



INSTYTUT ALLERHANDA

**Konstytucyjnoprawna ocena rekomendacji
dotyczących II filara systemu emerytalnego
zawartych w rządowym przeglądzie
funkcjonowania systemu emerytalnego
z dnia 26 czerwca 2013 roku**

dr Arkadiusz Radwan

Robert Mężyk, LL.M.

Kraków, sierpień 2013

Spis treści

1.	Zakres i zastrzeżenia Ekspertyzy	4
1.1.	Przedmiot Ekspertyzy	4
1.2.	Zastrzeżenia Ekspertyzy	4
1.3.	Wyniki badania	4
2.	Propozycje reform Systemu zawarte w Przeglądzie	5
2.1.	Rekomendacja I	5
2.2.	Rekomendacja II	6
2.3.	Rekomendacja III	8
2.4.	Rekomendacja IV	9
2.5.	Tabelaryczne zestawienie rekomendacji z Przeglądu	11
3.	Punkt odniesienia oceny Rekomendacji I - IV	12
3.1.	Wprowadzenie	12
3.2.	Otwarty fundusz emerytalny	12
3.3.	Uprawnienie członków OFE do zgromadzonych środków	14
3.4.	Wypłata środków z OFE	22
4.	Konstytucyjnoprawny punkt odniesienia Rekomendacji I-IV	23
4.1.	Ochrona własności OFE	23
4.2.	Ochrona praw członków OFE	24
4.3.	Ograniczenie własności	26
4.4.	Zasada ochrony praw nabytych	28
5.	Prawnomiędzynarodowy punkt odniesienia	29
5.1.	Protokół EKPC Nr 1 do EKPC	29
5.2.	Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej	34
5.3.	Umowy w sprawie popierania i wzajemnej ochrony inwestycji (BIT)	36
5.3.1.	Wprowadzenie	36
5.3.2.	Relevantne traktaty o wzajemnym popieraniu i ochronie inwestycji	36
5.3.3.	Możliwość ochrony praw na podstawie BIT – na przykładzie umowy z Królestwem Holandii	39
6.	Prawna ocena Rekomendacji I – IV	41
6.1.	Prawna ocena Rekomendacji I	42
6.1.1.	Ochrona praw OFE	42
6.1.2.	Ochrona praw członków OFE	44
6.2.	Prawna ocena Rekomendacji II	47

6.2.1.	Ochrona praw OFE	47
6.2.2.	Ochrona praw członków OFE	47
6.2.3.	Poboczne propozycje Rekomendacji II.....	48
6.3.	Prawna ocena Rekomendacji III	49
6.3.1.	Ochrona praw OFE	49
6.3.2.	Ochrona praw członków OFE	51
6.3.3.	Poboczne propozycje Rekomendacji III.....	52
6.4.	Prawna ocena Rekomendacji IV	53
6.4.1.	Ochrona praw OFE	53
6.4.2.	Ochrona praw członków OFE	54
6.4.3.	Poboczne propozycje Rekomendacji IV	54
6.5.	Konstytucyjna zasada pewności prawa i zasada ochrony interesów w toku.....	54
7.	Wnioski.....	60
	Wykaz literatury i aktów prawnych	62
	Autorzy	66

1. Zakres i zastrzeżenia Ekspertyzy

1.1. Przedmiot Ekspertyzy

Przedmiotem niniejszej ekspertyzy (dalej: „**Ekspertyza**”) jest problem zgodności proponowanych zmian w zakresie ustawodawstwa emerytalnego (OFE) z Konstytucją RP, wiążącymi Polskę normami prawa międzynarodowego (w tym konwencje międzynarodowe, których stroną jest Polska oraz BITs) oraz prawem europejskim. Szczegółowe rozważania służą ocenie pod kątem prawnym propozycji reformy systemu emerytalnego zawarte w „Przeglądzie funkcjonowania systemu emerytalnego” (dalej: „**Przeгляд**”) opublikowanym przez Ministerstwo Pracy i Polityki Społecznej oraz Ministerstwo Finansów dnia 26 czerwca 2013 roku w oparciu o normę z art. 32 ustawy z dnia 25 marca 2011 roku o zmianie niektórych ustaw związanych z funkcjonowaniem systemu ubezpieczeń społecznych¹.

1.2. Zastrzeżenia Ekspertyzy

Ekspertyza jest poświęcona prawnej analizie rozwiązań z Przeglądu. W szczególności Ekspertyza nie zajmuje się ekonomiczną analizą propozycji z Przeglądu, jakkolwiek – na potrzeby prowadzonych rozważań prawnych – uwzględnia uwarunkowania i skutki ekonomiczne dyskutowanych rozwiązań legislacyjnych.

Poglądy zaprezentowane w Ekspertyzie są wynikiem pracy badawczej autorów przeprowadzonej w ramach ich działalności naukowej w Instytucie Allerhanda. Instytut Allerhanda jest niezależną jednostką naukową zapewniającą wolność prowadzenia badań naukowych i głoszenia poglądów. Poglądy przedstawione w Ekspertyzie są własnymi poglądami autorów i nie powinny być odczytywane jako oficjalne stanowisko Instytutu Allerhanda. Interpretacja prawna przedstawiona w niniejszej Ekspertyzie może nie być jedyną możliwą.

Przeгляд, będący źródłem rządowych Rekomendacji, które są poddawane analizie w niniejszej Ekspertyzie, zawiera propozycje przedstawione w sposób skrótowy, opisując najważniejsze założenia danej modyfikacji. W związku z tym ewentualna ostateczne propozycje reformy systemu emerytalnego mogą się różnić w zakresie szczegółowych rozwiązań od tych, które zostały opisane i przeanalizowane poniżej. Stosunkowo nisko stopień szczegółowości rozwiązań zaprezentowanych w Przeglądzie zmusza do czynienia pewnych założeń, które Autorzy poczynili dla pełniejszej rekonstrukcji tych rozwiązań celem ich weryfikacji prawnej oraz wartości komunikacyjnej (w tym rzetelności) dla potrzeb debaty publicznej.

1.3. Wyniki badania

Wyniki badania w postaci wniosków zostały zamieszczone w końcowej części Ekspertyzy, w Rozdziale 7.

¹ Przeгляд dostępny jest na stronie internetowej: <http://www.mpips.gov.pl/aktualnosc-wszystkie/ubezpieczenia-spoeczne/art,6266,przeгляд-funkcjonowania-systemu-emerytalnego.html>.

Należy zauważyć, że zgodnie z art. 32 ustawy z dnia 25 marca 2011 r. o zmianie niektórych ustaw związanych z funkcjonowaniem systemu ubezpieczeń społecznych, przeгляд funkcjonowania systemu emerytalnego powinien zostać dokonany przez Radę Ministrów, nie zaś przez Ministerstwo Pracy i Polityki Społecznej czy Ministerstwo Finansów.

2. Propozycje reform Systemu zawarte w Przeglądzie

W Przeglądzie zostały przedstawione rekomendacje w zakresie modyfikacji dotychczasowych rozwiązań tzw. II filara systemu emerytalnego, tj. w odniesieniu do funkcjonowania Otwartych Funduszy Emerytalnych (dalej: „OFE” lub „Fundusz”). Poniżej przedstawiono zawartość normatywną tychże propozycji.

2.1. Rekomendacja I²

Pierwsza z zawartych w Przeglądzie rekomendacji odnosi się do własności i sposobu zarządzania środkami zgromadzonymi w OFE przez osoby ubezpieczone, w zależności od długości okresu dzielącego osobę ubezpieczoną³ od uzyskania uprawnień emerytalnych. Istotą propozycji jest przenoszenie środków zgromadzonych przez uczestników OFE na subkonto⁴ w Funduszu Ubezpieczeń Społecznych (FUS), zarządzanym przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych (dalej: „ZUS”)⁵. Transfer środków ma odbywać się stopniowo i rozpocząć się na 10 lat przed osiągnięciem wieku emerytalnego przez osobę ubezpieczoną. Środki byłyby następnie zarządzane przez ZUS na takich samych zasadach, jak środki dotychczas gromadzone przez ZUS w ramach I filaru systemu emerytalnego. Po osiągnięciu przez daną osobę wieku emerytalnego emerytura byłaby wypłacana przez ZUS.

Przenoszenie kapitału z OFE do ZUS ma następować etapami, tj. przez cały dziesięcioletni okres, w proporcji jedna dziesiąta całości środków na rok. Transfer taki ma się przełożyć – zgodnie z Przeglądem - na redukcję ryzyka związanego z ewentualną niską wartością aktywów OFE podczas jednorazowego przeniesienia kapitału do ZUS (Przegląd określa ów proces migracji środków mianem „suwaka bezpieczeństwa”).⁶

W stosunku do osób, które powinny przejść na emeryturę w okresie mniejszym aniżeli 10 lat od momentu wprowadzenia ewentualnej reformy, określony ma zostać analogiczny, skrócony mechanizm transferu środków do ZUS. Przykładowo środki osoby, której do osiągnięcia wieku emerytalnego brakuje trzy lata, byłyby przenoszone do ZUS w proporcji jedna trzecia środków na rok.

² Przegląd, s. 84.

³ O ile nie zaznaczono inaczej, w Ekspertyzie pojęcia „osoba ubezpieczona”, „uczestnik OFE” oraz „członek OFE” używane są zamiennie i odnoszą się do „członka Funduszu” w rozumieniu art. 8 pkt 2 ustawy z dnia 28 sierpnia 1997 roku o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych (Dz.U. 1997 Nr 139 poz. 934).

⁴ Pojęcie „subkonto” oznacza sposób księgowania składek wpłaconych do ZUS przez ubezpieczonego, zgodnie z art. 40a ustawy z dnia 13 października 1998 roku o systemie ubezpieczeń społecznych (Dz.U. 1998 Nr 137 poz. 887).

⁵ W niniejszej Ekspertyzie zrezygnowano z rozróżniania Zakładu Ubezpieczeń Społecznych (ZUS) oraz Funduszu Ubezpieczeń Społecznych (FUS). Zgodnie z art. 51 ust 1 ustawy z dnia 13 października 1998 roku o systemie ubezpieczeń społecznych (Dz.U. 1998 Nr 137 poz. 887) FUS jest państwowym funduszem celowym, po-wołanym w celu realizacji zadań z zakresu ubezpieczeń społecznych. Dysponentem FUS jest ZUS, co uzasadnia przyjęcie jednolitej nomenklatury dla ich określenia w Ekspertyzie (co ma również miejsce w Przeglądzie).

⁶ Należy w tym miejscu podkreślić, że „suwak bezpieczeństwa” ma odzęgnywać „zagrożenie” polegające na jednorazowym transferze środków do OFE w momencie uzyskania przez ubezpieczonego uprawnień emerytalnych. Rozwiązanie to wprowadzone zostało ustawą z dnia 21 listopada 2008 roku o emeryturach kapitałowych (Dz.U. 2008 nr 228 poz. 1507). Taki jednorazowy transfer środków do ZUS nie jest jednak zgodny z założeniami reformy emerytalnej z 1998 roku, zgodnie z którą środki zgromadzone w OFE miały być następnie wypłacane przez wybrany przez osobę ubezpieczoną zakład ubezpieczeń. Por. art. 111 ustawy z dnia 28 sierpnia 1997 roku o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych (Dz.U. 1997 Nr 139 poz. 934) w brzmieniu sprzed 1 lipca 2009 roku.

Należy zauważyć, że **Przegląd w sposób wprowadzający w błąd opisowo tytułuje Rekomendację I jako „Rekomendację dot. sposobu wypłat emerytur z filara kapitałowego”⁷. Takowy tytuł sugeruje, iż Rekomendacja I odnosi się wyłącznie do technicznego sposobu wypłaty środków zgromadzonych w OFE. Wbrew temu, Rekomendacja dotyczy własności środków i ich zarządzania w okresie dziesięciu lat przed przejściem przez daną osobę na emeryturę (poprzez ich transfer do ZUS). Sama wypłata środków jest w tym kontekście czynnością o marginalnym znaczeniu. Należy również zwrócić uwagę, że analogicznie **w błąd wprowadza fakt oddzielenia w Przeglądzie opisu Rekomendacji I i kolejnych rekomendacji, przedstawionych jako warianty modyfikacji sposobu funkcjonowania OFE. „Warianty” kolejnej rekomendacji z Przeglądu dotyczą bowiem tego samego aspektu działania Systemu, co Rekomendacja I (własność środków w OFE i zarządzanie nimi). Rzetelniesze byłoby zatem przedstawienie w Przeglądzie wszystkich czterech aspektów jako modyfikacji tej samej płaszczyzny funkcjonowania Systemu. Opisane nieścisłości nie mają jedynie charakteru redakcyjnego, albowiem celem Przeglądu jest poddanie rekomendacji publicznym konsultacjom. Stąd błędne lub nierzetelne zatytułowanie danej propozycji prowadzić może do nieefektywnej debaty publicznej nad reformą Systemu.****

Rekomendacja I stanowi także integralną część Rekomendacji II i III. Stąd decyzja o podjęciu realizacji Rekomendacji II lub III pociąga za sobą także i wprowadzenie w życie Rekomendacji I.

2.2. Rekomendacja II⁸

Kolejną propozycją modyfikacji zasad funkcjonowania OFE jest przejęcie przez ZUS tej części środków, które nie mogą być inwestowane przez OFE w akcje.

Kwestia proporcji inwestycji aktywów OFE jest regulowana rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 26 kwietnia 2011 roku w sprawie określenia maksymalnej części aktywów otwartego funduszu emerytalnego, jaka może zostać ulokowana w poszczególnych kategoriach lokat (Dz.U. 2011 nr 90 poz. 516) (dalej: „**Rozporządzenie**”), wydanym na podstawie art. 142 ust. 5 ustawy z dnia 28 sierpnia 1997 r. o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych (Dz.U. 1997 nr 139 poz. 934) (dalej: „**UOFE**”). Zgodnie z §1 pkt 2 w zw. z §2 pkt 3 Rozporządzenia na w brzmieniu obowiązującym na dzień publikacji Przeglądu, OFE były uprawnione do inwestowania w akcje 47,5%⁹ wartości swych aktywów¹⁰. Natomiast na podstawie art. 141 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 142 ust. 1 UOFE Fundusze są uprawnione do nielimitowanego lokowania swych środków w obligacje, bony i inne papiery wartościowe emitowane przez Skarb Państwa lub Narodowy Bank Polski, a także w pożyczki i kredyty udzielane tym podmiotom. OFE są więc uprawnione do inwestowania 47,5% wartości swych aktywów w akcje, nie są jednakże do tego zobligowane. W bieżącym stanie prawnym OFE mogą zatem lokować także i 100% aktywów w obligacje Skarbu

⁷ Przegląd, s. 84

⁸ Przegląd, s. 86.

⁹ Zgodnie z §1 pkt 2 Rozporządzenia OFE są uprawnione do inwestowania 90% aktywów w akcje, jednakże §2 Rozporządzenia przewiduje czasowe etapy dochodzenia do tegoż poziomu. Limit 47,5% inwestycji aktywów w akcje obowiązuje od 1 stycznia 2013 roku do dnia 31 grudnia 2013 roku. Zgodnie z Rozporządzeniem „akcje” obejmują akcje spółek notowanych na regulowanym rynku giełdowym, a także notowane na regulowanym rynku giełdowym prawa poboru, prawa do akcji i obligacji zamiennych na akcje tych spółek oraz akcje narodowych funduszy inwestycyjnych.

¹⁰ Aktywa OFE obejmują składki wpłacone do funduszu, nabyte za nie lub w związku z nimi prawa i przytki z tych praw (Art. 6 ust. 1 UOFE).

Państwa. Na dzień dzisiejszy OFE lokują w tychże papierach wartościowych około 50% posiadanych aktywów.¹¹

Według Przeglądu, OFE miałyby kontynuować inwestowanie pozostałego kapitału w akcje. Proponuje się nałożenie na OFE zakazu nabywania państwowych papierów dłużnych. OFE inwestowałyby również w prywatne komercyjne papiery dłużne i inne komercyjne instrumenty finansowe. Jednocześnie członkowie OFE mogliby dowolną ilość razy zmieniać swój wybór Funduszu.

Przegląd proponuje zniesienie „benchmarku wewnętrznego¹²” OFE i tzw. „mechanizmu niedoboru”.¹³

Częścią omawianej propozycji jest zwiększenie części składki trafiającej do OFE do 2,92%. Należy w tym miejscu zauważyć, że termin „zwiększenie” składki trafiającej do OFE jest używany przez Przegląd w sposób wprowadzający w błąd. Zgodnie bowiem z treścią art. 22 ust. 3 pkt 1 ustawy z dnia 13 października 1998 roku o systemie ubezpieczeń społecznych (dalej: „**USUS**”) do OFE przekazywane jest 3,5% przychodu osoby ubezpieczonej¹⁴. W związku z tym **należałoby raczej mówić o pomniejszeniu składki trafiającej do OFE z 3,5% do 2,92% przychodu, nie zaś o jej powiększeniu.**

Częścią propozycji jest zmniejszenie progów ostrożnościowych określonych w ustawie z dnia 27 sierpnia 2009 roku o finansach publicznych (Dz.U. 2009 nr 157 poz. 1240) (dalej: „**UFIN**”) ¹⁵ o taki procent Produktu Krajowego Brutto, jaki wartość środków przeniesionych z OFE stanowiłaby w relacji do PKB.

Rekomendacja II wiąże się z Rekomendacją I. Zatem także i w tym przypadku środki z OFE byłyby stopniowo przenoszone do ZUS na dziesięć lat przed osiągnięciem przez uprawnionego (właściciela środków) wieku emerytalnego.

Niestety również i w przypadku Rekomendacji II Przegląd wprowadza czytelnika w błąd poprzez zatytułowanie propozycji jako „likwidacji części nieaktywnej OFE”¹⁶. W ten sposób Przegląd zawiera sugestię, jakoby likwidacji miałyby ulec „część” OFE, która jest mniej znacząca bądź mniejsza aniżeli część pozostała. Tymczasem „część nieaktywna” OFE to w istocie środki lokowane w obligacje państwowe, co stanowi znakomitą większość działalności OFE (co wynika z długoterminowości i pewności tych papierów wartościowych). Niezależnie od tego, **opisana część działalności OFE (aktywa z nią związane) ma zostać poddana nie likwidacji, lecz**

¹¹ Zob. Urząd Komisji Nadzoru Finansowego: „Informacja o działalności inwestycyjnej funduszy emerytalnych w okresie 31.03.2010 – 19.03.2013”, Warszawa 2013, s. 28 i kolejne.

¹² „Benchmark wewnętrzny” to obiegowe określenie oceny efektywności funduszy. Ocena ta jest przeprowadzana na podstawie odniesienia trzyletnich wyników inwestycyjnych funduszu (jego stopy zwrotu) do średniej ważonej stopy zwrotu wszystkich pozostałych OFE, zob. Art. 170, 175 i następne UOFE.

¹³ Mechanizm niedoboru jest uruchamiany, gdy stopa zwrotu danego funduszu jest niższa o 50% od średniej ważonej benchmarku wewnętrznego i polega na konieczności pokrycia tak powstałego niedoboru środkami z rachunku rezerwowego OFE, względnie ze środków Funduszu Gwarancyjnego lub ze środków towarzystwa emerytalnego zarządzającego OFE. Zob. art. 175 i następne UOFE.

¹⁴ Przypis nr 4 do normy z art. 22 ust. 3 pkt 2 USUS (stanowiący swoją drogą rzadko spotykane rozwiązanie legislacyjne) przewiduje czasową ścieżkę dostosowującą zmiany w tym zakresie, jednakże sam fakt przesunięcia tej regulacji „do przypisu” wskazuje na to, iż domyślna wysokość składki przekazywanej do OFE określona jest w normie z art. 22 ust. 3 pkt 2 USUS i wynosi 3,5%.

¹⁵ Zob. art. 86 UFIN.

¹⁶ Przegląd, s. 88.

przewłaszczeniu na rzecz ZUS. W związku z powyższym konsultacje publiczne propozycji z Przeglądu mogą być prowadzone w oparciu o nierzetelne dane, nie gwarantujące poprawnej debaty.

2.3. Rekomendacja III¹⁷

Zgodnie z propozycjami Rekomendacji III uczestnictwo w II filarze systemu emerytalnego miałyby być fakultatywne. Osoby rozpoczynające działalność zawodową mogłyby przystąpić do OFE, jednakże brak takiej decyzji powodowałby wpływanie całości składki do ZUS.

Najistotniejszym elementem Rekomendacji III jest wprowadzenie **fakultatywności uczestnictwa w OFE** osób uczestniczących w nich w chwili obecnej. Wszyscy obecni członkowie OFE musieliby w ciągu trzech miesięcy zdecydować o woli dalszego uczestnictwa w II Filarze. Brak stosownej decyzji powodowałby automatyczne przyporządkowanie uczestnika do ZUS. **Przeniesienie członkostwa z OFE do ZUS łączy się również z przejściem przez ZUS aktywów zgromadzonych dotychczas w OFE. Uczestnictwo w ZUS staje się „wyborem domyślnym”, natomiast uczestnictwo w OFE – odejściem od tej opcji.**

Elementem Rekomendacji III jest zapowiedź **umorzenia obligacji skarbowych** wchodzących w skład aktywów osób przejętych przez ZUS¹⁸. ZUS ma bowiem przejmować bezpośrednio aktywa OFE, nie zaś środki pozostałe z ich spieniężenia. W związku z tym Przegład postuluje także szereg możliwości dalszego postępowania z papierami wartościowymi przejętymi przez ZUS: pozostawienie ich w OFE przy jednoczesnym przeniesieniu do ZUS obligacji odpowiadających ich wartości; przeniesienie papierów wartościowych do Funduszu Rezerwy Demograficznej celem pasywnego nimi zarządzania; przeniesienie do ZUS i stopniowa sprzedaż po cenie z dnia przeniesienia; przeniesienie do ZUS i oddanie do zarządzania prywatnym instytucjom w celu ich ostatecznej sprzedaży.

Przyporządkowanie członków do ZUS ma charakter jednokierunkowy. Osoby pozostające w OFE mogą w każdym czasie zdecydować się na rezygnację z II Filara. Nie ma jednakże możliwości ponownego w nim uczestnictwa.

W treści Przeglądu nie zawarto informacji na temat wysokości składki, jaka miałyby być odprowadzana do OFE. **Z treści Rekomendacji IV (szerzej zob. punkt 3.4 niżej) można jednakże wywnioskować, że składka ta miałaby zostać zmniejszona do poziomu 2% przychodu¹⁹. W ten sposób jednakże Przegład formułuje swe propozycje nierzetelnie, milcząco zakładając obniżenie poziomu składki trafiającej do OFE.**

Przegład łączy z Rekomendacją III zachętę do rozważenia liberalizacji działalności OFE i upodobnienie ich do funduszy inwestycyjnych. Wiąże się to ze zniesieniem „benchmarku wewnętrznego” i „mechanizmu niedoboru”.

¹⁷ Ibidem.

¹⁸ W ten sposób dochodzi do tzw. konfuzji zobowiązań skarbu państwa w rozumieniu prawa cywilnego.

¹⁹ Zob. Przegład s. 90: „ [wybór pomiędzy] Przekazywaniem części składki do ZUS (17,52%), a pozostałej części składki emerytalnej (2%) wraz z dodatkową składką (2%) do OFE.” Skoro Rekomendacja IV zakłada „plus” w postaci dodatkowych 2 punktów procentowych powiększających składkę w wysokości 2% przychodu odprowadzane bez owego „plus”, zatem w punkcie wyjścia (Rekomendacja III) składka musi wynosić 2% przychodu.

Częścią propozycji jest zmniejszenie progów ostrożnościowych określonych w UFIN o taki procent Produktu Krajowego Brutto, jaki wartość środków przeniesionych z OFE stanowiłaby w relacji do PKB.

Również i w przypadku Rekomendacji III należy zauważyć mylność jej zatytułowania. Otóż Przewgląd tytułuje zawartość Rekomendacji III jako „dobrowolność udziału w części kapitałowej systemu emerytalnego”²⁰. Opisana propozycja nie zakłada jednakże możliwości dobrowolnego uczestnictwa w OFE przez osoby, które zostałyby – po trzymiesięcznym okresie przejściowym – przyporządkowane do uczestnictwa w ZUS. Analogicznie osoby podejmujące po raz pierwszy zatrudnienie byłyby zmuszone do podjęcia jednorazowego wyboru o ewentualnej przynależności do OFE. Ów wybór mógłby zostać zmieniony wyłącznie, jeśli pierwotnie dana osoba zdecydowałaby się na przynależność do OFE i następnie postanowiłaby opuścić II Filar. W związku z powyższymi konsultacje publiczne propozycji z Przewglądu mogą być prowadzone w oparciu o nierzetelne dane, nie gwarantujące poprawnej debaty.

Rekomendacja II wiąże się z Rekomendacją I. Zatem także i w tym przypadku środki z OFE byłyby stopniowo przenoszone do ZUS na dziesięć lat przed osiągnięciem przez ich właściciela wieku emerytalnego.

2.4. Rekomendacja IV

Rekomendacja IV jest modyfikacją Rekomendacji III. Różnicę stanowi **wprowadzenie dodatkowego obciążenia dla osób decydujących się na oszczędzanie w OFE. Otóż te osoby byłyby zobowiązane do odprowadzania dodatkowej składki w wysokości 2% przychodu.** W ten sposób do OFE miałyby trafiać składka w wysokości 4% przychodu, do ZUS natomiast – w wysokości 17,52%. Osoby ubezpieczone wyłącznie w ZUS odprowadzałyby do zakładu 19,52% przychodu.

Należy zauważyć nieścisłość propozycji Przewglądu w kwestii obliczenia wysokości składki mającej być odprowadzaną do OFE. Otóż zgodnie ze zmianami art. 22 ust. 3 pkt 1 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (Dz.U. 1998 nr 137 poz. 887) (dalej: „**USUS**”) wprowadzonymi ustawą z dnia 25 marca 2011 r. o zmianie niektórych ustaw związanych z funkcjonowaniem systemu ubezpieczeń społecznych (Dz. U. 2011 nr 75, poz. 398) obecna wysokość składki odprowadzanej do OFE wynosi 2,3%. Powiększenie tej wartości o dwa punkty procentowe daje w rezultacie składkę w wysokości 4,3%. Dodatkowo, zgodnie z przytoczonym zapisem, od 2017 roku docelowa wysokość składki odprowadzanej do OFE wynieść ma 3,5%. Poziom 3,5% składki jest jednocześnie domyślną wysokością składki, co wynika z zamieszczenia jej zaniżonego poziomu do roku 2017 jedynie w treści przypisu do wymienionej normy prawnej (i z opisanego go jako rozwiązania czasowego). Skoro zatem – zgodnie z propozycją z Przewglądu – składka odprowadzana do OFE miałyby wzrosnąć o 2 punkty procentowe, powinno to przekładać się na ostateczną wysokość składki w wysokości nie mniejszej niż 5,5% przychodu. Stąd wysokość składki odprowadzanej do OFE – wbrew treści Przewglądu – nie wynika z powiększenia dotychczasowej składki o 2 punkty procentowe, lecz z powiększenia jej o 0,5 punktu

²⁰ Przewgląd, s. 88.

procentowego (przy przyjęciu wartości docelowej z art. 22 ust. 3 pkt 1 USUS) lub o 1,7% (przy przyjęciu wartości obecnej z przypisu nr 4 do art. 22 ust. 3 pkt 1 USUS)

W powyższym zakresie **nierzetelnie i milcząco założone jest także zwiększenie poziomu składki wpłacanej do ZUS przez osoby uczestniczące OFE**. Zgodnie bowiem z domyślnym brzmieniem art. 22 ust. 3 USUS do ZUS trafiać ma 16,02% składki, zaś obecnie – zgodnie z brzmieniem art. 22 ust. 3 pkt 1 przypis 4 USUS – jest to 16,72% składki osoby ubezpieczonej. Dlatego też treść przeglądu wprowadza czytelnika w błąd poprzez zapowiedź, iż zwiększenie obciążenia osoby ubezpieczonej o 2 punkty procentowe wynika z chęci powiększenia kapitału, jaki OFE mają inwestować w interesie ubezpieczonych. Wbrew temu, **także i składka trafiająca do ZUS ulegnie zwiększeniu do poziomu 17,52%**, czyli o 1,5 punktu procentowego (natomiast przy wzięciu pod uwagę art. 22 ust. 3 pkt 1 przypis 4 USUS składka trafiająca do ZUS jest zwiększona o 0,82 punktu procentowego). Takie przedstawienie składki trafiającej do ZUS jest możliwe dzięki uprzedniemu zaniżeniu – w treści Przeglądu - składki mającej trafiać do OFE.²¹

Z propozycją Rekomendacji IV powiązana jest modyfikacja sposobu wypłaty emerytury. Osoba oszczędzająca w OFE mogłaby – po osiągnięciu uprawnień emerytalnych – uzyskać środki w formie jednorazowej wypłaty lub dożywotniej emerytury, „w przypadku pojawienia się takich rozwiązań na rynku”²² (sic).

Przegląd postuluje jednocześnie rezygnację z zastosowania Rekomendacji I – środki w OFE nie byłyby zatem przelewane do ZUS na 10 lat przed uzyskaniem przez daną osobę uprawnienia do emerytury.

Również i w przypadku Rekomendacji IV Przegląd postuluje się tytułem wprowadzającym w błąd. Brzmi on bowiem „dobrowolność plus (z dodatkową składką)”²³. Jak już wskazano, Rekomendacja III – której to propozycji Rekomendacja IV jest rozszerzeniem – nie zakłada „dobrowolności” uczestnictwa w II Filarze. Przegląd nie precyzuje również, że dodatkowa składka będzie odprowadzana również i na rzecz ZUS. W związku z powyższym konsultacje publiczne propozycji z Przeglądu mogą być prowadzone w oparciu o nierzetelne dane, nie gwarantujące poprawnej debaty.

²¹ Zob. poprzedni akapit.

²² Przegląd, s. 90.

²³ Ibidem.

2.5. Tabelaryczne zestawienie rekomendacji z Przeglądu

	Rekomendacja II	Rekomendacja III	Rekomendacja IV
Przeniesienie całości środków z OFE do ZUS na min. na 10 lat przed emeryturą (Zastosowanie Rekomendacji I)	Tak	Tak	Nie
Przeniesienie środków z OFE niezależnie od okresu pozostającego do emerytury	Przeniesienie wszystkich aktywów, które nie są lokowane przez OFE w akcje	Przeniesienie do ZUS całości środków przy braku deklaracji o pozostaniu w OFE	Przeniesienie do ZUS całości środków przy braku deklaracji o pozostaniu w OFE
Podmiot wypłacający emeryturę	ZUS	ZUS	OFE (lub inny podmiot prywatny)
Sposób wypłaty emerytury	Dotychczasowy	Dotychczasowy	Jednorazowy lub inny regulowany prywatnie
Uczestnictwo w OFE	Obowiązkowe	Jednokierunkowo fakultatywne. Fikcja wyboru ubezpieczenia (ZUS czy OFE)	Jednokierunkowo fakultatywne. Fikcja wyboru ubezpieczenia (ZUS czy OFE)
Możliwość zmiany OFE	Tak	Prawdopodobnie tak (brak wypowiedzi w tym względzie). Brak możliwości zmiany z ZUS na OFE	Prawdopodobnie tak (brak wypowiedzi w tym względzie). Brak możliwości zmiany z ZUS na OFE
Wysokość składki trafiającej do OFE	2,92 %	2%	4% (przy jednoczesnym powiększeniu składki na ubezpieczenie społeczne o 2 punkty procentowe (do poziomu 21,52%))
Pozostałe propozycje dot. działalności OFE.	Zakaz nabywania państwowych papierów dłużnych. Możliwość inwestowania w prywatne komercyjne papiery. Zniesienie benchmarku wewnętrznego i mechanizmu niedoboru.	Liberalizacja warunków działalności, upodobnienie do funduszy inwestycyjnych. Zniesienie benchmarku wewnętrznego i mechanizmu niedoboru.	Liberalizacja warunków działalności, upodobnienie do funduszy inwestycyjnych. Zniesienie benchmarku wewnętrznego i mechanizmu niedoboru.
Propozycje dodatkowe	Obniżenie progów ostrożnościowych budżetu państwa.	Umorzenie obligacji skarbowych przejętych przez ZUS Obniżenie progów ostrożnościowych budżetu państwa.	Umorzenie obligacji skarbowych przejętych przez ZUS Obniżenie progów ostrożnościowych budżetu państwa.

