



# ANALIZY & OPINIE

**W**toczącej się debacie na temat reformy II filara systemu emerytalnego słusznie wiele uwagi poświęca się zagadnieniu ochrony uprawnień członków Otwartych Funduszy Emerytalnych. W dyskusji tej nie można jednakże pominąć sytuacji samych funduszy, jako osób prawnych chronionych przez normy konstytucyjne (i międzynarodowe) na równi z osobami fizycznymi. Normy te wydają się przeczyć możliwości realizacji planów rządowych w zakresie przejęcia majątku OFE.

## OFE jako osoba prawna

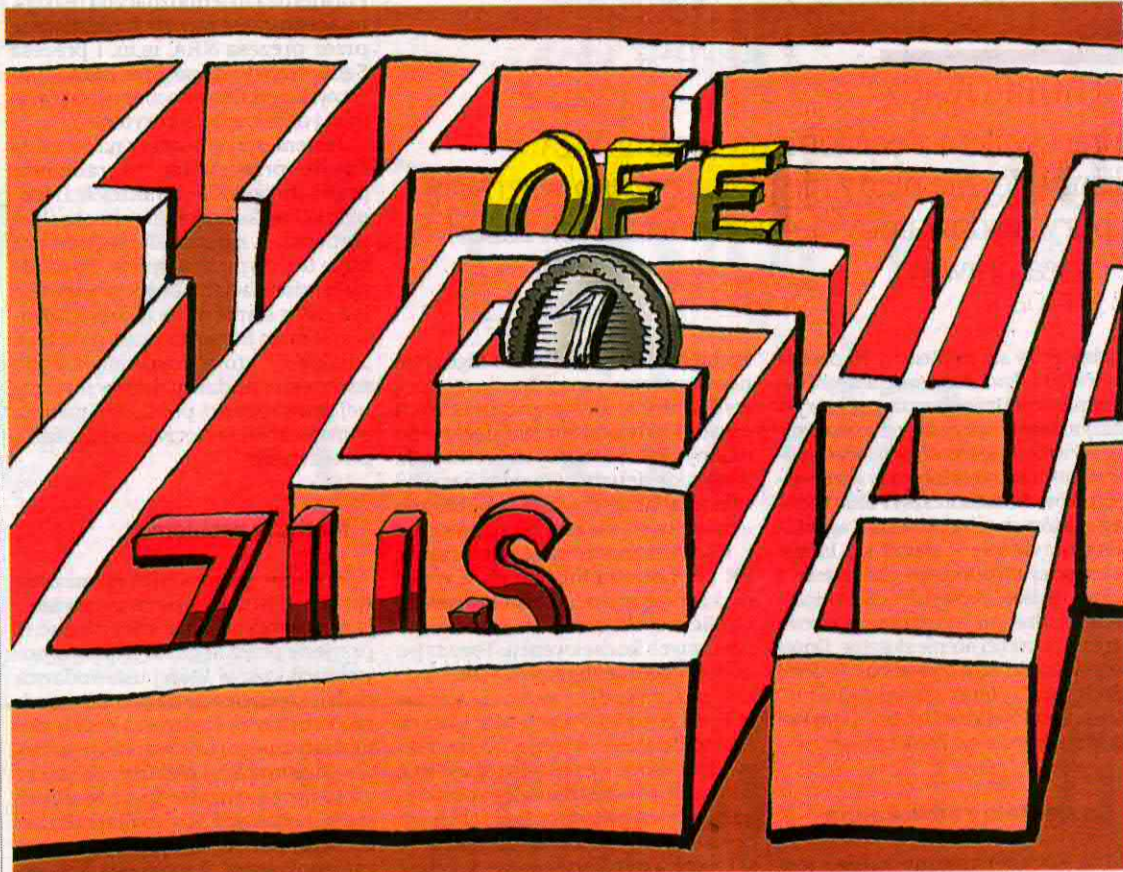
OFE jest osobą prawną prawa prywatnego. Zgodnie z art. 1 ust. 1 i 2 ustawy z 27 lipca 1997 r. o funduszach emerytalnych (UOFE) OFE jest osobą prawną powołaną w celu gromadzenia środków pieniężnych i ich lokowania z przeznaczeniem na wypłatę członkom po osiągnięciu przez nich wieku emerytalnego. Jako osoba prawna, OFE jest właścicielem swojego majątku, do którego należą m.in. wpłacone do Funduszu składki członków OFE (art. 6 UOFE).

