



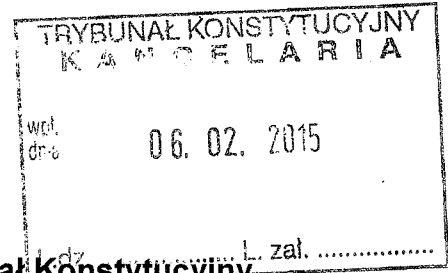
SEJM

RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Sygn. akt K 1/14

BAS-WPTK-291/14

Warszawa, dnia 5 lutego 2015 r.



Trybunał Konstytucyjny

Na podstawie art. 34 ust. 1 w związku z art. 27 pkt 2 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. Nr 102, poz. 643 ze zm.), w imieniu Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej przedkładam dodatkowe wyjaśnienia w sprawie wniosku Rzecznika Praw Obywatelskich z 29 sierpnia 2014 r., połączonego do wspólnego rozpoznania z wnioskiem Prezydenta RP z 30 stycznia 2014 r. (sygn. akt K 1/14), jednocześnie wnosząc o stwierdzenie, że:

1) art. 141 ust. 2 ustawy z dnia 28 sierpnia 1997 r. o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 989 ze zm.) w związku z art. 4 pkt 33, art. 23 ust. 1 oraz art. 35 ustawy z dnia 6 grudnia 2013 r. o zmianie niektórych ustaw w związku z określeniem zasad wypłaty emerytur ze środków zgromadzonych w otwartych funduszach emerytalnych (Dz. U. poz. 1717) **jest zgodny** z art. 2 Konstytucji;

2) art. 141 ust. 2 ustawy z dnia 28 sierpnia 1997 r. o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych w związku z art. 23 ust. 1-6, ust. 9 i ust. 15-18 oraz art. 35 ustawy z dnia 6 grudnia 2013 r. o zmianie niektórych ustaw w związku z określeniem zasad wypłaty emerytur ze środków zgromadzonych w otwartych funduszach emerytalnych **jest zgodny** z art. 2 Konstytucji;

3) art. 39a ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 1442 ze zm.) oraz art. 11, art. 23 ust. 18 i art. 24 ustawy z dnia 6 grudnia 2013 r. o zmianie niektórych ustaw w związku z określeniem zasad wypłaty emerytur ze środków zgromadzonych w otwartych funduszach emerytalnych **są zgodne** z art. 2 Konstytucji;

4) art. 141 ust. 2 ustawy z dnia 28 sierpnia 1997 r. o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych w związku z art. 4 pkt 33, art. 23 ust. 1 oraz

art. 35 ustawy z dnia 6 grudnia 2013 r. o zmianie niektórych ustaw w związku z określeniem zasad wypłaty emerytur ze środków zgromadzonych w otwartych funduszach emerytalnych, art. 39a ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych oraz art. 11 i art. 24 ustawy z dnia 6 grudnia 2013 r. o zmianie niektórych ustaw w związku z określeniem zasad wypłaty emerytur ze środków zgromadzonych w otwartych funduszach emerytalnych **są zgodne** z art. 67 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji;

5) art. 141 ust. 2 ustawy z dnia 28 sierpnia 1997 r. o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych w związku z art. 23 ust. 1-6, ust. 9 i ust. 15-18 oraz art. 35 ustawy z dnia 6 grudnia 2013 r. o zmianie niektórych ustaw w związku z określeniem zasad wypłaty emerytur ze środków zgromadzonych w otwartych funduszach emerytalnych, art. 39a ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych oraz art. 11 i art. 24 ustawy z dnia 6 grudnia 2013 r. o zmianie niektórych ustaw w związku z określeniem zasad wypłaty emerytur ze środków zgromadzonych w otwartych funduszach emerytalnych **nie są niezgodne** z art. 22 Konstytucji;

6) art. 197a ustawy z dnia 28 sierpnia 1997 r. o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych i art. 36 ustawy z dnia 6 grudnia 2013 r. o zmianie niektórych ustaw w związku z określeniem zasad wypłaty emerytur ze środków zgromadzonych w otwartych funduszach emerytalnych **są zgodne** z art. 22 i art. 54 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji;

7) art. 197, w części dotyczącej powszechnych towarzystw emerytalnych oraz otwartych funduszy emerytalnych, i art. 197a ustawy z dnia 28 sierpnia 1997 r. o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych oraz art. 36 ustawy z dnia 6 grudnia 2013 r. o zmianie niektórych ustaw w związku z określeniem zasad wypłaty emerytur ze środków zgromadzonych w otwartych funduszach emerytalnych **są zgodne** z art. 2 Konstytucji;

8) art. 11 ust. 1 i ust. 2 ustawy z dnia 6 grudnia 2013 r. o zmianie niektórych ustaw w związku z określeniem zasad wypłaty emerytur ze środków zgromadzonych w otwartych funduszach emerytalnych w zakresie, w jakim dotyczy osób, o których mowa w art. 111 ust. 3 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych, **jest zgodny** z art. 31 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji;

9) art. 23 ustawy z dnia 6 grudnia 2013 r. o zmianie niektórych ustaw w związku z określeniem zasad wypłaty emerytur ze środków zgromadzonych w otwartych funduszach emerytalnych **jest zgodny** z art. 2 Konstytucji.

Uzasadnienie

I. Dotychczasowe stanowisko Sejmu

1. W dniu 30 stycznia 2014 r. Prezydent RP złożył w Trybunale Konstytucyjnym wniosek o zbadanie, w trybie kontroli następczej, zgodności szeregu przepisów ustawy z dnia 28 sierpnia 1997 r. o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 989 ze zm.; dalej: ustawa o funduszach emerytalnych albo u.o.f.f.e.), ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 1442 ze zm.; dalej: ustawa o systemie ubezpieczeń społecznych albo u.s.u.s.) oraz ustawy z dnia 6 grudnia 2013 r. o zmianie niektórych ustaw w związku z określeniem zasad wypłaty emerytur ze środków zgromadzonych w otwartych funduszach emerytalnych (Dz. U. poz. 1717; dalej: ustawa nowelizująca albo u.n.) z przepisami Konstytucji.

2. Przedmiotem kontroli we wniosku Prezydenta RP uczyniono art. 141 ust. 2 u.o.f.f.e. w związku z art. 4 pkt 33, art. 23 ust. 1 oraz art. 35 u.n., art. 39a u.s.u.s. i art. 11 ustawy nowelizującej oraz art. 24 u.n.n. W tym zakresie wskazanymi przez wnioskodawcę wzorcami kontroli są art. 2 i art. 67 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji. Prezydent RP wyjaśnił, że jego wątpliwości budzi zmiana zasad prowadzenia działalności inwestycyjnej przez otwarte fundusze emerytalne (dalej także jako: o.f.e.), która może naruszać zasadę ochrony zaufania ubezpieczonych do państwa i stanowionego przez nie prawa (wniosek Prezydenta RP, s. 14). Poprzez zobligowanie o.f.e. do inwestowania niemalże wyłącznie w akcje, zostały one w istocie przekwalifikowane w fundusze podwyższonego ryzyka. Ponadto, zasadę ochrony zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa naruszać miały zaskarżone regulacje odnoszące się do osób, które dobrowolnie przystąpiły do o.f.e. Osobami takimi są ubezpieczeni urodzeni po 31 grudnia 1948 r. a przed 1 stycznia 1969 r. Zgodnie z przepisami ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych, wspomniane osoby nie mogły zmienić swojej decyzji odnośnie do przystąpienia do o.f.e., gdyż oświadczenie o przystąpieniu do funduszu było nieodwołalne (art. 111

u.s.u.s.). Tymczasem zgodnie z art. 11 u.n., wprowadzone zostało – również w odniesieniu do wspomnianych wyżej ubezpieczonych, którzy przystąpili do o.f.e. dobrowolnie – domniemanie przynależności do ZUS, jeżeli od 1 kwietnia do 31 lipca 2014 r. zainteresowana osoba nie złoży oświadczenia o pozostaniu w danym funduszu. Tym samym ubezpieczeni pozbawiani są arbitralnie swoich praw do części środków mających formę prawną jednostek rozrachunkowych, przenoszonych do ZUS z otwartego funduszu emerytalnego, do którego dany ubezpieczony wcześniej dobrowolnie przystąpił.

W dalszej części swojego wniosku Prezydent RP przedmiotem kontroli uczynił: art. 141 ust. 2 u.o.f.f.e. w związku z art. 23 ust. 1-6, ust. 9 i ust. 15-18 oraz art. 35 u.n., art. 39a ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych oraz art. 11 i art. 24 u.n. W tym zakresie wzorcami kontroli są art. 2 i art. 22 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji. Zakwestionowane przepisy prowadzić miały do istotnych ograniczeń w działalności gospodarczej otwartych funduszy emerytalnych oraz organów tych funduszy – czyli powszechnych towarzystw emerytalnych. Prezydent RP stał także na stanowisku, że sprzeczne z zasadą proporcjonalności jest wymaganie od ubezpieczonych, aby musieli oni co cztery lata składać stosowne pisemne oświadczenie, chcąc nadal odprowadzać swoją składkę do o.f.e. (wniosek Prezydenta RP, s. 31-32).

W ostatniej części wniosku Prezydent RP zarzucił, po pierwsze, art. 197a u.o.f.f.e. i art. 36 u.n. naruszenie art. 22 i art. 54 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji oraz, po drugie, art. 197 u.o.f.f.e. w części dotyczącej powszechnych towarzystw emerytalnych i otwartych funduszy emerytalnych oraz art. 197a tej ustawy i art. 36 u.n. niezgodność z zasadą poprawnej legislacji wywodzoną z art. 2 Konstytucji. Przepisy te odnoszą się do zakazu reklamy o.f.e. w okresie, w którym ubezpieczeni mają prawo dokonać wyborów pomiędzy o.f.e. a ZUS.

3. W piśmie z 27 listopada 2014 r., Prezydent RP uzupełniając swoje stanowisko wyjaśnił, że: „Jak wskazano w uzasadnieniu wniosku [z 30 stycznia 2014 r. – uwaga własna], obejmuje ono przepisy dotyczące zakazu inwestowania przez otwarte fundusze inwestowania przez otwarte fundusze emerytalne w obligacje Skarbu Państwa oraz inne gwarantowane przez Skarb Państwa papiery wartościowe, a także wiążący się z tym nakaz inwestowania w akcje i papiery wartościowe podwyższonego ryzyka (w skali określonej przez przepis przejściowy) i

zakaz reklamy. Podkreślić należy, że we wniosku Prezydenta RP nie zostały zakwestionowane regulacje wprowadzające możliwość dokonania wyboru przez ubezpieczonego pomiędzy OFE a ZUS, wprowadzenia tzw. «suwaka bezpieczeństwa», wysokości składki przekazywanej do OFE ani też samo umorzenie 51,5% jednostek rozrachunkowych na dzień 30 września 2013 r. i przekazanie przez OFE ich wartości do ZUS. Prezydent RP nie zakwestionował dopuszczalności samego przeniesienia aktywów OFE do ZUS, wskazując przy tym w uzasadnieniu wniosku na rozbieżności doktryny prawa w tym zakresie [...]” (pismo Prezydenta RP, s. 3-4).

4. Sejm ustosunkował się do zarzutów Prezydenta RP pismem z 1 sierpnia 2014 r., wnosząc o stwierdzenie, że: 1) art. 141 ust. 2 u.o.f.f.e. w związku z art. 4 pkt 33, art. 23 ust. 1 oraz art. 35 u.n. jest zgodny z art. 2 Konstytucji; 2) art. 141 ust. 2 ustawy z dnia 28 sierpnia 1997 r. u.o.f.f.e. w związku z art. 23 ust. 1-6, ust. 9 i ust. 15-18 oraz art. 35 u.n. jest zgodny z art. 2 Konstytucji; 3) art. 39a u.s.u.s. oraz art. 11, art. 23 ust. 18 i art. 24 u.n. są zgodne z art. 2 Konstytucji; 4) art. 141 ust. 2 u.o.f.f.e. w związku z art. 4 pkt 33, art. 23 ust. 1 oraz art. 35 u.n., art. 39a u.s.u.s. oraz art. 11 i art. 24 u.n. są zgodne z art. 67 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji; 5) art. 141 ust. 2 u.o.f.f.e. w związku z art. 23 ust. 1-6, ust. 9 i ust. 15-18 oraz art. 35 u.n., art. 39a u.s.u.s. oraz art. 11 i art. 24 u.n. nie są niezgodne z art. 22 Konstytucji; 6) art. 197a u.o.f.f.e. i art. 36 u.n. są zgodne z art. 22 i art. 54 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji; 7) art. 197, w części dotyczącej powszechnych towarzystw emerytalnych oraz otwartych funduszy emerytalnych, i art. 197a u.o.f.f.e. oraz art. 36 u.n. są zgodne z art. 2 Konstytucji.

II. Przedmiot kontroli i analiza formalnoprawna wniosku RPO

1. Rzecznik Praw Obywatelskich (dalej także: RPO albo Rzecznik) we wniosku z 29 sierpnia 2014 r. zakwestionował zgodność:

a) art. 11 ust. 1 i ust. 2 u.n. w zakresie, w jakim dotyczy osób, o których mowa w art. 111 ust. 3 u.s.u.s., z zasadą ochrony zaufania obywateli do państwa i prawa wynikającą z art. 2 Konstytucji oraz art. 31 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji;

b) art. 23 ust. 1-18 u.n. z zasadą ochrony zaufania obywateli do państwa i prawa wynikającą z art. 2 Konstytucji.

2. Zaskarżone ustępy art. 11 u.n. mają następujące brzmienie: „Składka, o której mowa w art. 22 ust. 3 pkt 1 lit. a ustawy zmienianej w art. 5, w brzmieniu nadanym niniejszą ustawą, jest przekazywana za okres do dnia 30 czerwca 2014 r.” (ust. 1) oraz „W okresie od dnia 1 kwietnia do dnia 31 lipca 2014 r. członek otwartego funduszu emerytalnego może złożyć w Zakładzie Ubezpieczeń Społecznych pisemnie lub w formie dokumentu elektronicznego – uwierzytelnionego z wykorzystaniem kwalifikowanego certyfikatu, w rozumieniu art. 3 pkt 12 ustawy z dnia 18 września 2001 r. o podpisie elektronicznym (Dz. U. z 2013 r. poz. 262), profilu zaufanego ePUAP, w rozumieniu art. 3 pkt 14 ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz. U. z 2013 r. poz. 235), lub innych technologii umożliwiających identyfikację, określonych na podstawie art. 20a ust. 2 ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne, przez system teleinformatyczny udostępniony bezpłatnie przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych – zgodnie ze wzorem oświadczenie o przekazywaniu do otwartego funduszu emerytalnego składki, o której mowa w art. 22 ust. 3 pkt 1 lit. a ustawy zmienianej w art. 5, w brzmieniu nadanym niniejszą ustawą, począwszy od składki opłaconej za lipiec 2014 r., oraz o zapoznaniu się z: 1) przygotowaną przez ministra właściwego do spraw zabezpieczenia społecznego w porozumieniu z ministrem właściwym do spraw finansów publicznych informacją dotyczącą powszechnego systemu emerytalnego oraz 2) informacją dotyczącą poszczególnych otwartych funduszy emerytalnych” (ust. 2).

Tym samym art. 11 ust. 1 u.n. stanowi, że część składki na ubezpieczenie emerytalne odprowadzana do otwartego funduszu emerytalnego, wynosząca od 1 lutego 2014 r. 2,92% podstawy wymiaru składki, jest przekazywana dotychczas wybranemu przez ubezpieczonego otwartemu funduszowi emerytalnemu do 30 czerwca 2014 r. Natomiast ust. 2 przedmiotowego artykułu upoważnia (zobowiązuje) członków o.f.e. w okresie od 1 kwietnia do 31 lipca 2014 r. do złożenia w Zakładzie Ubezpieczeń Społecznych (dalej: ZUS) oświadczenia o przekazywaniu tej składki do otwartego funduszu emerytalnego począwszy od składki opłaconej za lipiec 2014 r.

3. Tak ukształtowane regulacje stanowią przepisy dostosowujące, o których mowa w § 35 ust. 1 pkt 3 załącznika do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej” (Dz. U. Nr 100, poz. 908). Jak stwierdza się w literaturze: „Przepisy dostosowujące mają nieco odmienny charakter od przepisów przejściowych [...]. Od przepisów przejściowych odróżnia je to, że: dotyczą działalności indywidualnie określonych organów lub instytucji [...], przeważnie nakazują pewne zachowanie o charakterze jednorazowym niepowtarzalnym (mają więc charakter konkretny)” (G. Wierczyński [w:] *Zasady techniki prawodawczej. Komentarz do rozporządzenia*, red. J. Warylewski ..., komentarz do § 35, s. 197).