Źródło – opracowanie własne.

3. Punkt odniesienia oceny Rekomendacji I - IV

3.1. Wprowadzenie

Wszystkie cztery propozycje z Przeglądu odnoszą się do sposobu gromadzenia środków OFE oraz do dalszego sposobu postępowania ze zgromadzonymi w OFE aktywami. Aby poprawnie ocenić propozycje rządowe należy uwzględnić rozwiązania obecnego stanu prawnego. W szczególności – przed przejściem do oceny prawnej poszczególnych Rekomendacji – analizy wymaga natura prawna OFE, jako osoby prawnej prawa prywatnego, będącej podmiotem konstytucyjnych praw chroniących m.in. jej własność. Rozważenia wymaga także zagadnienie uprawnień osoby ubezpieczonej do środków, jakie zgromadzone zostały na jej koncie w OFE. Poniżej zawarto również opis obecnego systemu wypłat emerytur z OFE.

3.2. Otwarty fundusz emerytalny

Zgodnie z art. 2 ust 1 i 2 UOFE otwarty fundusz emerytalny jest samodzielną osobą prawną powołaną w celu gromadzenia środków pieniężnych i ich lokowania, z przeznaczeniem ich na wypłatę członkom funduszu po osiągnięciu przez nich wieku emerytalnego. OFE zarządzane są przez powszechne towarzystwa emerytalne (dalej: „**PTE**” lub „**Towarzystwo**”), będące organem Funduszy i prowadzące ich działalność²⁴. OFE jest osobą prawną, której istota sprowadza się do stanowienia masy majątkowej inwestowanej w interesie jego członków, którzy są z kolei uprawnieni do otrzymania zainwestowanych środków po przejściu na emeryturę.

OFE jest na gruncie polskiego prawa nową i autonomiczną konstrukcją prawną, o licznych cechach zbliżonych z funduszem inwestycyjnym²⁵ a także wykazującym pewne cechy właściwe fundacji²⁶. Cechą charakterystyczną konstrukcji OFE jest obowiązkowe uczestnictwo ubezpieczonych w Funduszu oraz dostęp przez członków OFE do zgromadzonych w nim środków wyłącznie po osiągnięciu odpowiedniego wieku emerytalnego. OFE jest właścicielem swoich aktywów (a więc także i środków ze wpłaconych doń składek). Jednocześnie jednak OFE wykonuje prawo własności składek w sposób związany, tj. inwestuje je w celu powiększenia swych środków i ich następnej wypłaty uczestnikom. W ten sposób istota działania OFE jest zbliżona z istotą funkcjonowania funduszy inwestycyjnych.²⁷

Wykonywanie przez OFE prawa własności aktywów (środków zgromadzonych w OFE) podlega ograniczeniom wynikającym z relacji prawnej z członkami OFE, którzy to członkowie zachowują ograniczone uprawnienie do dysponowania swymi oszczędnościami w Funduszu. Podstawą tej relacji jest umowa o członkostwo w OFE²⁸ oraz poszczególne zapisy ustawy (UOFE). Przyznają one członkom OFE szereg uprawnień składających się na swoisty nadzór nad wykonywaniem przez OFE prawa własności w stosunku do środków zgromadzonych w Funduszu. Jednocześnie

²⁴ Art. 3 ust 1 i 2 UOFE: „Organem funduszu jest towarzystwo emerytalne (...) utworzone zgodnie z przepisami ustawy. 2. Towarzystwo tworzy fundusz oraz, jako jego organ, zarządza nim i reprezentuje w stosunkach z osobami trzecimi. (...)”

²⁵ Stec, Piotr: „Powiernictwo w prawie polskim na tle porównawczym”, Kraków 2005, s. 213-214.

²⁶ Chróścicki, Andrzej: „Ustawa o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych. Komentarz”, Warszawa 2010, s. 110 i n..

²⁷ Zawadzka, Patrycja „Fundusz inwestycyjny w systemie instytucji finansowych”, Warszawa 2009, s. 114 i n.;

²⁸ Art. 81 UOFE.

sposób wykonywania prawa własności prowadzić może do odpowiedzialności odszkodowawczej PTE wobec członków OFE (art. 48 UOFE).²⁹ W tym zakresie relacja pomiędzy członkiem OFE a Funduszem jest zbliżona do relacji powiernika z powierzającym.³⁰ Powiernik (tu: OFE) jest bezpośrednim właścicielem rzeczy, natomiast powierzającemu (ubezpieczonemu) przysługują w stosunku do rzeczy uprawnienia pośrednie. Zabezpieczają one pierwotną relację właścicielską pomiędzy powierzającym a środkami finansowymi i podkreślają czasowy charakter wykonywania prawa własności przez powiernika. Stąd też **środki zgromadzone w OFE mają jednocześnie charakter mienia OFE (są przedmiotem ich bezpośredniej własności bądź innych praw majątkowych) jak i – pośrednio – mienia osób ubezpieczonych (na rzecz których OFE gromadzi i pomnaża powierzone środki).**

OFE, akumulując kapitał i inwestując go w papiery wartościowe, działa w sposób przeciwny do ZUS, który nie inwestuje swych aktywów, natomiast gromadzony kapitał przeznacza na bieżące wypłaty dla świadczeniobiorców, m.in. w postaci świadczeń emerytalnych, rentowych, chorobowych i wypadkowych³¹. Wbrew obiegowej opinii, ZUS nie prowadzi osobnych subkont (lub kont), na które wpłacane byłyby środki pochodzące od poszczególnych płatników na wzór kont prowadzonych w instytucjach bankowych. Prowadzona jest jedynie ewidencja, zawierająca informację o ilości wpłaconych przez dane osoby składek, na potrzeby późniejszego obliczenia uprawnień emerytalnych³². Natomiast wpłacane środki, ewidencjonowane na subkoncie, są przeznaczane na bieżące finansowanie wypłat z ZUS. W ten sposób subkonta w ZUS stanowią formę zadłużenia sektora publicznego zbliżoną do obligacji skarbu państwa. ZUS bowiem wydaje otrzymane środki, w zamian zapisując na subkoncie danej osoby środki, które osoba ta powinna otrzymać od państwa w momencie przejścia na emeryturę.

Należy podkreślić, że OFE, jako samodzielna osoba prawna, jest podmiotem prawnej ochrony majątku. OFE jest osobą prawną, powołaną przez PTE w trybie określonym ustawą. Towarzystwo jest z kolei spółką akcyjną³³. Ani Towarzystwo, ani OFE nie są jednostkami organizacyjnymi należącymi do sektora publicznego (*imperium*) – ewentualna własność państwowa mogłaby być realizowana jedynie poprzez instrumenty prawa handlowego i prawa cywilnego (*dominium*). Do majątku OFE zaliczyć należy przede wszystkim aktywa OFE, do których ustawa zalicza wpłacone do Funduszu składki osób ubezpieczonych.³⁴ Aktywa stanowią (prywatną) własność Funduszu do momentu zajścia prawnie przewidzianego zdarzenia powodującego obowiązek wypłaty zgromadzonych środków.³⁵ W tymże okresie (pomiędzy wpłatą i wypłatą środków) OFE są uprawnione do pełnej ochrony prawnej ich aktywów jako przysługującego im mienia.

²⁹ Zob. kolejny podrozdział Ekspertyzy.

³⁰ Wprowadzie art. 48 UOFE - stanowiący źródło roszczeń odszkodowawczych ubezpieczonego (członka OFE) - statuuje odpowiedzialność PTE a nie OFE (wyłączenie w art. 48 § 2 UOFE), niemniej jednak między OFE a PTE – pomimo iż są one osobnymi osobami prawnymi – zachodzi stosunek powiązania „organicznego” – PTE jest ustawowym organem OFE. Dlatego też, mimo iż PTE nie jest właścicielem aktywów, można mówić o zachodzeniu stosunku powiernictwa tak między OFE a członkiem OFE jak i między PTE (jako organem OFE) a członkami OFE.

³¹ Art. 52 i następane USUS.

³² Art. 40a USUS.

³³ Art. 27 ust. 1 UOFE: „Towarzystwo prowadzi działalność wyłącznie w formie spółki akcyjnej.”

³⁴ Art. 6 ust. 1 UOFE: „Składki wpłacone do funduszu, nabyte za nie lub w związku z nimi prawa i pożytki z tych praw stanowią jego aktywa.”

³⁵ Chróścicki, Andrzej: op. cit., s. 110: „Otwarty fundusz emerytalny jest samodzielną osobą prawną, a zgromadzony przez niego majątek stanowi jego własność, ograniczoną czasowo i przedmiotowo przepisami określającymi okres

3.3. Uprawnienie członków OFE do zgromadzonych środków

Jak wskazano powyżej, OFE wykonują prawo własności zgromadzonych aktywów na rzecz osób ubezpieczonych, które na podstawie ustawy zobligowane zostały do czasowego powierzenia Funduszom części swych środków finansowych.³⁶ O ile relacja prawna łącząca OFE i jego własność (aktywa) ma charakter oczywisty i bezpośredni, o tyle nieco bardziej skomplikowana jest kwestia praw podmiotowych członków OFE do ich środków zgromadzonych w Funduszu.

W swym dotychczasowym orzecznictwie Sąd Najwyższy wyraził stanowisko, że składka pobierana przez ZUS i przekazywana do OFE nie ma charakteru prywatnej własności członka Funduszu.³⁷ Pogląd ten należy przyjąć, albowiem sam fakt wykonywania prawa własności na środkach przez OFE świadczy o braku zachodzenia relacji bezpośredniej własności pomiędzy osobą ubezpieczoną a jej składką. Nie świadczy to jednak o braku ochrony wiązki uprawnień, jakie łączą osobę ubezpieczoną z jej środkami w OFE. SN wskazał w tym zakresie, że „składki (...) przeliczone na jednostki rozrachunkowe stanowią podstawę nabywania przez członka funduszu uprawnień cząstkowych do przyszłej emerytury do czasu nabycia prawa do całości środków zgromadzonych na indywidualnym koncie”³⁸. Dodatkowo, w uchwale z dnia 11 sierpnia 2004 roku o sygn. II UZP 7/04 SN przyjął, że „zaleganie z przekazaniem składki do otwartego funduszu emerytalnego narusza prawo dysponowania przez ubezpieczonego częścią jego składki, którą zdecydował się wpłacać do funduszu lub został do tego zobowiązany przez ustawę, gdy jego członkostwo w funduszu jest obligatoryjne.” Jednocześnie w uchwale z 5 kwietnia 2006 roku do sygn. akt III CZP 121/05 SN opowiedział się za dopuszczalnością – przysługującej osobie ubezpieczonej – drogi sądowej w sprawie o przekazanie składki przez ZUS do OFE. W stosownej części orzeczenia SN stwierdził: „W literaturze trafnie wskazuje się, że w systemie opartym na indywidualizacji ubezpieczenia i zorganizowania go na podstawie zasady zdefiniowanej składki państwo przekazało ubezpieczonemu odpowiedzialność za wysokość emerytury, która jest kształtowana przez cały okres składkowy. Gdy ubezpieczony odpowiada za wysokość emerytury, musi mieć instrumenty ochrony prawnej na wypadek zaniżania jego wkładu do funduszu przez niewykonanie przez Zakład obowiązku przekazania części składki na ubezpieczenie emerytalne.”

Można odnieść wrażenie, że orzecznictwo Sądu Najwyższego stało się źródłem pewnej konfuzji w debacie wokół OFE. W wyroku z 04.06.2008 r. (II UK 12/08), SN uznał, 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 [tj. OFE]”. Upatrywanie w stanowisku SN zanegowania własnościowego charakteru środków w OFE nie znajduje pokrycia w treści orzeczenia – odnośne, idące w tym kierunku fragmenty były jedynie przytoczeniem poglądów doktryny – *nota bene* SN przytaczał też poglądy

gromadzenia i wypłaty części tego majątku na rzecz poszczególnych członków funduszu oraz przepisami ograniczającymi możliwości dysponowania tym majątkiem w zakresie jego lokat i obciążeń.”

³⁶ Chróścicki, Andrzej: „Ustawa o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych. Komentarz”, Warszawa 2010, s. 521 - 522: „(...) członek funduszu, wpłacając do funduszu składkę emerytalną, przenosi własność tej składki na rzecz osoby prawnej, zwanej funduszem emerytalnym (składka ta wchodzi do majątku/aktywów funduszu emerytalnego). Powyższe przeniesienie własności kwoty wpłaconej składki jest przeniesieniem własności na ściśle określony czas (do czasu wykupienia przez członka funduszu emerytalnego emerytury dożywotniej w wybranym zakładzie ubezpieczeń emerytalnych). Tak więc składka emerytalna członka funduszu stanowi świadczenie pieniężne na rzecz funduszu, przy czym świadczenie to jest świadczeniem dokonywanym na ściśle określony czas.”

³⁷ Wyrok SN z dnia 4 czerwca 2008 do sygn. akt UK 12/08/1, również wyrok SN z dnia 24 stycznia 2013 roku w sprawie do sygn. akt V CSK 63/12.

³⁸ Wyrok SN z dnia 24 stycznia 2013 roku w sprawie do sygn. akt V CSK 63/12.

przeciwne. Sąd Najwyższy nie musiał tego dylematu rozstrzygać, ponieważ spór nie dotyczył charakteru prawnego środków w OFE, ale samego obowiązku odprowadzania składek. W drugim często powoływanym judykacie z dnia 24 stycznia 2013 roku (V CSK 63/12) SN wprawdzie uznał, że „składki na ubezpieczenie emerytalne odprowadzane do funduszu nie są prywatną własnością członka funduszu, a pochodzą z podziału przekazywanej ZUS składki na to właśnie ubezpieczenie i przeliczone na jednostki rozrachunkowe stanowią podstawę nabywania przez członka funduszu uprawnień częściowych do przyszłej emerytury do czasu nabycia prawa do całości środków zgromadzonych na indywidualnym koncie”, jednakże kontekst, w jakim pogląd ten został sformułowany, rzutuje w sposób decydujący na jego prawidłowe rozumienie: otóż cytowane orzeczenie SN chroni system emerytalny przed jego „rozmontowaniem” na podstawie prywatnoprawnych roszczeń. Spór leżący u podstaw przytoczonego wyroku SN dotyczył możliwości żądania przez ubezpieczonego wypłaty jego środków z OFE na podstawie prawa własności. Nawet najdalej idące sformułowanie, którym posłużył się SN, nie może być prawidłowo rozumiane bez uwzględnienia kontekstu – w uchwale składu 7 sędziów z dnia 5 kwietnia 2006 roku (III CZP 121/05). Sąd Najwyższy stwierdził, że „składki na ubezpieczenie emerytalne odprowadzane do funduszu nie są prywatną własnością członka funduszu, a przeliczone na jednostki rozrachunkowe stanowią podstawę nabywania przez niego uprawnień częściowych do przyszłej emerytury do czasu nabycia prawa do całości środków zgromadzonych na indywidualnym koncie. Składka po przekazaniu do funduszu zachowuje nadal swój publicznoprawny ubezpieczeniowy charakter”. Pogląd ten został sformułowany jako fragment uzasadnienia prawa ubezpieczonego do żądania wydania przez ZUS decyzji administracyjnej w trybie art. 83 ust. 1 ustawy z dnia 13 października 1998 roku o systemie ubezpieczeń społecznych (tekst jedn. Dz.U. Nr 205, poz. 1585 ze zm.). Również i ten wyrok – podobnie jak dwa poprzednio przytoczone – służy ochronie systemu emerytalnego (konkretnie OFE) przed źle pojmowanym prawem własności.

Z punktu widzenia systemowego wręcz rodzajem interpretacyjnej „perwersji” wykorzystanie tych – chroniących system emerytalny orzeczeń – jako argumentów mających przemawiać za dopuszczalnością nacjonalizacji tegoż systemu. Co więcej, ustrojowo nie jest dopuszczalne wywodzenie z orzecznictwa Sądu Najwyższego przesądzających wniosków co do zakresu ochrony własności w rozumieniu Konstytucji. Przyjęcie prywatno- bądź publicznoprawnej kwalifikacji przez SN nie determinuje jeszcze o zakresie gwarancji konstytucyjnych – dokonanie ustaleń w tej mierze pozostaje w kognicji Trybunału Konstytucyjnego

W powyższym zakresie warto *in extenso* przytoczyć stanowisko Andrzeja Chróścickiego, który obszernie opisał konieczność przyporządkowania składki trafiającej do OFE do sfery własności prywatnej (mienia) osoby ubezpieczonej:

„Porównując charakterystykę prawną środków publicznych z charakterystyką tej części składki emerytalnej, która jest przekazywana do otwartych funduszy emerytalnych, należy stwierdzić, że między tymi dwoma środkami nie ma żadnych punktów zbieżnych. Część składki emerytalnej przekazywana na rachunki członkowskie w otwartym funduszu emerytalnym pochodzi ze składki ubezpieczeniowej opłacanej przez ubezpieczonego, a de facto z części jego ubruttowionego wynagrodzenia, i stanowi część prywatnych środków finansowych osoby podlegającej obowiązkowemu ubezpieczeniu emerytalnemu. Składka emerytalna przez cały proces jej przekazywania, poczynając od wynagrodzenia osoby ubezpieczonej, poprzez płatnika składek, ZUS, system bankowy, aż do wpłynięcia na rachunek członkowski w otwartym funduszu

*emerytalnym, jest zindywidualizowana i nie traci swojej tożsamości. Składka ta nie jest zatem świadczeniem państwa lub płatników składek na rzecz określonych osób, mogącym stanowić część finansów publicznych. Z faktu, że składka na ubezpieczenie emerytalne ma charakter obowiązkowy oraz że w pierwszej kolejności wpływa ona na indywidualne konta w ZUS-ie, nie wynika, iż ubezpieczony traci do tej składki prawa własności, nabywając jednocześnie publiczne prawa podmiotowe w zakresie wypłaty świadczenia z bliżej nieokreślonych środków przeznaczonych przez państwo na przyszłe emerytury. Wręcz przeciwnie, świadczenie emerytalne ubezpieczonego jest w całości, zarówno w części emerytalnej przysługującej z ZUS-u, jak też z otwartego funduszu emerytalnego, oparte wyłącznie na środkach ubezpieczonego zgromadzonych na jego indywidualnym koncie w ZUS-ie i na jego rachunku członkowskim w otwartym funduszu emerytalnym. Jest to zatem indywidualna składka (której część stanowią środki finansowe płatnika składek pozostające w ZUS-ie, a część prywatne środki ubezpieczonego przekazane do funduszu emerytalnego). (...) Powyższy stan faktyczny prowadzi do wniosku, że składka emerytalna ubezpieczonego nie stanowi daniny publicznej z tytułu obowiązkowego ubezpieczenia społecznego, lecz charakter prawny tej składki przesądza o tym, iż stanowi ona prywatną własność osoby ubezpieczonej, a nie część środków publicznych przeznaczonych na obowiązkowe ubezpieczenie poszczególnych osób podlegających temu ubezpieczeniu.*³⁹ (wytluszczenia dodane).

Istotny i przekonujący w przytoczonym stanowisku jest zwłaszcza argument wskazujący na zindywidualizowanie składki. Jest to bowiem świadczenie nie tylko przypisane danej osobie fizycznej i związane m.in. z wysokością jej zarobków, ale i podlegające – w swym zindywidualizowaniu – dyspozycjom tejże osoby. W ten sposób składka nie tylko nie jest świadczeniem państwowym, ale i nigdy nie podlega dyspozycjom państwa.

Należy zaznaczyć, że **ZUS (ani inny organ skarbu państwa) nie posiada żadnych uprawnień właścicielskich w stosunku do składek. Jest on zobowiązany tylko i wyłącznie do poboru składek i ich bezzwłocznego przekazania do OFE. Powyższy obowiązek jest zabezpieczony prywatnoprawnymi sankcjami. ZUS jest bowiem zobowiązany do zapłaty odszkodowania i pokrycia szkody wynikającej z opóźnionego przekazania składek do OFE**⁴⁰. Uwypukla to bezzasadność ewentualnej tezy o publicznym charakterze środków w OFE: w przypadku jej przyjęcia należałoby bowiem uznać, że skarb państwa jest zobowiązany do zapłaty odsetek za opóźnione przekazanie publicznych środków do innego zbioru publicznych środków.

Podstawą powstania uprawnień osoby ubezpieczonej wobec OFE (wierzytelności o wypłatę świadczeń emerytalnych oraz innych praw związanych) są środki wpłacone przez członka OFE do Funduszu i następnie lokowane przez Fundusz na rzecz członka do momentu uzyskania przezeń uprawnień emerytalnych. Zasadnym jest zatem uznanie wzajemnego charakteru umowy łączącej ubezpieczonego z OFE. Przymusowy charakter uczestnictwa w II filarze nie podważa takiej kwalifikacji prawnej. Składnikiem wierzytelności członka OFE wobec Funduszu jest przede wszystkim roszczenie o wypłatę środków po osiągnięciu uprawnień emerytalnych. Wierzytelność ta jest swoistą drugą stroną relacji powierzenia środków: wykonywaniu własności środków przez Fundusz odpowiada roszczenie członka OFE o wypłatę świadczeń pozostających w relacji do tychże środków (powiększonych lub pomniejszonych na skutek działalności inwestycyjnej OFE). Przedmiotem mienia członka OFE są przy tym środki zgromadzone w OFE lub nabyte za te środki

³⁹ Chróścicki, Andrzej: „Ustawa o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych. Komentarz”, Warszawa 2010, s. 641.

⁴⁰ Ibidem, s. 627 i kolejne.

papiery wartościowe – których wartość rzutuje bezpośrednio – z uwzględnieniem kosztów administracyjnych OFE – na ustalenie wartości jednostek rozrachunkowych. Zachodzenie tejże relacji – w okresie inwestowania środków – potwierdza przyznanie członkom OFE własności jednostek rozrachunkowych.⁴¹ Wartość jednostek rozrachunkowych pozwala osobie ubezpieczonej na ocenę efektywności działalności Funduszu oraz na materialne planowanie przyszłości. Na tej podstawie możliwe jest także podjęcie decyzji przez ubezpieczonego o zmianie Funduszu (art. 84 UOFE) w oparciu o historyczne dane oraz własne predykcje ubezpieczonego – celem maksymalizacji zwrotu z inwestowanych środków, co przekłada się na wysokość przyszłych świadczeń uprawnionego (ubezpieczonego).

Należy wziąć pod uwagę fakt, że ustawodawca zobligował OFE do przeliczania środków osoby ubezpieczonej na jednostki rozrachunkowe i do informowania członków (tj. osób ubezpieczonych), jaką ilość jednostek rozrachunkowych w aktywach OFE oni posiadają. Jednostki rozrachunkowe stanowią informację o wierzytelności ubezpieczonego wobec OFE. Wierzytelność ta odpowiada ilości środków wpłaconych przez ZUS – na rzecz uczestnika (ubezpieczonego).⁴² Jednostka rozrachunkowa służy ustaleniu zakresu majątkowej partycypacji członka funduszu w jego aktywach⁴³ W tym zakresie jednostki rozrachunkowe posiadają naturę analogiczną do jednostek uczestnictwa w funduszach inwestycyjnych w rozumieniu art. 82 i kolejnych ustawy z dnia 27 maja 2004 roku o funduszach inwestycyjnych (Dz.U. 2004 nr 146 poz. 1546). Jednostki uczestnictwa reprezentują wierzytelność uczestnika wobec funduszu inwestycyjnego, określając świadczenie pieniężne, do którego spełnienia zobowiązany będzie fundusz inwestycyjny w momencie odkupywania jednostek.⁴⁴ Ustawodawca zdecydował się na wykorzystanie analogicznego instrumentu (jednostki rozrachunkowej) do relacji pomiędzy OFE a jego członkami. Podobnie jak w przypadku funduszy inwestycyjnych, jednostki rozrachunkowe informują uczestnika na bieżąco o stanie jego „inwestycji”, pozwalając mu na wykonywanie prawa do dysponowania środkami. Jednocześnie ich własność przekłada się na wysokość roszczenia uczestnika OFE w stosunku do Funduszu. Ukształtowanie tejże relacji na zasadzie identycznej z relacją inwestorską w funduszu inwestycyjnym jednoznacznie świadczy o prywatnoprawnym charakterze „inwestycji” uczestników OFE.

O prywatnym charakterze składek i powinności ich ochrony jako składnika mienia osób ubezpieczonych świadczy także i szereg innych właściwości relacji prawnej pomiędzy członkiem a OFE (i jego aktywami). W pierwszej kolejności należy zauważyć, że istotą relacji ubezpieczonych z OFE jest prywatnoprawna umowa zawarta z Funduszem (co dodatkowo wzmacnia argument o przynależności tej relacji do sfery prawa prywatnego). To właśnie ta umowa – zawierana zgodnie z normą z art. 81 UOFE – jest podstawą nie tylko regulacji praw i obowiązków jej stron (ubezpieczonego i OFE) ale także doprecyzowuje ustawową relację pomiędzy ZUS a OFE poprzez konkretyzację Funduszu uprawnionego do otrzymywania składek przekazywanych z ZUS..

⁴¹ Art. 99 ust. 1 UOFE: „Składki wpłacane do funduszu oraz otrzymane wypłaty transferowe są przeliczane na jednostki rozrachunkowe (...)”.

⁴² Chróścicki, Andrzej, op. cit. s. 646.

⁴³ Ibidem.

⁴⁴ Kropiwnicki, Jarosław: „Fundusze inwestycyjne. Prawna ochrona interesu uczestników”, Warszawa 2009, Rozdział 2.4; Szumański, Andrzej: „Prawo papierów wartościowych”, Warszawa 2006, kom. do art. 82 ustawy o funduszach inwestycyjnych.

Również sama ustawa (UOFE) przyznaje członkom OFE szereg uprawnień, które jednocześnie świadczą o tym, że składki (oraz później – środki zgromadzone w OFE) stanowią własność prywatną (aczkolwiek ograniczoną w jej wykonywaniu przez stosowne zapisy ustawy). W tym kontekście należy wskazać przede wszystkim na wzmiankowane już prawo do przeniesienia środków do innego OFE⁴⁵, prawo zapisania OFE wybranym spadkobiercom⁴⁶, przynależenie środków do majątku wspólnego małżonków⁴⁷, prawo domagania się od PTE prowadzącego OFE odszkodowania w przypadku poniesienia szkody na skutek działalności OFE⁴⁸.

Charakterystycznym aspektem praw podmiotowych osób ubezpieczonych w stosunku do ich środków zgromadzonych w OFE jest przynależenie środków do majątku wspólnego małżonków⁴⁹. Wspólność majątkowa jest definiowana przez art. 31 § 1⁵⁰ Kodeksu Rodzinnego i Opiekuńczego i obejmuje przedmioty majątkowe nabyte w czasie jej trwania przez oboje małżonków lub przez jednego z nich. Wszystkie przedmioty należące do majątku wspólnego małżonków (jak i do ich majątku osobistego) mają niewątpliwie charakter własności prywatnej i podlegają konstytucyjnej ochronie prawnej. Tym samym, jeśli art. 131 ust. 1 UOFE jednoznacznie zalicza środki zgromadzone w OFE przez jednego z małżonków do majątku wspólnego małżeństwa, oczywiste jest uznanie tych środków za ich własność prywatną. Jednocześnie, **skoro środki wchodzą w skład wspólności majątkowej danej osoby, osoba ta musi być uprawniona do ich prawnej ochrony jako składnika swego mienia.**

Uprawnienie do przeniesienia środków zgromadzonych w OFE do innego Funduszu w sposób szczególny podkreśla możliwość dysponowania środkami przez ubezpieczonego. Przeniesienie środków do innego OFE ma bowiem faktyczny skutek polegający na wyjściu środków z aktywów jednego Funduszu i stosownym powiększeniu aktywów innego (konkurencyjnego) Funduszu. **Ubezpieczony występuje w tym procesie jako dysponent środków, tj. podmiot decydujący o powierzeniu tych środków innemu powiernikowi** (do bezpośredniego wykonywania własności na rzecz pierwotnego właściciela środków). Widoczny jest tutaj istotny zakres autonomii ubezpieczonego w zakresie decydowania o losie jego środków: staranność dokładana przez ubezpieczonego przy wyborze Funduszu i przy kontrolowaniu jego wyników przekładać się

⁴⁵ Art. 84 UOFE: „Jeżeli członek otwartego funduszu przystępuje do innego otwartego funduszu, fundusz ten jest obowiązany zawiadomić na piśmie dotychczasowy otwarty fundusz o zawarciu umowy z tym członkiem. Umowa z dotychczasowym funduszem ulega rozwiązaniu z dniem dokonania zmiany w Centralnym Rejestrze Członków Otwartych Funduszy Emerytalnych.”

⁴⁶ Art. 132 ust. 1 UOFE: „Środki zgromadzone na rachunku zmarłego członka otwartego funduszu emerytalnego, które nie zostaną wykorzystane zgodnie z art. 131, przekazywane są osobom wskazanym przez zmarłego, zgodnie z art. 82 ust. 1 lub 1a, a w przypadku ich braku wchodzą w skład spadku.”

⁴⁷ Art. 131 ust. 1 UOFE: „Jeżeli w chwili śmierci członek otwartego funduszu pozostawał w związku małżeńskim, fundusz dokonuje wypłaty transferowej połowy środków zgromadzonych na rachunku zmarłego na rachunek małżonka zmarłego w otwartym funduszu, w zakresie, w jakim środki te stanowiły przedmiot małżeńskiej wspólności majątkowej.”

⁴⁸ Art. 48 ust. 1 UOFE: „Towarzystwo odpowiada wobec członków funduszu za wszelkie szkody spowodowane niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem swych obowiązków w zakresie zarządzania funduszem i jego reprezentacji, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie tych obowiązków jest spowodowane okolicznościami, za które towarzystwo nie ponosi odpowiedzialności i którym nie mogło zapobiec mimo dłożenia najwyższej staranności.”

⁴⁹ Rozdział 12 UOFE. Zob. Nadrowski, Mariusz: „Środki finansowe zgromadzone na rachunku członka Otwartego Funduszu Emerytalnego”, Przegląd Ubezpieczeń Społecznych i Gospodarczych 2000/9 str. 34.

