

PRAWNE MECHANIZMY PRZEKAZYWANIA ŚRODKÓW OFE

Oceny konstytucyjno-prawne

redakcja naukowa

Radosław Pacud



OFICyna ALLERHANDA

TOMASZ ZALASIŃSKI · MAR
ANTONÓW · DOROTA DZIE
WODA · ANDRZEJ JABŁOŃ
RADOSŁAW PACUD · ARKA
ZALASIŃSKI · MARCIN ZIEL
DOROTA DZIENISIUK · ŁUK
JABŁOŃSKI · MICHAŁ JACK
ARKADIUSZ RADWAN · TOM
ZIELENIECKI · KAMIL ANTO
ŁUKASZ GORYWODA · AND
JACKOWSKI · RADOSŁAW F
RADWAN · TOMASZ ZALAS
KAMIL ANTONÓW · DOROT
GORYWODA · ANDRZEJ JA
OWSKI · RADOSŁAW PACUD
TOMASZ ZALASIŃSKI · MAR
ANTONÓW · DOROTA DZIE
WODA · ANDRZEJ JABŁOŃ
RADOSŁAW PACUD · ARKA
ZALASIŃSKI · MARCIN ZIEL
DOROTA DZIENISIUK · ŁUK
JABŁOŃSKI · MICHAŁ JACK
ARKADIUSZ RADWAN · TOM
ZIELENIECKI · KAMIL ANTO
ŁUKASZ GORYWODA · AND
JACKOWSKI · RADOSŁAW F

Kamil Antonów
Dorota Dzienisiuk
Łukasz Gorywoda
Andrzej Jabłoński
Michał Jackowski
Radosław Pacud (red.)
Arkadiusz Radwan
Tomasz Zalański
Marcin Zieleniecki

Prawne mechanizmy przekazywania środków OFE

Oceny konstytucyjno-prawne



OFICYNA ALLERHANDA

Kraków 2013

Rozdział III

Zaprzestanie przekazywania składek do OFE.

Warunki wznowienia.

1. Opcja domyślna nieprzekazywania części składek do OFE - koncept, skutki oraz instrumentalizacja (Ł. Gorywoda, A. Radwan)

1.1 Behawioralna analiza prawa wobec dobrowolności członkostwa w OFE

Zgodnie z art. 11 ust. 1 ustawy z 6 grudnia 2013 r. przekazywanie składek do OFE ustanie po rozliczeniu składek za okres do dnia 30 czerwca 2014 r. Każdy ubezpieczony, który będzie chciał, aby jego składki były dalej przekazywane do OFE, będzie musiał złożyć odpowiednie oświadczenie. Jedynie po złożeniu oświadczenia, ubezpieczony będzie mógł kontynuować przynależność do OFE. Ubezpieczony będzie miał cztery miesiące na złożenie oświadczenia³⁰¹. Dla porównania, w roku 1999 czas na podjęcie decyzji wyniósł dziesięć miesięcy³⁰². Rozwiązaniem dorozumianym jest więc ustawowe wyłączenie ubezpieczonego z systemu OFE połączone z krótkim terminem na podjęcie decyzji o rezygnacji z rozwiązania zaproponowanego przez ustawodawcę.

Dlaczego ustawodawca planuje dla ubezpieczonego taką, a nie inną sytuację domyślną (ang. *default*)? Niewątpliwie ustawodawca stanął przed koniecznością zdecydowania, w jaki sposób ubezpieczony w OFE powinien po reformie zasignalizować, czy chce lub nie chce kontynuować oszczędzanie na emeryturę w OFE. Ustawodawca miał wybór. Mógł założyć, że większość osób aktualnie

³⁰¹ Art. 11 ustawy z 6 grudnia 2013 r. przewiduje na złożenie oświadczenia termin od 1 kwietnia do 31 lipca 2014 r.

³⁰² Towarzystwo Ekonomistów Polskich, *Opinia do projektu ustawy o zmianie niektórych ustaw w związku z określeniem zasad wypłaty emerytur ze środków zgromadzonych w otwartych funduszach emerytalnych*, 10 października 2013 r., s. 8, dostępne na http://tep.org.pl/wp-content/uploads/downloads/2013/11/opinia-TEP-do-ustawy-o-OFE_281013_final2.pdf.

ubezpieczonych w OFE chce pozostać w systemie kapitałowym i dlatego powinny one dokonać wyraźnego oświadczenia o chęci **wyjścia** z OFE. Mógł też założyć, że większość osób aktualnie ubezpieczonych w OFE nie chce pozostać w OFE i dlatego powinny one dokonać wyraźnego oświadczenia o chęci **pozostania** w tym systemie.

Wybór padł na drugą opcję. Ustawa wprowadziła domyślne przyporządkowanie ubezpieczonych do ZUS, czyli mechanizm „automatycznej migracji” (art. 11 ustawy z 6 grudnia). Na jakiej podstawie ustawodawca podjął decyzję o domyślnym przyporządkowaniu ubezpieczonych do ZUS? Czy kierował się preferencjami ubezpieczonych, czy też realizował inny cel? Czy mechanizm wprowadzony w art. 11 ustawy sprawi, że ubezpieczeni podejmą w pełni dobrowolną, jak deklarował ustawodawca, oraz racjonalną decyzję, co do tego, czy pozostać wyłącznie w ZUS, do którego to systemu zostaną przez ustawodawcę **automatycznie przyporządkowani**, czy kontynuować uczestnictwo w systemie mieszanym (zarówno w ZUS jak i OFE), z którego zostaną **ustawowo wyłączeni**?

Ustawodawca deklarował, że celem wprowadzenia opcji domyślnej przyporządkowania ubezpieczonych do ZUS jest „**[u]możliwienie ubezpieczonym dokonania wyboru, czy chcą przekazywać przyszłą składkę do otwartych funduszy emerytalnych**”³⁰³. W szczególności „**[w]prowadzenie dobrovolności przekazywania przyszłych składek do OFE umożliwi dokonywanie wyboru oraz podejmowanie przez ubezpieczonych decyzji o przekazywaniu bieżącej składki albo nadal do OFE albo na subkonto lub odwrotnie oraz ewentualną zmianę poprzedniej decyzji w następnym przedziale czasowym**”³⁰⁴. Oczekuje się więc od ubezpieczonego podjęcia świadomej decyzji odnośnie powrotu do OFE lub pozostania poza systemem kapitałowym.

Jednak bardziej wnikliwa analiza pokazuje, że twierdzenie, zgodnie z którym mechanizm przewidziany w art. 11 ustawy z 6 grudnia kreuje prawo wolnego wyboru i przyznaje „dobrowolność” uczestniczenia w OFE nie daje się obronić w świetle rezultatów badań, do których doszły nauki behawioralne, w szczególności psychologia i ekonomia.

Reguły domyślne, tzn. przepisy względnie obowiązujące, których zastosowanie adresaci mogą wyłączyć, ukierunkowują ich wybory³⁰⁵, ponieważ tworzą kontekst, w ramach którego podejmują oni decyzje. Pomimo tego, że technicznie można wyłączyć ich zastosowanie, reguły te oddziałują na procesy decyzyjne. Dlatego też reguły domyślne można wykorzystać do inżynierii społecznej, ponieważ kontekst często wpływa na to, jaką decyzję podejmie adresat reguły.

³⁰³ Uzasadnienie projektu z 12 listopada 2013 r., s. 6, wytłuszczenie dodane.

³⁰⁴ Uzasadnienie projektu z 12 listopada 2013 r., s. 7, wytłuszczenie dodane.

³⁰⁵ C. R. Sunstein, R. H. Thaler, *Libertarian Paternalism is not an Oxymoron*, 70 Chicago Law Review 1159 (2003). W odniesieniu do prawa europejskiego zob. Ł. Gorywoda, *Regulatory Functions of European Contract Law: Theoretical Foundations and Practical Applications*, Ph.D. Thesis, European University Institute, Florencja 2012, rozdział 8: *Regulation Through Default Rules*.

Podmioty, które opracowują reguły domyślne pełnią funkcję „architektów” wyborów, które adresaci będą dokonywać. Są architektami w tym znaczeniu, że kreują społeczny kontekst, w ramach którego dokonuje się wyborów³⁰⁶. Wniosek z tego płynie taki, że w sytuacjach, w których ludzie stają przed wyborem, można oczekiwać, że rozsądny decydent, w tym zwłaszcza ustawodawca, który cieszy się mandatem zaufania udzielonym przez obywateli, tak ukształtuje lub sformatuje „menu” opcji³⁰⁷, aby zwiększyć prawdopodobieństwo wybrania tej, która będzie dla nich „dobra”.