Sejm pragnie podnieść wątpliwość związaną z dopuszczalnością oceny konstytucyjności art. 11 ust. 1 i ust. 2 u.n. Dyspozycja zakwestionowanych przepisów została bowiem skonsumowana; czynność wyboru podmiotu, do którego ma zostać odprowadzana część składki (o.f.e. albo ZUS) miała charakter jednorazowy. Zakwestionowana regulacja wyczerpała się wraz z realizacją celu przepisu i to już w momencie wnoszenia wniosku przez Rzecznika 29 sierpnia 2014 r. Natomiast przepis obowiązywał w momencie złożenia wniosku przez Prezydenta RP, który również zakwestionował zgodność art. 11 u.n. z zasadą ochrony zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa wywiedzonego z art. 2 Konstytucji. Do 30 lipca 2014 r. ubezpieczeni składali oświadczenia o (dalszym) przekazywaniu składki do o.f.e. (lub zaniechali jego złożenia, co w konsekwencji prowadziło do przekazania całej składki „kapitałowej” na subkonto w ZUS). Dostosowujący charakter art. 11 u.n., ściśle związany z przeprowadzonym w przeszłości procesem wyboru przez ubezpieczonych podmiotu, któremu przekazywana ma być część składki na ubezpieczenie społeczne, przemawia za zastosowaniem mechanizmu umorzenia postępowania, o którym mowa w art. 39 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. Nr 102, poz. 643 ze zm.; dalej: ustawa o TK), ze względu na utratę mocy obowiązującej kontrolowanej regulacji. Choć następstwa prawne stosowania art. 11 u.n. trwają nadal (wybór został dokonany, część ubezpieczonych nadal odprowadza składki do o.f.e., a część gromadzi składkę na subkoncie prowadzonym przez ZUS), nie oznacza to, że przepisy te zachowały moc obowiązującą w rozumieniu art. 39 ust. 1 pkt 3 ustawy o TK.

Zgodnie z art. 39 ust. 3 ustawy o TK: „Przepisu ust. 1 pkt 3 [umorzenie postępowania – uwaga własna] nie stosuje się, jeżeli wydanie orzeczenia o akcie normatywnym, który utracił moc obowiązującą przed wydaniem orzeczenia, jest konieczne dla ochrony konstytucyjnych wolności i praw”. Wskazany wyjątek *in casu* nie znajduje zastosowania. Wnioskodawca nie dowiódł w swoim piśmie, iż zbadanie art. 11 ust. 1 i ust. 2 u.n. jest konieczne ze względu na ochronę konstytucyjnych wolności lub praw, a brak takiego dowodu w przypadku tzw. kontroli abstrakcyjnej decyduje o konieczności umorzenia postępowania. Jak bowiem wskazał Trybunał w wyroku z 16 marca 2011 r. (sygn. akt K 35/08): „art. 39 ust. 3 ustawy o TK dopuszczający orzekanie o akcie normatywnym nieobowiązującym może znaleźć zastosowanie zarówno w ramach kontroli konkretnej jak i abstrakcyjnej. W wypadku pytania prawnego lub skargi konstytucyjnej (kontrola konkretna) istnieje domniemanie, że wydanie orzeczenia jest niezbędne dla zapewnienia konstytucyjnych wolności lub praw. [...] W wypadku kontroli abstrakcyjnej, wnioskodawca jest zobowiązany przedstawić odpowiednie argumenty uzasadniające niezbędność wydania orzeczenia o przepisie nieobowiązującym dla ochrony konstytucyjnych wolności i praw. Jeżeli nie zostaną przedstawione takie dowody i argumenty, Trybunał umorzy postępowanie [...]”.

Podkreślić należy, że zdaniem RPO konstrukcja art. 11 ust. 1 i ust. 2 u.n. jest niekonstytucyjna z tego powodu, że osobom urodzonym po 31 grudnia 1948 r. a przed 1 stycznia 1969 r. ponownie nakazuje dokonanie wyboru o.f.e., jeśli chciałyby one w nim pozostać. Rzecznik zauważa, że: „Skoro ustawodawca przewidział także po wejściu w życie ustawy zmieniającej kontynuację gromadzenia środków w otwartych funduszach emerytalnych, to wystarczające i zgodne z zasadą proporcjonalności byłoby rozwiązanie stwarzające możliwość tej kategorii osób, która w przeszłości nieodwołalnie wstąpiła do funduszu, złożenia oświadczenia woli o wystąpieniu z funduszu” (wniosek RPO, s. 12-13). Wydaje się zatem, że naruszenia ustawy zasadniczej Rzecznik nie dopatruje się *per se* w stworzeniu przez ustawodawcę możliwości gromadzenia składek na subkoncie prowadzonym przez ZUS i zaprzestania odprowadzania składki do o.f.e., czy generalnie – w zmianie podmiotu do którego jest przekazywana składka, lecz w obowiązku ponownego potwierdzenia złożonego wcześniej (nieodwoływalnie) oświadczenia woli. Niekonstytucyjność ma więc być związana ściśle z jednorazową czynnością prawną, która już zaszła, a nie z jej skutkami (gromadzenia składek na subkoncie

prowadzonym przez ZUS). Stąd, ze względu na jednorazowość aktu, kontrola nieobowiązujących art. 11 ust. 1 i ust. 2 u.n. nie jest konieczna dla ochrony konstytucyjnych wolności i praw.

W świetle zarzutów RPO warto nadto zwrócić szczególną uwagę na brzmienie art. 11 ust. 1 u.n. Otóż nakazuje on dalsze przekazywanie składek, zgodnie z ówczesnym stanem prawnym, czyli do wybranego pierwotnie o.f.e. do dnia 30 czerwca 2014 r. Tym samym, dyspozycja przepisu jest zgodna z postulatem RPO uszanowania pierwotnego wyboru ubezpieczonego. Skutki prawne zaniechania złożenia deklaracji o pozostaniu w o.f.e. nie są unormowane w analizowanym przepisie. Natomiast innych argumentów przemawiających za naruszeniem przezeń standardu ustawy zasadniczej wnioskodawca nie przedstawił.

Wobec powyższego, Sejm sygnalizuje swoje wątpliwości co do dopuszczalności oceny konstytucyjności art. 11 ust. 1 i ust. 2 u.n., pozostawiając Trybunałowi Konstytucyjnemu rozstrzygnięcie w tej kwestii. W dalszej części stanowiska zostanie przedstawione stanowisko *in meriti*.

4. Artykuł 23 u.n. w ustępie pierwszym nakazuje o.f.e. umorzenie 3 lutego 2014 r. 51,5% jednostek rozrachunkowych zapisanych na rachunku każdego członka o.f.e. na dzień 31 stycznia 2014 r. i przekazanie do ZUS, działającego w imieniu i na rzecz Funduszu Ubezpieczeń Społecznych (dalej: FUS), aktywa wymienione w art. 23 ust. 2 u.n. o wartości odpowiadającej sumie wartości umorzonych jednostek rozrachunkowych. Artykuł 23 ust. 2 u.n. wymienia aktywa, które miały zostać przekazane ZUS przez o.f.e., to jest: obligacje i bony emitowane przez Skarb Państwa; obligacje emitowane przez Bank Gospodarstwa Krajowego na zasadach określonych w ustawie z dnia 27 października 1994 r. o autostradach płatnych oraz o Krajowym Funduszu Drogowym (t.j. Dz. U. z 2012 r., poz. 931 ze zm.), gwarantowane przez Skarb Państwa; inne papiery wartościowe opiewające na świadczenia pieniężne, gwarantowane lub poręczane przez Skarb Państwa; środki pieniężne denominowane w walucie polskiej. Ustawodawca nałożył na o.f.e. obowiązek posiadania na dzień 31 stycznia 2014 r. aktywów wymienionych w art. 23 ust. 2 w wartościach wskazanych w art. 23 ust. 1 u.n. (art. 23 ust. 3 u.n.), w tym łączny udział aktywów – skarbowych papierów wartościowych albo papierów wartościowych gwarantowanych lub poręczanych przez Skarb Państwa – nie mógł być niższy od łącznego ich udziału w aktywach o.f.e. na dzień 3 września 2013 r.

(art. 23 ust. 6 u.n.). Artykuł 23 ust. 4-5 u.n. ustalił szczegółowe warunki przekazania aktywów. Ustęp 7 art. 23 u.n. nakazywał ZUS zewidencjonowanie na dzień 31 stycznia 2014 r. na subkoncie, na którym ewidencjonuje się informacje o zwaloryzowanej wysokości wpłaconych składek nieodprowadzonych do o.f.e. albo, których odprowadzania do o.f.e. zaprzestano, wartość środków odpowiadających wartości umorzonych przez o.f.e. na rachunku ubezpieczonego jednostek rozrachunkowych wskazanych w art. 23 ust. 1 u.n. Artykuł 23 ust. 8 u.n. doprecyzował proces wyceny wartości umarzanych i zapisywanych na subkoncie ZUS środków. Obliczenie wartości jednostek umarzanych i ewidencjonowanych przeprowadziły o.f.e. (art. 23 ust. 9 u.n.). Dalsze etapy procesu modyfikacji systemu emerytalnego zostały uregulowane w art. 23 ust. 10-13 u.n. Na ZUS został nałożony obowiązek przedstawienia do nabycia Skarbowi Państwa obligacji skarbowych i bonów skarbowych oraz przekazania pozostałych aktywów do Funduszu Rezerwy Demograficznej (ust. 10). Nabycie od ZUS skarbowych papierów wartościowych przez Skarb Państwa następuje w zamian za gwarancję wypłaty z FUS świadczeń emerytalnych odpowiadających zewidencjonowanej na subkontach ZUS wartości tych aktywów (ust. 11), a uzyskane przez Fundusz Rezerwy Demograficznej (dalej: FRD) środki pieniężne miały zostać przekazane Funduszowi Ubezpieczeń Społecznych (ust. 12-13). Środki pieniężne przekazane FUS przez FRD traktowane mają być w sposób podobny do środków FRD uzupełniających niedobór funduszu emerytalnego z przyczyn demograficznych (ust. 14). Przepisy art. 23 ust. 15-17 u.n. nakładają techniczne obowiązki na o.f.e. a art. 23 ust. 18 u.n. upoważnia Radę Ministrów do wydania rozporządzenia określającego szczegółowy sposób i tryb przekazywania aktywów przez o.f.e. do ZUS.

Jak wynika z powyższego, art. 23 u.n. składa się z przepisów regulujących różne aspekty jednego procesu – przekazania do FUS i przejęcia przez Skarb Państwa aktywów o.f.e. i związanego z nim umorzenia jednostek rozrachunkowych o.f.e. (działania rozpoczynającego proces). Choć art. 23 u.n. stanowi przepis dostosowujący, jego skutki trwają nadal (nastąpiło umorzenie jednostek rozrachunkowych zapisanych na rachunku każdego członka o.f.e. oraz przekazanie aktywów o.f.e. FUS oraz Skarbowi Państwa). Trwają również procesy sądowe, w których zaskarżony został Skarb Państwa a przedmiotem sporu jest dopuszczalność (konstytucyjność) ww. umorzenia (i ewentualny obowiązek wypłaty odszkodowania za wyłączenie; zob. postanowienie Sądu Okręgowego

w Warszawie z 17 grudnia 2014 r., sygn. akt I C 599/14). Artykuł 23 u.n. jest zatem nadal stosowany i obowiązuje w rozumieniu art. 39 ust. 1 pkt 3 ustawy o TK.

III. Analiza zgodności

1. Artykuł 11 ust. 1 i ust. 2 ustawy nowelizującej

1.1. Zarzuty RPO

1.1.1. Wnioskodawca na wstępie przedstawił założenia reformy systemu emerytalnego z 1998 r. Wskazał, że w ramach reformy przyjęto m.in. ustawę z dnia 17 grudnia 1998 r. o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 1440 ze zm.; dalej: u.e.r.); ustawę o systemie ubezpieczeń społecznych oraz ustawę o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych. W założeniu nowy system miał być systemem wielofilarowym, składającym się z powszechnego i obowiązkowego filaru repartycyjnego, powszechnego i obowiązkowego filaru kapitałowego, w postaci o.f.e. oraz dodatkowego, dobrowolnego filaru w postaci pracowniczych programów emerytalnych i indywidualnych ubezpieczeń. Zgodnie z art. 111 ust. 1 u.s.u.s. uczestnictwo w o.f.e. (*verba legis*: „podział składki, o którym mowa w art. 22 ust. 3”), jest obowiązkowe dla ubezpieczonych urodzonych po 31 grudnia 1968 r. Natomiast osoby urodzone po 31 grudnia 1948 r. a przed 1 stycznia 1969 r. mogły wybrać, czy chcą przystąpić do o.f.e., czy też pozostać w całości repartycyjnym systemie emerytalnym (art. 111 ust. 3 u.s.u.s.: „Ubezpieczeni urodzeni po dniu 31 grudnia 1948 r., a przed dniem 1 stycznia 1969 r. z wyjątkiem osób pobierających emeryturę, mogą na swój wniosek przystąpić – poprzez zawarcie umowy – do wybranego otwartego funduszu emerytalnego”).

1.1.2. Rzecznik wyjaśnia, że na podstawie zaskarżonych przepisów „kontynuacja członkostwa w otwartym funduszu emerytalnym wymagała złożenia stosownego oświadczenia w określonym przez ustawodawcę terminie. Brak takiego oświadczenia powoduje ustanie członkostwa w funduszu, zaś całość składki pozostaje w ZUS” (wniosek RPO, s. 8; teza o ustaniu członkostwa w o.f.e. na skutek niezłożenia oświadczenia, o którym mowa w art. 11 ust. 2 u.n., nie znajduje

uzasadnienia w przepisach prawa; zob. art. 81 ust. 10 u.o.f.f.e.; dalsze wyjaśnienia w tym zakresie zostały przedstawione w pkt III.1.3). „W ocenie Rzecznika Praw Obywatelskich wskazana regulacja budzi zastrzeżenia konstytucyjne, w zakresie w jakim dotyczy osób, o których mowa w art. 111 ust. 3 ustawy systemowej. [...] Przy czym oświadczeniu woli dotyczącemu przystąpienia do otwartego funduszu emerytalnego ustawodawca nadał szczególną wagę. Z art. 111 ust. 5 ustawy systemowej [u.s.u.s. – uwaga własna] wynikało bowiem, że przystąpienie to jest nieodwołalnym oświadczeniem woli o wyborze ubezpieczenia emerytalnego na zasadach określonych dla osób urodzonych po dniu 31 grudnia 1968 r. Osoby wymienione w art. 111 ust. 3 ustawy systemowej stawały się więc członkami otwartych funduszy emerytalnych nie z mocy samego prawa, lecz na podstawie własnego, świadomego i nieodwołalnego aktu woli. W ten sposób osoby te realizowały swoje «prawo do wolności». Ten akt woli został zakwestionowany przez ustawodawcę przepisami art. 11 ust. 1 i ust. 2 ustawy zmieniającej [u.n. – uwaga własna]. Chociaż z art. 111 ust. 5 ustawy systemowej wynikało, że oświadczenie woli ubezpieczonego jest nieodwoływalne, to ustawodawca w istocie zażądał ponownego potwierdzenia tego oświadczenia woli. Brak powtórnego oświadczenia woli powoduje bowiem, że ubezpieczony z mocy samego prawa przestaje być członkiem otwartego funduszu emerytalnego, zaś jego składki w całości trafiają do ZUS. W ocenie Rzecznika rozwiązanie takie pozostaje w kolizji z zasadą zaufania obywateli do państwa i prawa wynikającą z art. 2 Konstytucji RP oraz z prawem do wolności, o którym mowa w art. 31 ust. 1 Konstytucji [...] Osoby, o których mowa w art. 111 ust. 3 ustawy systemowej, miały prawo zgodnie z zasadą zaufania obywateli do państwa i prawa oczekiwać, że składając nieodwołalne oświadczenie woli, ich wolność wyboru będzie honorowana przez władzę publiczną. Mogły one także oczekiwać, że dokonując określonych wyborów kształtują autonomicznie własną przyszłość w zakresie zabezpieczenia społecznego. Tymczasem przyjęte przez ustawodawcę rozwiązanie pozbawia ów w przeszłości doniosły (bo nieodwoływalny) akt znaczenia prawnego [...] Zdaniem Rzecznika Praw Obywatelskich w tym przypadku ustawodawca nie dochował wymogu wyboru najmniej uciążliwego środka” (wniosek RPO, s. 8-9, 11-12). Mógł bowiem, dla tej grupy osób, wprowadzić konstrukcję „oświadczenia o wystąpieniu z funduszu” (wniosek RPO, s. 13).

1.2. Wzorce kontroli

1.2.1. Jednym z wzorców kontroli wskazanych przez Rzecznika jest wywiedziona z art. 2 Konstytucji zasada ochrony zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa, nazywana też w orzecznictwie trybunalskim zasadą lojalności państwa wobec adresata norm prawnych. Omawiana zasada wyraża się w obowiązku stanowienia i stosowania prawa w taki sposób, by nie stawało się ono swoistą pułapką dla obywatela, który powinien móc układać swoje sprawy w zaufaniu, że nie naraża się na prawne skutki niedające się przewidzieć w momencie podejmowania decyzji i że jego działania są zgodne z obowiązującym prawem oraz także w przyszłości będą uznawane przez porządek prawny. Przyjmowane przez ustawodawcę nowe unormowania nie mogą zaskakiwać ich adresatów, którzy powinni mieć czas na dostosowanie się do zmienionych regulacji i spokojne podjęcie decyzji co do dalszego postępowania (zob. wyrok TK z 25 listopada 1997 r., sygn. akt K 26/97). W myśl ustalonego stanowiska Trybunału Konstytucyjnego, „wynikająca z art. 2 Konstytucji zasada ochrony zaufania obywatela do państwa i prawa opiera się na pewności prawa, czyli takim zespole jego cech, które zapewniają jednostce bezpieczeństwo prawne – umożliwiają jej decydowanie o swoim postępowaniu w oparciu o możliwie pełną znajomość przesłanek działania organów państwowych oraz konsekwencji prawnych, jakie ich i jej działania mogą za sobą pociągnąć” (wyrok TK z 15 lutego 2005 r., sygn. akt K 48/04). Tak rozumiana pewność prawa przynosi zarazem adresatom norm prawnych przewidywalność prawa, co z kolei pozwala im decydować o swoim postępowaniu w oparciu o znajomość przesłanek działania organów państwowych oraz konsekwencji prawnych, które ich działania mogą pociągnąć za sobą. Zasada lojalności wymaga, ażeby każda zainteresowana osoba miała możliwość określania konsekwencji poszczególnych swoich zachowań oraz obiektywnych zdarzeń na gruncie obowiązującego w danym momencie stanu prawnego oraz by mogła zasadnie oczekiwać, że prawodawca nie zmieni tych konsekwencji w sposób arbitralny.