⁵⁰ Art. 31 § 1 KRO: „Z chwilą zawarcia małżeństwa powstaje między małżonkami z mocy ustawy wspólność majątkowa (wspólność ustawowa) obejmująca przedmioty majątkowe nabyte w czasie jej trwania przez oboje małżonków lub przez jednego z nich (majątek wspólny). Przedmioty majątkowe nieobjęte wspólnością ustawową należą do majątku osobistego każdego z małżonków.”

powinna na jak najefektywniejsze zarządzanie środkami. Jeśli osoba ubezpieczona zaniedba kontrolę/monitoring postępowania Funduszu, jej środki inwestowane przez ów Fundusz mogą nie przynieść takiego zwrotu, jaki byłby możliwy przy lepszym, tj. efektywniejszym zarządzaniu aktywami. Konsekwencją suboptymalnego zarządzania aktywami będzie bezpośrednio przełożenie uzyskanego wyniku inwestycyjnego wyniku na wartość jednostek rozrachunkowych, a przez to – w standardowym scenariuszu – na wysokość przyszłych świadczeń emerytalnych ubezpieczonego. Opisana powyżej **możliwość dysponowanie środkami podkreśla fakt ich przynależności do mienia osoby ubezpieczonej – trudno byłoby bowiem inaczej uzasadnić fakt, że dana osoba byłaby uprawniona do przesuwania środków pomiędzy OFE.**

Kolejne z uprawnień członka OFE – **prawo do dziedziczenia środków – nabiera rangi symbolicznej przy uwzględnieniu, że Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 roku (Dz.U. Nr 78, poz. 483) (dalej: „Konstytucja”) statuuje ochronę prawa dziedziczenia w ścisłym związku z ochroną własności⁵¹.** Prawo dziedziczenia stanowi o ochronie instytucji własności: dzięki istnieniu instytucji dziedziczenia spadkodawca zyskuje gwarancję, że jego mienie „przypadnie” wybranym przez niego osobom. **Jeśli zatem ustawa w sposób wyraźny stanowi, że środki w OFE podlegają dziedziczeniu⁵², tym samym muszą one podlegać również Konstytucyjnej ochronie przewidzianej dla ochrony własności i innych praw majątkowych (art. 64 Konstytucji).** Jednocześnie powyższe stanowi o prywatnym charakterze tychże środków: trudno by było bowiem znaleźć uzasadnienia dla dziedziczenia środków publicznych przez osoby prywatne.

Kolejnym ważnym uprawnieniem członka Funduszu w stosunku do odpowiedniej części aktywów OFE jest prawo do dochodzenia odszkodowania od PTE w razie poniesienia szkody wskutek złego zarządzania Funduszem.⁵³ **Skoro nieprawidłowe inwestowanie środków pochodzących ze składek uczestników powoduje prywatnoprawną odpowiedzialność zarządcy Funduszu, trudno uznać zasadność utrzymywania tezy o publicznoprawnym charakterze środków w Funduszu, a tym bardziej – o braku zachodzenia szczególnej, prawnie chronionej relacji osoby ubezpieczonej i jej oszczędności w OFE. Przyjęcie odmiennej koncepcji prowadziłoby do paradoksalnego wyniku: osoba ubezpieczona mogłaby na drodze cywilnej dochodzić odszkodowania za szkody spowodowane w (nie nieleżących do niej) środkach publicznych, do których to środków uprawnienie nie mogłoby być chronione innymi normami chroniącymi własność, w tym – normami o randze konstytucyjnej. Omawiana tu reżim odpowiedzialności odszkodowawczej nie stanowi bowiem przejawu *actio popularis*, ale jest środkiem indywidualnej ochrony majątkowej ubezpieczonego.** Skoro zatem ustawodawca w sposób jednoznaczny daje członkom OFE możliwość prywatnoprawnej ochrony uprawnień w stosunku do ich środków w OFE, to tym bardziej analogiczna ochrona jest uzasadniona na gruncie norm konstytucyjnych (art. 21, art. 64 Konstytucji).

⁵¹ Vide art. 21 i art. 64 Konstytucji.

⁵² Zob. Gorgol, Andrzej: „Opinia prawna na temat: Faktyczne, w tym prawne, gwarancje odzyskania przez rodzinę (spadkobierców) środków finansowych ulokowanych w bankach i innych instytucjach finansowych przez klientów, którzy następnie zmarli – w Polsce i wybranych krajach Unii Europejskiej oraz propozycja zmian legislacyjnych i ewentualnie innych rozwiązań, które dawałyby takie gwarancje”, Kancelaria Senatu, Warszawa 2013, s. 8 i kolejne.

⁵³ Jest to odpowiedzialność wzorowana na odpowiedzialności członków zarządu spółki, których kapitałem zarząd zarządza. Jabłoński, Andrzej: „Właściwości członkostwa w Otwartym Funduszu Emerytalnym (1)”, Przegląd Ubezpieczeń Społecznych i Zdrowotnych 2002/6 str. 26.

Zgodnie z poglądem utrwalonym w literaturze przedmiotu, własność publiczna jest wykonywana przez podmioty publicznoprawne dla celów publicznych⁵⁴. Tymczasem **OFE – jako podmioty prywatne – zarządzają składkami ubezpieczonych w celu maksymalizacji ich zindywidualizowanych interesów majątkowych** (pokreśleniem tego celu jest prawo ubezpieczonego do zmiany OFE – art. 84 UOFE). **OFE są w sposób indywidualny powiązane z konkretnymi osobami ubezpieczonymi i funkcjonują w celu wypłaty tymże konkretnym osobom określonych środków**. W ten sposób funkcjonalnie aktywność OFE należy do sfery własności prywatnej. **Własność OFE nie służy celowi ogólnemu (dobru publicznemu) lecz dobru konkretnych osób**. Jednoczesne powiązanie funkcjonalności modelu z realizacją określonej polityki społecznej nie podważa takiej własnościowej kwalifikacji. Potwierdza to cały szereg rozstrzygnięć legislacyjnych, które zostały dokonane przez ustawodawcę dla realizacji określonej polityki społecznej czy gospodarczej – przykładowo zagadnienia związane z przymusem kontraktowym⁵⁵ (którego specyficznym przejawem jest *nota bene* obowiązek zawarcia umowy z OFE w ramach II filaru), z polityką antyepidemiologiczną⁵⁶, zagrożeniem klęskami żywiołowymi⁵⁷, z eksploatacją kopalni⁵⁸ czy nawet prawem spółek⁵⁹ zawierają liczne regulacje szczegółowe podyktowane interesem publicznym, nie zmieniają jednak *per se* prywatnoprawnego charakteru praw (zazwyczaj prawa własności czy też prywatnoprawnej sfery autonomii woli), w które czy to ingerują, czy też których granice ustanawiają.

Powyżej sformułowane konstatacje znajdują potwierdzenie w orzecznictwie TK, zgodnie z którym **własnością prywatną jest „każda własność należąca do jakichkolwiek innych podmiotów aniżeli państwo (podmiotów autonomicznych w stosunku do państwa) i pozostająca w pozapaństwowym sektorze własności**.”⁶⁰ (wytłuszczenie dodane). Skoro zatem środków OFE z całą pewnością nie można zakwalifikować jako własności państwa (lub jednostek samorządu terytorialnego), stanowią one własność prywatną i jako takie podlegają ochronie prawnej.

Szczególne uprawnienie członków do środków w OFE znajduje także potwierdzenie w normie z art. 107 UOFE. Dla uniknięcia sytuacji, w której członkowie OFE skonsumują zgromadzony kapitał jeszcze przed przejściem na emeryturę i w związku z tym pozbawieni zostaną środków do życia po zaprzestaniu pracy, art. 107 UOFE formułuje zakaz rozporządzania przez członków środkami zgromadzonymi na rachunku w OFE. Sam fakt wprowadzenia tej normy świadczy o tym, że środki w OFE są przedmiotem uprawnienia uczestnika, jednakże swoboda uczestnika w dysponowaniu

⁵⁴ Stelmachowski, Andrzej: „Zarys teorii prawa cywilnego”, Warszawa 1998, s. 187.

⁵⁵ Por. przykładowo art. 5 ust. 2 oraz art. 23 ustawy z dnia 22 maja 2003 roku o ubezpieczeniach obowiązkowych, Ubezpieczeniowym Funduszu Gwarancyjnym i Polskim Biurze Ubezpieczycieli Komunikacyjnych (Dz.U. Nr 124, poz. 1152) ; art. 53 ustawy z dnia 20 marca 2009 r. o bezpieczeństwie imprez masowych (Dz.U. Nr 62, poz. 504); art. 7 ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. Prawo energetyczne, (tekst jednolity Dz.U. Nr 89, poz. 625 ze zm.); art. 86 ustawy z dn. 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (Dz.U. Nr 171, poz. 1800 ze zm.); art. 3, art. 8, art. 9-9a Ustawy z dn. 15 listopada 1984 r. Prawo przewozowe (tekst jednolity Dz.U. Nr 50, poz. 601); art. 199 ustawy z dn. 3 lipca 2002 r. Prawo lotnicze (tekst jednolity Dz.U. z 2012 r. poz. 933); art. 82 i n., art. 100 ust. 1 ustawy z dn. 30 czerwca 2000 r. Prawo własności przemysłowej (tekst jednolity Dz.U. Nr 119, poz. 1117).

⁵⁶ Art. 49 ust. 1 i 5 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o ochronie zdrowia zwierząt oraz zwalczaniu chorób zakaźnych zwierząt (Tekst jednolity Dz.U. z 2008 r., Nr 213, poz. 1342).

⁵⁷ Ustawa z dnia 11 sierpnia 2001 r. o szczególnych zasadach odbudowy, remontów i rozbiórek obiektów budowlanych zniszczonych lub uszkodzonych w wyniku działania żywiołu (Dz.U. Nr 84, poz. 906 ze zm.).

⁵⁸ Art. 18 ust. 3 ustawy z dnia 9 czerwca 2011 r. – Prawo geologiczne i górnicze (Dz.U. Nr 163, poz. 981 ze zm.).

⁵⁹ Art. 418 KSH wprowadzający instytucję tzw. przymusowego wykupu akcji (*squeeze-out*); zob. też dyskusję na temat celu spółki handlowej – *shareholder value vs stakeholder value*.

⁶⁰ Wyrok TK z dnia 21 marca 2000 roku w sprawie do sygn. akt K. 14/99.

nimi została przez ustawodawcę ograniczona ze wspomnianych powyżej względów celowościowych. **Gdyby bowiem ubezpieczony *a limine* – przez wzgląd na swoją pozycję i naturę środków gromadzonych w Funduszu – miał być wyłączony z jakichkolwiek praw właścicielskich, wówczas dyspozycja art. 107 UFOE stanowiłaby ewidentne *superfluum*. Przytoczona norma daje zatem podstawę do wnioskowania *a contrario* za uznaniem własnościowego charakteru środków gromadzonych w Funduszach, których beneficjentem jest ubezpieczony.**

O prywatnoprawnym charakterze aktywów OFE świadczy również fakt ponoszenia przez uczestników OFE ryzyka działalności (inwestycyjnej) Funduszu. Otóż o ile OFE poniesie straty, przekłada się to na konsekwencje majątkowe dla danego ubezpieczonego. Nie do utrzymania jest teza, zgodnie z którą straty w środkach publicznych (przy przyjęciu koncepcji publicznoprawnego charakteru aktywów OFE) miałyby się przekładać na zmiany prywatnoprawnych uprawnień ubezpieczonego. Istnienie tzw. „mechanizmu niedoboru” nie podważa takiej kwalifikacji - co wynika z wyjątkowości sytuacji powodującej jego uruchomienie.⁶¹ Działa on na takiej samej zasadzie, na jakiej instrumenty np. gwarancji depozytów bankowych, które również nie podważają prywatnoprawnego charakteru więzi prawnej łączącej deponenta (klienta) z bankiem, ani nie podważają prawa klienta do jego środków zgromadzonych na rachunkach bankowych.

Powyzsza interpretacja została potwierdzona w praktyce europejskiego urzędu statystycznego (dalej: „Eurostat”). Eurostat zaliczył bowiem środki (aktywa) znajdujące się w ramach OFE do kapitału prywatnego i jednoznacznie oddzielił je od środków państwowych. Uzasadnieniem tej decyzji jest właśnie fakt, że ryzyko działalności Funduszy emerytalnych ponoszone jest przez osoby prywatne, z których to osób składki finansowana jest działalność Funduszy.⁶²

Za przedmiot prywatnej własności składki zgromadzone w funduszach emerytalnych uznał również Europejski Trybunał Praw Człowieka (dalej: „ETPC”). W wyroku z dnia 15 stycznia 2013 w sprawie E.B. przeciwko Węgrom (skarga nr 34929/11) ETPC stwierdził, że wobec skarżącej nie doszło do naruszenia stosownej regulacji z art. 1 Protokołu do Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności ponieważ skarżąca zachowała własność środków zgromadzonych przez siebie w prywatnym funduszu emerytalnym. W ten sposób ETPC jednoznacznie zakwalifikował środki w funduszu emerytalnym jako prywatną własność osób ubezpieczonych, podlegającą ochronie konwencyjnej.⁶³

Trzeba wreszcie zauważyć, że prywatny charakter własności środków zgromadzonych w OFE potwierdza sama treść Przeglądu. Zgodnie bowiem z Rekomendacją III oraz IV to aktywność osób ubezpieczonych jest podstawą (braku) ulokowania środków w systemie państwowym (ZUS). Gdyby zatem środki te już w chwili obecnej znajdowały się w domenie publicznej, trudno byłoby przypisywać osobie prywatnej decyzyjność w powyższym zakresie

⁶¹ „Mechanizm niedoboru” jest uruchamiany, gdy w danym okresie stopa zwrotu OFE jest niższa niż minimalna wymagana stopa zwrotu wynikająca z zastosowania „benchmarku wewnętrznego.”

⁶² Decyzja Eurostat z 02.03.2004, dostępna na stronie internetowej http://epp.eurostat.ec.europa.eu/cache/ITY_PUBLIC/2-02032004-BP/EN/2-02032004-BP-EN.HTML.

⁶³ Zobacz szerzej na ten temat – punkt 5.1 Ekspertyzy.

Reasumując, członkostwo w OFE stanowi powierzenie Funduszom prywatnego kapitału osób ubezpieczonych w celu jego zainwestowania w określony sposób. Aktywa OFE stanowią jego własność i jako takie są chronione prawnie. Jednocześnie uczestnik OFE jest wierzycielem Funduszu, o pozycji prawnej podobnej do powierzającego w stosunku powiernictwa.⁶⁴ Jego zasadniczym uprawnieniem jest przyszłe roszczenie o wypłatę środków uprzednio przez Fundusz zainwestowanych (ekspektatywa emerytury), jak również i opisana wiązka uprawnień w stosunku do zgromadzonych środków, składająca się na prawa podmiotowe osoby ubezpieczonej.

Należy podkreślić, że powyższe argumentacja zachowuje pełnię ważności także i przy przyjęciu stanowiska, zgodnie z którym składki stanowią część daniny publicznej. O ile bowiem ZUS – jako wyspecjalizowany organ państwowy – jest zobligowany do ich pobierania i przekazania OFE – o tyle w OFE niewątpliwie środki te są już zarządzane, inwestowane i wypłacane, na podstawie prywatnoprawnej umowy z członkiem OFE. Jednocześnie podlegają one opisanym uprawnieniom ich pierwotnych właścicieli. Środki – po ich wypłaceniu przez ZUS zgodnie z art. 22 ust. 3 pkt 1 USUS – opuszczają ramy finansów publicznych (opuszczają domenę publiczną), a stają się własnością podmiotów prywatnych – OFE⁶⁵, które – w imieniu własnym, ale na rzecz ubezpieczonego – inwestują je w celu powiększenia ich wartości i następnie wypłacenia tych środków członkom Funduszy.

3.4. Wypłata środków z OFE

Według obecnie obowiązującego stanu prawnego składki do OFE są wpłacane od momentu uzyskania pierwszego dochodu podlegającemu ubezpieczeniu emerytalnemu do dnia uzyskania przez ubezpieczonego prawa do emerytury. Zgodnie z art. 30 ustawy z dnia 21 listopada 2008 r. o emeryturach kapitałowych (Dz.U. 2008 nr 228 poz. 1507) (dalej: „**UOEK**”) wypłata emerytur jest przeprowadzana przez ZUS, korzystający ze środków przelanych przez OFE do ZUS.

Należy podkreślić, że obecnie środki zgromadzone w OFE są przezeń inwestowane – w interesie ubezpieczonych – do momentu przejścia przez daną osobę na emeryturę. Szczególnie pod koniec okresu oszczędzania środki te mogą przynosić duże profity – wynika to z faktu, że właśnie w tym okresie środki te są – na skutek długoletniej akumulacji – stosunkowo znaczne, co więcej, długi horyzont pozwala na zredukowanie (znielowanie) wpływu czasowych fluktuacji na rynku bazowych papierów wartościowych związanych z cyklami koniunkturalnymi czy wolatylnością rynków kapitałowych i finansowych.

Wypłata środków następuje w formie okresowej emerytury kapitałowej lub dożywotniej emerytury kapitałowej. Emerytury w obu formach wypłacane są przez ZUS, po ich uprzednim wpłaceniu przez OFE do funduszu emerytalnego ZUS⁶⁶. W przypadku okresowej emerytury kapitałowej środki z OFE transferowane są do ZUS systematycznie, w sposób dopasowany do

⁶⁴ Jabłoński, Andrzej: „Właściwości członkostwa w Otwartym Funduszu Emerytalnym (1)”, Przegląd Ubezpieczeń Społecznych i Zdrowotnych 2002/6 str. 25.

⁶⁵ Środki stanowią własność OFE w sensie cywilistycznym (OFE działa funkcjonuje tutaj na wzór powiernika, któremu członkowie powierzyli do zainwestowania ich składki). Jednocześnie jednak uprawnienie do tychże środków (w szczególności – roszczenie o ich wypłatę) stanowi przedmiot własności członków OFE w konstytucyjnym rozumieniu pojęcia własności.

⁶⁶ Art. 22 ust. 1 UOEK.

dokonywanych wypłat⁶⁷. Natomiast w przypadku przyznania ubezpieczonemu prawa do dożywotniej emerytury kapitałowej do ZUS przelana zostaje całość środków zgromadzonych przez daną osobę w OFE⁶⁸. Jednocześnie rachunek danej osoby w OFE zostaje zamknięty⁶⁹.

4. Konstytucyjnoprawny punkt odniesienia Rekomendacji I-IV

W niniejszym rozdziale przedstawione zostają punkty odniesienia – pod których kątem przeprowadzana jest ocena prawna Rekomendacji I – IV. W tym zakresie opisane zostają stosowne normy konstytucyjne, jak i normy prawa unijnego oraz międzynarodowego. Niezależnie od poniżej opisanych norm, do oceny Rekomendacji zastosowanie znajduje również zasada pewności prawa, jak i zasada ochrony interesów w toku. Zasady te, z uwagi na ich ogólne zastosowanie do wszystkich proponowanych Rekomendacji, omówione zostały w rozdziale 8 Ekspertyzy.

4.1. Ochrona własności OFE

Jak wskazano powyżej, środki wpłacone do OFE stanowią jego aktywa i są częścią majątku OFE. W związku z tym relacja pomiędzy OFE a jego aktywami podlega konstytucyjnej ochronie własności wyrażonej w **art. 21**⁷⁰ oraz **art. 64**⁷¹ **Konstytucji**. Wskazane normy ustrojowe chronią własność osób prawnych na równi z własnością osób fizycznych.⁷²

Własność jest na gruncie wspomnianej normy chroniona w sposób jednolity, niezależnie od podmiotu i przedmiotu własności.⁷³ **Ochrona własności OFE ma więc taki sam zakres, jak ochrona własności indywidualnych osób.** W literaturze zauważa się konieczność pojmowania konstytucyjnej ochrony własności jako tzw. prawa–instytucji. Z jednej strony prawa te **obligują państwo do utrzymania i ochrony określonej instytucji prawnej (tu: prawa własności), z drugiej strony natomiast zapewniają trwałość instytucji prawnych ukształtowanych w oparciu o instytucje prawne utworzone przez prawodawcę.**⁷⁴ Z powyższego wynika m.in. **ochrona prawa własności jednostek przed działaniem państwa, które naruszałoby instytucję prawa własności (stosunki prawne ukształtowane w oparciu o instytucję prawa własności).**

⁶⁷ Art. 14 ust. 6 UOEK.

⁶⁸ Art. 17 ust. 10 UOEK.

⁶⁹ Ibidem.

⁷⁰ Art. 21 ust. 1 Konstytucji: „1. Rzeczpospolita Polska chroni własność i prawo dziedziczenia. 2. Wywłaszczenie jest dopuszczalne jedynie wówczas, gdy jest dokonywane na cele publiczne i za słusznym odszkodowaniem.”

⁷¹ Art. 64 ust. 1 Konstytucji:

„1. Każdy ma prawo do własności, innych praw majątkowych oraz prawo dziedziczenia. 2. Własność, inne prawa majątkowe oraz prawo dziedziczenia podlegają równej dla wszystkich ochronie prawnej. 3. Własność może być ograniczona tylko w drodze ustawy i tylko w zakresie, w jakim nie narusza ona istoty prawa własności.”

⁷² Jarosz-Żukowska, Sylwia „Konstytucyjna zasada ochrony własności”, Kraków 2003, s.90.

⁷³ Skrzydło, Wiesław: Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz, Wydanie: VII, Warszawa 2013, kom. do art. 21 Konstytucji.

⁷⁴ Ibidem, s. 83.

Prawo własności chroni przede wszystkim możliwość posiadania rzeczy i korzystania z niej zgodnie z jej przeznaczeniem. Łączy się to z tzw. triadą praw właścicielskich: prawem do posiadania, korzystania i rozporządzania przedmiotem własności.⁷⁵

4.2. Ochrona praw członków OFE

Przytoczone powyżej normy z art. 21 oraz art. 64 Konstytucji znajdują zastosowanie do ochrony praw majątkowych uczestników OFE. Jakkolwiek nie przysługują im wobec aktywów OFE bezpośrednie prawo własności w ujęciu cywilistycznym, niemniej jednak aktywa stanowią część mienia osób ubezpieczonych.

Doktryna oraz orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego wielokrotnie podkreślały konieczność szerokiego rozumienia pojęcia własności na gruncie konstytucyjnym. **Zgodnie z orzecznictwem TK „regulacja konstytucyjna nie może być interpretowana w ten sposób, iż dotyczy praw majątkowych wynikających jedynie ze stosunków cywilnoprawnych. Ochronie podlegają bowiem wszelkie prawa majątkowe.”**⁷⁶ (wytluszczenie dodane). W innym orzeczeniu Trybunał podkreśla, że pod pojęciem praw majątkowych należy rozumieć także i uprawnienia zobowiązaniowe: **„art. 64 ust. 2 Konstytucji poddaje ochronie zarówno prawo własności w rozumieniu prawa cywilnego jak i inne prawa majątkowe. Należą do nich w szczególności prawa majątkowe wynikające z zawartych umów cywilnoprawnych.”**⁷⁷ (wytluszczenie dodane). Przytoczyć można również stanowisko Trybunału Konstytucyjnego zgodnie z którym: **„Konstytucja przyjmuje ogólne /zwane w doktrynie - konstytucyjnym/ pojęcie własności, tożsame z pojęciem mienia i rozumie przez nią wszelkie prawa majątkowe. Nie ogranicza więc pojęcia własności do własności w znaczeniu prawa cywilnego. Bez znaczenia dla konstytucyjnego pojęcia własności jest także to, czy dane prawo ma charakter prawa bezwzględnego czy względnego, czy ma podstawę w kodeksie cywilnym czy w innej ustawie (...).”**⁷⁸ Wypowiedź w tym zakresie zawiera m.in. wyrok TK z dnia 4 grudnia 1990 roku w sprawie do sygn. akt K. 12/90, w którym za przedmiot konstytucyjnej ochrony uznano także i wierzytelność.

Jednym z często przytaczanych orzeczeń TK w kontekście omawiania zakresu zastosowania ochrony własności jest wyrok TK z dnia 1 lutego 1992 roku do sygn. akt 14/91. W orzeczeniu tym TK odmówił uznania ekspektatywy emerytalnej jako przedmiotu konstytucyjnej ochrony własności. Wyrok podniósł w tym zakresie brak ekwiwalentności między przyszłym ubezpieczeniem a wpłacaną składką. Wypowiedź ta jest szczególnie istotna dla oceny obecnego stanu konstytucyjnej ochrony składek w OFE, albowiem dotyczyła odwrotności obecnego systemu emerytalnego w Polsce. W stosownym – zasługującym na przytoczenie *in extenso* – fragmencie uzasadnienia Trybunał stwierdził:

„Gdy idzie o ekspektatywy praw, których potrzeba ochrony wynika z samej natury systemu ubezpieczeń społecznych opartego na założeniu: w zamian za składki - wkład pracy tworzy się gwarancja przyszłych, stopniowo narastających praw (por. orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego

⁷⁵ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 31 maja 2010 roku w sprawie do sygn. akt I OSK 1076/2009.

⁷⁶ Wyrok TK z dnia 19 grudnia 2002 roku w sprawie do sygn. akt K 33/02.

⁷⁷ Wyrok TK z dnia 30 kwietnia 2012 roku w sprawie do sygn. akt SK 4/2010.

⁷⁸ Wyrok TK z dnia 4 października 1989 roku w sprawie do sygn. akt 3/88. Przytoczony wyrok, wydany jeszcze pod rządami poprzedniej konstytucji, zachowuje relewantność w stosunku do konstytucji obecnej. Zob. Jarosz-Żukowska: op.cit., s. 18 i kolejne.

w sprawie K. 1/88 oraz opinię C. Jackowiaka, s. 5) - to Trybunał Konstytucyjny - mimo wszystkich trudności, jakie tutaj powstają - stanął na stanowisku objęcia ochroną ekspektatyw maksymalnie ukształtowanych, tj. takich, które spełniają wszystkie zasadniczo przesłanki ustawowe nabycia praw pod rządami danej ustawy bez względu na stosunek do nich późniejszej ustawy. Dalej idąca ochrona ekspektatyw, tj. w całym zakresie faktycznie ukształtowanych pozycji socjalnych, zależnych od czasu opłacania składki, nie harmonizowałaby dostatecznie z obecnym charakterem systemu ubezpieczeniowego w Polsce i wymagałaby ratyfikacji przez Polskę konwencji MOP nr 102."

W cytowanym przeczeniu Trybunał Konstytucyjny stwierdza, że **ochrona ekspektatyw (także tych nie ukształtowanych maksymalnie) w całym zakresie faktycznie ukształtowanych pozycji socjalnych, zależnych od czasu opłacania składki, nie harmonizowałaby z ówczesnym systemem ubezpieczenia w Polsce (system zdefiniowanego świadczenia, repartycyjny, „międzypokoleniowy”) i wymagałaby ratyfikowania przez Polskę Konwencji MOP nr 102. W dniu dzisiejszym w Polsce nie obowiązuje natomiast system zdefiniowanego świadczenia, lecz system zdefiniowanej składki (przeciwieństwo systemu repartycyjnego). Jednocześnie Konwencja MOP nr 102 została przez Polskę ratyfikowana w 2005 roku⁷⁹. Stąd należy uznać, że przytoczone orzeczenie co najmniej nie wyklucza ochrony prawnej wiarygodności emerytalnej osoby ubezpieczonej.**

Potwierdzenie powyższego rozumowania można znaleźć w orzeczeniu TK z dnia 19 października 1993 roku w sprawie do sygn. akt K 14/92. Zgodnie z nim **„prawa ubezpieczonego do świadczeń mają znamiona własności jako tzw. własność z renty, ponieważ przynajmniej częściowo stanowią ekwiwalent własnego świadczenia w postaci składki ubezpieczonego na rzecz Funduszu Ubezpieczeń Społecznych. Bez względu zatem na stosunek prawny, w wyniku którego prawo do tego świadczenia powstało, ubezpieczony powinien korzystać z poręki całkowitej ochrony własności osobistej.”** (wyłączenie dodane). Warto przytoczyć również orzeczenie TK z 22 czerwca 1999 roku w sprawie do sygn. akt K 5/99, zgodnie z którym: **„Świadczenia emerytalno-rentowe stanowią przedmiot praw podmiotowych, nabytych przez ubezpieczonego w związku z jego własnym udziałem w tworzeniu funduszu ubezpieczeniowego. Warunkiem nabycia praw do świadczeń z ubezpieczenia społecznego jest bowiem odpowiedni staż pracy, z czym wiąże się fakt opłacania składek przekazywanych na fundusz ubezpieczeniowy. Wiąż między wkładem pracy pracownika a gromadzonym funduszem ubezpieczeń społecznych stanowi podstawową przesłankę materialną prawa do świadczeń, a zarazem zasadniczy argument na rzecz ochrony tych praw.”**

W powyższym kontekście należy podkreślić, że **składki trafiające do OFE są bezpośrednio powiązane z osobą ubezpieczoną i inwestowane są w jej interesie. Ubezpieczonemu przysługuje w stosunku do tychże składek szereg uprawnień, w tym: prawo do przeniesienia środków do innego OFE , prawo zapisania OFE wybranym spadkobiercom, podziału środków jako części majątku wspólnego małżonków , prawo domagania się od OFE (PTE) odszkodowania w przypadku poniesienia szkody na środkach na skutek działalności OFE. Wymienione uprawnienia są wieńczone wiarygodnością wobec funduszu o wypłatę emerytury w momencie uzyskania przez ubezpieczonego uprawnień emerytalnych. Stąd należy wywieść**

⁷⁹ Oświadczenie Rządowe z dnia 18 lutego 2005 r. w sprawie mocy obowiązującej Konwencji nr 102 Międzynarodowej Organizacji Pracy dotyczącej minimalnych norm zabezpieczenia społecznego, przyjętej w Genewie dnia 28 czerwca 1952 roku (Dz.U. 2005 nr 93 poz. 776).

wniosek, że środki zgromadzone w OFE należą do mienia członka funduszu (stanowią jego prawa majątkowe) i są objęte konstytucyjną ochroną na gruncie art. 21 i art. 64 Konstytucji.

Należy zaznaczyć, że ewentualnej ingerencji w środki ubezpieczonych zgromadzone w OFE nie mogłoby tłumaczyć przyjęcie, że środki te pochodzą z uszczuplenia składki trafiającej do ZUS. Bowiem zgodnie z - zasługującym na przytoczenie *in extenso* - passusem z uzasadnienia orzeczenia TK z dnia 24 kwietnia 2002 roku w sprawie do sygn. akt K 5/01:

"Założenie, że uzyskane zgodnie z prawem świadczenia ze strony Państwa mogą usprawiedliwiać wprowadzone w terminie późniejszym rozszczenia i ograniczenia wobec majątku osób prywatnych, jest nie do pogodzenia z konstytucyjną ochroną własności i innych praw majątkowych. W stosunkach majątkowych z podmiotami prywatnymi Państwo nie może korzystać ze szczególnych przywilejów i przedstawiać jako uzasadnienie swojej ingerencji świadczeń finansowych, których zwrotu wcześniej się skutecznie zrzekło. Stanowiłoby to naruszenie konstytucyjnej zasady równej ochrony własności i innych praw majątkowych".