Reguły domyślne mogą być więc – i często są – wykorzystane dla celów regulacyjnych. Dobitnie ilustruje to przykład z praktyki regulacyjnej wielu krajów w dziedzinie transplantologii. W zakresie prawnych uwarunkowań transplantologii zachodzą różnice między państwami w odniesieniu do tego, w jakim stopniu ludzie zgadzają się na pośmiertne pobranie organów. W Danii 4,3%, a w Niemczech 12% populacji decyduje się na zostanie dawcami organów, natomiast w Austrii liczba ta wynosi 99,9% a w Polsce 99,5%³⁰⁸. Z czego wynika tak duża różnica poziomu zgody na pośmiertne pobranie organów? Jak się okazuje, jest ona efektem ustanowionej przez prawo opcji domyślnej. W Austrii i Polsce zgoda na bycie dawcą jest domniemana; przewiduje się możliwość rezygnacji (ang. *opt out*). W Niemczech i Danii, odmiennie, domyślnie nie zakłada się zgody, lecz przewiduje się możliwość jej aktywnego wyrażenia (ang. *opt in*)³⁰⁹. Jak widać, zdecydowanie większa część populacji danych krajów pozostaje przy opcji domyślnej, którą ustanowił dla nich ustawodawca.

1.2 Mechanizmy oddziaływania opcji domyślnych

Opcje domyślne, gdy są wykorzystywane do celów regulacyjnych, działają jak „szturchnięcie” (ang. *nudge*) w kierunku dokonania wyboru, który ustawodawca uważa za pożądany³¹⁰. Szturchnięcie to interwencja ustawodawcy, która pozostawiając formalną wolność wyboru w znaczeniu braku nakazów/zakazów, ukierunkowuje jednak wybór adresatów, a zatem z behawioralnego punktu widzenia stanowi ingeruje w proces dokonywania wyboru. Ta strategia regulacyjna wykorzystuje to, że opcje domyślne mogą się „przykleić” (ang. *stick*), tzn. że jak już się pojawią, to niezależnie od ich treści, trudno jest się od nich oderwać³¹¹. Ludzie pozostają przy danej opcji, ponieważ zostali do niej przyporządkowani. Szturchnięcie poprzez opcje domyślne może opierać się o jeden z trzech mecha-

³⁰⁶ Zob. R. Thaler, C. R. Sunstein, *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*, Yale University Press 2008.

³⁰⁷ I. Ayres, *Menus Matter*, University of Chicago Law Review, vol. 73, 2006, s. 3-15.

³⁰⁸ E. Johnson, D. Goldstein, *Do Defaults Save Lives?*, Science, vol. 302, 2003, s. 1338; tekst dostępny na stronie SSRN: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1324774.

³⁰⁹ Eric Johnson, Daniel Goldstein, *Do Defaults...*, *op. cit.*, s. 1338.

³¹⁰ R. Thaler, C. R. Sunstein, *Nudge...*, *op. cit.*

³¹¹ I. Ayres, *Regulating Opt Out: An Economic Theory of Altering Rules*, Yale Law Journal, vol. 121, 2012, s. 2032 i n.

nizmów: (i) bezwładność (*inercja*) i prokrastynacja; (ii) normatywny charakter przepisów względnie obowiązujących; (iii) punkt odniesienia³¹².

Naturalna tendencja ludzi do bezwładności (*inercji*) i prokrastynacji potęguje efekt opcji domyślnych. Żeby odrzucić regułę domyślną trzeba dokonać aktywnego wyboru. Trzeba się zastanowić i odpowiedzieć na konkretne pytanie, takie jak, np., czy chcę być uwzględniony w planie emerytalnym. Szczególnie wtedy, gdy pytanie jest trudne lub skomplikowane, ludzie mają skłonność do odwleknięcia decyzji lub w ogóle rezygnują z jej podjęcia³¹³. Trwają więc przy *status quo*, czyli przy opcji domyślnej. Jednak nawet wtedy, gdy zmiana nie wymaga dużego zaangażowania intelektualnego, trudno jest zmienić opcję, do której zostaliśmy przyporządkowani.

Opcje domyślne „przyklejają” się też dlatego, że dla wielu osób mają one charakter „normatywny”. Opcje domyślne są często postrzegane jako dorozumiany, obiektywnie „pożądany” lub „właściwy” rezultat lub rekomendacja³¹⁴. Dlatego też wiele osób podąża za rozwiązaniem zaproponowanym w opcji domyślnej, ponieważ uważa, że została ona ustalona przez kompetentną osobę z rozsądnego powodu. Jeżeli punktem wyjścia jest korzystanie z zielonej energii, wiele osób będzie ufało ustawodawcy, uważając, że to jest pożądane społecznie zachowanie.

Trzecim powodem, dla którego opcje domyślne „przyklejają” się jest to, że standard, który zawierają, ustanawia punkt odniesienia, w stosunku do którego ocenia się potencjalną zmianę. Perspektywa „straty” dobrze ilustruje ten mechanizm. Ludzie bardziej obawiają się straty, niż cieszą się z pozytywnego rezultatu. Innymi słowy strata jest subiektywnie bardziej odczuwalna, niż zysk. Opcja wyjściowa określa, co jest stratą a co zyskiem³¹⁵. Jak pokazują badania empiryczne, motywacyjna funkcja perspektywy straty jest silniejsza, niż oddziaływanie perspektywy zysku³¹⁶.

1.3 Przepis art. 11 ustawy z 6 grudnia 2013 r. jako opcja domyślna

„Ustawienie” uczestnictwa w ZUS jako opcji domyślnej (automatyczna migracja z OFE do ZUS) sprawi, że z powyższych powodów znaczna część ubezpieczonych pozostanie przy opcji, do której zo-

³¹² C. R. Sunstein, *Impersonal Default Rules vs. Active Choices vs. Personalized Default Rules: A Triptych*, tekst dostępny na stronie SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2171343>, s. 8.

³¹³ *Ibidem*, s. 11.

³¹⁴ Ł. Gorywoda, *Regulatory Functions...*, *op. cit.*, s. 211-212.

³¹⁵ C. R. Sunstein, *Impersonal Default Rules...*, *op. cit.*, s. 14.

³¹⁶ Wynika to z ludzkiej „awersji do straty” (ang. *loss aversion*), zob. D. Kahneman, A. Tversky, *Prospect Theory: An Analysis of Decision Under Risk*, *Econometrica*, vol. 47, No. 2, s. 263-292; D. Kahneman, J.L. Knetsch, R.H. Thaler, *Experimental Tests of the Endowment Effect and the Coase Theorem*, *Journal of Political Economy*, Vol. 98, No. 6, 1990, s. 1326-1328; Ch. Jolls, C. R. Sunstein, R. H. Thaler, *A Behavioral Approach to Law and Economics*, *Stanford Law Review*, Vol. 50, 1998, s. 1480.

staną przyporządkowani przez ustawodawcę. Częściowo dlatego, że z powodów prokrastynacji i inercji nie podejmą aktywnej decyzji; częściowo dlatego, że zaufają ustawodawcy, że wybrał dla nich „właściwą” opcję. „Klejący” efekt opcji domyślnej jest w przypadku obecnej reformy systemu emerytalnego spotęguje kreowanie negatywnego kontekstu dla OFE przez przedstawicieli rządu, czyli autora reformy³¹⁷. Ustawodawca polega tu na mechanizmie „normatywności” opcji wyjściowej, o której wspomniano powyżej. Normatywny charakter przewidzianej w art. 11 ustawy opcji przyporządkowania do ZUS intensyfikuje to, że przedstawiciele rządu, w tym ówczesny minister finansów, jednoznacznie rekomendują ubezpieczonym pozostanie w ZUS, jednocześnie przedstawiając OFE w negatywnym świetle³¹⁸.

Ilustratywne i miarodajne dla weryfikacji trafności poczynionych wyżej wywodów i potwierdzenia adekwatności przytoczonych przykładów będzie odwołanie się do niedawnych zmian w systemie emerytalnym na Węgrzech. Istotnym elementem restrukturyzacji węgierskiego systemu emerytalnego był „demontaż” filara kapitałowego. Mechanizm demontażu tego filara był co do zasady podobny do mechanizmu zaproponowanego przez polskiego ustawodawcę, przynajmniej w zakresie pozorne go wyboru pozostania w funduszach prywatnych. Intensywna negatywna kampania rządowa oraz etapowość reformy doprowadziły do tego, że założony mechanizm automatycznej migracji, czyli właśnie domyślna opcja przejścia do systemu państwowego, zaowocowały marginalizacją filaru kapitałowego, w którym pozostało mniej niż 2% ubezpieczonych, podczas gdy 98% zostało przetransferowanych do systemu państwowego³¹⁹.

