy jednak także wskazać na wątpliwości odnośnie podmiotowego zakresu sankcjonowanych norm.

W związku ze wskazanymi powyżej wątpliwościami należy wskazać, że zostaje naruszona zasada określoności przepisów i to w odniesieniu do regulacji, których naruszenie zagrożone jest surową sankcją administracyjną w wysokości od 1.000.000 zł do 3.000.000 zł (art. 197a Ustawy o OFE) albo do 3.000.000 zł (art. 36 Ustawy).

3. Podsumowanie

Analiza treści art. 4 pkt 41-42 oraz art. 36 Ustawy prowadzi do wniosku, że po nowelizacji przepisy dotyczące zakazu reklamy otwartych funduszy emerytalnych naruszają:

⁸¹ Orzeczenie K 39/97 OTK 1998/6/99



- zasadę swobody działalności gospodarczej oraz społecznej gospodarki rynkowej (art. 20 i 22 Konstytucji RP), ograniczając tym samym prawo do wypowiedzi oraz rozpowszechniania informacji komercyjnej przedsiębiorców,
- zasadę proporcjonalności (art. 31 ust. 3 Konstytucji RP),
- zasadę zaufania obywateli i przedsiębiorców do Państwa i stanowionego przez nie prawa (art. 2 Konstytucji RP),
- zasadę określoności przepisów represyjnych i standardy prawidłowej legislacji (art. 2 Konstytucji RP).

IX. „SWOBODA” WYBORU MIĘDZY OFE A ZUS (art. 11 Ustawy)

1. Zarys stanu prawnego

Jedną z najważniejszych zmian wprowadzanych Ustawą jest zastąpienie obligatoryjnej dotąd przynależności do filaru kapitałowego przynależnością dobrowolną. Uczestnictwo w OFE ma odtąd zależeć od „swobodnego” wyboru ubezpieczonego: jego składka będzie kierowana do otwartych funduszy jedynie wówczas, gdy wyrazi on taką wolę. Zmiana ta obejmuje zarówno osoby rozpoczynające aktywność zawodową, u których obowiązek ubezpieczenia dopiero powstaje, jak i ubezpieczonych będących już członkami OFE. W pierwszym przypadku fakultatywność uczestnictwa w II filarze polega na dobrowolności zawarcia umowy z OFE przez każdego nowo ubezpieczonego – zgodnie z art. 39 Ustawy o OFE w brzmieniu nadanym przez art. 5 pkt 7 Ustawy, ubezpieczony może przystąpić do OFE w ciągu 4 miesięcy licząc od dnia podjęcia aktywności zawodowej rodzącej obowiązek ubezpieczeń społecznych. Bezskuteczny upływ tego terminu skutkuje ewidencjonowaniem w ZUS składki w wysokości 7,3%, która w warunkach uczestnictwa w II filarze ulegałaby podziałowi na dwie części (odprowadzane w wysokości 2,92% i 4,38% odpowiednio do OFE i do ZUS). W drugim przypadku, zgodnie z art. 11 ust. 2 Ustawy, po stronie ubezpieczonego chcącego zachować swoje uczestnictwo w OFE powstaje obowiązek potwierdzenia tej woli. Ustawodawca wyznacza bowiem wszystkim dotychczasowym członkom OFE czteromiesięczny termin do złożenia stosownego oświadczenia. Jeśli w okresie od 1 kwietnia 2014 r. do 31 lipca 2014 r. ubezpieczony zadeklaruje wolę dalszego uczestnictwa w II filarze, część jego składki nadal będzie przekazywana do OFE. W braku tego oświadczenia od 1 lipca 2014 r. składka będzie ewidencjonowana wyłącznie na subkoncie w ZUS.

2. Ocena konstytucyjna art. 11 Ustawy

Omawiane rozwiązanie rodziło wątpliwości natury konstytucyjnej już na etapie prac nad Projektem Ustawy, zarówno w toku konsultacji społecznych, jak i uzgodnień



międzyresortowych. Zastrzeżenia odnośnie zgodności art. 10 ust. 2 projektu (którego odpowiednikiem jest art. 11 ust. 2 Ustawy) z art. 2 Konstytucji zgłaszało Rządowe Centrum Legislacji, Rada Nadzorcza Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, Pracodawcy RP oraz Komitet Obywatelski ds. Bezpieczeństwa Emerytalnego. Zdaniem opiniodawców, kreowane przez Ustawę domniemanie rezygnacji z przekazywania składki do kapitałowej części systemu emerytalnego stanowi przekreślenie kierunku zmian wyznaczonego przez reformę emerytalną z 1997 r. i „*naruszenie umowy społecznej zawartej przez miliony Polaków w 1999 r.*”⁸², a „*ustawowe rozwiązanie 16 milionów umów cywilnoprawnych, tj. umów obywateli z OFE, narusza zasadę pewności obrotu*”⁸³. Podnoszono również wątpliwości odnośnie zgodności art. 10 ust. 2 projektu z wywodzonymi z art. 2 Konstytucji zasadą ochrony zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa oraz zasadą pewności prawa, a także z wyrażoną w art. 31 ust. 3 Konstytucji zasadą proporcjonalności. Wątpliwości te pozostają aktualne na gruncie art. 11 ust. 2 Ustawy z 2013 r.

