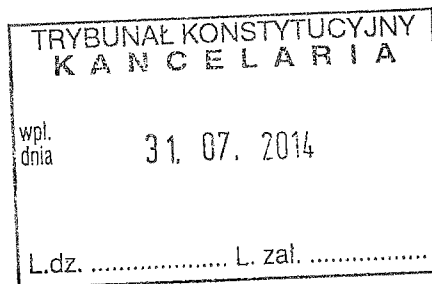




Warszawa, dnia 30 lipca 2014 r.

PG VIII TK 7/14

K 1/14



TRYBUNAŁ KONSTYTUCYJNY

W związku z wnioskiem Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej o zbadanie zgodności:

- I. 1) art. 141 ust. 2 ustawy z dnia 28 sierpnia 1997 r. o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych (Dz. U. z 2013 r. poz. 989, 1289 i 1717) 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),
- 2) art. 39a ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 1412 i 1717) i art. 11 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) oraz
- 3) 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 (Dz. U. poz. 1717)
- z art. 2, art. 67 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

- II. 1) art. 141 ust. 2 ustawy z dnia 28 sierpnia 1997 r. o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych (Dz. U z 2013 r. poz. 989, 1289 i 1717) 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 (Dz. U. poz. 1717),
- 2) art. 39a ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 1412 i 1717) i art. 11 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) oraz
- 3) 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 (Dz. U. poz. 1717)

- z art. 2 i art. 22 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

III. Art. 197a ustawy z dnia 28 sierpnia 1997 r. o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych (Dz. U z 2013 r. poz. 989, 1289 i 1717) 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 (Dz. U. poz. 1717),

- z art. 22 i art. 54 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

IV. 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 (Dz. U. z 2013 r. poz. 989, 1289 i 1717) 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 (Dz. U. poz. 1717)

- z zasadą poprawnej legislacji wywodzoną z art. 2 Konstytucji

- na podstawie art. 27 pkt 5 w zw. z art. 33 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. Nr 102, poz. 643 ze zm.)

przedstawiam następujące stanowisko:

- I. 1) art. 141 ust. 2 ustawy z dnia 28 sierpnia 1997 r. o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych (Dz. U z 2013 r. poz. 989, 1289 i 1717) oraz art. 23 ust. 1 w zakresie, w jakim nie konkretyzuje daty 3 lutego 2014 r., i 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),**
- 2) art. 39a ust. 1 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 1412 i 1717) i art. 11 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 oraz**
- 3) 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 zasadą zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa, wynikającą z art. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, a

także z art. 67 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 oraz z art. 22 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP.

II. Art. 197a ust. 1 ustawy z dnia 28 sierpnia 1997 r. o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych oraz art. 36 ust. 1 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 niezgodne z art. 22 i art. 54 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP.

III. Art. 197 ust. 2, w części dotyczącej powszechnych towarzystw emerytalnych oraz otwartych funduszy emerytalnych, i art. 197a ust. 1 ustawy z dnia 28 sierpnia 1997 r. o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych oraz art. 36 ust. 1 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 przepisy te posługują się niedookreślonym pojęciem „reklama”

- są niezgodne z zasadą poprawnej legislacji, wywodzoną z art. 2 Konstytucji RP.

IV. Postępowanie w zakresie kontroli konstytucyjności art. 23 ust. 1, w części określającej datę 3 lutego 2014 r., art. 23 ust. 2-6, ust. 9 i ust. 15-18 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 podlega umorzeniu, na podstawie art. 39 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. Nr 102, poz. 643 ze zm.),

z uwagi na utratę mocy obowiązującej tych przepisów przed wydaniem orzeczenia przez Trybunał Konstytucyjny.

- V. W pozostałym zakresie, na podstawie art. 39 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. Nr 102, poz. 643 ze zm.), postępowanie podlega umorzeniu, z uwagi na niedopuszczalność orzekania.**

Uzasadnienie

Prezydent Rzeczypospolitej Polskiej wystąpił z wnioskiem o zbadanie konstytucyjności niektórych przepisów ustawy o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych, zwanej dalej u.o.f.f.e., i ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych, zwanej dalej u.s.u.s., w brzmieniu nadanym ustawą o zmianie niektórych ustaw w związku z określeniem zasad wypłaty emerytur ze środków zgromadzonych w otwartych funduszach emerytalnych, zwanej dalej ustawą nowelizującą, oraz niektórych przepisów ustawy nowelizującej.

Konstytucyjne wątpliwości nasuwa Prezydentowi dokonane ustawą nowelizującą wyłączenie możliwości inwestowania przez OFE w obligacje, emitowane przez Skarb Państwa i Bank Gospodarstwa Krajowego, oraz inne papiery wartościowe gwarantowane lub poręczane przez Skarb Państwa lub Narodowy Bank Polski, przy jednoczesnym odstępieniu od zasady zrównoważonego inwestowania, likwidacji instytucji minimalnej stopy zwrotu i niedoboru, wprowadzenie dobrowolności ubezpieczenia w OFE, a także przepisy wprowadzające zakazy reklamy, w części opisanej w petitum wniosku.

Zarzuty pod adresem kwestionowanych rozwiązań zostały oparte na następujących argumentach.

W pierwszej kolejności Prezydent wskazał, iż jednym z założeń reformy systemu emerytalnego, dokonanej pod koniec lat dziewięćdziesiątych ubiegłego

wieku, było zapewnienie bezpieczeństwa środkom przekazywanym do OFE, jako części obligacyjnej składki, oraz spójność systemu prawnego, dotyczącego instytucji prawnych funkcjonujących w ramach prywatnego rynku kapitałowego i ubezpieczeń społecznych, gwarantowanych przez państwo. W tym celu fundusze emerytalne zostały nadane osobowość prawną, co, w założeniu ówczesnego projektodawcy, miało służyć usunięciu wątpliwości, kto jest właścicielem masy majątkowej, kto i w jakim zakresie ponosi odpowiedzialność i jaki jest zakres tej odpowiedzialności. Postulat ten miał również na celu zapewnienie klarownej sytuacji, dotyczącej odpowiedzialności za zarządzanie aktywami powierzonymi funduszom.

Niewątpliwie, podkreśla Prezydent, intencją ustawodawcy było wówczas zapewnienie bezpiecznego zarządzania aktywami przez powszechne towarzystwa emerytalne (inne podmioty - w przypadku funduszy pracowniczych i dobrowolnych). W przypadku OFE chodziło bowiem o część składki emerytalnej, mającej charakter publicznoprawny i przymusowy.

Wnioskodawca wskazał, iż w czasie obowiązywania nowego systemu ubezpieczeń społecznych w doktrynie zostały wypracowane dwa przeciwstawne poglądy co do statusu składki odprowadzanej do OFE, charakteru praw przysługujących członkom OFE w stosunku do zgromadzonych na ich rachunkach środków finansowych oraz - samych OFE.

Część doktryny uznaje, że składka przekazywana do OFE ma charakter prywatny, a obligatoryjne pobieranie składki przez ZUS nie czyni z niej środków publicznych. Członkowie OFE zachowują bowiem ograniczone prawo dysponowania środkami zgromadzonymi w OFE w postaci uprawnienia do rozporządzenia na wypadek śmierci i w razie ustania małżeństwa. Przysługuje im także prawo wypowiedzenia umowy z funduszem i przeniesienia środków do innego funduszu. PTE zaś może być pociągnięte do odpowiedzialności odszkodowawczej w razie wyrządzenia członkowi funduszu szkody wskutek niewykonania lub nienależytego wykonania obowiązków. Ponadto, Eurostat

zaliczył aktywa znajdujące się w OFE do kapitału prywatnego i oddzielił je od środków państwowych.

Inni przedstawiciele doktryny opowiadają się zaś za publicznoprawnym charakterem składki przekazywanej do OFE i kwestionują kwalifikację stosunku łączącego ubezpieczonego z OFE jako klasycznego stosunku cywilnoprawnego. Z tymi poglądami spójne jest orzecznictwo Sądu Najwyższego, dla zilustrowania którego Prezydent przywołał wyrok z dnia 4 czerwca 2008 r., sygn. akt II UK 12/08, w którym Sąd Najwyższy stwierdził, iż składka ma charakter publicznoprawny ubezpieczeniowy.

Wnioskodawca podkreśla, że również przepisy regulujące zasady i tryb przekazywania składki do OFE nie określają jednoznacznie charakteru składki. Nie zostały też do końca zrealizowane założenia, na których oparto rozwiązania zawarte w ustawie o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych, gdyż nie uchwalono ustawy wprowadzającej instytucję wykupienia emerytury dożywotniej, która miałaby być wypłacana przez kolejny podmiot gospodarczy.

Zróznicowanie poglądów co do charakteru składki, w ocenie Wnioskodawcy, wiąże się z niewyjaśnieniem przez ustawodawcę wszystkich uwarunkowań wprowadzonego w 1997 r. podziału składki na dwie części, a także z występowaniem wzajemnie nakładających się interesów ubezpieczonego, który w przyszłości będzie realizował konstytucyjne prawo do emerytury, ZUS i OFE.

Prezydent podkreśla, że doświadczenia związane z interpretacją ustawy o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych wskazują, iż konieczne jest bardzo precyzyjne formułowanie założeń do projektu ustawy i wyjaśnienie wszystkich okoliczności związanych z ewentualnym odwołaniem się do określonych instytucji prawnych.

Wnioskodawca wskazał, że w literaturze przedmiotu przyjmuje się, iż politykę inwestycyjną funduszy emerytalnych kształtują prognozy rynku kapitałowego, na którym OFE prowadzą działalność, prognozy rentowności

lokat aktywów oraz właściwy dobór aktywów. Polityka inwestycyjna funduszu emerytalnego powinna zapewniać utrzymanie stanu równowagi relacji między poszczególnymi kategoriami aktywów oraz osiąganie maksymalnej stopy wzrostu dokonanych inwestycji. Powinna ona realizować także nadrzędny cel, jakim jest dbałość o interesy członków funduszu.

Dotychczasowa polityka inwestycyjna OFE była determinowana przez dwa podstawowe czynniki, tj. poprzez ustawowe ograniczenie przedmiotu działalności funduszu, jakim jest gromadzenie środków pieniężnych i ich lokowanie, oraz poprzez minimalną stopę zwrotu kapitału, będącą jednocześnie wielkością graniczną niedoboru funduszu. Tę generalną regułę wyznaczającą kierunek polityki inwestycyjnej OFE uzupełnia ustawowy obowiązek dążenia przez fundusz do osiągnięcia maksymalnego stopnia bezpieczeństwa i uzyskania najwyższej rentowności dokonywanych lokat (art. 139 u.o.f.f.e.).

Omówione cele działalności funduszu wskazują, podkreśla Prezydent, iż ich osiągnięcia nie można zagwarantować, należy natomiast zapewnić, że zostaną podjęte wszelkie środki, aby do nich dążyć.

Pomimo braku całkowitej pewności osiągnięcia przez OFE wskazanych celów na fundusze nałożono obowiązek, o charakterze zobowiązania, starannego działania, za niedopełnienie którego towarzystwo emerytalne zarządzające funduszem ponosiło odpowiedzialność odszkodowawczą wobec członków OFE.

Fundusze emerytalne, od momentu ich utworzenia w Polsce w 1999 r., prowadzą działalność inwestycyjną przede wszystkim na rynku papierów wartościowych. Polityka ta jest zbieżna z realizacją priorytetów działalności inwestycyjnej z punktu widzenia członków OFE, gdyż zapewnia dążenie do osiągnięcia bezpieczeństwa lokat, rentowności, płynności oraz dywersyfikacji. Priorytety inwestycyjne mają zagwarantować maksymalne ograniczenie ryzyka inwestycyjnego i zapewnić maksymalną przewidywalność potencjalnych zysków.

Na tle przedstawionych rozważań zakwestionowane we wniosku rozwiązania, zdaniem Prezydenta, nasuwają wątpliwości co do zgodności z zasadą zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa z punktu widzenia samych ubezpieczonych (pkt 1 petitum wniosku), jak i z punktu widzenia funduszy (pkt 2 petitum wniosku).

Zgodnie z dotychczasowym stanem prawnym, OFE były bowiem funduszami zrównoważonego ryzyka, mającymi możliwość dywersyfikacji ryzyka inwestycyjnego. Aktywa funduszu, zgodnie z art. 141 ust. 1 u.o.f.f.e., mogły być inwestowane m. in. w papiery wartościowe emitowane, gwarantowane i poręczane przez Skarb Państwa lub Narodowy Bank Polski i inwestycje te nie były limitowane. W praktyce, papierami tymi były głównie różnego rodzaju obligacje i bony skarbowe, których główną cechą było stosunkowo niskie ryzyko inwestycyjne.

Na mocy art. 4 pkt 25 ustawy nowelizującej w art. 141 ust. 2 u.o.f.f.e. wprowadzone zostało ograniczenie, polegające na wyłączeniu możliwości lokowania aktywów OFE w kategorii lokat wymienionych w art. 141 ust. 1 pkt 1-4 oraz pkt 33 i 34, w części dotyczącej lokat gwarantowanych przez Skarb Państwa.

Dodatkowo, w art. 35 ustawy nowelizującej ustawodawca wprowadził nakaz inwestowania aktywów OFE w latach 2014-2017 w kategorii lokat wymienione w art. 141 ust. 1 pkt 7-10 u.o.f.f.e. (tj. w akcje, prawa poboru i prawa do akcji) o wartości nie mniejszej niż określona w tym przepisie. OFE zobligowane zostały do utrzymywania w 2014 r. łącznej wartości lokat aktywów w akcje, prawa poboru i prawa do akcji na poziomie 75% wartości aktywów. Obowiązek ten będzie stopniowo łagodzony poprzez coroczne obniżanie minimalnego progu inwestycji w wymienione lokaty aż do jego całkowitej likwidacji w 2018 r.

OFE zostały zatem zobowiązane do prowadzenia bardziej ryzykownej polityki inwestycyjnej. Powoduje to, że regulacje dotyczące bezpieczeństwa i

rentowności lokat OFE stały się wewnętrznie niespójne, a samo to zobowiązanie stało się sprzeczne z całą dotychczasową filozofią funkcjonowania części kapitałowej ubezpieczenia społecznego, wyeksponowaną wprost w art. 139 u.o.f.f.e.

Ponadto, wobec uchylecia, na mocy art. 4 pkt 33 ustawy nowelizującej, art. 175-180 u.o.f.f.e., zostały zniesione, istotne z punktu widzenia ochrony interesu ubezpieczonych, dwie konstrukcje – minimalnej stopy zwrotu oraz pokrycia niedoboru, a także gwarancje Skarbu Państwa pokrycia niedoboru, w przypadku gdy nie może być on pokryty ze środków Funduszu Gwarancyjnego OFE.

Zdaniem Prezydenta, zmiana ta może doprowadzić do naruszenia gwarancji bezpieczeństwa II filara systemu ubezpieczeń społecznych, funkcjonujących od początku jego wprowadzenia, związanych z jego publicznym i obowiązkowym charakterem. W połączeniu zaś z zakazem inwestowania przez OFE w dłużne krajowe i zagraniczne papiery skarbowe, znacząco pogarsza sytuację członków OFE.

Negatywne skutki wprowadzonych zmian dotkną także osoby aktualnie ubezpieczone (przymusowo lub dobrowolnie), które zdecydują się na przekazywanie, w przyszłości, składki do ZUS, jak również osoby, o których mowa w art. 24 ustawy nowelizującej, tj. osoby, które były członkami OFE na skutek sytuacji wymienionych w art. 128 u.o.f.f.e. Część aktywów pozostawionych w OFE (tj. 48,5%) nie będzie już bowiem podlegać ochronie na dotychczasowych zasadach, a w stosunku do przeniesionej do ZUS, po umorzeniu 51,5% jednostek rozrachunkowych, wartości aktywów (części składek) ubezpieczeni ci pozbawieni zostali dotychczasowych uprawnień, tj. dochodzenia odszkodowania w przypadku powstania szkody w wyniku zawinionych działań PTE, zmiany OFE w sytuacji braku satysfakcjonujących wyników inwestycyjnych oraz gwarancji pokrycia niedoboru przez Skarb Państwa.

Wysokość przyszłej emerytury z II filara była pochodną wartości lokat OFE, wyrażoną w jednostkach rozrachunkowych. O wysokości świadczenia decydowały zatem obiektywne kryteria, będące wynikiem działań samego rynku. Na skutek zmian, wprowadzonych ustawą nowelizującą, wysokość emerytury zależeć będzie obecnie wyłącznie od decyzji ustawodawcy.

Wnioskodawca podkreśla, iż dotychczasowe rozwiązanie, umożliwiające OFE dokonywanie inwestycji w papiery skarbowe, pozwalało na budowę zrównoważonej struktury aktywów funduszu. Zakwestionowane przepisy, uniemożliwiające otwartym funduszom emerytalnym dywersyfikację portfela inwestycyjnego, wywołują zaś skutek odwrotny i w praktyce uniemożliwiają realizację jednej z kardynalnych zasad zbiorowego inwestowania, a mianowicie zasadę rozproszonego ryzyka, zakładającą dywersyfikację lokat funduszu w celu zmniejszenia ryzyka inwestycyjnego.

Wnioskodawca wskazuje, iż z art. 67 ust. 1 Konstytucji wynika dla państwa obowiązek urzeczywistniania praw socjalnych obywateli. Obowiązek ten musi być interpretowany jako nakaz uwzględniania w regulacjach ustawowych treści wskazanego prawa konstytucyjnego w taki sposób, aby, z jednej strony, uwzględnione były istniejące potrzeby obywateli, z drugiej strony zaś – możliwości ich zaspokojenia, jakie daje choćby aktualna sytuacja gospodarcza kraju. Granice tych możliwości wyznaczają wartości konstytucyjne, przede wszystkim równowaga budżetowa, która, w pewnym zakresie, może pozostawać w opozycji do rozwiązań ustawowych, zmierzających do maksymalizacji gwarancji praw socjalnych. Ochrona praw socjalnych obywateli powinna zatem przejawiać się w takim ukształtowaniu rozwiązań ustawowych, które będą pochodną wszystkich adekwatnych wartości, zasad i norm konstytucyjnych.

Tworząc i modyfikując system służący realizacji praw socjalnych obywateli, państwo jest odpowiedzialne za każdy element jego działania, w tym

również w formie OFE. Istota lokacyjnej działalności funduszu powinna zatem sprowadzać się do faktycznego równoważenia postulatów minimalizacji ryzyka inwestycyjnego i maksymalizacji zysku.

Zdaniem Prezydenta, przyjęcie w kwestionowanych rozwiązaniach modelu OFE jako funduszu inwestycyjnego podwyższonego ryzyka oznacza, że fundusze te mogą utracić istotne znaczenie dla realizacji zadań z zakresu ubezpieczenia społecznego. Ponadto, w pewnym zakresie, istnieje coraz mniej cech, które uzasadniają uznanie funduszy emerytalnych za podmioty realnie partycypujące w realizacji zadań publicznych, o których mowa w art. 67 ust. 1 Konstytucji.

Wnioskodawca wskazuje, że powstaje wątpliwość, czy wprowadzone zmiany modelu funkcjonowania OFE, w obecnych warunkach społecznych i ekonomicznych, mogą przyczynić się do optymalnej realizacji prawa do emerytury i czy spełniają one wymaganie konieczności, skoro uzasadnieniem zmiany modelu funkcjonowania OFE było zwiększenie jego efektywności.

Prezydent podkreśla, iż zasada demokratycznego państwa prawa urzeczywistniającego zasady sprawiedliwości społecznej wymaga, aby aktywa gromadzone jako wkłady emerytalne nie były narażane na zbyt wysokie ryzyko inwestycyjne. Tymczasem, art. 35 ustawy nowelizującej przewiduje, iż w 2014 r. minimalny próg inwestowania OFE w papiery wartościowe podwyższonego ryzyka wynosić ma 75% wartości lokat OFE.

Taka regulacja, zdaniem Prezydenta, pozostaje w sprzeczności z art. 2 i art. 67 ust. 1 Konstytucji. W szczególności wskazane normy konstytucyjne zostały naruszone wobec ubezpieczonych urodzonych po dniu 31 grudnia 1948 r. a przed dniem 1 stycznia 1969 r.

Osoby te przystąpiły bowiem do II filara dobrowolnie i z tego tytułu uzyskały pewne gwarancje w postaci możliwości rozporządzenia środkami zgromadzonymi w OFE na wypadek śmierci i ustania wspólności majątkowej

małżeńskiej, przeniesienia środków do innego OFE oraz trwałości stosunku ubezpieczeniowego nawiązanego z OFE (art. 111 ust. 5 u.s.u.s.).

Tymczasem, przepisy art. 39a u.s.u.s. i art. 11 u.o.f.f.e. wprowadziły, w odniesieniu do przyszłych składek, domniemanie przynależności do ZUS wszystkich ubezpieczonych, którzy nie złożą oświadczenia o pozostawaniu w OFE. Ponadto, ubezpieczeni pozbawieni też zostali części praw do środków dotychczas zgromadzonych w OFE (tj. 51,5% aktywów przeniesionych do ZUS). W związku ze zmianą modelu funkcjonowania OFE również diametralnie została zmieniona ich sytuacja prawna.

Zdaniem Prezydenta, kwestionowane regulacje są sprzeczne z zasadą proporcjonalności, z tego powodu, że brak jest adekwatnego związku między wprowadzoną reformą systemu emerytalnego, której celem było zwiększenie bezpieczeństwa ubezpieczonych, a zmianą modelu funkcjonowania OFE. Stworzona natomiast została regulacja, która może narazić część składek dotychczas zabranych przez członków OFE na ryzyko utraty lub obniżenia ich wartości.

Z kolei, przepisy zaskarżone w punkcie drugim petitum wniosku, zdaniem Prezydenta, w istotny sposób ograniczyły działalność OFE i ich organów – PTE.

Ograniczenia te obejmują:

- zakaz lokowania aktywów OFE w obligacje i inne papiery wartościowe emitowane, gwarantowane lub poręczane przez Skarb Państwa lub Narodowy Bank Polski albo przez rządy lub banki centralne innych państw oraz nakaz przekazania w dniu 3 lutego 2014 r. do ZUS tego rodzaju lokat oraz środków pieniężnych denominowanych w walucie polskiej o wartości 51,5% aktywów funduszu i umorzenia w tym dniu 51,5% jednostek rozrachunkowych zapisanych na rachunkach członków OFE (art. 141 ust. 2 u.o.f.f.e. w zw. z art. 23 ust. 1-2 ustawy nowelizującej);

- wprowadzenie dla członka OFE wymagania złożenia pisemnego wniosku w sprawie dalszego przekazywania składki do OFE i domniemanie przekazania składki do ZUS, w przypadku niezłożenia stosownego oświadczenia przez ubezpieczonego (art. 39a u.s.u.s. i art. 11 ustawy nowelizującej);
- nakaz lokowania w poszczególnych latach aktywów OFE w akcje w wysokości nie niższej niż określona w art. 35 ustawy nowelizującej;
- nakaz przekazania do ZUS aktywów (środków) tych osób, którym OFE, stosownie do art. 128 u.o.f.f.e., otworzył rachunek w sytuacji podziału majątku wspólnego małżonków wskutek rozwiązania małżeństwa przez rozwód lub unieważnienia małżeństwa (art. 24 ustawy nowelizującej).

Ponadto, ustawodawca, w art. 23 ust. 18 ustawy nowelizującej, materię dotyczącą szczegółowego sposobu i trybu przekazania przez OFE aktywów do ZUS przekazał do uregulowania w akcie wykonawczym.

Wprowadzone ustawą nowelizującą zmiany w funkcjonowaniu OFE dotyczą prowadzenia działalności gospodarczej. Wiążą się one z decyzjami gospodarczymi podmiotów prowadzących działalność gospodarczą jako PTE, wykraczającą poza zakres zwykłego zarządu. Ponadto, w wyniku tych zmian OFE zostały przekształcone w fundusze o większym stopniu ryzyka, czego wyrazem jest, związane z przeniesieniem 51,5% aktywów OFE, wymaganie lokowania 75% aktywów w akcje (art. 35 pkt 1 ustawy nowelizującej). Z tego powodu ograniczona też została znacznie swoboda inwestycyjna podmiotów zarządzających funduszem. Taki stan prawny zmusza zatem fundusze do przeprowadzenia w krótkim czasie zmiany polityki inwestycyjnej.

Na dostosowanie się do nowych rozwiązań ustawodawca pozostawił OFE (PTE) krótki czas. Ustawa nowelizująca opublikowana bowiem została w Dzienniku Ustaw z dnia 31 grudnia 2013 r., a na podstawie art. 23 ust. 2 tejże ustawy OFE zostały zobowiązane do umorzenia 51,5% jednostek rozrachunkowych, zapisanych na rachunku każdego członka w dniu 31 stycznia 2014 r., i do przekazania aktywów do ZUS w dniu 3 lutego 2014 r. Z

zobowiązaniem tym zostało związane wymaganie udziału tych aktywów w aktywach OFE na poziomie nie niższym niż na dzień 3 września 2013 r. (art. 23 ust. 6 ustawy nowelizującej) oraz obowiązek posiadania na dzień 31 stycznia 2014 r. aktywów podlegających następnie przekazaniu w dniu 3 lutego 2014 r. (art. 23 ust. 1 i 2 ustawy nowelizującej). Ustawodawca wprowadził również techniczne regulacje dotyczące obliczania wartości jednostek rozrachunkowych, kolejności przekazywania aktywów oraz jego sposobu (art. 23 ust. 4, 5, 9 i 15-17 ustawy nowelizującej). Data transferu aktywów OFE, jak podnoszono w toku prac legislacyjnych nad projektem ustawy nowelizującej, wynikała z konieczności zaewidencjonowania ich w ZUS w styczniu, aby umożliwić dokonanie waloryzacji tych środków w 2014 r.

Zdaniem Prezydenta, tak istotne zmiany nie powinny następować w tak krótkim czasie, gdyż przeniesienie aktywów OFE do ZUS skutkuje obniżeniem przychodów PTE z tytułu zarządzania funduszem, zależnych od wysokości aktywów netto. Dla podmiotu prowadzącego działalność gospodarczą zasadnicze znaczenie ma zaś, aby kluczowe warunki jej prowadzenia znane były z odpowiednim wyprzedzeniem, zwłaszcza że, zgodnie z orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego, im dłuższa jest perspektywa czasowa podejmowanych działań, tym silniejsza powinna być ich ochrona.

Wnioskodawca podnosi także, iż ustawodawca wprowadził nowe zasady przekazywania składki emerytalnej do OFE (art. 5 pkt 8 ustawy nowelizującej, na mocy którego w ustawie o systemie ubezpieczeń społecznych dodany został art. 39a, oraz art. 11 ustawy nowelizującej).

Regulacje te, zdaniem Prezydenta, wprowadzają asymetrię konkurencyjną między ZUS a OFE. Jest to szczególnie widoczne w przypadku osób, które do OFE przystąpiły dobrowolnie. Warunkiem dalszego odprowadzania części ich składki do OFE jest złożenie stosownego oświadczenia, składanego co cztery lata w okresie od dnia 1 kwietnia do dnia 31 lipca. Oświadczenie o odprowadzaniu składki do OFE skutkuje przekazaniem składki począwszy od

składki za lipiec, a w przypadku wyboru ZUS – zaewidencjonowaniem składki na subkoncie począwszy od miesiąca, w którym złożono wniosek. Takie rozwiązanie, polegające na wprowadzeniu dla ubezpieczonych dodatkowego warunku dalszego uczestnictwa w OFE, w ocenie Wnioskodawcy, może budzić zastrzeżenia co do zgodności z zasadą proporcjonalności, w sytuacji, gdy na podstawie obowiązujących przepisów możliwe jest już zrezygnowanie z członkostwa w funduszu w każdym czasie. Z podobnych względów, wskazuje Wnioskodawca, wątpliwości nasuwa art. 24 ustawy nowelizującej, dotyczący osób, dla których OFE otworzyły rachunki w sytuacjach przewidzianych w art. 128 u.o.f.f.e.

Zaskarżone przepisy nie tylko kształtują sytuację prawną ubezpieczonych, ale również oddziałują na wysokość aktywów OFE. Z tego względu mogą być one poddane ocenie w aspekcie wzorców wskazanych w punkcie drugim petitum wniosku.

Z kolei, przepis art. 23 ust. 18 ustawy nowelizującej nasuwa konstytucyjne wątpliwości Wnioskodawcy z tego powodu, iż delegacja do wydania przez Radę Ministrów rozporządzenia w sprawie szczegółowego sposobu i trybu przekazywania przez OFE aktywów do ZUS jest delegacją fakultatywną. Fakultatywność wydania aktu podstawowego w omawianej sytuacji może wprowadzać stan niepewności co do zupełności prawa regulującego kwestie przekazywania przez OFE obligacji i innych papierów wartościowych oraz środków pieniężnych na rachunki w ZUS. W przypadku transferu aktywów o wielkiej wartości, dokonywanego przez podmioty gospodarcze działające w systemie zabezpieczenia społecznego, prawo powinno w sposób jasny, zupełny i niebudzący wątpliwości regulować tę materię. Wymaga tego, podkreśla Wnioskodawca, zasada bezpieczeństwa prawnego, z której, w omawianym przypadku, wynika dla ustawodawcy obowiązek tworzenia prawa w taki sposób, aby jego adresaci mogli przewidzieć, jakie są techniczne aspekty transferu aktywów.

Art. 197a u.o.f.f.e. i art. 36 ustawy nowelizującej ustanawiają czasowe, całkowite zakazy reklam, zawierających informacje o otwartych funduszach emerytalnych lub informacje sugerujące, że reklamy odnoszą się do otwartych funduszy emerytalnych. Złamanie tych zakazów obwarowane zostało wysoką karą pieniężną, a decyzjom o ich nałożeniu nadawany będzie rygor natychmiastowej wykonalności.

Wprowadzone wskazanymi przepisami ograniczenia wolności rozpowszechniania i pozyskiwania informacji, gwarantowanych w art. 54 Konstytucji, nie spełniają, zdaniem Prezydenta, wymagań art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Projektodawca nie powołał bowiem żadnej z przesłanek z art. 31 ust. 3 Konstytucji, dopuszczających ograniczenia praw i wolności konstytucyjnych. Podniesione natomiast w uzasadnieniu projektu ustawy argumenty, iż reklama może hipotetycznie negatywnie promować ZUS i może być zmasowana zwłaszcza w okresie podejmowania przez ubezpieczonych decyzji, w ocenie Wnioskodawcy, są niewystarczające do stwierdzenia, że zakaz reklamy został ustanowiony w zgodzie z zasadą proporcjonalności. Ponadto, odbiorcami reklamy są osoby dorosłe, podlegające ubezpieczeniu społecznemu, wykonujące różnego rodzaju prace, odpowiedzialne i samodzielnie podejmujące decyzje, a zatem osoby, które są w stanie zrozumieć i rzetelnie ocenić treści prezentowane w reklamie.

Przepisy te, zdaniem Wnioskodawcy, są niezgodne również z art. 22 Konstytucji, z tego względu, iż za wprowadzeniem ograniczenia prowadzenia działalności gospodarczej przez OFE, polegającego na zakazie reklamy, nie przemawia bezpośrednio ważny interes publiczny. Reklama dotycząca OFE nie stanowi bowiem zagrożenia dla bezpieczeństwa systemu emerytalnego i dla bezpieczeństwa przyszłych emerytów, gdyż OFE prowadzą legalną działalność, szczegółowo uregulowaną przepisami prawa powszechnie obowiązującego. Z

tego względu, zdaniem Prezydenta, budzi wątpliwości pogląd, iż rzetelna, zgodna z prawem reklama działalności prowadzonej przez OFE godzi *per se* w bezpieczeństwo systemu emerytalnego i bezpieczeństwo przyszłych emerytów.

Artykułowi 197 u.o.f.f.e., w części dotyczącej otwartych funduszy emerytalnych i powszechnych towarzystw emerytalnych, art. 197a u.o.f.f.e. oraz art. 36 ustawy nowelizującej Prezydent zarzuca także niezgodność z, wywodzoną z art. 2 Konstytucji, zasadą określoności przepisów.

Ustawa o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych, w przeciwieństwie do innych ustaw ustanawiających zakazy reklamy, nie zawiera definicji pojęcia „reklama”.

Brak takiej definicji, przy istnieniu w polskim systemie prawnym wielu definicji tego pojęcia, może powodować, iż adresaci norm prawnych dekodowanych z zaskarżonych przepisów nie będą mogli precyzyjnie określić, jakie działanie jest zabronione. Szczególnie problematyczne, na gruncie tych przepisów, może być odróżnienie reklamy od dopuszczonej ustawą informacji zamieszczanej przez OFE na stronie internetowej, zwłaszcza że w dzisiejszych czasach reklama internetowa jest jedną z najbardziej rozpowszechnionych.

Merytoryczne odniesienie się do zarzutów wniosku poprzedzić należy rozważeniem dopuszczalnego zakresu przedmiotu kontroli w trybie niniejszego wniosku.

W punkcie pierwszym i drugim petitum wniosku ocenie poddane zostały te same regulacje ustawowe z punktu widzenia ochrony konstytucyjnych praw i wolności konstytucyjnych stron stosunku prawnego członkostwa w OFE.

Pierwsza z nich, tj. art. 141 ust. 2 u.o.f.f.e., w brzmieniu nadanym ustawą nowelizującą, stanowi, że:

„[a]ktywa otwartego funduszu nie mogą być lokowane w kategoriach lokat, o których mowa w ust. 1:

- 1) pkt 1-4;
- 2) pkt 33 i 34, jeżeli są gwarantowane przez Skarb Państwa.”.

Art. 141 ust. 2 u.o.f.f.e. wyłącza zatem możliwość lokowania aktywów otwartych funduszy emerytalnych w określone ustawą kategorie lokat.

Przepis ten Wnioskodawca, w aspekcie art. 2 oraz art. 67 ust. 1 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji, poddał kontroli w związku z art. 4 pkt 33, art. 23 ust. 1 i art. 35 ustawy nowelizującej (pkt I ppkt 1 petitum wniosku), w płaszczyźnie zaś art. 2 oraz art. 22 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji - w związku z art. 23 ust. 1-6, ust. 9 i ust. 15-18 oraz art. 35 ustawy nowelizującej (pkt II ppkt 1 petitum wniosku).

Art. 4 pkt 33 ustawy nowelizującej, zakwestionowany jako przepis związkowy z art. 141 ust. 2 u.o.f.f.e., stanowi, że: „uchyla się art. 175-180;”.

Na mocy art. 4 pkt 33 ustawy nowelizującej w ustawie o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych uchylone zatem zostały dotychczasowe przepisy dotyczące instytucji minimalnej stopy zwrotu, niedoboru powstałego w OFE i jego pokrywania oraz gwarancji jego pokrycia przez Skarb Państwa, jeżeli nie może być on pokryty ze środków Funduszu Gwarancyjnego.

Obowiązujące przed dniem wejścia w życie ustawy nowelizującej przepisy art. 175-180 u.o.f.f.e. stanowiły element konstrukcji prawnej, zapewniającej bezpieczeństwo środkom przekazywanym OFE na przyszłą emeryturę. Podobną funkcję pełniły również przepisy art. 141 ust. 1 u.o.f.f.e., wymieniające kategorie lokat, w jakie mogą być lokowane aktywa funduszu. Niemniej jednak, minimalna stopa zwrotu, niedobór i gwarancje jego pokrycia (art. 175-180 u.o.f.f.e.) oraz kategorie lokat (art. 141 u.o.f.f.e.) to odrębne instytucje prawne i z tego względu dla odczytania treści normy prawnej wymieniającej kategorie lokat, w jakie mogą być lokowane aktywa OFE (art. 141 u.o.f.f.e.), nie były istotne regulacje zawarte w art. 175-180 u.o.f.f.e.

Przepisy art. 175-180 u.o.f.f.e. nie pozostawały zatem w związku treściowym z art. 141 u.o.f.f.e.

Tym bardziej więc w takim związku - z art. 141 ust. 2 u.o.f.f.e., wyłączającym możliwość lokowania aktywów otwartych funduszy emerytalnych w określone kategorie lokat - nie pozostaje przepis art. 4 pkt 33 ustawy nowelizującej, uchylający przepisy art. 175-180 u.o.f.f.e.

Wnioskodawca nie zakwestionował ani trybu uchwalenia art. 4 pkt 33 ustawy nowelizującej, ani sposobu jego wejścia w życie.

Zauważyć zaś należy, iż w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego przyjmuje się, że kontrola przepisów zmieniających może mieć miejsce w zasadzie jedynie wówczas, gdy kwestionowany jest tryb uchwalenia przepisów ustawy lub sposób ich wejścia w życie [*vide* – wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 2 września 2008 r. w sprawie o sygn. K 35/06, OTK ZU(A) z 2008 r. Nr 7, poz. 120].

Z analizy wniosku wynika natomiast, iż uchylenie przez art. 4 pkt 33 ustawy nowelizującej art. 175-180 u.o.f.f.e. stanowi jeden z argumentów służących wykazaniu niekonstytucyjności art. 141 ust. 2 u.o.f.f.e.

Zarzut dotyczy zatem przepisu art. 141 ust. 2 u.o.f.f.e., co powoduje, że brak jest uzasadnienia dla zarzutu naruszenia art. 2 i art. 67 ust. 1 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji przez art. 4 pkt 33 ustawy nowelizującej.

W tej sytuacji, art. 4 pkt 33 ustawy nowelizującej nie może być przedmiotem kontroli jako przepis związkowy dla art. 141 ust. 2 u.o.f.f.e., i – wobec braku uzasadnienia zarzutu niekonstytucyjności tego przepisu, jak i zarzutu naruszenia trybu jego uchwalenia – nie może też stanowić samodzielnego przedmiotu kontroli.

W tym zakresie zatem postępowanie, na podstawie art. 39 ust. 1 pkt 1 ustawy o Trybunale Konstytucyjnym, podlega umorzeniu, z uwagi na niedopuszczalność orzekania.

W normatywnym związku z art. 141 ust. 2 u.o.f.f.e. nie pozostają także przepisy art. 23 i art. 35 ustawy nowelizującej.

Art. 23 ustawy nowelizującej nałożył bowiem na otwarte fundusze emerytalne obowiązek umorzenia w dniu 3 lutego 2014 r. 51,5% jednostek rozrachunkowych zapisanych na rachunku każdego członka funduszu na dzień 31 stycznia 2014 r. i do przekazania w dniu 3 lutego 2014 r. do ZUS określonej kategorii aktywów, o wartości odpowiadającej sumie wartości umorzonych jednostek rozrachunkowych, w ustalonej kolejności i według określonych zasad (ust. 1 – 5, ust. 9, ust. 15 – 18), zaś art. 35 tejże ustawy – obowiązek lokowania w latach 2015-2017 aktywów w określone w nim kategorie lokat.

Z treści wniosku wynika zaś, że Wnioskodawca naruszenia art. 2 i art. 67 ust. 1 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji przez art. 141 ust. 2 u.o.f.f.e. oraz art. 23 (w zakresie wskazanym w petitum wniosku) i art. 35 ustawy nowelizującej upatruje w niezapewnieniu (naruszeniu) gwarancji bezpieczeństwa II filara ubezpieczeń emerytalnych, zwłaszcza dla tej grupy ubezpieczonych, którzy przystąpili do OFE dobrowolnie oraz dla których OFE otworzyły konto na podstawie art. 128 u.o.f.f.e., a także w „arbitral[ny]m] pozbawieni[u] ubezpieczonego jego praw w odniesieniu do części środków, mających formę prawną jednostek rozrachunkowych (51,5%) przenoszonych z OFE, do którego wcześniej dobrowolnie przystąpił”. Także ograniczenie wolności działalności gospodarczej (art. 22 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji) i naruszenie art. 2 Konstytucji, zdaniem Prezydenta, polega na tym, że OFE zobowiązane zostały do przekazania 51,5% aktywów do ZUS oraz do lokowania pozostałych 48,5% aktywów w najbliższych 4 latach w określone kategorie lokat w ustalonej minimalnej wysokości.

Z uwagi na taki sposób ujęcia zarzutów przyjąć, jak się wydaje, należy, iż art. 23, w zaskarżonym zakresie, i art. 35 ustawy nowelizującej mogą stanowić samodzielny przedmiot kontroli.

Kolejna kwestia dotyczy dopuszczalnego zakresu kontroli art. 23 ustawy nowelizującej.

Przepis ten, jak już wyżej wskazano, zobowiązał OFE do umorzenia w dniu 3 lutego 2014 r. części jednostek rozrachunkowych zapisanych na kontach ubezpieczonych i do przekazania do ZUS aktywów (ust. 1) określonej kategorii i w ustalonej kolejności (ust. 2), według reguł określonych w kolejnych ustępach (ust. 3 – 5, ust. 9, ust. 15 – 17). W art. 23 ust. 18 ustawy nowelizującej zawarte zaś zostało fakultatywne upoważnienie dla Rady Ministrów do określenia szczegółowego sposobu i trybu przekazywania aktywów przez OFE do ZUS.

Art. 23 ust. 1 ustawy nowelizującej jest przepisem przejściowym, jednorazowo regulującym sytuację prawną otwartych funduszy emerytalnych w konkretnym dniu, tj. 3 lutego 2014 r., i według stanu na konkretny dzień (31 stycznia 2014 r.), według zasad przyjętych w kolejnych ustępach tego artykułu.

Z uwagi na to, że wyznaczony w art. 23 ust. 1 ustawy nowelizującej termin do dokonania przez OFE jednorazowej czynności w postaci umorzenia jednostek rozrachunkowych i przekazania aktywów do ZUS już upłynął, to zawarte w tym artykule przepisy ustępów 2 – 6, ust. 9 i ust. 15 – 18, określające zasady, według jakich ma nastąpić przekazywanie aktywów, obowiązek posiadania na konkretny dzień aktywów o określonej wartości, sposób obliczania wartości jednostek rozrachunkowych oraz fakultatywne upoważnienie dla Rady Ministrów do określenia szczegółowego sposobu i trybu dokonania owego przekazania, uległy już „skonsumowaniu” i nie mogą znaleźć zastosowania po dniu 3 lutego 2014 r.

Przepisy te zatem, choć nie zostały formalnie derogowane, utraciły *de facto* moc obowiązującą. Z treści wniosku nie wynika natomiast argumentacja uzasadniająca konieczność orzekania o art. 23 ust. 2 – 6, ust. 9 i ust. 15 – 18 ustawy nowelizującej, w rozumieniu art. 39 ust. 3 ustawy o Trybunale Konstytucyjnym.

Z tego względu, na podstawie art. 39 ust. 1 pkt 3 ustawy o Trybunale Konstytucyjnym, postępowanie w zakresie kontroli art. 23 ust. 2-6, ust. 9 i ust.

15-18 ustawy nowelizującej podlega umorzeniu, z uwagi na utratę przez nie mocy obowiązującej przed wydaniem orzeczenia przez Trybunał Konstytucyjny.

Jeśli chodzi zaś o opisany w pkt II petitum wniosku zarzut niezgodności art. 141 ust. 2 u.o.f.f.e. w zw. art. 23 ust. 1 ustawy nowelizującej z art. 2 Konstytucji z tego powodu, że ustawodawca pozostawił OFE i PTE zbyt krótki czas na przygotowanie do dokonania w dniu 3 lutego 2014 r. umorzenia części jednostek rozrachunkowych, przekazania określonych aktywów do ZUS o wartości odpowiadającej sumie wartości umorzonych jednostek rozrachunkowych na dzień 31 stycznia 2014 r. oraz na dostosowanie polityki inwestycyjnej do nowych reguł, to przedstawiona we wniosku argumentacja, uzasadniająca naruszenie zasady zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa, straciła już aktualność. Upłynął już bowiem termin dokonania tych czynności, zaś OFE wykonały obowiązki nałożone na nie ustawą.

W takim zakresie zatem przepis ten również został „skonsumowany”.

Wnioskodawca nie uprawdopodobnił zaś, że ewentualna eliminacja tego przepisu będzie stanowić skuteczny środek przywrócenia ochrony praw naruszonych przez kwestionowane rozwiązanie [*vide* – wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 8 czerwca 2011 r. w sprawie o sygn. K 3/09, OTK ZU(A) z 2011 r. Nr 5, poz. 39].

Z tego względu, postępowanie w części odnoszącej się do oceny terminu, tj. daty 3 lutego 2014 r., również podlega umorzeniu na podstawie art. 39 ust. 1 pkt 3 ustawy o Trybunale Konstytucyjnym.

Kolejny problem dotyczy zakresu zaskarżenia przepisów art. 11 ustawy nowelizującej i art. 39a u.s.u.s.

W myśl art. 11 ustawy nowelizującej:

- „1. 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.
2. 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.

3. Informację, o której mowa w ust. 2 pkt 2, otwarty fundusz emerytalny sporządza w zakresie określonym w art. 191 ust. 1 i 1a ustawy zmienianej w art. 4, w brzmieniu nadanym niniejszą ustawą, z wyłączeniem informacji o środkach znajdujących się na rachunku członka, terminach dokonanych wpłat składek i wypłat transferowych oraz przeliczeniu tych składek i wypłat transferowych na jednostki rozrachunkowe.
4. Termin, o którym mowa w ust. 2, uważa się za zachowany, jeżeli przed jego upływem oświadczenie zostało nadane w polskiej placówce pocztowej operatora wyznaczonego w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. - Prawo pocztowe (Dz. U. poz. 1529).
5. Wzór oświadczenia oraz informacje, o których mowa w ust. 2, są udostępniane w szczególności:
 - 1) w Zakładzie Ubezpieczeń Społecznych i jego terenowych jednostkach organizacyjnych oraz na stronach internetowych Zakładu Ubezpieczeń Społecznych oraz
 - 2) na stronach internetowych urzędu obsługującego ministra właściwego do spraw zabezpieczenia społecznego, urzędu obsługującego ministra właściwego do spraw finansów publicznych i Komisji Nadzoru Finansowego.
6. W przypadku złożenia oświadczenia, o którym mowa w ust. 2, ubezpieczony oświadcza, że chce, aby składka była przekazywana do otwartego funduszu emerytalnego, którego jest członkiem, albo wpisuje nazwę innego otwartego funduszu emerytalnego, do którego ma być przekazywana składka, a Zakład Ubezpieczeń Społecznych informuje o tym wpisany w oświadczeniu otwarty fundusz emerytalny.
7. Jeżeli w oświadczeniu, o którym mowa w ust. 2, ubezpieczony wpisze inny otwarty fundusz emerytalny niż ten, którego jest

członkiem, przepisy rozdziału 7 ustawy zmienianej w art. 4, w brzmieniu nadanym niniejszą ustawą, stosuje się odpowiednio, z zastrzeżeniem ust. 8.

8. Jeżeli ubezpieczony nie zawrze umowy z wpisanym w oświadczeniu, o którym mowa w ust. 7, otwartym funduszem emerytalnym, składka, o której mowa w art. 22 ust. 3 pkt 1 lit. a ustawy zmienianej w art. 5, w brzmieniu nadanym niniejszą ustawą, jest odprowadzana do otwartego funduszu emerytalnego, którego ubezpieczony jest członkiem.
9. Otwarty fundusz emerytalny przekazuje informację, o której mowa w ust. 2 pkt 2, do Zakładu Ubezpieczeń Społecznych do dnia 28 lutego 2014 r.
10. Rada Ministrów określi, w drodze rozporządzenia, wzór oświadczenia, o którym mowa w ust. 2, uwzględniając, że w jego treści znajduje się aktualny wykaz wszystkich nazw otwartych funduszy emerytalnych oraz biorąc pod uwagę konieczność zapewnienia sprawności przebiegu procesu składania oświadczeń i ochrony interesu ubezpieczonych.”.

Zgodnie z art. 39a u.s.u.s.:

- „1. Począwszy od 2016 r., co cztery lata, w okresie od dnia 1 kwietnia do dnia 31 lipca, członek otwartego funduszu emerytalnego lub osoba, której Zakład ewidencjonuje składkę na subkoncie, o którym mowa w art. 40a, zgodnie z art. 22 ust. 3 pkt 2, może złożyć do Zakładu 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, zgodne ze wzorem oświadczenie o:

- 1) przekazywaniu do otwartego funduszu emerytalnego składki, o której mowa w art. 22 ust. 3 pkt 1 lit. a, począwszy od składki opłaconej za lipiec;
 - 2) zewidencjonowaniu składki, o której mowa w art. 22 ust. 3 pkt 2, na subkoncie, o którym mowa w art. 40a, począwszy od składki opłaconej za miesiąc, w którym złożono wniosek.
2. W przypadku osób, których składka była ewidencjonowana na subkoncie, o którym mowa w art. 40a, zgodnie z art. 22 ust. 3 pkt 2 i które nie były członkami otwartego funduszu emerytalnego, przepisy art. 39 ust. 1 i 1a stosuje się odpowiednio, z tym że:
- 1) termin 4 miesięcy liczy się od dnia złożenia oświadczenia, o którym mowa w ust. 1 pkt 1;
 - 2) Zakład odprowadza składkę do wybranego otwartego funduszu emerytalnego nie wcześniej, niż poczynając od składki opłaconej za lipiec.
3. W przypadku złożenia oświadczenia, o którym mowa w ust. 1 pkt 1, ubezpieczony oświadcza, że chce, aby składka była przekazywana do otwartego funduszu emerytalnego, którego jest członkiem, albo wpisuje nazwę otwartego funduszu emerytalnego, do którego ma być przekazywana składka, a Zakład Ubezpieczeń Społecznych informuje o tym wpisany w oświadczeniu otwarty fundusz emerytalny.

4. W przypadku złożenia oświadczenia, o którym mowa w ust. 1 pkt 1, przepisy rozdziału 7 ustawy z dnia 28 sierpnia 1997 r. o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych stosuje się odpowiednio.
5. Jeżeli ubezpieczony nie zawrze umowy z wpisanym w oświadczeniu, o którym mowa w ust. 1 pkt 1, otwartym funduszem emerytalnym, składka, o której mowa w art. 22 ust. 3:
 - 1) pkt 1 lit. a, jest przekazywana do otwartego funduszu emerytalnego, którego ubezpieczony jest członkiem - w przypadku ubezpieczonego będącego członkiem otwartego funduszu emerytalnego;
 - 2) pkt 2, jest ewidencjonowana na subkoncie, o którym mowa w art. 40a - w przypadku ubezpieczonego niebędącego członkiem otwartego funduszu emerytalnego.
6. Minister właściwy do spraw zabezpieczenia społecznego określi, w drodze rozporządzenia, wzory oświadczeń, o których mowa w ust. 1, uwzględniając, że w jego treści znajduje się aktualny wykaz wszystkich nazw otwartych funduszy emerytalnych, oraz biorąc pod uwagę konieczność zapewnienia ochrony interesu ubezpieczonych, prawidłowości przekazywania lub ewidencjonowania składek oraz uwzględniając wymogi kompletności oświadczenia.”.

Przepisom tym Prezydent zarzucił nieproporcjonalne naruszenie prawa do zabezpieczenia społecznego po osiągnięciu wieku emerytalnego, wolności działalności gospodarczej oraz zasady zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa, z tego powodu, że warunkiem dalszego odprowadzania składki do otwartego funduszu emerytalnego jest złożenie przez ubezpieczonego stosownego oświadczenia, o którym mowa w tych przepisach.

Taki zarzut można jednak sformułować pod adresem art. 11 ust. 2 ustawy nowelizującej i art. 39a ust. 1 u.s.u.s., wprowadzających takie rozwiązania, co

powoduje, że wniosek nie zawiera argumentacji na poparcie zarzutów stawianych pozostałym ustępom zaskarżonych artykułów ustawowych.

Z tego względu, przedmiot oceny w niniejszym postępowaniu stanowić powinny art. 11 ust. 2 ustawy nowelizującej oraz art. 39a ust. 1 u.s.u.s.

W pozostałym zakresie natomiast postępowanie, na podstawie art. 39 ust. 1 pkt 1 ustawy o Trybunale Konstytucyjnym, podlega umorzeniu, z uwagi na niedopuszczalność orzekania.

Odniesienie się do zarzutów sformułowanych pod adresem przepisów zakwestionowanych w punkcie I i II petitum wniosku poprzedzić należy przypomnieniem, iż z dniem 1 stycznia 1999 r. nastąpiła zasadnicza reforma polskiego systemu emerytalnego. Trzon tej reformy stanowiły ustawa z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych, ustawa z dnia 28 sierpnia 1997 r. o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych oraz ustawa z dnia 17 grudnia 1998 r. o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 1440 ze zm.), zwana dalej ustawą emerytalną. Założeniem tej reformy było zapewnienie bezpieczeństwa systemu emerytalnego poprzez dywersyfikację źródeł świadczeń emerytalnych, a tym samym zmniejszenie partycypacji państwa w finansowaniu emerytur.

Ówczesny ustawodawca, odchodząc od emerytalnego modelu repartycyjnego opartego na systemie zdefiniowanego świadczenia, zachował go dla osób, które w dniu wejścia w życie nowych regulacji ukończyły 50 rok życia (ubezpieczonych urodzonych przed dniem 1 stycznia 1949 r.).

Dla ubezpieczonych urodzonych po dniu 31 grudnia 1948 r. został natomiast utworzony nowy system emerytalny, składający się z trzech elementów, tzw. filarów:

I filar – obowiązkowy (repartycyjny), finansowany składką na ubezpieczenie emerytalne i rentowe, zapewniający powszechną emeryturę w wysokości zależnej od wielkości kapitału zgromadzonego (i zwaloryzowanego)

przez ubezpieczonego w ZUS z opłaconych składek wraz z kapitałem początkowym;

II filar – oparty na przymusie ubezpieczenia emerytalnego w prywatnym funduszu emerytalnym dla ubezpieczonych urodzonych po dniu 31 grudnia 1968 r., dobrowolny zaś dla ubezpieczonych urodzonych po dniu 31 grudnia 1948 r., a przed dniem 1 stycznia 1969 r., finansowany częścią składki na ubezpieczenie emerytalne;

III filar – dobrowolne ubezpieczenie emerytalne.

Ustawa o systemie ubezpieczeń społecznych, wprowadzając obowiązkowe ubezpieczenie emerytalne obywateli i obowiązek opłacania na nie składki, w art. 22 ust. 1 pkt 1 ustaliła, że stopa procentowa składki na ubezpieczenie emerytalne wynosi 19,52% podstawy wymiaru. Składki na ubezpieczenie emerytalne, zgodnie z art. 16 ust. 1 u.s.u.s., dla zdecydowanej większości ubezpieczonych (w tym pracowników) są finansowane z własnych środków przez ubezpieczonego i płatnika składek w równych częściach, tj. po 9,76% podstawy wymiaru.

Ustawa ta przewidywała jednocześnie podział części składki, pochodzącej ze składki finansowanej przez ubezpieczonego, i jej odprowadzanie przez ZUS do wybranego przez ubezpieczonego otwartego funduszu emerytalnego. Podział ten, stosownie do art. 111 ust. 1 u.s.u.s., jest obowiązkowy dla osób urodzonych po dniu 31 grudnia 1968 r.

Początkowo, stosownie do art. 22 ust. 3 u.s.u.s., do otwartego funduszu emerytalnego odprowadzana była część składki na ubezpieczenie emerytalne, pochodzącej ze składki ubezpieczonego, wynosząca 7,3% podstawy wymiaru.

Następnie, od dnia 1 maja 2011 r., wielkość części składki odprowadzanej do OFE została na lata 2012-2016 zmieniona (w 2012 r. wynosiła 2,3% podstawy wymiaru, a w latach 2015 – 2016 wynosić miała 3,3% podstawy wymiaru). Pozostałość tej części składki ewidencjonowana była na subkoncie prowadzonym przez ZUS w ramach prowadzonego już konta (art.

40a u.s.u.s.) [art. 7, art. 21 i art. 22 ustawy z dnia 25 marca 2011 r. o zmianie niektórych ustaw związanych z funkcjonowaniem systemu ubezpieczeń społecznych (Dz. U. Nr 75, poz. 398)].

Pierwotny podział składki na pozostawianą na indywidualnym koncie w ZUS część repartycyjną oraz część kapitałową, przekazywaną do otwartych funduszy emerytalnych - według ówczesnych projektodawców - miał zapewnić możliwość uzyskania przez ubezpieczonych, w przyszłości, wyższej emerytury. Zakładano, że inwestycje środków na rynku kapitałowym przyniosą większe korzyści niż ich pomnażanie w wyniku waloryzacji przeprowadzanych przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych.

Ze środków zgromadzonych przez ubezpieczonego w otwartym funduszu emerytalnym oraz na subkoncie w ZUS wypłacana miała być emerytura kapitałowa w postaci emerytury okresowej lub emerytury dożywotniej [art. 7 ustawy z dnia 21 listopada 2008 r. o emeryturach kapitałowych (Dz. U. Nr 228, poz. 1507 ze zm.)].

Prawo do emerytury kapitałowej i jej wysokość ustalał ZUS. Zakład Ubezpieczeń Społecznych, jako podmiot wykonujący zadania z zakresu ubezpieczeń społecznych, zobowiązany jednocześnie został do powiadomienia otwartego funduszu emerytalnego o wpłynięciu wniosku o ustalenie prawa do emerytury (okresowej lub dożywotniej), zaś fundusz – do przekazania środków na wypłatę emerytury okresowej (art. 17) lub składki na wypłatę emerytury dożywotniej (art. 18).

Otwarte fundusze emerytalne to podmioty wykonujące zadania z zakresu ubezpieczeń społecznych, których przedmiotem działalności jest gromadzenie i lokowanie składki na ubezpieczenie emerytalne (art. 3 ust. 1 pkt 2 u.s.u.s.).

Podstawę utworzenia otwartych funduszy emerytalnych stanowią przepisy ustawy o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych.

Fundusz emerytalny, zgodnie z art. 2 ust. 1 u.o.f.f.e., jest osobą prawną, której przedmiotem działalności, przed dniem wejścia w życie ustawy

nowelizującej, było, stosownie do art. 2 ust. 2 u.o.f.f.e., „gromadzenie środków pieniężnych, ich lokowanie, z przeznaczeniem na wypłatę członkom funduszu po osiągnięciu przez nich wieku emerytalnego, i wypłata okresowych emerytur kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 21 listopada 2008 r. o emeryturach kapitałowych (Dz. U. Nr 228, poz. 1507, ze zm.)”.

Celem polityki inwestycyjnej otwartego funduszu emerytalnego jest osiągnięcie, przy zachowaniu zasady maksymalnego bezpieczeństwa lokat, rentowności na możliwie maksymalnym poziomie (art. 139 u.o.f.f.e.).

Organem funduszu jest towarzystwo emerytalne (art. 3 ust. 1 u.o.f.f.e.). Towarzystwo prowadzi działalność w formie spółki akcyjnej (art. 27 ust. 1 u.o.f.f.e.). Przedmiotem przedsiębiorstwa towarzystwa jest tworzenie i zarządzanie funduszem oraz jego reprezentacja wobec osób trzecich. Zarządzanie funduszem jest odpłatne (art. 29 u.o.f.f.e.).

Wszyscy ubezpieczeni objęci nowym systemem emerytalnym, urodzeni po dniu 31 grudnia 1968 r., oraz ci, którzy przystąpili do funduszu dobrowolnie, stali się członkami OFE. Osoby te mogą być członkami tylko jednego funduszu. Członkostwo następuje na podstawie umowy członkowskiej z funduszem (art. 81 u.o.f.f.e.). Z chwilą przystąpienia przez członka do funduszu, fundusz ten otwiera dla niego rachunek, na który są wpłacane składki oraz przekazywane wypłaty transferowe (art. 98 u.o.f.f.e.), które z kolei są przeliczane na jednostki rozrachunkowe (art. 99 ust. 1 u.o.f.f.e.). Członek funduszu nie może rozporządzać środkami zgromadzonymi na rachunku otwartego funduszu, z wyjątkiem rozporządzenia na wypadek śmierci (art. 107 u.o.f.f.e.), a środki zgromadzone na tym rachunku nie podlegają egzekucji (art. 108 u.o.f.f.e.). Jeśli zaś małżeństwo członka otwartego funduszu uległo rozwiązaniu przez rozwód lub zostało unieważnione, środki zgromadzone na rachunku członka funduszu, przypadające byłemu współmałżonkowi w wyniku podziału majątku wspólnego małżonków, są przekazywane w ramach wypłaty transferowej na rachunek byłego współmałżonka w otwartym funduszu (art. 126 u.o.f.f.e.).

Składki wpłacone do funduszu, nabyte za nie lub w związku z nimi prawa i pożytki z tych praw stanowią aktywa funduszu (art. 6 ust. 1 u.o.f.f.e.). Wartość tych aktywów netto ma wpływ na wartość jednostki rozrachunkowej, gdyż jej wartość w dniu przeliczenia, stosownie do art. 11 ust. 1a u.o.f.f.e., jest ustalana przez podzielenie wartości aktywów netto funduszu w dniu przeliczenia przez liczbę jednostek rozrachunkowych zapisanych w tym dniu na rachunkach prowadzonych przez fundusz. Fundusz zaś może pobierać opłaty w formie potrącenia określonej procentowo kwoty z wpłacanych składek, która do dnia wejścia w życie ustawy nowelizującej wynosiła nie więcej niż 3,5% (art. 134 u.o.f.f.e.).

Art. 141 ust. 1 u.o.f.f.e., w brzmieniu poprzedzającym wejście w życie ustawy nowelizującej, określał 15 kategorii lokat, w jakie mogły być lokowane aktywa funduszu, zaś art. 142 tejże ustawy przewidywał ograniczenia w postaci limitów wartościowych, do jakich aktywa funduszy emerytalnych mogą być inwestowane w poszczególne rodzaje lokat wymienionych w tym przepisie lub we wszystkich papierach wartościowych jednego emitenta.

Przepisy rozdziału 18 ustawy regulowały instytucję niedoboru i sposobu jego pokrycia, w tym gwarancję pokrycia niedoboru przez Skarb Państwa w przypadku, gdy niedobór nie mógłby być pokryty ze środków Funduszu Gwarancyjnego (art. 180 u.o.f.f.e.).

Ustawą nowelizującą przeprowadzona została reforma dotychczasowego systemu ubezpieczeniowego, polegająca m. in. na zmianie modelu funkcjonowania OFE.

Prezydent RP zakwestionował konstytucyjność niektórych przepisów dotyczących tej reformy.

Na mocy ustawy nowelizującej dotychczasowe obowiązkowe ubezpieczenie emerytalne w OFE dla ubezpieczonych urodzonych po dniu 31 grudnia 1968 r. zostało przekształcone w ubezpieczenie dobrowolne.

Zachowany został natomiast dotychczasowy (wyodrębniający 7,3% podstawy wymiaru) obowiązkowy podział składki na ubezpieczenie emerytalne tej grupy ubezpieczonych.

Ustawa nowelizująca wszystkim ubezpieczonym urodzonym po dniu 31 grudnia 1948 r. pozostawiła prawo wyboru, czy chcą, aby część składki była przekazywana do OFE, zarówno tym, którzy do ubezpieczenia przystąpią po dniu wejścia w życie ustawy nowelizującej (art. 5 pkt 7 lit a ustawy nowelizującej zmieniający art. 39 ust. 1 u.s.u.s.), jak i osobom, które w dniu jej wejścia w życie były dobrowolnymi lub obowiązkowymi uczestnikami OFE (art. 11 ustawy nowelizującej).

Zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy nowelizującej, warunkiem skorzystania z tego uprawnienia po raz pierwszy przez ubezpieczonych, którzy dotychczas objęci byli ubezpieczeniem w II filarze, jest złożenie w ZUS stosownego oświadczenia w terminie do dnia 31 lipca 2014 r. Jednocześnie ustawodawca postanowił, że składki wszystkich ubezpieczonych tej grupy będą przekazywane do OFE do dnia 30 czerwca 2014 r.

Warunkiem skorzystania z tego uprawnienia – w przyszłości – jest również złożenie stosownego oświadczenia w terminach przewidzianych w zakwestionowanym przez Prezydenta art. 39a ust. 1 u.s.u.s., dodanym przez art. 5 pkt 8 ustawy nowelizującej.

Jeśli ubezpieczony nie skorzysta z możliwości odprowadzania składki do OFE, to wówczas część składki wynosząca 7,3% podstawy wymiaru będzie ewidencjonowana na subkoncie w ZUS, o czym stanowi art. 22 ust. 3 pkt 2 u.s.u.s..

Z kolei, w art. 23 ust. 1 ustawy nowelizującej, jak już wyżej wskazano, ustawodawca zobowiązał OFE do umorzenia w dniu 3 lutego 2014 r. 51,5% jednostek rozrachunkowych zapisanych na rachunku każdego członka OFE i do przekazania do ZUS aktywów odpowiadających sumie wartości umorzonych

jednostek według stanu na dzień 31 stycznia 2014 r. (art. 23 ust. 2 ustawy nowelizującej).

W myśl bowiem art. 23 ust. 1 ustawy nowelizującej:

„W dniu 3 lutego 2014 r. otwarty fundusz emerytalny umarza 51,5% jednostek rozrachunkowych zapisanych na rachunku każdego członka otwartego funduszu emerytalnego na dzień 31 stycznia 2014 r. i przekazuje do Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, działającego w imieniu i na rzecz Funduszu Ubezpieczeń Społecznych, aktywa, o których mowa w ust. 2, o wartości odpowiadającej sumie wartości umorzonych jednostek rozrachunkowych.”.

W art. 24 ustawy nowelizującej ustawodawca nałożył natomiast na ZUS obowiązek otwarcia subkonta dla tych osób, które nie miały konta w ZUS, a dla których do dnia 3 lutego 2014 r. otwarty fundusz emerytalny otworzył rachunek zgodnie z art. 128 u.o.f.f.e. (czyli dla byłych współmałżonków, którzy nie posiadali rachunku w OFE), po przekazaniu przez OFE aktywów, stosownie do art. 23 ustawy nowelizującej.

Jednocześnie w art. 141 ust. 2 u.o.f.f.e. wyłączona została możliwość lokowania aktywów otwartych funduszy emerytalnych w następujące kategorie lokat:

- obligacje, bony i inne papiery wartościowe, emitowane przez Skarb Państwa lub Narodowy Bank Polski, a także pożyczki i kredyty, udzielane tym podmiotom (art. 141 ust. 1 pkt 1)
- obligacje, bony i inne papiery wartościowe, emitowane przez rządy lub banki centralne państw, o których mowa w ust. 4 (tj. państw, będących członkami Unii Europejskiej lub stronami umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym, lub członkami Organizacji Współpracy Gospodarczej i Rozwoju), a także pożyczki i kredyty, udzielane tym podmiotom (art. 141 ust. 1 pkt 2);

- obligacje i inne dłużne papiery wartościowe, opiewające na świadczenia pieniężne, gwarantowane lub poręczane przez Skarb Państwa lub Narodowy Bank Polski, a także depozyty, kredyty i pożyczki, gwarantowane lub poręczane przez te podmioty (art. 141 ust. 1 pkt 3);
- obligacje i inne dłużne papiery wartościowe, opiewające na świadczenia pieniężne, gwarantowane lub poręczane przez rządy lub banki centralne państw, o których mowa w ust. 4 (tj. państw, będących członkami Unii Europejskiej lub stronami umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym, lub członkami Organizacji Współpracy Gospodarczej i Rozwoju), a także depozyty, kredyty i pożyczki, gwarantowane lub poręczane przez te podmioty (art. 141 ust. 1 pkt 4);
- gwarantowane 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 (art. 141 ust. 1 pkt 33);
- gwarantowane przez Skarb Państwa obligacje inne niż wymienione w pkt 33, bankowe papiery wartościowe lub listy zastawne, emitowane przez Bank Gospodarstwa Krajowego (art. 141 ust. 1 pkt 34).

W art. 35 ustawy nowelizującej ustawodawca ustalił zaś minimalną wartość lokat aktywów otwartych funduszy emerytalnych, jaka w latach 2014 – 2017 powinna być lokowana w następujących kategoriach lokat:

- akcjach spółek notowanych na rynku regulowanym na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej oraz obligacjach zamiennych na akcje tych spółek, a także notowanych na tym rynku prawach poboru i prawach do akcji (art. 141 ust. 1 pkt 7 u.o.f.f.e.);
- akcjach, prawach poboru i prawach do akcji, będących przedmiotem oferty publicznej na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (art. 141 ust. 1 pkt 8 u.o.f.f.e.);

- akcjach spółek notowanych na rynku regulowanym w państwach innych niż Rzeczpospolita Polska oraz obligacjach zamiennych na akcje tych spółek, a także notowanych na tych rynkach prawach poboru i prawach do akcji (art. 141 ust. 1 pkt 9 u.o.f.f.e.);
- akcjach, prawach poboru i prawach do akcji, będących przedmiotem oferty publicznej na terytorium państw, o których mowa w ust. 4 (art. 141 ust. 1 pkt 10 u.o.f.f.e.).

Stosownie do art. 35 ustawy nowelizującej:

„Do dnia 31 grudnia 2017 r. łączna wartość lokat aktywów otwartego funduszu emerytalnego w kategoriach lokat, o których mowa w art. 141 ust. 1 pkt 7-10 ustawy zmienianej w art. 4, w brzmieniu nadanym niniejszą ustawą, nie może być mniejsza niż:

- 1) 75% wartości tych aktywów do dnia 31 grudnia 2014 r.;
- 2) 55% wartości tych aktywów do dnia 31 grudnia 2015 r.;
- 3) 35% wartości tych aktywów do dnia 31 grudnia 2016 r.;
- 4) 15% wartości tych aktywów do dnia 31 grudnia 2017 r.”.

Zdaniem Prezydenta, omówione przepisy ustawowe nadmiernie ingerują w prawo obywateli do zabezpieczenia społecznego oraz w istotny sposób ograniczają prowadzenie działalności gospodarczej przez otwarte fundusze emerytalne, a nadto przewidziana w nich zmiana systemu ubezpieczeń społecznych dokonana została z naruszeniem zasady zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa.

Zarzutów tych nie można podzielić z następujących powodów.

Celem przeprowadzonej w 1999 r. reformy systemu ubezpieczeń społecznych, jak podkreślał Trybunał Konstytucyjny już od pierwszych orzeczeń dotyczących nowych rozwiązań systemu emerytalnego, było stworzenie stabilnego systemu ubezpieczeń społecznych, urzeczywistniającego prawo do zabezpieczenia społecznego (art. 67 ust. 1 Konstytucji) w warunkach

niekorzystnych trendów demograficznych, prowadzących do wzrostu liczby świadczeniobiorców przy jednoczesnym spadku liczby osób płacących składki na ubezpieczenia społeczne (*vide* - wyroki Trybunału Konstytucyjnego: z dnia 20 grudnia 1999 r. w sprawie o sygn. K. 4 /99, OTK ZU z 1999 r. Nr 7, poz. 165; z dnia 4 stycznia 2000 r. w sprawie o sygn. K. 18/99, OTK ZU z 2000 r. Nr 1 poz. 1; z dnia 4 grudnia 2000 r., w sprawie o sygn. K. 9/00, OTK ZU z 2000 r. Nr 8, poz. 294).

Dokonywane w późniejszym okresie analizy ekonomiczne dotyczące funkcjonowania systemu emerytalnego wskazywały jednak, iż przekazywanie części składki emerytalnej do OFE w ramach tzw. II filara powodowało w kolejnych latach zwiększanie deficytu FUS i narastanie długu publicznego.

Aby przeciwdziałać tej niekorzystnej sytuacji, jaka powstała w sferze finansów publicznych, na mocy wyżej powołanej ustawy z dnia 25 marca 2011 r. o zmianie niektórych ustaw związanych z funkcjonowaniem systemu ubezpieczeń społecznych, dokonany został podział części składki, przekazywanej dotychczas do II filara, i wielkość składki, podlegająca przekazaniu do otwartych funduszy emerytalnych, uległa obniżeniu.

Zmiany te, jak wskazywali ich projektodawcy, podyktowane były tym, że tylko „w 2010 r. wysokość refundacji FUS składki przekazywanej do OFE wyniosła 22,5 mld zł (tj. 1,6 % PKB), zaś od początku reformy emerytalnej w 1999 r. do 2010 r. bezpośredni koszt refundacji z budżetu państwa ubytku składki emerytalnej w FUS wskutek jej przekazania do OFE wyniósł ok. 162 mld zł, a więc ok. 11,5 % przewidywanego na 2010 r. PKB. Po uwzględnieniu kosztu finansowania, koszt refundacji rośnie o kolejne 61,5 mld zł. Jednocześnie, dzięki inwestycjom OFE, wartość aktywów w nich zgromadzonych wynosi obecnie 221,3 mld zł. Dotychczasowy trend wskazuje na to, iż problemy związane z przyrostem długu publicznego w związku z funkcjonowaniem kapitałowej części systemu emerytalnego będą w przyszłości narastać i stanowić istotne obciążenie dla sektora finansów publicznych.

Dotychczasowe doświadczenie wskazuje ponadto, że co pewien czas (nie rzadziej niż co 3 lata) powinien się odbywać przegląd funkcjonowania systemu emerytalnego pod kątem jego efektywności” (Druk Nr 3946 Sejmu VI Kadencji, dostępny na stronach internetowych Sejmu RP).

Jednocześnie, na mocy art. 32 tejże ustawy z dnia 25 marca 2011 r., Rada Ministrów zobowiązana została do dokonywania przeglądu funkcjonowania systemu emerytalnego i przedkładania Sejmowi informacji o skutkach funkcjonowania tej ustawy.

W wykonaniu tego zobowiązania ustawowego Rada Ministrów przedłożyła Sejmowi w dniu 27 września 2013 r. informację w sprawie skutków funkcjonowania systemu ubezpieczeń społecznych.

Z informacji tej wynika, że przeprowadzona w 1999 r. reforma systemu emerytalnego nie przyniosła oczekiwanych rezultatów w postaci zapewnienia bezpieczeństwa i stabilności finansowej systemu ubezpieczeń społecznych i niezbędne jest przeprowadzenie jego zmian. Nie został też osiągnięty zakładany cel reformy - podniesienie wysokości przyszłej emerytury, gdyż, jak wynika z przeprowadzonych obliczeń, „gdyby (...) składki zamiast do OFE trafiały do ZUS (to) [d]la większości osób oznaczałoby to że średnio zyskałyby więcej w ZUS niż w OFE” (Sprawozdanie stenograficzne z 50. Posiedzenia Sejmu w dniu 27 września 2013 r., str. 346, dostępne na stronach internetowych Sejmu RP).

Zakwestionowane we wniosku regulacje ustawowe służyć mają rozwiązaniu problemów, jakie powstały od czasu wejścia w życie reformy z 1999 r., a tym samym - zapewnieniu bezpieczeństwa i stabilności systemu finansów publicznych, w tym powszechnego systemu ubezpieczeń emerytalnych.

Z przedstawionej w uzasadnieniu projektu ustawy nowelizującej obszernej analizy ekonomicznej, podbudowanej stosownymi statystykami, wynika bowiem, że na skutek przekazania w 1999 r. podmiotom prywatnym zarządzania częścią składki na ubezpieczenie emerytalne nastąpił natychmiastowy wzrost kosztów działania systemu emerytalnego i „ubytek

składki” w FUS musiał zostać sfinansowany z budżetu państwa. «Utworzenie OFE i ich funkcjonowanie w dotychczasowej formule spowodowało konieczność finansowania dodatkowych potrzeb pożyczkowych budżetu państwa wynikających z finansowania, z budżetu ubytku składki emerytalnej przekazywanej do OFE od początku reformy emerytalnej (tj. od 1999 r.) oraz wydatków na obsługę dodatkowego długu publicznego z tego tytułu. Wg szacunku MF całkowite zadłużenie Skarbu Państwa z tytułu finansowania dodatkowych potrzeb pożyczkowych związanych z utworzeniem i funkcjonowaniem OFE wyniosło na koniec 2012 r. 279,4 mld zł, co stanowiło 17,5% PKB. Oznacza to, iż dług z tytułu OFE stanowił ponad 30% całego długu publicznego (...) Proponowane zmiany w systemie emerytalnym mają łagodzić negatywne krótko- i średnioterminowe skutki reformy z 1999 r. (...) wpływają (...) na sektor finansów publicznych w związku z pojawieniem się dodatkowych środków w FUS oraz niższymi kosztami obsługi długu Skarbu Państwa. Założono, że w wyniku wyboru połowa członków OFE zdecyduje się na pozostanie w OFE, natomiast druga połowa będzie gromadziła składki na subkoncie w ZUS. Założenie to skutkuje zwiększeniem poziomu składki na ubezpieczenie emerytalne, jaka będzie odprowadzana do FUS. Początkowo, tj. w 2014 r., efekt ten jest niższy od skutków zakładanych na kolejne lata, ponieważ zmiany wprowadzane niniejszą ustawą nie będą obowiązywały przez cały przyszły rok (...) założono, że środki zgromadzone w OFE będą sukcesywnie przekazywane na subkonta w ZUS w ramach tzw. „suwaka bezpieczeństwa”. Z tego tytułu założono, że dochody te będą również powiększały środki funduszu emerytalnego. Dodatni wpływ na sytuację FUS będą miały pożytki z przeniesionych aktywów z OFE do ZUS – m.in. odsetki i kapitał otrzymany w dniu wykupu obligacji gwarantowanych przez Skarb Państwa oraz obligacji komunalnych (...) Kolejnym 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. W warunkach 2014 r. podobny do uzyskanego efekt (tj. 20 mld zł) dałoby pozyskanie kwoty dodatkowych środków w sektorze finansów publicznych poprzez np. podniesienie stawek VAT (podstawowej 23% i obniżonej 8%), które musiałyby wzrosnąć o ok. 4 punkty procentowe każda lub poprzez podniesienie obu stawek PIT o nieco ponad 3 punkty procentowe lub tylko stawki podstawowej (18%) o blisko 3,5 punkty procentowe» (Druk nr 1946 Sejmu RP VII Kadencji, dostępny na stronie internetowej Sejmu RP).

Projektodawcy założyli, iż podstawowym sposobem wypłaty emerytury dla wszystkich ubezpieczonych powinna być wypłata całości świadczenia z FUS - jako że „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. 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. Z kolei druga część aktywów OFE,

czyli akcje, narażone są na ryzyko związane z rynkiem finansowym. Ich wartość podlega fluktuacjom, tzn. oprócz wzrostu może również ta wartość spaść, co miało miejsce m.in. w latach 2007–2009. Zyski osiągane na rynkach finansowych mają często charakter losowy i nie należy przyjmować jako sytuacji pewnej, że da się je trwale utrzymać. W obecnej sytuacji jedynie opłaty i prowizje pobierane przez towarzystwa emerytalne nie są uzależnione ani od sytuacji na rynku kapitałowym, ani od osiągniętych wyników inwestycyjnych” (Druk sejmowy nr 1946, *op. cit.*, str. 4-5).

Wobec braku odpowiednich instrumentów, Prokuratorowi Generalnemu trudno jest ocenić, czy i w jakim stopniu trafne są przeprowadzone analizy ekonomiczne, ale zarazem brak jest także podstaw do kwestionowania owych analiz.

Z tego też powodu nie można ocenić, czy trafne są założenia, jakie stanowiły podstawę rozstrzygnięć ustawodawcy, dotyczących zmian funkcjonowania II filara ubezpieczeń emerytalnych.

Odnosić natomiast należy, iż ocena celowości i trafności rozstrzygnięć ustawodawcy, także dotyczących zabezpieczenia społecznego, „wykracza poza zakres kompetencji sądu konstytucyjnego (zob. wyroki TK: z 22 czerwca 1999 r., sygn. K 5/99; z 12 września 2000 r., sygn. K 1/00; z 4 grudnia 2000 r., sygn. K 9/00; z 24 października 2005 r., sygn. P 13/04; z 24 kwietnia 2006 r., sygn. P 9/05; z 11 grudnia 2006 r., sygn. SK 15/06). Obowiązek wyboru optymalnego w danej sytuacji rozwiązania spoczywa na parlamencie, który ponosi odpowiedzialność polityczną za sposób wykorzystywania kompetencji prawotwórczych. Do Trybunału należy wyłącznie kontrola kwestionowanych aktów normatywnych co do ich zgodności z aktami normatywnymi o wyższej mocy prawnej, przy czym punktem wyjścia tej kontroli jest zawsze domniemanie zgodności ustaw z Konstytucją” [wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 lipca 2012 r. w sprawie o sygn. P 24/10, OTK ZU(A) z 2012 r. Nr 7, poz. 79].

Niewątpliwie zaś można powiedzieć, że celem tej ustawy było zarówno zapewnienie wypłacalności całego systemu emerytalnego, rozumianej również jako zapewnienie realizacji prawa socjalnego obywateli (prawa do emerytury), jak i ochrona innej wartości konstytucyjnej, jaką jest równowaga finansów publicznych.

Wprowadzone ustawą nowelizującą zmiany dotyczące II filara ubezpieczeń emerytalnych znajdują zatem konstytucyjne uzasadnienie w treści art. 67 ust. 1 Konstytucji.

Przepis ten, gwarantując każdemu obywatelowi prawo do zabezpieczenia społecznego w razie niezdolności do pracy z powodu choroby lub inwalidztwa oraz po osiągnięciu wieku emerytalnego, pozostawia ustawodawcy swobodę realizacji tego prawa konstytucyjnego.

Oznacza to, z jednej strony, że ustawodawca jest uprawniony do wyboru rozwiązań systemu emerytalnego, które uważa za optymalne z punktu widzenia potrzeb obywateli oraz rozwoju gospodarczego kraju, z drugiej strony zaś - że z tej normy konstytucyjnej nie wynika prawo do konkretnego świadczenia po osiągnięciu wieku emerytalnego.

Dlatego też, w świetle utrwalonego orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, konstytucyjna ochrona prawa do zabezpieczenia społecznego ograniczona jest do minimalnego zakresu tego prawa, odpowiadającego jego istocie.

Art. 67 ust. 1 Konstytucji nie wyraża, jak poprzednie przepisy konstytucyjne, nakazu „rozwoju ubezpieczenia społecznego” (art. 70 Konstytucji z 1952 r.).

Gwarancje korzystania z konstytucyjnych praw socjalnych, w świetle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, polegają zaś „na takim kształtowaniu rozwiązań ustawowych, które zapewniać będą dopuszczalne stanem budżetu optimum poszanowania tych praw. Jednocześnie, bez względu na intensywność oddziaływania czynników, które mogą hamować zaspokajanie uzasadnionych

potrzeb socjalnych, ustawowa realizacja konstytucyjnego prawa socjalnego nie może nigdy zejść poniżej minimum, które wyznacza istota danego prawa (por. wyrok z 8 maja 2000 r., sygn. SK 22/99, OTK ZU nr 4/2000, poz. 107). Artykuł 67 ust. 1 Konstytucji stanowi zatem podstawę do rozróżnienia: 1) minimalnego zakresu prawa do zabezpieczenia społecznego, odpowiadającego konstytucyjnej istocie tego prawa, oraz 2) sfery uprawnień zagwarantowanych przez ustawę i wykraczających poza konstytucyjną istotę rozważanego prawa. W pierwszym wypadku ustawodawca ma znacznie węższy zakres swobody wprowadzania zmian do systemu prawnego. Nowe rozwiązania prawne nie mogą bowiem naruszać konstytucyjnej istoty prawa do zabezpieczenia społecznego. W drugim wypadku ustawodawca może - co do zasady - znieść uprawnienia wykraczające poza konstytucyjną istotę prawa do zabezpieczenia społecznego. W każdym wypadku zmiany te powinny jednak być dokonywane z wyważeniem innych zasad, norm i wartości konstytucyjnych” [wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 29 maja 2012 r. w sprawie o sygn. SK 17/09, OTK ZU(A) z 2012 r. Nr 5, poz. 53].

Konstytucja nie przesądza natomiast ani o konstrukcji systemu zabezpieczenia emerytalnego, ani o źródłach jego finansowania.

Ponadto, z art. 67 ust. 1 Konstytucji nie tylko nie można wyprowadzić prawa do konkretnego świadczenia służącego realizacji prawa do zabezpieczenia społecznego po osiągnięciu wieku emerytalnego, w omawianym wypadku – do emerytury kapitałowej ze środków gromadzonych w OFE, ale również prawa do podlegania ubezpieczeniu, i to przymusowemu, w OFE.

Niewątpliwie zaś, jak słusznie wskazuje Prezydent, stworzony przez ustawodawcę system zabezpieczenia społecznego powinien być systemem efektywnym, zapewniającym bezpieczeństwo socjalne obywatelom po zakończeniu aktywności zarobkowej z powodu osiągnięcia określonego wieku biologicznego.

Państwo powinno zatem podejmować działania, które zapewnią odpowiednie środki finansowe niezbędne dla realizacji prawa do emerytury, zarówno dla osób aktualnie pobierających świadczenia, jak i dla przyszłych emerytów.

Możliwości zaspokojenia potrzeb świadczeniobiorców, zwłaszcza w czasach kryzysu gospodarczego, są jednak ograniczone, gdyż wyznaczają je sytuacja gospodarcza kraju oraz konieczność ochrony innych wartości konstytucyjnych, zwłaszcza równowagi finansów publicznych, od której zależy zdolność państwa do działania i rozwiązywania różnorodnych problemów.

Równowaga stanu finansów publicznych pod rządami obecnej Konstytucji stała się bowiem «zwerbalizowaną wartością konstytucyjną (...) (art. 216 i art. 220 ust. 1 Konstytucji), przy zastrzeżeniu, że "ustawowa realizacja konstytucyjnego prawa socjalnego nie może jednak nigdy uplasować się poniżej minimum wyznaczonego przez istotę danego prawa" (wyrok z 8 maja 2000 r., sygn. SK 22/99, OTK ZU nr 4/2000, poz. 107). Zwiększenie lub ograniczenie wydatków na realizację praw socjalnych musi odbywać się w zgodzie z regułami określonymi przez Konstytucję, z zastrzeżeniem, że ustawa musi gwarantować świadczenia odpowiadające co najmniej minimum, określone jako zabezpieczenie podstawowych potrzeb (zob. orzeczenia TK z 19 listopada 1996 r., sygn. K. 7/95, OTK ZU nr 6/1996, poz. 49 i z 17 lipca 1996 r., sygn. K. 8/96, OTK ZU nr 4/1996, poz. 32, oraz wyrok z 4 grudnia 2000 r., sygn. K. 9/00, OTK ZU nr 8/2000, poz. 294). (...) treść art. 67 ust. 1 Konstytucji stanowić może argument (*nawet*) za możliwością ograniczenia ochrony praw nabytych do ekspektatyw maksymalnie ukształtowanych, wskazując, że do ustawodawcy należy wybór rozwiązań optymalnych z punktu widzenia potrzeb obywateli i zapewnienia rozwoju gospodarczego kraju, pod warunkiem, że nie dojdzie przy tym do naruszenia istoty prawa do zabezpieczenia społecznego» [wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 24

października 2005 r. w sprawie o sygn. P 13/04, OTK ZU (A) z 2005 r. Nr 9, poz. 102].

Z analizy omówionych wcześniej przepisów art. 11 ust. 2, art. 23 ust. 1 i art. 24 ustawy nowelizującej oraz art. 39a ust. 1 u.s.u.s., zakwestionowanych w aspekcie art. 67 ust. 1 Konstytucji, nie można wyprowadzić wniosku, że umorzenie przez OFE 51,5% jednostek rozrachunkowych i przekazanie do ZUS części aktywów odpowiadającej wartości umorzonych jednostek rozrachunkowych, także tej grupy osób, która dotychczas podlegała dobrowolnemu ubezpieczeniu w II filarze, oraz osób, dla których OFE otworzyły rachunek na podstawie art. 128 u.o.f.f.e., jak również pozostawienie ubezpieczonym dokonania wyboru, czy chcą przystąpić do ubezpieczenia w OFE, może doprowadzić do sytuacji, w której naruszona zostanie istota prawa do emerytury.

W wyniku umorzenia, na podstawie art. 23 ust. 1 ustawy nowelizującej, części jednostek rozrachunkowych zapisanych na rachunku w OFE (tj. 51,5%), osoby dotychczas ubezpieczone w OFE, w tym osoby ubezpieczone dobrowolnie (urodzone między dniem 1 stycznia 1949 r. a dniem 31 grudnia 1968 r.) i osoby, dla których rachunek OFE otworzyły na podstawie art. 128 u.o.f.f.e., nie zostały pozbawione części kapitału, zgromadzonego w funduszu na przyszłą emeryturę.

Wartość środków odpowiadających wartości umorzonych przez OFE jednostek rozrachunkowych została bowiem zaewidencjonowana przez ZUS na subkoncie, prowadzonym dla ubezpieczonego na podstawie art. 40a u.s.u.s., na dzień 31 stycznia 2014 r. (art. 23 ust. 7 ustawy nowelizującej).

Na subkoncie zostały także zaewidencjonowane środki tych osób, dla których OFE otworzyły rachunek na podstawie art. 128 u.o.f.f.e., w tym tej

grupy, dla której ZUS dotychczas nie prowadził konta (art. 24 ustawy nowelizującej).

Również przyszłe składki z części kapitałowej, w tym przekazywane w ramach tzw. suwaka bezpieczeństwa, zostaną zaewidencjonowane na subkoncie.

Wielkość kapitału zaewidencjonowanego na subkoncie będzie zaś stanowić podstawę do obliczenia okresowej emerytury kapitałowej i będzie również uwzględniana przy ustalaniu wysokości emerytury z FUS przyznawanej na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy emerytalnej (art. 7 i art. 17a ustawy z dnia 21 listopada 2008 r. o emeryturach kapitałowych).

Tak więc, środki dotychczas zgromadzone w OFE będą miały wpływ na wielkość przyszłego świadczenia.

Ponadto, środki te, a także składki i odsetki za zwłokę ewidencjonowane na subkoncie, podlegają corocznej waloryzacji, według wskaźnika równego średniorocznej dynamice wartości produktu krajowego brutto w cenach bieżących za okres ostatnich 5 lat poprzedzających termin waloryzacji (art. 40c u.s.u.s.).

Zapewniony zatem został mechanizm utrzymywania realnej wartości kapitału zgromadzonego (zaewidencjonowanego) na subkoncie, w tym kapitału „przeniesionego” do ZUS, na przyszłą emeryturę kapitałową oraz na emeryturę z ZUS, w przypadku, o którym mowa w art. 17a ustawy o emeryturach kapitałowych.

Z kolei, wyrażony w art. 24 ustawy nowelizującej obowiązek ZUS założenia subkonta dla osób, dla których OFE otworzyło rachunek na podstawie art. 128 u.o.f.f.e., a dla których ZUS nie prowadził dotychczas konta, znajduje uzasadnienie w treści art. 67 ust. 1 Konstytucji.

Skoro 51,5% jednostek rozrachunkowych zapisanych na rachunkach tych osób zostało w dniu 3 lutego 2014 r. umorzonych i wartość tych jednostek, w postaci aktywów, została przekazana do ZUS, to dla zagwarantowania tym osobom, że w przyszłości wielkość tych środków będzie stanowiła podstawę do

obliczenia emerytury, konieczne było założenie dla tych osób subkonta, na którym środki te zostaną zaewidencjonowane.

Podkreślić także należy, iż dla środków „przeniesionych” do ZUS ustawodawca przewidział dodatkowe, poza wyrażonymi w art. 2 ust. 3 i art. 62 u.s.u.s., państwowe gwarancje wypłaty z nich świadczenia.

Na mocy art. 23 ust. 11 ustawy nowelizującej Skarb Państwa zobowiązany bowiem został do nabycia od ZUS obligacji i bonów Skarbu Państwa przekazanych przez OFE na podstawie art. 23 ust. 2 tejże ustawy. Jednocześnie Skarb Państwa zagwarantował wypłatę świadczeń emerytalnych z FUS odpowiadających wartości tych aktywów, zaewidencjonowanych na subkontach ubezpieczonych.

Pozostałe aktywa przeniesione zostały do Funduszu Rezerwy Demograficznej. Na mocy zaś art. 23 ust. 12 i 13 ustawy nowelizującej FRD zobowiązany został do przekazania na przychody funduszu emerytalnego FUS środków uzyskanych z wykupu aktywów, o których mowa w art. 23 ust. 2 pkt 2 i 3 tejże ustawy, wraz z pożytkami oraz do przekazania aktywów, o których mowa w art. 23 ust. 2 pkt 4 tejże ustawy, powiększonych o pożytki.

Jak słusznie wskazuje Prezydent, wprowadzona ustawą nowelizującą zmiana polityki inwestycyjnej OFE (art. 141 ust. 2 u.o.f.f.e. i art. 35 ustawy nowelizującej) spowodowała odstępnie od dotychczasowego ukształtowania OFE jako funduszu zrównoważonego ryzyka.

Zatem, konsekwencja tej zmiany - w postaci przyznania w art. 11 ust. 2 ustawy nowelizującej i art. 39a ust. 1 u.s.u.s. ubezpieczonym uprawnienia do podjęcia decyzji, czy podejmą takie ryzyko inwestycyjne - jest racjonalnie uzasadniona.

W rezultacie, konstytucyjnie uzasadnione jest przyznanie ubezpieczonym prawa do złożenia oświadczenia o przekazywaniu składki do OFE (art. 11 ust. 2 ustawy nowelizującej), a następnie, począwszy od 2016 r., co 4 lata,

uprawnienia do złożenia oświadczenia o przekazywaniu składki do OFE lub o jej ewidencjonowaniu na subkoncie w ZUS (art. 39a ust. 1 u.s.u.s.).

Na gruncie takich rozwiązań ustawowych konstytucyjne uzasadnienie znajduje również „domniemanie przynależności do ZUS”, innymi słowy – ewidencjonowanie przyszłych składek z części kapitałowej na subkoncie w ZUS, wówczas gdy ubezpieczony niełoży oświadczenia o przekazywaniu składki do OFE, o czym rozstrzyga, jak już wyżej wskazano, art. 22 ust. 3 pkt 2 u.s.u.s.

Skoro bowiem ustawodawca, w ramach przysługującej mu swobody regulacyjnej, stworzył system, w którym składki na ubezpieczenie emerytalne są pobierane przymusowo, suma składek z części kapitałowej stanowić ma wartość, z której wyliczana jest emerytura kapitałowa i emerytura z ZUS (art. 17 i art. 17a ustawy o emeryturach kapitałowych), zaś odprowadzanie składki do OFE jest dobrowolne, to art. 67 ust. 1 Konstytucji wymaga też, aby w takim systemie zapewniony został mechanizm ich gromadzenia (ewidencjonowania) dla tych osób, które nie skorzystają z możliwości ich przekazywania do OFE.

Nie wydaje się również, aby można było powiedzieć, że nowa polityka inwestycyjna OFE (art. 141 ust. 2 u.o.f.f.e. i art. 35 ustawy nowelizującej), także wobec uchylenia art. 175-180 u.o.f.f.e., może spowodować naruszenie istoty prawa do emerytury. Na marginesie, należy w tym miejscu odnotować, że dotychczasowa instytucja minimalnej stopy zwrotu (art. 175 u.o.f.f.e.) nie była jednolicie w doktrynie traktowana jako instytucja mająca na celu zagwarantowanie bezpieczeństwa wkładów emerytalnych pochodzących ze składek uczestników funduszu emerytalnego. Podnoszono bowiem, że „instytucja minimalnej wymaganej stopy zwrotu kapitału w funduszu emerytalnym (...) jest konstrukcją prawną gwarantującą uzyskanie przez fundusz, a więc także przez jego członków, określonego dochodu, a nie zabezpieczenie przed ewentualną utratą wkładów emerytalnych” (A. Chruścicki,

Ustawa o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych, Komentarz. Komentarz do art. 181, Oficyna 2010, system informatyczny Lex).

Podkreślić wypada, iż wysokość emerytury nie zależy wyłącznie od wielkości środków zgromadzonych w OFE, gdyż na emeryturę z FUS składa się także wielkość kapitału zgromadzonego w I filarze oraz wielkość środków zaewidencjonowanych na subkoncie (art. 17a ustawy o emeryturach kapitałowych).

Na subkoncie tym są także ewidencjonowane środki zgromadzone uprzednio w OFE.

Zgodnie bowiem z art. 22 ust. 3d u.s.u.s., dodanym w ustawie o systemie ubezpieczeń społecznych na mocy art. 5 pkt 3 lit. c ustawy nowelizującej, odprowadzanie składek do OFE może mieć miejsce do ukończenia przez ubezpieczonego wieku niższego o 10 lat od wieku emerytalnego, o którym mowa w art. 24 ustawy emerytalnej. Po osiągnięciu przez ubezpieczonego wskazanego wieku ZUS zaprzestaje odprowadzania składek do OFE 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, zaś OFE obowiązane jest do umorzenia, zgodnie z art. 100 ust. 2 u.o.f.f.e., określonej liczby jednostek rozrachunkowych i do przekazania części środków zgromadzonych na rachunku członka otwartego funduszu, odpowiadającej wartości umorzonych jednostek rozrachunkowych, na rachunek wskazany przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych (art. 111c u.o.f.f.e.). Środki te są ewidencjonowane na subkoncie, prowadzonym przez ZUS w ramach konta ubezpieczonego (art. 40a ust. 1 u.s.u.s.), i podlegają waloryzacji (art. 40c ust. 1 u.s.u.s.).

Regulacje te stanowią zatem jednocześnie instrument chroniący środki gromadzone w otwartych funduszach emerytalnych przed utratą wartości.

Ponadto, ustawodawca przewidział także mechanizmy zapewniające bezpieczeństwo środków dotychczas zgromadzonych na rachunku w OFE (tj. pozostawionych 48,5%), jak i przyszłych składek odprowadzanych do OFE.

Przywołać tu przede wszystkim należy art. 139 u.o.f.f.e.

Przepis ten nakłada bowiem na OFE obowiązek lokowania aktywów zgodnie z przepisami tej ustawy, z zachowaniem dyrektywy osiągnięcia maksymalnego stopnia bezpieczeństwa i rentowności dokonywanych lokat.

Polityka inwestycyjna powinna być zatem przez otwarte fundusze emerytalne prowadzona w sposób zapewniający ochronę realnej wartości aktywów przy jednoczesnym dążeniu do wzrostu ich wartości.

Kolejny instrument gwarantujący ochronę składek przewiduje art. 142 u.o.f.f.e., ustalający ilościowe i jakościowe ograniczenia inwestowania aktywów w poszczególne kategorie lokat. Takie ograniczenia służyć mają także zapewnieniu bezpieczeństwa lokat.

Z kolei, art. 181 i art. 182a u.o.f.f.e. nakładają na OFE obowiązek otwarcia rachunku rezerwowego i rachunku premiowego.

Ponadto, powszechne towarzystwa emerytalne obowiązane są do dokonywania wpłat na Fundusz Gwarancyjny, z którego, zgodnie z art. 187 u.o.f.f.e., są pokrywane szkody, o których mowa w art. 48 ust. 1, w zakresie, w jakim powszechne towarzystwo nie ponosi za nie odpowiedzialności lub szkody te nie mogą być pokryte z jego masy upadłości. Należy w tym miejscu nadmienić, iż, zgodnie z art. 48 ust. 1 u.o.f.f.e., „[t]owarzystwo odpowiada wobec członków funduszu za wszelkie szkody spowodowane niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem swych obowiązków w zakresie zarządzania funduszem i jego reprezentacji, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie tych obowiązków jest spowodowane okolicznościami, za które towarzystwo nie ponosi odpowiedzialności i którym nie mogło zapobiec mimo dołożenia najwyższej staranności”.

Niezależnie od tego przepisy art. 200 - 210 u.o.f.f.e. przewidują sprawowanie przez Komisję Nadzoru Finansowego nadzoru nad bieżącą działalnością OFE. W ramach nadzoru KNF, m. in. w przypadku stwierdzenia naruszeń prawa lub interesu członków funduszu, powiadamia towarzystwo, depozytariusza lub osobę trzecią, której fundusz lub towarzystwo powierzyły wykonywanie niektórych czynności, o stwierdzonych nieprawidłowościach i wyznacza termin do ich usunięcia. Jeśli, po wyczerpaniu trybu przewidzianego w art. 204 u.o.f.f.e., w wyznaczonym terminie nie zostaną usunięte nieprawidłowości, KNF może nałożyć na towarzystwo, depozytariusza lub osobę trzecią, której fundusz lub towarzystwo powierzyło wykonywanie niektórych czynności, karę pieniężną w wysokości do 500.000 zł. W przypadku zaś stwierdzenia rażącego naruszenia prawa lub rażącego naruszenia interesu członków funduszy, KNF może nałożyć na towarzystwo, depozytariusza lub osobę trzecią, której fundusz lub towarzystwo powierzyły wykonywanie niektórych czynności, karę pieniężną w wysokości do 500.000 zł, bezpośrednio po stwierdzeniu tych naruszeń. Stosownie zaś do art. 204a u.o.f.f.e., KNF również może przeprowadzić kontrolę działalności funduszu, towarzystwa, depozytariusza, a także osoby trzeciej, której fundusz lub towarzystwo powierzyły wykonywanie niektórych czynności. Jeżeli towarzystwo lub fundusz prowadzą działalność z naruszeniem prawa, statutu lub rażącym naruszeniem interesów członków funduszu, KNF, niezależnie od innych środków nadzorczych, może nałożyć na członka zarządu towarzystwa emerytalnego, odpowiedzialnego za te naruszenia, karę pieniężną (art. 204c u.o.f.f.e.).

Z kolei, przepisy rozdziału 20 u.o.f.f.e. określają obowiązki informacyjne funduszy wobec członków, osób, które złożyły wniosek o przyjęcie do funduszu, a także wobec organu nadzoru.

Informacje te, a także deklaracje zasad polityki inwestycyjnej funduszu powinny umożliwić ubezpieczonym ocenę ryzyka inwestycyjnego i podjęcie decyzji co do przystąpienia do funduszu lub dalszego w nim uczestnictwa.

Ocenę taką umożliwiają również przepisy rozdziału 17 u.o.f.f.e., dotyczące wyceny aktywów i stopy zwrotu, jak i przepisy art. 28 ustawy nowelizującej, zobowiązujące otwarte fundusze emerytalne do ustalania, w okresie od dnia 1 lipca 2014 r. do dnia 30 czerwca 2016 r., okresowej stopy zwrotu w każdym dniu wyceny i do podawania jej do publicznej wiadomości oraz przekazywania do organu nadzoru.

Stosownie zaś do art. 100c u.o.f.f.e., środki zgromadzone w funduszu mają być przekazywane przez OFE do ZUS i ewidencjonowane na subkoncie na 10 lat przed osiągnięciem przez ubezpieczonego wieku emerytalnego (tzw. suwak bezpieczeństwa). Celem tego mechanizmu jest zmniejszenie negatywnych konsekwencji wahań rynkowych dla wysokości przyszłej emerytury.

Czynnikiem redukującym narażenie środków gromadzonych przez ubezpieczonych na przyszłą emeryturę jest także, przewidziane w ustawie o systemie ubezpieczeń społecznych, ograniczenie wielkości składki przekazywanej do OFE do 2,92% podstawy wymiaru (art. 22 ust. 3 pkt 1 lit. a u.s.u.s.).

Instrumentem mającym na celu ochronę środków zgromadzonych w OFE (zwłaszcza pozostawionych im 48,5% jednostek rozrachunkowych) jest również zakwestionowany we wniosku przepis art. 35 ustawy nowelizującej, ustalający minimalne wartości aktywów, jakie muszą być przez OFE lokowane w latach 2014-2017 w określone kategorie lokat.

Jak wynika bowiem z uzasadnienia projektu ustawy, «[w] związku z przekazaniem części aktywów do ZUS, w OFE pozostaną głównie akcje, które w dniu przekazania będą stanowić ponad 80% wartości aktywów. W celu zapewnienia bezpieczeństwa aktywów OFE na GPW, proponuje się, aby od dnia 3 lutego 2014 r. OFE nie mogły inwestować w akcje mniej niż 75% swoich aktywów. W 2015 r. limit ten zostanie zmniejszony do 55%, w 2016 r. – 35%, a w 2017 r. – 15%. Od 2018 r. nastąpi natomiast całkowite „uwolnienie” polityki

inwestycyjnej. Powyższe rozwiązania uniemożliwią ewentualną nagłą wyprzedaż akcji na GPW, która mogłaby mieć negatywne konsekwencje nie tylko dla wysokości świadczeń emerytalnych, ale również dla całej gospodarki. Wprowadzenie zaproponowanych okresów przejściowych uzasadnione jest potrzebą zapewnienia OFE odpowiedniego czasu na elastyczne dostosowanie i zróżnicowanie polityki inwestycyjnej. Po przeniesieniu obligacji skarbowych do ZUS, akcje będą dominować w strukturze aktywów praktycznie wszystkich OFE. Spodziewane różnicowanie strategii inwestycyjnych może jednak spowodować, że część OFE będzie chciało ten udział zmienić, co może wpłynąć na zmienność i wycenę rynku akcji. Utrzymanie stopniowo wygaszanych ograniczeń w polityce inwestycyjnej zapewni, że proces różnicowania się portfeli OFE będzie miał minimalny wpływ na wartość środków zgromadzonych w OFE» (Druk sejmowy nr 1946, *op. cit.*, str. 44-45).

Z powyższych względów nie można uznać, że rozwiązania przyjęte w art. 11 ust. 2, art. 23 ust. 1, art. 24 i art. 35 ustawy nowelizującej, art. 141 ust. 2 u.o.f.f.e. oraz w art. 39a ust. 1 u.s.u.s., mogą, w przyszłości, doprowadzić do takich skutków, że naruszone zostanie prawo obywateli do zabezpieczenia społecznego, podlegające konstytucyjnej ochronie w takim zakresie, jaki został mu wyznaczony w dotychczasowym orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, czyli - istota prawa do emerytury, zwłaszcza że, co należy przypomnieć, zgodnie z art. 2 ust. 3 u.s.u.s., „[w]ypłacalność świadczeń z ubezpieczeń społecznych gwarantowana jest przez państwo”.

Reasumując, stwierdzić należy, iż skoro wymienione wyżej przepisy nie naruszają istoty prawa do zabezpieczenia społecznego, to są one zgodne z art. 67 ust. 1 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Zgodnie bowiem z utrwalonym orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego, wobec ograniczenia konstytucyjnej ochrony praw socjalnych do ich istoty, „do stanowienia ustaw określających zakres prawa do zabezpieczenia społecznego nie ma zastosowania art. 31 ust. 3 Konstytucji. Ten

ostatni przepis dotyczy praw, które Konstytucja poddaje pod ochronę w szerokim zakresie, dopuszczając jednocześnie ich ograniczenia w stosunku do konstytucyjnego zakresu ochrony. W przypadku prawa do zabezpieczenia społecznego konstytucyjny zakres ochrony odpowiada istocie tego prawa, która nie może zostać ograniczona” [wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 lutego 2006 r., sygn. SK 45/04, OTK ZU (A) z 2006 r. Nr 2, poz. 15].

Do ustaw określających zakres prawa do zabezpieczenia społecznego ma natomiast zastosowanie art. 31 ust. 3 zdanie 2 Konstytucji, „zgodnie z którym ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw nie mogą naruszać istoty tych wolności i praw” [wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 24 lutego 2010 r. w sprawie o sygn. K 6/09, OTK ZU(A) z 2010 r. Nr 2, poz. 15].

Nie można również podzielić zarzutu niezgodności omówionych wyżej przepisów ustawy nowelizującej, art. 141 ust. 2 u.o.f.f.e. i art. 39a u.s.u.s. z art. 22 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Wskazany jako wzorzec dla kontroli przepisów kwestionowanych w pkt II wniosku art. 22 Konstytucji dopuszcza ograniczenie wolności działalności gospodarczej, pod warunkiem zachowania ustawowej formy ograniczenia oraz tylko ze względu na ważny interes publiczny.

Wolność prowadzenia działalności gospodarczej nie ma zatem charakteru absolutnego i może podlegać ograniczeniom, jeżeli wymaga tego ochrona interesu publicznego lub praw innych jednostek.

W świetle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, art. 22 Konstytucji pełni dwoją funkcję: z jednej strony traktować go należy jako wyrażenie zasady ustroju gospodarczego Rzeczypospolitej Polskiej (i w tym zakresie stanowi konkretyzację ogólniejszych zasad wyrażonych w art. 20), z drugiej strony - może stanowić podstawę do konstruowania prawa podmiotowego,

przysługującego każdemu, kto podejmuje działalność gospodarczą [*vide* - wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 2 grudnia 2002 r., w sprawie o sygn. SK 20/01, OTK ZU(A) z 2002 r. Nr 7, poz. 89].

Ustawowe limitowanie wolności działalności gospodarczej, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego, nie może być realizowane na zasadzie zupełnej dowolności.

Jak wskazał Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 27 lutego 2014 r. w sprawie o sygn. P 31/13, «[u]sprawiedliwić ingerencję w konstytucyjnie gwarantowaną wolność działalności gospodarczej może tylko ważny interes publiczny, odniesiony odpowiednio do zasady proporcjonalności (...) art. 22 Konstytucji reguluje wprost w sposób wyczerpujący i kompleksowy zarówno formalne, jak i materialne przesłanki ograniczenia wolności działalności gospodarczej (...) jeżeli uznać, że wolność działalności gospodarczej należy do konstytucyjnych praw i wolności jednostki, to art. 22 Konstytucji, stanowi *lex specialis* w stosunku do art. 31 ust. 3 Konstytucji, wyłącza jego stosowanie jako adekwatnego wzorca kontroli ustawowych ograniczeń wolności działalności gospodarczej. Trybunał dopuścił (...) przyjęcie, że - z jednej strony - każdy wypadek konieczności ochrony dóbr wskazanych w art. 31 ust. 3 Konstytucji mieści się w klauzuli "ważnego interesu publicznego" w rozumieniu art. 22 Konstytucji. Uznał przy tym, że "patrząc z drugiej strony, stwierdzić należy, że w zakresie «ważnego interesu publicznego» mieszczą się również wartości niewymienione w art. 31 ust. 3 Konstytucji. W konsekwencji zakres dopuszczalnych ograniczeń wolności działalności gospodarczej jest, przynajmniej patrząc pod kątem materialnych podstaw (przesłanek) ograniczeń, szerszy od zakresu dopuszczalnych ograniczeń tych wolności i praw, do których odnosi się art. 31 ust. 3 Konstytucji"» [OTK ZU(A) z 2014 r. Nr 2, poz. 16].

Działalność gospodarcza może podlegać różnego rodzaju ograniczeniom w stopniu większym niż prawa i wolności o charakterze osobistym bądź politycznym.

Ustawodawca musi jednakże wykazać, iż ograniczenie wolności działalności gospodarczej służy ochronie szczególnie istotnego interesu publicznego i jest ograniczeniem koniecznym, w rozumieniu art. 31 ust. 3 Konstytucji. «Konieczność ograniczenia tej wolności jest uzasadniona, o ile ustanawiane ograniczenia są zgodne z zasadą proporcjonalności, a więc: zastosowane środki prowadzą do zamierzonych celów, są niezbędne dla ochrony interesu, z którym są powiązane, skutki ograniczeń są proporcjonalne do ciężarów nakładanych na obywatela. Z zasady proporcjonalności wynika wymóg doboru takiego środka ograniczenia wolności lub praw, który służyłby osiągnięciu zamierzonego celu, z uwzględnieniem postulatu adekwatności. W pojęciu „ograniczenia koniecznego” zawiera się nie tylko materialnoprawne określenie treści ograniczenia, ale też dopuszczalność stosowania środków niezbędnych dla zapewnienia respektowania owego ograniczenia przez adresatów normy ograniczającej» [wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 8 lipca 2008 r. w sprawie o sygn. K 46/07, OTK ZU(A) z 2008 r. Nr 6, poz. 104].

Otwarte fundusze emerytalne – co należy przypomnieć – stosownie do art. 3 ust. 1 pkt 2 u.s.u.s., wykonują zadania z zakresu ubezpieczeń społecznych w zakresie gromadzenia i lokowania składki na ubezpieczenie emerytalne, a zakres ich zadań określa ustawa (art. 3 ust. 3 u.s.u.s.).

Zasady tworzenia i działania funduszy emerytalnych określa ustawa o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych (art. 1).

Nadaje ona funduszom osobowość prawną (art. 2 ust. 1) i określa obecnie przedmiot ich działalności jako „gromadzenie środków pieniężnych i ich lokowanie z przeznaczeniem na wypłatę członkom funduszu emerytury po osiągnięciu przez nich wieku emerytalnego oraz emerytury częściowej, o których mowa w ustawie z dnia 17 grudnia 1998 r. o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 1440), lub okresowej emerytury kapitałowej, o której mowa w ustawie z dnia 21 listopada 2008 r. o

emeryturach kapitałowych (Dz. U. Nr 228, poz. 1507, z późn. zm.), z zastrzeżeniem ust. 3” (art. 2 ust. 2 u.o.f.f.e.).

Działalność, jaką prowadzą OFE, jest więc działalnością reglamentowaną.

W istocie zatem, samo powierzenie przez ustawodawcę otwartym funduszom emerytalnym gromadzenia środków (składek) i ich lokowania stanowi już ograniczenie wolności działalności gospodarczej innych podmiotów.

Jak bowiem wskazał Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 7 czerwca 2005 r. w sprawie o sygn. K 23/04, „dokonując reglamentacji określonej dziedziny działalności gospodarczej, np. przez zastrzeżenie wykonywania określonych działań wyłącznie przez indywidualnie wskazane podmioty, organy władzy publicznej zawężają tym samym sferę wolności wykonywania działalności gospodarczej przez inne podmioty specjalizujące się w tej samej kategorii świadczonych usług. Wybór pewnych podmiotów do realizacji (na zasadzie wyłączności) pewnych zadań w ramach rynku określonego rodzaju usług skutkuje zawężeniem zakresu wolności innych uczestników tego rynku” [OTK ZU(A) z 2005 r. Nr 6, poz. 62].

Przewidziana w ustawie o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych reglamentacja w sferze ubezpieczeń emerytalnych nie nasuwa, oczywiście, zastrzeżeń, gdyż jest ona uzasadniona potrzebą zapewnienia ochrony ważnego interesu publicznego, jakim jest ochrona prawa obywateli do emerytury, finansowanej z obowiązkowych składek.

Należy natomiast podkreślić, że choć otwarte fundusze emerytalne są podmiotami prywatnymi prowadzącymi działalność gospodarczą, to ich działalność ograniczona jest do wykonywania zadań publicznych w sferze powszechnych ubezpieczeń społecznych, w postaci gromadzenia i lokowania, a następnie przekazywania do FUS części obowiązkowej dla wszystkich ubezpieczonych składki emerytalnej, w celu realizacji konstytucyjnego prawa obywateli do zabezpieczenia społecznego po osiągnięciu wieku emerytalnego (art. 67 ust. 1 Konstytucji).

Specyfika działalności prowadzonej przez OFE uzasadnia stanowisko, że ustawodawca jest legitymowany do określenia sposobu jej prowadzenia.

W odniesieniu do takich ograniczeń działalności gospodarczej aktualność zachowuje bowiem pogląd, przypomniany przez Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 25 lipca 2006 r. w sprawie o sygn. P 24/05, że „istnieje w szczególności legitymowany interes państwa w stworzeniu takich ram prawnych obrotu gospodarczego, które pozwolą zminimalizować niekorzystne skutki mechanizmów wolnorynkowych, jeżeli skutki te ujawniają się w sferze, która nie może pozostać obojętna dla państwa ze względu na ochronę powszechnie uznawanych wartości” [OTK ZU(A) z 2006 r. Nr 7, poz. 87].

Tym bardziej państwo jest uprawnione do modyfikacji reguł funkcjonowania podmiotów prywatnych realizujących zadania publiczne, wówczas gdy zachodzi konieczność zapewnienia ochrony finansom publicznym oraz wydolności systemu ubezpieczeń społecznych.

Ochronie tych wartości służyć mają nowe zasady polityki inwestycyjnej OFE, przeniesienie części aktywów do ZUS i umorzenie części jednostek rozrachunkowych, również tych zapisanych na rachunkach osób dotychczas ubezpieczonych dobrowolnie oraz osób, o których mowa w art. 128 u.o.f.f.e., oraz przyznanie w art. 11 ust. 2 ustawy nowelizującej i art. 39a ust. 1 u.s.u.s. ubezpieczonym prawa wyboru, czy chcą, aby ich składki były przekazywane do OFE.

Także wyznaczenie przez ustawodawcę okresów – co 4 lata – w jakich będzie można złożyć oświadczenie, o którym mowa w art. 39a ust. 1 u.s.u.s., znajduje uzasadnienie we wskazanych wartościach konstytucyjnych. Służy ono bowiem możliwości zaplanowania i zagwarantowania środków w FUS na wypłatę emerytur, co, z kolei, znajduje uzasadnienie w zasadzie solidarności międzypokoleniowej, na której nadal oparty jest polski system ubezpieczeń społecznych. Zasada ta zaś nabiera szczególnego znaczenia w sytuacji, gdy wzrasta liczba świadczeniobiorców przy jednoczesnym spadku liczby osób

opłacających składki, a zarazem konieczne jest równoległe finansowanie dwóch systemów ubezpieczeń emerytalnych, tj. systemu dotychczasowego i systemu nowego.

Jak wynika z przedstawionych w uzasadnieniu projektu ustawy nowelizującej analiz ekonomicznych, ubytek składki w FUS, z powodu jej obowiązkowego przekazywania do OFE, spowodował konieczność zwiększenia dofinansowywania FUS z budżetu państwa, zaś funkcjonowanie OFE w dotychczasowej formule powodowało narastanie długu publicznego.

Zmiany modelu funkcjonowania OFE służyć zaś mają zapobieżeniu tym zjawiskom i - w rezultacie - zapewnieniu równowagi finansów publicznych, a zatem ochronie „ważnego interesu publicznego”, uzasadniającego wprowadzenie określonych ram ustawowych dla prowadzonej działalności gospodarczej.

Równowaga finansów publicznych, co należy przypomnieć, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego, jest wartością konstytucyjną, gdyż od niej zależy zdolność państwa do działania i rozwiązywania jego różnorodnych interesów (*vide* – wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 17 grudnia 1997 r. w sprawie o sygn. K. 22/96, OTK ZU z 1997 r. Nr 5-6, poz. 71).

Nadmienić w tym miejscu wypada, że w toku dyskusji, toczących się w czasie prac na projektem ustawy nowelizującej, podnoszono wiele argumentów, także natury ekonomicznej, co do sposobu, zasadności i celowości zmian systemu emerytalnego.

Taka ocena wymaga jednak specjalistycznej wiedzy pozaprawnej. Trybunał Konstytucyjny zaś, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, nie ma kompetencji do oceny, czy ustawodawca znalazł najbardziej słuszne i celowe rozstrzygnięcie normowanej kwestii, gdyż to do ustawodawcy należy wybór rozwiązań, które uważa za optymalne z punktu widzenia potrzeb obywateli i wymogów rozwoju gospodarczego kraju, za dokonanie którego członkowie

władzy ustawodawczej ponoszą odpowiedzialność polityczną przed wyborcami (*vide* - wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 24 października 2005 r. w sprawie o sygn. P 13/04, *op. cit.*, str. 1215)

Przypomnieć również należy stanowisko wyrażone przez Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 24 kwietnia 2006 r. w sprawie o sygn. P 9/05, iż „[s]koro do uprawnień ustawodawcy należy stanowienie prawa odpowiadającego założonym celom politycznym i gospodarczym oraz przyjmowanie takich rozwiązań prawnych, które jego zdaniem będą najlepiej służyły realizacji tych celów, to zadaniem Trybunału Konstytucyjnego nie jest orzekanie o merytorycznej trafności rozwiązań przyjmowanych przez ustawodawcę (zob. orzeczenie z 24 lutego 1997 r., sygn. K. 19/96, OTK ZU nr 1/1997, poz. 6, s. 40).” [OTK ZU(A) z 2006 r. Nr 4, poz. 46].

W tej sytuacji zatem, zakwestionowane regulacje można również ocenić jako konieczne ograniczenie wolności działalności gospodarczej, w rozumieniu art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Z tych względów, przepisy art. 141 ust. 2 u.o.f.f.e., art. 11 ust. 2, art. 23 ust. 1, art. 24 i art. 35 ustawy nowelizującej oraz art. 39a ust. 1 u.s.u.s. ocenić należy jako zgodne z art. 22 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Nie można także podzielić zarzutu niezgodności art. 141 ust. 2 u.o.f.f.e., art. 39a ust. 1 u.s.u.s. oraz art. 11 ust. 2, art. 23 ust. 1 i art. 35 ustawy nowelizującej z art. 2 Konstytucji.

Odnosząc się do tego zarzutu, na wstępie przypomnieć wypada, że, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego, zasada zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa, stanowiąca element zasady demokratycznego państwa prawnego, nie oznacza niezmienności prawa.

Także zmiana zasad podlegania obowiązkowemu ubezpieczeniu społecznemu nie może być postrzegana jako naruszenie zasady zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa.

Każdy podmiot bowiem, także ubezpieczony oraz podmiot prywatny funkcjonujący w powszechnym systemie ubezpieczeń społecznych jako podmiot gospodarczy, musi liczyć się z tym, że zmiana warunków społecznych lub gospodarczych może wymagać zmiany obowiązującego prawa.

Poziom świadczeń z ubezpieczeń społecznych bowiem, jak podkreślił Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 22 czerwca 1999 r. w sprawie o sygn. K 5/99, „uzależniony jest od dostępnych środków finansowych. Państwo ma obowiązek podejmować działania, które zapewnią odpowiednie środki finansowe niezbędne dla realizacji konstytucyjnych praw socjalnych, ale musi przy tym uwzględniać sytuację gospodarczą i konieczność zapewnienia warunków rozwoju gospodarczego. Podejmowane przez państwo działania mające na celu zapewnienie środków finansowych na ubezpieczenia społeczne mają swoje granice. Ubezpieczony musi więc liczyć się z tym, że w warunkach recesji gospodarczej lub niekorzystnych trendów demograficznych, w sytuacji gdy spadają wpływy ze składek ubezpieczeniowych, państwo może być zmuszone zmienić obowiązujące regulacje prawne na niekorzyść, dostosowując zakres realizacji praw socjalnych do warunków ekonomicznych” (OTK ZU z 1999 r. Nr 5, poz. 100).

Należy przy tym podkreślić, że Trybunał Konstytucyjny w dotychczasowym orzecznictwie przyjmował, iż konstytucyjnie dopuszczalne są nawet zmiany warunków nabywania prawa do świadczeń z ubezpieczenia społecznego i *per se* nie mogą być one oceniane jako niezgodne z art. 2 Konstytucji. Swoboda ustawodawcy w tej sferze doznaje większych ograniczeń dopiero wówczas, gdy zmiany dokonywane są w czasie zbliżania się ubezpieczonego do momentu spełnienia warunków. W takim zakresie swoboda prawodawcy dokonującego zmian jest węższa, jeśli chodzi o zmiany katalogu

warunków, nieco szersza zaś w przypadku zmiany treści samego warunku (*vide* – wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 maja 2014 r. w sprawie o sygn. K 43/12, którego odpis doręczony został Prokuratorowi Generalnemu).

Gdyby natomiast przyjąć założenie niezmienności prawa zabezpieczenia społecznego, to, jak wskazał Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 1 kwietnia 2008 r., w sprawie o sygn. SK 96/06, doprowadziłoby ono «do absurdałnej tezy o niemożliwości dokonywania jakichkolwiek reform systemu ubezpieczeń społecznych, nawet w kierunku korzystnym dla osób zainteresowanych (...) Na stosunkowo szeroką swobodę ustawodawcy w regulowaniu spraw z zakresu zabezpieczenia społecznego wskazuje również redakcja art. 67 ust. 1 Konstytucji, który wyraźnie legitymuje go do określenia "form i zakresu" zabezpieczenia społecznego. W doktrynie twierdzi się w związku z tym, iż "niesporne jest, że kolejne ustawy zwykle mogą modyfikować lub ograniczać dotychczasowe ustawy emerytalne, a skoro nie dochodzi do wkroczenia w materię regulowaną konstytucyjnie, nie ma też możliwości odwołania się do przesłanek z art. 31 ust. 3 zd. 1" Konstytucji (L. Garlicki, uwaga do art. 67, [w:] Komentarz do Konstytucji..., t. III, Warszawa 2003, s. 6). Nadużycia zasady zaufania obywateli do prawa można by było się dopatrywać (...) natomiast wtedy, gdyby zostało ono wprowadzone w sposób radykalny, z naruszeniem zasady ochrony praw słusznie nabytych, bez dostatecznego uzasadnienia wartościami i zasadami konstytucyjnymi albo w sposób sprzeczny z ogólnymi regułami stanowienia prawa (...) czy z pogwałceniem istoty prawa do emerytury» [OTK ZU(A) z 2008 r. Nr 3, poz. 40].

Jeśli chodzi zaś o zmianę reguł prawa dotyczącego funkcjonowania podmiotów gospodarczych, to stwierdzić należy, iż samo ryzyko związane z wszelką działalnością gospodarczą obejmuje również ryzyko niekorzystnych zmian systemu prawnego na przyszłość [*vide* - wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 24 lutego 2004 r. w sprawie o sygn. K 54/02, OTK ZU(A) z 2004 r. Nr 2, poz. 10].

Zasada zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa jest niewątpliwie jedną z zasad, jaką powinien kierować się ustawodawca, zmieniając system zabezpieczenia emerytalnego.

Treść tej zasady Trybunał Konstytucyjny przypomniał w wyroku z dnia 16 marca 2010 r. w sprawie o sygn. K 17/09, podkreślając jednocześnie, iż opisane tezy zachowują aktualność także na gruncie praw socjalnych.

W wyroku tym Trybunał Konstytucyjny wskazał, że «[s]yntetyczne podsumowanie najważniejszych ustaleń w tej sprawie zostało zawarte w pełnoskładowym wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 19 listopada 2008 r., sygn. Kp 2/08 (...) Stwierdzono w nim m.in.: "Istotę zasady lojalności państwa względem obywateli da się przedstawić jako zakaz zastawiania przez przepisy prawne pułapek, formułowania obietnic bez pokrycia, bądź nagłego wycofywania się przez państwo ze złożonych obietnic lub ustalonych reguł postępowania; jako niedopuszczalność kreowania organom państwowym możliwości nadużywania swojej pozycji wobec obywatela (...). W dotychczasowym orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego odnaleźć można szereg bardziej szczegółowych dyrektyw i ocen, skierowanych do prawodawcy, będących konsekwencjami respektowania powyższej zasady; w szczególności następujących:

- zasada pewności prawa podważana jest szczególnie przez niejasność i niespójność regulacji (...);
- zasada ochrony zaufania do państwa i prawa powinna być tym silniej respektowana, im dłuższa jest w danej sferze życia perspektywa czasowa podejmowanych działań (...);
- niedopuszczalne jest, aby najpierw namawiać obywateli do pewnego rozwiązania, a następnie traktować osoby, które dały się na to nabrać, gorzej niż osoby, które zignorowały zachęty ustawodawcy (...);

- prawodawca narusza wartości, znajdujące się u podstaw omawianej zasady, wtedy, gdy jego rozstrzygnięcie jest dla jednostki zaskoczeniem, bo w danych okolicznościach nie mogła go przewidzieć, szczególnie zaś wtedy, gdy przy jego podejmowaniu prawodawca mógł przypuszczać, że gdyby jednostka przewidywała zmianę prawa, byłaby inaczej zdecydowała o swoich sprawach (...);
- 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 (...);
- prawodawca, wprowadzając zmiany w systemie prawnym - powinien (...) preferować rozwiązania najmniej uciążliwe dla jednostki i ustanawiać regulacje, które ułatwią adresatom dostosowanie się do nowej sytuacji"» [OTK ZU(A) z 2010 r. Nr 3, poz. 21].

Nowe zasady, dotyczące funkcjonowania OFE, nie naruszają omówionych wyżej wymagań dla nowych rozwiązań, mających na celu realizację praw socjalnych obywateli, w tym osób, które do OFE przystąpiły dobrowolnie, oraz osób, dla których OFE otworzyły rachunki na podstawie art. 128 u.o.f.f.e., a także dla nowych regulacji, dotyczących prowadzenia działalności gospodarczej.

Dokonane ustawą nowelizującą zmiany w powszechnym systemie ubezpieczeń społecznych znajdują bowiem swoje uzasadnienie w ochronie wartości konstytucyjnych, jakimi są: realizacja prawa socjalnego oraz zapewnienie równowagi budżetowej, a przy tym nie naruszają istoty prawa do emerytury (art. 67 ust. 1 Konstytucji).

Ponadto, na dostosowanie się do nowych rozwiązań ustawodawca pozostawił członkom OFE oraz OFE odpowiedni okres.

Ustawa nowelizująca opublikowana została w Dzienniku Ustaw z dnia 31 grudnia 2013 r. i weszła w życie z dniem 1 lutego 2014 r. Okres *vacatio legis* wynosił zatem miesiąc.

Na mocy zakwestionowanych przepisów ubezpieczeni nie zostali pozbawieni członkostwa w OFE, zaś otwartym funduszom emerytalnym zapewniony został wpływ składek wszystkich członków przez okres pół roku od dnia publikacji ustawy. Zgodnie bowiem z art. 11 ust. 1 ustawy nowelizującej, składki członków OFE były przekazywane funduszom do dnia 30 czerwca 2014 r.

Ubezpieczonym – członkom OFE ustawodawca pozostawił również odpowiedni, bo siedmiomiesięczny okres na podjęcie decyzji w sprawie dalszego odprowadzania składki do OFE (art. 11 ust. 2 ustawy nowelizującej). Datą graniczną dla podjęcia decyzji w tej sprawie jest bowiem dzień 31 lipca 2014 r.

Członkowie OFE nie zostali również pozbawieni środków, które dotychczas przymusowo gromadzili w funduszach na przyszłą emeryturę. Ich część, odpowiadająca 51,5% dotychczasowych jednostek rozrachunkowych, została bowiem zaewidencjonowana na subkontach i podlega waloryzacji, a wypłata z tych środków przyszłych świadczeń została zagwarantowana przez państwo. Pozostała część środków (tj. 48,5% jednostek rozrachunkowych) postawiona zaś została na rachunkach w OFE.

Ta część kapitału zgromadzonego na przyszłą emeryturę będzie wprawdzie podlegać nowym zasadom inwestowania, niemniej jednak, jak już wyżej wskazano, ustawodawca przewidział pewne gwarancje bezpieczeństwa także dla tych środków.

Jeśli chodzi zaś o osoby, które przystąpiły do OFE dobrowolnie, to, na gruncie dotychczasowych przepisów, od chwili przystąpienia do OFE były one traktowane w taki sam sposób, jak ubezpieczeni podlegający obowiązkowemu ubezpieczeniu w OFE, gdyż od tego zdarzenia ich uczestnictwo w funduszu stawało się przymusowe (cecha relewantna).

Również obowiązkowe (cecha relewantna) było uczestnictwo w OFE osoby, o której mowa w art. 128 u.o.f.f.e., czyli byłego małżonka, którego

małżeństwo zostało rozwiązane przez rozwód lub unieważnione i któremu sąd przyznał część środków zgromadzonych na rachunku otwartego funduszu emerytalnego drugiego byłego małżonka, w ramach podziału majątku wspólnego (art. 31 § 2 pkt 3 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego). Dla takiej osoby bowiem fundusz, którego uczestnikiem jest drugi z byłych małżonków, obowiązany jest otworzyć rachunek, jeśli osoba ta nie ma rachunku w OFE i nie wskaże innego funduszu.

Z tego względu osoby ubezpieczone dobrowolnie oraz osoby, o których mowa w art. 128 u.o.f.f.e., mogły zostać przez ustawodawcę potraktowane w taki sam sposób, jak ubezpieczeni urodzeni po dniu 31 grudnia 1968 r. (i tak też się stało), skoro pod rządami dotychczasowych przepisów sytuacja prawna wszystkich wymienionych grup ubezpieczonych – członków OFE była taka sama.

Także sama zmiana modelu funkcjonowania OFE z punktu widzenia otwartych funduszy emerytalnych nie nasuwa wątpliwości w aspekcie, wynikającej z zasady zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa, zasady ochrony interesów w toku.

Dotychczasowe przepisy ustawy o organizacji i funkcjonowaniu otwartych funduszy emerytalnych nie zawierały bowiem gwarancji, że przez pewien, wyznaczony ustawą, okres nie zostaną zmienione reguły funkcjonowania otwartych funduszy emerytalnych. A tylko w przypadku uprzedniego istnienia takiej deklaracji ustawowej można by było uznać, że zmiana reguł funkcjonowania OFE pozostaje w sprzeczności z wymienioną zasadą, wywodzoną z art. 2 Konstytucji.

Jak podkreślił bowiem Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 6 lipca 2004 r. w sprawie o sygn. P 14/03, «obowiązek poszanowania "interesów w toku" musi być bardziej przestrzegany w sytuacji, gdy ustawodawca wyznacza pewien okres, w którym ma być możliwe prowadzenie interesów według z góry określonych zasad lub reguł. Jeżeli zatem w przepisie prawa zapewniono jego

adresatów, że przez pewien czas będą obowiązywać określone reguły, a podmiot ten kierując się takim zapewnieniem rozpoczął konkretne działania, to reguł tych nie można zmienić, o ile równocześnie spełnione są trzy następujące warunki: 1) przepisy prawa wyznaczają pewien horyzont czasowy dla realizowania określonych przedsięwzięć (...), 2) przedsięwzięcie to ze swej natury musi być rozłożone w czasie, 3) adresat tego przepisu musi faktycznie rozpocząć określone przedsięwzięcie w okresie obowiązywania tych przepisów» [OTK ZU(A) z 2004 r. Nr 7, poz. 62].

Reasumując, przyjąć należy, iż przepisy art. 11 ust. 2, art. 23 ust. 1 i art. 35 ustawy nowelizującej, art. 141 ust. 2 u.o.f.f.e. i art. 39a ust. 1 u.s.u.s. są zgodne również z art. 2 Konstytucji.

Zarzuty niekonstytucyjności Prezydent sformułował również pod adresem art. 197a u.o.f.f.e. oraz art. 36 ustawy nowelizującej.

Art. 197a u.o.f.f.e. ma następujące brzmienie:

- „1. W roku, w którym mogą być składane oświadczenia, o których mowa w art. 39a ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych, od dnia 1 stycznia do dnia 31 lipca jest zakazana reklama zawierająca informacje o otwartych funduszach lub informacje sugerujące, że reklama odnosi się do otwartych funduszy.
2. Za reklamę nie uważa się zamieszczania na stronie internetowej otwartego funduszu informacji, o których mowa w art. 191 ust. 1 i 1a.
3. W przypadku naruszenia zakazu określonego w ust. 1 organ nadzoru, w drodze decyzji administracyjnej, nakazuje towarzystwu lub podmiotowi działającemu na rzecz towarzystwa lub funduszu zaprzestanie tego naruszenia i nakłada na towarzystwo lub podmiot działający na rzecz

towarzystwa lub funduszu karę pieniężną w wysokości od 1.000.000 zł do 3.000.000 zł.

4. Decyzji administracyjnej, o której mowa w ust. 3, nadaje się rygor natychmiastowej wykonalności.”.

Z kolei, art. 36 ustawy nowelizującej stanowi, że:

- „1. Do dnia 31 lipca 2014 r. jest zabroniona reklama zawierająca informacje o otwartych funduszach emerytalnych lub informacje sugerujące, że reklama odnosi się do otwartych funduszy emerytalnych.
2. Za reklamę nie uważa się zamieszczania na stronie internetowej otwartego funduszu emerytalnego informacji, o których mowa w art. 191 ust. 1 i 1a ustawy zmienianej w art. 4, w brzmieniu nadanym niniejszą ustawą.
3. W przypadku naruszenia zakazu określonego w ust. 1 organ nadzoru, w drodze decyzji administracyjnej, nakazuje powszechnemu towarzystwu emerytalnemu lub podmiotowi działającemu na rzecz powszechnego towarzystwa emerytalnego lub otwartego funduszu emerytalnego zaprzestanie tego naruszenia i nakłada na powszechne towarzystwo emerytalne lub podmiot działający na rzecz tego towarzystwa lub tego funduszu karę pieniężną w wysokości od 1.000.000 zł do 3.000.000 zł.
4. Decyzji administracyjnej, o której mowa w ust. 3, nadaje się rygor natychmiastowej wykonalności.”.

Art. 197a u.o.f.f.e. i art. 36 ustawy nowelizującej konstytucyjnej ocenie Prezydent poddał w całości, zarzucając tym przepisom nadmierną ingerencję w przysługującą otwartym funduszom emerytalnym wolność działalności gospodarczej oraz w wolność rozpowszechniania i pozyskiwania informacji o

tychże funduszach, z tego powodu, że bez usprawiedliwionych przyczyn wprowadzają zakaz reklamy w okresach, w jakich ubezpieczeni są uprawnieni do złożenia oświadczenia o przekazywaniu składki do otwartego funduszu emerytalnego.

Zarzuty te dotyczą zatem treści art. 197a ust. 1 u.o.f.f.e. i art. 36 ust. 1 ustawy nowelizującej, co skutkuje brakiem uzasadnienia zarzutów, na czym polega naruszenie wolności działalności gospodarczej oraz wolności informacyjnej przez przepisy art. 197 ust. 2-4 u.o.f.f.e. i art. 36 ust. 2-4 ustawy nowelizującej, pozwalających na zamieszczanie informacji na stronie internetowej funduszu, określających tryb i wysokość nakładanych kar za naruszenie zakazu reklamy oraz organ właściwy w tych sprawach, a także nadanie decyzjom wymierzającym karę rygor natychmiastowej wykonalności.

Przedmiot kontroli w niniejszym postępowaniu stanowić zatem mogą przepisy art. 197a ust. 1 u.o.f.f.e. i art. 36 ust. 1 ustawy nowelizującej.

Postępowanie w zakresie oceny art. 197 ust. 2-4 u.o.f.f.e. i art. 36 ust. 2-4 ustawy nowelizującej, na podstawie art. 39 ust. 1 pkt 1 ustawy o Trybunale Konstytucyjnym, podlega natomiast umorzeniu, z uwagi na niedopuszczalność orzekania.

Podzielić należy zarzuty skierowane do art. 197 ust. 1 u.o.f.f.e. i art. 36 ust. 1 ustawy nowelizującej.

Jak już wyżej wskazano, wolność działalności gospodarczej nie ma charakteru absolutnego - wskazany jako wzorzec kontroli przepis art. 22 Konstytucji dopuszcza wprowadzenie ograniczeń tej wolności.

Ustawowe limitowanie wolności działalności gospodarczej nie może być, oczywiście, realizowane na zasadzie zupełnej dowolności. Usprawiedliwić ingerencję w konstytucyjnie gwarantowaną wolność działalności gospodarczej

można bowiem tylko wtedy, gdy jej ograniczenie jest uzasadnione ważnym interesem publicznym oraz pozostaje w zgodzie z zasadą proporcjonalności.

W pojęciu „ważny interes publiczny” – co także należy przypomnieć – mieści się konieczność ochrony wartości, o których mowa w art. 31 ust. 3 Konstytucji. Pojęcie to jest pojęciem szerszym, obejmującym swoim zakresem także wartości niewymienione w art. 31 ust. 3 Konstytucji. W konsekwencji, zakres dopuszczalnych ograniczeń wolności działalności gospodarczej jest, przynajmniej patrząc pod kątem materialnych podstaw (przesłanek) ograniczeń, szerszy od zakresu dopuszczalnych ograniczeń tych wolności i praw, do których odnosi się art. 31 ust. 3 Konstytucji [*vide* - wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 29 kwietnia 2003 r. w sprawie o sygn. SK 24/02, OTK ZU(A) z 2003 r. Nr 4, poz. 33].

Ocena „konieczności wprowadzenia ograniczeń” (art. 31 ust. 3 Konstytucji) wymaga zaś rozważenia, czy wprowadzona regulacja jest w stanie doprowadzić do zamierzonych przez nią skutków, czy jest ona niezbędna dla ochrony interesu publicznego, z którym jest połączona, oraz czy efekty wprowadzonej regulacji pozostają w proporcji do nakładanych ciężarów [*vide* - wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 6 marca 2007 r. w sprawie o sygn. SK 54/06, OTK ZU(A) z 2007 r. Nr 3, poz. 23].

Z kolei, art. 54 ust. 1 Konstytucji gwarantuje trzy wolności, a mianowicie: wyrażania poglądów, pozyskiwania informacji oraz ich rozpowszechniania.

Art. 197a ust. 1 u.o.f.f.e. i art. 36 ust. 1 ustawy nowelizującej Prezydent zarzuca naruszenie wolności pozyskiwania informacji oraz ich rozpowszechniania.

Należy zatem w tym miejscu odnotować, iż wolność pozyskiwania informacji, o której mowa w art. 54 ust. 1 Konstytucji, jak wskazał Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 18 lutego 2014 r. w sprawie o sygn. K 29/12, „jest pojęciem szerszym niż prawo do uzyskiwania informacji (art. 61

Konstytucji). Obejmuje także wolność poszukiwania informacji, ważną szczególnie dla dysponujących środkami społecznego przekazu. Natomiast wolność rozpowszechniania informacji to zarówno udostępnianie podmiotom indywidualnie wybranym przez rozpowszechniającego zebranych danych, jak i upowszechnianie informacji, tzn. podawanie ich do wiadomości publicznej, a więc adresatom niezindywidualizowanym, zwłaszcza przez środki masowego przekazu. Wolność rozpowszechniania informacji dotyczącej sfery życia prywatnego ma znacznie dalej posunięte ograniczenia niż wolność pozyskiwania informacji. W sferze życia publicznego wolność rozpowszechniania informacji ma granice identyczne jak wolność pozyskiwania takich informacji” [OTK ZU(A) z 2014 r. Nr 2, poz. 11].

Wolności pozyskiwania informacji oraz ich rozpowszechniania, o których mowa w art. 54 ust. 1 Konstytucji, również nie mają charakteru absolutnego. Mogą podlegać ograniczeniom, a dopuszczalny zakres ingerencji w te wolności wyznacza zasada proporcjonalności (art. 31 ust. 3 Konstytucji).

Wolności te, podobnie jak i prawa konstytucyjne, mogą podlegać ograniczeniom wówczas, gdy nie jest naruszona istota danej wolności lub prawa, zachodzi konieczność wprowadzenia ograniczenia oraz istnieje funkcjonalny związek między ograniczeniem a realizacją wskazanych w art. 31 ust. 3 Konstytucji wartości (bezpieczeństwem państwa, porządkiem publicznym, ochroną środowiska, zdrowia i moralności publicznej, wolności i praw innych osób).

Reklama jest nieodłącznym elementem gospodarki wolnorynkowej.

W literaturze przedmiotu zauważa się, że „przedsiębiorcy, działający na zasadzie wolnej i niezakłóconej konkurencji, muszą podejmować szereg działań, by to właśnie ich oferta została wybrana przez konsumentów. Reklama jest najczęściej stosowanym i jednocześnie najefektywniejszym instrumentem służącym realizacji tego celu (...) Reklama z punktu widzenia przedsiębiorców pozwala na maksymalizację ich zysków. Dzięki niej zwiększa się sprzedaż i

znacznie ułatwiony jest proces wprowadzania nowych towarów lub usług na rynek. Konsumenci natomiast, dzięki reklamie poszerzają zakres swoich informacji o towarze, co pozwala im na podejmowanie bardziej świadomych decyzji zakupowych” (D. E. Harasimiuk, *Zakazy reklamy towarów w prawie europejskim i polskim*, system informatyczny Lex).

Ograniczenia reklamy stanowią niewątpliwie ograniczenie wolności rozpowszechniania informacji, a także ograniczenie swobody prowadzenia działalności gospodarczej.

Takimi ograniczeniami wolności działalności gospodarczej oraz wolności rozpowszechniania informacji są także wprowadzone na okres do dnia 31 lipca 2014 r. (art. 36 ust. 1 ustawy nowelizującej) oraz w okresach, o których mowa w art. 197a ust. 1 u.o.f.f.e., zakazy reklamy, zawierającej informacje o otwartych funduszach emerytalnych lub informacje sugerujące, że reklama odnosi się do otwartych funduszy emerytalnych.

Ograniczenia te, jak słusznie wskazuje Prezydent, ocenić należy jako nadmierną ingerencję w przysługującą OFE wolność działalności gospodarczej, której zakres określa ustawa o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych, oraz wolność gwarantowaną w art. 54 ust. 1 Konstytucji.

Jak wynika z uzasadnienia projektu ustawy nowelizującej, zakazy reklam w okresach, o których mowa w art. 197a ust. 1 u.o.f.f.e. i art. 36 ust. 1 ustawy nowelizującej, mają na celu wzmocnienie ochrony interesów ubezpieczonego. Ochrona ta ma polegać na zapewnieniu warunków do dokonania najlepszego wyboru konkretnego otwartego funduszu emerytalnego lub też podjęcia decyzji o nieprzekazywaniu składki do OFE. Podkreślono także, iż „należy domniemywać, iż zaniechanie wprowadzenia powyższych regulacji, mogłoby skutkować wystąpieniem zjawiska masowej kampanii reklamowej (zwłaszcza w okresach od 1 stycznia do 31 lipca, przypadających na lata, w których ubezpieczeni będą dokonywać wyboru), która ze względu na m.in. duży zasięg, skoncentrowanie w krótkim okresie, wykorzystanie szerokiego wachlarza form

przekazu, w tym mediów elektronicznych, nie pozwoliłaby na podjęcie przez ubezpieczonych decyzji w oparciu o wyłącznie obiektywne i racjonalne przesłanki. Nie można również wykluczyć, iż jednym z głównych celów takiej kampanii byłoby przekonywanie odbiorców do dalszej aktywnej partycypacji w części kapitałowej systemu emerytalnego nie poprzez rzetelną informację, ale przy wykorzystaniu mechanizmu tzw. reklamy negatywnej, deprecjonującej rolę części repartycyjnej systemu emerytalnego oraz podważającej zaufanie do ZUS” (Druk sejmowy nr 1946, *op. cit.*, str. 27).

Argumenty te, choć istotne, nie mogą jednak stanowić uzasadnienia zgodności kwestionowanych przepisów z zasadą proporcjonalności.

Niewątpliwie cechą stosunku ubezpieczony – otwarty fundusz emerytalny jest brak równowagi, z uwagi na to, że pozycja funduszu, jako podmiotu profesjonalnego, jest pozycją silniejszą niż pozycja obywatela. W takiej relacji zakres obowiązków informacyjnych otwartych funduszy emerytalnych w stosunku do ubezpieczonych oraz zakazy podejmowania przez fundusze określonych działań mają zasadnicze znaczenie dla zapewnienia ochrony słabszej strony stosunku prawnego. Z tego względu, informacje przekazywane ubezpieczonym powinny być wyczerpujące i rzetelne, aby obywatele mogli świadomie podjąć decyzję co do ewentualnego gromadzenia części środków na przyszłą emeryturę w otwartym funduszu emerytalnym, jak i decyzję, w którym funduszu środki te będą lokować.

Zakres takich obowiązków, obejmujących nakazy przekazywania rzetelnych informacji, zwłaszcza dotyczących stopnia ryzyka inwestycyjnego, oraz zakazów pewnych działań nabiera szczególnego znaczenia obecnie, po zmianie modelu funkcjonowania OFE, dokonanej ustawą nowelizującą.

Obowiązki informacyjne funduszy wobec aktualnych i przyszłych członków, a także zakazy podejmowania przez nie określonych działań, co do zasady, nie nasuwają konstytucyjnych zastrzeżeń. Są one racjonalnie uzasadnione, gdyż służą ochronie praw ubezpieczonych, a zatem ochronie

ważnego interesu publicznego oraz prawa konstytucyjnego, w rozumieniu art. 22 i art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Całkowity zakaz reklamy (w istocie, prawdopodobnie, wszelkich informacji, o czym mowa w dalszej części stanowiska) w okresach podejmowania przez ubezpieczonych decyzji w sprawie odprowadzania składek do otwartego funduszu emerytalnego, przewidziany w art. 36 ust. 1 ustawy nowelizującej oraz art. 197a ust. 1 u.o.f.f.e. jako środek ochrony ubezpieczonych oraz stabilności systemu ubezpieczeń społecznych, wydaje się jednak środkiem nadzbyt rygorystycznym – nadmierną ingerencją w wolność przekazywania i pozyskiwania informacji oraz wolność działalności gospodarczej.

Otwarte fundusze emerytalne, razem z Zakładem Ubezpieczeń Społecznych, stanowią bowiem część powszechnego systemu ubezpieczeń społecznych (art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2 u.s.u.s.). Jako podmioty prywatne wykonują zadania publiczne w postaci gromadzenia i lokowania części obowiązkowej składki na przyszłą emeryturę, a ich działalność, w tym działalność informacyjna, podlega realizacji w granicach ściśle określonych przepisami prawa.

Z tego względu trudno jest zakładać, jak słusznie wskazuje Prezydent, iż reklama zawierająca zrozumiałe, obiektywne i rzetelne informacje o otwartych funduszach emerytalnych lub informacje sugerujące, że reklama odnosi się do otwartych funduszy emerytalnych, w okresie podejmowania przez obywateli decyzji o przekazywaniu części składki do OFE może stanowić zagrożenie dla samych ubezpieczonych i dla bezpieczeństwa systemu emerytalnego, zwłaszcza że jest ona adresowana do osób dorosłych.

Jak trafnie wskazał zaś Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 4 kwietnia 2013 r., „[z]miana stosunków gospodarczych w ostatnich latach, zwiększona ilość firm reklamujących swoje produkty lub usługi pozwoliła oswoić się z wszechobecną reklamą, tym samym pozwoliła na dokonywanie

wyborów po analizie produktu, a nie tylko pod wpływem reklamy” (sygn. akt I ACa 1167/12, system informatyczny Lex nr 1331132).

Podkreślić również należy, iż przepisy ustawy o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych zawierają już materialne i proceduralne gwarancje ochrony ubezpieczonych przed nierzetelną, wprowadzającą w błąd reklamą.

Działalność reklamowa otwartych funduszy emerytalnych jest ograniczona przez przepis art. 197 ust. 2 u.o.f.f.e., przewidujący zakaz reklamy zawierającej informacje, które w sposób niezrozumiały, nieobiektywny i nierzetelny przedstawiają sytuację finansową funduszu lub towarzystwa, a także ryzyko związane z przystąpieniem do funduszu oraz pozostawaniem członkiem funduszu. W przypadku naruszenia tego zakazu, Komisja Nadzoru Finansowego wydaje decyzję zakazującą takiej reklamy i złamanie tego zakazu rodzi odpowiedzialność finansową.

Jest ona również ograniczona przez art. 16 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.), określający przesłanki kwalifikowania reklamy jako czynu nieuczciwej konkurencji, stanowiącego wykroczenie (art. 25 ust. 2).

Zgodnie z art. 16 ust. 1 tejże ustawy, czynem nieuczciwej konkurencji jest: „1) reklama sprzeczna z przepisami prawa, dobrymi obyczajami lub uchybiająca godności człowieka; 2) reklama wprowadzająca klienta w błąd i mogąca przez to wpłynąć na jego decyzję co do nabycia towaru lub usługi; 3) reklama odwołująca się do uczuć klientów przez wywoływanie lęku, wykorzystywanie przesądów lub łatwowierności dzieci; 4) wypowiedź, która, zachęcając do nabywania towarów lub usług, sprawia wrażenie neutralnej informacji; 5) reklama, która stanowi istotną ingerencję w sferę prywatności, w szczególności przez uciążliwe dla klientów nagabywanie w miejscach publicznych, przesyłanie na koszt klienta niezamówionych towarów lub nadużywanie technicznych środków przekazu informacji”.

Z tych względów nie można uznać, iż wprowadzenie w art. 197a ust. 1 u.o.f.f.e. oraz w art. 36 ust. 1 ustawy nowelizującej zakazu reklamy stanowi środek niezbędny dla ochrony interesu publicznego, a tym samym, że jest on koniecznym, w rozumieniu art. 31 ust. 3 Konstytucji, ograniczeniem wolności rozpowszechniania i pozyskiwania informacji oraz wolności działalności gospodarczej.

Art. 36 ust. 1 ustawy nowelizującej i art. 197a ust. 1 u.o.f.f.e. są zatem niezgodne z art. 22 i art. 54 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Pod adresem art. 197a u.o.f.f.e. i art. 36 ustawy nowelizującej oraz art. 197, w części dotyczącej powszechnych towarzystw emerytalnych i otwartych funduszy emerytalnych, Prezydent sformułował również zarzut niezgodności z art. 2 Konstytucji.

Przepis art. 197 u.o.f.f.e. ma następujące brzmienie:

„Art. 197. 1. Informacje o otwartym funduszu, dobrowolnym funduszu lub towarzystwie udostępniane lub rozpowszechniane publicznie przez powszechne towarzystwo lub na zlecenie powszechnego towarzystwa, a także na rzecz powszechnego towarzystwa, otwartego funduszu lub dobrowolnego funduszu, a także informacje o pracowniczym funduszu udostępniane przez pracownicze towarzystwo powinny w sposób zrozumiały, obiektywny i rzetelny przedstawiać sytuację finansową funduszu lub towarzystwa, a także ryzyko związane z przystąpieniem do funduszu oraz pozostawaniem członkiem funduszu.

2. Zakazana jest reklama dotycząca otwartego funduszu zawierająca informacje, które nie spełniają wymagań określonych w ust. 1, lub wprowadzająca albo mogąca wprowadzić w błąd, który mógłby mieć wpływ na skłonienie

kogokolwiek, aby przystąpił do otwartego funduszu lub w nim pozostawał.

3. Jeżeli udostępniane lub rozpowszechniane publicznie informacje o funduszu lub towarzystwie lub reklama naruszają wymagania określone w ust. 1 lub 2, organ nadzoru, w drodze decyzji administracyjnej, zakazuje towarzystwu lub podmiotowi działającemu na rzecz towarzystwa lub funduszu ich udostępniania lub rozpowszechniania publicznego.
4. W decyzji administracyjnej, o której mowa w ust. 3, nakazuje się jednocześnie ogłoszenie lub udostępnienie sprostowania o treści i formie wskazanej przez organ nadzoru i we wskazanym przez organ nadzoru terminie.
5. Decyzji administracyjnej, o której mowa w ust. 3, nadaje się rygor natychmiastowej wykonalności.
6. Jeżeli zakaz, o którym mowa w ust. 3, lub nakaz, o którym mowa w ust. 4, nie zostanie wykonany, organ nadzoru nakłada na towarzystwo lub podmiot działający na rzecz towarzystwa lub funduszu karę pieniężną w wysokości do 3.000.000 zł oraz na koszt towarzystwa udostępnia lub rozpowszechnia publicznie sprostowanie, o którym mowa w ust. 4, w sposób i formie adekwatnej do stopnia i zakresu naruszenia wymogów określonych w ust. 1 i 2.”.

Przepisowi temu, w części dotyczącej powszechnych towarzystw emerytalnych i otwartych funduszy emerytalnych, i art. 197a u.o.f.f.e. oraz art. 36 ustawy nowelizującej Prezydent zarzuca niezgodność z zasadą poprawnej legislacji, wywodzoną z art. 2 Konstytucji.

Niezgodność kwestionowanych przepisów z wymienioną zasadą, zdaniem Wnioskodawcy, wyraża się w tym, że ustawodawca, wprowadzając

zakaz reklamy, z naruszeniem którego wiąże się kara administracyjna, posłużył się niedookreślonym pojęciem „reklama”.

Należy jednak zauważyć, iż zakazy reklamy wprowadzają tylko przepisy art. 197 ust. 2 i art. 197a ust. 1 u.o.f.f.e. oraz art. 36 ust. 1 ustawy nowelizującej, a zatem jedynie do nich zarzut taki może zostać skierowany.

W konsekwencji, stwierdzenie to uzasadnia pogląd, że wniosek nie zawiera argumentacji na poparcie zarzutów naruszenia zasady poprawnej legislacji stawianym przepisom: nakładającym na otwarte fundusze emerytalne i powszechne towarzystwa emerytalne obowiązek udzielania informacji w sposób zrozumiały, obiektywny i rzetelny (art. 197 ust. 1 u.o.f.f.e.), pozwalającym na zamieszczanie informacji na stronie internetowej funduszu (art. 197a ust. 2 u.o.f.f.e. i art. 36 ust. 2 ustawy nowelizującej), określającym tryb nakładania i wysokość kar nakładanych za naruszenie zakazu reklamy oraz organ właściwy w tych sprawach, a także nakazującym nadawanie decyzjom wymierzającym karę rygoru natychmiastowej wykonalności (art. 197 ust. 3-6 i art. 197a ust. 3-4 u.o.f.f.e. oraz art. 36 ust. 3-4 ustawy nowelizującej).

Z tego względu, w postępowaniu zainicjowanym niniejszym wnioskiem ocenie w aspekcie zasady poprawnej legislacji podlegają przepisy art. 197 ust. 2, w części dotyczącej powszechnych towarzystw emerytalnych i otwartych funduszy emerytalnych, i art. 197a ust. 1 u.o.f.f.e. oraz art. 36 ust. 1 ustawy nowelizującej, w zakresie, w jakim przepisy te posługują się pojęciem „reklama”.

W pozostałym zaś zakresie postępowanie podlega umorzeniu, na podstawie art. 39 ust. 1 pkt 1 ustawy o Trybunale Konstytucyjnym, z uwagi na niedopuszczalność orzekania.

Podzielić należy zarzut niezgodności art. 197 ust. 2, w zaskarżonym zakresie, i art. 197 ust. 1 u.o.f.f.e. oraz art. 36 ust. 1 ustawy nowelizującej, w części, w jakiej przepisy te zawierają wyraz „reklama”, z art. 2 Konstytucji.

W art. 197 ust. 2 u.o.f.f.e. ustawodawca wprowadził zakaz reklamy dotyczącej otwartego funduszu emerytalnego, zawierającej informacje, które w sposób niezrozumiały, nieobiektywny i nierzetelny przedstawiają sytuację finansową funduszu lub towarzystwa, a także ryzyko związane z przystąpieniem do funduszu oraz pozostawaniem członkiem funduszu, lub wprowadzającej albo mogącej wprowadzić w błąd, który mógłby mieć wpływ na skłonienie kogokolwiek, aby przystąpił do otwartego funduszu lub w nim pozostawał.

Jeśli zakaz ten zostanie naruszony, to wówczas Komisja Nadzoru Finansowego, w drodze decyzji administracyjnej, zakazuje towarzystwu lub podmiotowi działającemu na rzecz towarzystwa lub funduszu takiej reklamy i nakazuje jednocześnie ogłoszenie lub udostępnienie sprostowania o wskazanej treści i formie oraz w określonym terminie (art. 197 ust. 3 i 4 u.o.f.f.e.).

Jeśli decyzja ta nie zostanie wykonana, to wówczas Komisja Nadzoru Finansowego nakłada na podmiot zobowiązany do wykonania tej decyzji karę pieniężną.

Także za złamanie zakazu reklamy w okresie, w jakim ubezpieczeni są uprawnieni do złożenia oświadczenia o przekazywaniu składki do otwartego funduszu emerytalnego (art. 197a ust. 1 u.o.f.f.e. i art. 36 ust. 1 ustawy nowelizującej), ustawodawca przewidział sankcję w postaci kary pieniężnej nakładanej na towarzystwo lub podmiot działający na rzecz towarzystwa lub funduszu przez Komisję Nadzoru Finansowego.

Regulacje te dotyczą zatem szeroko rozumianego prawa represyjnego, do którego powinny odnosić się standardy konstytucyjne przewidziane w art. 42 ust. 1 Konstytucji. Standardy te dotyczą również podmiotów innych niż osoby fizyczne, m. in. podmiotów posiadających osobowość prawną [vide – wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 3 listopada 2004 r. w sprawie o sygn. K 18/03, OTK ZU(A) z 2004 r. Nr 10, poz. 103].

Wprawdzie Prezydent jako wzorzec kontroli dla kwestionowanych przepisów wskazał jedynie zasadę poprawnej legislacji, wywodzoną z art. 2 Konstytucji, to, z uwagi na charakter postępowania w sprawie naruszenia zakazu reklamy, przypomnieć należy, iż w dotychczasowym orzecznictwie Trybunał Konstytucyjny wielokrotnie formułował wymagania, jakie powinny spełniać regulacje dotyczące postępowania represyjnego.

Sformułowana w art. 42 Konstytucji zasada określoności czynu zabronionego, jak stwierdził Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 19 lipca 2011 r. w sprawie o sygn. K 11/10, „nakazuje ustawodawcy takie wskazanie czynu zabronionego (jego znamion), aby zarówno dla adresata normy prawnokarnej, jak i organów stosujących prawo i dokonujących odkodowania treści regulacji w drodze wykładni normy prawa karnego nie budziło wątpliwości to, czy określone zachowanie *in concreto* wypełnia te znamiona; 3) skoro ustawa wprowadza sankcję w wypadku zachowań zabronionych, nie może pozostawiać jednostki w nieświadomości czy nawet niepewności co do tego, czy pewne zachowanie stanowi czyn zabroniony pod groźbą takiej sankcji. Dlatego jakiegokolwiek wskazanie ogólnikowe, umożliwiające daleko idącą swobodę interpretacji co do zakresu znamion czynu zabronionego czy pewnego typu kategorii zachowań, nie może być traktowane jako spełniające wymóg określoności na gruncie art. 42 ust. 1 Konstytucji (zob. też wyroki z 26 listopada 2003 r., SK 22/02, OTK ZU nr 9/A/2003, poz. 97, pkt 1II 4.; z 5 maja 2004 r., P 2/03, OTK ZU nr 5/A/2004, poz. 39, pkt 1II 3.5.; z 13 maja 2008 r., P 50/07, OTK ZU nr 4/A/2008, poz. 58, pkt 1II 1.)” [OTK ZU(A) z 2011 r. Nr 6, poz. 60].

Także w wyroku z dnia 14 lutego 2012 r. w sprawie o sygn. P 20/10 Trybunał Konstytucyjny podkreślił, «iż potwierdza swoje jednoznaczne stanowisko, że z zasady państwa prawnego wyrażonej w art. 2 Konstytucji wynika wymóg, aby przepisy prawne były formułowane w sposób poprawny, precyzyjny i jasny. Zgodnie z orzecznictwem Trybunału "naruszeniem

Konstytucji jest stanowienie przepisów niejasnych, wieloznacznych, które nie pozwalają obywatelowi na przewidzenie konsekwencji prawnych jego zachowań "(...) «należyta poprawność, precyzyjność i jasność przepisów prawnych ma szczególne znaczenie, gdy chodzi o ochronę konstytucyjnych praw i wolności człowieka i obywatela»" (wyrok z 22 maja 2002 r., sygn. K 6/02, OTK ZU nr 3/A/2002, poz. 33). Trybunał zwraca też uwagę, że w niniejszej sprawie, sąd w uzupełnieniu pytania prawnego powołał art. 42 ust. 1 Konstytucji jako dodatkowy wzorzec. Przepis ten podwyższa wymagania, jeśli chodzi o stopień precyzji pożądanej podczas formułowania przepisów karnych. Postulat określoności czynu zabronionego wynika z wyrażonej w tym przepisie fundamentalnej dla prawa karnego zasady *nullum crimen sine lege certa (clara)*. W doktrynie prawnej przyjmuje się, że ustawa musi określać zachowanie zabronione w taki sposób, aby można było jednoznacznie odróżnić typy zachowań zabronionych od niezabronionych oraz żeby można było odróżnić typy czynów zabronionych od siebie nawzajem. W konsekwencji adresat normy prawnej musi otrzymać jednoznaczną informację, jakie czyny są zakazane i popełnienie jakich czynów pociąga za sobą odpowiedzialność karną (por. A. Zoll, Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1-116 k.k., Warszawa 2007, s. 39-40). Stanowisko to znajduje pełne potwierdzenie w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego. Na przykład, w wyroku z 5 maja 2004 r. (sygn. P 2/03, OTK ZU nr 5/A/2004, poz. 39, s. 552) Trybunał m.in. stwierdził, że reguła określoności zawarta w art. 42 Konstytucji nakazuje ustawodawcy takie wskazanie czynu zabronionego (jego znamion), aby zarówno dla adresata normy prawnokarnej, jak i organów stosujących prawo i dokonujących "odkodowania" treści regulacji w drodze wykładni normy prawa karnego, nie budziło wątpliwości to, czy określone zachowanie *in concreto* wypełnia te znamiona. Skoro bowiem ustawa wprowadza sankcję w wypadku zachowań zabronionych, nie może pozostawiać jednostki w nieświadomości lub nawet niepewności co do tego, czy pewne zachowanie stanowi czyn zabroniony pod groźbą takiej sankcji.

W powołanym orzeczeniu Trybunał wskazał: "Przepisy prawne muszą bowiem stwarzać obywatelowi (podmiotowi odpowiedzialności karnej) możliwość uprzedniego i dokładnego rozeznania, jakie mogą być prawnokarne konsekwencje jego postępowania" (s. 550-551, podobnie w wyroku z 9 czerwca 2010 r., sygn. SK 52/08, OTK ZU nr 5/A/2010, poz. 50, a także w cytowanych tam innych orzeczeniach)» [OTK ZU(A) z 2012 r. Nr 2, poz. 15].

Trybunał Konstytucyjny podkreślał także, iż w prawie represyjnym nie jest możliwe całkowite wyeliminowanie znamion pozaustawowych. Dopuszczalne jest stosowanie odesłań. Zasadę określoności regulacji z zakresu prawa represyjnego rozumieć należy „jako obowiązek wskazania w ustawie podstawowych znamion czynu zabronionego w sposób odpowiadający minimalnym wymogom precyzji. Celem tego nakazu, skierowanego do ustawodawcy, jest zapewnienie adresatowi normy prawnej możliwości orientowania się na podstawie samego tylko przepisu ustawowego co do zasadniczej treści ustanowionego zakazu” [wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 9 czerwca 2010 r. w sprawie o sygn. SK 52/08, OTK ZU(A) z 2010 r. Nr 5, poz. 50].

Również, wywodzona z zasady demokratycznego państwa prawnego (art. 2 Konstytucji), zasada poprawnej legislacji obejmuje swoim zakresem zasadę określoności przepisów prawa. Zasada ta wymaga, aby przepisy prawa były precyzyjne i jasne. „Przez precyzyjność regulacji prawnej należy rozumieć możliwość dekodowania z przepisów jednoznacznych norm prawnych (a także ich konsekwencji) za pomocą reguł interpretacji przyjmowanych na gruncie określonej kultury prawnej. Innymi słowy, nakaz określoności przepisów prawnych powinien być rozumiany jako wymóg formułowania przepisów w taki sposób, aby zapewniały dostateczny stopień precyzji w ustaleniu ich znaczenia i skutków prawnych. Precyzyjność przepisu przejawia się w konkretności regulacji praw i obowiązków, tak by ich treść była oczywista i pozwalała na ich wyegzekwowanie. Jasność przepisu gwarantować ma jego komunikatywność

względem adresatów, przy czym chodzi o zrozumiałość przepisu na gruncie języka powszechnego. Niejasność przepisu w praktyce oznacza niepewność sytuacji prawnej adresata normy i pozostawienie jej ukształtowania organom stosującym prawo (...) Zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą Trybunału Konstytucyjnego stanowienie przepisów niejasnych, wieloznacznych, które nie pozwalają obywatelowi na przewidzenie konsekwencji prawnych jego zachowań, jest naruszeniem Konstytucji [wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 18 marca 2010 r. w sprawie o sygn. K 8/08, OTK ZU(A) z 2010 r. Nr 3, poz. 23].

W art. 197 ustawa w ust. 1 posługuje się pojęciem „informacja”, a w ust. 2 - pojęciem „reklama”.

Z treści art. 197 ust. 2 u.o.f.f.e., zakazującego reklamy zawierającej informacje niespełniające wymagań określonych w ust. 1, wynika, iż reklama może zawierać warstwę informacyjną, informacja zaś może, ale nie musi, stanowić reklamę.

Art. 197 ust. 2 u.o.f.f.e. nie wprowadza natomiast zakazu samej reklamy, lecz tylko takiej reklamy, która zawiera informacje niespełniające wymagań, o których mowa w ustępie pierwszym tego artykułu.

Dla oceny, czy naruszony został zakaz, o którym mowa w art. 197 ust. 2 u.o.f.f.e., podstawowe znaczenie ma zatem ustalenie, czy sam przekaz stanowi reklamę, w dalszej kolejności zaś, czy warstwa informacyjna takiego przekazu zawiera zabronione treści.

Ustawa o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych nie definiuje pojęcia „reklama”. Także w systemie prawa brak jest legalnej definicji tego pojęcia.

W literaturze przedmiotu wskazuje się, że „w związku z brakiem jednolitej, legalnej definicji reklamy, ustalenie uniwersalnego zakresu tego pojęcia należy do przedstawicieli doktryny. Powszechnie akceptowany jest

pogląd B. Jaworskiej-Dębskiej, że reklamę można ujmować w dwóch aspektach - szerokim i wąskim. Pierwszy z nich odnosi się do wszelkich starań zmierzających do upowszechnienia określonych informacji o ludziach, firmach, ideach, przedsięwzięciach lub rzeczach w celu ich popularyzacji, wzbudzania zainteresowania nimi. Są to działania określane przede wszystkim mianem reklamy społecznej, ale w definicji tej mieści się również reklama polityczna. Reklama w wąskim ujęciu to reklama gospodarcza, która obejmuje działania wykorzystujące prawdziwe informacje na temat towarów lub usług w celu zwrócenia na nie uwagi potencjalnych klientów. Na gospodarczy charakter działań reklamowych zwraca uwagę E. Nowińska, która za reklamę uważa podejmowane świadomie działania w sferze gospodarczej, zmierzające do promowania towarów lub usług poprzez wskazanie na ich cechy w taki sposób, aby wywołać lub wzmocnić określone potrzeby u klientów, sterując ich wyborem. Ryszard Skubisz, definiując pojęcie reklamy, podkreśla element perswazyjny. Autor przyjmuje, że reklamą jest każda wypowiedź, która zmierza do stymulowania zbytu lub innego korzystania z towarów i usług. Analizując poszczególne elementy tej definicji, zauważyć można, że autor akcentuje gospodarczy charakter reklamy (odnosi się ona do towarów lub usług). Zwraca również uwagę na możliwość wykorzystania wszelkich nośników dla przedstawienia przekazu reklamowego (np.: radio, telewizja, Internet, prasa, kino, plakaty, ubrania, pojazdy itp.). Cel reklamy to bezpośrednie lub pośrednie nakłonienie odbiorców do nabywania bądź innego korzystania z towarów lub usług. Ryszard Skubisz przyjmuje, że cel ten powinien być ustalany obiektywnie z punktu widzenia przeciętnego odbiorcy, na podstawie konkretnego stanu faktycznego, przy czym pojęcie przeciętnego odbiorcy należy interpretować zgodnie z modelem wypracowanym w orzecznictwie ETS w sprawach dotyczących ustalania ryzyka wprowadzenia w błąd. Przeciętny konsument (odbiorca) to osoba należycie poinformowana, uważna i racjonalna” (D. E. Harasimiuk, *op. cit.*).

Z kolei, «[p]rzez pojęcie informacji należy rozumieć "obiektywny, sprawozdawczy prosty (pozbawiony cech epicznych i lirycznych), lapidarny, spójny logicznie, zrozumiały, zorganizowany i zwięzły przekaz, w którego treść wchodzi elementy słowno-graficzne" (tak O. Luty, M. Matczak, *Informowanie o sponsorowaniu przez producentów i dystrybutorów alkoholu*, PPH 2005, nr 7, s. 49). Wydaje się zatem, że przekaz informacyjny może być uznany za reklamę tylko wtedy, gdy poza przekazaniem informacji głównym jego celem jest zachęcenie do zakupu towaru. Tym samym dokonując oceny, czy przekaz ma charakter reklamowy, czy też wyłącznie informacyjny, należy brać pod uwagę przewagę warstwy informacyjnej lub zachęcającej do zakupu przy uwzględnieniu języka, formy i nośnika wypowiedzi (...) Odróżnienie "czystej" informacji od reklamy opiera się na rozróżnieniu ich celu. Przy odróżnianiu reklamy od informacji należy wziąć pod uwagę: a) wyznacznik przekazu reklamowego; b) intencje podmiotu, który dokonuje przekazu, oraz c) podmiot, do którego przekaz jest kierowany» (M. Sieradzka, *Komentarz do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz do art. 16, system informatyczny Lex*).

W systemie prawa reklama jest definiowana w kilku ustawach, z punktu widzenia formy przekazu lub przedmiotu przekazu.

I tak, np. zgodnie z art. 4 pkt 17 ustawy z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji (Dz. U. z 2011 r. Nr 43, poz. 226 ze zm.) reklamą, w rozumieniu tej ustawy, „jest przekaz handlowy, pochodzący od podmiotu publicznego lub prywatnego, w związku z jego działalnością gospodarczą lub zawodową, zmierzający do promocji sprzedaży lub odpłatnego korzystania z towarów lub usług; reklamą jest także autopromocja”.

Z kolei, reklamą w rozumieniu ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych jest „nośnik informacji wizualnej w jakiejkolwiek materialnej formie wraz z elementami konstrukcyjnymi i zamocowaniami, umieszczony w polu widzenia użytkowników drogi, niebędący znakiem w rozumieniu

przepisów o znakach i sygnałach lub znakiem informującym o obiektach użyteczności publicznej ustawionym przez gminę” (art. 4 pkt 23).

Reklama napojów alkoholowych to, zgodnie z art. 2¹ pkt 3 ustawy z dnia 26 października 1982 r. o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi (Dz. U. z 2012 r. poz. 1356 ze zm.), „publiczne rozpowszechnianie znaków towarowych napojów alkoholowych lub symboli graficznych z nimi związanych, a także nazw i symboli graficznych przedsiębiorców produkujących napoje alkoholowe, nieróżniących się od nazw i symboli graficznych napojów alkoholowych, służące popularyzowaniu znaków towarowych napojów alkoholowych; za reklamę nie uważa się informacji używanych do celów handlowych pomiędzy przedsiębiorcami zajmującymi się produkcją, obrotem hurtowym i handlem napojami alkoholowymi”.

W ustawie z dnia 6 września 2001 r. – Prawo farmaceutyczne (Dz. U. z 2008 r. Nr 45, poz. 271 ze zm.) definicja pojęcia „reklama” została zaś rozbudowana. Reklamą produktu leczniczego, zgodnie z art. 52 ust. 1 tejże ustawy, jest „działalność polegająca na informowaniu lub zachęcaniu do stosowania produktu leczniczego, mająca na celu zwiększenie: liczby przepisywanych recept, dostarczania, sprzedaży lub konsumpcji produktów leczniczych”. Art. 52 ust. 2 tejże ustawy dodatkowo uszczegóławia to pojęcie, wskazując, iż obejmuje ono „1) reklamę produktu leczniczego kierowaną do publicznej wiadomości; 2) reklamę produktu leczniczego kierowaną do osób uprawnionych do wystawiania recept lub osób prowadzących obrót produktami leczniczymi; 3) odwiedzanie osób uprawnionych do wystawiania recept lub osób prowadzących obrót produktami leczniczymi przez przedstawicieli handlowych lub medycznych; 4) dostarczanie próbek produktów leczniczych; 5) sponsorowanie spotkań promocyjnych dla osób upoważnionych do wystawiania recept lub osób prowadzących obrót produktami leczniczymi; 6) sponsorowanie konferencji, zjazdów i kongresów naukowych dla osób upoważnionych do wystawiania recept lub osób prowadzących obrót

produktami leczniczymi”. Przepis art. 52 ust. 3 tejże ustawy określa, jakie działania nie stanowią reklamy.

Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie definiuje zaś pojęcia „reklama”, wymienia natomiast, przykładowo, co wyżej wskazano, jaka reklama stanowi czyn nieuczciwej konkurencji (art. 16).

Na tle tego przepisu istnieje bogate orzecznictwo, a w wyroku z dnia 26 stycznia 2006 r., sygn. akt V CSK 83/05, Sąd Najwyższy stwierdził, iż „reklamą jest każda wypowiedź skierowana do potencjalnych konsumentów odnosząca się do towarów, usług, a także przedsiębiorcy oferującego towary lub usługę, mająca na celu zachęcenie i skłonienie adresatów do nabywania towarów lub korzystania z usług. Zachęta może być wyrażona bezpośrednio, np. przez użycie określeń odpowiadających konkretnym czynnościom, w wyniku których nastąpi zbycie towarów lub usług albo pośrednio - przez stworzenie sugestywnego obrazu towarów i usług, a także samego przedsiębiorcy, w stopniu nasuwającym adresatom nieodpartą chęć nabycia towarów i usług” (System informatyczny Lex nr 191239).

Użyte w art. 197 ust. 2 u.o.f.f.e. pojęcie „reklama” jest terminem niedookreślonym, zaś dla ustalenia jego znaczenia w ustawie o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych nie można też wprost odwołać się do definicji przyjętych w innych ustawach.

Wydaje się jednak, że niedookreśloność nie jest takiego stopnia, aby można było ocenić ją jako naruszającą zasadę poprawnej legislacji.

Znaczenie pojęcia „reklama”, użytego w art. 197 ust. 2 u.o.f.f.e., może być bowiem ustalone przez odwołanie się do znaczeń nadanych mu w przedstawionych poglądach doktryny oraz orzecznictwie.

Ponadto zachowane zostały także gwarancje proceduralne nadania temu zwrotowi takiego znaczenia, które będzie zgodne ze standardami konstytucyjnymi, gdyż decyzja Komisji Nadzoru Finansowego podlega ocenie

sądu. Znaczenie pojęcia „reklama” na gruncie u.o.f.f.e. może zostać zatem wypracowane w orzecznictwie.

Pojęcie „reklama” w ustawie o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych ma jednak i inne znaczenie niż przedstawione na tle art. 197 ust. 2 u.o.f.f.e.

Przepisy art. 197a u.o.f.f.e. i art. 36 ustawy nowelizującej, w ustępach pierwszych, wprowadzają, w określonych okresach, zakazy reklamy, zawierającej informacje o otwartych funduszach lub informacje sugerujące, że reklama odnosi się do otwartych funduszy.

Przepisy te dotyczą zatem zakazu reklamy, nie wprowadzają zaś zakazu przekazywania informacji.

Artykuły te, w ustępach drugich, stanowią jednak, że „[z]a reklamę nie uważa się zamieszczania na stronie internetowej otwartego funduszu informacji, o których mowa w art. 191 ust. 1 i 1a”.

Z treści art. 197a ust. 2 u.o.f.f.e. i art. 36 ust. 2 ustawy nowelizującej, *a contrario*, wynika zatem, że każda informacja o otwartym funduszu emerytalnym, która jest rozpowszechniona w innej formie niż na stronie internetowej funduszu, może stanowić reklamę.

Dla zdekodowania pojęcia „reklama”, użytego w art. 197a ust. 1 u.o.f.f.e. i art. 36 ust. 1 ustawy nowelizującej, nie jest więc konieczna ocena, czy istnieje element celu reklamy – oddziaływanie na decyzje odbiorcy, w tym przypadku – zachęcenie ubezpieczonych do złożenia oświadczenia o przekazywaniu składki do funduszu.

Przepisy te utożsamiają reklamę i informację, podczas gdy art. 197 ust. 1 i 2 u.o.f.f.e. pojęciom tym nadaje inne znaczenie.

Na gruncie omówionych przepisów art. 197 ust. 2 i art. 197a ust. 1 u.o.f.f.e. oraz art. 36 ust. 1 ustawy nowelizującej pojęcie „reklama” nie ma zatem jednego znaczenia i trudno jest także odróżnić reklamę od informacji.

Podzielić więc należy stanowisko Prezydenta RP, że nie można precyzyjnie ustalić, jakie działanie zostało przez ustawodawcę zakazane przepisami art. 197 ust. 2, w zakwestionowanej części, i art. 197a ust. 1 u.o.f.f.e. oraz w art. 36 ust. 1 ustawy nowelizującej. Argumenty te przemawiają za poglądem, że naruszona została zasada poprawnej legislacji. Niezgodność kwestionowanego rozwiązania z zasadą poprawnej legislacji jest tym bardziej widoczna, że przepisy te dotyczą prawa represyjnego, dla którego art. 42 ust. 1 Konstytucji wymaga, aby opis zachowania zabronionego był precyzyjnie określony przez ustawę.

W konsekwencji, uznać należy, że art. 197 ust. 2, w części zakwestionowanej we wniosku, i art. 197a ust. 1 u.o.f.f.e. oraz art. 36 ust. 1 ustawy nowelizującej, w zakresie, w jakim przepisy te posługują się niedookreślonym pojęciem „reklama”, są niezgodne z zasadą poprawnej legislacji, wywodzoną z art. 2 Konstytucji.

Z powyższych względów, przedstawiam stanowisko jak na wstępie.

z upoważnienia
Prokuratora Generalnego

Robert Hernand
Zastępca Prokuratora Generalnego