W warunkach polskich przewidziano dodatkowe środki i obostrzenia, które pozwalają oczekiwać, że opisany powyżej efekt działania „opcji domyślnej” zostanie wzmocniony. Chodzi tu przede wszystkim o ograniczenie lub zakaz reklamy OFE i jednoczesną planowaną kampanią promocyjną

³¹⁷ A. Radwan, R. Mężyk, *Konstytucyjnoprawna ocena rekomendacji dotyczących II filara systemu emerytalnego zawartych w rządowym przeglądzie funkcjonowania systemu emerytalnego z dnia 26 czerwca 2013 roku*, Instytut Allerhanda, Kraków, lipiec 2013., s. 49-50. Przedstawiciele rządu systematycznie kreowali w mediach negatywny obraz OFE, zob. np. wywiad z ówczesnym ministrem finansów, Jackiem Rostowskim: „Wiemy, że w wielu krajach, gdzie ten system stworzony tak dość ochoczo i bez większego namysłu, spowodował poważne kłopoty i później wyjście z tego systemu okazało się dość destabilizujące. Myślę tutaj o problemach węgierskich – przypomniał Rostowski. Minister Rostowski zapytany przez dziennikarzy o to, którą z opcji (ZUS czy OFE) wybrałby, bez wahania i stanowczo odpowiedział: – Bez wątpienia byłby to ZUS.” *Gazeta Wyborcza, Jacek Rostowski: Nie przeprowadzamy nacjonalizacji. Ja wybrałbym ZUS*, 25 września 2013 r., materiał dostępny na stronie internetowej: http://wyborcza.biz/Gielder/1,122116,14551145,Jacek_Rostowski__Nie_przeprowadzamy_nacjonalizacji_.html#ixzz2mLBGdssG

³¹⁸ Zob. wywiad z ministrem Jackiem Rostowskim przywołany w poprzednim przypisie.

³¹⁹ Zob. A. Radwan, R. Mężyk, *Likwidacja OFE: Kazus węgierski*, Rzeczpospolita z dn. 12 września 2013 r., s. C7.; A. Radwan, R. Mężyk, *Konstytucyjnoprawna ocena...*, *op. cit.*, s. 31-33; zob. też Wyrok ETPC z dn. 15 stycznia 2013 r. w sprawie „E.B. przeciwko Węgrom” (skarga nr 34929/11).

ZUS³²⁰. Ubezpieczeni będą musieli podjąć szybką decyzję o ewentualnym pozostaniu w OFE w sytuacji, w której poddani będą wpływowi akcji promocyjnej propagującej „usługi” ZUS jako „nowoczesne, przyjazne i bezpieczne”³²¹, przy jednoczesnym braku porównywalnej kampanii promocyjnej OFE. Zmienione reformą brzmienie art. 197 u.o.f.f.e. wymaga, aby informacje o OFE „w sposób zrozumiały, obiektywny i rzetelny przedstawia[ły] sytuację finansową funduszu lub towarzystwa, **a także ryzyko związane z przystąpieniem do funduszu oraz pozostawaniem członkiem funduszu**”³²², a reklama niespełniająca tych wymagań, jak również reklama „wprowadzająca albo mogąca wprowadzić w błąd, który mógłby mieć wpływ na skłonienie kogokolwiek, aby przystąpił do otwartego funduszu lub w nim pozostawał” jest zakazana³²³. W świetle tak sformułowanych obostrzeń reklamy ubezpieczeni będą musieli podjąć aktywną decyzję o ewentualnym pozostaniu w OFE w sytuacji nierównowagi informacyjnej dotyczącej konsekwencji wybrania ZUS lub OFE.

Co więcej, począwszy od 2016 r., każdorazowo w roku, w którym ubezpieczeni będą mogli złożyć oświadczenie o przekazywaniu składki emerytalnej do OFE, zmieniony art. 197a u.o.f.f.e. wprowadza zakaz reklamy zawierającej „informacje o otwartych funduszach lub informacje sugerujące, że reklama odnosi się do otwartych funduszy”. Podobny zakaz nie został sformułowany w stosunku do ZUS i można wysnuć przypuszczenie, że również w kolejnych latach ZUS zaangażuje się w kampanię promocyjną własnych usług, w efekcie czego ubezpieczeni ponownie będą musieli podjąć aktywną decyzję o ewentualnym przejściu do OFE w sytuacji nierównowagi informacyjnej. Alternatywnie, można też założyć, że władze publiczne będą liczyć na inercję ubezpieczonych i w związku z tym nie będą rozpowszechniać żadnych informacji dotyczących możliwości przejścia do OFE, licząc na to że ubezpieczeni nie podejmą takiej decyzji. Z uwagi na wspomniany zakaz reklamy zawierającej „informacje o otwartych funduszach lub informacje sugerujące, że reklama odnosi się do otwartych funduszy”³²⁴ nie jest jasne, czy OFE będą mogły się zaangażować w rozpowszechnianie informacji o możliwości przejścia do OFE.

Analizując opcję domyślną przewidzianą w art. 11 ustawy należy zwrócić uwagę na jeszcze jeden istotny element. Ubezpieczeni staną przed koniecznością dokonania kompleksowej oceny sytuacji określającej ich sytuację majątkową w relatywnie odległej przyszłości. Pojedyncza osoba często czuje się zagubiona, stając przed koniecznością oceny takiej sytuacji i podjęcia decyzji, w związku z czym poszukuje autorytetów i punktów odniesienia mogących wskazać właściwą decyzję. Niewątpliwie

³²⁰ ZUS będzie reklamował się w TV, 26 listopada 2013 r., dostępne na <http://zus.pox.pl/zus/zus-bedzie-reklamowal-sie-w-tv.htm>.

³²¹ *Ibidem*.

³²² Art. 197 ust. 1 u.o.f.f.e., wytłuszczenie dodane.

³²³ Art. 197 ust. 2 u.o.f.f.e.

³²⁴ Art. 197a u.o.f.f.e., który to przepis został wprowadzony przez ustawę z 6 grudnia 2013 r.

rozwiązanie proponowane przez ustawodawcę pełni funkcję takiego autorytetu i jako taki będzie ukierunkowywało procesy decyzyjne ubezpieczonych.

1.4 Instrumentalizacja opcji domyślnej jako złamanie zasady zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa

Przeprowadzona powyżej analiza wskazuje, że opcje domyślne mogą być skutecznym narzędziem regulacyjnym. Jednocześnie mogą one stanowić potencjalnie niebezpieczny mechanizm **inżynierii społecznej** wykorzystywanej w celu manipulacji wyborami jednostek poprzez wpływania na ich preferencje. Ograniczona „wykrywalność” tej manipulacji przez adresatów pozbawionych instrumentów poznawczych, jakich dostarcza nauka, wzmacnia ryzyko nadużyć omawianej strategii regulacyjnej. Z tego powodu, w demokratycznym państwie prawa, prawodawca powinien sięgać po opcje domyślne przy zachowaniu szczególnej ostrożności, z powstrzymaniem się od nadużycia tej strategii regulacyjnej dla osiągnięcia ukrytych lub ubocznych efektów, w stosunku do deklarowanych celów i wskazywanych uzasadnień. W demokratycznym państwie prawa ustawodawca wywodzi swój mandat do stanowienia prawa z wyboru obywateli, którzy obdarzają władzę przedstawicielską zaufaniem, że prawo stanowione będzie w ogólnym interesie tychże obywateli w ramach procesu pozwalającego im na zapoznanie się i zrozumienie przesłanek stanowionego prawa. Dlatego ustawodawca powinien wykorzystywać opcje domyślne, żeby w delikatny sposób „szturchnąć” obywateli w kierunku „lepszego” dla nich rozwiązania. Ostatecznie, jak pokazują powyższe przykłady, celem opcji domyślnych nie powinno być całkowite zanegowanie preferencji ogółu społeczeństwa dotyczących wartości zasługujących na instytucjonalne wsparcie. Innymi słowy, opcje domyślne powinny mieć oparcie w preferencjach obywateli usadowionych w sferze wartości, bardziej niż w sferze skłonności, pokus czy przyzwyczajień³²⁵. Oderwanie się przez ustawodawcę od tych uwarunkowań stanowić może przejaw nadużycia kompetencji do kształtowania prawa.

Należy również przeanalizować, czy opcja domyślna wyboru ZUS jest podyktowana „dobrem” ubezpieczonych. Czy gdyby nie ustalona ustawowo automatyczna migracja ubezpieczonych z OFE do ZUS, ubezpieczeni nie byłoby w stanie dokonać wyboru, który jest w ich najlepszym interesie? Ustawodawca uzasadnia wprowadzone w art. 11 rozwiązanie troską o stan budżetu państwa, argumentując że spadek liczby osób uczestniczących w OFE wpłynie nań korzystnie. Celem nie jest zatem dobro ubezpieczonych, w szczególności poprawa ich zabezpieczenia emerytalnego w wieku poprodukcyjnym.

³²⁵ Tytułem przykładu, wiele osób chce ograniczyć spożywanie tłustego jedzenia, jednak w konkretnej sytuacji nie potrafi się powstrzymać przed niezdrowym odżywianiem. Dlatego też chcą, aby zawsze znajdowało się ono z tyłu lodówki, dzięki czemu zachowują możliwość sięgnięcia po nie, ale dzięki temu, że będzie to wymagało dodatkowego wysiłku, będą to rzadziej robić. Podobnie, opcja domyślna odkładania na emeryturę opiera się na założeniu, że obywatele chcą to robić, jednak konieczność aktywnego działania w tym zakresie jest uciążliwa oraz nie tak nagła w natłoku codziennych spraw, w efekcie czego działanie to jest odkładane „na później”.