2.1. Zasada ochrony zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa, zasada pewności prawa (art. 2 Konstytucji)

Istota zasady ochrony zaufania obywatela do państwa i stanowionego przez nie prawa sprowadza się m.in. do nakazu dokonywania zmian w systemie prawnym w taki sposób, aby obywatel mógł planować i realizować swoje przedsięwzięcia „*w zaufaniu, że nie naraża się na niekorzystne skutki prawne swoich decyzji i działań, których nie mógł przewidzieć w chwili podejmowania tych decyzji lub działań*”⁸⁴. Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego, „*zasada zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa opiera się na pewności prawa, a więc takim zespole cech przysługujących prawu, które zapewniają jednostce bezpieczeństwo prawne; umożliwiają jej decydowanie o swoim postępowaniu w oparciu o pełną znajomość przestanek działania organów państwowych oraz konsekwencji prawnych, jakie jej działania mogą pociągnąć za sobą. Jednostka winna mieć możliwość określenia zarówno konsekwencji poszczególnych zachowań i zdarzeń na gruncie obowiązującego w danym momencie systemu, jak też oczekiwać, że prawodawca nie zmieni ich w sposób arbitralny. Bezpieczeństwo prawne jednostki związane z pewnością prawa umożliwia więc przewidywalność działań organów państwa, a także prognozowanie działań własnych*”⁸⁵.

⁸² Stanowisko Pracodawców Rzeczypospolitej Polskiej wobec projektu ustawy o zmianie niektórych ustaw w związku z określeniem zasad wypłaty emerytur ze środków zgromadzonych w otwartych funduszach emerytalnych, s. 1

⁸³ Obywatelski Kontraport: Krytyczna analiza rządowego przeglądu systemu emerytalnego, KOBE, s. 50

⁸⁴ Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 24 maja 1994 r., sygn. akt K 1/94 (OTK 1994, nr 1, poz. 10)

⁸⁵ Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 marca 2007 r., sygn. akt K 54/05 (OTK ZU 2007, seria A, nr 3, poz. 25)

Przewidziane w art. 11 Ustawy domniemanie rezygnacji z przekazywania składki do otwartego funduszu emerytalnego wynikające z faktu niezłożenia stosownego oświadczenia stanowi naruszenie zasady zaufania. Ustawodawca dokonuje bowiem istotnej modyfikacji u samych podstaw systemu emerytalnego powstałego wskutek reformy z 1999 r., zmieniając charakter uczestnictwa w II filarze z przymusowego na dobrowolny. Działanie to można jednak uznać za dopuszczalne w ramach swobody regulacyjnej prawodawcy – wątpliwości co do zgodności z zasadą ochrony zaufania obywatela do państwa i stanowionego przez nie prawa budzi jednak sposób, w jaki korzysta on z tej swobody.

Chodzi – po pierwsze – o budowę samego mechanizmu „wyboru”: bierność dotychczasowych członków OFE polegająca na niezłożeniu stosownego oświadczenia skutkuje domniemaniem rezygnacji z uczestnictwa w II filarze. W przypadku osób urodzonych w okresie od 1 stycznia 1949 r. do 31 grudnia 1968 r. (które dobrowolnie przystąpiły do OFE po wejściu w życie Ustawy z 1997 r.) oznacza to ograniczony terminem obowiązek potwierdzenia decyzji już raz przez nie podjętej. Nie jest to więc wybór wolny, ale wymuszony: ustawodawca zmusza ww. osoby do potwierdzenia woli pozostawania w OFE pod rygorem automatycznego przekierowania na ZUS-owskie subkonto składek przekazywanych dotąd do otwartych funduszy. Zasada pewności prawa i ochrony zaufania obywateli do państwa wymagałaby tymczasem odwrócenia mechanizmu przewidzianego w art. 11 Ustawy przynajmniej w stosunku do osób urodzonych w latach 1949-1968. Oświadczenie powinny one składać nie po to, by potwierdzić wcześniej wyraźnie wyrażoną wolę uczestnictwa w OFE, ale po to, by decyzję tę zmienić. Jak bowiem zwraca uwagę organizacja pracodawców Pracodawcy RP, „osoby, które przystąpiły już do OFE nie powinny mieć obowiązku potwierdzania po raz kolejny swojej woli pozostania w nich”⁸⁶.