Fundusz rozporządza swoim majątkiem poprzez inwestowanie powierzonych mu środków. W tym zakresie OFE nabywają obligacje skarbowe, akcje spółek i inne papiery wartościowe, które stają się częścią aktywów funduszu (art. 142 w zw. z art. 6 UOFE). Trafność inwestycji podejmowanych przez OFE rzutuje na wartość tzw. jednostek rozrachunkowych. Pomimo odmiennych funkcji społeczno-gospodarczych, konstrukcyjnie OFE wykazują szereg zbieżności z funduszami inwestycyjnymi działającymi na podstawie ustawy z 27 maja 2004 r. o funduszach inwestycyjnych.

Z powyższym statusem funduszy emerytalnych wiąże się podleganie przez nie ochronie prawnej, zarówno na podstawie prawa krajowego, jak i międzynarodowego. W ten sposób OFE są m.in. podmiotami uprawnionymi do konstytucyjnej ochrony własności na gruncie art. 21 oraz art. 64 Konstytucji. Analogicznie własność OFE podlega ochronie na zasadzie art. 1 Protokołu nr 1 do Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (EKPC), jak i art. 17 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej (KPP). Wszystkie wymienione akty zakładają bowiem ochronę własności osób prawnych na równi z ochroną własności osób prywatnych.

Ochrona OFE wynikająca z powyższych norm nabiera szczególnego znaczenia przy ocenie możliwości realizacji propozycji zawartych w ministerialnym „Przeglądzie funkcjonowania systemu emerytalnego” (Przegląd). Wszystkie cztery rekomendacje z Przeglądu w sposób bezpośredni lub pośredni ingerują we własność funduszy. Na zasadzie rekomendacji I ma mieć miejsce przejęcie przez ZUS środków zgromadzonych w OFE na dziesięć lat przed osiągnięciem wieku emerytalnego przez danego członka OFE (wbrew Przeglądowi istotą propozycji nie jest sposób wypłaty środków, lecz faktyczne ich przewłaszczenie na rzecz ZUS w okresie, gdy środki te są relatywnie największe).

Zgodnie z rekomendacją II przewłaszczeniu na rzecz ZUS miałyby podlegać środki zainwestowane przez OFE w aktywa inne niż akcje – a więc około połowy środków posiadanych przez OFE. Rekomendacje III i IV – opierając się na oportunistycznym OFE – tworzą fikcję dobrowolności przewłaszczenia środków na rzecz ZUS. Jednocześnie Rekomendacje IV zawiera postulat nałożenia na osoby pragnące kontynuować



## Przeniesienie środków do ZUS czy nacjonalizacja



ARKADIUSZ RADWAN  
ROBERT MĘŻYK

Zachodzi ryzyko powstania po stronie zagranicznych inwestorów roszczeń odszkodowawczych przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej na podstawie umów międzynarodowych – wskazują eksperci.

oszczędzanie w OFE dodatkowego obciążenia parafiskalnego w wysokości 2 proc. przychodu (która to składka – wbrew obiegowej opinii – powiększy także środki trafiające do ZUS), co dodatkowo podkreśla cel „przewłaszczeniowy” przyświecający propozycjom z Przeglądu.

### Przewłaszczenie aktywów na ZUS

W opisany powyżej sposób wszystkie cztery rekomendacje prowadzą do przewłaszczenia aktywów OFE na rzecz ZUS. To „przeniesienie” środków łączy się z naruszeniem istoty prawa własności OFE – fundusze tracą wszystkie elementy tzw. triady praw własności (prawo posiadania, korzystania i rozporządzania rzeczą). Nie może być zatem w tym przypadku mowy o ewentualnym realizowaniu przez ustawodawcę kompetencji z art. 64 ust. 3 Konstytucji, polegającej na wprowadzaniu ograniczeń prawa własności.

Jednocześnie – wskutek braku przynależności przez OFE do sfery własności państwowej – wykluczone jest także traktowanie ich jako podmiotów podlegających regula-

cji państwa jak ZUS, na zasadzie art. 67 ust. 1 Konstytucji.

Alternatywę stanowiliby zakwalifikowanie realizacji proponowanych rekomendacji jako wywłaszczenia, precyzowanego przez art. 21 ust. 2 Konstytucji. Ta kwalifikacja jest jednakże negowana przez wnioski płynące z doktryny i orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego (wyrok TK z 17 grudnia 2008 r., sygn. P 16/2008), zgodnie z którymi wywłaszczenie może nastąpić wyłącznie w drodze aktu indywidualnego, dotyczącego konkretnego przedmiotu wywłaszczenia, z jednoczesnym zagwarantowaniem podmiotowi wywłaszczenia odpowiedniego odszkodowania (ostatni wymóg wynika wprost z art. 21 ust.