Komentatorzy podnoszą, że „reforma” OFE to jedynie „zabieg księgowy”, który ma na celu zmniejszenie deficytu publicznego, a nie reforma finansów publicznych w pełnym tego słowa znaczeniu³²⁶. Jednocześnie L. Florek, argumentuje, że obecnie proponowana reforma OFE jest niekorzystna dla sytuacji majątkowej ubezpieczonego.³²⁷ Autor ten zauważa, że

„[z]likwidowanie OFE pociągnęłoby za sobą katastrofalne skutki dla gospodarki, m.in. wycofanie znacznej części kapitału z rynku finansowego. [...] Nie ma innej możliwości na powiększenie kapitału emerytalnego niż ta, że „pracuje” on na rynku finansowym. [...] Nawet przy skromnej stopie zwrotu 5% w skali roku OFE pozwolą na uzyskanie wyższej części emerytury niż ta, która będzie wypłacona z pierwszego filaru, choć tu składka jest wyższa. [...] Fundusze pozwalają także na decydowanie o przyszłej emeryturze, przez wybór funduszu z punktu widzenia inwestycji, jakie on prowadzi”³²⁸.

W uzasadnieniu reformy podnosi się, że „[k]olejnym efektem wprowadzenia dobrowolności będzie zredukowanie, ponoszonych przez budżet państwa, kosztów systemu emerytalnego, za sprawą relatywnego spadku poziomu długu publicznego i wzrostu wiarygodności Polski. Obniży to koszty kredytu i tym samym będzie miało pozytywny wpływ na wzrost gospodarczy”³²⁹. Pokazuje to, że jedyna perspektywa wprowadzonej reformy to interes państwa. Innymi słowy, państwo wykorzystuje instrumenty „miękkiego paternalizmu” (ang. *soft paternalism* lub *libertarian paternalism*³³⁰) dla realizacji swoich celów. Tymczasem, warto wskazać, że instrumenty te powstały dla innych celów. Co do zasady decydenci publiczni powinni sięgać po instrumenty miękkiego paternalizmu w celu ukierunkowania wyboru adresata normy w sposób, który „polepszy” jego sytuację³³¹. Korzystny efekt wpływania przez ustawodawcę na procesy decyzyjne obywateli wynika z tego, że ludzie często podejmują „złe” decyzje w tym znaczeniu, że gdyby dysponowali pełną informacją oraz posiadali nieograniczone zdolności kognitywne i niczym nieskrępowaną siłę woli, danej decyzji by nie podjęli³³². Odpowiednio zaprojektowana opcja domyślna ma na celu „poprawienie” procesu decyzyjnego w danym problematycznym obszarze. Decyzje dotyczące emerytury są szczególnie istotne. Ustawodawca już w 1997 r. podkreślił, że „[p]owszechny system emerytalny i obowiązkowe wpłaty do niego mają zapobiec sytuacji, w której **ludzka krótkowzroczność** lub pech spowodują, że pewna grupa osób w pode-

³²⁶ C. Kosikowski, *Naprawa finansów publicznych w Polsce (aspekty prawne)*, Państwo i Prawo 7-8/2011, s. 6.

³²⁷ *Pierwsze Seminarium Szubertowskie (Łódź, 26 XI 2010). Sprawozdanie*, Państwo i Prawo 2011/1, s. 116-117.

³²⁸ *Ibidem*.

³²⁹ Uzasadnienie projektu z 12 listopada 2013 r., s. 7.

³³⁰ R. Thaler, C. Sunstein, *Libertarian Paternalism*, *American Economic Review*, 2/2003, s. 175 i n.

³³¹ *Ibidem*.

³³² *Ibidem*.

szłym wieku znajdzie się bez podstawowych środków do życia”³³³, tym samym wskazując na potrzebę „paternalistycznej” ochrony interesów majątkowych przyszłych emerytów.

Potwierdza to hipotezę o nadużyciu przez reformę strategii regulacyjnej opcji domyślnych. Nadużycie polega na tym, że opcje wykorzystuje się w celu realizacji celów państwa, które są niekorzystne dla ubezpieczonych. Co więcej, opinie i powyższe sformułowanie o dobrowolności z uzasadnienia reformy potwierdzają, że opcja domyślna pełni w reformie OFE funkcję regulacyjną. Opcja domyślna jest tak skonstruowana, aby mniej osób pozostało w OFE. Uzasadnienie projektu ustawy *expressis verbis* stwierdza, że efektem wprowadzenia dobrowolności będzie „zredukowanie, ponoszonych przez budżet państwa, kosztów systemu emerytalnego, za sprawą relatywnego spadku poziomu długu publicznego i wzrostu wiarygodności Polski”. Efekt ten będzie miał miejsce wyłącznie w przypadku, gdy po wprowadzeniu „dobrowolności” znaczna część ubezpieczonych pozostanie poza OFE.

1.5 Naruszenie zasady zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa przez art. 11 ustawy z 6 grudnia 2013 r.

1.5.1 Perspektywa ubezpieczonych (członków OFE)

W tym miejscu należy się bardziej szczegółowo zastanowić nad tym, jakie zasady konstytucyjne narusza opcja domyślna w art. 11 ustawy. Rozpocniemy analizę od perspektywy ubezpieczonych, która ze społecznego punktu widzenia wydaje się być najbardziej istotna. Naruszenie wynikającej z art. 2 Konstytucji **zasady zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa** zostało obszernie omówione w ekspertyzie przygotowanej przez Instytut Allerhanda³³⁴. W tym miejscu uwaga zostanie poświęcona temu, czy ograniczona lub wręcz pozorna dobrowolność wyboru „pozostania” w OFE przez ustawowo przyporządkowanych do ZUS wyłącza naruszenie tej zasady konstytucyjnej.

Przesunięcie oszczędności emerytalnych z OFE do ZUS zmienia pozycję prawną ubezpieczonych w następujących aspektach. Po pierwsze, zmianie ulegnie dłużnik ubezpieczonego z tytułu oszczędności emerytalnych. Obecnie dłużnikiem tym jest OFE, natomiast po przesunięciu oszczędności emerytalnych będzie nim ZUS. Zmiana dłużnika wiąże się z fundamentalną zmianą stosunku prawnego łączącego ubezpieczonych-wierzycieli z dłużnikiem. O ile z OFE ubezpieczonego wiąże stosunek cywilnoprawny powstały na podstawie umowy członkowskiej, o tyle z ZUS ubezpieczony będzie połączony publiczno-prawnym stosunkiem ubezpieczenia społecznego.

W efekcie istotnej zmiany ulegnie sytuacja prawna ubezpieczonych, w tym możliwość dochodzenia roszczeń z tytułu oszczędności emerytalnych. Z jednej strony zamiana stosunku cywilnoprawnego

³³³ Uzasadnienie ustawy z 1997 r., s. 2, wyłuszczenie dodane.

³³⁴ A. Radwan, R. Mężyk, *Konstytucyjnoprawna ocena...*, *op. cit.*

na publicznoprawny oznacza, że wpłaty ubezpieczonych do ZUS będą miały charakter daniny publicznej (tj. będą stanowiły środki publiczne nie tylko w aspekcie celowościowym, ale również w aspekcie własnościowym) i powstające roszczenia ubezpieczonych z tytułu oszczędności emerytalnych nie będą podlegały ochronie właściwej dla własności prywatnej³³⁵. Poziom ochrony uprawnień emerytalnych adresowanych wobec państwa jest znacznie niższy, niż poziom ochrony uprawnień wobec funduszy emerytalnych. Dotyczy to zarówno stanu z momentu następującego po wprowadzeniu reformy, jak i – w jeszcze większym stopniu – stanów przyszłych, co wynika z tego, że zdolność do dalszych, przyszłych przeobrażeń (w tym redukcji kwotowych oraz tworzenia dodatkowych przesłanek czasowych i innych) w zakresie państwowego systemu emerytalnego sięga znacznie dalej – wszystkie te przeobrażenia dokonywać się będą już wyłącznie w obrębie sfery publicznej.

Z punktu widzenia ubezpieczonego, zmiana charakteru stosunku prawnego z cywilnoprawnego na publicznoprawny równoważna jest **wywłaszczeniu ekspektatywy emerytalnej** oraz **właszczeniu pewnej wiązki uprawnień**, w tym uprawnień *stricto* prywatnoprawnych (*quasi*-własnościelskich) do dużej części aktywów zgromadzonych i zarządzanych na rzecz ubezpieczonego. Na gruncie prawa ubezpieczeń konstrukcja ekspektatywy stanowi „wyraz respektowania stanowiska ubezpieczonego, który uczestnicząc w procesie nabywania prawa do świadczeń, zakłada **niezmiennność** reżimu warunków, od momentu nawiązania stosunku ubezpieczenia, aż do chwili nabycia uprawnień”. Konstrukcja ta łączy się z zasadą *pact sunt servanda*, czyli obowiązkiem honorowania zobowiązań umownych. Trybunał Konstytucyjny ujmuje tę zasadę jako „wiodąc[ą] podstaw[ę] stosunku ubezpieczeniowego”, który opiera się na „konstrukcji prawnej stosunku zaufania i na przeświadczeniu ubezpieczonego, że po spełnieniu określonych warunków (pracy, składki) otrzyma określone świadczenia”³³⁶. Następuje to bez słusznego odszkodowania, bo za takie nie można uznać perspektywy emerytury państwowej (z ZUS), która podlega znacznie słabszej niż prywatnoprawna ochronie. Sytuację tę można porównać do – znanej z historii Polski – przymusowej zamiany walut zachodnich (np. USD) na krajowe bony walutowe do wykorzystania w sklepach Pewex, choć ten przykład nie sięga aż tak daleko, jak proponowana obecnie reforma emerytalna.