Po drugie, istotne wątpliwości z punktu widzenia ww. zasad budzi zastrzeżony przez ustawodawcę czteromiesięczny termin na złożenie omawianego oświadczenia. Tak krótki czas na podjęcie decyzji o dalszym uczestnictwie w OFE nie gwarantuje, że wybór dokonywany przez ubezpieczonych będzie całkowicie świadomy i dokonywany na podstawie pełnej informacji. Długość okresu przewidzianego w art. 11 ust. 2 jest wysoce nieadekwatna w stosunku do wagi podejmowanej decyzji, zwłaszcza w perspektywie skutków przekroczenia wyznaczonego przez ustawodawcę terminu. Jest wielce prawdopodobne, że w obliczu rozwiązania przyjętego w art. 11 ust. 2 duża część obywateli wybierze postawę bierną, skutkującą „wyjściem” z II filaru, któremu w tej sytuacji nie sposób przypisać cechy dobrowolności. Jak zwraca uwagę Komitet Obywatelski ds. Bezpieczeństwa Emerytalnego, „rząd ma niemal gwarancję, że ogromna część obywateli, mając do dyspozycji krótki czas na podjęcie decyzji oraz nie mając

⁸⁶ Stanowisko Pracodawców Rzeczypospolitej Polskiej..., s. 1

wiedzy i przesłanek do jej podjęcia, po prostu nie robi nic. Majątek tych obywateli z OFE zostanie zaś przeniesiony do ZUS i de facto znacjonalizowany — tylko pozornie zgodnie z ich wolą i na zasadzie dobrowolności⁸⁷. Tymczasem, jak słusznie zauważa Rada Nadzorcza ZUS w opinii zgłoszonej na etapie prac legislacyjnych nad projektem omawianej ustawy, „dłuższy niż zapisany w [ustawie czteromiesięczny] czas na podjęcie decyzji sprzyjał[by] zapoznaniu się przez ubezpieczonych z informacjami na temat systemu emerytalnego, przeanalizowaniu korzyści i ryzyk, jakie niosą obydwie warianty i w rezultacie ułatwi podjęcie świadomego wyboru”. Z punktu widzenia zasady ochrony zaufania obywateli do państwa regulacja art. 11 ust. 2 jest rozwiązaniem trudnym do przyjęcia, zwłaszcza w obliczu utrwalonego poglądu Trybunału Konstytucyjnego, zgodnie z którym „istotne znaczenie ma horyzont czasowy działań podejmowanych przez jednostkę w danej sferze życia. Im dłuższa jest [...] perspektywa czasowa podejmowanych działań, tym silniejsza powinna być ochrona zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa⁸⁸. Nie ma wątpliwości, że w przypadku regulacji dotyczących systemu ubezpieczeń społecznych perspektywa ta jest znacząca, określają one bowiem podstawy finansowe egzystencji jednostki pod koniec życia, w czasie, gdy nie będzie już zdolna do pracy.

2.2. Zasada ochrony praw nabytych i interesów w toku (art. 2 Konstytucji)

Konieczność zapewnienia ochrony praw nabytych i interesów w toku stanowi jeden z obowiązków demokratycznego państwa prawnego urzeczywistniającego zasady sprawiedliwości społecznej. Zgodnie ze stanowiskiem Trybunału Konstytucyjnego, „zasada państwa prawnego zawiera w sobie zasadę zaufania obywateli do państwa, z tą zaś łączy się na zasadzie związków instrumentalnych zasada ochrony praw nabytych”, a jej zakresem „objęte są prawa słusznie (sprawiedliwie) nabyte⁸⁹. I chociaż, przyznaje TK, „prawodawca może nowelizować prawo także na niekorzyść obywateli, jeśli odbywa się to w zgodzie z konstytucją⁹⁰, to ingerencja w prawa nabyte wymaga zastosowania „procedury umożliwiającej zainteresowanym dostosowanie się do zaistniałej sytuacji i odpowiednie rozporządzenie swoimi prawami⁹¹. W przypadku art. 11 Ustawy mamy do czynienia z ingerencją w prawa nabyte istniejące po stronie otwartych funduszy emerytalnych i zarządzających nimi powszechnych towarzystw emerytalnych. Ingerencja

⁸⁷ Opinia KOBIE o projekcie z dnia 10 października 2013 r. ustawy o zmianie niektórych ustaw w związku z określeniem zasad wypłaty emerytur ze środków zgromadzonych w otwartych funduszach emerytalnych, s. 66; podobnie w opinii Pracodawców RP: „Można spodziewać się, że znaczna część ubezpieczonych przejdzie z OFE do ZUS nie w efekcie podjęcia przemyślanej decyzji, lecz postawy bierności wynikającej z braku przekonania w zdolność systemu emerytalnego do wypłaty świadczeń”