Reasumując, **skoro ustawodawca zdecydował się na przyznanie osobom ubezpieczonym prawa do decydowania o losie części składki na ubezpieczenie społeczne (trafiającej do II filaru), uprawnienia te stały się częścią mienia tychże osób i jako takie podlegają ochronie prawnej. Uprawnienia te nie mogą zostać wtórnie anulowane bez naruszenia uprawnień członków OFE.**

4.3. Ograniczenie własności

Zgodnie z art. 64 ust. 3 Konstytucji własność może być ograniczona tylko w drodze ustawy i tylko w zakresie, w jakim nie narusza ona istoty prawa własności. Szeroko dyskutowanym i kontrowersyjnym jest pojęcie „istoty prawa własności”, które stanowić ma ostateczne ograniczenie możliwości kształtowania granic własności przez ustawodawcę. Przytoczyć należy w tym zakresie orzeczenie TK z dnia 1 grudnia 1999 roku w sprawie do sygn. akt P. 2/98, zgodnie z którym *„naruszenie istoty prawa nastąpiłoby w razie, gdyby wprowadzone ograniczenia dotyczyły podstawowych uprawnień składających się na treść danego prawa i uniemożliwiały realizowanie przez to prawo funkcji, jaką ma ono spełniać w porządku prawnym opartym na założeniach wskazanych w art. 20 konstytucji”*. W doktrynie przeważające jest stanowisko, zgodnie z którym za trzon prawa własności należy uznać prawo do korzystania z przedmiotu oraz do pobierania z niego pożytków.⁸⁰ W celu uniknięcia z jednej strony petryfikacji *status quo* przez nadmierną ochronę, a drugiej zaś iluzoryczności ochrony poprzez nadmierne poleganie na władzy ustawodawczej, sądy konstytucyjne wypracowały „dwuwarstwową” kontrolę konstytucyjną: silną ochronę jądra (esencji) prawa własności połączoną ze słabszą ochroną „peryferii” własności, tj. modalności ukształtowania jej drugorzędnych atrybutów.⁸¹ Ta dychotomia podąża za utrwalonym rozdziałem władzy ustawodawczej i sądowniczej – sądy mają skłonność do rozciągania swojej kognicji na przypadki naruszenia rdzenia prawa własności,

⁸⁰ Frankiewicz, Anna: „Konstytucyjna regulacja własności w Rzeczypospolitej Polskiej”, [w:] Sadowski, Mirosław; Szymaniec, Paweł (red.): „Wrocławskie Studia Erazmiańskie, Studia Erasmiana Wratislaviensia, Własność – Idea, Instytucje, Ochrona”, zeszyt III, Wrocław 2009, s. 191; Jarosz – Żukowska, Sylwia: op. cit., s. 165 – 166.

⁸¹ Zob. Montt, Santiago: „State Liability in Investment Treaty Arbitration”, Oxford and Portland, Oregon, 2009, s. 175.

podczas gdy w sferze ukształtowania peryferyjnych obszarów tego prawa są skłonne do uznania właściwości władzy ustawodawczej, czy nawet wykonawczej.⁸²

Ingerencja ustawodawcy przekraczająca ramy z art. 64 ust. 3 Konstytucji jest dopuszczalna w postaci wywłaszczenia. Możliwość wywłaszczenia przewidziana została przez normę z art. 21 ust. 1 Konstytucji, zgodnie z którą: „*wywłaszczenie jest dopuszczalne jedynie wówczas, gdy jest dokonywane na cele publiczne i za słusznym odszkodowaniem*”. Zgodnie z rozumieniem przyjmowanym w reprezentatywnej literaturze przedmiotu wywłaszczenie stanowi „*kwalifikowaną ingerencję władzy publicznej w prawo własności, która polega na naruszeniu istoty tego prawa przez ograniczenie lub odjęcie w całości, na cele publiczne, prawa własności nieruchomości, na rzecz konkretnego podmiotu (Skarbu Państwa lub jednostki samorządu terytorialnego), dokonywaną w drodze decyzji administracyjnej i wymagającą obligatoryjnie odszkodowania*.”⁸³

TK określa wywłaszczenie jako „*wszelkie pozbawianie własności z przeznaczeniem na cele publiczne bez względu na formę*”⁸⁴. Instytucja wywłaszczenia oznacza zatem pozbawienie własności na rzecz Skarbu Państwa lub innego podmiotu publicznego.⁸⁵ Jednocześnie wywłaszczenie związane jest z naruszeniem przez państwo opisanej powyżej triady praw właścicielskich, „*czyli prawa posiadania, prawa korzystania z rzeczy zgodnie z jej przeznaczeniem oraz prawa rozporządzania rzeczą*.”⁸⁶

Zgodnie z orzeczeniem TK z dnia 28 maja 1991 roku w sprawie do sygn. akt K 1/91 wywłaszczenie może nastąpić wyłącznie w drodze aktu indywidualnego, dotyczącego konkretnego przedmiotu wywłaszczenia. Jest to zastrzeżenie istotne i powszechnie przyjmowane przez doktrynę, albowiem chroni podmioty prawa przed wyzuciem ich z własności w drodze aktu generalnego (ustawy) i zmusza władze publiczne do każdorazowego uzasadniania faktu przejścia prywatnej własności.

Warunkiem wywłaszczenia jest dokonywanie tegoż w związku z realizacją celu publicznego. Zgodnie z orzecznictwem TK „*Za cel publiczny może być uznane wyłącznie to, co służy ogółowi, jest powszechnie dostępne czy też stanowi dobro całego społeczeństwa lub społeczności regionalnej*.”⁸⁷

Zgodnie z normą z art. 21 ust. 2 Konstytucji wywłaszczenie może mieć miejsce jedynie przy zagwarantowaniu podmiotowi wywłaszczenia słusznego odszkodowania. Musi to być świadczenie ekwiwalentne do wartości dobra wywłaszczonego, co oznacza, że powinno dawać właścicielowi możliwość odtworzenia rzeczy, którą utracił.⁸⁸

Zauważyć należy konieczność rozgraniczenia pojęć wywłaszczenia, nacjonalizacji oraz wyznaczania ram wykonywania własności zgodnie z normą z art. 64 ust. 3 Konstytucji. O ile w pierwszym przypadku wyzucie z własności ma charakter czynności administracyjnej i

⁸² Zob. Montt, Santiago: „State Liability in Investment Treaty Arbitration”, Oxford and Portland, Oregon, 2009, s. 176.

⁸³ Woś Tadeusz: „Wywłaszczenie nieruchomości i ich zwrot”, Warszawa 2007, Rozdz. I Nb. 4.

⁸⁴ Wyrok TK z 8 maja 1990 roku w sprawie do sygn. akt K 1/90.

⁸⁵ Banaszak, Bogusław: „Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz.” Warszawa 2012, kom. do art. 21 Konstytucji, nb. 5

⁸⁶ Wyrok NSA z dnia 31 maja 2010 roku w sprawie do sygn. akt I OSK 1076/2009.

⁸⁷ Ibidem, nb. 7

⁸⁸ Wyrok TK z dnia 17 grudnia 2008 roku w sprawie do sygn. akt P. 16/2008.

dokonywane jest na cele publiczne, o tyle w przypadku drugim (nacionalizacja) pewna kategoria dóbr zostaje przejęta na własność państwową bez wydania takiej decyzji.⁸⁹ Tak rozumiana nacionalizacja jest niedopuszczalna na gruncie obowiązującej Konstytucji.⁹⁰ Natomiast wyznaczenie ram wykonywania własności jest ograniczeniem w wykonywaniu własności na podstawie ustawy, które to ograniczenie (nie naruszające istoty prawa własności) dokonywane jest w interesie ogólnym.⁹¹ Zasadnicza różnica pomiędzy nacionalizacją a wywłaszczeniem sprowadza się zatem do formy dokonania przewłaszczenia (decyzja administracyjna lub akt ogólny)⁹². Od określenia ram własności nacionalizację i wywłaszczenie różni natomiast fakt wyzucia właściciela z własności, czyli pozbawienia go uprawnienia do posiadania rzeczy i do korzystania z niej.

4.4. Zasada ochrony praw nabytych

Zasada ochrony praw nabytych jest wyprowadzana z zasady demokratycznego państwa prawnego (art. 2 Konstytucji) i jest częścią zasady zaufania obywateli do państwa. **Zasada ochrony praw nabytych zapewnia ochronę praw podmiotowych, zarówno publicznych, jak i prywatnych, nabytych w drodze skonkretyzowanych decyzji, przyznających świadczenia, jak i praw nabytych *in abstracto* (zgodnie z ustawą przed zgłoszeniem wniosku o ich przyznanie), a także ekspektatyw maksymalnie ukształtowanych, tj. takich, które spełniają wszystkie zasadnicze przesłanki ustawowe nabycia praw pod rządami danej ustawy bez względu na stosunek do nich późniejszej ustawy.**⁹³ Należy pokreślić, że zasada ochrony praw nabytych znajduje odniesienie nie tylko do praw majątkowych, ale również i do innych praw podmiotowych.⁹⁴

Odnosząc zasadę ochrony praw nabytych do zagadnienia uprawnień osoby ubezpieczonej w OFE należy zwrócić uwagę na wyrok TK z dnia 1 lutego 1992 roku do sygn. akt 14/91. W orzeczeniu tym **Trybunał stanął na stanowisku, z którego wynika, że dopuszczalna jest narastająca ochrona uprawnień emerytalnych w zależności od czasu opłacania składki, o ile ma ona miejsce na gruncie systemu zdefiniowanej składki.** Również w uchwale z dnia 14 sierpnia 2004 roku o sygn. II UZP 7/04 **Sąd Najwyższy przyjął, że ochronie prawnej podlega prawo do dysponowania przez osobę ubezpieczoną składkami trafiającymi do OFE.**⁹⁵

Jak wskazano powyżej, **osobie ubezpieczonej przysługuje szereg uprawnień o charakterze własnościowym w relacji do jej środków zgromadzonych w OFE. Uprawnienia te obejmują m.in. przynależenie środków do majątku wspólnego małżonków, prawo do przeniesienia środków do innego OFE, prawo dziedziczenia środków czy roszczenie o ich wypłatę przy przejściu na emeryturę. Należy uznać, że uprawnienia te – jako jednoznacznie poszerzające**

⁸⁹ Zob. Osajda, Konrad: „Nacionalizacja i reprivatyzacja”, Warszawa 2009, rozdział 2.1 – 2.3.

⁹⁰ Wyrok TK z dnia 17 grudnia 2008 roku w sprawie do sygn. akt P. 16/2008., również Osajda, Konrad, op. cit., rozdział 2.1.

⁹¹ Wyrok TK z dnia 21 czerwca 2005 roku w sprawie do sygnatury akt P. 25/2002.

⁹² Zob. Woś Tadeusz: „Wywłaszczenie nieruchomości i ich zwrot”, Warszawa 2007, Rozdz. I Nb. 3.

⁹³ [Biuro Trybunału Konstytucyjnego: „Proces prawotwórczy w świetle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego”, Warszawa 2013, s.30.

⁹⁴ Jackowski, Michał: „Ochrona praw nabytych w polskim systemie konstytucyjnym”, Warszawa 2008, s. 91

⁹⁵ Zob. też Pacud, Radosław: Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 11 sierpnia 2004 r., II UZP 7/04, OSP 2005 nr 4, poz. 46, s. 192.

sferę praw podmiotowych jednostki – podlegają ochronie jako prawa nabyte i jako takie nie mogą zostać w sposób arbitralny „anulowane” przez ustawodawcę.

5. Prawnomiędzynarodowy punkt odniesienia

Z zakresu prawa międzynarodowego do oceny propozycji z Przeglądu zastosowanie znajdują postanowienia Protokołu EKPC 1 do Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (dalej: „EKPC”)(dalej: „**Protokół EKPC**”), postanowienia Karty Praw Podstawowych (dalej: „**KPP**”) oraz postanowienia umów o wzajemnym popieraniu i ochronie inwestycji (ang. *Bilateral Investment Treaties*, dalej: „**BIT**”).

5.1. Protokół EKPC Nr 1 do EKPC

Protokół EKPC wiąże Polskę na podstawie dokonania przez Rzeczpospolitą jego ratyfikacji w dniu 26 lipca 1994 roku (Dz.U. 1994 Nr 36 poz. 75). Zgodnie z art. 1 Protokołu EKPC:

„Każda osoba fizyczna i prawna ma prawo do poszanowania swego mienia. Nikt nie może być pozbawiony swojej własności, chyba że w interesie publicznym i na warunkach przewidzianych przez ustawę oraz zgodnie z ogólnymi zasadami prawa międzynarodowego.

Powyższe postanowienia nie będą jednak w żaden sposób naruszać prawa państwa do stosowania takich ustaw, jakie uzna za konieczne do uregulowania sposobu korzystania z własności zgodnie z interesem powszechnym lub w celu zabezpieczenia uiszczania podatków bądź innych należności lub kar pieniężnych.”

Europejski Trybunał Praw Człowieka wykląda pojęcie własności na gruncie przytoczonego przepisu szeroko i w sposób autonomiczny⁹⁶. Trybunał wychodzi poza krajowe rozumienie instytucji własności, w tym poza definicje formułowane na gruncie prawa cywilnego⁹⁷. Rozumienie własności i jej ochrony na gruncie EKPC jest autonomiczne, co nie oznacza stosunku „zawierania”, (które by implikowało szersze ujęcie pojęcia własności na gruncie EKPC). Oznacza to, że są możliwe przypadki, w których ochrona na gruncie EKPC może być zarówno szersza jak i węższa w stosunku do ochrony własności na podstawie konstytucji krajowych państw-sygnatariuszy Konwencji. Na gruncie orzecznictwa ETPC z art. 1 Protokołu EKPC wyprowadza się trzy normy dotyczące prawa własności: prawo do poszanowania mienia, zakaz pozbawienia własności bez spełnienia dodatkowych warunków oraz warunkowe uprawnienie państwa do uregulowania sposobu korzystania z mienia.⁹⁸

⁹⁶ Zob. Wyrok ETPC z dnia 16 września 1996 roku w sprawie nr 15777/89, *Matos e Silva v. Portugal*, nb. 75. Powołane w niniejszym rozdziale orzeczenia sprzed 1 listopada 1998 roku wydane zostały przez Europejską Komisję Praw Człowieka. Dla celów ujednolicenia terminologii zrezygnowano z odróżniania ETPC i wspomnianej Komisji, której ETPC jest bezpośrednim następcą i kontynuatorem (zob. Protokół nr 11 do EKPC).

⁹⁷ Mik, Cezary: „Prawo własności w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka” PiP 1993, zeszyt 5, s. 27.

⁹⁸ Duda Łukasz; Kociubiński, Jakub: „Realizacja ochrony własności w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka na podstawie orzeczenia *Lithgow i inni*”, [w:] Sadowski, Mirosław; Szymaniec, Paweł (red.): „Wrocławskie Studia Erazmiańskie, Studia Erasmiana Wratislaviensia, Własność – Idea, Instytucje, Ochrona”, zeszyt III, Wrocław 2009, s.235.

Pod pojęciem mienia ETPC interpretuje szeroką gamę uprawnień majątkowych, w tym wierzytelności, roszczenia, własność intelektualną, prawa autorskie, patenty i szeroko rozumianą własność intelektualną.⁹⁹ Naruszenie art. 1 Protokołu ETPC „*pozbawienie właściciela wszystkich praw składających się na prawo własności.*”¹⁰⁰ Naruszenie to możliwe jest przede wszystkim poprzez przeniesienie własności na inny podmiot – w szczególności zaś na podmiot państwowy.¹⁰¹

ETPC wielokrotnie podkreślał, że naruszenie art. 1 Protokołu EKPC stanowi odebranie jednostce (lub osobie prawnej) jej własności bez jednoczesnego zagwarantowania należytego odszkodowania.¹⁰² Pojęcie wywłaszczenia jest przy tym interpretowane przez ETPC w sposób szeroki i obejmuje również tzw. wywłaszczenie faktyczne¹⁰³. Jest to takie zachowanie władzy publicznej, które pomimo nie stanowienia aktu wywłaszczenia w sensie formalnym, w rzeczywistości prowadzi do ograniczenia bądź pozbawienia prawa własności.

W orzecznictwie dotyczącym roszczeń emerytalnych, wypłacanych z państwowego systemu emerytalnego, ETPC opowiada się za kwalifikowaniem ich jako mienia podlegającego ochronie na podstawie art. 1 Protokołu EKPC, o ile posiadają wystarczająco skonkretyzowany charakter. Jednocześnie Trybunał zastrzega brak możliwości wywiedzenia z postanowień Protokołu EKPC roszczenia do świadczeń w określonej wysokości.¹⁰⁴ W wyroku z dnia 18 listopada 2004 roku w sprawie Pravednaya przeciwko Rosji (skarga nr 69529/01) ETPC objął ochroną skonkretyzowaną wierzytelność emerytalną i opowiedział się przeciwko możliwości niekorzystnego przeliczenia świadczeń emerytalnych uznanych decyzją sądową. W orzeczeniu z dnia 15 stycznia 1999 roku w sprawie Stanisław Domalewski przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej (skarga nr 34610/97) ETPC stwierdził z kolei, że nie jest sprzeczna z art. 1 Protokołu EKPC działalność państwowa polegająca na odebraniu osobie ubezpieczonej statusu kombatanckiego i związanych z tym przywilejów. W wyroku z dnia 12 października 2004 roku w sprawie Kjartan Ásmundsson przeciwko Islandii (skarga nr 60669/00) ETPC zawarł wypowiedź, zgodnie z którą zasada ochrony własności może zostać naruszona poprzez sposób wypłaty środków emerytalnych. Jednocześnie Trybunał zwrócił uwagę na konieczność badania, czy działalność państwowa narusza istotę uprawnień emerytalnych danej osoby oraz czy decyzja ustawodawcza (w kwestii zmniejszenia uprawnień emerytalnych) zachowuje należyty balans pomiędzy interesem ogólnym a prawami jednostki. Naruszenie istoty praw emerytalnych nie zachodzi przykładowo wtedy, gdy skarżącemu – pomimo utraty szczególnych uprawnień – nadal wypłacana jest emerytura na zasadach ogólnych.¹⁰⁵ Reasumując, należy stwierdzić, że ETPC uznaje dość szeroką kompetencję ustawodawcy w kształtowaniu regulacji dotyczącej państwowego systemu emerytalnego. Opisane orzecznictwo nie rozciąga się jednak na sferę własności osób ubezpieczonych w funduszach emerytalnych.

⁹⁹ Leszczyński, Leszek; Liżewski, Bartosz: „Ochrona praw człowieka w Europie. Szkic zagadnień podstawowych”, Lublin 2008, s. 114.

¹⁰⁰ Wróbel, Andrzej; Garlicki, Lech: „Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Tom I,” komentarz do art. 1, s. 499

¹⁰¹ Duda Łukasz; Kociubiński, Jakub: op. cit., s.236.

¹⁰² Ibidem, s. 256 – 257.

¹⁰³ Ibidem, s. 231.

¹⁰⁴ Wyrok ETPC z dnia 15 marca 2001 w sprawie Aunola przeciwko Finlandii (skarga nr 30517/96).

¹⁰⁵ Wyrok ETPC z dnia 15 stycznia 1999 roku w sprawie Stanisław Domalewski przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej (skarga nr 34610/97).

W sprawie znajdującej bezpośrednio odniesienie do zakresu Ekspertyzy, ETPC wydał wyrok z dnia 15 stycznia 2013 w sprawie E.B. przeciwko Węgrom (skarga nr 34929/11).

Z uwagi na pewną zbieżność sytuacji (stanu faktycznego), jaka miała miejsce na Węgrzech w stosunku do obecnej dyskusji toczącej w Polsce, zasadnym wydaje się zrekapitulowanie węzłowych elementów reformy węgierskiej. Podstawą orzeczenia były roszczenia osoby podlegającej przed 2010 rokiem obowiązkowemu uczestnictwu w dwóch filarach węgierskiego systemu emerytalnego, tj. w filarze państwowym oraz w filarze funduszy emerytalnych (analogiczny do polskiego systemu OFE)¹⁰⁶. Węgierski system został zmieniony na skutek kilku nowelizacji, poczynając od końca 2010 r. W szczególności na mocy Ustawy nr CLIV z 2010 roku wszystkie składki emerytalne płacone przez pracowników pomiędzy 1 listopada 2010 roku a 31 grudnia 2011 roku zostały przekierowane do państwowego systemu emerytalnego (węgierski odpowiednik polskiego ZUS, dalej jako: „**WZUS**”). Zabieg ten został dokonany celem zredukowania deficytu budżetowego. We wskazanym czasie (1.11.2012 – 31.12.2011) żadne składki nie wpływały do prywatnych funduszy (odpowiednik polskich OFE, dalej jako: „**WOFE**”). Co więcej, wspomniana nowelizacja zniósła dwufilarowy system obowiązkowych ubezpieczeń emerytalnych. Członkowie WOFE zostali zobowiązani do krótkoterminowej decyzji (do 31 stycznia 2011 roku), czy automatycznie powrócą do WZUS, czy też – na podstawie deklaracji – pozostaną w WOFE. Ci spośród ubezpieczonych, którzy przed upływem tego terminu nie złożyli deklaracji, utracili członkostwo w WOFE i powrócili do WZUS ze skutkiem od 1 marca 2011 roku. Przeniesione osoby zachowały zyski osiągnięte na podstawie dokonanych przez WOFE inwestycji ich (tj. ubezpieczonych w WOFE) środków, podczas gdy reszta kapitału została przetransferowana do WZUS. Osoby, które zostały przyporządkowane do WZUS uzyskały prawo do pełnej emerytury państwowej, tj. z WZUS (uprzednio, w systemie dwufilarowym, 75% ich świadczeń emerytalnych było finansowanych z systemu państwowego). Dla osób, które zdecydowały się pozostać w WOFE wprowadzono odmienne regulacje: całość ich składek (10%) płacona po 31 grudnia 2011 roku, miała być wpłacana na ich konto w WOFE, podczas gdy część płacona przez pracodawcę (24%) miała być nadal płacona do WZUS. Ponadto członkowie WOFE mieli utracić możliwość uzyskania dodatkowego okresu składkowego (uwzględnianego przy przyszłym ustalaniu wysokości świadczeń emerytalnych) jak również utracić prawo do państwowej emerytury z WZUS. W konsekwencji opisanego reformy 98% członków WOFE przeszło do WZUS. Dnia 30 grudnia 2011 roku doszło do kolejnej nowelizacji opisywanych rozwiązań, przeprowadzonej Ustawą nr CXCIV. Zgodnie z tą nowelą 10% przychodu – dotychczas wpłacanych przez pracownika do WOFE – podlegało przekierowaniu do WZUS. Wraz z powyższą modyfikacją otwarto ponownie możliwość przejścia członków WOFE do WZUS w terminie do 31 marca 2012 roku. Dnia 2 lipca 2012 roku wprowadzono kolejną zmianę ustawy emerytalnej – stało się to na mocy Ustawy nr CXII. Na podstawie tej nowelizacji – wchodzącej w życie 1 stycznia 2013 roku członkowie WOFE odzyskują prawo do naliczania dalszych okresów składkowych w WZUS i uzyskują prawo do państwowej emerytury z WZUS.¹⁰⁷

¹⁰⁶ Zob. Simonovits, Andras: “Hungarian Pension System and its Reform”, Discussion paper MT -DP – 2009/8, Institute of Economics, Hungarian Academy of Sciences, Marzec 2009.

¹⁰⁷ Rekapitulacja reformy na podstawie fragmentów uzasadnienia Wyrok ETPC z dnia 15 stycznia 2013 w sprawie E.B. przeciwko Węgrom (skarga nr 34929/11), jak również Zoltan, Simon: “Hungary Follows Argentina in Pension-Fund Ultimatum, ‘Nightmare’ for some”, dostępny na stronie internetowej: <http://www.bloomberg.com/news/2010-11-25/hungary-follows-argentina-in-pension-fund-ultimatum-nightmare-for-some.html>;

W konsekwencji wprowadzenia opisanych powyżej zmian osoby uczestniczące uprzednio w systemie funduszy emerytalnych WOFE zostały – z zachowaniem opcji *opt-out* – przyporządkowane do państwowego systemu emerytalnego WZUS, co łączyło się z przejęciem przez państwo kapitału zgromadzonego przez fundusze emerytalne WOFE. Osoby, które opowiedziały się za dalszym uczestnictwem w WOFE zachowały uprawnienie do swych uprzednio zgromadzonych środków. Jednocześnie państwo przyjęło – zdaniem skarżącej dyskryminujące dla osób ubezpieczonych w funduszach emerytalnych – zasady obliczania przyszłych świadczeń emerytalnych. **W swym orzeczeniu ETPC stwierdził, że wskutek wprowadzenia modyfikacji systemu emerytalnego na Węgrzech nie doszło do naruszenia prawa własności skarżącej z uwagi na fakt, że skarżąca nie utraciła własności uprzednio zgromadzonych środków w funduszu emerytalnym** (skarżąca opowiedziała się za pozostaniem w systemie funduszy emerytalnych). W stosownym fragmencie orzeczenie stanowi, iż *„skarżąca nie została pozbawiona jej uprzedniego wkładu do prywatnego funduszu, która [własność] nadal jest utrzymywana na jej koncie – lub też może zostać przekierowana przez uprawnioną do funduszu państwowego, jeśli wyrazi taką wolę. (...) Jej [skarżącej] wkład poczyniony do prywatnego funduszu przez 1 listopada 2010 roku pozostaje nienaruszony przez nową legislację.”* (tłumaczenie własne).¹⁰⁸

Z opisanego wyroku wynika, że **ETPC kwalifikuje składki zgromadzone w funduszu emerytalnym jako własność prywatną osób ubezpieczonych podlegającą ochronie na gruncie art. 1 Protokołu EKPC**. To właśnie brak naruszenia tejże własności prywatnej był powodem, dla którego ETPC uznał, że Węgry nie naruszyły prawa poprzez zapisy modyfikujące funkcjonowanie systemu emerytalnego.

Należy przy tym podkreślić fakt, że **ETPC nie rozważył w swym orzeczeniu sytuacji prawnej osób, które zostały przyporządkowane do państwowego systemu emerytalnego**. Skarżąca bowiem należała do niewielkiej grupy osób (mniej niż 2% ubezpieczonych)¹⁰⁹, którzy zadeklarowali brak chęci uczestnictwa w systemie państwowym. Pozostali ubezpieczeni zostali natomiast na podstawie ustawy przyporządkowani do systemu państwowego, o ile aktywnie się temu nie sprzeciwili.¹¹⁰ Jak wspomniano powyżej – a co należy podkreślić – w sekwencji działań legislacyjnych składających się na reformę węgierskiego systemu emerytalnego pojawił się moment (następnie zniesiony), w którym osoby pozostające w WOFE traciły perspektywę emerytury państwowej (pochodzącej z I filara i stanowiącej większość przyszłego świadczenia. Taka perspektywa, w połączeniu z modelem *opt-out* na rzecz pozostania w WOFE (tj. domyślnym rozwiązaniem polegającym na przejściu do WZUS) doprowadziła do mało zaskakującego rezultatu, w którym 98% ubezpieczonych przeszło z WOFE DO WZUS. **Powyższe znacząco relatywizuje uniwersalność tezy omawianego orzeczenia ETPC w sprawie E.B. przeciwko Węgrom (skarga nr 34929/11). Po pierwsze, wyrok zapadł na skutek postępowania wszczętego przez osobę, która pozostała w systemie WOFE (jej środki nie zostały przeniesione do WZUS).**

¹⁰⁸ Wyrok ETPC z dnia 15 stycznia 2013 w sprawie E.B. przeciwko Węgrom (skarga nr 34929/11): *„The Court observes that the applicant has not been deprived of her previous contributions to the private fund which continue to be held in her account – or else she is entitled to channel those amounts to the State fund if she so wishes.(...) her contributions made to the private funds before 1 November 2010 remain intact under the new legislation (...)”*

¹⁰⁹ Ibidem.

¹¹⁰ Zob. Zoltan, Simon: *“Hungary Follows Argentina in Pension-Fund Ultimatum, ‘Nightmare’ for some”*, dostępny na stronie internetowej: <http://www.bloomberg.com/news/2010-11-25/hungary-follows-argentina-in-pension-fund-ultimatum-nightmare-for-some.html>

Po drugie, ostatnia ze zmian ustawowych odwróciła wprowadzoną wcześniej zasadę, zgodnie z którą osoby pozostające w WOFE (II filar) zupełnie utracą prawo do świadczeń emerytalnych z I filaru (WZUS).

W związku z powyższym rozstrzygnięcie ETPC mogłoby być inne, gdyby skarżącym była osoba, która nie pozostała w WOFE, ale przeszła z WOFE do WZUS na skutek naruszających prawo własności (a także naruszających zaufanie obywateli do prawa) zmian legislacyjnych - nawet jeśli owo bezprawie legislacyjne miało okazać się jedynie czasowe. Należy bowiem pamiętać, że automatyczny (z mechanizmem *opt-out*) transfer z WOFE do WZUS był zaprogramowany w określonym czasie (okienku czasowym) – brak oświadczenia o pozostaniu w WOFE (*opt-out*) przed upływem ustalonego terminu (31 stycznia 2011 roku) skutkowało przejściem do WZUS. Perspektywa pozostania w WOFE była perspektywą drastycznego ograniczenia przyszłych świadczeń emerytalnych, która dopiero później, a więc już po migracji znaczącej większości ubezpieczonych z WOFE do WZUS została odsunięta nowelą z dnia 2 lipca 2012 roku. Powyższe nasuwa analogię do sceny, w której uzbrojony w rewolwer osobnik proponuje drugiej osobie oddanie torebki: ta brawurowo nie decyduje się na taki krok, a dopiero w kolejnej scenie okazuje się, że rewolwer być może nie był naładowany. Ocena dokonana przez ETPC była jednak oceną statyczną („fotografia” stanu prawnego z chwili orzekania), nie zaś dynamiczną (ocena wpływu poszczególnych etapów reformy na zachowania obywateli). Dodatkowo, owa statyczność może być uznana za drugorzędną, ponieważ skarżącym nie była ani osoba „wypchnięta” z WOFE, ani sam podmiot prowadzący WOFE, ale osoba, która w WOFE – mimo (ujmując węgierską reformę sekwencyjnie) legislacyjnej szykany – nie poddała się jej i pozostała w WOFE.