Z drugiej strony, pogorszeniu ulegnie stopień zabezpieczenia roszczeń ubezpieczonych z tytułu oszczędności emerytalnych. Zobowiązania OFE wobec swoich członków są obecnie częściowo (tj. w stopniu odpowiadającym udziałowi obligacji skarbowych w portfelu inwestycyjnym OFE) gwarantowane obligacjami skarbowymi zabezpieczonymi całym majątkiem skarbu państwa (art. 95

³³⁵ Zob. A. Radwan, R. Mężyk, *Konstytucyjnoprawna ocena...*, s. 34; P. Słok, *Glosa do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 16 lipca 2009 r. (sygn. akt Kp 4/08)*, Przegląd Sejmowy 3/2010, s. 147.

³³⁶ Wyrok TK z 11 II 1992, K 14/91 cytowany w R. Pacud, *Zmiana kierunku...*, *op. cit.*, s. 28-29.

ust. 6 u.f.p.), natomiast zobowiązanie ZUS wobec ubezpieczonych w postaci gwarancji wypłat kwot zapisanych na subkoncie uzależnione będzie od unormowań ustawy budżetowej oraz bieżącej zdolności finansowania dopłat do FUS (art. 53 ust. 1 u.s.u.s.).

Arbitralność ustawowej zmiany dłużnika z OFE na ZUS oraz związanej z tym zmiany charakteru stosunku prawnego łączącego ubezpieczonych z dłużnikiem „zawołowana” jest poprzez wprowadzenie elementu ograniczonej dobrowolności wyboru OFE. Z powyższej analizy można wysnuć wnioski, że użycie przez ustawodawcę określenia „dobrowolność członkostwa w OFE” jest nie tylko mylne³³⁷, ale celowo wprowadzające w błąd. W odniesieniu do aktualnych członków OFE uchwalenie ustawy skutkuje automatycznym transferem ich oszczędności emerytalnych z jednego podmiotu, tj. funduszu, którego są członkami, do innego podmiotu, tj. do ZUS. Aby zapobiec temu transferowi, członek OFE będzie musiał w stosunkowo krótkim terminie czterech miesięcy podjąć aktywne działanie w postaci złożenia w ZUS pisemnie lub w formie dokumentu elektronicznego (uwierzytelnionego z wykorzystaniem kwalifikowanego certyfikatu) oświadczenia o chęci przekazywania do OFE swojej składki. Decyzję o podjęciu tego działania obecny członek OFE będzie musiał podjąć w kontekście wieloaspektowych działań władz publicznych, w tym jednostronnej kampanii medialnej, mających na celu skłonienie jej/jego do pozostania w ZUS.

Pytanie, które należy postawić w kontekście powyżej opisanego mechanizmu brzmi zatem następująco: czy automatyczna zmiana przez ustawodawcę dłużnika oszczędności emerytalnych połączona z ograniczoną w czasie i wymagającą aktywnego działania możliwością zakwestionowania tej zmiany przez wierzyciela narusza zasadę zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa?

Zgodnie z orzecznictwem TK zasada zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa „*opiera się na wymaganiu pewności prawa, a więc takim zespole cech przysługujących prawu, które zapewniają jednostce bezpieczeństwo prawne; umożliwiają jej decydowanie o swoim postępowaniu na podstawie pełnej znajomości przesłanek działania organów państwowych oraz konsekwencji prawnych, jakie jej działania mogą pociągnąć za sobą*”³³⁸. Należy stwierdzić, że nagła zmiana stosunku prawnego charakteryzującego ekspektatywę roszczeń emerytalnych i związane z tym pogorszenie sytuacji prawnej ubezpieczonego połączone ze zmianą dłużnika zobowiązanego do spełnienia tychże roszczeń stanowi naruszenie bezpieczeństwa prawnego ubezpieczonych oraz narusza ich możliwość „*decydowania o swoim postępowaniu na podstawie pełnej znajomości przesłanek działania organów państwowych oraz konsekwencji prawnych, jakie jej działania mogą pociągnąć za sobą*”³³⁹. Planowa-

³³⁷ Zob. więcej A. Radwan, R. Mężyk, *Konstytucyjnoprawna ocena...*, op. cit., s. 9.

³³⁸ Wyrok TK z dnia 14 czerwca 2000 roku w sprawie do sygn. akt P 3/00; tak też wyrok TK z dnia 20 stycznia 2010 roku w sprawie do sygn. akt Kp 6/2009; podobnie postanowienie Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Poznaniu z dnia 20 kwietnia 2010 roku w sprawie do sygn. akt I SA/Po 616/09.

³³⁹ Wyrok TK z dnia 14 czerwca 2000 roku w sprawie do sygn. akt P 3/00.

nie przyszłej emerytury wiąże się z podejmowaniem szeregu decyzji, w tym decyzji o lokowaniu oszczędności poza obowiązkowym systemem emerytalnym (w tym np. w tzw. III filarze), decyzji o nabyciu pewnych trwałych dóbr majątkowych, decyzji o charakterze pracy, a nawet kraju, w którym się ją wykonuje. Nagła, mająca miejsce w trakcie długofalowego procesu oszczędzania na emeryturę, zmiana „reguł gry” dotyczących obowiązkowego elementu przyszłej emerytury ingeruje w założenia będące podstawą planów emerytalnych ubezpieczonych.

Zgodnie z orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego istotnym elementem, który należy wziąć pod uwagę przy ocenie aktów normatywnych z zasadą ochrony zaufania obywatela do państwa i do prawa jest horyzont czasowy działań podejmowanych przez jednostkę w danej sferze życia, „*im bowiem dłuższa jest perspektywa czasowa podejmowanych działań, tym silniejsza powinna być ochrona zaufania do państwa i do stanowionego przez nie prawa*”³⁴⁰. Oszczędności emerytalne z pewnością stanowią jedną z najdłuższych perspektyw czasowych w życiu człowieka, co uzasadnia ich szczególną ochronę konstytucyjną.

W wyroku dotyczącym rażąco krótkiego (miesięcznego) terminu na powiadomienie urzędu skarbowego o nabyciu spadku, Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że „*konieczność respektowania zasady ochrony zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa obejmuje także zakaz tworzenia przez ustawodawcę takich konstrukcji normatywnych, które są niewykonalne, stanowią złudzenie prawa i w konsekwencji jedynie pozór ochrony tych interesów, które są funkcjonalnie związane z treścią ustanowionego prawa*”³⁴¹

Z tego punktu widzenia należy uznać, że konstrukcja prawna domyślnej migracji do ZUS z możliwością podjęcia aktywnych działań w krótkim okresie czasu w celu powrotu do OFE ma w rzeczywistości na celu wprowadzenie **złudzenia dobrowolności** transferu do ZUS, pod pozorem ochrony interesów ubezpieczonych *Nota bene*, stosowana przez proponentów reformy retoryka zwraca uwagę na jej rzekomy walor, którym ma być „przywrócenie dobrowolności” uczestnictwa w OFE. Retoryka ta ma w zamiarze wywołanie pozytywnych konotacji (dobrowolność jako wartość pozytywna), podczas gdy w rzeczywistości nie wytrzymuje konfrontacji z wybranym przez projektantów reformy ukierunkowaniem opcji domyślnej. Dla efektu „przywrócenia dobrowolności” wystarczające byłoby ukształtowanie opcji domyślnej zgodnie ze *status quo*, tj. domyślne pozostanie ubezpieczonych w OFE.

Omówione powyżej okoliczności mechanizmu rezygnacji z przyporządkowania do ZUS (ang. *opt out*) pozwalają zakładać, że większość ubezpieczonych pozostanie w ZUS nie na skutek własnej,

³⁴⁰ Np. wyrok pełnego składu TK z 7 lutego 2001 r., OTK ZU nr 2/2001, poz. 29; wyrok TK w sprawie P 43/11.

³⁴¹ Wyrok TK w sprawie P 43/11, wytłuszczenie dodane.

świadomej i racjonalnej decyzji, lecz w wyniku (i) braku wiedzy o konieczności skorzystania z mechanizmu *opt out*, lub (ii) niewiedzy lub braku możliwości wykonania opcji *opt out* w przewidzianym ustawowo terminie, lub (iii) braku odpowiedniej wiedzy i/lub nieumiejętności rzetelnej oceny skutków przekazywania pełnej składki emerytalnej do ZUS *vis-à-vis* skorzystania z oferty OFE, lub (iv) zaufania, że państwo dokonuje transferu składek z OFE do ZUS w celu ochrony interesów ubezpieczonych. Decyzja dotycząca losu składki emerytalnej jest decyzją skomplikowaną, mającą w długim okresie istotne skutki dla sytuacji majątkowej ubezpieczonego. Z uwagi na charakter tej decyzji, trudno zakładać, że ubezpieczony podejmie „dobrowolną” i racjonalną decyzję³⁴².