⁸⁸ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 7 lutego 2001 r., sygn. K 27/00 (OTK ZU nr 2/2001, poz. 29)

⁸⁹ Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z 11 lutego 1992 r., sygn. akt K 14/91 (OTK 1992, nr 1, poz. 7)

⁹⁰ Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z 19 listopada 1996 r., sygn. akt K 7/95 (OTK 1996, nr 6, poz. 49)

⁹¹ Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z 15 września 1998 r., sygn. akt K 10/98 (OTK 1998, nr 5, poz. 64)



ta polega na zapewnieniu „wolnego” wyboru uczestnictwa w OFE, którego mechanizm skonstruowano w taki sposób, by zapewnić jak największą migrację ubezpieczonych z drugiego do pierwszego filaru. Obowiązek złożenia przez dotychczasowych członków OFE oświadczenia potwierdzającego wolę dalszego uczestnictwa w kapitałowej części systemu (obwarowany, jak wspomniano, nieadekwatnie krótkim w stosunku do wagi tej decyzji terminem) godzi w interesy podmiotów działających na rynku funduszy emerytalnych. Ustawodawca założył bowiem, że wraz z bezskutecznym upływem terminu złożenia ww. oświadczenia nastąpi *ex lege* rozwiązanie stosunków umownych zawartych przez ubezpieczonych z wybranymi przez nich OFE. Art. 11 Ustawy przewiduje zatem ustawowe unieważnienie wynikających stąd praw i obowiązków, skutkujące przekierowaniem części składki odprowadzanej dotąd do otwartych funduszy na subkonto w ZUS. Biorąc pod uwagę głębokość projektowanych zmian oraz konieczność zabezpieczenia interesów w toku i długookresowego planowania charakterystycznego dla działalności na rynku funduszy emerytalnych, należy uznać, że OFE nie mają wystarczająco dużo czasu, by dostosować się do nowej, istotnie zmienionej sytuacji prawnej. Skutek ten dodatkowo wzmacnia fakt przyjęcia przez ustawodawcę bardzo krótkiego okresu dostosowawczego.

2.3. Zasada *pacta sunt servanda* (art. 2 Konstytucji)

Zgodnie z poglądem Trybunału Konstytucyjnego, „zasada *pacta sunt servanda* jest fundamentem państwa prawnego⁹², a „system ubezpieczeniowy przybiera formę swoistej umowy społecznej, rządzącej się [tą] zasadą⁹³. Regulacja art. 11 ust. 2 Ustawy kreuje istotny wyłom w jej obowiązywaniu, przewiduje bowiem ustawowe rozwiązanie około 16 milionów umów cywilnoprawnych⁹⁴ zawartych przez uczestników II filaru z wybranymi przez nich otwartymi funduszami emerytalnymi. Ustawodawca dokonał ingerencji w istniejący stan prawny wykreowany umownie na podstawie obowiązujących dotąd przepisów, zakładając unieważnienie z mocy prawa podpisanych kontraktów po bezskutecznym upływie terminu na złożenie oświadczenia o dalszym uczestnictwie w OFE. Omawiana regulacja godzi więc w pewność obrotu i niweczy dawaną przez demokratyczne państwo prawne gwarancję, że ustalone w umowach warunki uczestnictwa w kapitałowej części systemu emerytalnego nie będą dowolnie zmieniane.

⁹² Postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z 4 czerwca 2004, sygn. akt Ts 200/03 (OTK ZU 2004, nr 5B, poz. 276)

⁹³ Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z 11 lutego 1992 r., sygn. akt K 14/91 (OTK ZU 1992, poz. 7)