Trybunał Konstytucyjny podkreśla przy tym, że zasadę pewności prawa prawodawca narusza wtedy, gdy jego rozstrzygnięcie jest dla jednostki zaskoczeniem, bo w danych okolicznościach nie mogła go przewidzieć, w szczególności zaś wtedy, gdy przy jego podejmowaniu prawodawca mógł przypuszczać, że gdyby jednostka przewidywała zmianę prawa, inaczej

zdecydowałyby o swoich sprawach. Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego, zasada lojalności bazuje więc na założeniu przewidywalności postępowania organów państwa. Jej istota sprowadza się do nakazu takiego stanowienia i stosowania prawa, by adresat danej normy prawnej mógł układać swoje sprawy w zaufaniu, że nie naraża się na negatywne skutki prawne, których nie mógł przewidzieć w momencie podejmowania określonej decyzji (wyrok TK z 6 lipca 2004 r., sygn. akt P 14/03).

Trybunał Konstytucyjny przyznaje, iż zasada ochrony zaufania jednostki do państwa i do prawa może znajdować się w kolizji z innymi zasadami i wartościami konstytucyjnymi, co z kolei sprawia, że dla realizacji tych innych zasad i wartości konieczne jest w pewnych sytuacjach wprowadzenie zmian na niekorzyść jednostki. Jednostka musi zawsze liczyć się z tym, że zmiana warunków społecznych lub gospodarczych może wymagać nie tylko zmiany obowiązującego prawa, lecz także niezwłocznego wprowadzenia w życie nowych regulacji prawnych (zob. wyrok TK z 16 czerwca 2003 r., sygn. akt K 52/02; wyrok TK z 20 stycznia 2010 r., sygn. akt Kp 6/09). Dlatego też badając zgodność aktów normatywnych z zasadą lojalności „należy ustalić, na ile oczekiwanie jednostki, że nie narazi się ona na prawne skutki, których nie mogła przewidzieć w momencie podejmowania decyzji i działań, są usprawiedliwione. Jednostka musi zawsze liczyć się z tym, że zmiana warunków społecznych lub gospodarczych może wymagać nie tylko zmiany obowiązującego prawa, ale również niezwłocznego wprowadzenia w życie nowych regulacji prawnych” (zob. wyrok TK z 7 lutego 2001 r., sygn. akt K 27/00).

1.2.2. Zaskarżone przepisy miałyby być niezgodne także z art. 31 ust. 1 Konstytucji, o brzmieniu: „Wolność człowieka podlega ochronie prawnej”. Jak podkreśla się w literaturze przedmiotu, konstytucyjne prawo do wolności gwarantuje wolność osobistą jednostki, a zatem możliwość dysponowania sobą w każdym miejscu i czasie. Konstytucyjny nakaz objęcia wolności człowieka ochroną prawną oznacza nakaz stworzenia gwarancji wolności w aktach normujących poszczególne dziedziny życia (prawo cywilne, karne). Pełna rekonstrukcja prawa do wolności wymaga przytoczenia także brzmienia art. 31 ust. 2 Konstytucji, zgodnie z którym: „Każdy jest obowiązany szanować wolność i prawa innych. Nikogo nie wolno zmuszać do czynienia tego, czego prawo mu nakazuje”. Treść wolności osobistej nie została pozytywnie określona (nie wydaje się to ani możliwe, ani zasadne), lecz

wszelkie wątpliwość winny być rozstrzygane na korzyść tego prawa (*in dubio pro libertate*). „Przysługujące jednostce wolność i prawa tworzą autonomiczną sferę wolną od jakiegokolwiek ingerencji – zarówno ze strony innych jednostek, jak i władz publicznych. Żaden podmiot nie może więc człowieka podległego jurysdykcji RP zmuszać do czynienia tego, czego prawo mu nie nakazuje. Nakaz ten musi być wyraźnie określony, tak aby wynikający z niego obowiązek skierowany do jednostki był łatwy do jednoznacznego ustalenia” (B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 176).

1.2.3. Trzecim, uzupełniającym (związkowym) wzorcem kontroli RPO uczynił art. 31 ust. 3 Konstytucji, zawierający tzw. generalną klauzulę ograniczającą. Stanowi on, co następuje: „Ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw”. Przepis ten jest źródłem normatywnym zasady proporcjonalności (art. 31 ust. 3 zdanie 1), zakazu naruszania istoty prawa i wolności (art. 31 ust. 3 zdanie 2) oraz zasady wyłączności ustawy (art. 31 ust. 3 zdanie 1).

Zamieszczona w art. 31 ust. 3 Konstytucji zasada proporcjonalności wyznacza dopuszczalny zakres ograniczeń korzystania z konstytucyjnych wolności i praw. Wymaga ona od sądu konstytucyjnego odpowiedzi na następujące trzy pytania: czy zaskarżona regulacja ustawowa jest w stanie doprowadzić do zamierzonych przez nią skutków (zasada przydatności), czy regulacja ta jest niezbędna dla ochrony interesu publicznego, z którym jest powiązana (zasada konieczności), a ponadto, czy jej efekty pozostają w proporcji do ciężarów nakładanych przez nią na obywatela (zasada proporcjonalności w ścisłym znaczeniu) (zob. wyroki TK z: 11 kwietnia 2006 r., sygn. akt SK 57/04; 11 kwietnia 2000 r., sygn. akt K 15/98).

Zawarty w art. 31 ust. 3 zd. 2 Konstytucji zakaz naruszania istoty wolności i praw opiera się na założeniu, że w ramach każdego konkretnego prawa lub wolności można wyodrębnić pewne elementy podstawowe, bez których dane prawo lub wolność w ogóle nie będą mogły istnieć, oraz pewne elementy dodatkowe, które mogą być przez ustawodawcę zwykłego ujmowane i modyfikowane w różny sposób

bez zniszczenia tożsamości danego prawa lub wolności (orzeczenie TK z 26 kwietnia 1995 r., sygn. akt K 11/95; wyroki TK z: 12 stycznia 2000 r., sygn. akt P 11/98; 20 października 2010 r., sygn. akt P 37/09).

Artykuł 31 ust. 3 Konstytucji wyraża ponadto zasadę wyłączności regulacji ustawowej. Pełni ona funkcję gwarancyjną wobec praw i wolności człowieka, zabezpieczając jednostkę przed nadmierną ingerencją ze strony państwa (zob. K. Wojtyczek, *Granice ingerencji ustawodawczej w sferę praw człowieka w Konstytucji RP*, Kraków 1999, s. 110). Zasada wyłączności nie polega jedynie na zachowaniu formy ustawowej dla ograniczania wolności, ale także na kompletności unormowania ustawowego, które musi samodzielnie określać wszystkie podstawowe elementy ograniczenia danego prawa i wolności, tak aby już na podstawie lektury przepisów ustawy można było wyznaczyć kompletny zarys (kontur) tego ograniczenia. Niedopuszczalne jest natomiast przyjmowanie w ustawie uregulowań blankietowych (wyroki TK z: 25 maja 1998 r., sygn. akt U 19/97; 12 stycznia 2000 r., sygn. akt P 11/98; 5 lutego 2008 r., sygn. akt K 34/06).

1.3. Analiza zgodności

1.3.1. Zagadnienie zgodności art. 11 u.n. z konstytucyjną zasadą lojalności było już przedmiotem wypowiedzi Sejmu w stanowisku z 1 sierpnia 2014 r. (s. 38-42), do którego należy odesłać. Poniższy wywód ma za zadanie uzupełnić przedstawioną w nim argumentację.

Aby rozwiązać powstały problem konstytucyjny, należy odpowiedzieć na pytanie o dopuszczalność zmiany warunków uzyskania prawa do emerytury przez osoby, które złożyły nieodwołalne oświadczenie woli o wyborze ubezpieczenia emerytalnego na zasadach zakładających trwałe gromadzenie składek w o.f.e., w sytuacji, gdy modyfikacja polega na udzieleniu możliwości ponownego wskazania podmiotu, do którego składki mają być przekazywane. W tym celu należy ustalić charakter nałożonej przez zaskarżone przepisy powinności, charakter pierwotnie złożonego oświadczenia, w tym samym adresata związanego nieodwołalnością oświadczenia oraz dopuszczalność zmian warunków nabycia prawa do emerytury przed osiągnięciem wieku emerytalnego.

1.3.2. Na wstępie należy skrótkowo przedstawić podstawowe założenia reform ubezpieczeń emerytalnych przeprowadzonych w latach 1998-2014 i ich uzasadnienie (szczegółowo zostały one omówione we wniosku RPO, s. 3-7; zob. także stanowisko Sejmu z 1 sierpnia 2014 r., s. 22-26).

W latach 1998-99 ustawodawca przeprowadził głęboką, paradygmatową reformę systemu emerytalnego. Jej celem było stworzenie stabilnego, powszechnego systemu emerytalno-rentowego w warunkach niekorzystnych trendów demograficznych, zapewnienie jego efektywności oraz realności świadczeń ubezpieczonych, a także wydłużenie aktywności zawodowej pracowników (zob. uzasadnienie projektu u.e.r., druk sejmowy nr 339/III kad., s. 2-6). Wartości związane z reformą systemu ubezpieczeń społecznych zostały uznane za zgodne z ustawą zasadniczą (wyrok TK z 4 stycznia 2000 r., sygn. akt K 18/99, zob. także wyrok TK z 20 maja 2008 r., sygn. akt SK 9/07).

Jednym z elementów reformy było przekazanie zarządzania częścią składki na ubezpieczenie emerytalne prywatnym podmiotom; zgodnie z art. 22 ust. 3 u.s.u.s. w brzmieniu obowiązującym do 1 maja 2011 r. część składki na ubezpieczenie emerytalne, wynosząca 7,3 % podstawy wymiaru składki, odprowadzana była przez ZUS do wybranego przez ubezpieczonego o.f.e. Jak podkreślono w uzasadnieniu projektów ustaw: u.s.u.s. oraz u.e.r.: „Dla osób w przedziale wieku 30-50 lat przewidziano dobrowolność przystąpienia do II filaru ubezpieczeń czyli do otwartych funduszy emerytalnych. Istotne znaczenie ma to dla osób, które dziś pracują w szczególnych warunkach lub w szczególnym charakterze i mają możliwość przejścia na emeryturę po spełnieniu wymogu określonego stażu pracy. Osoby te, które nie ukończyły 50 roku życia a do spełnienia warunku stażu brakuje im 5 lat mogą pozostać w obecnym systemie. Zachowanie uprawnień dotychczasowych wiąże się jednak z koniecznością zrezygnowania z ubezpieczenia w II filarze” (s. 5). Realizując te założenia ustawodawca postanowił, że podział składki, o którym mowa w art. 22 ust. 3 u.s.u.s., był obowiązkowy dla ubezpieczonych urodzonych po 31 grudnia 1968 r.; ubezpieczeni ci byli zobowiązani do zawarcia umowy z o.f.e. do 30 września 1999 r. (w przypadku zaniechania spełnienia tego obowiązku ostatecznie to ZUS wyznaczał ubezpieczonym o.f.e., do których mieli należeć, w drodze losowania). Ubezpieczeni urodzeni po 31 grudnia 1948 r. a przed 1 stycznia 1969 r. mogli na swój wniosek przystąpić – poprzez zawarcie umowy – do wybranego o.f.e. (art. 111 ust. 1-3 u.s.u.s.). Ustawą o emeryturach i rentach

z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych, jeszcze w okresie *vacatio legis* u.s.u.s., wyłączono z tego grona osoby pobierające emeryturę (art. 172 pkt 8). Zgodnie z art. 111 ust. 5 u.s.u.s.: „Przystąpienie przez ubezpieczonych, o których mowa w ust. 3 [urodzony pomiędzy 1 stycznia 1949 a 31 grudnia 1968 r. – uwaga własna], do otwartego funduszu emerytalnego jest nieodwołalnym oświadczeniem woli o wyborze ubezpieczenia emerytalnego na zasadach określonych dla osób urodzonych po dniu 31 grudnia 1968 r.”. Natomiast w przypadku nieprzystąpienia do o.f.e cała składka na ubezpieczenie emerytalne była przekazywana na FUS (art. 111 ust. 7 u.s.u.s.). Jak podkreśla się w literaturze przedmiotu: „Prawo wyboru dotyczyło [...] jedynie podziału składki (skierowania jej także do otwartego funduszu emerytalnego), ale nie dotyczyło wyboru systemu (dotychczasowy czy nowy). Podjęcie decyzji o wpłacie całej składki tylko do Funduszu Ubezpieczeń Społecznych nie oznaczało, że emerytura będzie wymierzana na dotychczasowych zasadach. Inaczej mówiąc, ubezpieczony objęty nowym systemem nie mógł sobie wybrać zasad nabycia prawa do emerytury” (I. Jędrasik-Jankowska, *Pojęcia i konstrukcje prawne ubezpieczenia społecznego*, Warszawa 2010, s. 179).

Przekazanie części składki opłacanej przez ubezpieczonych na ubezpieczenie emerytalne podmiotom prywatnym (o.f.e.), równoznaczne z pomniejszeniem bezpośrednich wpływów na rzecz FUS – podmiotu odpowiedzialnego za aktualną wypłatę emerytur – spowodowało natychmiastowy wzrost kosztów działania systemu emerytalnego. Koszt wprowadzenia nowego systemu emerytalnego, w jego pierwotnej wersji, został zatem sfinansowany przez zaciągnięcie długu publicznego, przede wszystkim w formie emisji obligacji skarbowych. Ze względu na zmieniającą (pogarszającą) się sytuację gospodarczą w Polsce w latach kryzysu światowego (2008-2011) problem powiększającego się długu publicznego wystrzył się. W celu ograniczenia tempa przyrostu państwowego długu publicznego przez zmniejszenie kosztów wprowadzenia II filara kapitałowego systemu emerytalnego, przy jednoczesnym zachowaniu neutralności tego rozwiązania dla wysokości emerytur z obowiązkowej części systemu emerytalnego, znowelizowano m.in. art. 22 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych (zob. art. 7 pkt 2 oraz art. 21 ustawy z dnia 25 marca 2011 r. o zmianie niektórych ustaw związanych z funkcjonowaniem systemu ubezpieczeń społecznych; Dz. U. Nr 75, poz. 398; dalej: ustawa z 25 marca 2011 r.). Zmiana polegała na przesunięciu części składki emerytalnej na nowo utworzone specjalne subkonto prowadzone przez ZUS

(zachowujące integralność II filaru). Kluczowym rozwiązaniem dla powstrzymania narastania długu było obniżenie wysokości składek odprowadzanych do OFE do wysokości 2,3% w latach 2011-2012 (a docelowo w 2017 r. do wysokości 3,5%). Ograniczenie części składki do OFE nie przyniosło jednak oczekiwanego przez parlament rezultatu, a mianowicie nie nastąpiło zatrzymanie procesu zadłużania się państwa, którego powodem była również, obok wykonywania innych funkcji państwa, konieczność uzupełniania niedoboru w funduszu ubezpieczeniowym, powstałym na skutek odprowadzania części składki do prywatnych podmiotów.

1.3.3. Uchwalając w 1998 r. podstawowe akty reformy ubezpieczeń społecznych (u.s.u.s. oraz u.e.r.) parlament nie rozstrzygnął wszystkich kwestii związanych z funkcjonowaniem kapitałowej części ubezpieczenia emerytalnego. Jak wyjaśniono w uzasadnieniu projektu ustawy nowelizującej: „W momencie wprowadzania reformy w życie bezpieczeństwo rozumiano jako zdywersyfikowanie źródeł pochodzenia środków na emeryturę i zmniejszenie partycypacji budżetu państwa w finansowaniu wypłaty świadczeń z powszechnego i obowiązkowego systemu emerytalnego. W szczególności nie określono zasad wypłaty emerytur ze środków gromadzonych w OFE” (uzasadnienie projektu ustawy nowelizującej, s. 2). Próbę taką podjęto w 2008 r. (od 1 stycznia 2009 r. wiek emerytalny – 60 lat – osiągnęły kobiety urodzone po 31 grudnia 1948 r., to jest objęte już nowym systemem emerytalnym) a mianowicie „[...] uchwalono w Polsce dwie ustawy, które łącznie miały regulować zasady wypłat emerytur kapitałowych oraz funkcjonowania funduszy dożywotnich emerytur kapitałowych. Były to: ustawa z dnia 21 listopada 2008 r. o emeryturach kapitałowych [...] oraz ustawa z dnia 19 grudnia 2008 r. o funduszach dożywotnich emerytur kapitałowych, która nie weszła w życie z uwagi na jej zawetowanie przez Prezydenta RP” (*ibidem*).

Zwrócić należy uwagę, że w momencie podejmowania decyzji przez ubezpieczonych urodzonych w latach 1949-68 o zawarciu umowy z o.f.e., jedynym rozstrzygnięciem im znanym był fakt, iż świadczenie emerytalne – emerytura bazowa (emerytura, która gwarantowana jest przez państwo co do osiągnięcia minimalnej wysokości określonej w przepisach) będzie się składać z dwóch części: emerytury pochodzącej ze środków zgromadzonych na indywidualnym koncie ubezpieczonego w FUS oraz emerytury kapitałowej. O emeryturze dożywotniej przysługującej z zakładu emerytalnego wspominał art. 4 pkt 2 u.e.r. w brzmieniu do 8 stycznia

2009 r. (zob. również uchylony 1 lutego 2014 r.; art. 129 ust. 3 u.e.r.: „Warunkiem podjęcia wypłaty emerytury, o której mowa w art. 26, dla członków otwartych funduszy emerytalnych jest zawarcie umowy emerytalnej, o której mowa w przepisach o zakładach emerytalnych”). Pojęcie to zostało następnie zastąpione przez dożywotnią emeryturę kapitałową; art. 4 pkt 2 u.e.r. w brzmieniu obowiązującym od 8 stycznia 2009 r. do 1 lutego 2014 r. odsyłał do przepisów ustawy z dnia 21 listopada 2008 r. o emeryturach kapitałowych (t.j. Dz. U. z 2014 r., poz. 1097 ze zm.; dalej: u.e.k.). Wraz z likwidacją dożywotnich emerytur kapitałowych art. 4 pkt 2 u.e.r. został uchylony na mocy art. 6 pkt 1 u.n. Dopiero u.e.k. ukształtowała zasady ustalania emerytur kapitałowych (okresowej i dożywotniej). Jak wyjaśnił M. Zieleniecki omawiając stan prawny sprzed nowelizacji z 2013 r.: „Sposób przeznaczenia kapitału emerytalnego jest w aktualnym stanie prawnym określony w przepisach ustaw o o.f.f.e. oraz o emeryturach kapitałowych. Zgodnie z art. 2 ust. 2 ustawy o o.f.f.e. przedmiotem działalności OFE jest gromadzenie środków pieniężnych, ich lokowanie, z przeznaczeniem na wypłatę członkom funduszu po osiągnięciu przez nich wieku emerytalnego, i wypłata okresowych emerytur kapitałowych. Okoliczności, w których może nastąpić wypłata tych środków zostały sprecyzowane w art. 111-111a ustawy o o.f.f.e. Zgodnie z art. 7 ust. 4 pkt 1 ustawy o emeryturach kapitałowych środki zgromadzone w OFE są przeznaczone na finansowanie emerytury kapitałowej. Zasadniczym sposobem wykorzystania kapitału emerytalnego zgromadzonego na rachunku w OFE jest ich przeniesienie w związku z wydaniem decyzji Zakładu Ubezpieczeń Społecznych o ustaleniu prawa do okresowej emerytury kapitałowej lub dożywotniej emerytury kapitałowej i ich wysokości. Środki te mogą również w ściśle określonych okolicznościach zostać przeniesione na dochody funduszu emerytalnego wyodrębnionego w ramach FUS (zbyt mała wartość środków zgromadzonych przez ubezpieczonego w OFE) jak również za pośrednictwem ZUS na dochody budżetu państwa (nabycie prawa do «pełnej» emerytury finansowanej z FUS lub z budżetu państwa). Zgodnie z art. 111b. ust. 1 ustawy o o.f.f.e. OFE po otrzymaniu z ZUS informacji o ustalonej wysokości okresowej emerytury kapitałowej lub o dokonany przez członka OFE wyborze oferty dożywotniej emerytury kapitałowej jest obowiązany przekazać na rachunek wskazany przez ZUS część albo całość środków zgromadzonych na rachunku członka OFE” (M. Zieleniecki, *Likwidacja dożywotnich emerytur kapitałowych oraz „suwak bezpieczeństwa” wobec zasad wynikających*

z art. 2 Konstytucji [w:] *Prawne mechanizmy przekazywania środków OFE*, red. R. Pacud, Kraków 2013, s. 170). Przepisy u.e.k., określając proces ustalania i wypłaty dożywotniej emerytury kapitałowej, rozstrzygały, że będą one wypłacane przez fundusze dożywotnich emerytur kapitałowych (za pośrednictwem ZUS; art. 30 ust. 1 u.e.k.), które prowadzić będą zakłady ubezpieczeń (zob. art. 3 pkt 2, art. 17 ust. 14, art. 20, art. 22 u.e.k.). Artykuł 111 ust. 1 u.o.f.f.e. w brzmieniu obowiązującym do 8 stycznia 2009 r. stanowił: „Wypłata środków zgromadzonych na rachunku w otwartym funduszu następuje przez przeniesienie tych środków do wskazanego przez członka zakładu ubezpieczeń emerytalnych, w którym wykupił on emeryturę dożywotnią”. Jednak równoległe z uchwaleniem u.e.k. ustawodawcy nie udało się ustalić reguł, które określałyby zasady tworzenia, organizacji i wykonywania działalności funduszy emerytur dożywotnich, uprawnionych do wypłaty świadczeń pieniężnych ze środków przekazanych z o.f.e., w tym określić jaki podmiot ma zarządzać funduszem. Brak tych ustaleń tworzył istotną lukę i powodował, że system emerytalny był dysfunkcyjny. Nie określono bowiem statusu podmiotu, który miałby wypłacać dożywotnie emerytury kapitałowe, nie rozstrzygnięto kto miałby ponosić ryzyko wypłaty dożywotniego świadczenia, jakie przyjąć zasady zarządzania (ewentualnego dalszego lokowania) zgromadzonymi środkami po osiągnięciu wieku emerytalnego w trakcie okresu wypłaty świadczenia.

Istotną zmianą systemu emerytalnego było również omówione powyżej ograniczenie części składki przekazywanej o.f.e. na mocy ustawy z 25 marca 2011 r. „Od tego momentu, [...] rozpoczęła się ponownie dyskusja nad różnymi koncepcjami wypłat dożywotnich emerytur kapitałowych. Szczególnie w ostatnim czasie powstało wiele opracowań próbujących podsumować trwającą dyskusję nad kształtem wypłat dożywotnich emerytur kapitałowych, w tym przede wszystkim odpowiedzieć na pytanie jaka/jakie instytucja/instytucje powinny te emerytury wypłacać” (*ibidem*). W trakcie dyskusji o ostatecznym kształcie wypłat emerytur z II filara Izba Gospodarcza Towarzystw Emerytalnych przedstawiła swoją propozycję rozwiązania tego zagadnienia (zob. Stanowisko Izby Gospodarczej Towarzystw Emerytalnych z 21 marca 2013 r. w kwestii wypłat świadczeń z kapitałowego systemu emerytalnego. Rozwiązanie wypłat – z korzyścią dla gospodarki i klientów; dalej: stanowisko IGTE). Zgodnie ze stanowiskiem IGTE: „Izba proponuje, aby środki zgromadzone w otwartych funduszach emerytalnych (OFE) były wypłacane w postaci tzw. wypłaty programowej. Wypłata programowa polega na wypłacie zgromadzonych

oszczędności emerytalnych w ratach miesięcznych przez określony czas. [...] Zgodnie z decyzją Klienta, okres wypłaty programowej może być inny niż przeciętne dalsze trwanie życia, jednak nie krótsze niż 10 lat. [...] W momencie osiągnięcia wieku emerytalnego, członek OFE miałby prawo zakupu emerytury dożywotniej. Zakup taki odbywałby się poprzez przeniesienie pozostających do dyspozycji środków w OFE do zakładu ubezpieczeń na życie. [...] Członek OFE pobierający wypłatę programową będzie narażony na ryzyko skonsumowania wszystkich swoich oszczędności emerytalnych w OFE po upływie założonego okresy wpłat” (s. 3-6). Jak wyjaśnił ówczesny prezes Powszechnego Towarzystwa Emerytalnego SA PEKAO PIONEER – członek IGTE w wywiadzie radiowym: „To [wypłata emerytury wyłącznie przez z góry określony czas, lecz nie dożywotnio – uwaga własna] po części wynika z zupełnie innej funkcji pierwszego i drugiego filara. Pierwszy filar powinien zabezpieczyć nam ochronę przed ubóstwem, a drugi filar powinien nam zapewnić pewną konsumpcję, która potrzebna nam jest w wieku nieaktywności zawodowej. [...] Jako otwarte fundusze emerytalne nie jesteśmy [gotowi wypłacać emerytury dożywotnio – uwaga własna] – dlatego, że obecne regulacje nam na to nie pozwalają” (Tomasz Bańkowski: *Dziś nie jesteśmy gotowi wypłacać emerytur z OFE dożywotnio*; http://www.rmf24.pl/tylko-w-rmf24/wywiady/kontrwywiad/news-tomasz-bankowski-dzis-nie-jestesmy-gotowi-wyplacac-emerytur,-nld,949945#utm_source=paste&utm_medium=paste&utm_campaign=other). Sygnalizowane trudności z wypłatą dożywotniej emerytury z II filara skłoniły ustawodawcę do podjęcia działań naprawczych. Jak wskazano w uzasadnieniu projektu ustawy nowelizującej: „Przekazanie części składki na ubezpieczenie emerytalne otwartym funduszom emerytalnym i powiększenie deficytu w budżecie ubezpieczeń społecznych nie zostało powiązane z przekazaniem części ryzyka demograficznego prywatnym podmiotom zarządzającym finansami ubezpieczeń społecznych. Wycofanie się państwa z funkcji ostatecznego gwaranta pewności wypłaty świadczeń emerytalnych w systemie powszechnym nie wydaje się możliwe, co samo w sobie powoduje brak możliwości scedowania ryzyka demograficznego na prywatne podmioty. Poza tym, prywatne podmioty gwarantujące pewność wypłaty świadczeń zmniejszyłyby ich wymiar (w porównaniu do emerytury z FUS), a w zamian za zaangażowany kapitał (gwarantujący wypłatę) oczekiwałyby odpowiedniego wynagrodzenia, co dodatkowo zmniejszyłoby wymiar przyszłych świadczeń. Ponieważ jedynym podmiotem zdolnym do zmagania się z ryzykiem demograficznym

jest państwo, kwestia wypłaty świadczeń emerytalnych zgromadzonych w otwartych funduszach emerytalnych powinna być powiązana również z interesem finansów publicznych” (uzasadnienie projektu ustawy nowelizującej, s. 4).

Jak wynika z powyższego, system emerytalny nie był ostatecznie ukształtowany w momencie podejmowania decyzji o wyborze o.f.e. (od 1 stycznia do 31 grudnia 1999 r.) przez osoby urodzone po 31 grudnia 1948 r. a przed 1 stycznia 1969 r. W szczególności nie określono szczegółowo podmiotu, który będzie odpowiedzialny za wypłatę świadczenia z II filaru (pominąć należy ogólne sformułowania dotyczące emerytury dożywotniej z zakładu emerytalnego przysługującej obok emerytury z FUS; art. 4 pkt 2, art. 87 ust. 1 oraz art. 129 ust. 3 u.e.r., art. 111 ust. 1 u.o.f.f.e. w brzmieniu pierwotnym) ani jego sposobu, nie rozstrzygnięto kto i w jaki sposób będzie zarządzał zgromadzonym kapitałem po osiągnięciu wieku emerytalnego, w jakiej wysokości ma być wpłacane świadczenie pochodzące z części kapitałowej (kwestia ta jest ściśle powiązana z czasem otrzymywania świadczenia oraz problemem zarządzania zgromadzonymi środkami w okresie pobierania emerytury). Ponadto, jak wynika z propozycji zawartej w stanowisku IGTE, wskazana w przepisach u.e.r. oraz u.e.k. dożywotność świadczenia emerytalnego była kwestionowana ze strony podmiotów prywatnych odpowiedzialnych za II filar. Zagadnienia te, kluczowe dla ubezpieczonych, nie były im znane w momencie podejmowania decyzji o przystąpieniu do o.f.e. w 1999 r. na podstawie art. 111 ust. 3 u.s.u.s.

1.3.4. Ustawa nowelizująca dokonała dalszych, głębokich zmian warunków gromadzenia środków na emeryturę, a mianowicie:

a) na podstawie art. 23 u.n. nastąpiło przeniesienie części wyrażonych obligacyjnymi zobowiązaniami Skarbu Państwa uprawnień emerytalnych ubezpieczonych z o.f.e do ZUS;

b) określono zasady wypłaty emerytur ze środków zgromadzonych w o.f.e. i sposobu przenoszenia uprawnień emerytalnych ubezpieczonych z o.f.e. do ZUS (art. 100c oraz art. 111c u.o.f.f.e. dodane u.n.; tzw. suwak bezpieczeństwa, polegający na tym, że świadczenie emerytalne wypłaca ZUS, a środki zgromadzone na rachunku członka o.f.e. w związku z ukończeniem przez ubezpieczonego wieku niższego o 10 lat od wieku emerytalnego są stopniowo przekazywane na fundusz emerytalny FUS);

c) ustalono nową wysokość składki przekazywanej do o.f.e. – 2,92 % podstawy wymiaru składki (art. 22 ust. 3 pkt 1 lit a u.s.u.s.);

d) członkostwo w o.f.e. stało się dobrowolne; ubezpieczeni mogli rozstrzygnąć, czy chcą ww. część składki gromadzić w o.f.e., czy też w całą składkę przekazywać FUS, przy czym jej część (7,3% podstawy wymiaru) zostanie wówczas zaewidencjonowana na subkoncie prowadzonym przez ZUS (art. 39a u.s.u.s.).

1.3.5. Wprowadzona ustawą nowelizującą dobrowolność członkostwa w o.f.e. umożliwiła dokonanie wyboru sposobu gromadzenia środków na emeryturę osobom, na które po raz pierwszy został nałożony obowiązek ubezpieczenia emerytalnego po wejściu w życie u.n. Zgodnie z art. 36 ust. 1 u.s.u.s., każda osoba objęta obowiązkowo ubezpieczeniami emerytalnym i rentowymi podlega zgłoszeniu do ubezpieczeń społecznych. Zgłoszenia dokonuje się w terminie 7 dni od daty powstania obowiązku ubezpieczenia (art. 36 ust. 4 u.s.u.s.). Nie później niż w terminie 4 miesięcy, licząc od daty powstania obowiązku zgłoszenia ubezpieczenia, ubezpieczony może zawrzeć umowę z otwartym funduszem emerytalnym (art. 39 ust. 1 u.s.u.s.). W przypadku dokonania wyboru, ZUS odprowadza do wskazanego przez ubezpieczonego o.f.e. część składki na ubezpieczenie (2,92% podstawy wymiaru), poczynając od składki opłaconej za miesiąc, w którym ZUS otrzymał od o.f.e. zawiadomienie o zawarciu umowy (art. 39 ust. 2 u.s.u.s.). W przypadku niewybrania o.f.e. (oraz niezawarcia z nim umowy) całość składki gromadzona jest w FUS, w tym jej część – 7,3% podstawy wymiaru na subkoncie prowadzonym przez ZUS (art. 22 ust. 3 pkt 2 u.s.u.s.). Przyjęty mechanizm prawny dla osób po raz pierwszy objętych obowiązkiem ubezpieczenia emerytalnego zakłada domniemanie wyboru modelu gromadzenia wszystkich środków w FUS. Taka konstrukcja jest naturalną konsekwencją założenia dobrowolności uczestnictwa w o.f.e., lecz nie dobrowolności udziału w systemie ubezpieczenia emerytalnego.

1.3.6. Głęboka modyfikacja systemu ubezpieczeń emerytalnych, w tym przede wszystkim ustanowienie dobrowolności uczestnictwa w o.f.e., wymagała wprowadzenia regulacji dostosowawczych, które wraz z wejściem w życie u.n. umożliwiły wszystkim dotychczasowym członkom o.f.e. wybór sposobu (dalszego) gromadzenia środków na emeryturę, to jest podjęcie rozstrzygnięcia, na rachunek

jakiego podmiotu ubezpieczony chce od momentu nowelizacji odprowadzać część składki. Uprawnienie przyznano wszystkim ubezpieczonym-członkom o.f.e. urodzonym po 31 grudnia 1948 r., to jest zarówno osobom, które dotychczas z mocy prawa były zobligowane odprowadzać część składki do wybranego o.f.e., jak i tym, które na podstawie art. 111 ust. 3 u.s.u.s. dobrowolnie przystąpiły do o.f.e. W tym celu zgodnie z art. 11 ust. 2 u.n., aby nadal odprowadzać składkę do dotychczas lub do nowo wybranego o.f.e., ubezpieczony musiał złożyć stosowne oświadczenie w formie pisemnej lub wskazanej w ustawie formie elektronicznej. W przypadku złożenia oświadczenia, o którym mowa w art. 11 ust. 2 u.n., ubezpieczony oświadczał, że chce, aby składka była przekazywana do o.f.e., którego jest członkiem, albo do innego, wskazanego w oświadczeniu (art. 11 ust. 6 u.n.; zob. także wzór oświadczenia załączony do rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 27 stycznia 2014 r. w sprawie określenia wzoru oświadczenia członka otwartego funduszu emerytalnego o przekazywaniu składki do otwartego funduszu emerytalnego oraz o zapoznaniu się z informacją dotyczącą powszechnego systemu emerytalnego oraz informacją dotyczącą otwartych funduszy emerytalnych; Dz. U. poz. 140). Niezłożenie „oświadczenia o przekazywaniu do otwartego funduszu emerytalnego składki, o której mowa w art. 22 ust. 3 pkt 1 lit. a” u.s.u.s. w terminie ustawowym (do 31 lipca 2014 r.) powodowało, że cała składka, poczynając od składki za lipiec 2014 r., odprowadzana była na rachunek FUS. Zgodnie bowiem z art. 22 ust. 3 pkt 2 u.s.u.s., w przypadku nieodprowadzania albo zaprzestania odprowadzania składki do o.f.e. część składki na ubezpieczenie emerytalne wynosząca 7,3% podstawy wymiaru składki jest ewidencjonowana na prowadzonym przez ZUS subkoncie.

Zauważyć należy, że kwoty składek zewidencjonowane na subkoncie prowadzonym przez ZUS, podobnie do kwoty składek zgromadzonych w o.f.e., podlegają podziałowi w razie rozwodu, unieważnienia małżeństwa oraz śmierci ubezpieczonego na zasadach określonych w przepisach u.f.e, dotyczących podziału środków zgromadzonych na rachunku w o.f.e. w razie rozwodu, unieważnienia małżeństwa albo śmierci (art. 40e u.s.u.s.). Tym samym, jeżeli w chwili śmierci ubezpieczony pozostawał w związku małżeńskim, ZUS dokonuje wypłaty transferowej połowy środków zgromadzonych na subkoncie zmarłego na subkonto małżonka zmarłego, w zakresie, w jakim środki te stanowiły przedmiot małżeńskiej wspólności majątkowej (art. 131 ust. 1 u.o.f.f.e. w związku z art. 40e ust. 1 u.s.u.s.).

Środki zgromadzone na subkoncie zmarłego ubezpieczonego, które nie zostaną wykorzystane w ww. sposób (podział środków ze względu na podleganie małżeńskiej wspólności majątkowej) przekazywane są osobom wskazanym przez zmarłego, a w przypadku ich braku wchodzi w skład spadku (art. 132 ust. 1 u.o.f.f.e. w związku z art. 40e ust. 1 u.s.u.s.; zob. także art. 25b u.e.r. przewidujący możliwość wskazania osoby, której po śmierci emeryta wypłacono by jednorazowe świadczenie pieniężne, tzw. wypłata gwarantowana). W zakresie majątkowych relacji rodzinnych i na wypadek śmierci uprawnienia ubezpieczonego i jego bliskich są podobne, niezależnie, czy gromadzi składki w o.f.e., czy też ewidencjonuje je na subkoncie.

Podkreślić trzeba, że adresaci art. 11 ust. 2 u.n., którzy nieskładając stosownego oświadczenia zdecydowali się odprowadzać całość składki do FUS, w tym osoby urodzone w latach 1949-1968, pozostali członkami o.f.e. Artykuł 81 ust. 10 u.o.f.f.e. stanowi, że: „Członkostwo w otwartym funduszu ustaje z dniem wykreślenia członka funduszu przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych z Centralnego Rejestru Członków Otwartych Funduszy Emerytalnych w związku z przekazaniem całości środków zgromadzonych na rachunku członka otwartego funduszu na fundusz emerytalny FUS” (zob. odmienne stanowisko RPO: „Brak powtórnego oświadczenia woli powoduje bowiem, że ubezpieczony z mocy samego prawa przestaje być członkiem otwartego funduszu emerytalnego, zaś jego składki w całości trafiają do ZUS”; wniosek RPO, s. 9). Wobec tych osób można zatem po zmianach mówić nie o dobrowolności członkostwa w o.f.e., lecz o dobrowolności dalszego przekazywania składki do o.f.e. Dotychczas zgromadzone na rachunku o.f.e. środki nadal podlegają kapitalizacji i są zarządzane przez wybrany o.f.e., lecz nie ulegają zwiększeniu („bez dopływu bieżącej składki”, tzw. członkostwo bierne; K. Antonów, *Dobrowolność przekazywania części składki OFE albo subkonto FUS* [w:] *Prawne mechanizmy przekazywania środków OFE. Oceny konstytucyjno-prawne*, red. R. Pacud, Kraków 2013, s. 144).

1.3.7. Ustawodawca zdecydował, że swoboda wyboru sposobu gromadzenia środków na emeryturę nie będzie ograniczała się do jednorazowego aktu, podejmowanego w momencie powstania obowiązku objęcia ubezpieczeniem emerytalnym (art. 39 u.s.u.s.) albo gruntownej modyfikacji systemu emerytalnego (art. 11 u.n.), lecz że zmiana podmiotu, do którego odprowadzane mają być składki, możliwa będzie przez cały okres aktywności zawodowej, do momentu osiągnięcia

przez ubezpieczonego wieku niższego o 10 lat od wieku emerytalnego (art. 22 ust. 3d u.s.u.s. stanowi: „Zakład zaprzestaje odprowadzania do otwartego funduszu emerytalnego składek, o których mowa w ust. 3 pkt 1 lit. a [odprowadzanych do wybranego przez ubezpieczonego o.f.e. – uwaga własna], od dnia następującego po dniu poinformowania przez Zakład otwartego funduszu emerytalnego o obowiązku przekazania środków zgromadzonych na rachunku członka otwartego funduszu emerytalnego na fundusz emerytalny FUS w związku z ukończeniem przez ubezpieczonego wieku niższego o 10 lat od wieku emerytalnego, o którym mowa w art. 24 ustawy z dnia 17 grudnia 1998 r. o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych”). Począwszy od 2016 r., co cztery lata, w okresie od 1 kwietnia do 31 lipca, ubezpieczeni (członkowie o.f.e. lub osoby przekazujące FUS całą składkę i część jej ewidencjonując na subkoncie) mogą złożyć oświadczenie o: 1) przekazywaniu do otwartego funduszu emerytalnego składki, w wysokości 2,92% podstawy wymiaru składki, począwszy od składki opłaconej za lipiec; 2) zewidencjonowaniu składki, w wysokości 7,3% podstawy wymiaru składki na subkoncie prowadzonym przez ZUS, począwszy od składki opłaconej za miesiąc, w którym złożono wniosek (art. 39a ust. 1 u.s.u.s.).

1.3.8. *Ratio legis* stosownej zmiany zostało przedstawione w uzasadnieniu projektu ustawy nowelizującej: „Wprowadzenie dobrowolności przekazywania przyszłych składek do OFE umożliwi dokonywanie wyboru oraz podejmowanie przez ubezpieczonych decyzji o przekazywaniu bieżącej składki albo nadal do OFE albo na subkonto lub odwrotnie oraz ewentualną zmianę poprzedniej decyzji w następnym przedziale czasowym. Kolejnym efektem wprowadzenia dobrowolności będzie zredukowanie, ponoszonych przez budżet państwa, kosztów systemu emerytalnego, za sprawą relatywnego spadku poziomu długu publicznego i wzrostu wiarygodności Polski. Obniży to koszty kredytu i tym samym będzie miało pozytywny wpływ na wzrost gospodarczy. [...] Ustawą z dnia 25 marca 2011 r. z początkiem 2012 r. wprowadzono zakaz prowadzenia działalności akwizycyjnej OFE. W związku z powyższym losowanie stało się najpopularniejszym sposobem uzyskiwania członkostwa w OFE dla osób wchodzących na rynek pracy i rozpoczynających aktywność zawodową podlegającą ubezpieczeniu emerytalnemu w rozumieniu przepisów o systemie ubezpieczeń społecznych. W pierwszym roku obowiązywania przepisów zakazujących prowadzenia działalności akwizycyjnej niewiele ponad 20%

ubezpieczonych skorzystało z możliwości samodzielnego podjęcia decyzji o przystąpieniu do OFE. W związku z tym, że ponad 70% wszystkich członków OFE nie miało możliwości podjęcia decyzji o swoim uczestnictwie w kapitałowej części systemu emerytalnego, proponuje się wprowadzić mechanizm dobrowolności w zakresie przekazywania nowych składek do otwartych funduszy emerytalnych” (uzasadnienie projektu ustawy nowelizującej, s. 23 -24).

1.3.9. Zdaniem Sejmu przyznanie prawa do wyboru podmiotu, do jakiego miała być odprowadzana część składki, wszystkim ubezpieczonym-członkom o.f.e., wynikało z konstytucyjnego nakazu równego traktowania. Pozbawienie osób, które wybrały o.f.e. w okresie od 1 stycznia do 31 grudnia 1999 r., prawa wskazania podmiotu, któremu przekazywana będzie na przyszłość część składki, w przypadku tak daleko idących zmian systemu emerytalnego i roli o.f.e. budziłoby wątpliwości konstytucyjne. W przypadku głębokiej modyfikacji systemu emerytalnego, którego elementem staje się dobrowolność uczestnictwa w o.f.e. dla osób nowo objętych obowiązkiem ubezpieczenia emerytalnego, także ze względu na prawo do wolności wskazane w art. 31 ust. 1 Konstytucji, należało członkom o.f.e. urodzonym w latach 1949-68 umożliwić ponowne określenie się. Pozbawienie grupy ubezpieczonych tego uprawnienia wyłącznie z tego powodu, że w początkowej fazie budowy nowego systemu emerytalnego wybrały o.f.e., nie znajduje uzasadnienia w wartościach konstytucyjnych.

Podkreślić trzeba, że w 1999 r. przebudowa systemu emerytalnego nie była ukończona, a zatem ubezpieczeni nie wybierali pomiędzy zamkniętymi (skończonymi) modelami ubezpieczenia emerytalnego. Nie można zatem, również w świetle art. 31 ust. 1 Konstytucji, w ten sposób interpretować złożenia nieodwołalnego oświadczenia woli o wyborze (systemu) ubezpieczenia emerytalnego, iż nieodwołalność oświadczenia oznacza zakaz odstąpienia od podjętej decyzji, jeśli ustawodawca dokonuje głębokiej zmiany systemu emerytalnego. Nie można również zaakceptować poglądu, że nieodwołane świadczenie wiąże ustawodawcę, skoro zgodnie z art. 67 ust. 1 Konstytucji „Zakres i formy zabezpieczenia społecznego określa ustawa”. Ustawodawca już dwukrotnie w przeszłości punktowo uchylał nieodwołalność ww. oświadczenia, stwarzając warunki do jego zmiany i uzyskania świadczenia na innych warunkach. Artykuł 4 ustawy z dnia 12 stycznia 2007 r. o zmianie ustawy o organizacji i funkcjonowaniu

funduszy emerytalnych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 17, poz. 95) nadał nowe brzmienie regulacjom u.e.r. Zgodnie z nimi od 21 lutego 2007 r. prawo do emerytury, o którym mowa art. 46, art. 50, art. 50a, art. 50e u.e.r. (co do zasady w obniżonym wieku), nabywali także urodzeni po 31 grudnia 1948 r. a przed 1 stycznia 1969 r., jeżeli m.in. złożyli wniosek o przekazanie środków zgromadzonych na rachunku w o.f.e. na dochody budżetu państwa. Ponadto od 1 stycznia 2009 r., na podstawie przepisu art. 184 u.e.r., ubezpieczonym-członkom OFE urodzonym po 31 grudnia 1948 r., po spełnieniu określonych warunków ustawowych, przysługuje emerytura na dawnych zasadach (wskazana w art. 32, art. 33, art. 39, art. 40 u.e.r.), jeżeli złożą wnioski o przekazanie środków zgromadzonych na rachunku w funduszu emerytalnym, za pośrednictwem ZUS, na dochody budżetu państwa (zmiana art. 184 ust. 2 u.e.r. na mocy art. 46 pkt 2 lit. a ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o emeryturach pomostowych; Dz. U. Nr 237, poz. 1656). Z dniem ustalenia prawa do tych świadczeń umowa z OFE staje się nieważna z mocy prawa [art. 111a ust. 2b u.o.f.f.e.; zob. K. Antonów, *Ustawa o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych. Komentarz*, red. K. Antonów, komentarz do art. 46, Lex nr 53347). Ustawodawca umożliwił już zatem wcześniej członkom o.f.e. odstąpienie do swojego „nieodwołalnego” oświadczenia.

Ponadto, za konstytucyjnością badanego przepisu przemawiają ograniczone skutki dokonanego wyboru. Ubezpieczeni urodzeni w latach 1949-68 nadal pozostają członkami o.f.e, ich dotychczas zgromadzone w o.f.e. składki nadal podlegają kapitalizacji, a status majątkowy oraz prawa ubezpieczonego do ewidencjonowanych na subkoncie i zgromadzonych w o.f.e. składek jest podobny. Co prawda środki odprowadzone na subkonto podlegają waloryzacji a nie lokowaniu, lecz RPO nie wykazał, iż waloryzacja środków jest instrumentem mniej korzystnym dla ubezpieczonego.

1.3.10. Wydaje się, że Rzecznik stoi na stanowisku, iż oświadczenie woli o przystąpieniu do o.f.e. złożone w 1999 r. winno trwale uniemożliwić rezygnację z „czynnego” członkostwa w nim ubezpieczonym urodzonym pomiędzy 1 stycznia 1948 r. a 31 grudnia 1968 r. (zob. wywód dotyczący „nieodwołalności” oświadczenia, które wiąże ustawodawcę – ma być przezeń honorowane; wniosek RPO, s. 9, 13). Trzeba jednak zauważyć, że przedmiotem kontroli RPO uczynił jedynie art. 11 ust. 1

i ust. 2 u.n. rezygnując z zakwestionowania art. 39a u.s.u.s. w zakresie, w jakim dotyczy on osób, o których mowa w art. 111 ust. 3 u.s.u.s. Tym samym, nawet gdyby zaskarżony przepis został uznany za niekonstytucyjny, ubezpieczeni urodzeni w ww. okresie mogliby zaprzestać odprowadzania składek do o.f.e. w roku 2016 i w kolejnych „okienkach transferowych” (art. 39a u.s.u.s.). Jak wskazano powyżej wyłączenie ubezpieczonych urodzonych w latach 1949-68 od ww. prawa naruszałoby zasadę równości wobec prawa.

1.3.11. Jak wynika z powyższego, brakuje argumentów, które przemawiałyby za trwałym pozbawieniem ubezpieczonych urodzonych w latach 1949-68 prawa do zaprzestania odprowadzania składek do o.f.e., w sytuacji, gdy członkostwo w o.f.e. przestaje być obligatoryjne. Natomiast odnosząc się do kwestii sposobu (techniki) podjęcia rozstrzygnięcia, do którego podmiotu ubezpieczony będzie odprowadzał składki, stwierdzić trzeba, że dla wyboru o.f.e. ustawodawca zastosował mechanizm, który przyjął w 1999 r. dla ww. ubezpieczonych oraz od 2014 r. dla osób po raz pierwszy objętych ubezpieczeniem emerytalnym. Aby zatem wybrać/pozostać w o.f.e., w którym uczestnictwo co do zasady jest dobrowolne, konieczna jest aktywność osoby zainteresowanej. Choć w literaturze przedmiotu podnoszony był zarzut niekonstytucyjności art. 11 u.n. także w tym aspekcie (zob. przykładowo R. Pacud, *Ochrona autonomii ubezpieczonego oraz interesów PTE w toku przy ustalaniu warunków kapitalizacji składek* [w:] *Prawne mechanizmy ...*, s. 152), to w innych wypowiedziach wskazywano na zgodność z ustawą zasadniczą tego rozwiązania. Przykładowo K. Antonów wyjaśnia, że: „[...] nie można równocześnie odmówić temu rozwiązaniu pewnej racjonalności wiążącej się z tym, że zakładana bierność części członków OFE będzie często wynikać z obiektywnych trudności dokonania świadomego wyboru między ZUS a ZUS i OFE (niedostateczna znajomość reguł funkcjonowania systemu emerytalnego i nie dające się jasno przewidzieć konsekwencje dokonanego wyboru). Rodząca się przy tym niepewność co do emerytalnej przyszłości skłania więc państwo do objęcia osób, które nie zadeklarowały przekazywania składki do OFE, pełnią gwarancji bezpieczeństwa socjalnego w tej części systemu emerytalnego (publicznego), na który – w porównaniu do segmentu kapitałowego – ma większy wpływ i za który ponosi całkowitą odpowiedzialność. Można więc stwierdzić, że ustawodawca, tworząc tę regulację prawną, nie działa wprawdzie jako neutralny arbiter, w istocie zachęca

bowiem do określonego typu zachowań, w wyniku których osiąga oczekiwane dla siebie rezultaty, ale zarazem, w sytuacji braku u wielu ubezpieczonych (członków OFE) rozeznania w dziedzinie szczegółowych mechanizmów funkcjonowania dostępnych rozwiązań emerytalnych, zapewnia ochronę ubezpieczeniową w sferze, w której występują bezpieczniejsze warunki ubezpieczenia emerytalnego. Nie lekceważąc zatem wcześniej zgłoszonych krytycznych uwag odnośnie do konstrukcji prawnej milczącej zgody na nieprzekazywanie składki do OFE, uważam, że – w świetle całokształtu dotychczasowych rozważań na ten temat – nie posiadają one takiego ciężaru gatunkowego, który upoważniałby do zgłoszenia zastrzeżeń rangi konstytucyjnej (np. niezgodności z zasadą zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa)” (K. Antonów, *Dobrowolność przekazywania części składki do OFE albo subkonta FUS [w:] Prawne mechanizmy ...*, s. 144). Sejm podziela ww. pogląd, iż przyjęty mechanizm wymagający aktywności dla dalszego odprowadzania składki na rachunek o.f.e. pozostaje w zgodzie z ustawą zasadniczą.

1.3.12. Zgodnie z art. 15 u.n.: „W przypadku osób pobierających w dniu wejścia w życie niniejszej ustawy okresową emeryturę kapitałową otwarty fundusz emerytalny w dniu 30 maja 2014 r. przekazuje, na rachunek bankowy wskazany przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych, całość środków zgromadzonych na rachunkach tych osób na fundusz emerytalny Funduszu Ubezpieczeń Społecznych (art. 15 u.n.)”. Okresową emeryturę kapitałową nabywa członek o.f.e. m.in. w momencie osiągnięcia powszechnego wieku emerytalnego wskazanego w art. 24 ust. 1a u.e.r., to jest wieku dla kobiet (dlatego przysługuje wyłącznie kobietom; zob. art. 8 u.e.k.). Świadczenie to przysługuje do ukończenia 67 roku życia (art. 7 ust. 2 u.e.k.) lub wskazanego w ustawie wieku (art. 7 ust. 2a u.e.k.), będącego powszechnym wiekiem emerytalnym dla mężczyzn urodzonych w latach 1949-53. W dniu wejścia w życie u.n. (1 lutego 2014 r.) wyłącznie kobiety-członkowie o.f.e. urodzone do 1 października 1953 r. nabyły prawo do emerytury okresowej (art. 24 ust. 1a pkt 1-5 u.e.r.). Wypłata emerytury okresowej nie powodowała ustania członkostwa w o.f.e. (art. 81 ust. 10 u.o.f.f.e.).

Ponadto, należy zauważyć, że ustawodawca wprowadził tzw. suwak bezpieczeństwa (art. 100c w związku z art. 111c u.o.f.f.e oraz art. 40a ust. 1 u.s.u.s.; przepisy te nie zostały zakwestionowane przez RPO). Otwarty fundusz emerytalny, po poinformowaniu przez ZUS w związku z ukończeniem przez ubezpieczonego

wieku niższego o 10 lat od wieku emerytalnego, przekazuje stopniowo (co miesiąc) na rachunek wskazany przez ZUS – subkonto ubezpieczonego – środki zgromadzone na rachunku członka o.f.e (każdorazowo przekazywana kwota odpowiada wartości umorzonych przez o.f.e. jednostek rozrachunkowych). Ustawa nowelizująca wprowadziła również regulacje dostosowawcze dotyczące zastosowania „suwaka bezpieczeństwa” w stosunku do osób objętych w dniu wejścia w życie u.n. obowiązkiem ubezpieczenia emerytalnego (art. 12-14 u.n.). Zgodnie z art. 12 ust. 1 u.n., o.f.e. umarza jednostki rozrachunkowe pozostające na rachunku członka o.f.e. po poinformowaniu przez ZUS o obowiązku przekazania środków zgromadzonych na rachunku członka o.f.e. na fundusz emerytalny FUS w związku z ukończeniem przez ubezpieczonych, którzy w dniu wejścia w życie u.n. byli w wieku niższym o mniej niż 10 lat od wieku emerytalnego, o którym mowa w art. 24 u.e.r. (np. kobieta urodzona 1 stycznia 1960 r. wiek emerytalny osiągnie 1 maja 2022 r. [62 lata i 5 miesięcy], a wiek niższy o 10 lat 1 czerwca 2012 r.; 1 lutego 2014 r. o.f.e. będzie zatem zobligowany do przekazania środków na subkonto w ramach tzw. suwaka bezpieczeństwa). Mechanizm przekazania został określony w art. 12 ust. 2 u.n. „Każdego miesiąca umorzeniu podlega liczba jednostek rozrachunkowych będących ilorzem liczby jednostek rozrachunkowych zgromadzonych na rachunku członka otwartego funduszu emerytalnego i wyrażonej w miesiącach różnicy pomiędzy wiekiem emerytalnym, o którym mowa w art. 24 ustawy zmienianej w art. 6, a wiekiem członka otwartego funduszu emerytalnego w dniu dokonywania umorzenia”.

Mechanizm suwaka bezpieczeństwa 1 lipca 2014 r. (zgodnie z art. 11 ust. 1 u.n. składki do o.f.e. były odprowadzane do 30 czerwca 2014 r., wybór odnosi się zatem do składek opłacanych od 1 lipca 2014 r.) objął kobiety urodzone po 31 grudnia 1948 r. a przed 1 sierpnia 1961 r. (wiek emerytalny osiągają w wieku niższym niż 62 lat i 11 miesięcy) oraz mężczyzn urodzonych po 31 grudnia 1948 r. a przed 1 lipca 1957 r. Dyspozycja art. 22 ust. 3d u.s.u.s. nakazuje ZUS zaprzestanie odprowadzania do o.f.e. składek od dnia następującego po dniu poinformowania o.f.e. przez ZUS o obowiązku przekazania środków zgromadzonych na rachunku członka otwartego funduszu emerytalnego na fundusz emerytalny FUS w związku z ukończeniem przez ubezpieczonego wieku niższego o 10 lat od wieku emerytalnego.

Tym samym osoby, które objęte zostały niezakwestionowaną przez RPO regulacją „suwaka bezpieczeństwa” w dniu wejścia w życie u.n. (zob. ww. grupy należące do podmiotów wyodrębnionych w zakresie zaskarżenia), w tym kobiety, które uzyskały prawo do okresowej emerytury kapitałowej, rzeczywiście nie mogły wybrać dalszego oszczędzania w o.f.e., gdyż nawet gdyby ponownie złożyli takie oświadczenie, ZUS nie przekazywałby składek, o których mowa w art. 22 ust. 3 pkt 1 lit a u.s.u.s. A zatem w przypadku kobiet urodzonych po 31 grudnia 1948 r. a przed 1 sierpnia 1961 r. oraz mężczyzn urodzonych po 31 grudnia 1948 r. a przed 1 lipca 1957 r. wybór podmiotu, w którym miałyby być gromadzone środki na emeryturę, nie pociągał za sobą skutków w zależności od rozstrzygnięcia podjętego na podstawie art. 11 ust. 2 u.n. Trzeba jednak podkreślić, że źródłem nakazu zaprzestania dalszego odprowadzania składki do o.f.e. i tym samym anulowania oświadczenia złożonego na podstawie art. 111 ust. 3 u.s.u.s. był art. 22 ust. 3d u.s.u.s., a nie zaskarżone przepisy.

1.3.13. Tym samym, art. 11 ust. 2 u.n. w stosunku ubezpieczonych, którym 1 lipca 2014 r. do osiągnięcia wieku emerytalnego brakowało mniej niż 10 lat, nie wywołuje skutków prawnych, niezależnie od dokonanego przez nich wyboru. Jak wynika z orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, zmiana warunków nabycia prawa do świadczenia emerytalnego jest konstytucyjnie dopuszczalna, jeśli do jego uzyskania brakuje 5 lat stażu ubezpieczeniowego. Zgodnie z wyrokiem sądu konstytucyjnego z 22 czerwca 1999 r. (sygn. akt K 5/99): „Zmiany dotyczą natomiast osób, [...] którym do osiągnięcia wieku emerytalnego pozostało 5 lat – w przypadku kobiet oraz 10 lat – w przypadku mężczyzn. Podniesienie wieku emerytalnego w odniesieniu do osób, którym do osiągnięcia wieku emerytalnego określonego w dotychczas obowiązującym ustawodawstwie pozostało co najmniej 5 lat, nie narusza bezpieczeństwa prawnego jednostki w takim stopniu, aby można było w tym przypadku stwierdzić naruszenie zasady demokratycznego państwa prawnego” (wyrok TK z 22 czerwca 1999 r., sygn. akt K 5/99). Parafrazując wypowiedź Trybunału, modyfikacja warunków nabycia prawa emerytalnego – wprowadzenie obowiązku ponownego wyboru o.f.e. – w odniesieniu do osób, którym w generalnym modelu pozostałoby co najmniej 5 lat do osiągnięcia wieku emerytalnego, nie narusza bezpieczeństwa prawnego jednostki w takim stopniu, aby można było w tym przypadku zasadnie podnosić zarzut niekonstytucyjności. Natomiast

rzeczywisty wybór podmiotu, do którego ubezpieczony chce odprowadzać składki, ze względu na treść niezaskarżonego przez RPO art. 22 ust. 3d u.s.u.s., został ograniczony do osób, którym do osiągnięcia wieku emerytalnego pozostało więcej niż 10 lat.

1.3.14. Podsumowując argumentację przemawiającą za konstytucyjnością zakwestionowanych przepisów, trzeba stwierdzić, że:

a) ubezpieczeni urodzeni w latach 1949-68 dokonywali wyboru o.f.e. w sytuacji, gdy kształt kapitałowej części systemu emerytalnego nie był dokończony; pozwala, a nawet zobowiązuje to ustawodawcę do podjęcia działań mających na celu, w przypadku ostatecznego ustalenia wszelkich uwarunkowań nabycia prawa do emerytury, umożliwienie ubezpieczonym ponowne rozstrzygnięcie co do sposobu gromadzenia składek;

b) głęboka modyfikacja systemu emerytalnego dokonana przez u.n., w tym przede wszystkim wprowadzenie dobrowolności uczestnictwa w o.f.e. (dla ubezpieczonych po raz pierwszy obejmowanych obowiązkiem ubezpieczenia emerytalnego), musi wiązać się z prawem do ponownego wyboru sposobu gromadzenia składek; cykliczna możliwość zmiany podmiotu, do którego odprowadza się składkę (po raz pierwszy w roku 2016), jest istotnym elementem modyfikacji; ustawodawca związany konstytucyjnym nakazem równego traktowania wszystkich ubezpieczonych, uczestników budowanego po 1998 r. modelu systemu emerytalnego, nie mógł w sposób trwały pozbawić ubezpieczonych urodzonych w latach 1949-68 prawa do zmiany rachunku o.f.e. na subkonto;

c) „nieodwołalność” oświadczenia osób urodzonych w latach 1949-1968 jest skierowana przede wszystkim do ubezpieczonych oraz innych uczestników systemu, lecz nie może wiązać ustawodawcy, zwłaszcza gdy ponowne udzielenie prawa wyboru stanowi rozstrzygnięcie bardziej korzystne dla ubezpieczonego; ponowne prawo wyboru ubezpieczonych jest realizacją prawa do wolności, o której mowa w art. 31 ust. 1 Konstytucji; ustawodawca jest także upoważniony do modyfikacji systemu zabezpieczenia społecznego na podstawie art. 67 ust. 1 zdanie 2 Konstytucji;

d) założenie domniemania wyboru subkonta prowadzonego przez ZUS, w przypadku, gdy ubezpieczony wyraźnie nie oświadczy, iż chce nadal przekazywać składki do o.f.e., wynika z przyjęcia konstrukcji tożsamej z mechanizmem

rozstrzygnięcia podejmowanego w roku 1999 przez ubezpieczonych urodzonych w latach 1949-68 oraz po 1 lutego 2014 r. przez osoby objęte po raz pierwszy obowiązkiem ubezpieczenia emerytalnego; regulacja art. 11 ust. 2 u.n. jest związana z nowym założeniem systemu emerytalnego – dobrowolności uczestnictwa w o.f.e.; towarzyszących jej dolegliwości – wypełnienie oświadczenia w ciągu 4 miesięcy – nie można uznać za nadmierne (nieproporcjonalne),

e) ponowny wybór sposobu gromadzeniu środków a w szczególności niezłożenie oświadczenia o dalszym odprowadzaniu składki na rachunku o.f.e. prowadzi do zmian wyłącznie *pro futuro*; ubezpieczeni urodzeni w latach 1949-68 nadal pozostają członkami o.f.e., a zgromadzone przez nich składki są kapitalizowane; konsekwencje wyboru uczestnictwa w o.f.e. z 1999 r. nie są zatem uchylane;

f) w stosunku do kobiet urodzonych po 31 grudnia 1948 r. a przed 1 sierpnia 1961 r. oraz mężczyzn urodzonych po 31 grudnia 1948 r. a przed 1 lipca 1957 r., zgodnie z art. 22 ust. 3d u.s.u.s., składki na rachunek o.f.e. także po 1 lipca 2014 r. nie były przekazywane, w związku z zastosowaniem wobec tych osób mechanizmu „suwaka bezpieczeństwa”; art. 11 ust. 1 i ust. 2 u.n. nie mógł zatem naruszyć ich prawa do wolności oraz zaufania do państwa i prawa;

g) rzeczywista modyfikacja warunków nabycia prawa do emerytury na podstawie art. 11 ust. 1 i ust. 2 u.n. dotyczyła osób, którym do osiągnięcia wieku emerytalnego brakowało więcej niż 10 lat.

1.3.15. W związku z powyższym Sejm wnosi o stwierdzenie, że art. 11 ust. 1 i ust. 2 u.n. w zakresie wskazanym w *petitum* jest zgodny z wynikającą z art. 2 Konstytucji zasadą ochrony zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa oraz art. 31 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

2. Artykuł 23 ust. 1-18 ustawy nowelizującej

2.1. Zarzuty RPO

Rzecznik Praw Obywatelskich powołując się na orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego wskazuje, że system emerytalny oparty jest na zasadzie *pacta sunt servanda*, a zasada zaufania jest wiodącą podstawą stosunku ubezpieczeniowego.

„Tymczasem analiza zakwestionowanych przepisów wskazuje, że ustawodawca posłużył się tutaj techniką wstecznego działania prawa. Umorzenie tzw. części obligacyjnej OFE powoduje bowiem zmianę – w stosunku do stanu pierwotnego (tj. z chwili przystąpienia do OFE) – warunków ubezpieczenia emerytalnego (przejścia z kapitałowego na repartycyjne pokrycie świadczeń)” (wniosek RPO, s 17). Rzecznik wskazuje również, że ustawodawca zmieniał zasady przekazywania środków o.f.e. do FUS. Początkowo przewidziano wypłatę środków zgromadzonych na rachunku w o.f.e. poprzez przeniesienie tych środków do wskazanego przez członka zakładu ubezpieczeń emerytalnych, w którym wykupił on emeryturę dożywotnią. Następnie od 2009 r. wprowadzono fundusze dożywotnich emerytur kapitałowych, „które na podstawie norm prawnych abstrakcyjnych miały zapewniać kapitalizację składek, gdyż środki z OFE miały do nich trafiać za pośrednictwem ZUS”. Ustawa nowelizująca odeszła od tych rozwiązań.

„Przypomnieć należy, że celem reformy emerytalnej z 1999 r. było także zapewnienie bezpieczeństwa lokat składek OFE poprzez zrównoważone zasady inwestowania środków OFE, ale także stworzenie gwarancji ochrony tychże środków przed wpływami bieżącej polityki. Z punktu widzenia członków OFE rozwiązanie przewidziane w art. 23 ustawy bez wątpienia oznacza zmianę istotnych warunków zabezpieczenia społecznego na wypadek osiągnięcia wieku emerytalnego, ponieważ odejmuje część ekspektatyw emerytalnych, które do tej pory miały kapitałowe pokrycie w aktywach OFE [...]” (wniosek RPO, s. 18).

Rzecznik stoi na stanowisku, że: „[...] ustawodawca nie powinien bez zgody zainteresowanych stosować nowych rozwiązań prawnych (umorzenia) do stanów, które miały miejsce przed wejściem w życie nowo ustanowionych norm prawnych (zgromadzenia środków na rachunkach członków OFE sprzed umorzenia). Przyjęty przez ustawodawcę automatyzm w tym zakresie przekracza dopuszczalny, usprawiedliwiony realizacją innych wartości konstytucyjnych, w szczególności koniecznością uwzględnienia zasady równowagi budżetowej, zakres ingerencji państwa w sytuację prawną jednostki. [...] co prawda wejście w życie ustawy zmniejszy kwotę długu publicznego wyliczaną zgodnie z ustawą o finansach publicznych, ale w dłuższej perspektywie może nie doprowadzić do pożądanego przez ustawodawcę zmodyfikowania obciążeń finansowych państwa. Państwo pozostaje przecież odpowiedzialne za finansowanie całości emerytur, a także za ich waloryzację w sytuacji, gdy nie będą one inwestowane na rynku pieniężnym.

W dłuższym okresie, przy negatywnym trendzie demograficznym, ustawa może zatem nie poprawić sytuacji finansowej państwa” (wniosek RPO, s. 18-19).

Wnioskodawca wyjaśnia w dalszej części swojego pisma, że: „Zarzut podważenia zaufania obywateli do państwa wynika zatem w szczególności z tego, że członkom OFE nie przyznano prawa do wypowiedzenia się na temat przesunięcia środków zgromadzonych na rachunku w OFE na subkonta w ZUS [...] Natomiast naruszenie zasady nieretroakcji polega na tym, że kwestionowane rozwiązanie ustawowe ingeruje w prawa majątkowe członków OFE, określając w nowych przepisach prawnych z mocą wsteczną takie skutki prawne (finansowanie repartycyjne), które nie występowały pod rządami prawa starego (finansowanie kapitałowe)” (wniosek RPO, s. 19-20). Obowiązujący do końca 2013 r. stan prawny i faktyczny wytworzył społeczne przekonanie o stabilności istniejącego systemu emerytalnego i OFE jako trwałego elementu konstrukcyjnego tego systemu. „Można zatem mówić o naruszeniu przez zakwestionowaną regulację prawną swoistej umowy społecznej pomiędzy państwem a ubezpieczonymi w OFE, rządzącej się zasadą *pacta sunt servanda*” (wniosek RPO, s. 20).

2.2. Wzorce kontroli

W *petitum* wniosku jako wzorzec konstytucyjny RPO wskazuje wynikającą z art. 2 Konstytucji zasadę ochrony zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa. Została ona omówiona w pkt III.1.2.1. niniejszego pisma.

2.3. Analiza zgodności

2.3.1. Problemem konstytucyjnym jest dopuszczalność modyfikacji warunków gromadzenia środków na emeryturę i finansowania tego świadczenia. Ustalić zatem trzeba, w jakich warunkach taka zmian jest konstytucyjnie możliwa.

2.3.2. Na wstępie należy przedstawić *ratio* rozstrzygnięcia ustawodawcy uchwalenia art. 23 u.e.r. Projektodawca wyjaśnia: „Projekt ustawy ma na celu zlikwidowanie mechanizmu skutkującego emisją długu w celu pokrycia ubytku składki przekazywanej do OFE. Przekazywanie składki emerytalnej do OFE powoduje systemowy ubytek składek na ubezpieczenia społeczne w FUS. Ubytek ten

refundowany jest przez budżet państwa w postaci transferu do FUS środków w wysokości składek przekazywanych do OFE. Ubytek dochodów, pochodzących ze składek na ubezpieczenia, powoduje wzrost deficytu sektora instytucji rządowych i samorządowych. Dodatkowo, wpływ na wzrost deficytu sektora mają również koszty obsługi długu publicznego powstałego z tytułu refundacji środków przekazywanych do OFE.

Projekt zakłada, że w dniu 3 lutego 2014 r. nastąpi przekazanie części aktywów w łącznej kwocie odpowiadającej 51,5% jednostek rozrachunkowych zapisanych na rachunku każdego członka OFE na dzień 31 stycznia 2014 r. Jednocześnie, wartość środków, odpowiadająca wartości umorzonych przez OFE jednostek rozrachunkowych, zostanie zewidencjonowana na subkontach ubezpieczonych prowadzonych przez ZUS. [...] Należy podkreślić, że wartość środków zewidencjonowanych na subkoncie nie będzie niższa niż wartość odpowiadająca wartości jednostek rozrachunkowych w dniu 3 września 2013 r., dzięki czemu żaden z ubezpieczonych nie poniesie strat wynikających z dokonanego przeniesienia. [...] Ponadto, środki przeniesione na subkonto będą podlegały obecnym zasadom waloryzacji wskaźnikiem równym średniorocznej dynamice wartości PKB za okres ostatnich pięciu lat. Należy spodziewać się, że tempo wzrostu nominalnego PKB w przyszłych latach nie będzie niższe niż stopa zwrotu oprocentowania polskich obligacji skarbowych, co spowoduje, że dla wysokości emerytury ubezpieczonego będzie to neutralne” (uzasadnienie projektu ustawy nowelizującej, s. 5-6). Dalsze wyjaśnienia przedstawiono w ocenie skutków regulacji projektu: „Proponowane zmiany w systemie emerytalnym mają łagodzić negatywne krótko- i średnioterminowe skutki reformy z 1999 r. Zaproponowane zmiany [...] wpływają [...] na sektor finansów publicznych w związku z pojawieniem się dodatkowych środków w FUS oraz niższymi kosztami obsługi długu Skarbu Państwa. [...] ważnym efektem wprowadzenia zmian w systemie emerytalnym będzie skokowe obniżenie długu publicznego w 2014 r. i ograniczenie potrzeb pożyczkowych, a więc i poziomu długu publicznego w kolejnych latach. Wg szacunków Ministerstwa Finansów państwowy dług publiczny (metodologia krajowa) w 2014 r. obniży się o ok. 146,1 mld zł (8,5% PKB), a dług sektora instytucji rządowych i samorządowych (sektor *general government* wg metodologii UE) o ok. 158,2 mld zł (9,2% PKB) w stosunku do stanu, w którym nie występowałyby efekty związane ze zmianami w systemie emerytalnym. Skokowe obniżenie długu publicznego w 2014 r. będzie

wynikało w największym stopniu z jednorazowego efektu umorzenia nabytych przez Ministra Finansów skarbowych papierów wartościowych. Na obniżenie potrzeb pożyczkowych, a co za tym idzie również na poziom długu publicznego, wpływać będzie: 1) obniżenie kosztów obsługi długu Skarbu Państwa; [...] wpływy do ZUS przytłoków z tytułu innych niż skarbowe papiery wartościowe (SPW) aktywów przeniesionych z OFE do ZUS. Umorzenie nabytych przez Ministra Finansów skarbowych papierów wartościowych oraz zmniejszenie potrzeb pożyczkowych wpłyną na zmniejszenie kosztów obsługi długu w porównaniu ze stanem sprzed wprowadzenia zmian w systemie emerytalnym [...]. Zmniejszenie kosztów obsługi długu wpływać będzie na zmniejszenie deficytu budżetowego, a więc i na poziom potrzeb pożyczkowych” (uzasadnienie projektu ustawy nowelizującej, s. 73, 75-76).

Jak wyjaśniali projektodawcy: „Ponad połowa aktywów OFE to obligacje skarbowe, co oznacza, że aby z OFE można było w przyszłości wypłacać emerytury, państwo będzie musiało najpierw te obligacje wykupić. Ostatecznie, wszyscy obywatele, także członkowie OFE, będą musieli zatem zapłacić w przyszłości wyższe podatki. Zatem ta znacząca część emerytury z OFE praktycznie niczym się nie różni od emerytury z ZUS, jest w porównaniu z nią jedynie bardziej kosztowna dla państwa i obywateli, ze względu na opłaty pobierane przez PTE za zarządzanie OFE” (uzasadnienie projektu ustawy nowelizującej, s. 5). Istotą umorzenia jednostek rozrachunkowych zapisanych na rachunkach o.f.e. było przejęcie przez Skarb Państwa części obligacyjnej aktywów o.f.e., aby w ten sposób zmniejszyć koszty systemu emerytalnego. Wysokość umarżanych jednostek (51,5%) jest więc ściśle związana z celem nowelizacji.

Jak wynika z powyższego, zmiana miała na celu obniżenie kosztów funkcjonowania systemu emerytalnego, który zagrażał jego efektywności w średnim i długim okresie, przy jednoczesnym utrzymaniu neutralności modyfikacji dla wartości przyszłego świadczenia emerytalnego. Na nierównowagę finansową systemu ubezpieczeń społecznych, daleką od pożądanego samofinansowania się systemu, zwrócili uwagę Minister Pracy i Polityki Społecznej oraz Minister Finansów w dokumencie p.t. *Przegląd funkcjonowania systemu emerytalnego* zaakceptowanym przez Radę Ministrów 2 lipca 2013 r. (Ministerstwo Pracy i Polityki Społecznej oraz Ministerstwo Finansów, zob.: http://emerytura.gov.pl/wp-content/uploads/2014/03/20130626_przegląd.pdf). „Fakt, że oba systemy emerytalne (stary i nowy) musiały, i wciąż muszą, funkcjonować równolegle, jest

głównym źródłem niezbilansowania dochodów i wydatków ZUS, na skutek którego nadal wymaga on dotacji budżetowej państwa” (*Przeгляд ...*, s. 12). Problem dostrzegł również Trybunał Konstytucyjny, wskazując już w wyroku z 11 grudnia 2006 r. (sygn. akt SK 15/06), że: „Zasadnicza trudność zmiany związanej z przejściem z wcześniejszego, repartycyjnego systemu finansowania na systemem kapitałowym łączyła się z okresem przejściowym, w którym zachodzi potrzeba w ciągu życia jednej generacji ludności równoległego finansowania dwóch systemów: dotychczasowego, istniejącego do czasu jego wygaśnięcia wskutek śmierci uprawnionych do jego świadczeń, oraz nowego, opartego na kapitale zgromadzonym wedle nowych zasad”.

2.3.3. Ocena konstytucyjności zaskarżonych przepisów wymaga ustalenia, jaki charakter posiadają środki przekazywane przez ubezpieczonych otwartym funduszom emerytalnym i przez nie gromadzonych. Sejm podtrzymuje wyrażony w swoim stanowisku z 1 sierpnia 2014 r. pogląd o publicznoprawnym charakterze środków zgromadzonych w o.f.e. Zdaniem Sejmu: „przesunięcia majątkowe pomiędzy ZUS i OFE następują w ramach jednego («wewnątrz szeroko rozumianego») systemu ubezpieczeń społecznych” (s. 47; Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 18 grudnia 2008 r. [sygn. akt P 16/07] uznał zmiany majątkowe pomiędzy FUS i o.f.e. za przesunięcia wewnątrz systemu ubezpieczeń społecznych: „[...] trzeba zauważyć, że odsetki za opóźnione przekazywanie składek są w istocie rozliczeniami między ZUS i otwartymi funduszami emerytalnymi. Są one więc dokonywane «wewnątrz» szeroko rozumianego systemu ubezpieczeń społecznych między instytucjami utrzymywanymi – w istocie – ze środków publicznych”).

2.3.4. Również w wypowiedziach doktryny prawa kwestia charakteru środków zgromadzonych na rachunkach w o.f.e. jest istotna ze względu na ocenę konstytucyjności przejęcia części obligacyjnej o.f.e. Jak wyjaśnia M. Zieleniecki: „Przyjęcie założenia o publicznoprawnym charakterze środków zgromadzonych w OFE prowadzi do wniosku, że mechanizm obligatoryjnego umorzenia 51,5% jednostek uczestnictwa w OFE [...] następnie zaewidencjonowania na subkontach ubezpieczonych w ZUS równowartości umorzonych jednostek uczestnictwa mieści się w granicach swobody wyznaczonej ustawodawcy przez art. 67 ust. 1 Konstytucji RP. Przeprowadzenie omawianej operacji nie będzie wiązało się ze zmianą

charakteru środków pochodzących ze składki na ubezpieczenie emerytalne przekazanej do OFE. Zachowają one swój publicznoprawny charakter. Nie zmieni się również przeznaczenie tych środków. Nadal będą one przeznaczone wyłącznie na finansowanie przyszłych świadczeń emerytalnych. Zmianie ulegnie jednak fundusz, z którego przyszłe świadczenia emerytalne będą finansowane oraz technika ich finansowania. Zaewidencjonowanie umorzonych jednostek rozrachunkowych na subkoncie ubezpieczonego prowadzonym przez ZUS, przy założeniu, że równocześnie likwidacji ulegnie dożywotnia emerytura kapitałowa a wypłata emerytury finansowanej ze środków zgromadzonych w OFE powierzona zostanie ZUS, oznaczać będzie jedynie zwiększenie podstawy wymiaru emerytury z FUS oraz rezygnację z kapitałowego pokrycia ekspektatyw emerytalnych. Zastosowanie instytucji subkonta spowoduje jednocześnie, że nie ulegnie zmianie zakres ekspektatywy emerytalnej wynikający z kwoty odpowiadającej równowartości umorzonych jednostek rozrachunkowych zaewidencjonowanej na subkoncie. Wynika to stąd, że wprowadzając do ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych na mocy ustawy nowelizacyjnej z dnia 25 marca 2011 r. instytucję subkonta starano się, aby w odniesieniu do wkładu emerytalnego zaewidencjonowanego na subkoncie ubezpieczeni zachowali, co do zasady, taki sam zakres uprawnień jaki przysługiwał im w stosunku do kapitału emerytalnego zgromadzonego w OFE. Zgodnie z art. 40e ust. 1 i ust. 12 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych zwaloryzowane składki i odsetki za zwłokę zaewidencjonowane na subkoncie podlegają podziałowi w razie rozwodu, unieważnienia małżeństwa, śmierci, ustania wspólności majątkowej w czasie trwania małżeństwa albo umownego wyłączenia lub ograniczenia wspólności ustawowej między osobą, dla której ZUS prowadzi subkonto na zasadach określonych w przepisach o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych. W przypadku śmierci emeryta w ciągu 3 lat od miesiąca, w którym po raz pierwszy wypłacono emeryturę, osoby wskazane przez emeryta jako uposażone mają prawo do tzw. środków gwarantowanych tj. do udziału w kwocie zwaloryzowanych składek i odsetek za zwłokę zaewidencjonowanych na subkoncie emeryta. Środki zgromadzone w OFE oraz zaewidencjonowane na subkoncie różni odmienny mechanizm dostosowawczy służący zachowaniu (zwiększeniu) wartości wkładu emerytalnego. W przypadku kapitału emerytalnego zarządzanego przez OFE temu celowi służy działalność lokacyjna funduszu. W przypadku wkładu emerytalnego zaewidencjonowanego na subkoncie ten cel jest realizowany przez mechanizm

waloryzacyjny” (M. Zieleniecki, *Dopuszczalność obligatoryjnego umorzenia 51,5% jednostek rozrachunkowych w OFE. Kryteria oceny, rozbieżności doktryny, warianty* [w:] *Prawne mechanizmy przekazywania środków OFE. Oceny konstytucyjno-prawne*, red. R. Pacud, Kraków 2013, s. 41-42; cytowany autor przedstawia wariantową analizę: w przypadku przyjęcia założenia o prywatnoprawnym charakterze środków zgromadzonych w o.f.e. dochodzi do konkluzji o niekonstytucyjności umorzenia).

2.3.5. Podsumowując, po umorzeniu jednostek rozrachunkowych na rachunkach o.f.e. i zaewidencjonowaniu równowartości umorzonych jednostek na subkoncie prowadzonym przez ZUS zmianie nie ulega: publicznoprawny charakter środków, ich przeznaczenie (wyłącznie na finansowanie emerytur), ekspektatywa emerytalna (na subkoncie odtwarzana jest kwota równa wartości umorzonych jednostek), mechanizm jej wyliczania, uprawnienia emeryta, prawo do udziału zgromadzonych środków w razie rozwodu, unieważnienia małżeństwa albo w przypadku śmierci osoby, prawo do wypłaty gwarantowanej. Natomiast odmiennie ukształtowana jest technika finansowania świadczenia emerytalnego. Oceniając modyfikację z perspektywy momentu wypłaty świadczenia, nie stanowi ona istotnej zmiany dla ubezpieczonego, ze względu na wprowadzenie mechanizmu „suwaka bezpieczeństwa” (art. 40a u.s.u.s., przepis ten nie został zaskarżony przez RPO). Instytucja „suwaka bezpieczeństwa” spowodowało, że wszystkie, zgromadzone na rachunku o.f.e. środki przed uzyskaniem prawa do emerytury zostaną przeniesione do FUS. Artykuł 23 u.n. przyspieszył zatem jedynie moment przekazania FUS aktywów o.f.e.

W stosunku do zaewidencjonowanych składek na subkoncie prowadzonym przez ZUS zastosowanie znajdzie „odmienny mechanizm dostosowawczy służący zachowaniu (zwiększeniu) wartości wkładu emerytalnego” (*ibidem*). Środki zewidencjonowane na subkoncie będą waloryzowane, a gdyby pozostały na rachunku o.f.e. podlegałyby dalszemu lokowaniu w ramach działalności inwestycyjnej o.f.e. Zauważyć jednak należy, że nie można apriorycznie zakładać, że mechanizm waloryzacyjny będzie mniej korzystny dla ubezpieczonego. Zgodnie z art. 23 ust. 10-11 u.n. obligacje i bony skarbowe, stanowiące aktywa o.f.e., zostały przekazane Skarbowi Państwa do umorzenia, natomiast Skarb Państwa gwarantuje wypłatę z FUS świadczeń emerytalnych odpowiadających zewidencjonowanej na subkontach

wartości tych aktywów. Rzecznik nie przedstawił wyводу, z jakich powodów uznaje gwarancję, o której mowa w art. 23 ust. 11 u.n., za mniej korzystną od gwarancji wykupu obligacji i bonów skarbowych. Zdaniem Sejmu obie gwarancje są jednakowo wiarygodne.

A zatem, skoro środki zgromadzone w o.f.e. są środkami publicznymi przeznaczonymi na finansowanie świadczeń emerytalnych, to umorzenie jednostek rozrachunkowych zapisanych na rachunku członka o.f.e. jest neutralne dla ubezpieczonego. Następuje zatem przesunięcie środków wewnątrz systemu ubezpieczeń społecznych, a istotą modyfikacji jest wcześniejsza, niż w przypadku zastosowania „suwaka bezpieczeństwa”, rezygnacja z kapitałowego (zewnętrznego w stosunku do FUS) pokrycia ekspektatyw emerytalnych.

2.3.6. Rzecznik Praw Obywatelskich wskazuje, że na skutek umorzenia jednostek rozrachunkowych zapisanych na rachunkach członków o.f.e. zgodnie z art. 23 ust. 1 u.n. nastąpiło złamanie swoistej umowy społecznej w obszarze ubezpieczeń społecznych. Rekonstruując treść tej umowy odesłał do orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego z 11 lutego 1992 r. (sygn. akt K 14/91), który stwierdził: „Zasada zaufania jest wiodącą podstawą stosunku ubezpieczeniowego, że po spełnieniu określonych warunków (pracy, składki) i po upływie określonego czasu (osiągnięcia wymaganego wieku) lub zaistnieniu innego ryzyka ubezpieczeniowego (inwalidztwa) ubezpieczony otrzyma świadczenie – przy czym tym większe zasadniczo im większy wysiłek pracy – upraszczając – weźmie na siebie. Stąd system ubezpieczeniowy przybiera formę swoistej umowy społecznej, rządzącej się zasadą *pacta sunt servanda*”.

Odnotować trzeba, że wypowiedź Trybunału Konstytucyjnego, choć nadal aktualna, miała miejsce pod rządami Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 22 lipca 1952 r. (t.j. Dz. U. z 1976 r. Nr 7, poz. 36 ze zm.), która w odmienny sposób, niż obecnie obowiązująca ustawa zasadnicza, określała prawo do zabezpieczenia społecznego. W art. 67 Konstytucji nie został powtórzony nakaz „stałego rozwoju ubezpieczeń społecznych”. Aktualnie treścią konstytucyjnego prawa do zabezpieczenia społecznego jest m.in. zapewnienie każdemu obywatelowi świadczeń na wypadek osiągnięcia wieku emerytalnego (I. Jędrasik-Jankowska, *Pojęcie i konstrukcje prawne ubezpieczenia społecznego*, Warszawa 2010, s. 23; L. Garlicki [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. L. Garlicki,

t. III, Warszawa 2003, komentarz do art. 67, s. 3-4 i 7 oraz powołane tam orzecznictwo; zob. też wyrok TK z 7 lutego 2006 r., sygn. akt SK 45/04; wyrok TK z 27 stycznia 2010 r., sygn. akt SK 41/07). Trybunał Konstytucyjny stwierdził. że: „Przy kształtowaniu zakresu tego prawa ustawodawca musi uwzględnić wynikający bezpośrednio z zasady sprawiedliwości społecznej postulat zachowania słusznych, sprawiedliwych proporcji pomiędzy wielkością emerytury, będącej z samej nazwy świadczeniem «zasłużonym» a rozmiarami «zasługi» wyznaczonymi przede wszystkim przez długość okresu aktywności zawodowej prowadzącej do nabycia prawa do emerytury oraz dochody osiągnięte w ramach tej aktywności” (wyrok TK z 8 maja 2000 r., sygn. akt SK 22/99; zob. także wyrok SN z 29 marca 2006 r., sygn. akt II UK 115/05). W podobnym tonie wypowiedział się Trybunał Konstytucyjny: „Dla ochrony praw emerytalno-rentowych szczególne znaczenie ma zasada wzajemności. 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” (wyrok TK z 7 lutego 2006 r., sygn. akt SK 45/04).

Zdaniem Sejmu, tak zrekonstruowana w oparciu o treść art. 67 ust. 1 Konstytucji treść umowy społecznej w zakresie ubezpieczenia emerytalnego nie została naruszona przez art. 23 u.n. Ze względu na powyżej opisaną neutralność dla ubezpieczonego przeniesienia środków z o.f.e. do FUS (z zachowaniem uprawnień ubezpieczonego), nadal aktualna jest teza, że im większa zasługa (wysokość opłaconych składek), tym wyższe świadczenie.

2.3.7. Rzecznik Praw Obywatelskich dostrzega naruszenie zasady lojalności (złamanie ww. umowy pomiędzy państwem a ubezpieczonymi) w odjęciu części ekspektatyw emerytalnych, „które do tej pory miały kapitałowe pokrycie w aktywach OFE i korzystały z dodatkowego zabezpieczenia i wzmocnienia będącego konsekwencją przyznania członkom OFE prawa do udziału w aktywach,

odpowiadającego wartości posiadanych przez nich jednostek rozrachunkowych” (wniosek RPO, s. 18).

Wnioskodawca przytacza w tym kontekście argumentację M. Zielenieckiego zaprezentowaną w wyżej cytowanej analizie (*Dopuszczalność obligatoryjnego umorzenia ...*, s. 41-42), którą podziela (zob. odesłanie w przypisie nr 1 na s. 18 wniosku RPO). Jak wskazano, M. Zieleniecki przedstawia w swoim opracowaniu wariantową ocenę konstytucyjności art. 23 u.n. (wówczas art. 25 projektu ustawy nowelizującej). Zakładając, że środki zgromadzone w o.f.e. mają charakter publicznoprawny, dochodzi do konkluzji o konstytucyjności umorzenia (zob. obszerne przytoczenie w pkt III.2.3.4 niniejszego stanowiska). Natomiast „do całkowicie odmiennych wniosków prowadzi przyjęcie założenia, że OFE jest wyłącznym podmiotem prawa do środków w nim zgromadzonych” (*ibidem*, s. 43). Wówczas umorzenie, zdaniem M. Zielenieckiego naruszałoby art. 64 Konstytucji oraz zasadę lojalności, gdyż: „Oznacza [...] pozbawienie części ekspektatyw emerytalnych, które do tej pory miały kapitałowe pokrycie w aktywach OFE dodatkowego zabezpieczenia i wzmocnienia będącego konsekwencją przyznania członkom OFE prawa do udziału aktywach odpowiadającego wartości posiadanych przez nich jednostek rozrachunkowych. Zmiana ta następuje z mocą wsteczną tzn. w odniesieniu do ekspektatyw emerytalnych, które powstały przed dniem wejścia w życie ustawy nowelizacyjnej z dnia 6 grudnia 2013 r. i zostały przez ustawodawcę przed tym dniem wyposażone w kapitałowe zabezpieczenie. Może to oznaczać naruszenie wywodzonych z zasady demokratycznego państwa prawnego sformułowanej w art. 2 Konstytucji RP zasad niedziałania prawa wstecz i zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa” (*ibidem*, s. 43). Argumenty o niekonstytucyjności rozwiązania polegającego na odebraniu ekspektatywom emerytalnym ich kapitałowego pokrycia w aktywach o.f.e., zdaniem M. Zielenieckiego, byłyby jedynie wówczas zasadne, jeśli przyjmie się założenie prywatnoprawnego, a nie publicznoprawnego charakteru zgromadzonych w o.f.e. środków. Jest to trudne do pogodzenia ze stanowiskiem Rzecznika Praw Obywatelskich, który podziela powyżej wyrażony pogląd Sejmu o publicznoprawnym charakterze aktywów o.f.e. Już na wstępie swego wniosku wyjaśnia on bowiem, że „Rzecznik Praw Obywatelskich podzielając stanowisko o publicznoprawnym charakterze środków zgromadzonych w OFE, nie stwierdza podstaw do podważenia operacji przymusowego umorzenia 51,5 % aktywów OFE z punktu widzenia niezgodności z konstytucyjną zasadą

ochrony własności” (wniosek RPO, s. 2). Wydaje się, że w tym zakresie – uznanie publicznoprawnego charakteru środków zgromadzonych w o.f.e. oraz równoczesne podanie w wątpliwość zgodności z Konstytucją art. 23 u.n. ze względu na odjęcie kapitałowego pokrycia ekspektatyw emerytalnych – stanowisko RPO jest niespójne.

W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego podkreśla się swobodę ustawodawcy w kształtowaniu praw z ubezpieczenia społecznego. „Z uwagi na złożoność materii związanej z ubezpieczeniami społecznymi, Konstytucja nie przesądziła o formach realizacji prawa do zabezpieczenia społecznego, pozostawiając ustawodawcy zwykłemu znaczny margines swobody określania poszczególnych wymogów i zasad przyznawania określonych świadczeń. Takie rozwiązanie jest uzasadnione koniecznością reagowania na zachodzące w państwie zmiany gospodarcze i związane z tym możliwości realizowania zobowiązań państwa wobec obywateli, co byłoby niemożliwe w przypadku określenia jednego modelu tego zabezpieczenia na poziomie Konstytucji” (wyrok TK z 11 marca 2008 r., sygn. akt SK 58/06; zob. L. Garlicki, *op. cit.*, s. 5-6 wraz ze wskazanym tam orzecznictwem). Granicą swobody ustawodawcy jest także zakaz naruszania istoty prawa do zabezpieczenia społecznego. Istotę tego prawa Trybunał Konstytucyjny rozumie w ten sposób, że ustawodawca musi tworzyć takie regulacje, które zagwarantują minimalny poziom świadczeń (rozumianych jako umożliwiających zaspokojenie nie tylko podstawowych potrzeb) osobom, wobec których spełnił się konstytucyjny warunek uzyskania świadczenia i które zaprzęstały w związku z tym aktywności zawodowej (zob. wyrok TK z 7 lutego 2006 r., sygn. akt SK 45/04; jak wskazał SN w wyroku o sygn. akt II UK 12/08, art. 67 ust. 1 ustawy zasadniczej udziela ustawodawcy kompetencji do uregulowania kwestii związanych z prawem do zabezpieczenia społecznego).

Zgodnie z art. 67 ust. 1 Konstytucji, każdemu przysługuje prawo do zabezpieczenia społecznego w ramach określonych w ustawie, która ustanawia warunki nabycia, trwania i utraty tego prawa, w tym formy i zakres świadczeń (zob. art. 67 ust. 1 zdanie 2 Konstytucji). Ustawodawca ma prawo i obowiązek ustalić optymalne z punktu widzenia realizacji prawa obywateli do zabezpieczenia społecznego oraz pożądane z punktu widzenia równowagi finansów publicznych, istotnej także dla zachowania efektywności systemu emerytalnego w krótkim, średnim oraz długim okresie, zasady gospodarowania środkami o charakterze publicznoprawnym pochodzącymi ze składek ubezpieczonych. Artykuł 67 ust. 1

Konstytucji, gwarantujący obywatelowi prawo do zabezpieczenia społecznego ze względu na osiągnięcie wieku emerytalnego, nie przesądza kształtu II filaru ubezpieczenia emerytalnego. Kapitałowe zabezpieczenie ekspektatywy emerytalnej nie jest w świetle art. 67 ust. 1 Konstytucji obligatoryjne i ustawodawca może je zmienić na repartycyjne, mieszane lub w inny sposób gwarantujący realizację konstytucyjnego prawa. Jak podkreśla Trybunał Konstytucyjny, takie przyznanie ustawodawcy swobody w regulowaniu praw do zabezpieczenia społecznego jest uzasadnione koniecznością reagowania na zachodzące w państwie zmiany gospodarcze i związane z tym możliwości realizowania zobowiązań państwa wobec obywateli, co byłoby niemożliwe w przypadku określenia jednego modelu tego zabezpieczenia na poziomie Konstytucji (wyrok TK z 11 marca 2008 r., sygn. akt SK 58/06).

Zauważyć należy, że u.n. wprowadziła jako konstrukcję systemową obowiązek ograniczania kapitałowego (zewnętrznego w stosunku do FUS) zabezpieczenia ekspektatywy emerytalnej, aż do rezygnacji z niej w momencie ostatecznego ukształtowania prawa do emerytury. Zgodnie z omówioną powyżej konstrukcją „suwaka bezpieczeństwa” w ciągu 10 lat przed osiągnięciem wieku emerytalnego aktywa o.f.e. muszą zostać stopniowo przekazane do FUS. Regulacja ta jednak nie wzbudza wątpliwości RPO. Nie jest zadaniem Sejmu wyznaczanie zakresu zaskarżenia wnioskodawcy. Powyższa uwaga ma jedynie na celu wskazanie, iż nawet w przypadku ewentualnego, oczekiwanego przez RPO, uznania art. 23 u.n. za niekonstytucyjny, zgodność z ustawą zasadniczą nie zostanie przywrócona. Aktywa o.f.e., w tym ich obligacyjna część, i tak zostałyby przekazane do FUS w ramach „suwaka bezpieczeństwa”.

2.3.8. Odnosząc się do zarzutu wstecznego działania prawa wyjaśnić należy, że art. 23 u.n. wywołał skutki *pro futuro*; umorzenie jednostek rozrachunkowych zapisanych na rachunkach członków o.f.e. nastąpiło po wejściu w życie u.n. Badany przepis nie zmodyfikował sytuacji prawnej wstecznie. Nie dochodzi zatem do retroaktywności przepisu prawa (por. W. Sokolewicz [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. L. Garlicki, t. V, Warszawa 2007 r., komentarz do art. 2, s. 43, pkt 34). Zakwestionowany przepis odwołuje się co prawda do stanu rachunku członków o.f.e. oraz ich jakości (łącznego udziału określonych w ustawie rodzajów aktywów) sprzed wejścia w życie przepisu (odpowiednio:

31 stycznia 2014 r. oraz 3 września 2013 r.), ale wynika to z konieczności wskazania punktów odniesienia w procesie wyodrębniania stanu aktywów wolnych od wpływu na ich poziom informacji o planowanym umorzeniu części obligacyjnej aktywów o.f.e. „Przyjęcie daty 3 września 2013 r. wynika z faktu przedstawienia w dniu następnym przez Prezesa Rady Ministrów proponowanych zmian w systemie emerytalnym, co mogłoby potencjalnie negatywnie wpłynąć na wartość jednostki rozrachunkowej lub doprowadzić do zmiany struktury aktywów otwartych funduszy emerytalnych” (uzasadnienie projektu ustawy nowelizującej, s. 5-6). W takiej konstelacji normatywnej można mówić jedynie o retroaktywności pozornej lub retrospektywności. Wcześniej powstałe stosunki (stan i wartość aktywów o.f.e.) modyfikuje norma skierowana na przyszłość, w oparciu o fakty zaistniałe po wejściu w życie nowej normy (wszczęcie procesu umarzania środków zapisanych na rachunkach członków o.f.e.).

2.3.9. Ponownie należy podkreślić, że przesunięcie aktywów nastąpiło wewnątrz systemu ubezpieczeń społecznych w sposób neutralny dla ubezpieczonych. Nie nastąpiło zatem mniej korzystne ukształtowanie ich pozycji prawnej. Sejm nie dostrzega zatem konstytucyjnej konieczności uprzedniego uzyskania zgody na umorzenie. Zgodnie z zasadami demokracji oraz konstytucyjnym upoważnieniem z art. 67 ust. 1 zdanie 2 ustawy zasadniczej to parlament kształtuje formę i zakres zabezpieczenia społecznego. Za swoje decyzje ponosi polityczną odpowiedzialność przed wyborcami.

2.3.10. Sejm nie podziela poglądu RPO, że regulacja u.n., w tym zakwestionowany art. 23, nie wpłynie na obniżenie długu publicznego w długim okresie. Jak wskazano w pkt 2.3.2 niniejszego pisma, umorzenie jednostek rozrachunkowych zapisanych na rachunku członków o.f.e. spowodować miało „skokowe” obniżenie długu publicznego w 2014 r. i ograniczenie potrzeb pożyczkowych, a więc i poziomu długu publicznego w kolejnych latach. Zgodnie z komunikatem Ministra Finansów w sprawie przekazania części aktywów OFE do ZUS nastąpiło zmniejszenie długu publicznego według wartości nominalnej o 7,6% w relacji do PKB. W średnim i długim okresie nastąpi również zmniejszenie potrzeb pożyczkowych i kosztów obsługi długu, co powinno wpłynąć korzystnie na stan budżetu państwa w kolejnych latach. Równowaga finansów publicznych (w krótkim,

średnim i długim okresie) jest warunkiem efektywności systemu emerytalnego, gdyż to państwo zarówno przed, jak i po nowelizacji, jest ostatecznym gwarantem prawa do zabezpieczenia społecznego ze względu na osiągnięcie wieku emerytalnego.

Jak wyjaśniono powyżej, system emerytalny sprzed nowelizacji nie był konstrukcją dokończoną. Nie zostały rozstrzygnięte istotne kwestie, które określałyby zasady tworzenia, organizacji i wykonywania działalności funduszy emerytur dożywotnich, uprawnionych do wypłaty świadczeń pieniężnych ze środków przekazanych o.f.e., w tym nie określono jakie podmioty miałyby zarządzać funduszami emerytur dożywotnich ani zakresu ich odpowiedzialności za dożywotnią wypłatę świadczenia. Jak wynikało ze stanowiska IGTE, sektor prywatny ubezpieczenia społecznego miałby problemy z dożywotnią wypłatą emerytury. Utrzymanie się negatywnego trendu demograficznego mogło doprowadzić do dysfunkcji systemu emerytalnego także w dawnym stanie prawnym. Aktualna konstrukcja jest mniej kosztowna i choćby z tego powodu bardziej odporna na ujemne zjawiska społeczno-gospodarcze. Uchwalenie nowelizacji nie zwalnia przy tym parlamentu z ciągłej troski o zachowanie efektywności systemu emerytalnego, zwłaszcza w przypadku długotrwałego i głębokiego spadkowego trendu demograficznego.

2.3.11. W tym miejscu należy podsumować powyższe ustalenia. Po pierwsze, umorzenie jednostek rozrachunkowych zapisanych na rachunkach członków o.f.e. zmniejszy koszty funkcjonowania systemu emerytalnego oraz ograniczy dług publiczny i potrzeby pożyczkowe państwa. Po drugie, ze względu na publicznoprawny charakter środków zgromadzonych w o.f.e. umorzenie stanowi przesunięcie wewnątrz systemu ubezpieczeń społecznych przy zachowaniu wszystkich uprawnień ubezpieczonych (w neutralny sposób dla przyszłych emerytów). Zgodnie z art. 67 ust. 1 zdanie 2 Konstytucji ustawodawca ma prawo modyfikować system emerytalny, w tym sposób funkcjonowania w ramach ubezpieczenia społecznego filara kapitałowego. Po trzecie, ze względu na wprowadzenie instytucji „suwaka bezpieczeństwa”, niezakwestionowaną przez RPO, istotą umorzenia jest przyspieszenie procesu przekazywania aktywów o.f.e. na rzecz FUS. Po czwarte, w przypadku umorzenia nie dochodzi do retroakcji (umorzenie nastąpiło po wejściu w życie u.n. *pro futuro*), lecz można mówić jedynie o retrospekcji. Po piąte, w przekonaniu Sejmu bardziej odporny na negatywny trend

demograficzny jest nisko-kosztowy system emerytalny, niż inne modele, w tym uprzednio obowiązujący.

2.3.12. W związku z powyższym Sejm wnosi o stwierdzenie, że art. 23 u.n. **jest zgodny** z art. 2 Konstytucji.

MARSZAŁEK SEJMU



Radosław Sikorski