Zmiana stosunku prawnego wiąże się z jednoczesną zmianą dłużnika zobowiązanego do spełnienia świadczenia emerytalnego. Zmiany tej dokonuje ustawodawca (a więc osoba trzecia w stosunku do stron istniejącego stosunku prawnego między funduszem a członkiem funduszu) w sposób arbitralny, nie konsultując jej w należyty sposób z ubezpieczonymi-wierzycielami, ani tym bardziej nie uzyskując ich zgody na zmianę dłużnika. Tymczasem, zmiana dłużnika ma istotny wpływ na pozycję prawną wierzyciela. Sytuacja majątkowa dłużnika (oraz stosunek łączący dłużnika z wierzycielem) w znacznym stopniu determinuje możliwość zaspokojenia wierzytelności. W szczególności, zmiana dłużnika bez udziału wierzyciela wiąże się z ryzykiem osłabienia szansy zaspokojenia wierzytelności³⁴³. Ponadto, świadczenie może wiązać się dla wierzyciela z osobistymi przymiotami dłużnika. W przypadku oszczędności emerytalnych wybór dłużnika-powiernika zarządzającego oszczędnościami emerytalnymi wiąże się z jego umiejętnościami inwestycyjnymi. Z tych powodów na gruncie prawa cywilnego, zmiana dłużnika każdorazowo wymaga pisemnej zgody wierzyciela (art. 522 k.c.). Pod rządami u.o.f.f.e. przeniesienie środków zgromadzonych na rachunku OFE do innego OFE jest możliwe wyłącznie w rezultacie zawarcia przez ubezpieczonego umowy z tym drugim funduszem (art. 84 u.o.f.f.e.), a więc *de facto* wymaga zgody ubezpieczonego, lub w efekcie likwidacji, przejęcia zarządzania OFE lub połączenia towarzystw (w której to sytuacji ubezpieczony ma możliwość zawarcia umowy z innym, wybranym przez siebie OFE i złożenia oświadczenia o stosownym transferze środków). Jest mocno wątpliwe, czy okoliczności oraz cele obecnej reformy systemu emerytalnego uzasadniają odejście od przyjętej powszechnie zasady o wymogu zgody wierzyciela na

³⁴² Warto w tym miejscu przywołać odpowiedź ówczesnego ministra finansów, Jacka Rostowskiego, na zadane mu przez dziennikarzy pytanie, czy jest uczestnikiem OFE: „W 2009 r. Agata Nowakowska i Dominika Wielowieyska zapytały ministra finansów, czy jest w OFE. Jest pan w OFE? - Nie jestem pewien, ale wydaje mi się, że tak. Niekoniecznie, mógł pan zostać tylko w ZUS. - Szczerze mówiąc, nie pamiętam, jak prawdopodobnie większość ludzi.” *Gazeta Wyborcza, Jacek Rostowski: Nie przeprowadzamy nacjonalizacji. Ja wybrałbym ZUS*, 25 września 2013 r., dostępne na http://wyborcza.biz/Gieldy/1,122116,14551145,Jacek_Rostowski_Nie_przeprowadzamy_nacjonalizacji_.html#ixzz2mLBGdssG

³⁴³ Por. W. Czachórski, A. Brzozowski, M. Safjan, E. Skowrońska-Bocian, *Zobowiązania...*, *op. cit.*, s. 367.

zmianę dłużnika. W świetle powyższych rozważań, nie można uznać, że możliwość *opt out* z ZUS jest równoważna zgodzie na zmianę dłużnika z OFE na ZUS.

OFE są elementem systemu zabezpieczenia społecznego, który ma na celu urzeczywistnienie konstytucyjnego prawa do zabezpieczenia społecznego w związku z osiągnięciem wieku emerytalnego. Arbitralność decyzji ustawodawcy o zmianie dłużnika wiarygodności emerytalnej charakteryzującej się bardzo długim horyzontem czasowym, połączona z ograniczoną w czasie możliwością aktywnego zakwestionowania tej zmiany przez wierzyciela uzasadnia tezę o naruszeniu zasady zaufania obywatela do państwa i prawa. Wysokie prawdopodobieństwo nie do końca świadomej zmiany dłużnika z tytułu oszczędności emerytalnych, tzn. definitywnej migracji ubezpieczonych z OFE do ZUS wynika z tego, jak ustawodawca ukształtował opcję domyślną w art. 11 ustawy.

1.5.2 Perspektywa OFE

Opisane wyżej mechanizmy związane z zakładanymi następstwami oddziaływania opcji domyślnej polegającej na migracji członków OFE do ZUS wiążą się ściśle z interesem samych funduszy. Wprawdzie fundusze nie są bezpośrednimi adresatami tej normy, tj. opcja domyślna nie pretenduje do naśladowania antycypowanego wyboru funduszu, niemniej jednak skutek zastosowania opcji domyślnej jest dla OFE daleko idący. Konsekwencją wprowadzenia automatycznej migracji jest bowiem domyślne rozwiązanie kontraktowego stosunku uczestnictwa ubezpieczonego w OFE. W ten sposób opcja domyślna, mimo że nie wiąże się z preferencjami OFE, wywiera w ich sferze taki sam skutek, jak w sferze ubezpieczonego, w tym sensie, że prowadzi do rozwiązania łączącego strony stosunku zobowiązaniowego. W odróżnieniu jednak od ubezpieczonych, OFE nie mają możliwości „odwrócenia” opcji domyślnej, gdyż skorzystanie z tej opcji nie jest zastrzeżone na rzecz OFE. Oprócz prawnej niemożliwości odwrócenia opcji domyślnej, ustawa z 6 grudnia zmierza do ograniczenia zakresu faktycznego oddziaływania funduszy na swoich członków poprzez wprowadzenie zakazów reklamy (wprowadzone art. 197 i art. 197a u.o.f.f.e.). W konsekwencji, tj. przy braku prawnych i wobec, jak wskazano powyżej, ograniczenia faktycznych możliwości odwrócenia opcji domyślnej, negatywny skutek w sferze interesów OFE może być potencjalnie silniejszy, niż ma to miejsce w odniesieniu do członka OFE. Skłania to do stwierdzenia zajścia naruszenia wynikającej z art. 2 Konstytucji zasady zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa poprzez nadużycie strategii regulacyjnej opcji domyślnej przez art. 11 ustawy, zarówno samodzielnie, jak i – w jeszcze bardziej ewidentny sposób – w związku z nowymi art. 197 i 197a u.o.f.f.e.

Wnioskując, prawodawca w demokratycznym państwie prawa powinien sięgać po opcje domyślne przy zachowaniu szczególnej ostrożności. W przeciwnym razie może dojść do nadużycia strategii regulacyjnej polegającej na skłanianiu (manipulacji) adresatów regulacji do podjęcia

decyzji niekoniernie najlepszej z punktu widzenia ich interesów, lecz pożądaney z punktu widzenia ustawodawcy.

2. Konstrukcja prawna dobrowolnej kapitalizacji składek (M.Zieleniecki).

Ustawa z dnia 6 grudnia 2013 r. wprowadza dobrowolność przekazywania części składki na ubezpieczenie emerytalne, wskazując jednoznacznie pożądaney przez autorów projektu sposób przeznaczenia części składki na ubezpieczenie emerytalne w wysokości 7,3 % podstawy wymiaru (przekazywanie całości tej składki do FUS i ewidencjonowanie jej w całości na subkoncie) oraz przewiduje zmniejszenie części składki na ubezpieczenie emerytalne, która byłaby przekazywana do OFE przez osoby, które zdecydują się na zawarcie umowy z funduszem lub kontynuowanie członkostwa w OFE do 2,92 % podstawy wymiaru. Zmiana warunków kapitalizacji nowych składek emerytalnych zakłada natomiast rezygnację z lokowania aktywów OFE w papiery wartościowe uznawane powszechnie za najbezpieczniejsze tj. w obligacje, bony i inne papiery wartościowe emitowane przez Skarb Państwa lub NBP, rządy i banki centralne innych państw, obligacje i inne dłużne papiery wartościowe gwarantowane lub poręczane przez Skarb Państwa, NBP, rządy i banki centralne innych państw, obligacje, bankowe papiery wartościowe lub listy zastawne emitowane przez Bank Gospodarstwa Krajowego i gwarantowane przez Skarb Państwa.