„  
Państwo  
wywłaszczające  
zobowiązane jest do  
zapłaty odpowiedniego  
odszkodowania

z Konstytucji). Rekomendacje zakładają jednakże realizację przewłaszczenia środków na podstawie aktu ogólnego (ustawy), bez jednoczesnej zapłaty jakiegokolwiek rekompensaty na rzecz wywłaszczanych podmiotów.

W związku z powyższym, realizacja rekomendacji z Przeglądu może zostać zakwalifikowana jako akt nacjonalizacji. Istotą tegoż aktu jest przeniesienie pewnej klasy własności – na podstawie aktu ogólnego – na rzecz Skarbu Państwa bez jednoczesnej zapłaty odszkodowania. Zgodnie z wyrokiem TK z 17 grudnia 2008 r., sygn. P 16/2008 nacjonalizacja jest niedopuszczalnym – na gruncie obowiązującej Konstytucji – naruszeniem prawa własności.

Należy zatem stwierdzić, że realizacja rekomendacji z Przeglądu prowadzi do naruszenia konstytucyjnej ochrony własności OFE, gwarantowanej przez art. 21 oraz art. 64 Konstytucji. Ze względu na fakt, że normy z art. 1 Protokołu EKPC oraz z art. 17 KPP przewidują nie niższy poziom ochrony własności, aniżeli polskie normy konstytucyjne, nacjonalizacja własności OFE prowadzi również do naruszenia tychże postanowień.

Nacjonalizacja aktywów OFE może prowadzić również do odpowiedzialności państwa polskiego na podstawie międzynarodowych umów o wzajemnym popieraniu i ochronie inwestycji (Bilateral Investment Treaty – BIT). W związku z faktem, że większość Powszechnych Towarzystw Emerytalnych (PTE) zarządzających OFE jest w rękach podmiotów zagranicznych, istnieje spore ryzyko powstania po stronie zagranicznych inwestorów roszczeń odszkodowawczych na podstawie BIT.

### Co nam grozi

BIT zawierają pewne standaryzowane zapisy spotykane w większości tego typu umów. Należy do nich m.in. zapis o ochronie inwestycji przed jej wywłaszczeniem ze strony państwa przyjmującego. Jeśli dochodzi do wywłaszczenia, państwo wywłaszczające jest zobowiązane

„  
Zasadnicze znaczenie  
mogą mieć  
międzynarodowe  
umowy o wzajemnym  
popieraniu i ochronie  
inwestycji

do zapłaty odpowiedniego odszkodowania.

Międzynarodowe orzecznictwo arbitrażowe interpretuje zapisy chroniące przed wywłaszczeniem w sposób szeroki. Znaną są przede wszystkim pojęcia wywłaszczenia pośredniego oraz pełzającego (indirect expropriation oraz creeping expropriation). W ten sposób roszczenia odszkodowawcze mogą mieć swoje źródło nie tylko w bezpośrednim akcie zaboru mienia, ale również w stworzeniu takich warunków inwestycji (prawnych lub faktycznych), w których przestaje ona być ekonomicznie opłacalna.

Na podstawie BIT oraz stosownego orzecznictwa arbitrażowego należy zatem uznać za niebagatelne ryzyko zakwalifikowania realizacji rekomendacji z Przeglądu jako wywłaszczenia. Dodatkowo kwalifikację tę uprawdopodobnia całość działań państwowych, łącznie z wypowiedziami osób sprawujących funkcje publiczne (jak słynna wypowiedź ministra finansów, iż „kto uzna, że w interesie Polski nie jest powiększanie długu, ten listu o pozostanie w OFE nie wyśle”). Dlatego nie tylko bezpośrednio rekomendacje I-IV mogą prowadzić do odpowiedzialności odszkodowawczej państwa na podstawie BIT, ale taki skutek uprawdopodobnia również całość aktywności państwa w stosunku do OFE od 2010 roku.

Resumując, w dyskusji na temat reformy II filaru systemu emerytalnego z całą pewnością nie można zaniedbać faktu, że Przegląd proponuje nacjonalizację mienia prywatnych osób prawnych (a pośrednio – mienia osób ubezpieczonych). Ewentualne postępowania sądowe będące efektem takiego działania mogą nie tylko prowadzić do stwierdzenia naruszenia przez państwo polskie stosownych norm prawnych, ale również przełożyć się na odpowiedzialność odszkodowawczą Polski wobec inwestorów zagranicznych. ■

### CV

Arkadiusz Radwan jest prezesem Instytutu Allerhanda i of counsel w KKG Kubas Kos Gaertner Robert Mężyk jest współpracownikiem naukowym w Instytucie Allerhanda i doktorantem na Uniwersytecie Humboldta w Berlinie