W powyższym zakresie działalność państwa węgierskiego mogłaby zostać zakwalifikowana jako faktyczne wywłaszczenie osób ubezpieczonych, które dokonały migracji z WOFE do WZUS (czyli innych, niż skarżąca), poprzez sformułowanie sytuacji prawnej i faktycznej, w której właściciele środków zostali w istocie zmuszeni do ich przewłaszczenia na rzecz skarbu państwa. Jest to sytuacja zbliżona do stanu faktycznego wyroku ETPC z dnia 23 września 1982 roku w sprawie *Sporrong and Lönnroth przeciwko Szwecji* (skarga nr 7151/75 oraz 7152/75). W tym orzeczeniu za przypadek wywłaszczenia uznano działanie państwa, które wprawdzie formalnie nie naruszało własności obywateli, w praktyce jednak – poprzez szereg komplementarnych regulacji – stwarzało efekt równy wywłaszczeniu. Podobnie **działania państwa węgierskiego, pomimo formalnego oparcia efektu wywłaszczenia środków na dobrowolnej decyzji obywateli, faktycznie znacjonalizowało ich własność, przez stworzenie fikcji prawnej wyboru efektu wywłaszczenia i jednoczesną groźbę odebrania uprawnień emerytalnych w przypadku braku zgody na to wywłaszczenie. Wywłaszczenie to nie dotknęło jednak skarżącej, co – jak można zakładać – zdecydowało o treści rozstrzygnięcia.**

Wobec określonej sytuacji faktycznej skarżącej ETPC nie czyni pogłębionych rozważań na temat dobrowolności pozostania w systemie prywatnym (WOFE) bądź państwowym (WZUS). Abstrahując od opisanej powyżej sekwencji, w której „okienko” czasowe przewidziane przez ustawodawcę dla skorzystania z „jednokierunkowej” autonomii nałożyło się na perspektywę znaczącego obniżenia świadczeń – poprzez wyeliminowanie świadczeń z I filaru (WZUS) dla osób pozostających w II filarze (WOFE) – **podkreślić należy faktyczną iluzoryczność, zastosowanego na Węgrzech, modelu wyboru przynależności do systemu państwowego, opartego na *opt-out*. Jak zostało udowodnione w studiach przeprowadzonych na pograniczu nauki prawa, ekonomii**

i psychologii, postępowaniem jednostek nie w pełni kieruje racjonalność.¹¹¹ Model *opt-out* połączony z jednokierunkowością migracji (z WOFE do WZUS), z jednorazowością wyboru (brak możliwości zmiany decyzji) oraz ograniczeniem w czasie możliwości zadecydowania o skorzystaniu z pozostania w systemie WOFE (*opt-out* z domyślnej migracji) skutkuje pozornością wyboru. Dlatego też teza o zachowaniu prawa wyboru w przedstawionej sytuacji abstrahuje od behawioralnych uwarunkowań ludzkich decyzji. Innymi słowy, przyrodzona cecha funkcjonowania ludzkiej decyzyjności (pewien stopień oportunistyki i bierności), połączona z zaufaniem do państwa (dodatkowo wzmacniającym oportunistykę obywateli), zostają wykorzystane dla realizacji zamierzeń nacjonalizacyjnych ustawodawcy.

Co więcej, „statyczna” ocena dokonana przez ETPC w sprawie E.B. przeciwko Węgrom (skarga nr 34929/11) nie uwzględnia nie tylko sekwencji (dotychczasowych) zmian składających się na węgierską reformę, ale także potencjalnych dalszych (przyszłych) konsekwencji tej reformy. Trybunał poprzestał na konstatacji, że skarżąca (przypomnijmy: osoba, która pozostała w WOFE) ma zagwarantowane prawo do świadczeń emerytalnych w ramach państwowego systemu (WZUS), co zostało przywrócone w ostatnim etapie reformy. **Taka konstatacja pomija jednak perspektywę dalszych losów ubezpieczonego, w szczególności takiego, który w całości został „przetransferowany” do państwowego systemu (z WOFE DO WZUS). W takim bowiem przypadku kolejne ewentualne zmiany sposobu naliczania przyszłych świadczeń będą miały słabsze oparcie w ochronie bazującej na gwarancjach własności, ponieważ będą się one dokonywały poza sferą prywatnej własności, skoro kontrybucjom do publicznego systemu emerytalnego (WZUS) jest przypisywany charakter daniny publicznej.**¹¹²

Na marginesie należy zauważyć, że nacjonalizację prywatnych funduszy emerytalnych przeprowadziła także Argentyna, która jednakże nie jest stroną EKPC. Znane nam źródła nie donoszą o sporach pranych na innych podstawach, które miałyby za przedmiot dokonaną w Argentynie nacjonalizację prywatnych funduszy emerytalnych.¹¹³

5.2. Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej

Karta Praw Podstawowych (dalej: „**Karta**”) stanowi część polskiego porządku prawnego na podstawie ratyfikacji przez Rzeczpospolitą tzw. Traktatu Lizbońskiego. Zgodnie z art. 51 ust. 1 Karty oraz z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej postanowienia Karty znajdują zastosowanie w takim zakresie, w jakim stosowane jest prawo UE lub gdy działanie państw członkowskich wykonywane jest w zakresie obowiązywania prawa UE (w tym przede

¹¹¹ Zob. Kahneman, Daniel: *Thinking, Fast and Slow*, New York 2011; Parisi, Francesco, Smith, Vernon Lomax, *The Law And Economics Of Irrational Behavior*, Stanford University Press, 2005.

¹¹² Zob. Słok, Piotr: „Glosa do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 16 lipca 2009 r. (sygn. akt Kp 4/08)”, *Przegląd Sejmowy* nr 3/2010, s. 147.

¹¹³ Zob. Poteraj, Jarosław, *Pension System in Argentina*, *Review of Economics & Finance*, Article ID: 1923-7529-2011-05-81-15, s. 81 i n.

wszystkim w zakresie obowiązywania swobód podstawowych)¹¹⁴. Należy jednakże zaznaczyć, że orzecznictwo, interpretujące możliwość zastosowania KPP w opisany sposób jest młode i zapewne będzie jeszcze przedmiotem rozwoju ze strony Trybunału Sprawiedliwości. Jednocześnie stanowisko, zgodnie z którym KPP znajduje zastosowanie w zakresie, w jakim działanie państw jest wykonywane w zakresie obowiązywania prawa UE ma charakter rozszerzający postanowienie art. 51 ust. 1 KPP.

Bezpośrednim uzasadnieniem dla zastosowania postanowień Karty wobec relacji inwestorskich związanych z OFE stanowić może fakt, że działalność unijnych firm związana z funkcjonowaniem OFE opiera się na swobodzie przepływu kapitału wynikającej z art. 56 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dalej: „**TFUE**”). Ewentualne ograniczenia inwestycji, w tym w postaci wyłączenia, wywierają bezpośredni skutek na możliwość wykonywania wspomnianej swobody i stąd mogą zostać uznane za wykonywanie kompetencji ustawodawczych w zakresie obowiązywania prawa UE.

Postanowieniem Karty, które może zostać wykorzystane dla ochrony własności inwestorów w OFE jest jej art. 17 ust. 1. Zgodnie z nim:

„Każdy ma prawo do władania, używania, rozporządzania i przekazania w drodze spadku mienia nabytego zgodnie z prawem. Nikt nie może być pozbawiony swojej własności, chyba że w interesie publicznym, w przypadkach i na warunkach przewidzianych w ustawie, za słusznym odszkodowaniem za jej utratę wypłaconym we właściwym terminie. Korzystanie z mienia może podlegać regulacji ustawowej w zakresie, w jakim jest to konieczne ze względu na interes ogólny.”

Zakres ochrony wynikający z powyższego postanowienia jest analogiczny do ochrony wynikającej z Art. 1 Protokołu EKPC 1 do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka¹¹⁵, aczkolwiek należy zwrócić uwagę na dość skąpe orzecznictwo ETS interpretujące opisane postanowienia¹¹⁶. Różnicę w stosunku do art. 1 Protokołu EKPC stanowi obligatoryjny charakter odszkodowania na podstawie Karty w przypadku wyłączenia, czego nie przewidują postanowienia Protokołu EKPC (a które zostały z Protokołu EKPC wyinterpretowane przez ETPC).

Postanowienia KPP nie znajdują zastosowania do ochrony praw członków OFE. Wynika to z stąd, że w ich przypadku brak jest elementu stosowania prawa Unii Europejskiej. Swoboda przepływu kapitału ma bowiem charakter transgraniczny i umożliwia podmiotom zagranicznym inwestycję w OFE – stąd uzasadnione jest i stosowanie KPP. Natomiast osoby fizyczne oszczędzające OFE czynią to z uwagi na fakt podlegania – jako obywatele Polski - polskiemu systemowi ubezpieczeń społecznych i nie podlegają w tym zakresie prawu unijnemu (brak jest elementu transgraniczności). Jednocześnie brak jest, jak dotąd, regulacji europejskich odnoszących się do funkcjonowania OFE.

¹¹⁴ Zob. Wyrok Trybunału Sprawiedliwości (wielkiej izby) z dnia 26 lutego 2013 w sprawie C-617/10, Åklagaren przeciwko Hansowi Åkerbergowi Franssonowi.

¹¹⁵ Wróbel, Andrzej (red.): „Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej. Komentarz.”, Warszawa 2013, kom. do art. 17 KPP.

¹¹⁶ Moskvan, Dominik: Is There An Alternative To Intra-European Bilateral Investment Treaties Framework Under European Law? Business Law Forum 2012, 377 i kolejne.

5.3. Umowy w sprawie popierania i wzajemnej ochrony inwestycji (BIT)

5.3.1. Wprowadzenie

Międzynarodowe dwustronne umowy w sprawie popierania i wzajemnej ochrony inwestycji (BIT) zawierane są przez państwa w celu ułatwienia i zabezpieczenia wzajemnych relacji handlowych. BIT zawierają postanowienia mające zminimalizować ryzyko wejścia przez firmy z jednego kraju w obcy porządek prawny i uchronić je m.in. od utraty majątku wskutek działalności obcego suwerena, pod którego władzą dana inwestycja się znajduje.

BIT charakteryzują się typową budową, do której z zasady należą postanowienia o: zapewnieniu braku dyskryminacji podmiotów drugiej strony umowy; traktowaniu podmiotów drugiej strony na zasadach najwyższego uprzywilejowania; traktowaniu ich w sposób uczciwy i równy; o wolnym przepływie kapitału; o ochronie inwestycji drugiej strony w kraju przyjmującym przed wyłączeniem oraz o poddaniu sporów wynikających na gruncie danej umowy arbitrażowi międzynarodowemu¹¹⁷.

W związku z powyższym wymaga zbadania, czy w kontekście związania Polski szeregiem zawartych BIT, zmiany proponowane w działalności OFE mogą prowadzić do odpowiedzialności Polski za ich naruszenie. Działające w Polsce OFE są bowiem w przeważającej części własnością podmiotów zagranicznych, które zawarły były z Rzeczpospolitą stosowne umowy o wzajemnym popieraniu i ochronie inwestycji.

5.3.2. Relewantne traktaty o wzajemnym popieraniu i ochronie inwestycji

W celu ustalenia, które z BIT znaleźć mogą zastosowanie do oceny propozycji z Przeglądu, sporządzono poniższe zestawienie ukazujące możliwość przyporządkowania danego OFE do kraju, z którym Polska związana jest umową o ochronie inwestycji. W tym celu wzięto pod uwagę akcjonariat PTE zarządzającego danym OFE, to bowiem towarzystwo tworzy OFE i reprezentuje go.¹¹⁸ Przy sporządzaniu poniższego zestawienia jako „kraj pochodzenia” wzięto pod uwagę siedzibę danej osoby prawnej (względnie – siedzibę podmiotu dominującego). Należy zaznaczyć, że poszczególne BIT mogą szerzej formułować podmiotowy zakres swojej ochrony i dlatego też do działań ustawodawcy w kwestii OFE zastosowanie mogą znaleźć i inne – poza wymienionymi poniżej – umowy o wzajemnym popieraniu i ochronie inwestycji.¹¹⁹

¹¹⁷ Moskvan, Dominik: Is There An Alternative To Intra-European Bilateral Investment Treaties Framework Under European Law? Business Law Forum 2012, 353.

¹¹⁸ Zastrzegamy, że zestawienie zawarte w tabeli ma charakter orientacyjny i oparte jest na ogólnodostępnych danych. Większość danych zaczerpnięto ze strony internetowej: http://www.knf.gov.pl/dla_ryнку/PODMIOTY_ryнку/Podmioty_ryнку_emerytalnego/Informacje_szczegolowe.html.

¹¹⁹ Przykładowo Umowa między Rzeczpospolitą Polską a Królestwem Hiszpanii w sprawie wzajemnego popierania i ochrony inwestycji, sporządzona w Madrycie dnia 30 lipca 1992 roku (Dz.U. 1993 nr 124 poz.563) jako krąg adresatów podaje obok osób fizycznych: „osobę prawną, w tym spółki, zrzeszenie spółek, spółki handlowe i inne organizacje utworzone lub zorganizowane należycie w inny sposób zgodnie z prawem danej Umawiającej się Strony.”

Nazwa OFE	Nazwa PTE	Główni akcjonariusze PTE	Kraj „pochodzenia” głównych akcjonariuszy
Aegon OFE	AEGON PTE S.A.	Aegon Woningen Nova B.V. – 100% (zależna od: Aegon N.V. ¹²⁰)	Holandia
Allianz OFE	PTE Allianz Polska S.A.	TUIr Allianz Polska S.A. (akcjonariusz: Allianz New Europe Holding GmbH); Allianz S.E. z siedzibą w Monachium ¹²¹	Niemcy, Austria
Amplico OFE	Amplico PTE S.A.	Amplico Life S.A. – 50% (akcjonariusz: Metlife EU Holding Company Limited); Metlife Global Holding Company li GmbH (50%) ¹²²	Irlandia, Szwajcaria
Aviva OFE	Aviva Powszechne Towarzystwo Emerytalne Aviva BZ WBK SA	Aviva towarzystwo ubezpieczeń na życie S.A. (akcjonariat: Aviva International Holdings Ltd – 90% oraz Bank Zachodni WBK S.A. – 90%); Aviva International Insurance Ltd.; Bank Zachodni WBK S.A. ¹²³ (akcjonariusze: Banco Santander S.A.- 70,00%, ING Otwarty Fundusz Emerytalny - 5,31%)	Wielka Brytania, Hiszpania
AXA OFE	AXA PTE S.A.	Société Beaujon – 100%; ¹²⁴	Francja
Generali OFE	Generali PTE S.A.	Generali T.U. S.A (akcjonariusz: Generali PPF Holding B.V. – 100%) ¹²⁵	Republika Czeska
ING OFE	ING PTE S.A.	ING Continental Europe Holdings B.V. – 70%; ING Bank Śląski S.A. – 20% ¹²⁶	Holandia
Nordea OFE	Nordea PTE S.A.	Nordea Life Holding AB;	Szwecja
Pekao OFE	Pekao Pioneer PTE S.A.	Bank Pekao S.A. – 65%	Włochy

¹²⁰ Dane ze strony internetowej: <http://www.aegon.pl/pl/Strona-glowna/O-Aegon/Aegon-w-Polsce/Aegon-Powszechne-Towarzystwo-Emerytalne-Spoka-Akcyjna/>.

¹²¹ Dane ze strony internetowej: <http://www.allianz.pl/korporacyjna/informacje-o-spolkach/tuir,32394.html>;

¹²² Dane ze strony internetowej: <http://www.metlifeamplico.pl/pl/Individual/Who-We-Are/Amplico-PTE-S.A/index.html>.

¹²³ Dane ze strony internetowej: http://www.aviva.pl/o_naszej_firmie/informacje-o-spolkach.html.

¹²⁴ Dane ze strony internetowej: <http://www.axa-polska.pl/oferta-indywidualna/o-nas/axa-w-polsce/spolki-axa-w-polsce/axa-powszechne-towarzystwo-emerytalne-spolka-akcyjna/>.

¹²⁵ Dane ze strony internetowej: [http://www.ppfgroup.nl/en/contact-us/companies-in-ppf-groups-portfolio/generali-ppf-holding-bv.html](http://www.generali.pl/o-generali/akcjonariat-kapitaly;http://www.ppfgroup.nl/en/contact-us/companies-in-ppf-groups-portfolio/generali-ppf-holding-bv.html).

¹²⁶ Dane ze strony internetowej: <http://www.ingofe.pl/o-nas>.

		(główny akcjonariusz: UniCredit); Pioneer Global Asset Management S.p.A. (35%) (główny akcjonariusz: UniCredit); ¹²⁷	
PKO Bankowy OFE	PKO BP BANKOWY PTE S.A.	Powszechna Kasa Oszczędności Bank Polski S.A. (50%) (akcjonariusze: Skarb Państwa, ING OFE, AVIVA OFE); Bank Handlowy S.A. (50%) (Citibank Overseas Investment Corporation) ¹²⁸	Polska, U.S.A.
Pocztylion OFE	Pocztylion-Arka PTE S.A.	Poczta Polska S.A.; BNP Paribas Assurance S.A.; Invesco Holding Company Ltd.; Konferencja Episkopatu Polski ¹²⁹	Polska, Francja, Belgia, U.S.A.
Polsat OFE¹³⁰	PKO BP BANKOWY PTE S.A.	Powszechna Kasa Oszczędności Bank Polski S.A. (50%) (akcjonariusze: Skarb Państwa, ING OFE, AVIVA OFE); Bank Handlowy S.A. (50%) (główny akcjonariusz: Citibank Overseas Investment Corporation) ¹³¹	Polska, U.S.A.
PZU OFE	PZU PTE S.A.	PZU Życie S.A. – 100% ¹³² (akcjonariusz: PZU S.A. – 100%) (akcjonariusze PZU S.A.: Skarb Państwa – 50%, Eureko B.V. – 22%, Kappa S.A. – 15%)	Polska, Holandia,
Warta OFE	PTE Warta S.A.	KBC Verzekeringen NV	Belgia

Źródło – opracowanie własne.

W związku z powyższym ewentualne naruszenia uprawnień zagranicznych inwestorów w związku ze zmianami prawnymi dotyczącymi OFE mogą być przedmiotem oceny na podstawie następujących umów o ochronie inwestycji:

- Umowa między Rządem Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej a Rządem Zjednoczonego Królestwa Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej w sprawie popierania i wzajemnej

¹²⁷ Dane ze strony internetowej: <https://www.pekaopte.pl/informacje/akcjonariusze>.

¹²⁸ Dane ze strony internetowej; <http://www.pkopte.pl/o-nas/akcjonariusz-pko-bp-bankowy-pte-sa/>,
<http://www.pkobp.pl/grupa-pko-banku-polskiego/relacje-inwestorskie/akcjonariat-i-dywidenda/>,
<http://www.citibank.pl/poland/homepage/polish/akcjonariat.htm>.

¹²⁹ Dane ze strony internetowej: <http://www.bnpparibas.pl/relacje-inwestorskie/akcjonariusze.htm>.

¹³⁰ Polsat OFE znajduje się w fazie przejścia przez PTE Bankowy S.A., <http://www.ptepolsat.com.pl/>.

¹³¹ Dane ze strony internetowej; <http://www.pkopte.pl/o-nas/akcjonariusz-pko-bp-bankowy-pte-sa/>,
<http://www.pkobp.pl/grupa-pko-banku-polskiego/relacje-inwestorskie/akcjonariat-i-dywidenda/>,
<http://www.citibank.pl/poland/homepage/polish/akcjonariat.htm>.

¹³² Dane ze strony internetowej: <http://www.pzu.pl/grupa-pzu/pte-pzu>.

ochrony inwestycji, podpisana w Londynie dnia 8 grudnia 1987 roku (Dz.U. 1988 nr 12 poz. 93);

- Umowa między Rzeczpospolitą Polską a Królestwem Hiszpanii w sprawie wzajemnego popierania i ochrony inwestycji, sporządzona w Madrycie dnia 30 lipca 1992 roku (Dz.U. 1993 nr 124 poz.563);
- Umowa między Rzeczpospolitą Polską a Królestwem Holandii o popieraniu i wzajemnej ochronie inwestycji, sporządzona w Warszawie dnia 7 września 1992 roku (Dz.U. 1994 nr 57 poz. 235);
- Umowa między Polską Rzeczpospolitą Ludową a Konfederacją Szwajcarską o wzajemnym popieraniu i ochronie inwestycji podpisana w Bernie dnia 8 listopada 1989 roku (Dz.U. 1990 nr 63 poz. 366);
- Umowa między Rzeczpospolitą Polską a Republiką Czeską o popieraniu i wzajemnej ochronie inwestycji, sporządzona w Budapeszcie dnia 16 lipca 1993 roku (Dz.U. 1994 nr 97 poz. 469);
- Umowa między Rządem Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej a Rządem Republiki Francuskiej w sprawie popierania i wzajemnej ochrony inwestycji podpisana w Paryżu dnia 14 lutego 1989 roku (Dz.U. 1990 nr 38 poz. 220);
- Umowa między Rządem Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej a Rządem Królestwa Szwecji w sprawie popierania i wzajemnej ochrony inwestycji sporządzona w Warszawie dnia 13 października 1989 roku (Dz.U. 1990 nr 38 poz. 218);
- Umowa między Polską Rzeczpospolitą Ludową a Republiką Federalną Niemiec w sprawie popierania i wzajemnej ochrony inwestycji, sporządzona w Warszawie dnia 10 listopada 1989 roku (Dz.U. 1991 nr 27 poz. 116);
- Umowa między Polską Rzeczpospolitą Ludową a Republiką Austrii w sprawie popierania i ochrony inwestycji, sporządzona w Wiedniu dnia 24 listopada 1988 roku (Dz.U. 1989 nr 54 poz. 321);
- Traktat o stosunkach handlowych i gospodarczych między Rzeczpospolitą Polską a Stanami Zjednoczonymi Ameryki, sporządzony w Waszyngtonie dnia 21 marca 1990 roku (Dz.U. 1994 nr 97 poz. 467);
- Umowa między Rządem Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej a Rządem Królestwa Belgii i Rządem Wielkiego Księstwa Luksemburga w sprawie popierania i wzajemnej ochrony inwestycji, sporządzona w Warszawie dnia 19 maja 1987 roku (Dz.U. 2001 nr 15 poz. 153);
- Umowa między Polską Rzeczpospolitą Ludową a Republiką Włoską w sprawie popierania i ochrony inwestycji, sporządzona w Warszawie dnia 10 maja 1989 roku (Dz.U. 1994 nr 42 poz. 157).

5.3.3. Możliwość ochrony praw na podstawie BIT – na przykładzie umowy z Królestwem Holandii

Jak już wskazano powyżej, umowy o popieraniu i wzajemnej ochronie inwestycji mają charakter typowy. Z tego względu, jak również i ze względu na ramy objętościowe niniejszej Ekspertyzy, analizie poddajemy postanowienia Umowy między Rzeczpospolitą Polską a Królestwem Holandii o popieraniu i wzajemnej ochronie inwestycji, sporządzoną w Warszawie dnia 7 września 1992 roku (Dz.U. 1994 nr 57 poz. 235) (dalej: „**Umowa**”). Wybór tejże umowy jest

uzasadniony faktem, że podmioty holenderskie uczestniczą w przynajmniej trzech z OFE działających na polskim rynku. Z tego względu dość wysokie jest prawdopodobieństwo wysunięcia ewentualnych roszczeń odszkodowawczych wobec Polski przez inwestorów holenderskich w oparciu o gwarancje wyrażone w Umowie.

Norma art. 1 Umowy przewiduje, że jako „inwestycja” rozumiane jest wszelkie mienie, w tym prawa z tytułu akcji i innych form udziału w spółkach, czy roszczenia pieniężne i inne roszczenia związane z działalnością gospodarczą. Zakresem ochrony objęte są inwestycje prowadzone przez osoby prawne utworzone na mocy prawa danej strony Umowy, lub osoby prawne, bez względu na siedzibę, kontrolowane bezpośrednio lub pośrednio przez inwestorów danej umawiającej się strony. Pod pojęciem kontroli rozumie się posiadanie znacznego udziału lub możliwości wywierania istotnego wpływu na zarządzanie i prowadzenie inwestycji¹³³.

Należy stwierdzić, że w przypadku trzech PTE: ING PTE S.A., PZU PTE S.A. oraz Aegon PTE S.A.; ma miejsce inwestycja prowadzona przez podmiot holenderski, przy czym w przypadku ING PTE S.A. oraz w Aegon PTE S.A. podmiot holenderski posiada pośrednio (ING PTE S.A.) oraz bezpośrednio (Aegon PTE S.A.) 100% udziałów. W ING PTE S.A., zarządzającym ING OFE, jest to spółka ING Continental Europe Holdings B.V. z siedzibą w Amsterdamie¹³⁴, natomiast w Aegon PTE S.A., zarządzającym Aegon OFE, jest to Aegon Woningen Nova B.V. z siedzibą w Hadze¹³⁵. Obie spółki są podmiotami utworzonymi zgodnie z prawem holenderskim i zarejestrowanymi w Holandii. Inwestycja wymienionych podmiotów to utworzenie towarzystw emerytalnych, które zarządzają Aegon OFE oraz ING OFE. W ten sposób podmioty holenderskie kontrolują oba OFE, a także – pośrednio – należące do nich aktywa. Kontrola ta wynika z pełnego wpływu obu podmiotów na polskie spółki zależne (PTE). OFE są z kolei właścicielami środków w nich zgromadzonych (środki stanowią część ich aktywów) i w ten sposób stanowią część inwestycji prowadzonej przez wymienione podmioty w Polsce.

Zgodnie art. 5 Umowy żadna ze stron nie może podjąć decyzji pozbawiających bezpośrednio lub pośrednio inwestorów drugiej strony ich inwestycji, chyba że takie decyzje są podejmowane w interesie publicznym i zgodnie z procedurą, nie mają charakteru dyskryminacyjnego i decyzjom tym towarzyszy zapewnienie wypłaty sprawiedliwej rekompensaty. Rekompensata ta ma odpowiadać rzeczywistej wartości danej inwestycji¹³⁶.

Należy zauważyć, że w międzynarodowym prawie ochrony inwestycji pojęcie wyłączenia jest interpretowane w sposób rozszerzający¹³⁷. W szczególności w orzecznictwie arbitrażowym często wykorzystywane są koncepcje pośredniego lub „pełzającego” wyłączenia („*creeping expropriation*”).¹³⁸ Wymienione terminy zostały wypracowane przez judykaturę dla oceny w

¹³³ Protokół EKPC do Umowy, pkt 1.

¹³⁴ ING Continental Europe Holdings B.V. z siedzibą w Amsterdamie pod adresem: Amstelveenseweg 500, NL-1081 KL Amsterdam zarejestrowana w Kamer van Koophandel pod numerem 33002024.

¹³⁵ Aegon Woningen Nova B.V. z siedzibą w Hadze pod adresem: AEGONplein 50, 2591 Haga, zarejestrowana w Kamer van Koophandel pod numerem 27111643.

¹³⁶ Umowa, art. 5 podpunkt c.

¹³⁷ Pojęcie wyłączenia na gruncie BIT jest zrównane z pojęciem nacjonalizacji.

¹³⁸ Schreuer, Christoph: „The Concept of Expropriation under the ETC and other Investment Protection Treaties”, *Transnational Dispute Management*, 2005, Nr 2, s. 3 i kolejne.

sytuacji, w których nacjonalizacja nie ma charakteru bezpośredniego, lecz dokonywana jest dyskretnie lub stopniowo, pozostawiając pole do interpretacji, czy w ogóle miała ona miejsce.¹³⁹

Wywłaszczenie pośrednie ma miejsce, gdy inwestor traci kontrolę nad inwestycją lub traci jej wartość ekonomiczną bez bezpośredniego zaboru fizycznego. Może to mieć miejsce np. poprzez ograniczenie możliwości zarządzania inwestycją, nałożenie dodatkowych opłat czy podatków. Zasadnicze znaczenie może mieć takie ukształtowanie warunków zewnętrznych inwestycji, że inwestor – pomimo utrzymania formalnej kontroli nad inwestycją – traci interes jej prowadzenia.¹⁴⁰ Można przytoczyć w tym zakresie orzeczenie Goetz v Burundi, w którym skład orzekający potwierdził istnienie odpowiedzialności odszkodowawczej państwa w sytuacji, gdy jego działanie „*pozbawiło inwestycję wszelkiej użyteczności i pozbawiło inwestorów skarżącego zysków, których mógł on oczekiwać z inwestycji*”.¹⁴¹ W orzeczeniu Metalclad v. Mexico stwierdzono, że przypadek wywłaszczenia zachodzi również w sytuacji ukrytego lub incydentalnego naruszenia posiadania własności, które to naruszenie skutkuje pozbawieniem właściciela korzyści ekonomicznych, których mógłby racjonalnie oczekiwać w związku z prowadzoną inwestycją.¹⁴² Z kolei w orzeczeniu CME vs. The Czech Republic stwierdzono, że niezależnie od faktu formalnego nienaruszenia działalności inwestora, działalność organu państwowego zniweczyła wartość ekonomiczną jego inwestycji, co jest równe z efektem wywłaszczenia.¹⁴³

Z kolei pełzające wywłaszczenie oznacza szereg aktów, z których żaden indywidualnie nie wywiera skutku wywłaszczającego, które jednakże wzięte pod uwagę w całości niweczą wartość inwestycji.¹⁴⁴ W orzeczeniu Tradex vs. Albania ICSID stwierdziła, że za pełzające wywłaszczenie można uznać m.in. szereg aktów politycznych, których efektem byłoby zniweczenie ekonomicznego sensu inwestycji.¹⁴⁵

6. Prawna ocena Rekomendacji I – IV

Poniżej zaprezentowano analizę prawnej dopuszczalności realizacji poszczególnych rekomendacji z Przeglądu. OFE są bezpośrednimi właścicielami zgromadzonych w nich aktywów (na wzór powierników), natomiast osobom ubezpieczonym przysługuje pośrednie do nich prawo podmiotowe, na które składa się szereg opisanych powyżej uprawnień. Ochrona uprawnień OFE ma zatem charakter bezpośredni i prostszy, aniżeli ochrona uprawnień osób ubezpieczonych. Z tego względu przyjęto kolejność rozważań, zgodnie z którą opis zgodności z prawem

¹³⁹ Ibidem.

¹⁴⁰ Makarczyk, Jerzy: „Principles of a New International Economic Order”, Holandia 1988, s. 535.

¹⁴¹ Orzeczenie Międzynarodowego Centrum Rozstrzygania Sporów Inwestycyjnych (ang. International Centre for Settlement of Investment Disputes, ICSID) w sprawie Goetz v. Burundi, cytowane za Schreuer, Christoph: „The Concept of Expropriation under the ETC and other Investment Protection Treaties”, Transnational Dispute Management, 2005, Nr 2, s. 8 (tłumaczenie własne).

¹⁴² Schreuer, Christoph: op. cit., s. 8

¹⁴³ UNCITRAL Arbitration Proceedings, orzeczenie z dnia 13 września 2001 roku w sprawie CME Czech Republic B.V. (The Netherlands) vs. The Czech Republic, Nb. 591.

¹⁴⁴ Schreuer, Christoph: „The Concept of Expropriation under the ETC and other Investment Protection Treaties”, Transnational Dispute Management, 2005, Nr 2, s. 14.

¹⁴⁵ Ibidem, s. 16.

poszczególnych rekomendacji przedstawiany jest najpierw z perspektywy OFE, zaś następnie – z perspektywy osób ubezpieczonych.

Prawna ocena poszczególnych Rekomendacji zawiera zasadnicze trzy części: w pierwszych dwóch omówiono ochronę praw OFE oraz osób ubezpieczonych w stosunku do ewentualnych zmian w postaci przewłaszczenia na rzecz ZUS własności środków zgromadzonych w OFE. W części trzeciej – o ile takowe zawarte są w danej Rekomendacji - omówiono pozostałe propozycje legislacyjne, mające charakter poboczny w stosunku do przewłaszczenia środków.

Po dokonaniu oceny prawnej poszczególnych Rekomendacji, przedstawiona zostaje ich zbiorcza ocena z punktu widzenia zasady pewności prawa i zasady ochrony interesów w toku.

6.1. Prawna ocena Rekomendacji I

6.1.1. Ochrona praw OFE

Zgodnie z założeniami Rekomendacji I środki z OFE przenoszone są do ZUS stopniowo na 10 lat przed osiągnięciem przez daną osobę uprawnień emerytalnych. W ten sposób wcielenie w życie Rekomendacji I oznacza wcześniejsze – aniżeli wynikające z dotychczasowych uregulowań – pozbawienie OFE własności zgromadzonych aktywów.