⁹⁴ Obywatelski Kontraport..., s. 51



2.4. Zasada proporcjonalności (art. 31 ust. 3 Konstytucji)

Zgodnie z utrwalonym stanowiskiem Trybunału Konstytucyjnego, ocena danej regulacji z punktu widzenia proporcjonalności przyjętych w niej rozwiązań, wymaga zbadania czy nastąpiło „*nierzetelne, niezrozumiałe, intensywne działanie ustawodawcy korzystającego ze swobody regulacyjnej*”⁹⁵. Zdaniem TK, z naruszeniem tej zasady mamy do czynienia zawsze wówczas, gdy „*z punktu widzenia reguł kultury prawnej i zasad racjonalności ingerencja prawodawcza była nadmierna w stosunku do założonych celów, albo też owe cele pozostawały poza legitymowanym w ustroju demokratycznym dopuszczalnym zakresem działania władzy*”⁹⁶. Sytuacja ma miejsce w przypadku art. 11 Ustawy, ustawodawca nie przedstawia bowiem przekonujących argumentów, które uzasadniałyby konieczność ustawowego rozwiązania stosunków umownych pomiędzy OFE a ich uczestnikami, stanowiącego – jak ustalono powyżej – istotne naruszenie szeregu zasad konstytucyjnych, na czele z zasadą demokratycznego państwa prawnego. Jak zwraca uwagę Komitet Obywatelski ds. Bezpieczeństwa Emerytalnego, naruszenie zasady proporcjonalności ma w tym wypadku dwojaki wymiar: „*Jeśli ustawodawca istotnie chciałby wprowadzić wolność wyboru między OFE a ZUS, to, po pierwsze, nie rozwiązywałby ustawowo umów z OFE, lecz wprowadził regulację pozwalającą obywatelowi samemu taką umowę rozwiązać. Po drugie, uznałby za możliwe podjęcie tej decyzji w dowolnym czasie — a co najmniej w perspektywie kilkuletniej*”⁹⁷.

Skoro więc „*ustawodawca nie może ustanawiać ograniczeń przekraczających pewien stopień uciążliwości, a zwłaszcza zaburzających proporcje pomiędzy stopniem naruszenia uprawnień jednostki a rangą interesu publicznego, który ma w ten sposób podlegać ochronie*”, przy czym „*rzeczą ustawodawcy jest wybór celu i środków określonej regulacji ustawowej. Ten cel jednak powinien znajdować uzasadnienie w konstytucyjnej aksjologii, a środki powinny pozostawać w odpowiedniej proporcji do zamierzonego rezultatu*”⁹⁸, omawianą regulację uznać należy za niezgodną z art. 31 ust. 3 Konstytucji. Mimo, że co do zasady spełnia ona wymóg adekwatności i w tym sensie środki założone przez ustawodawcę mają szansę doprowadzić do zamierzonego celu, to dwa pozostałe warunki składające się na konstytucyjny „test proporcjonalności” nie zostały spełnione. Nie można bowiem uznać, że środki przewidziane w art. 11 ust. 2 są niezbędne dla ochrony interesu, z którym wiąże je prawodawca, ani że efekty ich zastosowania pozostają w proporcji do ciężarów nakładanych na otwarte fundusze emerytalne i zarządzające nimi powszechnie towarzystwa emerytalne. Jako takie stanowią zatem przejaw nieproporcjonalnej ingerencji w prawo do zabezpieczenia emerytalnego

⁹⁵ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 13 marca 2007 r., sygn. akt K 8/07 (OTK-A 2007, Nr 3, poz. 26)

⁹⁶ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 18 lutego 2003 r., sygn. akt K 24/02 (OTK-A 2003, Nr 2, por. 11)

⁹⁷ Obywatelski Kontrraport..., s. 50

⁹⁸ Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z 26 kwietnia 1999 r., sygn. akt K 33/98 (OTK ZU 1999, nr 4, poz. 71)



obywateli (art. 67 ust. 1 Konstytucji RP), której nie sposób uzasadnić koniecznością ochrony innej istotniejszej w danym momencie wartości konstytucyjnej.

3. Podsumowanie

Wprowadzenie w art. 11 Ustawy mechanizmu „dobrowolności” w zakresie dalszego przekazywania składek do otwartych funduszy emerytalnych przez dotychczasowych uczestników kapitałowej części systemu ustawodawca uzasadnia faktem, że „ponad 70% wszystkich członków OFE nie miało możliwości podjęcia decyzji o swoim uczestnictwie w II filarze”⁹⁹. Stwierdzenie to stanowi jedną z wielu zawartych w uzasadnieniu Ustawy z 2013 r. deklaracji odejścia od modelu trójfilarego systemu emerytalnego przyjętego w wyniku reformy z 1999 r., którego istotnym, obligatoryjnym elementem była zarządzana prywatnie część kapitałowa.

Ustanawiając przepis art. 11, niezależnie od przysługującej mu swobody regulacyjnej prawodawca dopuścił się naruszenia szeregu zasad i norm konstytucyjnych, do których należą:

- zasada ochrony zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa, zasada pewności prawa (art. 2 Konstytucji);
- zasada ochrony praw nabytych i interesów w toku (art. 2 Konstytucji);
- zasada pacta sunt servanda (art. 2 Konstytucji);
- zakaz dyskryminacji (art. 32 Konstytucji RP),
- prawo do zabezpieczenia emerytalnego oraz zasada proporcjonalności (art. 67 ust. 1 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji).

X. OGRANICZENIE SWOBODY LOKOWANIA AKTYWÓW OFE

1. Zarys stanu prawnego

Zgodnie z art. 141 ust. 1 Ustawy o OFE, w brzmieniu nadanym przez art. 4 pkt 25 Ustawy, Aktywa funduszu mogą być lokowane wyłącznie we wskazanych w tym artykule kategoriach lokat (art. 141 ust. 1 pkt 1 – 34). Jednocześnie w art. 141 ust. 2 wyłącza się możliwość lokowania aktywów OFE w następujących kategoriach lokat:

- obligacjach, bonach i innych papierach wartościowych, emitowanych przez Skarb Państwa lub Narodowy Bank Polski, a także pożyczkach lub kredytach udzielanych tym podmiotom,

⁹⁹ Uzasadnienie projektu 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, s. 51.



- obligacjach, bonach i innych papierach wartościowych, emitowanych przez rządy i banki centralne państw, o których mowa w art. 141 ust. 4, a także pożyczkach i kredytach udzielanych tym podmiotom,
- obligacjach i innych papierach wartościowych, opiewających na świadczenia pieniężne, gwarantowanych lub poręczanych przez Skarb Państwa lub Narodowy Bank Polski, a także depozytach, kredytach i pożyczkach, gwarantowanych lub poręczanych przez te podmioty,
- obligacjach i innych papierach wartościowych, opiewających na świadczenia pieniężne, gwarantowanych lub poręczanych przez rządy lub banki centralne państw, o których mowa w art. 141 ust. 4, a także depozytach, kredytach i pożyczkach, gwarantowanych lub poręczanych przez te podmioty,
- obligacjach emitowanych przez Bank Gospodarstwa Krajowego na zasadach określonych w ustawie o autostradach płatnych oraz o Krajowym Funduszu Drogowym,
- obligacjach innych niż wymienione w punkcie powyższym, bankowych papierach wartościowych lub listach zastawnych, emitowanych przez Bank Gospodarstwa Krajowego.

Ponadto w art. 35 Ustawy prawodawca przewidział przepis przejściowy obligujący do lokowania w akcje (aktywa wskazane w art. 141 ust. 1 pkt 7-10) określony procent aktywów OFE, a art. 4 pkt 33 Ustawy derogował obowiązek dążenia do osiągnięcia przez OFE minimalnej stopy zwrotu oraz mechanizmy pokrywania niedoboru środków.

2. Ocena konstytucyjna

Wskazana wyżej regulacja jest przejawem nadmiernej ingerencji prawodawcy w prawa i wolności przedsiębiorców (PTE), a także istotnym wypaczeniem roli systemu emerytalnego, służącego ochronie prawa konstytucyjnego wynikającego z art. 67 Konstytucji RP. Regulacja ta podważa zaufanie przedsiębiorców do państwa (art. 2 Konstytucji RP) prowadząc do nieproporcjonalnego ograniczenia prawa własności i innych praw majątkowych (art. 64 ust. 1 – 3 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP), a także prowadzi do ograniczenia swobody prowadzenia działalności gospodarczej (art. 20 i 22 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP).

Przed wszystkim jednak regulacja ta prowadzi do naruszenia prawa ubezpieczonych do zabezpieczenia emerytalnego (art. 67 ust. 1 Konstytucji RP). W doktrynie wskazuje się bowiem, że wszelkie świadczenia emerytalne powinny mieć charakter wzajemny, co



oznacza, że wysokość otrzymanego świadczenia powinna zależeć od wysokości wpłacanych składek. Z tego powodu regulacja nakazująca inwestowanie w papiery wartościowe o wysokim ryzyku (akcje), której towarzyszy zakaz inwestowania w papiery wartościowe cechujące się wysokim stopniem bezpieczeństwa (obligacje)¹⁰⁰. W takiej sytuacji fundusz przestaje pełnić funkcje zabezpieczenia emerytalnego, a staje się zwykłym funduszem inwestycyjnym, co uzasadnia tezę o naruszeniu art. 67 ust. 1 Konstytucji RP.

3. Podsumowanie

Ograniczenia swobody lokowania aktywów OFE (art. 141 Ustawy o OFE w brzmieniu nadanym przez art. 4 pkt 25 Ustawy w zw. z art. 35 Ustawy) – **w tym zakresie w wyniku analizy stwierdzono naruszenie przepisów art. 2, art. 20, art. 22, art. 31 ust. 3, art. 64 ust. 1 – 3 i art. 67 Konstytucji RP.**

XI. WĄTPLIWOŚCI KONSTYTUCYJNE DOTYCZĄCE STANDARDÓW PRAWIDŁOWEJ LEGISLACJI

Analiza treści Ustawy wskazuje także na istnienie licznych innych wad i usterek legislacyjnych, dających podstawy do tez o naruszeniu Konstytucji RP, w szczególności zasady prawidłowej legislacji. W tym zakresie – w kolejności odpowiadającej systematyce Ustawy – należy zwrócić uwagę na:

- **art. 1 Ustawy przewidujący nowelizację ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, który wchodzi w życie w trakcie roku podatkowego – co rodzi wątpliwości z punktu widzenia art. 2 i 217 Konstytucji (zasada zakazu zmiany prawa podatkowego w trakcie roku podatkowego).**

Ustawa w art. 1 przewiduje nowelizację Ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych. Nasuwa się w związku z tym dodatkowa wątpliwość związana z dochowaniem zasady zakazu zmian prawa podatkowego w trakcie roku podatkowego (art. 217 Konstytucji RP). Zgodnie z orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego przepisy prawa podatkowego powinny wejść w życie najpóźniej na 30 dni przez rozpoczęciem kolejnego

¹⁰⁰ Tak: L. Garlicki: Komentarz do art. 67 Konstytucji RP, [w:] Konstytucja RP. Komentarz, red. L. Garlicki, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2002 r., s. 2.



roku podatkowego¹⁰¹. W analizowanym przypadku przepisy te weszły w życie w trakcie roku podatkowego. Należy jednak zaznaczyć, że zmiana ta nie jest istotną ingerencją w prawo podatkowe.

- **art. 4 pkt 18 (art. 123a Ustawy o OFE) przewiduje, że Rada Ministrów określi w drodze rozporządzenia termin i tryb dokonywania wypłat transferowych w przypadkach, o których mowa w art. 119 oraz w przepisach rozdziałów 12 i 13 Ustawy o OFE – co rodzi wątpliwości dotyczące zgodności z art. 92 ust. 1 Konstytucji RP.**

Przepis art. 4 pkt 18 (art. 123a Ustawy o OFE) stanowi delegację ustawową do wydania rozporządzenia. W upoważnieniu tym nie określono jednak – koniecznych z punktu widzenia art. 92 ust. 1 Konstytucji RP – wytycznych dotyczących treści aktu wykonawczego. Na wadę tę zwraca się uwagę w Opinii Biura Legislacyjnego Senatu, gdzie podkreśla się, że „zgodnie z Konstytucją upoważnienie musi być szczegółowe. Przepis art. §65 ZTP wprost wskazuje, iż określenie zakresu spraw przez posłużenie się określeniem „określi zasady” jest błędem”¹⁰².

- **art. 4 pkt 28 Ustawy (art. 151 ust. 2 i 3 Ustawy OFE), który w ust. 2 przewiduje możliwość udzielania pożyczek papierów wartościowych przez fundusz. Przepis ust. 3 stanowi natomiast fakultatywne upoważnienie dla Rady Ministrów do wydania rozporządzenia wykonawczego określającego warunki i tryb udzielania przez fundusze takich pożyczek – co rodzi wątpliwości z punktu widzenia zasady prawidłowej legislacji i nakazu określoności prawa (art. 2 Konstytucji RP).**

Zasada prawidłowej legislacji wynikająca z art. 2 Konstytucji RP przewiduje, że ustawodawca ma zakaz tworzenia uprawnień pozornych, których realizacja w praktyce nie jest możliwa. W tym przypadku przepis ust. 2 przewiduje dla funduszu uprawnienie do podejmowania określonych czynności prawnych na zasadach określonych w rozporządzeniu. Wydanie rozporządzenia jest jednak fakultatywne, co czyni uprawnienie, o który mowa, pozornym. Wątpliwość została podniesiona w toku postępowania legislacyjnego w Senacie (Opinia Biura Legislacyjnego Senatu, s. 9-10).

- **art. 4 pkt 35 (art. 185 ust. 4 Ustawy o OFE), który przewiduje upoważnienie do wydania rozporządzenia przez Radę Ministrów, nie wskazując jednak**

¹⁰¹ Por. np. K 12/94 OTK 1995/1, s. 16- 35, K 1/95 OTK 1995/1, s. 91 - 104, K 28/95 OTK 1995/3/21, K 26/97 OTK 1997/5-6/64, K 13/01 OTK 2001/4/81, K 47/01 OTK 2002/1A/6, K 48/04 OTK 2005/2A/15.

¹⁰² Opinia Biura Legislacyjnego Senatu, s. 8.



wytycznych ani granic spraw przekazanych do uregulowania w rozporządzeniu – co prowadzi do naruszenia art. 92 ust. 1 Konstytucji RP

W tym przypadku również należy podzielić tezy przedstawione w Opinii Biura Legislacyjnego Senatu (s 12). Przepis art. 185 ust. 4 w pkt 2 i 3 przekazuje do uregulowania Radzie Ministrów „sposób i tryb” wnoszenia wpłat do Funduszu Gwarancyjnego oraz „sposób i tryb” działania Funduszu Gwarancyjnego, w tym lokowania jego środków. Poza zauważonym w przywołanej opinii faktem pozorności wytycznych, należy zwrócić dodatkowo uwagę, że zakres przedmiotowy rozporządzenia został określony w upoważnieniu („sposób i tryb”) w sposób prowadzący do zerwania koniecznego związku ustawy i rozporządzenia („na podstawie ustawy i w celu jej wykonania” – art. 92 ust. 1 Konstytucji RP), gdyż Rada Ministrów może w istocie swobodnie ustalić jego przedmiot i treść, co narusza art. 92 ust. 1 Konstytucji RP.

- **art. 23 ust. 18 Ustawy, który zawiera fakultatywną delegację ustawową do wydania przez Radę Ministrów rozporządzenia określającego szczegółowy sposób i tryb przekazania przez Otwarte Fundusze Emerytalne aktywów do ZUS w związku z umorzeniem ich 51,5% - co rodzi wątpliwości dotyczące zgodności z art. 92 ust. 1 Konstytucji RP.**

Przepis ten jest dotknięty istotną wadą konstytucyjną polegającą na fakultatywności wydania rozporządzenia o istotnym znaczeniu dla procesu umorzenia 51,5% jednostek rachunkowych OFE. Jak stwierdza Prezydent RP odnosząc się do tego przepisu we wniosku do TK – *„wydaje się, że w przypadku transferu aktywów o wielkiej wartości, dokonanego przez podmioty gospodarcze działające w zakresie zabezpieczenia społecznego, prawo powinno być jasne, zupełne i nie budzące wątpliwości. Fakultatywna delegacja do wydania aktu wykonawczego, o którym mowa w art. 92 ust. 1 Konstytucji RP, może wywołać wątpliwości co do zupełności prawa regulującego kwestie przekazania przez OFE obligacji, innych papierów wartościowych oraz środków pieniężnych na rachunki ZUS. (...) Wydaje się, że regulacja w tym zakresie powinna być zupełna i znana odpowiednio wcześniej. W świetle powyższego, w przypadku gdy ustawa nie zawiera wszystkich koniecznych regulacji (o tym, że może tak być świadczy sam fakt wprowadzenia przedmiotowej delegacji ustawowej) przyjąć można, że upoważnienie powinno mieć charakter obligatoryjny.”*¹⁰³.

- **art. 37 Ustawy, który przewiduje jej wejście w życie z dniem 1 lutego 2014 r., co – biorąc pod uwagę znaczne skomplikowanie legislacyjne i wagę**

¹⁰³ Wniosek Prezydenta RP do Trybunału Konstytucyjnego z dnia 30 stycznia 2014 r. w sprawie kontroli konstytucyjności Ustawy.



społeczną Ustawy – prowadzi do oczywistego naruszenia art. 2 Konstytucji RP (brak odpowiedniej *vacatio legis*).

Zgodnie z zasadą odpowiedniej *vacatio legis*, wywodzoną z art. 2 Konstytucji RP, ustawodawca wprowadzając zmiany w systemie prawnym zobligowany jest oddzielić dzień wejścia w życie ustawy od dnia jej opublikowania odpowiednio długim okresem *vacatio legis*. Obowiązująca w tym zakresie Ustawa o ogłaszaniu aktów normatywnych przewiduje, że minimalna długość okresu *vacatio legis* powinna w przypadku ustaw wynosić 14 dni (art. 4 ust. 1). Jednakże w sytuacji, gdy ustawodawca istotnie ingeruje w prawa i wolności jednostki, ogranicza lub wygasza prawa nabyte lub interesy w toku, a także gdy wprowadza zmiany o istotnym znaczeniu społecznym lub gospodarczym, wymagające dostosowania prowadzonej działalności do treści nowego prawa, konieczne jest odpowiednie wydłużenie okresu spoczynania ustawy. W takim przypadku jego długość uzależniona jest od stopnia skomplikowania aktu normatywnego i głębokości jego ingerencji w prawa i wolności jednostki.

W przypadku Ustawy prawodawca przewidział jej wejście w życie z dniem 1 lutego 2014r. Ustawa została przyjęta przez Sejm RP w dniu 6 grudnia 2013 r., podpisana przez Prezydenta RP w dniu 27.12.2013 r. i opublikowana w Dzienniku Ustaw w dniu 31.12.2013 r. Realnie okres *vacatio legis* wyniósł zatem 31 dni, choć niektóre przepisy weszły w życie po upływie 14 dni.

Biorąc pod uwagę zakres i znaczenie społeczne wprowadzanych zmian, długość okresu *vacatio legis* nie jest wystarczającą.

Warszawa, 18 lutego 2014 r.

Dr hab. Marcin Matczak
Radca prawny / Partner

dr Tomasz Zalasinski
Radca prawny / Counsel DZP