Nałożeniu na OFE obowiązku umorzenia i przekazania do ZUS 51,5 % wartości posiadanych aktywów netto towarzyszy wprowadzenie zasady dobrowolności przynależności ubezpieczonego do otwartego funduszu emerytalnego (OFE), przyznanie ubezpieczonym będących członkami OFE możliwości złożenia oświadczenia o przekazywaniu do OFE części składki na ubezpieczenie emerytalne oraz zmiana dotychczasowych zasad polityki inwestycyjnej OFE. Wyrazem owej dobrowolności jest przyznanie osobom objętym po raz pierwszy ubezpieczeniem emerytalnym możliwości zawarcia umowy z OFE a następnie przekazywania części składki na ubezpieczenie emerytalne do tego funduszu. W przypadku osób będących członkami OFE owa dobrowolność oznacza możliwość złożenia w ZUS oświadczenia o przekazywaniu do OFE składki w wysokości 2.92 % począwszy od składki za miesiąc lipiec 2014 r. Przyjęcie założenia, że niezawarcie umowy z OFE oraz niezłożenie oświadczenia o przekazywaniu części składki do funduszu jest równoznaczne z przekazywaniem składki w wysokości 7,3 % podstawy wymiaru do FUS i ewidencjonowaniem jej na subkoncie jednoznacznie wskazuje na preferencje ustawodawcy w zakresie przeznaczenia tej części składki na ubezpieczenie emerytalne. Tym preferowanym zachowaniem jest przekazywanie składki do FUS i ewidencjonowanie jej na subkoncie ubezpieczonego w ZUS. Utrzymanie możliwości przekazywania części składki na ubezpieczenie emerytalne wynoszącej 2,92 % do OFE ma służyć łągodzeniu skutków podjętych w omawianym zakresie działań legislacyjnych oraz stanowić argument przemawiają-

cy za ich konstytucyjnością. Preferowanie określonego sposobu zachowania się ubezpieczonych nie zwalnia jednak ustawodawcy z obowiązku dbałości o interesy osób, które wybiorą inny, akceptowany przez ustawodawcę sposób postępowania. To, że ustawodawca preferuje odprowadzanie całości składki na ubezpieczenie emerytalne do FUS i ewidencjonowanie jej części wynoszącej 7,3 % podstawy wymiaru nie zwalnia ustawodawcy z obowiązku dbałości o interesy osób, które zdecydują się na odprowadzanie części składki na ubezpieczenie emerytalne do OFE. W kontekście należy spojrzeć na zaproponowane w ustawie nowelizacyjnej z dnia 6 grudnia 2013 r. nowe zasady prowadzenia działalności lokacyjnej przez OFE.

Art. 139 ustawy o o.f.f.e. w aktualnym brzmieniu postanawia, że fundusz lokuje swoje aktywa zgodnie z jej przepisami, dążąc do osiągnięcia maksymalnego stopnia bezpieczeństwa i rentowności dokonywanych lokat. W literaturze przedmiotu trafnie zwraca się uwagę na fakt, iż choć ustawodawca nie jest stanie bezpośrednio regulować rentowności lokat, to może wprowadzać rozwiązania prawne, które są w stanie zagwarantować ich bezpieczeństwo. Temu celowi służy w szczególności określenie w art. 141 ustawy o o.f.f.e. kategorii lokat, w jakie mogą być lokowane aktywa funduszu oraz określenie w art. 142 tej ustawy ograniczeń w poszczególnych kategoriach lokat, co dotyczy także procentowego ograniczenia wartości aktywów, które mogą być lokowane w jednym podmiocie (bank, fundusz inwestycyjny) czy za granicą³⁴⁴.

Znamienne w tym kontekście są zmiany przewidziane w ustawie nowelizacyjnej z dnia 6 grudnia 2013 r. W wersji projektu tej ustawy przedstawionej w dniu 10 października 2013 r. zaproponowano rezygnację ze wskazywania w art. 139 ustawy o.f.f.e. celów działalności lokacyjnej OFE (osiągnięcie maksymalnego stopnia bezpieczeństwa i rentowności lokat) zobowiązując te podmioty jedynie do lokowania swoich aktywów zgodnie z przepisami tej ustawy. Towarzyszyły temu propozycje, aby: 1) zabronić w art. 141 ust. 2 ustawy o o.f.f.e. OFE lokowania swoich aktywów w papiery wartościowe uznawane powszechnie za najbezpieczniejsze tj. w obligacje, bony i inne papiery wartościowe emitowane przez Skarb Państwa lub NBP, rządy i banki centralne innych państw, obligacje i inne dłużne papiery wartościowe gwarantowane lub poręczane przez Skarb Państwa, NBP, rządy i banki centralne innych państw, obligacje, bankowe papiery wartościowe lub listy zastawne emitowane przez Bank Gospodarstwa Krajowego i gwarantowane przez Skarb Państwa 2) zobowiązać OFE do lokowania nie mniej niż 75 % wartości swoich aktywów w akcje, prawa poboru i prawa do akcji zaliczane powszechnie za kategorii najbardziej ryzykownych instrumentów finansowych i 3) zrezygnować z ograniczeń lokacyjnych w poszczególnych kategoriach lokat przewidzianych w dotychczasowym art. 142 ustawy o o.f.f.e. Ostatecznie w ustawie nowelizacyjnej z dnia 6 grudnia 2013 r. propozycje te zostały złagodzone. Zrezygnowano z propozycji: 1) przereformowania art. 139 ustawy o o.f.f.e., 2) zo-

³⁴⁴ Tak L. Florek *Kapitał emerytalny a działalność lokacyjna ofe* PiZS Nr 1/2009 str. 15.

bowiązania OFE do lokowania nie mniej niż 75 % wartości swoich aktywów w akcje, prawa poboru i prawa do akcji, 3) likwidacji ograniczeń lokacyjnych w poszczególnych kategoriach lokat przewidzianych w art. 142 ustawy o o.f.f.e. Utrzymano jednak również zakaz lokowania aktywów OFE w papiery wartościowe uznawane powszechnie za najbezpieczniejsze tj. w obligacje, bony i inne papiery wartościowe emitowane przez Skarb Państwa lub NBP, rządy i banki centralne innych państw, obligacje i inne dłużne papiery wartościowe gwarantowane lub poręczane przez Skarb Państwa, NBP, rządy i banki centralne innych państw, obligacje, bankowe papiery wartościowe lub listy zastawne emitowane przez Bank Gospodarstwa Krajowego i gwarantowane przez Skarb Państwa. Rozwiązanie to oznacza likwidację jednej z gwarancji zapewnienia lokatom OFE maksymalnego bezpieczeństwa.

Wymagania w zakresie odpowiedniego zaangażowania aktywów OFE w akcje zostały przeniesione do art. 37 ustawy nowelizacyjnej z dnia 6 grudnia 2013 r., który należy do przepisów przejściowych tej ustawy. Zgodnie z dyspozycją tego przepisu łączna wartość lokat aktywów OFE w akcje, prawa poboru oraz prawa do akcji nie może być mniejsza niż 75 % wartości tych aktywów do końca 2014 r., 55 % wartości tych aktywów do końca 2015 r., 35 % wartości tych aktywów do końca 2016 r. i 15 % wartości tych aktywów do końca 2017 r.

Art. 37 ustawy nowelizacyjnej z dnia 6 grudnia 2013 r. narusza, w moim przekonaniu, prawo do zabezpieczenia społecznego po osiągnięciu wieku emerytalnego przewidziane w art. 67 ust. 1 Konstytucji RP. Pozostawienie w rękach OFE części aktywów nie podlegających przekazaniu do ZUS przy jednoczesnym zachowaniu możliwości przekazywania do tych funduszy części składki na ubezpieczenie emerytalne nie powoduje zmiany ani charakteru prawnego tych aktywów ani ich przeznaczenia. Pochodzą one ze składki na ubezpieczenie emerytalne, która ma charakter opłaty celowej, więc mogą być przeznaczone wyłącznie na jeden cel – finansowanie przyszłych emerytur. Skoro tak to na ustawodawcy spoczywa obowiązek podjęcia działań w celu zapewnienia bezpieczeństwa tych środków w trakcie trwającego przez wiele lat okresu ich gromadzenia, tak mogły one spełnić swój cel. Zmiana przepisów prawa, która ogranicza instrumenty zapewniające kapitałowi emerytalnemu bezpieczeństwo czyniąc go przedmiotem niezwykle ryzykownej gry giełdowej pozostaje w sprzeczności z przeznaczeniem tych środków i narusza prawo obywateli do zabezpieczenia społecznego po osiągnięciu wieku emerytalnego zagwarantowane w art. 67 ust. 1 Konstytucji RP.

Nałożenie na OFE obowiązku umorzenia i przekazania do ZUS 51,5 % wartości posiadanych aktywów netto, wprowadzenie dobrowolności przynależności do OFE, ograniczenie wysokości składki na ubezpieczenie emerytalne przekazywanej do funduszu, ustanowienie nowych zasad kapitalizacji składek, nałożenie na OFE obowiązku sukcesywnego przekazywania do FUS aktywów w okresie 10 lat poprzedzających osiągnięcie wieku emerytalnego oraz zmniejszenie wysokości opłat pobiera-

nych przez OFE z 3,5 % do 1,75 % to rozwiązania prawne oznaczające istotną zmianę warunków prowadzenia działalności przez powszechne towarzystwa emerytalne. Zakładają one bowiem znaczące ograniczenie wartości aktywów zarządzanych przez OFE a tym samym istotne pogorszenie warunków prowadzenia działalności funduszy w naszym kraju. Powszechne towarzystwa emerytalne będące podmiotami prywatnymi zarządzającymi profesjonalnie powierzonymi im środkami publicznymi przeznaczonymi na finansowanie świadczeń emerytalnych muszą jednak zakładać możliwość zmiany warunków prawnych i ekonomicznych prowadzenia działalności, w tym przewidywać ich pogorszenie do tego stopnia, że będą one zmuszone do zaprzestania tej działalności. Trudno bowiem przyjąć, że ustawodawca, który zdecydował się wprowadzić kapitałowy segment ubezpieczenia emerytalnego i powierzyć OFE zarządzanie częścią składki na ubezpieczenie emerytalne byłby zobowiązany do jego utrzymywania na niezmienionych zasadach bez względu na zmieniające się okoliczności społeczno-ekonomiczne. Biorąc powyższe pod uwagę przyjąć należy, że pogorszenie warunków prowadzenia działalności przez OFE będące konsekwencją zmian wprowadzonych przez ustawę nowelizacyjną z dnia 6 grudnia 2013 r. nie narusza zasady zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa.