Jak wskazano powyżej, OFE w obecnym stanie prawnym uprawnione są do inwestowania aktywów do czasu przejścia przez daną osobę ubezpieczoną na emeryturę. Do tego momentu środki stanowią własność OFE, który jest zobowiązany do ich lokowania w interesie osoby ubezpieczonej.

Skrócenie czasu, w jakim OFE jest uprawnione do inwestowania i zarządzania środkami, stanowi pozbawienie OFE części ich aktywów. Od momentu rozpoczęcia przenoszenia środków do ZUS Fundusze stopniowo tracą posiadany kapitał poprzez jego transfer do aktywów ZUS. W ten sposób dochodzi do przewłaszczenia środków na rzecz podmiotu publicznego. Spełnione są zatem kryteria pojęcia wywłaszczenia z wyroku TK z 8 maja 1990 roku w sprawie do sygn. akt K 1/90, zgodnie z którym wywłaszczenie to każda forma pozbawienia własności na rzecz podmiotu państwowego. Brak jest jednakże dwóch pozostałych konstytutywnych elementów wywłaszczenia, które pozwalałyby na uznanie realizacji Rekomendacji I za posunięcie prawnie dopuszczalne: przeprowadzenia go na podstawie aktu indywidualnego (decyzji administracyjnej) oraz zagwarantowania odszkodowania podmiotowi wywłaszczanemu.¹⁴⁶

Rekomendacja I zakłada wyłącznie przeniesienie środków na rzecz ZUS. Przewłaszczenie odbywa się z mocy ustawy, nie zaś na podstawie aktu indywidualnego. Jednocześnie OFE nie otrzymują jakiegokolwiek rekompensaty za utracone mienie. Własność aktywów jest przejmowana przez podmiot publiczny. W związku z tym **realizacja Rekomendacji I nie będzie stanowić – potencjalnie dopuszczalnego prawnie – wywłaszczenia, lecz powinna zostać zakwalifikowana jako nacjonalizacja mienia Funduszy. Nacjonalizacja jest z kolei prawnie niedopuszczalnym sposobem naruszenia przez władze publiczne własności prywatnej.**¹⁴⁷

¹⁴⁶ Zob. Woś Tadeusz: „Wywłaszczenie nieruchomości i ich zwrot”, Warszawa 2007, Rozdz. I Nb. 4.

¹⁴⁷ Zob. Wyrok TK z dnia 19 maja 2001 roku w sprawie do sygn. akt K 5/01.

Przypadek powyższy należy odróżnić od możliwości wycofania środków z OFE przez ich właścicieli (lub ich utratę przez OFE wskutek rozvodu oszczędzającego lub jego śmierci). W tych przypadkach dochodzi bowiem do realizacji jednej z możliwości prywatnoprawnej relacji pomiędzy osobami ubezpieczonymi a OFE, jako podmiotem zarządzającym ich środkami. Wskutek ziszczenia się określonej sytuacji (lub zaistnienia stosownej dyspozycji ze strony osoby ubezpieczonej) OFE realizują swój obowiązek w postaci wypłaty bądź transferu środków. Zupełnie innej natury jest natomiast wkroczenie państwa w tę sferę i przewłaszczenie środków na rzecz podmiotu publicznego (ZUS) w sposób zmieniający dotychczasowe ramy prawne funkcjonowania OFE. W tym zakresie efekt działania ustawodawcy przekracza ramy ewentualnego ryzyka gospodarczego OFE i przejmuje środki niezależnie od jakichkolwiek decyzji (bądź zdarzeń faktycznych) po stronie OFE lub ich członków.¹⁴⁸

Należy wskazać, że przeniesienie środków do ZUS nie może zostać zaakceptowane jako zmiana ogólnych reguł własności środków wykonywanej przez OFE. Otóż **dotychczasowe uregulowania prawne w sposób jednoznaczny przyznały OFE czasową własność środków do momentu zajścia określonych prawnie zdarzeń. W tym czasie własność OFE powinna być postrzegana jak własność każdego innego podmiotu prawa prywatnego i podlega analogicznej ochronie. Jednocześnie przewłaszczenie środków na rzecz ZUS z całą pewnością narusza istotę prawa własności, albowiem odejmuje OFE jakąkolwiek łączność z odpowiednią częścią aktywów. Stąd nie może być mowy o zakwalifikowaniu realizacji Rekomendacji I jako realizacji kompetencji ustawodawczej z art. 64 ust. 3 Konstytucji.**

Wymaga zaznaczenia, że przy ocenie naruszenia praw OFE nie ma znaczenia fakt, że znacjonalizowane środki miałyby zostać przeznaczone na wypłatę przyszłych emerytur. Niezależnie bowiem od iluzoryczności takiego założenia – wszak ZUS nie gromadzi środków, lecz wydaje je na bieżącą działalność – OFE ostatecznie tracą własność z momentem przewłaszczenia aktywów na rzecz ZUS. W ten sposób późniejsze postępowanie ZUS ze środkami (lub z wierzytelnościami pozostałymi po wydatkowaniu środków) nie może wstecznie uzasadnić faktu naruszenia własności OFE.

Opisywana nacjonalizacja środków z OFE nie stanowi wykonywania przez ustawodawcę kompetencji na gruncie art. 67 ust. 1 Konstytucji¹⁴⁹. Poprzez przyznanie własności środków podmiotom prywatnym (osoby ubezpieczone oraz OFE) państwo wyzbyło się ich z domeny publicznej i stąd jest zobowiązane do ich ochrony jako przedmiotu własności prywatnej. Należy tu przytoczyć stanowisko TK wyrażone w wyroku z dnia 19 maja 2001 roku w sprawie do sygn. akt K 5/01, zgodnie z którym państwo jest zobligowane do respektowania faktu, że część jego majątku opuściła była domenę publiczną i fakt uprzedniej przynależności tychże środków do majątku państwa nie uzasadnia ingerencji w tak powstałą własność prywatną.

¹⁴⁸ Brak zasadności argumentu, jakoby nacjonalizacja środków prowadziła do efektu, który i tak mógłby nastąpić wskutek decyzji członków OFE (i stąd miałyby być uwypukla porównanie tejże sytuacji z ewentualną nacjonalizacją części własności przedsiębiorstw prywatnych. Również i w tym przypadku mógłby paść argument, że znacjonalizowana część własności przedsiębiorstw mogłaby zostać utracona wskutek normalnej działalności rynku (lub decyzji przedsiębiorcy czy jego kontrahentów). W ten sposób staje się oczywiste, w jak dużym stopniu działalność nacjonalizacyjna przekracza sferę zwyczajnego ryzyka gospodarczego.

¹⁴⁹ Art. 67 ust 1 Konstytucji: „Obywatel ma prawo do zabezpieczenia społecznego w razie niezdolności do pracy ze względu na chorobę lub inwalidztwo oraz po osiągnięciu wieku emerytalnego. Zakres i formy zabezpieczenia społecznego określa ustawa.”

Należy zatem stwierdzić, że realizacja Rekomendacji I byłaby niezgodna z zasadą ochrony własności z art. 21 i art. 64 Konstytucji i naruszałaby własność OFE poprzez odebranie Funduszom własności aktywów i przeniesienie tychże środków na ZUS (czyli poprzez nacjonalizację środków).

Analogicznie nacjonalizacja środków OFE prowadzi do naruszenia art. 1 Protokołu EKPC, jak również postanowień art. 21 Karty Praw Podstawowych. Nacjonalizacja jest bowiem najdalej idącym środkiem naruszającym prawo własności, które jest gwarantowane przez przytoczone regulacje w sposób nie węższy aniżeli Konstytucja RP.

Również i na gruncie umów o wzajemnej ochronie i popieraniu inwestycji (BIT) nacjonalizacja środków zgodnie z Rekomendacją I może prowadzić do odpowiedzialności odszkodowawczej państwa w stosunku do inwestorów zagranicznych objętych ochroną państw, z którymi Rzeczpospolita Polska zawarła umowy o ochronie inwestycji (BIT). W tym zakresie należy wskazać, że efekt nacjonalizacji środków osiągnąć jest bezpośrednio, poprzez wprowadzenie w życie regulacji nakazującej przejmowanie środków przez podmiot państwowy. Rodzi to obowiązek odszkodowawczy państwa przeprowadzającego nacjonalizację.¹⁵⁰

6.1.2. Ochrona praw członków OFE

W przeciwieństwie do sytuacji prawnej OFE, których środki są nacjonalizowane bez przyznania Funduszom jakiegokolwiek rekompensaty, Przegład stwarza pozory utrzymania ochrony praw osób ubezpieczonych. W ten sposób środki przejęte przez ZUS m.in. mają zostać zaksięgowane na subkontach, mają być przedmiotem dziedziczenia czy podziału w razie rozwodu, jak również mają posłużyć do wypłaty przyszłych emerytur danej osobie ubezpieczonej. Uprawnienia te nie mogą zasłonić jednakże istoty przewłaszczenia środków na rzecz ZUS, jaką jest fakt zastąpienia wierzytelności odnoszącej się do realnych środków w OFE – wierzytelnością nie mającą żadnego realnego punktu odniesienia.

Najważniejszą zmianą z punktu widzenia osoby ubezpieczonej jest fakt, że zgromadzone przez nią środki opuszczają sferę własności prywatnej, stają się własnością państwową i zostają przez państwo skonsumowane. Jest to zmiana o ogromnym znaczeniu, ingerująca najgłębiej w możliwość wykonywania przez ubezpieczonych ich praw w stosunku do środków. W dotychczasowym stanie prawnym ubezpieczonemu przysługiwał bowiem zestaw uprawnień w stosunku do realnie zgromadzonych środków, znajdujących się w czasowym zarządzie ze strony OFE. Tymczasem wskutek realizacji Rekomendacji I środki te zostaną wydane, zaś ich pierwotny właściciel uzyska jedynie roszczenie w stosunku do ZUS o wypłatę emerytury opartej na danych z subkonta w ZUS. Pozycja osoby ubezpieczonej ulega zmianie z położenia inwestora, na sytuację osoby uprawnionej do świadczeń socjalnych o określonej wysokości.

¹⁵⁰ W opisywanym kontekście BIT należy zauważyć trudności z określeniem dokładnego zakresu szkody ponoszonej przez zagranicznych inwestorów w momencie nacjonalizacji aktywów OFE. O ile bowiem aktywa OFE zostaną niewątpliwie uszczuplone, o tyle dla oceny szkody ponoszonej przez inwestorów znaczenie będzie miał fakt, że środki posiadane przez OFE byłyby w dłuższej perspektywie czasowej w dużej części zużyte na wypłatę emerytur. Stąd ewentualne odszkodowanie musiałoby odnosić się do szkody w całości inwestycji wynikającej z pozbawienia OFE aktywów (w tym – z braku możliwości inwestowania ich przez okres po nacjonalizacji), nie zaś – do samej wysokości utraconych aktywów.

Jednocześnie osoba ubezpieczona traci posiadane dotychczas prawo dysponowania środkami. Nie może ona w szczególności decydować o ich ulokowaniu. Wynika to z faktu, że środki zostają przez ZUS wydane na pokrycie bieżących wydatków. Dodatkowo, relacje z ZUS nie mają charakteru stosunku prywatnoprawnego (relacji pomiędzy podmiotami prawa prywatnego), lecz są relacją obywatela z organem państwowym. Osoba ubezpieczona nie ma możliwości zdecydowania o przeniesieniu środków do podmiotu, który jej zdaniem zainwestowałby środki w sposób ją zadowalający. Podobnie utracone zostaje prawo dochodzenia od dysponenta środków odszkodowania w przypadku poniesienia strat na środkach. Postępowanie ZUS ze środkami osób ubezpieczonych (ściślej: z wierzytelnością powstałą wskutek ich wydania) zostaje wyjęte spod zakresu kontroli podmiotów prywatnych.

Zgodnie z Rekomendacją I roszczenie wobec ZUS, powstałe wskutek przejęcia przez zakład środków osób ubezpieczonych, podlega waloryzacji według ustawy. Zgodnie jednakże z dotychczasowym stanem prawnym środki inwestowane przez OFE mogły przynieść osobie ubezpieczonej dochód przekraczający waloryzację przeprowadzaną przez ZUS. Odjęcie osobie ubezpieczonej tej możliwości (powiększenia środków wskutek inwestycji przez OFE) również świadczy o naruszeniu praw członków OFE. Wszak w dotychczasowym stanie prawnym lokowanie środków w OFE uzasadnione było właśnie chęcią ich pomnożenia.

Wymaga podkreślenia, że nie sposób jest zrównywać stosunku zachodzącego pomiędzy osobą ubezpieczoną a OFE ze stosunkiem łączącym ubezpieczonego z ZUS. W pierwszym bowiem przypadku wierzytelność (i wiązka uprawnień) osoby ubezpieczonej wobec OFE ma konkretny przedmiot, którym są środki zgromadzone w OFE (lub ich ekwiwalenty). W przypadku ZUS natomiast wierzytelność nie ma pokrycia w środkach FUS – wpływające składki są przeznaczane na bieżące wypłaty emerytur i innych świadczeń socjalnych. Zmianie ulega przy tym nie tylko przedmiot zobowiązania, ale i podmiot zobowiązany. Na miejsce OFE wstępuje z mocy prawa ZUS. O doniosłości takiej zmiany dla wierzyciela (czyli dla osoby ubezpieczonej) świadczy fakt, że na gruncie prawa cywilnego zmiana dłużnika wymaga zgody wierzyciela.¹⁵¹ Adnotacja ta byłaby pozbawiona mocy perswazyjnej jeszcze kilka lat temu, kiedy to niewypłacalność państw była zjawiskiem sporadycznym – przeciwnie, to państwo jawiło się jako najbardziej wiarygodny dłużnik. W dobie kryzysu finansowego (*sovereign debt crisis*) założenie to nie polega już na aksjomacie.

Przeniesienie środków do ZUS wiąże się także ze znaczącym spadkiem poziomu ich ochrony prawnej. W tym zakresie przytoczyć należy *in extenso* stanowisko glosatora oparte na wyroku TK z dnia 16 lipca 2009 roku w sprawie do sygn. akt Kp 4/08. Zgodnie z nim:

*„Trzeba (...)zwrócić uwagę na fakt, że ochrona własności publicznej przed ingerencją ustawodawcy jest słabsza niż prywatnej. Za taką interpretacją przemawia wykładnia systemowa. Szczególne reguły dotyczące ochrony własności zostały określone w art. 64 ust. 3 Konstytucji, znajdującym się w Rozdziale II dotyczącym statusu człowieka i obywatela. Przede wszystkim jednak **ustawodawca ma znaczną swobodę w kształtowaniu ustroju i mechanizmów funkcjonowania instytucji publicznych, a więc w szczególności zakresu ich własności.** Jak zauważono w literaturze,*

¹⁵¹ Zob. art. 519 Kodeksu Cywilnego.

własność publiczna w odróżnieniu od prywatnej nie stanowi abstrakcyjnej wartości, lecz jest podporządkowana realizacji określonych zadań publicznych.¹⁵² (wytluszczenia dodane).

Nie podlega w tym zakresie wątpliwości, że o ile nawet ustawodawca stworzyłby takie warunki przeniesienia środków z OFE do ZUS, które całkowicie chroniłyby uprawnienia członków OFE (co na gruncie Przeglądu nie ma miejsca), przyszła ochrona prawna relacji pomiędzy osobami ubezpieczonymi, a ich środkami, uległaby znacznemu osłabieniu. Środki – wchodząc do ZUS – stają się częścią domeny publicznej. Ich właścicielem staje się ZUS, będący jednostką skarbu państwa. W ten sposób prawna ochrona osób ubezpieczonych podlega dalszej erozji, ponieważ osłabia sytuację prawną ubezpieczonych na wypadek przyszłych reform ograniczających ich uprawnienia emerytalne. Państwo jest bowiem – jak opisano w powyżej przytoczonym cytacie – uprawnione do instrumentalnego traktowania swej własności i jej podporządkowania realizacji zadań publicznych. Zachodzącą tutaj różnicę w ochronie prawnej dobrze ilustruje orzecznictwo ETPC. O ile bowiem środki zgromadzone w prywatnych funduszach emerytalnych są przez Trybunał uznawane za przedmiot konwencyjnie chronionego prawa własności osób ubezpieczonych¹⁵³, o tyle ochronie takiej nie podlegają środki zgromadzone w państwowym systemie emerytalnym. W tym zakresie Trybunał respektuje państwową kompetencję do kształtowania sposobu zarządzania *państwowymi* środkami przeznaczonymi na zabezpieczenie emerytalne obywateli.¹⁵⁴

Na gruncie Konstytucji powyżej opisaną różnicę ilustruje szeroka kompetencja ustawodawcy na podstawie art. 67 ust. 1 Konstytucji. Postanowienie to daje państwu możliwość ustawowego ukształtowania systemu socjalnego, przy jednoczesnym zapewnieniu ubezpieczonym istoty uprawnień z wspomnianej normy. Stąd TK przyjął szeroką kompetencję do działań ustawodawcy, co wynika m.in. z przynależenia środków – przeznaczanych na opiekę społeczną – do skarbu państwa¹⁵⁵. W przeciwieństwie do tego, środki stanowiące mienie prywatne są poddane o wiele dalej idącej ochronie prawnej, zaś każda ingerencja w ich własność podlega badaniu pod kątem konstytucyjnej ochrony prawa własności.

W świetle powyższego należy stwierdzić, że realizacja Rekomendacji I prowadzi do naruszenia mienia członków OFE. Oddane przez nich do OFE środki zostają przejęte przez państwo i wydane, co prowadzi do redukcji majątku ubezpieczonych. Jednocześnie ubezpieczeni tracą prawo dysponowania środkami i ulokowania ich w podmiocie przez nich wybranym. Prowadzi to do konkluzji, że **Rekomendacja I narusza prawo własności członków OFE gwarantowane przez art. 21 oraz art. 64 Konstytucji. Analogicznie do powyższego, realizacja propozycji Rekomendacji I prowadzi do naruszenia postanowień art. 1 Protokołu EKPC.**

Przeprowadzenie opisanej redukcji uprawnień osób ubezpieczonych, w szczególności pozbawienie osób ubezpieczonych wiarygodności w stosunku do realnie zgromadzonych środków, pozbawienie osób ubezpieczonych możliwości dysponowania środkami, pozbawienie osób ubezpieczonych prawa do czerpania korzyści z inwestowania środków przez prywatne

¹⁵² Słok, Piotr: „Głosa do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 16 lipca 2009 roku (sygn. akt Kp 4/08)”, Przegład Sejmowy nr 3/2010, s. 152.

¹⁵³ Wyrok ETPC z dnia 15 stycznia 2013 w sprawie E.B. przeciwko Węgrom (skarga nr 34929/11).

¹⁵⁴ Wyrok ETPC w sprawie z dnia 12 października 2004 roku w sprawie Kjartan Ásmundsson przeciwko Islandii (skarga nr 60669/00).

¹⁵⁵ Wyrok TK z dnia 8 czerwca 2009 roku w sprawie do sygn. akt SK 37/2009.

podmioty z szansą powiększenia oszczędzanego kapitału oraz osłabienie ochrony prawnej wskutek przeniesienia środków do podmiotu państwowego może stanowić również **naruszenie zasady ochrony praw nabytych z art. 2 Konstytucji**.

6.2. Prawna ocena Rekomendacji II

Rekomendacja II zakłada realizację Rekomendacji I (jako części scenariusza opisanego jako Rekomendacja II). W tym zakresie odsyłamy do oceny prawnej Rekomendacji I.

6.2.1. Ochrona praw OFE

Jak wskazano powyżej, istotą Rekomendacji II jest przejęcie przez ZUS środków, które OFE ulokowały w innych aniżeli akcje papierach wartościowych. Aktywa te stanowią około 50% całości aktywów OFE.¹⁵⁶

W związku z powyższym do oceny Rekomendacji II w pełni zastosowanie znajduje ocena przedstawiona powyżej w odniesieniu do Rekomendacji I. Przejęcie części nieaktywnej OFE to bowiem przewłaszczenie około połowy majątku OFE na rzecz ZUS. Operacja ta różni się od przeniesienia majątku z Rekomendacji I jedynie zakresem czasowym: o ile w przypadku Rekomendacji I nacjonalizacja rozpoczyna się na 10 lat przed przejściem przez daną osobę na emeryturę (i dotyczy całości środków ubezpieczonego), o tyle **w przypadku Rekomendacji II nacjonalizacja ma charakter niezależny od aspektu temporalnego i dotyczy ogólnego majątku OFE (nie zaś środków przyporządkowanych do konkretnych ubezpieczonych)**.

W związku z powyższym należy stwierdzić, że wprowadzenie do polskiego porządku prawnego propozycji z Rekomendacji II prowadziłoby do naruszenia konstytucyjnej zasady ochrony własności z art. 21 oraz art. 64 Konstytucji, jak również i do naruszenia postanowień z art. 1 Protokołu EKPC oraz art. 17 KPP.

Nacjonalizacja środków – o ile nastąpi bez wypłaty odszkodowania – może prowadzić także do odpowiedzialności państwa na podstawie umów o wzajemnym popieraniu i ochronie inwestycji (BIT).

6.2.2. Ochrona praw członków OFE

W przypadku Rekomendacji II naruszenie praw osób ubezpieczonych w OFE ma charakter pośredni. Rekomendacja II nie zakłada bowiem przeniesienia środków osób ubezpieczonych, lecz środków samych Funduszy. Należy jednakże zauważyć, że OFE nie posiada środków, które nie pochodziłyby od jego członków.¹⁵⁷

Niestety Przegład w żaden sposób nie odnosi się do kwestii uprawnienia osób ubezpieczonych do nacjonalizowanych środków. Rekomendacja II zakłada jedynie propozycję utrzymania określonych uprawnień do tychże środków, jednocześnie zapewniając zachowanie ich indywidualnego przyporządkowania do osób ubezpieczonych. W tym zakresie należy zauważyć,

¹⁵⁶ Urząd Komisji Nadzoru Finansowego: "Informacja o działalności inwestycyjnej funduszy emerytalnych w okresie 31.03.2010 – 19.03.2013", Warszawa 2013, s. 28 i kolejne.

¹⁵⁷ Wynika to z wyliczenia aktywów OFE zawartego w art. 6 UOFE.

że aktywa Funduszu nie są inwestowane odmiennie w zależności od ich przynależności do określonych ubezpieczonych, lecz lokowane są jako aktywa Funduszu w ogólności. Stąd uzasadnione wydaje się przyjęcie, że wyprowadzenie wskazanej w Rekomendacji II części środków do ZUS dotknie w takim samym wszystkich członków Funduszu. Zatem około 50% środków odłożonych w OFE ulegnie nacjonalizacji.¹⁵⁸

Skoro nacjonalizacji ulegają środki wchodzące w skład mienia członków OFE, osoby ubezpieczone są postawione w takiej samej sytuacji prawnej, jak w przypadku realizacji Rekomendacji I. Jediną różnicę stanowi fakt, że środki ubezpieczonych są *a limine* przenoszone do ZUS (w przypadku Rekomendacji I nacjonalizacja odbywa się stopniowo, na dziesięć lat przed przejściem przez daną osobę na emeryturę). Stąd proces nacjonalizacji środków jest tutaj tym bardziej ewidentny.

Powyższe uzasadnia powtórzenie oceny prawnej odnoszącej się do Rekomendacji I. **Rekomendacja II – na zasadach opisanych powyżej – również prowadzi do naruszenia konstytucyjnej ochrony własności wyrażonej w art. 21 ust. 1 i art. 64 ust. 1 – 3 Konstytucji. Analogicznie naruszone zostają postanowienia art. 1 Protokołu EKPC.**

Przewłaszczenie środków na rzecz ZUS prowadzi do pozbawienia osób ubezpieczonych prawa dysponowania tymi środkami. Podobnie jak w przypadku środków nacjonalizowanych na zasadzie Rekomendacji I, osoba ubezpieczona utraci możliwość przeniesienia środków do innego podmiotu (tj. konkurencyjnego OFE), jak i osłabieniu ulega możliwość ochrony prawnej uprawnienia do środków. W związku z tym aktualizuje się problem ewentualnego naruszenia zasady ochrony praw nabytych z art. 2 Konstytucji.

6.2.3. Poboczne propozycje Rekomendacji II

Wątpliwości może budzić zmniejszenie składki trafiającej do OFE do 2,92% (Przegląd posługuje się w tym kontekście pojęciem „zwiększenia”). Otóż taka modyfikacja składki trafiającej do OFE może zostać uznana za stopniowe „wygaszanie” II Filaru. Wpływać to może w sposób negatywny na prowadzenie swoich interesów przez OFE oraz osoby ubezpieczone. Podmioty te bowiem, w oparciu o zaufanie do ustawodawcy, podjęły się długofalowego oszczędzania. W tym zakresie oba podmioty mogły liczyć na ograniczoną niezmiennność warunków swych inwestycji, powiązaną z zasadą pewności prawa oraz zasadą ochrony praw nabytych. Jednocześnie ograniczanie składki trafiającej do OFE prowadzi do dalszego ograniczania ekonomicznej sensowności inwestycji podmiotów zagranicznych w OFE, co zwiększa prawdopodobieństwo uznania aktywności ustawodawcy za przypadek pośredniej lub „pełzającej nacjonalizacji” w rozumieniu orzecznictwa arbitrażowego dotyczącego BIT.

Pozostałe propozycje zawarte w Rekomendacji II – przy zastrzeżeniu wysokiego poziomu ich ogólności – nie budzą zastrzeżeń prawnych. Prawnie dopuszczalne jest dookreślenie możliwego lokowania środków przez OFE, w tym nałożenie na OFE zakazu nabywania państwowych papierów dłużnych czy dopuszczenie inwestowania przez Fundusze w prywatne komercyjne papiery dłużne i inne komercyjne instrumenty finansowe. Analogicznie nie budzi zastrzeżeń zniesienie benchmarku wewnętrznego, jako mechanizmu oceny efektywności Funduszy, jak

¹⁵⁸ Założenie to jest uzasadnione także wnioskiem, że OFE nie byłyby w stanie utrzymać zgromadzone przez siebie składki w nienaruszonej wysokości, przy jednoczesnym zobowiązaniu do przeniesienia połowy aktywów OFE na ZUS.

również – powiązanego z tym pierwszym – mechanizmu niedoboru. Wymienione zmiany nie ingerują w istotę własności wykonywanej przez OFE czy też w uprawnienia członków Funduszu. Stąd uzasadnione jest ich postrzeganie jako wykonywanie kompetencji ustawodawcy z art. 64 ust. 3 oraz art. 67 ust. 1 Konstytucji¹⁵⁹.

Zmniejszenie progów ostrożnościowych z art. 86 UFIN jest dopuszczalne jako wykonanie przez ustawodawcę kompetencji z art. 216 i następnych Konstytucji.

6.3. Prawna ocena Rekomendacji III

Rekomendacja II zakłada realizację Rekomendacji I. W tym zakresie odsyłamy do oceny prawnej Rekomendacji I.

6.3.1. Ochrona praw OFE

Istotą Rekomendacji III jest wprowadzenie fakultatywnego uczestnictwa w Systemie OFE. Wprowadzeniu rozwiązania towarzyszyłby pozór zachowania autonomii w zakresie wyboru przez uczestnika bądź to kontynuacji systemu opartego o dwa filary bądź też uczestnictwa wyłącznie w ZUS. Osoba ubezpieczona pragnąca zachować członkostwo w II filarze musiałaby aktywnie wyrazić taką chęć.

Sytuacja prawna wynikająca z wcielenia w życie Rekomendacji III jest mniej jednoznaczna aniżeli w przypadku Rekomendacji I i II. Otóż w opisywanym przypadku redukcja aktywów OFE (ich przewłaszczenie na rzecz ZUS) miałyby mieć miejsce pośrednio, poprzez domyślne ponowne przypisanie członków OFE do ZUS, przy jednoczesnym dopuszczeniu wyboru przez osoby ubezpieczone pozostania w OFE (czyli „wyjścia” z reformy – model *opt-out*¹⁶⁰). Jest to sytuacja o tyle niejednoznaczna, iż środki w OFE są składnikiem mienia osób ubezpieczonych, zaś własność tychże środków wykonywana jest przez OFE – na zasadzie zbliżonej do powiernictwa – na rzecz członków OFE.

Uwzględnić należy, że uprawnienia członków OFE wobec ich środków są silnie chronione przez obowiązujące regulacje prawne – osoby ubezpieczone zachowują m.in. kompetencję do zdecydowania o przeniesieniu środków do innego OFE, czyli o rzeczywistym pozbawieniu OFE jego środków. Wykorzystując tę relację Rekomendacja III konstruuje relację prywatnoprawną (pozór zachowania rzeczywistego wyboru przez uczestników) dla realizacji zamierzenia w postaci docelowego przejęcia środków przez ZUS.

Oceniając ewentualne postępowanie ustawodawcy w opisanym kontekście należy wskazać, że celem działalności władz państwowych jest w dalszym ciągu (jak w przypadku Rekomendacji I i II) uzyskanie przez ZUS własności środków zgromadzonych w OFE. Świadczy o tym chociażby publiczna wypowiedź Ministra Finansów z dnia 26 czerwca 2013 roku, zgodnie z którą „*kto uzna,*

¹⁵⁹ Art. 64 ust. 3 Konstytucji: „Własność może być ograniczona tylko w drodze ustawy i tylko w zakresie, w jakim nie narusza ona istoty prawa własności.”

¹⁶⁰ W Przeglądzie na s. 88 mowa jest o modelu *opt-in*, co jest mylące, ponieważ opcja wyboru powinna być odnoszona do rozwiązania przyjętego przez ustawodawcę -w tym przypadku ustawodawca „domyślnie” przenosi ubezpieczonych z OFE do ZUS, to ubezpieczony może „wyjść” z tej reformy, czyli skorzystać z prawa *opt-out*.

że w interesie Polski nie jest powiększanie długu, ten listu o pozostanie w OFE nie wyśle.” W ten sposób organ państwowy publicznie napiętnował ewentualną decyzję osoby ubezpieczonej o kontynuowaniu oszczędzania w OFE. Ta wypowiedź jednego z autorów Przeglądu, jak również i treść pozostałych propozycji z Przeglądu każe zinterpretować powtórny wybór uczestnictwa OFE – z jednoczesnym domyślnym przyporządkowaniem ubezpieczonych do ZUS – jako instrument mający w istocie pozbawić OFE powierniczej własności środków. Nie jest to w szczególności instrument mający służyć daniu osobom ubezpieczonym możliwości przemyślanego inwestowania swych oszczędności. Poza wskazanym ogólnym celem Przeglądu (potwierdzonym wypowiedzią Ministra Finansów) świadczy o tym i fakt, że przyporządkowanie ubezpieczonych do ZUS ma charakter jednokierunkowy. Ubezpieczony nie może powtórnie zdecydować się na uczestnictwo w II Filarze. Gdyby jednakże propozycja z Przeglądu służyć miała ewentualnej optymalizacji procesu oszczędzania, możliwość powrotu do OFE musiałaby zostać dana na równi z możliwością powierzenia środków ZUS. **Rozwiązanie proponowane w ramach Rekomendacji III jawi się zatem jako arbitralne.** Efekt nacjonalizacji w tym zakresie podkreśla zapowiedź umorzenia obligacji skarbowych przejętych przez ZUS w ramach realizacji Rekomendacji III.

Należy zauważyć, że brak możliwości powrotu do OFE potwierdza fakt rzeczywistej utraty środków w momencie ich przeniesienia do ZUS. Powrót do OFE jest bowiem dlatego ekonomicznie niemożliwy, ponieważ ZUS wydaje przejęte środki na bieżącą działalność (nie oszczędza ich na rzecz osób ubezpieczonych). Stąd stworzenie ubezpieczonym możliwości powrotu do OFE wystawiłoby ZUS na niebezpieczeństwo konieczności „kreowania” środków, które zakład był już wydatkował na bieżącą działalność.

Należy zauważyć istotność faktu, że Rekomendacja III wymaga od ubezpieczonych aktywnego działania w celu odwrócenia skutku przewłaszczenia środków z OFE (model *opt-out*). Nie bez znaczenia jest fakt, że działanie takie wymaga nie tylko wiedzy ubezpieczonych o ewentualnie trwającym okresie przejściowym, ale także i wysiłku związanego z dokonaniem takiegoż wyboru. Jest to przeciwieństwo rozwiązań z dotychczasowego Systemu, w którym przy braku wyboru OFE stosunek uczestnictwa powstawał na drodze losowania OFE. System charakteryzował się zatem preferencją oszczędzania w OFE. Rozwiązania Rekomendacji III natomiast jednoznacznie zniechęcają do tegoż rozwiązania. Potwierdzeniem tego jest wspomniana wypowiedź Ministra Finansów.

W opisywanym zakresie uwzględnić należy międzynarodowe orzecznictwo arbitrażowe w przedmiocie wywłaszczenia. Jak wskazano wyżej, podkreśla się w nim konieczność uwzględnienia całokształtu okoliczności składającej się na skutek działań państwowych. O ile pojedynczy akt państwowy rozważany indywidualnie może nie zostać uznany za akt wywłaszczeniowy (tu: wprowadzenie elementu wyboru OFE i ZUS), o tyle ów akt w połączeniu z innymi działaniami państwa (wprowadzenie fikcji wyboru, wypowiedzi przedstawicieli państwa) mogą złożyć się na uznanie całości działań państwowych za postępowanie prowadzące do wywłaszczenia inwestycji. Wprowadzona w ramach Rekomendacji III reforma nie może ignorować behawioralnych uwarunkowań, które – co zostało empirycznie dowiedzione – kwestionują tezę o racjonalności wyboru.¹⁶¹ Dlatego też każda zmiana w ramach rozwiązań fakultatywnych z *opt-in* na *opt-out* jedynie pozornie jest neutralna – rzeczywista neutralność wymagałaby przyjęcia pełnej

¹⁶¹ Zob. Kahneman, Daniel: *Thinking, Fast and Slow*, New York 2011; Parisi, Francesco, Smith, Vernon Lomax, *The Law And Economics Of Irrational Behavior*, Stanford University Press, 2005.

racjonalności adresatów normy (tu: ubezpieczonych), która to racjonalność występuje jedynie w ograniczonym zakresie. Stąd też argument o dobrowolności uczestnictwa połączony z mechanizmem „domyślnego” transferu jest z punktu widzenia uwarunkowań regulacyjnych inwestycji OFE odległy od przekonującego.

W konsekwencji **spektrum wyboru danego ubezpieczonym jest w rzeczywistości w dużym stopniu pozorne, stworzono je dla instrumentalnego celu, jakim jest odpływ ubezpieczonych (a w ślad za nimi środków) z OFE do ZUS**. Osobom ubezpieczonym dany jest bowiem rzekomy (bo jednokierunkowy) wybór w przedmiocie zgody na przewłaszczenie środków na rzecz ZUS, jednakże wybór ten jest w istocie podejmowany przez państwo. Stąd należy uznać, że **fakt przyjęcia pozorów swobody wyboru ZUS – wraz z rządowymi zachętami do braku dokonania takiego wyboru – prowadzi w istocie w sposób pośredni (de facto) do nacjonalizacji aktywów OFE**.

W związku z powyższym należy wskazać na **duże prawdopodobieństwo naruszenia przez realizację Rekomendacji III prawa własności chronionego przez art. 21 ust. 1 oraz art. 64 ust. 1 Konstytucji. Analogicznie można wskazać, że Rekomendacja III może prowadzić do naruszenia art. 1 Protokołu EKPC oraz art. 21 ust. 1 KPP**.

Realizacja Rekomendacji III prowadzi nadto do odpowiedzialności odszkodowawczej państwa w oparciu o umowy o wzajemnym popieraniu i ochronie inwestycji. Jak wskazano powyżej, BIT gwarantują szeroką ochronę inwestycji, w tym poprzez koncepcje pośredniej oraz pełzającej nacjonalizacji. Całokształt działań polskich władz z połączeniu z propozycjami Rekomendacji III jednoznacznie składa się na pozbawienie inwestycji w OFE jej ekonomicznej sensowności. W ten sposób zachodzą typowe przesłanki pośredniej nacjonalizacji, opisane w dotychczasowym orzecznictwie arbitrażowym na gruncie BIT.

6.3.2. Ochrona praw członków OFE

Rekomendacja III prowadzi do ryzyka naruszenia konstytucyjnej ochrony uprawnień przysługujących osobom ubezpieczonym w stosunku do ich środków w OFE. Osoby ubezpieczone uzyskują jedynie pozornie dodatkową kompetencję, w postaci możliwości kontynuowania uczestnictwa w II Filarze. W rzeczywistości jednakże Rekomendacja III stwarza sytuację domyślnej nacjonalizacji środków w OFE (ich przejścia przez ZUS) o ile osoby ubezpieczone nie przedsięwzięją aktywnego działania na rzecz pozostawienia ich składek w OFE.

Powyższe podkreśla fakt jednokierunkowości „wyboru” ZUS. W przypadku rzeczywistego wprowadzenia prawa wyboru dysponenta środków, osoby ubezpieczone mogłyby zdecydować o ponownym ulokowaniu ich środków w OFE. Tymczasem – zgodnie z Rekomendacją III – takowy wybór nie może mieć miejsca. **Przejęcie środków przez ZUS ma zatem charakter ostateczny. Takie rozstrzygnięcie ma znamiona arbitralności. Jednocześnie wprowadzenie pozorów swobody wyboru przez osoby ubezpieczone przejścia z OFE do ZUS wprowadza dodatkowe ryzyko dla ich majątku w postaci przyjęcia przez ustawodawcę nacjonalizacji środków przy braku odmiennej deklaracji członków OFE**.

Niezależnie od powyższego, termin proponowany w ramach Rekomendacji III na obalenie fikcji „wyboru” ZUS jest krótki, bo wynoszący jedynie trzy miesiące. Należy tu raz jeszcze przypomnieć, że brak działania w tym zakresie ma mieć charakter ostateczny – przejęcie środków przez ZUS jest nieodwołalne. Jest to bardzo dotkliwa konsekwencja braku działania osób ubezpieczonych.

Proces realizacji Rekomendacji III można – dla wyeksponowania leżącego u jego podstaw mechanizmu – zilustrować na następującym przykładzie. Przyjmijmy teoretycznie, że ustawodawca mógłby wprowadzić regulację, na mocy której nieruchomości obywateli państwa byłyby nacjonalizowane, o ile ich właściciele w ciągu trzech miesięcy nie zadeklarowałyby organom państwowym chęci utrzymania ich własności. Wprowadzenie takiej regulacji również dawałoby obywatelom wybór: ich własność mogłaby zostać przez nich utrzymana, lub przesłaby na państwo. Istotą regulacji byłoby jednak stworzenie dużego prawdopodobieństwa nacjonalizacji przynajmniej niektórych nieruchomości stanowiących własność obywateli – tych obywateli, którzy z jakiegokolwiek powodu nie dopełnią „aktu staranności” zmierzającego do zachowania własności. Analogiczna sytuacja zostałaby stworzona w odniesieniu do systemu emerytalnego w przypadku wprowadzenia w życie Rekomendacji III. W istocie bowiem deklaracja chęci uczestnictwa w OFE prowadziłaby do zachowania *status quo*. Jednakże brak aktywności obywatela ma efekt w postaci nacjonalizacji jego środków.

W związku z powyższym należy dojść do wniosku, że Rekomendacja III prowadzi do naruszenia uprawnień osób ubezpieczonych w stosunku do ich środków zgromadzonych w OFE. Wprowadzony przez Rekomendację wybór miałby w istocie charakter fikcyjny, w rzeczywistości w większej mierze poszerzający ryzyko osób ubezpieczonych, aniżeli zwiększający ich uprawnienia do dysponowania środkami. W ten sposób **Rekomendacja III prowadzi do ryzyka naruszenia konstytucyjnej ochrony własności osób ubezpieczonych, gwarantowanej przez art. 21 oraz art. 64 Konstytucji.**

Analogicznie do powyższego należy wskazać na potencjalny konflikt realizacji Rekomendacji III z postanowieniami z art. 1 Protokołu EKPC, choć niedawne orzeczenie ETPC w sprawie E.B. przeciwko Węgrom (skarga nr 34929/11) pozostawia wątpliwość co do aktualności takiego konfliktu, właśnie m.in. poprzez wskazanie (choć należałoby raczej powiedzieć: napomknięcie) o swobodzie wyboru ubezpieczonego jako okoliczności mitygującej efekt naruszenia prawa własności.

Podobnie do naruszenia przez Rekomendację III prawa własności osób ubezpieczonych, jej realizacja prowadzi może również do konfliktu z zasadą ochrony praw nabytych. Stworzenie przez prawodawcę możliwości nacjonalizacji środków w OFE prowadzi bowiem do dużego prawdopodobieństwa utraty przez osoby ubezpieczone ich uprawnień w stosunku do środków zgromadzonych w OFE.

6.3.3. Poboczne propozycje Rekomendacji III

W wyniku realizacji Rekomendacji III składka ubezpieczeniowa trafiająca do OFE zostałaby zmniejszona do 2%. Świadczy to o dalszych krokach w procesie „wygaszania” II Filaru systemu emerytalnego. Prowadzi nie tylko do wątpliwości w przedmiocie zgodności takiej regulacji z zasadami pewności prawa, ale zwiększa także **prawdopodobieństwo uznania aktywności**

ustawodawcy za przypadek pośredniej lub „pełzającej” nacjonalizacji w rozumieniu orzecznictwa arbitrażowego dotyczącego BIT. Jak już bowiem wskazano powyżej, **obniżenie składki trafiającej do OFE prowadzi do pozbawienia inwestycji w OFE jej ekonomicznej sensowności.**

Ewentualna liberalizacja możliwości inwestycyjnych OFE nie budzi zastrzeżeń prawnych, podobnie jak zniesienie „benchmarku wewnętrznego” i „mechanizmu niedoboru”. W tym zakresie można jedynie zaznaczyć potencjalny dylemat, czy liberalizacja w zakresie polityki inwestycyjnej OFE nie mogłaby prowadzić do podejmowania przez zarządzających Funduszami (PTE) ryzyka inwestycyjnego nieadekwatnego (nadmiernego) w stosunku do celów systemu, którym jest dostarczenie ubezpieczonym możliwie wysokiego, ale także możliwie przewidywalnego (pewnego) świadczenia emerytalnego. Jest to jednak kwestia polityki regulacyjnej, dla której konstytucyjna czy prawnomiędzynarodowa ochrona własności może okazać się nieadekwatnym wzorcem kontrolnym.

Zmniejszenie progów ostrożnościowych z art. 86 UFIN jest dopuszczalne jako wykonanie przez ustawodawcę kompetencji z art. 216 i następnych Konstytucji.

6.4. Prawna ocena Rekomendacji IV

6.4.1. Ochrona praw OFE

Rekomendacja IV jest powtórzeniem propozycji z Rekomendacji III, przy jednoczesnym wprowadzeniu dodatkowego obciążenia parafiskalnego dla osób pozostających w II Filarze. W związku z tym do oceny prawnej Rekomendacji IV znajduje zastosowanie argumentacja przytoczona w związku z oceną Rekomendacji III. Należy jednakże wskazać, że **fakt dodatkowego obciążenia parafiskalnego osób mających nadal uczestniczyć w OFE prowadzi do wzmocnienia zasadności wyciągniętego powyżej wniosku o niezgodności Rekomendacji IV z konstytucyjną ochroną własności. Autonomia wyboru, która wobec behawioralnych uwarunkowań procesu decyzyjnego ulega empirycznemu podważeniu, tutaj dodatkowo byłaby osłabiona poprzez wprowadzenie negatywnych bodźców o charakterze parafiskalnym.**

Perspektywa wzrostu kosztów zatrudnienia dla osób pozostających w OFE jest dodatkową „zachętą” dla osób ubezpieczonych, by nie zaprzeczyć fikcji prawnej wyboru przewłaszczenia środków na rzecz ZUS. **Osoby oszczędzające w OFE byłyby – pod względem pozapłacowych kosztów zatrudnienia – postawione w obiektywnie gorszej sytuacji, aniżeli osoby przynależące wyłącznie do ZUS. W ten sposób tym bardziej ewidentne staje się, że ustawodawca nie jest kierowany chęcią poszerzenia uprawnień osób ubezpieczonych, lecz zmierza do wyłączenia OFE na rzecz państwowej osoby prawnej.**

Odsyłając do argumentacji przytoczonej przy ocenie Rekomendacji III należy wskazać **istotne ryzyko naruszenia przez realizację Rekomendacji III norm chroniących własność z art. 21 oraz art. 64 Konstytucji. Analogicznie pozytywna odpowiedź może być udzielona co do kwestii naruszenia art. 1 Protokołu EKPC oraz art. 21 ust. 1 KPP.**

Wprowadzenie dodatkowego obciążenia parafiskalnego dla osób kontynuujących oszczędzanie w OFE dodatkowo powiększa prawdopodobieństwo uznania działań państwa za pośrednią

nacjonalizację w rozumieniu orzecznictwa arbitrażowego związanego z umowami o wzajemnym popieraniu i ochronie inwestycji.

6.4.2. Ochrona praw członków OFE

W zakresie ochrony praw członków OFE ocena Rekomendacji III również zachowuje zastosowanie do oceny Rekomendacji IV. Jednocześnie fakt wprowadzenia dodatkowego obciążenia parafiskalnego dla osób decydujących się na kontynuowanie uczestnictwa w OFE prowadzi do wzmocnienia wniosku, iż zasadniczym efektem Rekomendacji IV jest przeprowadzenie nacjonalizacji środków zgromadzonych w OFE. W ten sposób „wybór” uczestnictwa w OFE nie tylko ma charakter fikcyjny i poszerzający zakres ryzyka osób ubezpieczonych, ale i jest dodatkowo motywowany fiskalnie. **Domyślność migracji do ZUS oraz jednokierunkowość i jednorazowość wyboru uzasadniają uznanie proponowanego rozwiązania za arbitralne.** Wobec selektywnego zwiększenia obciążenia parafiskalnego, tj. objęcia nim jedynie osób chcących pozostać w OFE, uzasadnione są **wątpliwości na gruncie konstytucyjnej zasady równości (art. 32 Konstytucji).**

W związku z powyższym Rekomendacja IV prowadzi do ryzyka naruszenia konstytucyjnej ochrony własności osób ubezpieczonych, gwarantowanej przez art. 21 oraz art. 64 Konstytucji.

Analogicznie do powyższego należy wskazać – z zastrzeżeniami dotyczącymi aktualnego orzecznictwa ETPC poczynionymi wyżej w odniesieniu do Rekomendacji III – na możliwy konflikt realizacji Rekomendacji III z postanowieniami z art. 1 Protokołu EKPC.

Podobnie do naruszenia przez Rekomendację IV prawa własności osób ubezpieczonych, jej realizacja grozi konfliktem z zasadą ochrony praw nabytych. Stworzenie przez prawodawcę możliwości nacjonalizacji środków w OFE prowadzi bowiem do dużego prawdopodobieństwa utraty przez osoby ubezpieczone ich uprawnień w stosunku do środków zgromadzonych w OFE.

6.4.3. Poboczne propozycje Rekomendacji IV

Modyfikacja sposobu wypłaty emerytury, która byłaby wypłacana jako świadczenie jednorazowe lub okresowe, jest wykonaniem kompetencji ustawodawcy na gruncie art. 67 Konstytucji.

Należy pozytywnie zaopiniować chęć rezygnacji – w przypadku wprowadzenia w życie Rekomendacji IV – z realizacji Rekomendacji I.

6.5. Konstytucyjna zasada pewności prawa i zasada ochrony interesów w toku

Wszystkie cztery propozycje zawarte w Przeglądzie w radykalny sposób dokonałyby przebudowy systemu emerytalnego. Stąd można wyrazić wątpliwości w przedmiocie przestrzegania przez polskiego ustawodawcę nakazów wynikających z zasady pewności prawa oraz zasady ochrony interesów w toku, mających swoje źródło w zasadzie demokratycznego państwa prawa wyrażonej w art. 2 Konstytucji.

Zgodnie z orzecnictwem TK *„zasada zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa opiera się na wymaganii 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”*¹⁶² (wytluszczenie dodane). Zasada pewności prawa to zatem nakaz skierowany do ustawodawcy, który powinien w taki sposób kształtować prawo, by obywatele mogli planować swoje działania w rozsądnym horyzoncie czasowym.¹⁶³ Prawo ma w ten sposób stanowić stabilne ramy życia obywateli. Stabilność i przewidywalność są terminami nieostrymi, dlatego też muszą być odnoszone do rodzaju stosunków społecznych, które są przedmiotem regulacji norm prawnych analizowanych pod kątem stopnia uwzględnienia rzeczonych postulatów stabilności i przewidywalności. W przypadku analizowanego tu problemu prawnej regulacji systemu zabezpieczenia emerytalnego chodzi o zagadnienie o istotnym komponencie temporalnym. **Zabezpieczenie emerytalne jest problemem znacząco rozciągniętym w czasie: decyzje legislacyjne ustawodawcy a także indywidualne decyzje ubezpieczonych odnoszą się do skutków, które są oddalone w czasie. Opisany tu aspekt czasowy musi być przymierzony do – odnoszonych przecież również do kryteriów temporalnych – pojęć nieostrych „stabilności” i „przewidywalności”. Demontaż systemu przed zrealizowaniem się choćby jednego pełnego cyklu jego pracy (procesu obejmującego zainicjowanie przez ubezpieczonych procesu oszczędzania a następnie skonsumowanie roszczeń - świadczeń emerytalnych z II filaru) jawi się jako rażąco sprzeczne z postulatami przewidywalności i stabilności prawa.**

Zasada pewności prawa jest emanacją swoistego stosunku zaufania pomiędzy obywatelami, a prawodawcą. Działalność legislacyjna jest wynikiem mandatu zaufania udzielonego ustawodawcy przez obywateli. Zaufanie to wiąże prawodawcę w ten sposób, że zmiany prawa nie mogą być zaskoczeniem dla obywateli czy wynikiem arbitralnych decyzji legislacyjnych. Odnosi się to przede wszystkim do podejmowanych przez obywateli przedsięwzięć długofalowych¹⁶⁴. Warto przytoczyć w tym względzie orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego, zgodnie z którym *„w (...) sytuacjach, gdy przepisy prawa wyznaczały pewien horyzont czasowy dla zaplanowania i przeprowadzenia określonego przedsięwzięcia finansowego czy gospodarczego, nie można zmieniać takich reguł gry przed upływem okresu czy terminu, który przewidział sam ustawodawca. Skoro bowiem, w zaufaniu do obowiązującego prawa, zostało już rozpoczęte określone przedsięwzięcie, a prawo przewidywało, iż będzie się ono realizować w pewnym okresie czasu, to – wyjąwszy sytuacje szczególne – obywatel powinien mieć pewność, że będzie mógł ten okres czasu bezpiecznie wykorzystać. Rozpoczęcie przedsięwzięcia finansowego czy gospodarczego wiąże się z reguły z dokonaniem pierwszych nakładów, a nagła zmiana ram prawnych takiego przedsięwzięcia może narazić obywatela na poważne straty.”*¹⁶⁵ (wytluszczenie dodane). W tym samym orzeczeniu TK podkreśla, że z zasady pewności prawa wynika, iż w oparciu o obowiązujące prawo obywatel może kształtować swoje stosunki

¹⁶² 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.

¹⁶³ Banaszak, Bogusław: „Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz.” Warszawa 2012, kom. do art. 2 Konstytucji, nb. 9

¹⁶⁴ Zob. Montt, Santiago: „State liability in investment treaty arbitration. Global constitutional and administrative law in the BIT Generation”, Oxford 2009, s. 222.

¹⁶⁵ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 25 kwietnia 2001 roku w sprawie do sygn. akt K 13/01.

życiowe w dłuższym horyzoncie czasowym. Dlatego też **w odniesieniu do mechanizmów długofalowych (rozciągniętych w czasie)** – których ilustratywnym przykładem niewątpliwie jest właśnie system zabezpieczenia emerytalnego – można uznać za legitymowane oczekiwanie, że ich demontaż również nie nastąpi w krótkim ani nawet w średnim okresie.

Z kolei zasada ochrony interesów w toku została wypracowana przez TK na gruncie orzecznictwa dotyczącego prawa podatkowego. Zgodnie z opisywaną zasadą ustawodawca jest związany koniecznością uwzględniania faktu, iż obywatele planują swe posunięcia gospodarcze w oparciu o ramy prawne, które powinny stworzyć tymże przedsięwzięciom stabilne warunki: *“Skoro bowiem jej efekty [ustawy] dla obywatela przybierają konkretny wymiar finansowy i często łączą się z uszczupleniem jego dochodów, ustawodawca musi kształtować nowe regulacje podatkowe z uwzględnieniem faktu, że podatnik - zakładając stabilność wcześniejszych przepisów - zaplanował pewne posunięcia ekonomiczne, a różne jego interesy znajdować się mogą w toku.”*¹⁶⁶ Dalej w tym samym orzeczeniu TK zwraca uwagę, że **„w sytuacjach, gdy przepisy prawa wyznaczały pewien horyzont czasowy dla zaplanowania i przeprowadzenia określonego przedsięwzięcia finansowego czy gospodarczego, nie można zmieniać takich <reguł gry> przed upływem okresu czy terminu, który przewidział sam ustawodawca”**, (wyłączenie dodane).

W myśl orzeczenia TK z dnia 30 października 2007 roku w sprawie do sygn. akt. P 28/2006 *„zasada ochrony interesów w toku zapewnia ochronę w sytuacji, w której: 1) przepisy prawa wyznaczają pewien horyzont czasowy realizowania określonych przedsięwzięć; 2) przedsięwzięcie - ze swej natury - jest rozłożone w czasie; 3) obywatel faktycznie rozpoczął określone przedsięwzięcie w okresie obowiązywania owych przepisów (por. wyrok z 25 listopada 1997 r., sygn. K. 26/97, OTK ZU nr 5-6/1997, poz. 64, s. 450).”* (wyłączenie dodane). Przydatności powyższych rozważań dla problematyki ubezpieczeń społecznych nie neguje niedawne orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 15 lipca 2013 r. w sprawie do sygn. akt K 7/12. W orzeczeniu tym Trybunał uznał wprawdzie, że *„podatek i składka na ubezpieczenie rentowe w części finansowanej przez pracodawcę to dwie różne instytucje”*¹⁶⁷, niemniej jednak cytowany wyrok zapadł na tle sporu o zakres upoważnienia wyrażonego w art. 123 ust. 1 Konstytucji, który uprawnia do zgłaszania projektów ustaw w trybie pilnym. Główną osią rozważań była zatem szczegółowa norma kompetencyjna (art. 123 ust. 1 Konstytucji), nie zaś ogólna zasada prawna (art. 2 Konstytucji). Wprawdzie Trybunał zaaprobował także adekwatność 32-dniowego *vacatio legis*, jednakże czyniąc to uwzględnił, że w przeciwieństwie do podatku dochodowego od osób fizycznych, składka rentowa nie jest opłacana i rozliczana w skali rocznej, tylko miesięcznie, przez co odniósł się do cyklu właściwego dla danej daniny publicznej.¹⁶⁸

Z opisanej zasady ochrony interesów w toku wynikają konsekwencje w postaci ograniczenia sfery działań ustawodawcy w stosunku do regulacji odnoszących się do systemu emerytalnego. Proces oszczędzania pieniędzy z przeznaczeniem ich na świadczenia emerytalne jest bowiem długofalową inwestycją czynioną w oparciu o ramy prawne stworzone przez ustawodawcę. Reforma emerytalna z 1997 roku powiększyła w tym zakresie odpowiedzialność (tj. zakres

¹⁶⁶ Wyrok TK z dnia 25 listopada 1997 roku w sprawie do sygn. akt K 26/97.

¹⁶⁷ Zob. Komunikat prasowy po rozprawie dotyczącej uchwalenia w trybie pilnym ustawy podwyższającej składki na ubezpieczenie rentowe w części opłacanej przez pracodawcę.

¹⁶⁸ Zob. Doniesienie prasowe opublikowane w Rzeczypospolitej dnia 15 lipca 2013 roku pt. „TK: Podwyżka składki rentowej nie naruszała konstytucji”, dostępne online pod: <http://prawo.rp.pl/arttykul/795063,1029798-Podwyzszenie-skladki-ZUS-a-legislacja-podatkowa--TK-orzekl-o-konstytucyjnosci-trybu-pilnego.html>.

autonomii) obywatela. Od czasu jej wejścia w życie (1 stycznia 1999 roku) to osoba ubezpieczona jest odpowiedzialna za wybór właściwego funduszu emerytalnego i za takie dysponowanie jej składką, trafiającą do II filara systemu emerytalnego, by w przyszłości posiadać środki na egzystencję po zakończeniu życia zawodowego. **Jednocześnie z przeniesieniem odpowiedzialności w tym zakresie na obywateli (ograniczona autonomia: przymus uczestnictwa w II filarze połączony ze swobodą wyboru, w tym okresowej zmiany OFE), ustawodawca jest zobowiązany do utrzymania ram prawnych pozwalających im na stabilne prowadzenie oszczędzania emerytalnego.**

Wymóg ochrony „inwestycji” osób ubezpieczonych w oszczędzanie w ramach II filara systemu emerytalnego musi być postrzegany przy wzięciu pod uwagę długotrwałości procesu gromadzenia i lokowania kapitału w ramach II filaru systemu emerytalnego. Decyzja o wyborze OFE jest podejmowana przez osoby podlegające ubezpieczeniu na około 40 lat przed przejściem na emeryturę. Podczas tego okresu środki są gromadzone i inwestowane zgodnie z zawartą z Funduszem umową. Jednocześnie sam fakt gromadzenia środków, jak i przebieg tegoż procesu (w szczególności wyniki finansowe OFE) przekładają się na ewentualne dalsze decyzje odnośnie materialnego zabezpieczenia potrzeb wieku poprodukcyjnego. W szczególności osoba oszczędzająca może odpowiednio wcześniej rozpocząć oszczędzanie w III filarze systemu emerytalnego, o ile dojdzie do wniosku, że II filar nie jest w stanie zaspokoić jej przyszłych potrzeb. Analogicznie odkładanie kapitału pod kątem przyszłej emerytury może wpłynąć na decyzję o zmianie pracy lub miejsca zamieszkania. Ze względu na swobodę przepływu osób, jak i swobodę prowadzenia działalności gospodarczej, pracownicy mogą – przez emigrację bądź zarejestrowanie swej działalności w innym kraju – wybrać podleganie systemu ubezpieczeniowemu innego kraju UE.¹⁶⁹ W związku z powyższym jest oczywiste, jak ważne jest zapewnienie przez ustawodawcę stabilnych ram „inwestycji” w emeryturę. **Ewentualna zmiana takich ram musi uwzględnić fakt ingerowania w ten sposób w trwającą, długofalową inwestycję osób oszczędzających.**

Proces gromadzenia kapitału w OFE spełnia przesłanki zachodzenia interesu w toku, jakie zostały ukształtowane w orzecznictwie TK.¹⁷⁰ Przepisy prawa wyznaczają długi horyzont czasowy prowadzonego przedsięwzięcia, którym jest cały okres kumulacji kapitału w OFE i następnie – wypłaty tegoż kapitału w postaci emerytury. Przedsięwzięcie ma charakter rozłożony w czasie – wynika to z samej istoty gromadzenia środków na potrzeby przyszłej emerytury. Również trzecia przesłanka – fakt rozpoczęcia przedsięwzięcia w związku z obowiązywaniem przepisów – jest w sposób oczywisty spełniona.

Ze swej natury emerytura jest świadczeniem otrzymywanym przez obywateli dopiero w późniejszym okresie ich życia, już po zakończeniu działalności zawodowej. Jej wysokość i warunki wypłaty są natomiast zależne od postępowania obywatela przez cały okres życia zawodowego jednostki. Trudno zatem o bardziej adekwatny przykład prawa, które powinno stwarzać obywatelom ramy do kształtowania ich stosunków życiowych w dłuższym horyzoncie czasowym.

¹⁶⁹ Wykształciły się już wyspecjalizowane podmioty świadczące usługi pośrednictwa w tego rodzaju „optymalizacji” pozapłacowych kosztów zatrudnienia, zob. przykładowo <http://www.zus-brytania.pl>.

¹⁷⁰ Wyrok TK z dnia 30 października 2007 roku w sprawie do sygn. akt. P 28/2006.

Przeprowadzenie reformy emerytalnej w latach dziewięćdziesiątych uwzględniało powyższe okoliczności. Proces prac nad reformą uchwaloną w 1997 roku rozpoczął się w 1994 roku¹⁷¹. Na dwa lata przed uchwaleniem ustawy opublikowano dokument „Bezpieczeństwo dzięki różnorodności”¹⁷², który rozpoczął okres długotrwałych konsultacji społecznych. Nowy system emerytalny zaczął funkcjonować w 1999 roku. Od momentu rozpoczęcia publicznej dyskusji nad zmianami w systemie emerytalnym do momentu wejścia w życie zmian legislacyjnych upłynęło 5 lat. Przeprowadzenie długotrwałych dyskusji, analiz i konsultacji, jak również i długie *vacatio legis* wprowadzonych zmian sprawiły, że obywatele nie byli zaskoczeni reformą.

Reforma systemu emerytalnego w 1997 roku była również uzasadniona szczególnym momentem historycznym. Dla większości społeczeństwa było bowiem jasne, że po zmianie ustrojowej z 1989 roku konieczne jest zreformowanie systemu emerytalnego. Reforma była postrzegana jako jedna z konsekwencji przejścia przez Polskę od gospodarki socjalistycznej do gospodarki wolnorynkowej. Tak poważna zmiana ustrojowa mogła uzasadniać również dalekie zmiany w systemie zabezpieczenia społecznego. Ze względu na ich skutki, jak i z uwagi na chęć zaplanowania kolejnego systemu mającego funkcjonować przez okres czasu umożliwiający odpowiedzialne planowanie przyszłych emerytur, reforma emerytalna z 1997 roku była tak długo przygotowywana i konsultowana.

Biorąc pod uwagę powyższe, szokujący jest zakres i tempo wprowadzanych lub proponowanych zmian w obecnym systemie emerytalnym. Zaledwie w 13 lat po rozpoczęciu funkcjonowania nowego systemu emerytalnego, proponowane są jego zmiany równoznaczne ze zlikwidowaniem II Filara (lub bardzo daleko idącym jego osłabieniem). Należy podkreślić, że okres 13 lat (okres, jaki upłynął od wprowadzenia nowego systemu emerytalnego) jest czasem bardzo krótkim w relacji do okresu planowania emerytury. Przez tenże czas nie miał miejsca nawet jeden pełen cykl pracy systemu emerytalnego, rozumiany jako przejście jednego pokolenia przez czas gromadzenia kapitału na emeryturę i następnie jego wypłaty. W ten sposób oszczędzający tracą – niezbędną w przypadku odkładania środków na emeryturę – możliwość długofalowego planowania swych oszczędności¹⁷³.

Dodatkowo, zmiany proponowane przez rząd wprowadzane są pośpiesznie. Zgodnie z Przeglądem, modyfikacje w systemie emerytalnym mają być konsultowane społecznie przez okres trzydziestu dni. Porównanie tegoż okresu z czasem planowania reformy emerytalnej z 1997 roku, wynoszącym 3 lata, jest zadziwiające. Propozycje rządowe w istocie ignorują konsensus społeczny osiągnięty przez okres trzech lat na rzecz modyfikacji mających być wprowadzonymi po miesięcznym okresie konsultacji. Jednocześnie konsultacje te oparte są na

¹⁷¹ Kaczanowski, Dariusz „Otwarte fundusze emerytalne (OFE) – sukces czy porażka”, Rocznik Żyrardowski Tom IX/2011, s. 178

¹⁷² Rutkowski, Michał; Góra, Michał: „Bezpieczeństwo dzięki różnorodności” Biuro Pełnomocnika Rządu ds. Reformy Zabezpieczenia Społecznego, Warszawa 1997

¹⁷³ Jednocześnie ustawodawca daje jasny sygnał arbitralności swej decyzji odnośnie zmian w Systemie. Okres, jaki upłynął od wprowadzenia OFE jest bowiem rażąco za krótki, by ocenić prowadzone w ramach OFE inwestycje długoterminowe. Należy mieć przy tym na uwadze, że OFE są zobligowane do lokowania swych aktywów właśnie w instrumenty długoterminowe (jak obligacje skarbowe). Ocena wyników takiej inwestycji po 13 latach nie może być rzetelna.

Przeglądzie, który w sposób nierzetelny i wprowadzający w błąd opisuje zmiany, jakie mają zostać wprowadzone w systemie emerytalnym.¹⁷⁴

Należy podkreślić, że wprowadzenie modyfikacji z Przeglądu pogwałci plany, jakie osoby pracujące czynili w odniesieniu do swych oszczędności po 1997 roku. Od tego czasu bowiem pracownicy odnosili swe plany do ram nadanych ustawami emerytalnymi. Jeśli ramy te zostaną zmienione po raptem 16 latach od uchwalenia ustaw reformujących system emerytalny (i w 13 lat po ich wejściu w życie), destabilizacji ulegają warunki oszczędzania wszystkich osób uczestniczących w II Filarze systemu emerytalnego.

Uwypuklenia wymaga fakt, że ów destabilizujący efekt jest wywierany przez każdą spośród czterech zaproponowanych Rekomendacji. Każda z nich oznacza bowiem istotne osłabienie II Filara i przeniesienie zasadniczej części środków z OFE do ZUS. Zmiany te więc są na tyle radykalne, że z pewnością wpłynęłyby na plany oszczędnościowe osób rozpoczynających pracę w Polsce po 1997 roku.

Dodatkowo, proponowana zmiana systemu emerytalnego motywowana jest przede wszystkim potrzebą przeniesienia środków do ZUS celem zmniejszenia poziomu zadłużenia państwa. W ten sposób propozycje z Przeglądu nie tyle naruszają konsensus społeczny osiągnięty w przedmiocie systemu emerytalnego, co ignorują go w imię bieżących celów budżetowych.

Już na marginesie powyższego należy wspomnieć, że wraz z obniżeniem składki trafiającej do OFE w 2009 roku przewidziano jej wzrost do poziomu 3,5% w roku 2016¹⁷⁵. W ten sposób – już po wstępnej destabilizacji systemu OFE – ustawodawca dodatkowo wzmocnił zaufanie obywateli w trwałość OFE i stworzył zachętę do dalszego planowania emerytury w oparciu o OFE. Zmiana stanowiska ustawodawcy w tym względzie po upływie trzech lat świadczy nie tyle o braku ochrony zaufania obywateli do państwa, ale o zupełnym ignorowaniu tegoż zaufania.

Zasada pewności prawa powinna zabezpieczać obywateli przed opisanymi konsekwencjami. Jak wielokrotnie podkreślano w orzecznictwie, zasada ta nie stanowi petryfikacji systemu i nie daje obywatelom gwarancji niezmienności prawa. W odniesieniu do systemu zabezpieczenia społecznego fakt ten podkreśla norma z art. 67 Konstytucji, zgodnie z którą ustawodawca jest uprawniony do ustawowego uszczegółowienia tegoż systemu. Kompetencja ta powinna być jednakże wykonywana z jednoczesnym poszanowaniem opisanej zasady zaufania obywateli do państwa. Dyspozycja z wynikająca z art. 2 Konstytucji chroni obywateli przed zmianami ustawodawczymi naruszającymi interes obywateli polegający na możliwości planowania działań życiowych w oparciu o stabilne ramy prawne. Naruszenie tejże normy jest tym bardziej ewidentne w przypadku, gdy zmiana owych ram prawnych następuje w bardzo krótkim okresie po osiągnięciu społecznego konsensusu w kwestii systemu emerytalnego, którego pierwszy pełen cykl działania upłynąłby po 2040 roku.

Z kolei działalność OFE podlega konkretyzacji zasady pewności prawa w postaci zasady ochrony interesów w toku. Otóż OFE (oraz PTE), działające jako prywatne osoby prawne, rozpoczęły swoją działalność w oparciu o ramy prawne stworzone przez reformę emerytalną z 1997 roku. Obowiązujące wówczas ustawy pozwoliły OFE na przyjęcie określonego modelu biznesowego,

¹⁷⁴ Zob. powyższy opis Rekomendacji I – IV.

¹⁷⁵ Art. 22 ust. 3 USUS.

który opierał się m.in. na założeniu stałych wpływów do Funduszu w postaci składek osób ubezpieczonych. Składki te, po staniu się przez nie aktywami OFE, podlegają z kolei inwestowaniu przez OFE, co przekłada się na koszty działalności Funduszy, jak i ewentualne ich zyski. Podejmując swą działalność OFE czyniły to w oparciu o ramy legislacyjne, które w przypadku regulacji dotyczącej systemów emerytalnych powinny charakteryzować się stabilnością. Stąd jest uzasadniony wniosek, że ewentualna zmiana postanowień ustawowych, której efektem jest odebranie funduszom posiadanego kapitału, w sposób negatywny wpływa na ich działalność jako podmiotów gospodarczych, jednocześnie naruszając ich uzasadnione oczekiwanie w stosunku do stałości ram prawnych ich działalności.

Należy zauważyć, że wszystkie cztery Rekomendacje prowadzą do redukcji kapitału posiadanego przez Fundusze w sposób sprzeczny z dotychczasowymi regulacjami. O ile nie można oczekiwać od ustawodawcy petryfikacji systemu prawnego i nie dokonywania żadnych zmian z mian w regulacji dotyczącej systemu emerytalnego, o tyle zmiany polegające na daleko idącej redukcji kapitału znajdującego się w II filarze ma charakter radykalny, zdecydowanie zmieniający warunki realizacji przez OFE ich działalności gospodarczej. Dodatkowo należy wskazać, że z Rekomendacjami II – IV łączy się dalsze obniżanie poziomu składek trafiających do Funduszy, co również wpływa negatywnie na ich działalność, w tym na jej opłacalność.

W związku z powyższym należy stwierdzić, że wprowadzenie Rekomendacji I- IV z Przeglądu powoduje istotne ryzyko naruszenia zasady pewności prawa oraz zasady ochrony interesów w toku wynikającej z art. 2 Konstytucji.

7. Wnioski

Na podstawie analizy przeprowadzonej w ramach Ekspertyzy sformułować należy następujące wnioski:

- I. Przegląd w sposób nierzetelny i wprowadzający w błąd wprowadza podział Rekomendacji na propozycję rzekomo techniczną, dotyczącą wypłaty emerytur (Rekomendacja I) oraz propozycje dotyczące rzekomo samego funkcjonowania OFE (Rekomendacja II – IV), podczas gdy wszystkie cztery rekomendacje powodują przewłaszczenie środków zgromadzonych w OFE na rzecz skarbu państwa.
- II. Przegląd w sposób nierzetelny i wprowadzający w błąd przypisuje Rekomendacjom tytuły nie odpowiadające ich rzeczywistej treści:
 - a. Rekomendacja I – wbrew jej tytułowi z Przeglądu – nie dotyczy wypłaty środków z filara kapitałowego, lecz ich przewłaszczenia na rzecz ZUS i zarządzania nimi na 10 lat przed przejściem przez osobę uprawnioną na emeryturę (czynność wypłaty emerytury ma charakter poboczny);
 - b. Rekomendacja II – wbrew jej tytułowi z Przeglądu – nie likwiduje części nieaktywnej OFE, lecz powoduje przewłaszczenie na rzecz ZUS całości środków ulokowanych przez OFE w innych instrumentach finansowych, aniżeli w akcjach;
 - c. Rekomendacja III – wbrew jej tytułowi z Przeglądu – nie zakłada rzeczywistej dobrowolności przynależności do OFE, lecz zakłada domyślne przewłaszczenie środków zgromadzonych w OFE na rzecz ZUS, przy jednoczesnej możliwości

- zablokowania tegoż przewłaszczenia, ograniczonej terminem i polegającej na jednokierunkowości migracji (jedynie z OFE do ZUS, bez możliwości odwrotu).
- d. Rekomendacja IV – wbrew jej tytułowi z Przeglądu – nie zakłada „dobrowolności plus”, lecz zakłada domyślne przewłaszczenie środków zgromadzonych w OFE na rzecz ZUS, przy jednoczesnej możliwości zablokowania tegoż przewłaszczenia pod warunkiem zgody na przyjęcie przez ubezpieczonego dodatkowych obciążeń parafiskalnych, co niewątpliwie wywołać ma efekt zniechęcenia do uczestnictwa w II Filarze (bodźce negatywne).
- III. Przegląd w sposób nierzetelny i wprowadzający w błąd formułuje treść Rekomendacji II, proponując przeniesienie do ZUS części aktywów niezainwestowanych przez OFE w akcje, podczas gdy ta „część” to ok. 50% aktywów OFE. W ten sposób mylnie wywoływane jest wrażenie o przejęciu przez ZUS jedynie nieznacznej części aktywów OFE. Jednocześnie nieprawidłowe i nierzetelne jest stwierdzenie, że składka trafiająca do OFE miałaby zostać zwiększona do 2,92%, podczas gdy w rzeczywistości składka ta byłaby pomniejszona do 2,92% z poziomu 3,5%.
- IV. Przegląd w sposób nierzetelny i wprowadzający w błąd formułuje treść Rekomendacji III poprzez milczące założenie obniżenia poziomu składki trafiającej do OFE do poziomu 2% przychodu.
- V. Przegląd w sposób nierzetelny i wprowadzający w błąd formułuje treść Rekomendacji III poprzez wskazanie, że składka odprowadzana do OFE zostanie powiększona o 2 punkty procentowe i wyniesie 4%, podczas gdy powiększenie tejże składki o 2 punkty procentowe dałoby wartość 5,5% (lub 4,3% przy uwzględnieniu stanu z tymczasowej ścieżki dostosowawczej)¹⁷⁶. Dodatkowo Przegląd milcząco zakłada powiększenie składki trafiającej do ZUS o przynajmniej 0,82 (lub 1,5) punktu procentowego¹⁷⁷.
- VI. Realizacja wszystkich czterech Rekomendacji z Przeglądu prowadzi do konfliktu z konstytucyjną ochroną własności OFE, jak również i członków OFE na podstawie art. 21 oraz art. 64 Konstytucji.
- VII. Realizacja wszystkich czterech Rekomendacji z Przeglądu prowadzi do konfliktu z ochroną własności OFE, jak również i członków OFE na podstawie art. 1 Protokołu EKPC.
- VIII. Realizacja wszystkich czterech Rekomendacji z Przeglądu prowadzi do konfliktu z ochroną własności OFE na podstawie art. 17 ust. 1 KPP.
- IX. Realizacja wszystkich czterech Rekomendacji z Przeglądu prowadzi do konfliktu z ochroną inwestycji spółek prowadzących OFE na podstawie umów o wzajemnym popieraniu i ochronie inwestycji (BIT).
- X. Realizacja wszystkich czterech Rekomendacji z Przeglądu prowadzi do konfliktu z zasadą ochrony praw nabytych z art. 2 Konstytucji.
- XI. Realizacja wszystkich czterech Rekomendacji z Przeglądu prowadzi do konfliktu z konstytucyjną zasadą pewności prawa oraz z zasadą ochrony interesów w toku z art. 2 Konstytucji.

¹⁷⁶ Wynikającej z przypisu nr 4 do art. 22 ust. 3 pkt 1 USUS.

¹⁷⁷ W zależności od uwzględnienia przypisu nr 4 do art. 22 ust. 3 pkt 1 USUS jako punktu odniesienia Przeglądu.

Wykaz literatury i aktów prawnych

Cytowana literatura:

- Banaszak, Bogusław: „Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz.” Warszawa 2012;
- Biuro Trybunału Konstytucyjnego: „Proces prawotwórczy w świetle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego”, Warszawa 2013;
- Chróścicki, Andrzej: „Ustawa o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych. Komentarz”, Warszawa 2010;
- Duda Łukasz; Kociubiński, Jakub: „Realizacja ochrony własności w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka na podstawie orzeczenia Lithgow i inni”, [w:] Sadowski, Mirosław; Szymaniec, Paweł (red.): „Wrocławskie Studia Erazmiańskie, Studia Erasmiana Wratislaviensia, Własność – Idea, Instytucje, Ochrona”, zeszyt III, Wrocław 2009;
- Frankiewicz, Anna: „Konstytucyjna regulacja własności w Rzeczypospolitej Polskiej”, [w:] Sadowski, Mirosław; Szymaniec, Paweł (red.): „Wrocławskie Studia Erazmiańskie, Studia Erasmiana Wratislaviensia, Własność – Idea, Instytucje, Ochrona”, zeszyt III, Wrocław 2009;
- Gorgol, Andrzej: „Opinia prawna na temat: Faktyczne, w tym prawne, gwarancje odzyskania przez rodzinę (spadkobierców) środków finansowych ulokowanych w bankach i innych instytucjach finansowych przez klientów, którzy następnie zmarli – w Polsce i wybranych krajach Unii Europejskiej oraz propozycja zmian legislacyjnych i ewentualnie innych rozwiązań, które dawałyby takie gwarancje”, Kancelaria Senatu, Warszawa 2013;
- Jabłoński, Andrzej: „Właściwości członkostwa w Otwartym Funduszu Emerytalnym (1)”, Przegląd Ubezpieczeń Społecznych i Zdrowotnych 2002/6;
- Jackowski, Michał: „Ochrona praw nabytych w polskim systemie konstytucyjnym”, Warszawa 2008;
- Jarosz-Żukowska, Sylwia „Konstytucyjna zasada ochrony własności”, Kraków 2003;
- Kahneman, Daniel: „Thinking, Fast and Slow”, New York 2011;
- Kropiwnicki, Jarosław: „Fundusze inwestycyjne. Prawna ochrona interesu uczestników”, Warszawa 2009;
- Leszczyński, Leszek; Liżewski, Bartosz: „Ochrona praw człowieka w Europie. Szkic zagadnień podstawowych”, Lublin 2008;
- Makarczyk, Jerzy: „Principles of a New International Economic Order”, Holandia 1988;
- Mik, Cezary: „Prawo własności w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka” PiP 1993, zeszyt 5;
- Montt, Santiago: „State liability in investment treaty arbitration. Global constitutional and administrative law in the BIT Generation”, Oxford 2009;
- Moskvan, Dominik: Is There An Alternative To Intra-European Bilateral Investment Treaties Framework Under European Law? Business Law Forum 2012;
- Osajda, Konrad: „Nacjonalizacja i reprivatyzacja”, Warszawa 2009;
- Pacud, Radosław: Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 11 sierpnia 2004 r., II UZP 7/04, OSP 2005 nr 4;
- Parisi, Francesco; Smith, Vernon Lomax: „The Law And Economics Of Irrational Behavior”, Stanford University Press, 2005
- Poteraj, Jarosław: „Pension System in Argentina”, Review of Economics & Finance 2011, s. 81-95;
- Proces prawotwórczy w świetle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, Warszawa 2013;
- Rutkowski, Michał; Góra, Michał: „Bezpieczeństwo dzięki różnorodności” Biuro Pełnomocnika Rządu ds. Reformy Zabezpieczenia Społecznego, Warszawa 1997;
- Schreuer, Christoph: „The Concept of Expropriation under the ETC and other Investment Protection Treaties”, Transnational Dispute Management, 2005;

- Skrzydło, Wiesław: *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Wydanie: VII, Warszawa 2013;
- Słok, Piotr: „Glosa do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 16 lipca 2009 roku (sygn. akt Kp 4/08)”, *Przegląd Sejmowy* nr 3/2010;
- Stec, Piotr: *„Powiernictwo w prawie polskim na tle porównawczym”*, Kraków 2005;
- Stelmachowski, Andrzej: *„Zarys teorii prawa cywilnego”*, Warszawa 1998;
- Szumański, Andrzej: *„Prawo papierów wartościowych”*, Warszawa 2006
- Świątkowski, Marek: *„Naruszenie przez państwo umowy z inwestorem zagranicznym w świetle traktatów inwestycyjnych”*. Warszawa 2009, s. 195 – 196;
- Woś Tadeusz: *„Wywłaszczenie nieruchomości i ich zwrot”*, Warszawa 2007;
- Wróbel, Andrzej (red.): *„Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej. Komentarz.”*, Warszawa 2013;
- Zawadzka, Patrycja *„Fundusz inwestycyjny w systemie instytucji finansowych”*, Warszawa 2009;
- Zoltan, Simon: *“Hungary Follows Argentina in Pension-Fund Ultimatum, ‘Nightmare’ for some”*, dostępny na stronie internetowej: <http://www.bloomberg.com/news/2010-11-25/hungary-follows-argentina-in-pension-fund-ultimatum-nightmare-for-some.html>

Cytowane akty prawne i dokumenty urzędowe:

- Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 roku (Dz.U. Nr 78, poz. 483);
- Orzeczenie Międzynarodowego Centrum Rozstrzygania Sporów Inwestycyjnych (ang. International Centre for Settlement of Investment Disputes, ICSID) w sprawie Goetz v. Burundi;
- Oświadczenie Rządowe z dnia 18 lutego 2005 r. w sprawie mocy obowiązującej Konwencji nr 102 Międzynarodowej Organizacji Pracy dotyczącej minimalnych norm zabezpieczenia społecznego, przyjętej w Genewie dnia 28 czerwca 1952 roku (Dz.U. 2005 nr 93 poz. 776);
- postanowienie Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Poznaniu z dnia 20 kwietnia 2010 roku w sprawie do sygn. akt I SA/Po 616/09;
- Protokół nr 1 do Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (Dz.U. 1994 Nr 36 poz. 75);
- Przegląd funkcjonowania systemu emerytalnego opublikowany przez Ministerstwo Pracy i Polityki Społecznej oraz Ministerstwo Finansów dnia 26 czerwca 2013 roku;
- Traktat o stosunkach handlowych i gospodarczych między Rzeczpospolitą Polską a Stanami Zjednoczonymi Ameryki, sporządzony w Waszyngtonie dnia 21 marca 1990 roku (Dz.U. 1994 nr 97 poz. 467);
- Uchwała SN z dnia 14 sierpnia 2004 roku o sygn. II UZP 7/04;
- uchwała składu 7 sędziów z dnia 5 kwietnia 2006 roku (III CZP 121/05);
- Umowa między Polską Rzeczpospolitą Ludową a Konfederacją Szwajcarską o wzajemnym popieraniu i ochronie inwestycji podpisana w Bernie dnia 8 listopada 1989 roku (Dz.U. 1990 nr 63 poz. 366);
- Umowa między Polską Rzeczpospolitą Ludową a Republiką Austrii w sprawie popierania i ochrony inwestycji, sporządzona w Wiedniu dnia 24 listopada 1988 roku (Dz.U. 1989 nr 54 poz. 321);
- Umowa między Polską Rzeczpospolitą Ludową a Republiką Federalną Niemiec w sprawie popierania i wzajemnej ochrony inwestycji, sporządzona w Warszawie dnia 10 listopada 1989 roku (Dz.U. 1991 nr 27 poz. 116);
- Umowa między Polską Rzeczpospolitą Ludową a Republiką Włoską w sprawie popierania i ochrony inwestycji, sporządzona w Warszawie dnia 10 maja 1989 roku (Dz.U. 1994 nr 42 poz. 157);

- Umowa między Rządem Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej a Rządem Królestwa Szwecji w sprawie popierania i wzajemnej ochrony inwestycji sporządzona w Warszawie dnia 13 października 1989 roku (Dz.U. 1990 nr 38 poz. 218);
- Umowa między Rządem Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej a Rządem Królestwa Belgii i Rządem Wielkiego Księstwa Luksemburga w sprawie popierania i wzajemnej ochrony inwestycji, sporządzona w Warszawie dnia 19 maja 1987 roku (Dz.U. 2001 nr 15 poz. 153);
- Umowa między Rządem Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej a Rządem Republiki Francuskiej w sprawie popierania i wzajemnej ochrony inwestycji podpisana w Paryżu dnia 14 lutego 1989 roku (Dz.U. 1990 nr 38 poz. 220);
- Umowa między Rządem Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej a Rządem Zjednoczonego Królestwa Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej w sprawie popierania i wzajemnej ochrony inwestycji, podpisana w Londynie dnia 8 grudnia 1987 roku (Dz.U. 1988 nr 12 poz. 93);
- Umowa między Rzeczpospolitą Polską a Królestwem Hiszpanii w sprawie wzajemnego popierania i ochrony inwestycji, sporządzona w Madrycie dnia 30 lipca 1992 roku (Dz.U. 1993 nr 124 poz.563);
- Umowa między Rzeczpospolitą Polską a Królestwem Holandii o popieraniu i wzajemnej ochronie inwestycji, sporządzona w Warszawie dnia 7 września 1992 roku (Dz.U. 1994 nr 57 poz. 235);
- Umowa między Rzeczpospolitą Polską a Republiką Czeską o popieraniu i wzajemnej ochronie inwestycji, sporządzona w Budapeszcie dnia 16 lipca 1993 roku (Dz.U. 1994 nr 97 poz. 469);
- UNCITRAL Arbitration Proceedings, orzeczenie z dnia 13 września 2001 roku w sprawie CME Czech Republic B.V. (The Netherlands) vs. The Czech Republic, Nb. 591;
- Urząd Komisji Nadzoru Finansowego: "Informacja o działalności inwestycyjnej funduszy emerytalnych w okresie 31.03.2010 – 19.03.2013", Warszawa 2013;
- Ustawa z dn. 16 lipca 2004 roku Prawo telekomunikacyjne (tekst jednolity Dz.U. Nr 171, poz. 1800);
- Ustawa z dnia 10 kwietnia 1997 roku Prawo energetyczne, (Dz.U. Nr 89, poz. 625);
- Ustawa z dnia 11 marca 2004 roku o ochronie zdrowia zwierząt oraz zwalczaniu chorób zakaźnych zwierząt (Tekst jednolity Dz.U. z 2008 r., Nr 213, poz. 1342);
- Ustawa z dnia 11 sierpnia 2001 roku o szczególnych zasadach odbudowy, remontów i rozbiórek obiektów budowlanych zniszczonych lub uszkodzonych w wyniku działania żywiołu (Dz.U. Nr 84, poz. 906 ze zm.);
- Ustawa z dnia 13 października 1998 roku o systemie ubezpieczeń społecznych (Dz.U. 1998 Nr 137 poz. 887);
- Ustawa z dnia 15 listopada 1984 roku Prawo przewozowe (tekst jednolity Dz.U. Nr 50, poz. 601);
- Ustawa z dnia 20 marca 2009 roku o bezpieczeństwie imprez masowych (Dz.U. Nr 62, poz. 504);
- Ustawa z dnia 21 listopada 2008 r. o emeryturach kapitałowych (Dz.U. 2008 nr 228 poz. 1507);
- Ustawa z dnia 22 maja 2003 roku o ubezpieczeniach obowiązkowych, Ubezpieczeniowym Funduszu Gwarancyjnym i Polskim Biurze Ubezpieczycieli Komunikacyjnych (Dz.U. Nr 124, poz. 1152);
- Ustawa z dnia 25 lutego 1964 roku - Kodeks rodzinny i opiekuńczy (Dz.U. 1964 nr 9 poz. 59);
- Ustawa z dnia 27 maja 2004 roku o funduszach inwestycyjnych (Dz.U. 2004 nr 146 poz. 1546);
- Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 roku o finansach publicznych (Dz.U. 2009 nr 157 poz. 1240);
- Ustawa z dnia 28 sierpnia 1997 roku o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych (Dz.U. 1997 Nr 139 poz. 934);
- Ustawa z dnia 3 lipca 2002 roku Prawo lotnicze (tekst jednolity Dz.U. z 2012 r. poz. 933);
- Ustawa z dnia 30 czerwca 2000 roku Prawo własności przemysłowej (tekst jednolity Dz.U. Nr 119, poz. 1117);
- Ustawa z dnia 9 czerwca 2011 roku – Prawo geologiczne i górnicze (Dz.U. Nr 163, poz. 981 ze zm);

- Wyrok ETPC w sprawie z dnia 12 października 2004 roku w sprawie Kjartan Ásmundsson przeciwko Islandii (skarga nr 60669/00);
- Wyrok ETPC z dnia 15 marca 2001 w sprawie Aunola przeciwko Finlandii (skarga nr 30517/96);
- Wyrok ETPC z dnia 15 stycznia 1999 roku w sprawie Stanisław Domalewski przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej (skarga nr 34610/97);
- Wyrok ETPC z dnia 15 stycznia 2013 w sprawie E.B. przeciwko Węgrom (skarga nr 34929/11);
- Wyrok ETPC z dnia 16 września 1996 roku w sprawie nr 15777/89, Matos e Silva v. Portugal;
- Wyrok ETPC z dnia 18 listopada 2004 roku w sprawie Pravednaya przeciwko Rosji (skarga nr 69529/01);
- Wyrok ETPC z dnia 23 września 1982 roku Sporrang and Lönnroth przeciwko Szwecji (skarga nr 7151/75 oraz 7152/75);
- Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 31 maja 2010 roku w sprawie do sygn. akt I OSK 1076/2009;
- Wyrok NSA z dnia 31 maja 2010 roku w sprawie do sygn. akt I OSK 1076/2009;
- Wyrok SN z dnia 24 stycznia 2013 roku w sprawie do sygn. akt V CSK 63/12;
- Wyrok SN z dnia 4 czerwca 2008 do sygn. akt UK 12/08/1;
- Wyrok TK z 22 czerwca 1999 roku w sprawie do sygn. akt K 5/99;
- Wyrok TK z 8 maja 1990 roku w sprawie do sygn. akt K 1/90;
- Wyrok TK z dnia 1 lutego 1992 roku do sygn. akt 14/91;
- Wyrok TK z dnia 14 czerwca 2000 roku w sprawie do sygn. akt P 3/00;
- wyrok TK z dnia 15 lipca 2013 r. w sprawie do sygn. akt K 7/12;
- Wyrok TK z dnia 16 lipca 2009 roku w sprawie do sygn. akt Kp 4/08
- Wyrok TK z dnia 17 grudnia 2008 roku w sprawie do sygn. akt P. 16/2008;
- Wyrok TK z dnia 19 grudnia 2002 roku w sprawie do sygn. akt K 33/02;
- Wyrok TK z dnia 19 maja 2001 roku w sprawie do sygn. akt K 5/01;
- Wyrok TK z dnia 19 października 1993 roku w sprawie do sygn. akt K 14/92;
- wyrok TK z dnia 20 stycznia 2010 roku w sprawie do sygn. akt Kp 6/2009;
- Wyrok TK z dnia 21 czerwca 2005 roku w sprawie do sygnatury akt P. 25/2002;
- Wyrok TK z dnia 24 kwietnia 2002 roku w sprawie do sygn. akt K 5/01;
- Wyrok TK z dnia 25 listopada 1997 roku w sprawie do sygn. akt K 26/97;
- Wyrok TK z dnia 30 kwietnia 2012 roku w sprawie do sygn. akt SK 4/2010;
- Wyrok TK z dnia 4 grudnia 1990 roku w sprawie do sygn. akt K. 12/90;
- Wyrok TK z dnia 4 października 1989 roku w sprawie do sygn. akt 3/88;
- Wyrok TK z dnia 8 czerwca 2009 roku w sprawie do sygn. akt SK 37/2009.
- Wyrok Trybunału Sprawiedliwości (wielkiej izby) z dnia 26 lutego 2013 w sprawie C-617/10, Åklagaren przeciwko Hansowi Åkerbergowi Franssonowi;

Autorzy

Dr Arkadiusz Radwan – fundator i prezes zarządu Instytutu Allerhanda, dyrektor zarządzający Centrum C-Law.org, doktor nauk prawnych, LL.M. (Jena), adwokat w Krakowie, *of counsel* w KKG Kubas Kos Gaertner. Uprzednio post-doc na Uniwersytecie Nowojorskim (NYU) oraz na Uniwersytecie w Hamburgu a także adiunkt na Wydziale Prawa Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie, wcześniej też asystent w Instytucie Europeistyki Uniwersytetu Jagiellońskiego oraz wykładowca na Wydziale Prawa Uniwersytetu Rzeszowskiego. Były dyrektor departamentu edukacji w Komisji Nadzoru Finansowego oraz były redaktor naczelny czasopisma „Czasopisma Kwartalnego Całego Prawa Handlowego, Upadłościowego oraz Rynku Kapitałowego”. Od kilku lat częsty reprezentant Polski w europejskich gremiach eksperckich oraz międzynarodowych seminariach i sympozjach naukowych. Wcześniejsze studia, praca badawcza bądź wykłady gościnne m.in. w takich ośrodkach uniwersyteckich jak Jena, Bonn, Kolonia, Berlin (HSoG), Florencja (EUI), Kopenhaga (CBS), Gandawa, Chongqing (SWUPL), Tarnopol czy St. Pölten.

Kontakt: radwan@allerhand.pl

Robert Mężyk, LL.M. – absolwent studiów prawnych oraz studiów filozoficznych Uniwersytetu Jagiellońskiego. Jako stypendysta *Deutscher Akademischer Austausch Dienst* uzyskał tytuł LL.M. na Uniwersytecie Jana Gutenberga w Moguncji. Jako stypendysta studiował prawo i filozofię na Uniwersytecie Karola Ruprechta w Heidelbergu. Absolwent Szkoły Prawa Amerykańskiego, Szkoły Prawa Niemieckiego i Szkoły Prawa Austriackiego. Doktorant Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego oraz członek kolegium doktoranckiego DFG Graduiertenkolleg "*Verfassung jenseits des Staates: Von der europäischen zur globalen Rechtsgemeinschaft?*" przy Uniwersytecie Humboldta w Berlinie. Obecnie pracuje nad rozprawą doktorską poświęconą oddziaływaniu kryzysu finansowego na strukturę Unii Gospodarczej i Walutowej. Współpracownik naukowy Instytutu Allerhanda od 2010 roku.

Kontakt: mezyk@allerhand.pl