Z punktu widzenia członków OFE wprowadzenie rozwiązań prawnych, których celem jest zasilenie FUS środkami zgromadzonymi w OFE oraz zaewidencjonowanie ich na subkoncie w ZUS oznacza znaczące osłabienie kapitałowej metody finansowania świadczeń emerytalnych. Propozycje te mogą zaskakiwać ubezpieczonych, zwłaszcza urodzonych w latach 1949-1968, którzy nie zostali ustawowo zmuszeni do gromadzenia w OFE środków przeznaczonych na finansowanie przyszłej emerytury, lecz którym ustawodawca stworzył możliwość wyboru sposobu finansowania przyszłej emerytury – albo w całości repartycyjna albo częściowo repartycyjna a częściowo kapitałowa – i którzy zgodnie z art. 111 ust. 5 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych poprzez zawarcie umowy z jednym z OFE składali nieodwołalne oświadczenie woli o wyborze ubezpieczenia emerytalnego na zasadach określonych dla osób urodzonych po dniu 31 grudnia 1968 r. Ogół rozwiązań prawnych zaproponowanych w ustawie nowelizacyjnej z dnia 6 grudnia 2013 r. zakłada bowiem zmianę sposobu finansowania świadczeń emerytalnych, a tym samym zmianę dyspozycji dokonanej w tym zakresie przez ubezpieczonych urodzonych w latach 1949-1968 na podstawie art. 111 ust. 5 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych. Ustawodawca w sposób skuteczny broni się jednak przed zarzutem naruszenia zasady zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa. Po pierwsze na zmienionych zasadach (ograniczenie wartości kapitału emerytalnego pozostawionego w rękach OFE i skrócenie okresu zarządzania środkami) ubezpieczeni utrzymują możliwość kontynuowania członkostwa w OFE. Po drugie nie ulega zasadniczej zmianie (znaczącemu pogorszeniu) status prawny ekspektatyw emerytalnych zarówno tych, które powstały w okresie poprzedzającym wejście w życie

przepisów projektowanej ustawy jak i tych które powstaną po jej wejściu w życie. Efekt ten zostanie osiągnięty dzięki wykorzystaniu instytucji subkonta. Wykorzystanie instytucji subkonta powoduje, że trudno jest mówić o naruszeniu czy nawet ograniczeniu tych ekspektatyw, skoro zakres uprawnień ubezpieczonych do wkładu emerytalnego zaewidencjonowanego na subkoncie jest bardzo zbliżony do uprawnień jakie przysługują członkom OFE w stosunku do kapitału emerytalnego. Zmianą, którą można rozpatrywać w kategoriach niekorzystnej dla członków OFE zmiany jest stosowanie mechanizmu dostosowującego wartość wkładu emerytalnego zaewidencjonowanego na subkoncie do zmienionych warunków ekonomicznych, przede wszystkim zapobiegającego utracie wartości wkładu emerytalnego wskutek procesów inflacyjnych. Oznacza to zastosowanie mechanizmu waloryzacji w miejsce spełniającej tę rolę działalności lokacyjnej OFE. Jak trafnie zauważa się w literaturze działalność lokacyjna OFE zapewniała do tej pory ubezpieczonym większy przyrost wartości jednostek rozrachunkowych niż stosowany w repartycyjnym segmencie ubezpieczenia emerytalnego mechanizm waloryzacji wkładu emerytalnego³⁴⁵. W latach 1999-2008 mimo kryzysu wzrosła ona z 10 do od 23 do 26 zł. Z drugiej strony działalność lokacyjna OFE jest obciążona większym ryzykiem zmniejszenia wartości kapitału emerytalnego aniżeli mechanizm waloryzacji wkładu emerytalnego stosowany w repartycyjnym segmencie ubezpieczenia emerytalnego, w którym takie ryzyko w ogóle nie występuje. W tym kontekście warto przywołać stanowisko Trybunału Konstytucyjnego w sprawie warunków zgodności z konstytucją obowiązującego mechanizmu waloryzacji świadczeń emerytalnych wyrażone w wyroku z dnia 19 grudnia 2012 r.³⁴⁶ Trybunał przyjął w nim, że „waloryzowanie świadczeń emerytalno-rentowych stanowi jeden z elementów konstytucyjnego prawa do zabezpieczenia społecznego, wyrażonego w art. 67 ust. 1 Konstytucji, co oznacza konieczność istnienia mechanizmu utrzymywania świadczeń emerytalno-rentowych na odpowiednim poziomie ich wartości realnej. Określenie zakresu i formy zabezpieczenia społecznego Konstytucja powierza ustawodawcy (art. 67 ust. 1 zdanie drugie Konstytucji) i dlatego też ma on znaczną swobodę kształtowania mechanizmu waloryzacji. Do ustawodawcy należy zatem wybór rozwiązań, które uważa za optymalne z punktu widzenia potrzeb obywateli oraz wymogów ekonomicznego rozwoju kraju. W dziedzinie kształtowania praw socjalnych, Konstytucja pozostawia ustawodawcy szeroki margines działania, a sposób wykorzystania tego marginesu nie może pozostawać bez związku z aktualnym stanem finansów państwa. Swoboda ustawodawcy nie jest jednak nieograniczona. Określając zakres prawa do zabezpieczenia społecznego, ustawa nie może naruszyć istoty danego prawa, która określa jego tożsamość”. Zdaniem Trybunału „do naruszenia istoty prawa do zabezpieczenia społecznego w związku z waloryzacją dochodzi w szczególności w dwóch sytuacjach: gdy świadczenia

³⁴⁵ L. Florek *Kapitał emerytalny (...)* s. 15.

³⁴⁶ K 9/12, OTK-A 2012/11/136

nie będą waloryzowane w danym okresie bądź gdy waloryzacja świadczeń spowodzi przynajmniej część świadczeniobiorców poniżej poziomu minimum życiowego”. Trybunał podkreślił, że „wybór najtrafniejszej regulacji waloryzacji świadczeń emerytalnych i rentowych należy do parlamentu, który ponosi odpowiedzialność polityczną za sposób wykorzystania kompetencji prawotwórczych”. Odniesienie stanowiska wyrażonego przez Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 19 grudnia 2012 r. do mechanizmu dostosowawczego stosowanych przez ustawodawcę w celu zachowania realnej wartości wkładu emerytalnego zaewidencjonowanego na subkoncie, nawet przy założeniu, że jest on mniej korzystny od mechanizmu stosowanego w tym samym celu wobec kapitału emerytalnego zgromadzonego w OFE, prowadzi do wniosku, że nie narusza on ani art. 67 ust. 1 Konstytucji i wyrażonego tam prawa do zabezpieczenia społecznego po osiągnięciu wieku emerytalnego, ani art. 64 ust. 2 ustawy zasadniczej i sformułowanego tam prawa do ochrony własności i innych praw majątkowych.

Wnioski:

- 1. Art. 37 ustawy nowelizacyjnej z dnia 6 grudnia 2013 r. określający minimalny poziom zaangażowania aktywów OFE w akcje, prawa poboru oraz prawa do akcji narusza, w moim przekonaniu, prawo do zabezpieczenia społecznego po osiągnięciu wieku emerytalnego przewidziane w art. 67 ust. 1 Konstytucji RP przez to, że czyni kapitał emerytalny przedmiotem ryzykownej gry giełdowej co pozostaje w sprzeczności z przeznaczeniem tych środków.**
- 2. Pogorszenie warunków prowadzenia przez OFE działalności będące konsekwencją zmian wprowadzonych przez ustawę nowelizacyjną z dnia 6 grudnia 2013 r. nie narusza zasady zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa.**
- 3. Rozwiązania prawne, których celem jest zasilenie FUS środkami zgromadzonymi w OFE oraz zaewidencjonowanie ich na subkoncie w ZUS nie naruszają konstytucyjnych zasad zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa oraz ochrony własności i innych praw majątkowych, bowiem dzięki wykorzystaniu instytucji subkonta nie powodują one znaczącego ograniczenia powstałych wcześniej ekspektatyw emerytalnych.**

3. Wygaszanie bezwzględne członkostwa w OFE (M. Jackowski, T. Zalasieński)

W przypadku art. 12 Ustawy, przewidującego zasady dalszego członkostwa OFE szczególnego znaczenia nabierają wątpliwości związane ze zgodnością takiego rozwiązania z zasadą zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa.