

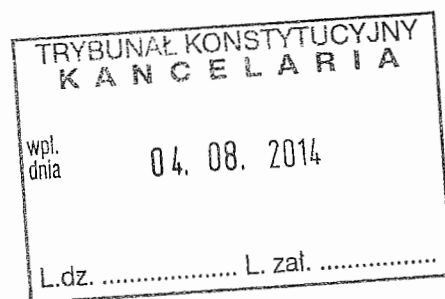


SEJM
RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Warszawa, dnia 1 sierpnia 2014 r.

Sygn. akt K 1/14

BAS-WPTK-291/14



Trybunał Konstytucyjny

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

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

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

3) art. 39a ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 1412 ze zm.) oraz art. 11, art. 23 ust. 18 i art. 24 ustawy z dnia 6 grudnia 2013 r. o zmianie niektórych ustaw w związku z określeniem zasad wypłaty emerytur ze środków zgromadzonych w otwartych funduszach emerytalnych **są zgodne** z art. 2 Konstytucji;

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

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

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

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

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

Uzasadnienie

I. Przedmiot kontroli, stan prawny oraz zarzuty wnioskodawcy

1. W dniu 30 stycznia 2014 r. Prezydent RP złożył do Trybunału Konstytucyjnego (TK) wniosek o zbadanie, w trybie kontroli następczej, zgodności szeregu przepisów ustawy z dnia 28 sierpnia 1997 r. o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 989 ze zm.; dalej: ustawa o funduszach emerytalnych albo u.f.e.), ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (t.. Dz. U. z 2013 r., poz. 1412 ze zm.; dalej: ustawa o systemie ubezpieczeń społecznych) oraz ustawy z dnia 6 grudnia 2013 r. o zmianie niektórych ustaw w związku z określeniem zasad wypłaty emerytur ze środków zgromadzonych w otwartych funduszach emerytalnych (Dz. U. z 2013 r., poz. 1717; dalej: ustawa nowelizująca) z przepisami Konstytucji, wskazanymi jako miarodajne w tym zakresie wzorce konstytucyjne (dalej: wniosek).

2. W pierwszym rzędzie przedmiotem kontroli określonym we wniosku Prezydenta RP są następujące przepisy ustawowe: art. 141 ust. 2 ustawy o funduszach emerytalnych w związku z art. 4 pkt 33, art. 23 ust. 1 oraz art. 35 ustawy nowelizującej; art. 39a ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych i art. 11 ustawy nowelizującej oraz art. 24 ustawy nowelizującej. W tym zakresie wskazanymi przez wnioskodawcę wzorcami kontroli są art. 2 i art. 67 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Artykuł 141 ust. 2 ustawy o funduszach emerytalnych stanowi, co następuje: „Aktywa 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”. Uwzględniając przy tym treść art. 141 ust. 1 pkt 1-4 oraz pkt 33 i 34 ustawy o funduszach emerytalnych, do których odsyła art. 141 ust. 2 tej ustawy, należałoby stwierdzić, że zgodnie z art. 141 ust. 2 w związku z art. 141 ust. 1 pkt 1-4 oraz pkt 33 i 34 ustawy o funduszach emerytalnych, aktywa otwartego funduszu emerytalnego nie mogą być lokowane w następujących kategoriach lokat:

1) obligacjach, bonach i innych papierach wartościowych, emitowanych przez Skarb Państwa lub Narodowy Bank Polski, a także pożyczkach i kredytach, udzielanych tym podmiotom; 2) obligacjach, bonach i innych papierach wartościowych, emitowanych przez rządy lub banki centralne państw będących członkami Unii Europejskiej lub stronami umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym, lub członkami Organizacji Współpracy Gospodarczej i Rozwoju, a także pożyczkach i kredytach, udzielanych tym podmiotom; 3) obligacjach i innych dłużnych papierach wartościowych, opiewających na świadczenia pieniężne, gwarantowanych lub poręczanych przez Skarb Państwa lub Narodowy Bank Polski, a także depozytach, kredytach i pożyczkach, gwarantowanych lub poręczanych przez te podmioty; 4) obligacjach i innych dłużnych papierach wartościowych, opiewających na świadczenia pieniężne, gwarantowanych lub poręczanych przez rządy lub banki centralne państw, o których mowa wyżej w punkcie 3, a także depozytach, kredytach i pożyczkach, gwarantowanych lub poręczanych przez te podmioty; 5) obligacjach emitowanych przez Bank Gospodarstwa Krajowego na zasadach określonych w ustawie z dnia 27 października 1994 r. o autostradach płatnych oraz o Krajowym Funduszu Drogowym (t.j. Dz. U. z 2012 r., poz. 931 ze zm.), jeżeli są gwarantowane przez Skarb Państwa; 6) obligacjach innych niż wymienione wyżej w punkcie 5, bankowych papierach wartościowych lub listach zastawnych, emitowanych przez Bank Gospodarstwa Krajowego, jeżeli są gwarantowane przez Skarb Państwa.

Przepisami wskazanymi we wniosku przez Prezydenta RP jako przepisy związkowe w stosunku do art. 141 ust. 2 ustawy o funduszach emerytalnych są: art. 4 pkt 33, art. 23 ust. 1 oraz art. 35 ustawy nowelizującej. Artykuł 4 pkt 33 ustawy nowelizującej uchyla art. 175-180 ustawy o funduszach emerytalnych, w których przed ich uchyceniem była mowa o niedoborze występującym w otwartym funduszu emerytalnym (niedobór ten występował w przypadku, gdy stopa zwrotu tego funduszu za okres 36 miesięcy była niższa od minimalnej wymaganej stopy zwrotu) oraz o mechanizmie pokrywania i gwarantowania pokrywania tego niedoboru. Artykuł 23 ust. 1 ustawy nowelizującej stanowi co następuje: „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”. Z kolei art. 35 ustawy nowelizującej przesądza o tym, jaka musi być minimalna łączna wartość lokat aktywów otwartego funduszu emerytalnego w kategoriach lokat, o których mowa w art. 141 ust. 1 pkt 7-10 ustawy o funduszach emerytalnych, obliczana jako procent wartości tych aktywów, którą należy osiągać na koniec czterech kolejno po sobie następujących lat kalendarzowych (tj. lat 2014-2017).

Artykuł 39a ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych pozwala członkom otwartych funduszy emerytalnych lub osobom, którym Zakład Ubezpieczeń Społecznych (dalej: ZUS) ewidencjonuje składkę na subkoncie, o którym mowa w art. 40a ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych (w przypadku tej drugiej kategorii osób tylko w zakresie składki, o której mowa w art. 22 ust. 3 pkt 2 tej ustawy), na złożenie do ZUS stosownego oświadczenia o: 1) przekazywaniu do otwartego funduszu emerytalnego składki, o której mowa w art. 22 ust. 3 pkt 1 lit. a tej ustawy (czyli 2,92% podstawy wymiaru składki), poczynwszy od składki opłaconej za lipiec, 2) zewidencjonowaniu składki, o której mowa w art. 22 ust. 3 pkt 2 tej ustawy (czyli 7,3% podstawy wymiaru składki, ale tylko w przypadku nieodprowadzania lub zaprzestania odprowadzania składki do otwartego funduszu emerytalnego w związku z ukończeniem przez ubezpieczonego wieku niższego o 10 lat od wieku emerytalnego) na subkoncie, o którym mowa w art. 40a tej ustawy, poczynwszy od składki opłaconej za miesiąc, w którym złożono wniosek. Przy czym wspomniane wyżej dwa rodzaje oświadczeń mogą być przez zainteresowane osoby składane poczynwszy od 2016 r., co cztery lata, w okresie od 1 kwietnia do 31 lipca.

Artykuł 11 ustawy nowelizującej stanowi, że składka, o której mowa w art. 22 ust. 3 pkt 1 lit. a ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych (czyli 2,92% podstawy wymiaru składki) jest przekazywana wybranemu przez ubezpieczonego otwartemu funduszowi emerytalnemu za okres do 30 czerwca 2014 r., zaś w okresie od 1 kwietnia do 31 lipca 2014 r. członek otwartego funduszu emerytalnego może złożyć w ZUS oświadczenie o przekazywaniu tej składki do otwartego funduszu emerytalnego poczynwszy od składki opłaconej za lipiec 2014 r.

Artykuł 24 ustawy nowelizującej mówi o obowiązku założenia przez ZUS subkonta, o którym mowa w art. 40a ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych, dla osób, dla których ZUS do 3 lutego 2014 r. nie prowadzi konta, o którym mowa w art. 40 ust. 1 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych, i którym jednocześnie stosowny rachunek utworzył otwarty fundusz emerytalny w sytuacjach określonych

w art. 128 ustawy o funduszach emerytalnych (chodzi o otwieranie rachunków dla byłych małżonków w związku z podziałem środków ze składek w razie rozvodu lub unieważnienia małżeństwa). Założenie przez ZUS wspomnianym osobom subkonta, o którym mowa w art. 40a powołanej ustawy, ma nastąpić po przekazaniu do ZUS aktywów, o których mowa w art. 23 ustawy nowelizującej.

3. Prezydent RP wskazuje, że wszystkie wymienione we wniosku do TK, wprowadzone powyższymi przepisami zmiany zasad prowadzenia działalności inwestycyjnej przez otwarte fundusze emerytalne mogą budzić wątpliwości z punktu widzenia ochrony praw ubezpieczonych. Zdaniem wnioskodawcy, o ile dotychczas otwarte fundusze emerytalne były funduszami zrównoważonego ryzyka mającymi możliwość dywersyfikacji ryzyka inwestycyjnego, inwestującymi składki przy zachowaniu maksymalnego bezpieczeństwa inwestycyjnego, o tyle po zmianach wprowadzonych ustawą nowelizującą otwarte fundusze emerytalne zostały w istocie przekwalifikowane w fundusze podwyższonego ryzyka. To zaś, w opinii Prezydenta RP, może prowadzić do naruszenia zasady zaufania ubezpieczonych do państwa i stanowionego przez nie prawa (wniosek, s. 14).

Wnioskodawca zwraca uwagę, że nowe zasady dotyczące rentowności i bezpieczeństwa lokat otwartych funduszy emerytalnych są wewnętrznie niespójne. W szczególności, w ustawie o funduszach emerytalnych wciąż zamieszczona jest zasada lokowania przez otwarte fundusze emerytalne swoich aktywów przy dążeniu do osiągnięcia maksymalnego stopnia bezpieczeństwa i rentowności dokonywanych lokat (art. 139 tej ustawy). Ta zaś zasada, zdaniem Prezydenta RP, koliduje z nowym kształtem modelu funkcjonowania otwartych funduszy emerytalnych, w którym funduszom emerytalnym nakazano inwestowanie co najmniej 75% swoich aktywów w akcje. To ustawowe zobligowanie otwartych funduszy emerytalnych do inwestowania niemalże wyłącznie w akcje jest, w przekonaniu Prezydenta RP, sprzeczne z całą dotychczasową filozofią funkcjonowania kapitałowej części systemu zabezpieczenia społecznego i jest ponadto rozwiązaniem na tle krajów rozwiniętych bezprecedensowym (wniosek, s. 16).

W swoim wniosku Prezydent RP podkreśla, że dotychczasowe zasady funkcjonowania otwartych funduszy emerytalnych, pozwalające tym funduszom inwestować w papiery skarbowe, umożliwiało budowanie zrównoważonej struktury aktywów funduszu, podczas gdy wprowadzone zmiany, uniemożliwiające funduszom

dywersyfikację swego portfela inwestycyjnego, wywołają efekt odwrotny (wniosek, s. 18).

Prezydent RP wskazuje również na niebezpieczną – jego zdaniem – likwidację przez ustawodawcę dwóch istotnych z punktu widzenia interesów ubezpieczonych konstrukcji prawnych, jakimi są: minimalna stopa zwrotu oraz instytucja pokrycia niedoboru w przypadku braku osiągnięcia minimalnej stopy zwrotu (art. 4 pkt 33 ustawy nowelizującej uchylający art. 175-180 ustawy o funduszach emerytalnych). W opinii wnioskodawcy tego rodzaju zmiana może doprowadzić do naruszenia gwarancji bezpieczeństwa II filaru zabezpieczenia społecznego, związanych z jego publicznym i obowiązkowym charakterem. W rezultacie, część aktywów ubezpieczonych pozostających w otwartych funduszach emerytalnych nie będzie już podlegać ochronie na zasadach określonych przy wprowadzaniu w Polsce systemu kapitałowego (wniosek, s. 16-17).

Zdaniem Prezydenta RP, państwo tworząc, a następnie modyfikując system emerytalny służący realizacji prawa obywateli określonego w art. 67 ust. 1 Konstytucji, jest odpowiedzialne za każdy element funkcjonowania tego systemu, w tym za otwarte fundusze emerytalne. Z powyższych prawnokonstytucyjnych względów ustawodawca nie może narażać ubezpieczonych na zbyt duże ryzyko inwestycyjne (wniosek, s. 20-21). Nowo przyjęty przez ustawodawcę model nie tylko, naraża ubezpieczonych na takie ryzyko, ale także nie zachowuje wymaganej równowagi pomiędzy różnymi wartościami i dobrami publicznymi, zaś jego wprowadzenie nie jest konieczne (wniosek, s. 21). Ponadto jego wprowadzenie narusza zasadę zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa w odniesieniu do osób, które dobrowolnie przystąpiły do otwartych funduszy emerytalnych. Osobami takimi są ubezpieczeni urodzeni po 31 grudnia 1948 r. a przed 1 stycznia 1969 r. Zgodnie z przepisami ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych, wspomniane osoby nie mogły zmienić swojej decyzji odnośnie do przystąpienia do otwartego funduszu emerytalnego, gdyż oświadczenie o przystąpieniu do funduszu było nieodwołalne (art. 111 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych). Tymczasem zgodnie z art. 11 ustawy nowelizującej, wprowadzone zostało – również w odniesieniu do wspomnianych wyżej ubezpieczonych, którzy przystąpili do otwartego funduszu emerytalnego dobrowolnie – domniemanie przynależności do ZUS, jeżeli od 1 kwietnia do 31 lipca 2014 r. zainteresowana osoba nie złoży oświadczenia o pozostaniu w danym funduszu. Zdaniem Prezydenta RP, skoro

ustawodawca nie przyjął co do zasady możliwości wycofania się przez ubezpieczonego ze złożonego prawidłowo oświadczenia woli o przystąpieniu do otwartego funduszu emerytalnego, to tak głęboka ingerencja w ukształtowane już stosunki prawne pomiędzy ubezpieczonymi a otwartymi funduszami emerytalnymi, jak ta dokonana ustawą nowelizującą, budzi poważne zastrzeżenia prawnokonstytucyjne, gdyż prowadzi to do zerwania stosunku zobowiązaniowego, a w rezultacie do naruszenia praw majątkowych, które członkowie otwartych funduszy emerytalnych uzyskali wskutek zawarcia umowy. Może to zaś stanowić naruszenie zasady lojalności państwa wobec obywateli (wniosek, s. 21-22).

Zdaniem Prezydenta RP, omawiane w tym miejscu przepisy ustawy nowelizującej naruszają zasadę zaufania obywatela do państwa i stanowionego przez państwo prawa także z co najmniej dwóch innych powodów. Po pierwsze, ubezpieczeni pozbawiani są arbitralnie swoich praw do części środków mających formę prawną jednostek rozrachunkowych, przenoszonych do ZUS z otwartego funduszu emerytalnego, do którego dany ubezpieczony wcześniej dobrowolnie przystąpił. Po drugie, następuje diametralna zmiana i pogorszenie sytuacji prawnej ubezpieczonego wskutek przeformułowania modelu funkcjonowania otwartych funduszy emerytalnych (wniosek, s. 23).

W przekonaniu wnioskodawcy, zmiany wprowadzone w systemie emerytalnym przez ustawę nowelizującą nasuwają również zastrzeżenia z punktu widzenia konstytucyjnej zasady proporcjonalności zawartej w art. 31 ust. 3 Konstytucji. W szczególności wątpliwości budzi to, czy efekt wprowadzanych zmian nie mógł być osiągnięty w inny sposób, aniżeli przez tak istotną ingerencję we wspomniane wyżej prawa ubezpieczonych (wniosek, s. 25-26). Warto zauważyć, że jak wynika z *petitum* wniosku, Prezydent RP stawia zarzut nieproporcjonalnego ograniczenia konstytucyjnego prawa do zabezpieczenia społecznego po osiągnięciu wieku emerytalnego. Podstawowym wzorcem kontroli uczynił bowiem art. 67 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

4. W dalszej części swojego wniosku do TK Prezydent RP wskazuje jako przedmiot kontroli następujące przepisy ustawowe: art. 141 ust. 2 ustawy o funduszach emerytalnych w związku z art. 23 ust. 1-6, ust. 9 i ust. 15-18 oraz art. 35 ustawy nowelizującej; art. 39a ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych

oraz art. 11 i art. 24 ustawy nowelizującej. W tym zakresie wzorcami kontroli są art. 2 i art. 22 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Wspomniany już wyżej art. 141 ust. 2 ustawy o funduszach emerytalnych (w związku z art. 141 ust. 1 pkt 1-4 oraz pkt 33 i 34 tej ustawy) wyklucza możliwość lokowania aktywów otwartych funduszy emerytalnych w określone rodzaje skarbowych papierów wartościowych oraz w papiery wartościowe lub inne aktywa (tzn. depozyty, pożyczki i kredyty) gwarantowane przez Skarb Państwa. Przepisy art. 23 ust. 1-6, ust. 9 i ust. 15-18 ustawy nowelizującej nakazują otwartym funduszom emerytalnym umorzenie 51,5% jednostek rozrachunkowych zapisanych na rachunku każdego członka otwartego funduszu emerytalnego na 31 stycznia 2014 r. i przekazanie do ZUS określonych aktywów o wartości odpowiadającej sumie wartości umorzonych jednostek rozrachunkowych, a równocześnie przepisy te regulują wiele szczegółowych kwestii technicznych, księgowych i rachunkowych związanych ze wspomnianym wyżej transferem aktywów oraz upoważniają Radę Ministrów do fakultatywnego określenia w rozporządzeniu dalszych szczegółowych reguł wzmiankowanego transferu aktywów. Z kolei art. 35 ustawy nowelizującej przesądza o polityce lokacyjnej otwartych funduszy emerytalnych, jaką te ostatnie muszą obligatoryjnie prowadzić w latach 2014 -2017.

Zakwestionowane w tej części wniosku przepisy art. 39a ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych oraz art. 11 i art. 24 ustawy nowelizującej zostały już przedstawione wyżej.

5. Wskazanim przepisom ustawowym Prezydent RP zarzuca niezgodność z art. 2 i art. 22 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji. Prowadzą one do istotnych ograniczeń w działalności gospodarczej otwartych funduszy emerytalnych oraz organów tych funduszy – czyli powszechnych towarzystw emerytalnych. Wszystkie te ustawowe przepisy wpływają znacząco na decyzje gospodarcze otwartych funduszy emerytalnych oraz zarządzających nimi towarzystw, które to decyzje dalece wykraczają poza zakres zwykłego zarządu. Skutkiem rozstrzygnięć ustawodawcy jest bowiem wprowadzenie głębokich zmian zasad regulujących działalność otwartych funduszy emerytalnych i ich organów. W szczególności, o ile dotychczas otwarte fundusze emerytalne były funduszami zrównoważonego ryzyka, mającymi szerokie możliwości dywersyfikacji tego ryzyka, o tyle wprowadzone zmiany przekształcają otwarte fundusze emerytalne w fundusze o większym stopniu ryzyka. Następuje

zatem znaczące ograniczenie swobody inwestycyjnej zarządzających funduszem, co musi prowadzić do zmiany polityki inwestycyjnej (wniosek, s. 28-30). Zmiany te są też bardzo kosztowne dla zainteresowanych podmiotów (wniosek, s. 31).

W opinii Prezydenta RP istotne jest to, że zmiany wymagane przez nowe przepisy muszą być przez otwarte fundusze emerytalne oraz przez ich organy wprowadzone w bardzo krótkim czasie po ogłoszeniu i wejściu w życie nowych przepisów. Takie działanie prawodawcze może naruszać konstytucyjną zasadę zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa. Dla podmiotu prowadzącego działalność gospodarczą niewątpliwie istotne jest, by kluczowe warunki prowadzenia tej działalności były znane z odpowiednim wyprzedzeniem. W omawianym przypadku tak się nie stało (wniosek, s. 30-31).

Wnioskodawca uznaje również, że jest sprzeczne z zasadą proporcjonalności wymaganie od ubezpieczonych, aby chcąc nadal odprowadzać swoją składkę do otwartych funduszy emerytalnych musieli oni co cztery lata składać stosowne pisemne oświadczenie (wniosek, s. 31-32).

6. W uzasadnieniu wniosku Prezydent RP uznaje ponadto, że nadanie fakultatywnego charakteru upoważnieniu do wydania przez Radę Ministrów istotnego rozporządzenia dotyczącego sposobu transferu aktywów z otwartych funduszy emerytalnych do ZUS (art. 23 ust. 18 ustawy nowelizującej) „może wywoływać wątpliwości co do zupełności prawa regulujących kwestię przekazania przez OFE obligacji, innych papierów wartościowych oraz środków pieniężnych na rachunki w ZUS. [...] Wydaje się, że regulacja tej materii powinna być zupełna i znana odpowiednio wcześniej. W świetle powyższego, w przypadku gdy ustawa nie zawiera wszystkich koniecznych regulacji [...] przyjąć można, że upoważnienie powinno mieć charakter obligatoryjny” (wniosek, s. 32).

Zgodnie z zasadą *falsa demonstratio non nocet* decydujące znaczenie ma istota sprawy, a nie jej oznaczenie. Trybunał Konstytucyjny niejednokrotnie stawał na stanowisku, że na wniosek składa się cała wyrażająca go treść, a w *petitum* następuje jedynie usystematyzowanie wątpliwości oraz wskazanie głównych w tym względzie wzorców kontroli. O przedmiocie wniosku decydują bowiem zarówno treści wyrażone w *petitum*, jak i te, które znajdują się w uzasadnieniu wniosku (orzeczenie TK z 3 grudnia 1996 r., sygn. akt K 25/95; wyroki TK z: 16 czerwca 1999 r., sygn. akt P 4/98; 15 września 2008 r., sygn. akt P 51/07).

Artykuł 23 ust. 18 ustawy nowelizującej został wskazany w *petitum* wniosku, obok ust. 1-6, ust. 9, ust. 15-17 tego artykułu oraz art. 35 ustawy nowelizującej, jako przepis związkowy względem art. 141 ust. 2 ustawy o funduszach emerytalnych. Sposób sformułowania zarzutów w uzasadnieniu wniosku i argumentów przytaczanych na ich poparcie wskazują jednak, że intencją wnioskodawcy było odrębne zakwestionowanie regulacji art. 23 ust. 18 ustawy nowelizującej. Pewne wątpliwości budzić może, jaki wzorzec kontroli, dla tak wyodrębnionego przedmiotu kontroli, przyjął Prezydent RP. Wnioskodawca postuluje, aby upoważnienie do wydania rozporządzenia miało charakter obligatoryjny (wniosek, s. 32). A zatem zdaniem Prezydenta RP konstytucyjny standard zostałby dochowany, gdyby art. 23 ust. 18 ustawy nowelizującej nakazywał wydanie stosownego rozporządzenia. Takie sformułowanie zarzutu i jego uzasadnienia wyklucza zdaniem Sejmu uznanie, iż podstawą badania wnioskodawca uczynił zasadę zupełności ustawy (Prezydent RP używa zwrotu „zupełność prawa”). W toku wywodu argumentacyjnego powołuje się on na orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego związane z zasadą pewności prawa. Zdaniem Sejmu pozwala to przyjąć, że wzorcem kontroli jest właśnie ta zasada (art. 2 Konstytucji).

Zgodnie z powyższym, należy uznać, iż rzeczywistym przedmiotem badania w niniejszej sprawie będzie art. 23 ust. 18 ustawy nowelizującej, a wzorcem kontroli wynikająca z art. 2 Konstytucji zasada pewności prawa.

7. W ostatniej części wniosku Prezydent RP wskazuje jako przedmiot kontroli, po pierwsze, art. 197a ustawy o funduszach emerytalnych i art. 36 ustawy nowelizującej, którym zarzuca naruszenie art. 22 i art. 54 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji oraz, po drugie, art. 197 ustawy o funduszach emerytalnych w części dotyczącej powszechnych towarzystw emerytalnych i otwartych funduszy emerytalnych oraz art. 197a tej ustawy, a także art. 36 ustawy nowelizującej, którym zarzuca niezgodność z zasadą poprawnej legislacji wywodzoną z art. 2 Konstytucji.

Artykuł 197 ust. 1 ustawy o funduszach emerytalnych stanowi, że informacje m.in. o otwartym funduszu emerytalnym 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. Z kolei art. 197 ust. 2 ustawy o funduszach emerytalnych stanowi, że: „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". Natomiast art. 197a ust. 1 ustawy o funduszach emerytalnych stanowi, że: „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". Naruszenie powyższego zakazu jest zagrożone karą pieniężną (art. 197a ust. 3 ustawy o funduszach inwestycyjnych).

Wreszcie art. 36 ustawy nowelizującej stanowi, że do 31 lipca 2014 r. zabroniona jest reklama zawierająca informacje o otwartych funduszach emerytalnych lub informacje sugerujące, że reklama odnosi się do otwartych funduszy emerytalnych. Również i ten zakaz zabezpieczony jest stosowną karą pieniężną.

8. W przekonaniu Prezydenta RP przedstawione powyżej zakazy reklamy w nieproporcjonalny sposób ograniczają konstytucyjną wolność pozyskiwania oraz rozpowszechniania informacji, wynikającą z art. 54 ust. 1 Konstytucji. Zdaniem wnioskodawcy, całkowity zakaz reklamy w takich okresach czasu, w których podejmowane są przez ubezpieczonych decyzje kluczowe dla nich samych oraz dla otwartych funduszy emerytalnych, jest regulacją zbyt rygorystycznie i w sposób nieuzasadniony ograniczającą wolność pozyskiwania i rozpowszechniania informacji. Regulacja ta nie jest konieczna, a ponadto ustawodawca nie wskazuje na żadne konkretne konstytucyjne dobro, które miałoby przemawiać za takim zakazem (wniosek, s. 36-37). Zakazy te naruszają również, zdaniem Prezydenta RP, konstytucyjną wolność działalności gospodarczej (wniosek, s. 37-39).

Wnioskodawca podnosi ponadto, że kwestionowane przez niego przepisy dotyczące reklamy naruszają wynikającą z art. 2 Konstytucji zasadę określoności przepisów prawa. Ustawodawca nie definiuje bowiem w tym przypadku pojęcia reklamy oraz nie tworzy przepisów, dzięki którym można by odróżniać te reklamy od informacji umieszczanych na stronach internetowych otwartych funduszy emerytalnych. W ten sposób ustawodawca nie określa dokładnie działań zakazanych, sankcjonowanych wysokimi karami pieniężnymi (wniosek, s. 39).

II. Wzorce kontroli konstytucyjnej

1. Zasada zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa oraz zasada pewności prawa (art. 2 Konstytucji)

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

Trybunał podkreśla przy tym, że zasadę pewności prawa prawodawca narusza wtedy, gdy jego rozstrzygnięcie jest dla jednostki zaskoczeniem, bo w danych okolicznościach nie mogła go przewidzieć, w szczególności zaś wtedy, gdy przy jego podejmowaniu prawodawca mógł przypuszczać, że gdyby jednostka przewidywała zmianę prawa, inaczej zdecydowałaby o swoich sprawach. Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego, zasada zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa bazuje więc na założeniu przewidywalności postępowania organów państwa. Jej istota sprowadza się do nakazu takiego stanowienia i stosowania prawa, by adresat danej normy prawnej mógł układać swoje sprawy w zaufaniu, że nie naraża się na negatywne skutki prawne, których nie mógł przewidzieć w momencie podejmowania określonej decyzji (wyrok TK z 6 lipca 2004 r., sygn. akt P 14/03).

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

2. Zasada poprawnej legislacji (art. 2 Konstytucji)

W doktrynie prawa oraz orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego zasada poprawnej (prawidłowej) legislacji uznawana jest za konstytucyjną zasadę prawa stanowiącą formalny składnik zasady państwa prawnego, wywiedzioną z zasady

zaufania obywateli do państwa i tworzonego przez nie prawa (zob. T. Zalasinski, *Zasada prawidłowej legislacji w poglądach Trybunału Konstytucyjnego*, Warszawa 2008, s. 48 wraz z przywoływanym tam orzecnictwem i piśmiennictwem). Jednocześnie brak jest jednoznacznego i taksatywnego katalogu elementów, które można uznać za składniki zasady poprawnej legislacji. Doktryna prawa konstytucyjnego, opierając się na orzecnictwie TK, wymienia w tym względzie takie elementy jak: zasada niedziałania prawa wstecz, zasada ochrony praw nabytych, zasada *pacta sunt servanda*, zasada poszanowania interesów w toku, zasada nakazująca stosowanie przepisów przejściowych, zasada odpowiedniej *vacatio legis*, zasada zakazująca zmiany prawa podatkowego w trakcie roku podatkowego, zasada określoności przepisów prawa, zasada proporcjonalności oraz nakaz przestrzegania zasad techniki prawodawczej (*ibidem*, s. 51).

Jak z powyższego wynika, jedną z zasad poprawnej legislacji wywodzoną z art. 2 Konstytucji jest zasada dostatecznej określoności przepisów prawa (dalej: zasada określoności), którą Trybunał uznaje za funkcjonalnie powiązaną z zasadami pewności i bezpieczeństwa prawnego (wyrok TK z 28 października 2009 r., sygn. akt Kp 3/09). Określoność regulacji prawnej (w omawianym tutaj rozumieniu) obejmuje dwa zasadnicze elementy: 1) dostateczną precyzję, jasność i poprawność danej regulacji prawnej oraz 2) dostatecznie ścisłe i precyzyjne determinowanie działań organów państwa (zob. wyroki TK z: 11 stycznia 2000 r., sygn. akt K. 7/99; 28 października 2009 r., sygn. akt Kp 3/09; 21 marca 2001 r., sygn. akt K. 24/00; 22 maja 2002 r., sygn. akt K. 6/02; 20 listopada 2002 r., sygn. akt K. 41/02; 10 listopada 1998 r., sygn. akt K. 39/97; 24 lutego 2003 r., sygn. akt K. 28/02).

3. Konstytucyjne przesłanki ograniczania wolności działalności gospodarczej (art. 22 Konstytucji)

Artykuł 22 Konstytucji został umieszczony w rozdziale I Konstytucji zatytułowanym: „Rzeczpospolita” i brzmi: „Ograniczenie wolności działalności gospodarczej jest dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes publiczny”. W doktrynie prawa konstytucyjnego oraz w orzecnictwie Trybunału Konstytucyjnego zgodnie przyjmuje się, że przepis ten pełni dwojaką funkcję. Z jednej strony, przepis ten wyraża zasadę ustroju gospodarczego Rzeczypospolitej, konkretyzując w tym zakresie ogólniejsze zasady, wyrażone

w art. 20 Konstytucji. Z drugiej strony, art. 22 Konstytucji może stanowić podstawę do konstruowania prawa podmiotowego, przysługującego każdemu, kto podejmuje i wykonuje działalność gospodarczą (wyroki TK z: 10 kwietnia 2001 r., sygn. akt U 7/00; 2 grudnia 2002 r., sygn. akt SK 20/01; zob. też B. Banaszak, *Konstytucja RP. Komentarz*, Warszawa 2009, s.125 i n.).

Pojęcie działalności gospodarczej nie zostało zdefiniowane w Konstytucji. W orzecznictwie TK przyjmuje się, że pojęcie to obejmuje działalność, której zasadniczym celem jest osiągnięcie zysku. Chodzi tu więc o działalność, która ma z założenia zarobkowy charakter, a przy tym jest wykonywana w sposób ciągły i profesjonalny (wyroki TK z: 29 kwietnia 2003 r., sygn. akt SK 24/02; 14 czerwca 2004 r., sygn. akt SK 21/03; 27 lipca 2004 r., sygn. akt SK 9/03; 19 stycznia 2010 r., sygn. akt SK 35/08). W doktrynie wolność działalności gospodarczej opisuje się jako złożoną sytuację prawną, w jakiej poszczególne jednostki znajdują się względem państwa, zawierającą w swojej strukturze szereg bardziej szczegółowych modalności prawnych, w tym m. in. prawo do domagania się od państwa tego, by państwo powstrzymywało się od działań ingerujących w działania i zaniechania stanowiące przedmiot tej wolności (czyli w zachowania polegające na wykonywaniu działalności gospodarczej oraz w zachowania polegające na zaniechaniu wykonywania działalności gospodarczej; zob. M. Szydło, *Wolność działalności gospodarczej jako prawo podstawowe*, Bydgoszcz-Wrocław 2011, s. 56 i n.).

W art. 22 Konstytucji sformułowane zostały dwie przesłanki warunkujące dopuszczalność ustanawiania ograniczeń wolności działalności gospodarczej: przesłanka formalna („tylko w drodze ustawy”) oraz przesłanka materialna („tylko ze względu na ważny interes publiczny”). TK stwierdza, że przepis art. 22 Konstytucji „reguluje wprost w sposób wyczerpujący i kompleksowy zarówno formalne, jak i materialne przesłanki ograniczenia wolności działalności gospodarczej. [...] stanowiąc *lex specialis* w stosunku do art. 31 ust. 3 Konstytucji, wyłącza jego stosowanie jako adekwatnego wzorca kontroli ustawowych ograniczeń wolności działalności gospodarczej” (wyrok TK z 29 kwietnia 2003 r., sygn. akt SK 24/02). Twierdzenie to trzeba jednak uzupełnić późniejszym spostrzeżeniem TK, że przy ograniczaniu wolności działalności gospodarczej należy też przestrzegać zasady proporcjonalności oraz zakazu naruszenia istoty tej wolności (zob. wyrok TK z 13 października 2010 r., sygn. akt Kp 1/09).

W odniesieniu do zawartej w art. 22 Konstytucji klauzuli „ważnego interesu publicznego” TK zauważa, że mieszczą się w niej wszystkie przesłanki materialne wymienione w art. 31 ust. 3 Konstytucji, a ponadto w zakresie owego interesu mieszczą się też inne wartości, nie wskazane w generalnej klauzuli ograniczającej. W rezultacie, zakres dopuszczalnych ograniczeń wolności działalności gospodarczej jest – przynajmniej z punktu widzenia materialnoprawnych przesłanek ograniczeń – szerszy od zakresu ograniczeń tych wolności i praw, do których odnosi się art. 31 ust. 3 Konstytucji (zob. wyroki TK z: 8 lipca 2008 r., sygn. akt K 46/07; 13 października 2010 r., sygn. akt Kp 1/09). W tym kontekście doktryna prawa zauważa, że 22 Konstytucji upoważnia ustawodawcę do ograniczania wolności działalności gospodarczej z powołaniem się na takie dobra, jak np.: konieczność ochrony ważnego dla interesu państwa sektora gospodarki lub podmiotu gospodarczego; ochrona interesów konsumentów; wprowadzenie zasad uczciwego obrotu gospodarczego (J. Ciapała, *Konstytucyjna wolność działalności gospodarczej w Rzeczypospolitej Polskiej*, Szczecin 2009, s. 374). Jednocześnie stwierdza się też, że „Konstytucja nie precyzuje tego, jaki interes publiczny jest na tyle ważny, by jego pojawienie się uzasadniło to ograniczenie; odsyła w tym względzie do oceny i decyzji ustawodawcy” (P. Winczorek, *Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 roku*, Warszawa 2008, s. 62).

4. Ogólne warunki dopuszczalności ograniczeń konstytucyjnych praw i wolności (art. 31 ust. 3 Konstytucji)

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

Zamieszczona w art. 31 ust. 3 Konstytucji zasada proporcjonalności wyznacza dopuszczalny zakres ograniczeń korzystania z konstytucyjnych wolności

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

Zawarty w art. 31 ust. 3 zd. 2 Konstytucji zakaz naruszania istoty wolności i praw opiera się na założeniu, że w ramach każdego konkretnego prawa lub wolności można wyodrębnić pewne elementy podstawowe, bez których dane prawo lub wolność w ogóle nie będą mogły istnieć, oraz pewne elementy dodatkowe, które mogą być przez ustawodawcę zwykłego ujmowane i modyfikowane w różny sposób bez zniszczenia tożsamości danego prawa lub wolności (orzeczenie TK z 26 kwietnia 1995 r., sygn. akt K 11/95; wyroki TK z: 12 stycznia 2000 r., sygn. akt P 11/98; 20 października 2010 r., sygn. akt P 37/09).

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

5. Konstytucyjna wolność pozyskiwania i rozpowszechniania informacji (art. 54 ust. 1 Konstytucji)

Artykuł 54 ust. 1 Konstytucji stanowi: „Każdemu zapewnia się wolność wyrażania swoich poglądów oraz pozyskiwania i rozpowszechniania informacji”.

Przepis ten gwarantuje wolność słowa, na którą, w ujęciu konstytucyjnym, składają się: wolność wyrażania swoich poglądów, wolność pozyskiwania informacji oraz wolność rozpowszechniania informacji (zob. P. Sarnecki [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, uwagi do art. 54, t. III, Warszawa 2003). Treścią omawianej tutaj wolności jest przysługująca zainteresowanym swoboda w nieskrępowanym prezentowaniu swoich opinii, przekonań, poglądów lub informacji faktycznych w dowolnych formach (np. słowem, drukiem, obrazem, dźwiękiem, gestem), o ile następuje to w sposób widoczny dla innych, czyli w procesie komunikacji interpersonalnej (W. Sokolewicz, *Wolność prasy i jej konstytucyjne ograniczenia*, „Państwo i Prawo” 2008, nr 6, s. 22).

Zarówno doktryna prawa konstytucyjnego, jak i Trybunał Konstytucyjny dostrzegają doniosłość wolności pozyskiwania i rozpowszechniania informacji dla zachowania godności każdego człowieka (zob. wyrok TK z 20 lutego 2007 r., sygn. akt P 1/06). Analizowana wolność ma także zasadnicze znaczenie dla demokracji, której istota polega na nieskrępowanej dyskusji politycznej (zob. wyroki TK z: 23 marca 2006 r., sygn. akt K 4/06; 12 maja 2008 r., sygn. akt SK 43/05).

Trybunał Konstytucyjny uwzględnia w swoim orzecznictwie postulaty doktryny prawa dotyczące ściślejszej ochrony wolności słowa niż w przypadku innych swobód obywatelskich (zob. wyrok TK z 4 kwietnia 2001 r., sygn. akt K 11/00, a także zob. A. Wiśniewski, *Znaczenie wolności słowa w państwie demokratycznym*, „Gdańskie Studia Prawnicze” z 2000 r., t. VII, s. 645-658). Szczególna ochrona omawianej tutaj wolności nie oznacza jednak, że wolność ta jest absolutna. Ograniczenia wolności wyrażania swoich poglądów oraz pozyskiwania i rozpowszechniania informacji są dopuszczalne, aczkolwiek tylko wtedy, gdy spełnione są przesłanki wynikające z art. 31 ust. 3 Konstytucji (wyrok TK z 30 października 2006 r., sygn. akt P 10/06).

6. Prawo do zabezpieczenia społecznego (art. 67 ust. 1 Konstytucji)

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

W odniesieniu do występującego w powołanym przepisie „zabezpieczenia społecznego” Trybunał Konstytucyjny stwierdza, że jest ono ujęte w kategoriach prawa podmiotowego, przy czym rangę tego prawa dodatkowo wzmacnia fakt, że ma ono w pełni egzekwowalny charakter (ograniczenia zakresu dochodzenia niektórych praw socjalnych, przewidziane w art. 81 Konstytucji, nie odnoszą się do prawa do zabezpieczenia społecznego). Zdaniem TK, ustawa, określając zakres prawa do zabezpieczenia społecznego, nie może naruszyć istoty tego prawa. Równocześnie, z zamieszczonego w art. 67 ust. 1 Konstytucji prawa do zabezpieczenia społecznego nie da się wyprowadzić konkretnej postaci świadczenia na rzecz emerytów (wyrok TK z 7 września 2004 r., sygn. akt SK 30/03 oraz powołane tam orzecznictwo).

W doktrynie prawa oraz w orzecznictwie TK zgodnie się twierdzi, że treścią konstytucyjnego prawa do zabezpieczenia społecznego jest m.in. zapewnienie każdemu obywatelowi świadczeń na wypadek osiągnięcia wieku emerytalnego. Zabezpieczenie społeczne, o którym mowa w art. 67 ust. 1 Konstytucji, obejmuje także mechanizm ubezpieczenia społecznego, który gwarantuje prawo do świadczeń zastępujących wynagrodzenie, ze względu na zajście ryzyka (zdarzenia) ubezpieczeniowego (I. Jędrasik-Jankowska, *Pojęcie i konstrukcje prawne ubezpieczenia społecznego*, Warszawa 2010, s. 23; L. Garlicki [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. L. Garlicki, t. III, Warszawa 2003, komentarz do art. 67, s. 3-4 i 7 oraz powołane tam orzecznictwo; zob. też wyrok TK z 7 lutego 2006 r., sygn. akt SK 45/04; wyrok TK z 27 stycznia 2010 r., sygn. akt SK 41/07).

Ważnym aspektem poruszonym w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego dotyczącym konstytucyjnego prawa do zabezpieczenia społecznego jest przysługująca ustawodawcy swoboda w kształtowaniu tego prawa. Zdaniem TK: „Z uwagi na złożoność materii związanej z ubezpieczeniami społecznymi, Konstytucja nie przesądziła o formach realizacji prawa do zabezpieczenia społecznego, pozostawiając ustawodawcy zwyktemu znaczny margines swobody określania poszczególnych wymogów i zasad przyznawania określonych świadczeń. Takie rozwiązanie jest uzasadnione koniecznością reagowania na zachodzące w państwie zmiany gospodarcze i związane z tym możliwości realizowania zobowiązań państwa wobec obywateli, co byłoby niemożliwe w przypadku określenia jednego modelu tego zabezpieczenia na poziomie Konstytucji” (wyrok TK z 11 marca 2008 r., sygn. akt SK 58/06). Ta swoboda ustawodawcy, co do meritum

omawianych zagadnień bardzo szeroka, ma wszakże pewne granice. Mianowicie, kształtując prawo obywateli do zabezpieczenia społecznego ustawodawca musi respektować inne zasady konstytucyjne, w tym zwłaszcza zasadę równości (por. L. Garlicki, *op. cit.*, s. 5-6 oraz wskazane tam orzecznictwo). Granicą swobody ustawodawcy jest także zakaz naruszania istoty prawa do zabezpieczenia społecznego. Istotę tego prawa Trybunał rozumie w ten sposób, że ustawodawca musi stworzyć takie regulacje, które zagwarantują minimalny poziom świadczeń (rozumianych jako umożliwiających zaspokojenie nie tylko podstawowych potrzeb) osobom, wobec których spełnił się konstytucyjny warunek uzyskania świadczenia i które zaprzestały w związku z tym aktywności zawodowej (odnośnie do osiągnięcia wieku emerytalnego zob. wyrok TK z 7 lutego 2006 r., sygn. akt SK 45/04).

Jest przy tym znamienne, że Trybunał Konstytucyjny deklaruje, iż na tle spraw z zakresu zabezpieczenia społecznego nie bada on trafności czy celowości rozstrzygnięć podjętych przez parlamentarnego ustawodawcę i zawsze przyjmuje wstępne założenie racjonalnego i zgodnego z Konstytucją działania parlamentu (wyrok TK z 12 września 2000 r., sygn. akt K 1/00).

III. Analiza zgodności

1. Konstytucyjne prawo do zabezpieczenia społecznego oraz zasada zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa (z punktu widzenia członków OFE)

1. W opinii Sejmu, kwestionowane przez Prezydenta RP przepisy ustawowe, obejmujące: art. 141 ust. 2 ustawy o funduszach emerytalnych w związku z art. 4 pkt 33, art. 23 ust. 1 oraz art. 35 ustawy nowelizującej, art. 39a ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych oraz art. 11 i art. 24 ustawy nowelizującej, są zgodne z art. 2 Konstytucji, w zakresie, w jakim ten ostatni przepis wyraża zasadę zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa, oraz są zgodne z art. 67 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji, mówiącymi o prawie do zabezpieczenia społecznego oraz o dopuszczalności ograniczania tego prawa. Zgodność wskazanych przepisów ustawowych z zasadą zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa wynika przede wszystkim stąd, że przepisy te regulują zasady gromadzenia środków na przyszłe emerytury ubezpieczonych w sposób bardziej pewny, stabilny, bezpieczny i przewidywalny niż miało to miejsce pod rządami

przepisów dotychczasowych. W tym sensie kwestionowane przez Prezydenta RP przepisy ustawowe w rzeczywistości zwiększają (a nie naruszają) zaufanie do państwa oraz do stanowionego przez nie prawa do zabezpieczenia społecznego. Nawet zaś jeżeli w pewnym zakresie kwestionowane przez Prezydenta RP przepisy ustawowe ingerują w chronione przez art. 2 Konstytucji zaufanie obywateli, to czynią to w zgodności z orzecznictwem TK, pozwalającym na wyjątkowe dawanie priorytetu innym konstytucyjnym wartościom, w tym w szczególności równowadze finansów publicznych.

Z kolei zgodność powyższych przepisów ustawowych z wynikającym z art. 67 ust. 1 Konstytucji prawem do zabezpieczenia społecznego wynika z tego, iż wskazane przepisy ustawowe w ogóle tego prawa nie naruszają, a wręcz przeciwnie: optymalizują warunki jego realizacji. Stąd też przy ocenie konstytucyjności zakwestionowanych rozwiązań nie ma potrzeby odwoływania się do ogólnej klauzuli limitacyjnej, zawartej w art. 31 ust. 3 Konstytucji.

2. Głównym argumentem Prezydenta RP mającym uzasadniać sprzeczność omawianych regulacji ustawowych z art. 2 i art. 67 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji jest zarzut, iż ustawodawca przekształcił otwarte fundusze emerytalne – będące dotychczas, zdaniem wnioskodawcy, funduszami zrównoważonego ryzyka, mogącymi inwestować większość swoich aktywów w obligacje skarbowe (lub w inne dłużne instrumenty skarbowe, względnie też w instrumenty dłużne gwarantowane przez Skarb Państwa) – w fundusze podwyższonego ryzyka, które większość swoich aktywów muszą obligatoryjnie inwestować w akcje. To zaś narażać ma przyszłe emerytury ubezpieczonych (członków otwartych funduszy emerytalnych) na zbyt duże ryzyko i nie pozwala tego ryzyka zdywersyfikować.

3. W przekonaniu Sejmu, kwestionowane rozwiązania ustawowe nie tyle zwiększają ryzyko zagrażające przyszłym emerytuom osób ubezpieczonych, będących członkami otwartych funduszy emerytalnych, co raczej zdecydowanie to ryzyko zmniejszają i sprawiają, że przyszłe wypłaty emerytur będą pewniejsze i bezpieczniejsze.

W latach 1998-99 ustawodawca zdecydował się na przeprowadzenie głębokiej, paradygmatowej reformy systemu emerytalnego. Celem reformy ubezpieczeń społecznych było stworzenie stabilnego, powszechnego systemu

emerytalno-rentowego w warunkach niekorzystnych trendów demograficznych, zapewnienie jego efektywności oraz realności świadczeń ubezpieczonych, a także wydłużenie aktywności zawodowej pracowników (zob. uzasadnienie projektu ustawy o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych, druk sejmowy nr 339/III kad., s. 2-6). Trybunał Konstytucyjny uznał powyższe wartości związane z reformą systemu ubezpieczeń społecznych za zgodne z ustawą zasadniczą (wyrok TK z 4 stycznia 2000 r., sygn. akt K 18/99, zob. także wyrok TK z 20 maja 2008 r., sygn. akt SK 9/07). Jednym z elementów reformy było przekazanie zarządzania częścią składki na ubezpieczenie emerytalne prywatnym podmiotom; zgodnie z art. 22 ust. 3 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych w brzmieniu obowiązującym do 1 maja 2011 r. część składki na ubezpieczenie emerytalne pochodząca ze składki ubezpieczonego, wynosząca 7,3 % podstawy wymiaru składki, odprowadzana była przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych (dalej: ZUS) do wybranego przez ubezpieczonego otwartego funduszu emerytalnego. Ubytek składki w Funduszu Ubezpieczeń Społecznych (dalej: FUS) był i jest finansowany przez budżet państwa. Natomiast zgodnie z art. 54 i art. 55 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych FUS jest odpowiedzialny za wypłatę świadczeń z ubezpieczenia emerytalnego. Przekazanie części składki opłacanej przez ubezpieczonych na ubezpieczenie emerytalne podmiotom prywatnym (OFE), równoznaczne z pomniejszeniem bezpośrednich wpływów na rzecz FUS – podmiotu odpowiedzialnego za aktualną wypłatę emerytur – spowodowało natychmiastowy wzrost kosztów działania systemu emerytalnego. Na nierównowagę finansową systemu ubezpieczeń społecznych, daleką od pożądanego samofinansowania się systemu, zwrócili uwagę Minister Pracy i Polityki Społecznej oraz Minister Finansów w dokumencie p.t. *Przegląd funkcjonowania systemu emerytalnego* zaakceptowanym przez Radę Ministrów 2 lipca 2013 r. (Ministerstwo Pracy i Polityki Społecznej oraz Ministerstwo Finansów, dostępny: http://emerytura.gov.pl/wp-content/uploads/2014/03/20130626_przeglad.pdf). Wyjaśnili oni, iż „Fakt, że oba systemy emerytalne (stary i nowy) musiały, i wciąż muszą, funkcjonować równolegle, jest głównym źródłem niezbilansowania dochodów i wydatków ZUS, na skutek którego nadal wymaga on dotacji budżetowej państwa” (*Przegląd ...*, s. 12). Problem dostrzegł również Trybunał Konstytucyjny, wskazując już w wyroku z 11 grudnia 2006 r. (sygn. akt SK 15/06), że: „Zasadnicza trudność zmiany związanej z przejściem z wcześniejszego, repartycyjnego systemu finansowania na systemem

kapitałowym łączyła się z okresem przejściowym, w którym zachodzi potrzeba w ciągu życia jednej generacji ludności równoległego finansowania dwóch systemów: dotychczasowego, istniejącego do czasu jego wygaśnięcia wskutek śmierci uprawnionych do jego świadczeń, oraz nowego, opartego na kapitale zgromadzonym wedle nowych zasad”.

Jak wyjaśnia się w uzasadnieniu projektu ustawy nowelizującej, wydatki na świadczenia z funduszu emerytalnego FUS stanowiły w 2012 r. 7,0% PKB, z czego jedynie 65% miało pokrycie we wpływach ze składek pozostałych po odprowadzeniu składek do OFE. Refundacja składek przekazywanych do OFE wynosiła 0,5% PKB, a w latach 1999-2012 koszt ten wynosił średnio 1,2% PKB (druk sejmowy nr 1946/VII kad.). Ustawodawca, w zgodzie z założonymi i realizowanymi priorytetami polityki społeczno-gospodarczej, w ww. okresie zrezygnował z radykalnego podniesienia obciążeń podatkowych w celu sfinansowania potrzeb budżetowych związanych z funkcjonowaniem nowego systemu emerytalnego. Ponadto, ze względu na możliwość swobodnego przepływu (wypływu) osób i kapitału w otwartej gospodarce europejskiej, jaką jest gospodarka polska, skuteczność takiego znacznego podwyższenia podatków z perspektywy zwiększenia wpływów budżetowych mogłaby okazać się niewystarczająca. Koszt wprowadzenia nowego systemu emerytalnego w jego pierwotnej wersji został zatem sfinansowany przez zaciągnięcie długu, przede wszystkim w formie emisji obligacji skarbowych. Jak wskazuje się w uzasadnieniu projektu ustawy nowelizującej, koszt obsługi dodatkowego długu z tytułu przeprowadzenia reformy emerytalnej wyniósł 0,9% PKB.

Włączenie OFE w system emerytalny miało uczynić go bardziej bezpiecznym i efektywnym. „W momencie wprowadzania reformy w życie bezpieczeństwo rozumiano jako zdywersyfikowanie źródeł pochodzenia środków na emeryturę i zmniejszenie partycypacji budżetu państwa w finansowaniu wypłat świadczeń z powszechnego i obowiązkowego systemu emerytalnego [...] Efektywność otwartych funduszy emerytalnych, która powinna sprzyjać wzrostowi adekwatności świadczeń, miała zaś wynikać z konkurencji między prywatnymi podmiotami zarządzającymi za wynagrodzeniem środkami publicznymi” (projekt ustawy nowelizującej, s. 2). Ze względu na zmieniającą (pogarszającą) się sytuację gospodarczą w Polsce w latach kryzysu światowego (2008-2011) problem powiększającego się długu publicznego wyostriżył się. W celu ograniczenia tempa przyrostu państwowego długu publicznego przez zmniejszenie kosztów

wprowadzenia II filara kapitałowego systemu emerytalnego, przy jednoczesnym zachowaniu neutralności tego rozwiązania dla wysokości emerytur z obowiązkowej części systemu emerytalnego, znowelizowano m.in. art. 22 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych (zob. art. 7 pkt 2 oraz art. 21 ustawy z dnia 25 marca 2011 r. o zmianie niektórych ustaw związanych z funkcjonowaniem systemu ubezpieczeń społecznych; Dz. U. Nr 75, poz. 398; dalej: ustawa z 25 marca 2011 r.). Zmiana polegała na przesunięciu części składki emerytalnej na nowo utworzone specjalne subkonto prowadzone przez ZUS (zachowujące integralność II filaru). Kluczowym rozwiązaniem dla powstrzymania narastania długu było obniżenie wysokości składek odprowadzanych do OFE do wysokości 2,3% w latach 2011-2012 (a docelowo w 2017 r. do wysokości 3,5%). Ograniczenie części składki do OFE nie przyniosło jednak oczekiwanego przez parlament rezultatu, a mianowicie nie nastąpiło zatrzymanie procesu zadłużania się państwa, którego powodem była konieczność uzupełniania niedoboru w funduszu ubezpieczeniowym, powstałym na skutek odprowadzania części składki do prywatnych podmiotów.

Zarówno w pierwotnym założeniu reformy z 1998 r., jak i po zmianach z 2011 r. przekazanie części składki OFE i związane z tym zwiększanie deficytu funduszu ubezpieczeniowego nie zostało powiązane z przekazaniem części ryzyka demograficznego prywatnym podmiotom zarządzającym finansami ubezpieczeń społecznych. Sejm pragnie podkreślić, że wycofanie się państwa z funkcji ostatecznego gwaranta pewności wypłat świadczeń emerytalnych w systemie powszechnym nie jest możliwe, także ze względu na wiążące ustawodawcę zobowiązanie konstytucyjne wynikające z art. 67 ust. 1 Konstytucji. Przepis ustawy zasadniczej nakazuje zapewnić każdemu obywatelowi prawo do zabezpieczenia społecznego w razie niezdolności do pracy po osiągnięciu wieku emerytalnego. Założenie to legło u podstaw regulacji ustawy nowelizującej. Jak trafnie wskazano w uzasadnieniu projektu ustawy nowelizującej: „Ponieważ jedynym podmiotem zdolnym do zmagania się z ryzykiem demograficznym jest państwo, kwestia wypłaty świadczeń emerytalnych zgromadzonych w otwartych funduszach emerytalnych powinna być powiązana z interesem finansów publicznych [...] Projekt ustawy ma na celu zlikwidowanie mechanizmu skutkującego emisją długu w celu pokrycia ubytku składki przekazywanej do OFE. Przekazywanie składki emerytalnej do OFE powoduje systemowy ubytek składek na ubezpieczenie społeczne w FUS. Ubytek ten refundowany jest przez budżet państwa w postaci transferu do FUS środków

w wysokości składek przekazywanych do OFE. Ubytek dochodów, pochodzących ze składek na ubezpieczenia, powoduje wzrost deficytu sektora instytucji rządowych i samorządowych. Dodatkowo, wpływ na wzrost deficytu sektora mają również koszty obsługi długu publicznego powstałego z tytułu refundacji środków przekazywanych do OFE” (uzasadnienie projektu ustawy nowelizującej, s. 2-3).

A zatem dotychczasowy system emerytalny generował w rzeczywistości proces zadłużania się Skarbu Państwa. Ponadto, jak wskazano powyżej, jego koszty, z perspektywy państwa – gwaranta wypłaty emerytur, zwiększały się, gdyż obejmowały ponadto koszt wykupu przez Skarb Państwa obligacji skarbowych i innych instrumentów nabywanych przez OFE oraz z koniecznością wypłaty odsetek od tych obligacji. Zdaniem Sejmu, wspomniane transfery środków pieniężnych Skarbu Państwa na rzecz OFE w dotychczasowej skali, były nieracjonalne ekonomicznie i zagrażały stabilności finansów publicznych. Tymczasem to właśnie stabilność finansów publicznych jest w istocie nieodzownym warunkiem dla jakiegokolwiek bezpieczeństwa emerytur, które są i będą wypłacane osobom ubezpieczonym, w tym zarówno w ramach tzw. I filaru (ZUS), jak też w ramach II filaru, czyli członkom otwartych funduszy emerytalnych.

Otwarte fundusze emerytalne, korzystając dotychczas z prawnych możliwości dawanych im przez ustawodawcę, przeważającą część powierzonych im aktywów (powierzonych w tym sensie, że pochodzących pierwotnie ze składek samych ubezpieczonych) lokowały w obligacje skarbowe lub w inne skarbowe instrumenty dłużne, w tym w instrumenty gwarantowane przez Skarb Państwa. Dane udostępniane przez Komisję Nadzoru Finansowego pokazują, że w 2001 r. tego rodzaju lokaty stanowiły ponad 68% całości aktywów otwartych funduszy emerytalnych, w 2012 r. – 53,6%, zaś w połowie 2013 r. – 44,4% (zob. dane dostępne na stronie: http://www.uknf.gov.pl/opracowania/rynek_emerytalny/Raporty_i_opracowania/raporty_i_opracowania.html). W tym kontekście trzeba przypomnieć, że ustawowe regulacje dotyczące wspomnianego podziału składki ubezpieczonych (zob. art. 22 ust. 1 i ust. 3 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych w brzmieniu sprzed wejścia w życie ustawy nowelizującej) powodują, że w ZUS powstają systematyczne niedobory na wypłatę bieżących emerytur, które muszą być pokrywane stale rosnącą dotacją budżetową. Z kolei dotacja dla ZUS jest finansowana ze środków pieniężnych uzyskiwanych przez Skarb Państwa z tytułu emitowanych przezeń obligacji, nabywanych przez otwarte fundusze emerytalne. Te

ostatnie, nabywając od Skarbu Państwa obligacje skarbowe, zwiększają w ten sposób wartość powierzonych im aktywów oraz dywersyfikują inwestycyjne ryzyko, ale w ostateczności ekonomiczny ciężar tej operacji ponosi Skarb Państwa, a tym samym wszyscy podatnicy oraz ubezpieczeni. Środki pieniężne na sfinansowanie owej dywersyfikacji ryzyka inwestycyjnego otwartych funduszy emerytalnych pochodzą w rzeczywistości od samych ubezpieczonych oraz od samych członków otwartych funduszy emerytalnych, a konkretnie pochodzą z podatków płaconych przez nich na rzecz Skarbu Państwa. W myśl dotychczasowych rozwiązań ustawowych, członkowie otwartych funduszy emerytalnych, chcąc w ogóle otrzymać w przyszłości jakąkolwiek emeryturę wypłacaną przez te fundusze, zmuszeni byli w tę swoją emeryturę inwestować (i płacić za nią) podwójnie. Mianowicie, najpierw członkowie ci musieli uiszczać przymusowo na rzecz omawianych funduszy część swojej składki emerytalnej, zaś następnie ci sami członkowie – jako podatnicy – zmuszeni byli finansować ze swoich podatków wykup przez Skarb Państwa obligacji skarbowych nabytych otwarte fundusze emerytalne, a także musieli finansować odsetki od tychże obligacji. Dywersyfikacja ryzyka związanego z polityką lokacyjną otwartych funduszy emerytalnych, a polegająca na inwestowaniu składek członków tych funduszy w obligacje skarbowe, odbywa się na koszt samych członków otwartych funduszy emerytalnych (czyli na koszt beneficjentów prawa do zabezpieczenia społecznego z art. 67 ust. 1 Konstytucji), którzy ze swoich własnych podatków będą musieli w przyszłości sfinansować wykup oraz odsetki od wspomnianych wyżej obligacji skarbowych (por. N. Altiparmakov, *Assessing the financial performance of pension privatization in Emerging Europe* [w:] *In the Public Interest* 2011, nr 3, s. 1-6)

Ocena zaskarżonych regulacji wymaga uwzględnienia, jakie jest źródło finansowania zysków z owej – jakoby bardziej bezpiecznej – polityki lokacyjnej prowadzonej przez otwarte fundusze emerytalne. Otóż źródłem tym są odsetki wypłacane przez Skarb Państwa od wyemitowanych przezeń obligacji skarbowych. W tym kontekście Sejm podziela pogląd części przedstawicieli nauki ekonomii, którzy twierdzą, że „to, co OFE «zarabiają» dla przyszłego emeryta w postaci odsetek od tych instrumentów [tj. odsetek od obligacji skarbowych – uwaga własna], w rzeczywistości jest wielkim wydatkiem budżetowym i stanowi obciążenie dla całego społeczeństwa i gospodarki. Co więcej, w Polsce stworzono rozwiązanie systemowe, które oznacza, że na przyszłe emerytury zbierze się tym więcej środków, im wyższe

odsetki zostaną naliczone od skarbowych instrumentów dłużnych, w tym obligacji skarbowych, znajdujących się w portfelu emeryta, a więc im bardziej obciążą się tymi odsetkami budżet państwa. Występujący tu mechanizm opiera się na zasadzie, że im wyższe odsetki od polskiego długu, tym więcej OFE zarobią dla swoich członków i tym wyższe emerytury zostaną dla nich wypracowane w ramach funduszy. Biorąc pod uwagę fakt, że członkowie OFE (ponad 16 mln osób) to większość aktywnego zawodowo społeczeństwa, można stwierdzić, że w istocie w ramach mechanizmu tworzenia emerytur osoby te obciążają same siebie już teraz, poprzez odsetki od obligacji skarbowych, by w ten sposób tworzyć zasób pieniężny na swoje emerytury za kilkadziesiąt lat” (L. Oręziak, *OFE. Katastrofa prywatyzacji emerytur w Polsce*, Warszawa 2014, s. 304-305).

4. Podstawowym założeniem zmian wprowadzanych ustawą nowelizującą było przeciwdziałanie narastającej i w przypadku niewprowadzenia zmian – stałej nierównowadze finansowej funduszu ubezpieczeń. Ze względu na fakt, że państwo jest gwarantem wypłaty emerytur zarówno w dawnym (zdefiniowanego świadczenia) jak i w nowym (zdefiniowanej składki) systemie, nierównowaga ta generowała z kolei rosnące zadłużeniu państwa. Realizując powyżej wskazany cel ustawodawca zdecydował się odstąpić od zapowiadanego w ustawie z 25 marca 2011 r. zwiększenia części składki przekazywanej otwartym funduszom emerytalnym. Zgodnie z art. 5 pkt 3 lit a ustawy nowelizującej część składki przekazywanej OFE została w ostateczny sposób określona na wysokości 2,92 % podstawy wymiaru składki, a art. 10 uchylił art. 21 oraz art. 22 ustawy z 25 marca 2011 r., które zakładały stopniowe podwyższenie części przekazywanej otwartym funduszom emerytalnym do wysokości 3,5% podstawy wymiaru składki (w związku z art. 22 ust. 2 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych w brzmieniu obowiązującym do 1 lutego 2014 r.). Utrzymano również po raz pierwszy wprowadzone do systemu emerytalnego ustawą z 25 marca 2011 r. subkonto, które w ramach konta ubezpieczonego prowadzi ZUS, a na którym ewidencjonuje się informacje o zwaloryzowanej wysokości wpłaconych składek, o których mowa w art. 22 ust. 3 pkt 1 lit b oraz pkt 2 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych. Po wejściu w życie ustawy nowelizującej na ww. subkonto odprowadzana jest część składki ubezpieczonego w wysokości 4,38% podstawy wymiaru składki. Zmianie zatem uległ stosunek lokowanych przez ubezpieczonego środków w ramach składki. Jak wynika

z uzasadnienia projektu ustawy nowelizującej: „Zmiana polityki inwestycyjnej [zakaz inwestowania w skarbowe instrumenty dłużne – uwaga własna] wynika z tego, że OFE powinny stać się rzeczywistym «kapitałowym» elementem systemu emerytalnego. Brak obligacji Skarbu Państwa w portfelach OFE oraz uwolnienie polityki inwestycyjnej zwiększy co prawda ich zmienność, ale nie powinno to mieć ujemnego skutku dla przyszłego emeryta, gdyż łączny portfel aktywów przyszłego emeryta nie staje się bardziej zmienny. Obligacje skarbowe są zastąpione w tym portfelu subkontem w ZUS, którego zmienność jest znacznie mniejsza niż zmienność akcji na GPW [Giełdzie Papierów Wartościowych – uwaga własna] i mniejsza niż zmienność SPW [skarbowych papierów wartościowych – uwaga własna]. Jednocześnie należy mieć na uwadze, że portfel przyszłego emeryta składa się z 3 części, co powoduje, że przyszła emerytura zależeć będzie od wielkości zgromadzonego kapitału w ZUS (I filar i subkonto) oraz w OFE” (uzasadnienie projektu ustawy nowelizującej, s. 5). A zatem, strategia gromadzenia środków na emeryturę, uwzględniająca jej wszystkie elementy, nie jest, zdaniem Sejmu, strategią agresywnego (ryzykownego) inwestowania. Obok części kapitałowej (akcyjnej) występuje bowiem również część państwowa. Sejm pragnie zwrócić także uwagę na fakt, że niezależnie od wyniku finansowego OFE, państwo gwarantuje minimalny wymiar emerytury (zob. art. 83 ust. 2 u.e.r.). Z tej perspektywy, zmiana zasad inwestowania nie mogła naruszyć gwarancji konstytucyjnych do uzyskania świadczenia po osiągnięciu wieku emerytalnego.

Nowelizacja (nowe regulacje w zakresie polityki inwestycyjnej OFE) ma na celu przywrócenie rynkowego (kapitałowego) charakteru II filarowi. Podkreślić należy, że nakaz inwestowania w akcje części gromadzonych środków spełnia warunki bezpiecznej strategii inwestycyjnej. Zwłaszcza w długim okresie inwestycje w akcje przynoszą inwestorowi zysk. „Im cel inwestycji jest bardziej oddalony w czasie, tym więcej pieniędzy można ulokować w akcjach. Im dłużej trzymamy akcje w portfelu, tym większe prawdopodobieństwo, że zyskają na wartości. Historycznie rzecz biorąc w wystarczająco długim okresie (np. 30 lat) indeksy giełdowe niemal zawsze zyskują na wartości. [...] Jeśli inwestor jest stosunkowo młody i oszczędza na emeryturę, to jego horyzont jest stosunkowo długi, zatem więcej powinien zainwestować w akcje. Im cel inwestycyjny jest mniej oddalony w czasie, a moment wyjścia mniej elastyczny, to więcej pieniędzy powinno znaleźć się w obligacjach” (A. Nawrocki, *Jak duża akcja? Jak dużo obligacji? Portfel idealny*, publikacja z 2 stycznia 2013 r.,

mbonds.pl; <http://mbonds.pl>). Zasady bezpiecznego inwestowania są ponadto wzmacniane wprowadzoną regułą wynikającą z art. 100c oraz art. 111c ustawy o funduszach emerytalnych, zgodnie z którą otwarty fundusz, po poinformowaniu przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych, stopniowo przekazuje środki zgromadzone na rachunku członka OFE na fundusz emerytalny FUS w związku z ukończeniem przez ubezpieczonego wieku niższego o 10 lat od wieku emerytalnego. OFE ma obowiązek przekazać co miesiąc do FUS odpowiednią część zgromadzonych środków (każdego miesiąca na koncie OFE umorzeniu podlega liczba jednostek rozrachunkowych będących ilorzem liczby jednostek rozrachunkowych zgromadzonych na rachunku członka otwartego funduszu i wyrażonej w miesiącach różnicy między wiekiem emerytalnym, a wiekiem członka otwartego funduszu w dniu dokonywania umorzenia; tzw. suwak). Płynne i ewolucyjne wygaszanie zaangażowania kapitałowego w OFE ma zagwarantować bezpieczeństwo „wyjścia” z inwestycji w akcje. Jak podkreślają fachowi doradcy inwestycyjni: „Jeżeli chcemy bardziej zaangażować się w akcje, to również moment zakończenia inwestycji powinien być elastyczny. Oznacza to, że nie można mieć jednocześnie ściśle ustalonego terminu wyjścia z inwestycji (np. dokładnie trzy lata) oraz akcji jako dominującej lokaty kapitału. Może się zdarzyć wtedy, że inwestor wyjdzie w niekorzystnym dla rynku momencie” (*ibidem*). Rozłożenie okresu wygaszania zaangażowania kapitałowego na 10 lat uśredni straty i zyski, które powstaną w momencie punktowego umorzenia jednostek rozrachunkowych i w ten sposób zniweluje niebezpieczeństwo „wyjścia” w momencie bessy. Pamiętać należy, że sam rynek akcji pod względem ryzyka jest mocno zróżnicowany i zarówno na polskich rynkach regulowanych, jak i na giełdach zagranicznych (zob. art. 141 ust. 1 pkt 9 u.f.e.) akcje niektórych spółek są klasyfikowane jako inwestycje o stosunkowo niskim ryzyku, zwłaszcza w długim okresie.

Istotnym, zdaniem Sejmu, argumentem przemawiającym za zgodnością badanych regulacji z wzorcami konstytucyjnymi, jest przejściowy charakter nakazu inwestowania w akcje środków zgromadzonych w OFE. Podkreślany przez Prezydenta RP nakaz lokowania przez otwarte fundusze emerytalne aż 75% swoich aktywów w akcje obowiązuje jedynie w roku 2014. Zgodnie z art. 35 ustawy nowelizującej obligatoryjny udział akcji w portfelu OFE systematycznie spada, aż do uchylenia nakazu w roku 2018. Nie można zatem uznać, że OFE są faktycznie zrównywane z funduszami inwestycyjnymi podwyższonego ryzyka (wniosek, s. 19).

Mogą one bowiem systematycznie lokować coraz większą wartość aktywów w inne niż akcje, mniej ryzykowne (i tym samym, co do zasady mniej zyskowe) instrumenty rynku finansowego wskazane w art. 141 ustawy o funduszach emerytalnych, w tym w depozyty bankowe (art. 141 ust. 1 pkt 5 u.f.e.), polskie obligacje samorządowe (art. 141 ust. 1 pkt 15 u.f.e.), obligacje władz lokalnych oraz regionalnych państw UE, Europejskiego Obszaru Gospodarczego oraz Organizacji Współpracy Gospodarczej i Rozwoju (art. 141 ust. 1 pkt 16 u.f.e.), obligacje przychodowe (art. 141 ust. 1 pkt 19 u.f.e) o wysokim ratingu (niskim poziomie ryzyka inwestycyjnego).

A zatem nawet jeśli przyjąć założenie Prezydenta RP, iż lokowanie aktywów OFE w akcje, nawet o ratingu AAA (to jest o najwyższej jakości kredytowej, bardzo dobrej zdolności do obsługi swoich zobowiązań), zwiększa ryzyko inwestycyjne, wskazać trzeba, że następuje ono jedynie przejściowo. W długim okresie (dla ubezpieczonych, którzy rozpoczynają gromadzenie środków w OFE), mając na uwadze wygaśnięcie nakazu w 2018 r., nie można, zdaniem Sejmu, wykazać, że ryzyko inwestycyjne zwiększa się w stopniu znacznym (naruszając tym samym standard konstytucyjny). Natomiast dla osób, które kończą swoją aktywność zawodową – urodzonych po dniu 31 grudnia 1948 r., którzy przed dniem wejścia w życie ustawy opłacali składki na ubezpieczenie społeczne lub za których składki opłacali płatnicy składek – ustawodawca przewidział mechanizmy przejściowe. Dla tej grupy osób, a zatem także dla wyodrębnionej we wniosku Prezydenta RP grupy osób urodzonych po 31 grudnia 1948 r a przed 1 stycznia 1969 r., ustala się kapitał początkowy. W nowym systemie zdefiniowanej składki wysokość emerytury została uzależniona od kwoty składek zgromadzonych w okresie aktywności zawodowej. Aby czas pozostawania w ubezpieczeniu przed 1 stycznia 1999 r. został uwzględniony przy wymiarze emerytury, ustawodawca zdecydował się na wprowadzenie do systemu emerytalnego instytucji kapitału początkowego. Regulacja kapitału początkowego wynika w art. 173-175 ustawy z dnia 17 grudnia 1998 r. o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 1440 ze zm.; dalej: u.e.r.). Na wysokość kapitału początkowego wpływa kwota stała (socjalna) oraz kwota indywidualna. Kwota stała stanowi element mechanizmu wyliczania emerytury w systemie zdefiniowanego świadczenia i przysługuje każdemu ubezpieczonemu, który spełnił warunki otrzymania świadczenia. Nie jest powiązana z indywidualnym „wkładem” ubezpieczonego w tworzenie funduszu; modyfikuje zależność pomiędzy wysokością świadczenia a wysokością składki. Natomiast kwota

indywidualna stanowi wyraz więzi pomiędzy stanem opłaconych składek (przed 1 stycznia 1999 r.), a wysokością kapitału początkowego. Odzwierciedla ona indywidualny wkład ubezpieczonego w funkcjonowanie systemu emerytalnego, mierzony stażem pracy i wysokością zarobków, od których była pobierana składka. A zatem oprócz uniwersalnych instrumentów ograniczania ryzyka inwestycyjnego (I filar, subkonto prowadzone przez ZUS; mechanizm tzw. suwaka), dla ww. podmiotów instytucja ustalania kapitału początkowego metodami wyliczania emerytury w systemie zdefiniowanego świadczenia dodatkowo minimalizuje ryzyko polityki lokacyjnej otwartych funduszy emerytalnych, prowadzonej w zgodzie z art. 35 ustawy nowelizującej w latach 2014-17.

W myśl nowych przepisów (w tym zwłaszcza w myśl art. 141 ust. 2 w związku z art. 141 ust. 1 pkt 1-4 ustawy o funduszach emerytalnych w związku z art. 35 ustawy nowelizującej) polityka lokacyjna otwartych funduszy emerytalnych musi polegać na inwestowaniu składek członków funduszy na rynkach kapitałowych, tak aby fundusze osiągały zyski kapitałowe – gromadzone na przyszłe emerytury członków tych funduszy – nie ze środków Skarbu Państwa (wypłacanych z tytułu wykupu obligacji skarbowych oraz z tytułu odsetek od tych obligacji), ale ze środków wypłacanych przez uczestników rynku kapitałowego, w tym z dywidend wypłacanych przez spółki (przedsiębiorstwa) swoim wspólnikom (inwestorom kapitałowym). W ten sposób członkowie otwartych funduszy emerytalnych nie będą musieli płacić ze swoich podatków za wykup i za odsetki od obligacji skarbowych, lecz dzięki polityce lokacyjnej otwartych funduszy emerytalnych osiągną na poczet swoich przyszłych emerytur określone korzyści netto.

Ponadto, Sejm pragnie również zauważyć, że nie podziela wyrażonego *implicite* apriorycznego założenia Prezydenta RP, iż inwestycje OFE w akcje, w wymiarze wskazanym w art. 35 ustawy nowelizującej, będą niekorzystne dla ubezpieczonych (zmniejszą wysokość przyszłej emerytury). Ostrożna polityka inwestycyjna na rynku akcji, do której zobowiązane są OFE (art. 139 u.f.e.), przy zakładanym w prognozach na lata 2014-17 sprzyjającym otoczeniu gospodarczym (zob. przyjęty przez Radę Ministrów *Wieloletni stan finansów państwa*, Warszawa, 2014, s. 15 i n.; <http://www.mf.gov.pl/documents/764034/1002171/WPFP+na+lata+2014-2017.pdf>), winna przynieść zadowalającą przyszłych emerytów rentowność. Ustawodawca był konstytucyjnie uprawniony i zobowiązany na podstawie art. 67 ust. 1 Konstytucji do podejmowania działań mających na celu zagwarantowanie

prawa do emerytury, w tym przyjmowania rozwiązań legislacyjnych w ramach prowadzonej polityki prawa opartej na określonych (prawdopodobnych) założeniach rozwoju społeczno-gospodarczego, w tym demograficznego.

Tym samym nie można, zdaniem Sejmu, utrzymać tezy, że środki ubezpieczonych na emeryturę będą na skutek nowych regulacji inwestowane bardziej ryzykownie niż dotychczas. Biorąc powyższe pod uwagę, należy odnotować, że wnioskodawca koncentruje się jedynie na zakazie nabywania obligacji skarbowych w ramach ograniczonej po reformie części składki przekazywanej OFE. Jednakże postrzegając kwestię gromadzenia („inwestowania”) środków przez ubezpieczonego w ramach powszechnego systemu ubezpieczenia emerytalnego w szerszej perspektywie, nie można podzielić tezy Prezydenta RP o ukształtowaniu pozycji ubezpieczonego w sposób mniej korzystny niż w dotychczasowym systemie, gdyż zwiększający ryzyko utraty (uzyskania mniejszego) zysku ze zgromadzonych na emeryturę środków. Równocześnie trzeba pamiętać, że inwestowanie przez otwarte fundusze emerytalne w obligacje skarbowe i inne dłużne instrumenty skarbowe w oparciu o dotychczasowe rozwiązania ustawowe zwiększało – ze względu na konieczność wypłaty przez Skarb Państwa odsetek od tych instrumentów dłużnych – koszty całego systemu, w porównaniu z regulacją aktualną, która inwestycje w obligacje skarbowe zastąpiła gromadzeniem środków na subkoncie w FUS.

Należy podkreślić, że ustawodawca umożliwi członkom otwartych funduszy emerytalnych, w trakcie swojej aktywności zawodowej, wybór sposobu gromadzenia środków na emeryturę. Jeśli dojdą oni do wniosku, że lokowanie ich składek przez otwarte fundusze emerytalne na rynku kapitałowym (z wyłączeniem rynku obligacji skarbowych) jest zbyt ryzykowne i powoduje zbyt małą dywersyfikację ryzyka, to wówczas będą oni mieli możliwość – stworzoną im przez art. 11 ustawy nowelizującej oraz przez nowy art. 39a ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych – zdecydowania o odprowadzaniu do FUS tej części swojej składki emerytalnej, która dotychczas była odprowadzana do otwartych funduszy emerytalnych. W takim przypadku przyszłe składki ubezpieczonych, w wysokości wskazanej w nowym art. 22 ust. 3 pkt 2 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych, będą trafiały na specjalne subkonto prowadzone przez ZUS, o którym jest mowa w art. 40a ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych. Wszystkie środki gromadzone w ten sposób przez ubezpieczonych na subkoncie w ZUS będą przy tym corocznie waloryzowane wskaźnikiem waloryzacji równym średniorocznej dynamice wartości produktu

krajowego brutto w cenach bieżących za okres ostatnich 5 lat poprzedzających termin waloryzacji (art. 40c ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych).

Dzięki – kwestionowanym we wniosku – rozwiązaniom prawnym zamieszczonym w art. 11 i art. 23 ustawy nowelizującej oraz w nowym art. 39a ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych poszczególne osoby ubezpieczone, będące dotychczas członkami otwartych funduszy emerytalnych, będą miały szansę na przeniesienie swoich aktywów oraz składek z otwartych funduszy emerytalnych na specjalne subkonto w ZUS, w ramach którego realna wartość oraz rzeczywisty wzrost ekonomicznej wartości tychże składek będą chronione nieporównanie lepiej niż na gruncie dotychczasowych rozwiązań prawnych odnoszących się do otwartych funduszy emerytalnych. Dotychczasowi członkowie otwartych funduszy emerytalnych mają obecnie możliwość podjęcia swobodnej decyzji odnośnie do tego, czy: 1) chcą nadal pozostać członkami otwartych funduszy emerytalnych, czy też 2) chcą przenieść swoje aktywa z otwartych funduszy emerytalnych oraz swoje przyszłe składki na specjalne subkonto w FUS, gdzie gromadzone przez nich środki będą w sposób realny, pewny i przewidywalny waloryzowane przez państwo.

Nowy sposób gromadzenia środków, uwzględniając także możliwość zminimalizowania ryzyka inwestycyjnego poprzez wybór gromadzenia środków w całości w FUS, stanowi co najmniej równie bezpieczny dla ubezpieczonych mechanizm gwarantowania im w przyszłości przez państwo godziwej emerytury, co derogowany mechanizm, w którym przyszła emerytura członków otwartych funduszy emerytalnych oparta została m.in. na wykupie obligacji skarbowych i wypłacie przez Skarb Państwa odsetek od nich. Zdaniem Sejmu, rozwiązania prawne zawarte w ustawie nowelizującej nawet w pełniejszy i lepszy sposób gwarantują obywatelom ich prawo do zabezpieczenia społecznego.

Jak już wspomniano, w świetle art. 67 ust. 1 Konstytucji obywatel ma przede wszystkim prawo do tego, by państwo zagwarantowało mu emeryturę na wypadek ziszczenia się ryzyka osiągnięcia wieku emerytalnego. Natomiast powołany przepis Konstytucji nie przesądza o żadnych konkretnych formach realizacji prawa do zabezpieczenia społecznego, pozostawiając ustawodawcy zwykłym znaczny margines swobody określania zasad przyznawania świadczeń. Ani dotychczasowy, ani nowy ustawowy kształt II filaru ubezpieczenia społecznego nie jest w świetle art. 67 ust. 1 Konstytucji obligatoryjnie ustawodawcy nakazany i może być przez niego zmieniony. Jak podkreśla TK, takie rozwiązanie jest uzasadnione

koniecznością reagowania na zachodzące w państwie zmiany gospodarcze i związane z tym możliwości realizowania zobowiązań państwa wobec obywateli, co byłoby niemożliwe w przypadku określenia jednego modelu tego zabezpieczenia na poziomie Konstytucji (wyrok TK z 11 marca 2008 r., sygn. akt SK 58/06). W świetle art. 67 ust. 1 Konstytucji ustawodawca powinien gwarantować obywatelom pewien minimalny poziom świadczeń, rozumianych jako umożliwiających zaspokojenie nie tylko podstawowych potrzeb (wyrok TK z 7 lutego 2006 r., sygn. akt SK 45/04). Natomiast w wyroku z 22 czerwca 1999 r. (sygn. akt K 5/99) sąd konstytucyjny wyjaśnił, że : „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”. Zmiana regulacji systemu emerytalnego może wynikać także z faktu członkostwa Polski w UE (np. możliwego przyjęcia waluty EURO), w tym również zmian zwiększających ryzyko inwestycyjne dla członków otwartych funduszy emerytalnych. W tym względzie wystarczy przypomnieć, że w grudniu 2011 r. Trybunał Sprawiedliwości UE (dalej: TSUE) uznał, że przepisy art. 136 ust. 3, art. 136a ust. 2 oraz art. 143 ustawy o funduszach emerytalnych, w zakresie, w jakim ograniczają one otwartym funduszom emerytalnym możliwość inwestowania swoich aktywów w innych państwach członkowskich UE, naruszają unijną swobodę przepływu kapitału i muszą być zniesione (wyrok TSUE w sprawie C-271/09, *Komisja przeciwko Polsce*). Ustawa nowelizująca zmienia lub uchyla zakwestionowane przez TSUE przepisy ustawy o funduszach emerytalnych, czyniąc w ten sposób zadość wskazanym przez TSUE unijnym przepisom o swobodzie przepływu kapitału. Ubezpieczeni muszą zatem zakładać, że regulacje określające warunki uzyskania przez nich prawa do emerytury mogą ulegać zmianom, w granicach wyznaczonych przez standard konstytucyjny.

Trybunał Konstytucyjny deklaruje przy tym, że będzie on zawsze wychodził z założenia, że parlament, uchwalając ustawy z dziedziny zabezpieczenia społecznego, działa racjonalnie i dlatego też Trybunał nie jest powołany do badania trafności oraz celowości rozstrzygnięć parlamentu (wyrok TK z 12 września 2000 r., sygn. akt K 1/00).

W przekonaniu Sejmu dokonane przez ustawę nowelizującą ograniczenie otwartym funduszom emerytalnym możliwości inwestowania w obligacje skarbowe

i w inne dłużne instrumenty skarbowe w pełni się mieści w tak zakreślonej przez TK swobodzie regulacyjnej ustawodawcy. Kierując się troską o realny wymiar emerytur mających być w przyszłości wypłacanymi ubezpieczonym, ustawodawca wyeliminował mechanizm dalszego zadłużania się Skarbu Państwa.

Warto wspomnieć, że w ramach dotychczasowych rozwiązań ustawowych członkowie otwartych funduszy emerytalnych nie mieli efektywnych gwarancji tego, że stopa zwrotu z płaconych przez nich składek będzie rosła w sposób realny. Natomiast rozwiązania przyjęte w art. 11 ustawy nowelizującej w związku z art. 40a i art. 40c ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych dają ubezpieczonym rzeczywistą gwarancję tego, że gromadzone przez nich składki na subkoncie w ZUS będą waloryzowane wskaźnikiem waloryzacji równym dynamice wartości produktu krajowego brutto. Jest to dla ubezpieczonych realna gwarancja, nieporównanie silniejsza niż nadzieje na spodziewane zyski na rynku kapitałowym. W dłuższej perspektywie czasowej na rynku kapitałowym, obejmującym również rynek obligacji skarbowych, nigdy nie powstanie wartość większa niż w realnej gospodarce.

W związku z powyższym, kwestionowane przez Prezydenta RP rozwiązania ustawowe nie naruszają więc art. 67 ust. 1 Konstytucji, lecz zdecydowanie polepszają warunki realizacji przewidzianego w tym przepisie prawa. Stąd też przy ocenie konstytucyjności przepisów ustawowych określonych we wniosku jako przedmiot kontroli nie ma w ogóle potrzeby badania ich pod kątem zgodności z art. 31 ust. 3 Konstytucji, zawierającym warunki dopuszczalności ograniczeń konstytucyjnych praw oraz wolności.

5. Z tych samych wskazanych wyżej merytorycznych powodów trzeba dojść do wniosku, że zgodny z art. 67 ust. 1 Konstytucji jest przepis art. 24 ustawy nowelizującej, czyli przepis stanowiący, iż subkonto w ZUS, o którym jest mowa w art. 40a ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych, będzie obligatoryjnie zakładane dla osób, o których jest mowa w art. 128 ustawy o funduszach emerytalnych (chodzi o byłych małżonków, którym otwarte fundusze emerytalne otworzyły rachunek w związku z podziałem środków ze składek w razie rozwodu lub unieważnienia małżeństwa), po przekazaniu do ZUS aktywów, o których mowa w art. 23 ustawy nowelizującej. Wbrew stanowisku Prezydenta RP, który uważa, że po wejściu w życie art. 24 ustawy nowelizującej pogorszy się sytuacja osób wspomnianych w art. 128 ustawy o funduszach emerytalnych, należy uznać, iż

uleganie ona poprawie. Będzie tak dlatego, że osoby te, w zamian za część składki na ubezpieczenie emerytalne ewidencjonowaną na subkoncie prowadzonym przez ZUS otrzymają emeryturę finansowaną ze stale waloryzowanych składek, których wartość będzie się systematycznie zwiększała stosownie do wzrostu produktu w realnej gospodarce. Zdaniem Sejmu, konstytucyjne prawo do zabezpieczenia społecznego osób, o których mowa w art. 128 ustawy o funduszach emerytalnych, będzie w takiej sytuacji chronione lepiej niż miałyby to miejsce w sytuacji ich dalszego członkostwa w otwartych funduszach emerytalnych na dotychczasowych, a zatem sprzed nowelizacji, zasadach.

6. W opinii Prezydenta RP, o tym, że nowe rozwiązania ustawowe pogarszają sytuację członków otwartych funduszy emerytalnych, przez co mają być sprzeczne z art. 67 ust. 1 Konstytucji, świadczy fakt wyeliminowania przez ustawodawcę konstrukcji minimalnej stopy zwrotu oraz instytucji pokrycia niedoboru w przypadku nieosiągnięcia minimalnej stopy zwrotu (zob. art. 4 pkt 33 ustawy nowelizującej; wniosek, s. 16-18). W przekonaniu Sejmu, istniejące dotychczas instytucje prawne minimalnej stopy zwrotu oraz pokrycia niedoboru nie dawały członkom otwartych funduszy emerytalnych nic realnego, tworząc jedynie iluzję ich bezpieczeństwa ekonomicznego. Taką krytyczną ocenę wspomnianych instytucji prawnych uzasadnia przede wszystkim okoliczność, że minimalna stopa zwrotu, o której mowa w uchylonym art. 175 ustawy o funduszach emerytalnych, nie była wyliczana w relacji do jakichkolwiek wielkości bezwzględnych (np. w relacji do wzrostu produktu krajowego brutto), ale w stosunku do stopy zwrotu osiągananej przez inne otwarte fundusze emerytalne (zgodnie z dotychczasowym art. 175 ust. 2 ustawy o funduszach emerytalnych, minimalna wymagana stopa zwrotu była to stopa zwrotu niższa o 50% od średniej ważonej stopy zwrotu wszystkich otwartych funduszy w tym okresie lub o 4 punkty procentowe od tej średniej, w zależności od tego, która z tych wielkości była niższa). Ta minimalna stopa zwrotu nie była zatem wyliczana poprzez tzw. benchmark zewnętrzny (np. w relacji do PKB), ale poprzez benchmark wewnętrzny (czyli w relacji do zwrotu osiąganego przez inne otwarte fundusze emerytalne). Tym samym to od samych otwartych funduszy emerytalnych oraz od wyników realizowanej przez te fundusze polityki inwestycyjnej zależało to, jaka będzie minimalna stopa zwrotu, której niedobór fundusze te będą musiały pokrywać na zasadach określonych w uchylonym art. 176 ustawy o funduszach emerytalnych

oraz której pokrycie miało być finalnie gwarantowane przez Skarb Państwa (zob. uchylony art. 180 ustawy o funduszach emerytalnych). Pod rządami uchylonych art. 175-180 ustawy o funduszach emerytalnych mogło zatem dochodzić do tego, że fundusze emerytalne osiągały ujemną stopę zwrotu, a pomimo tego dla członków otwartych funduszy emerytalnych i tak nie aktualizowały się żadne uprawnienia, o których była mowa w tych uchylonych obecnie przepisach. Nawet zatem osiągnięcie przez otwarte fundusze emerytalne ujemnej stopy zwrotu nie powodowało, że fundusze te osiągały minimalną stopę zwrotu, o której była mowa w uchylonym art. 175 ust. 2 ustawy o funduszach emerytalnych, i że powstawał w ten sposób niedobór, który musiał być przez te fundusze pokrywany na zasadach określonych w art. 176 tej ustawy oraz który był gwarantowany przez Skarb Państwa. Praktyka działania otwartych funduszy emerytalnych dowodnie przy tym wykazała, że fundusze te, zamiast konkurować ze sobą dążeniem do osiągnięcia jak najwyższej stopy zwrotu, w rzeczywistości wzajemnie imitowały swoją politykę inwestycyjną, doprowadzając do jej względnego ujednolicenia. Fundusze unikały zatem działań dających szansę na osiągnięcie wyższej stopy zwrotu, ale zwiększających ryzyko, że ewentualne niedobory będą one musiały pokrywać z własnych środków (L. Oręziak, *op. cit.*, s. 317).

Tymczasem nowe rozwiązania prawne przewidziane w art. 11, art. 23 i art. 25 ustawy nowelizującej oraz w nowym art. 39a ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych dają dotychczasowym członkom otwartych funduszy emerytalnych możliwość zagwarantowania sobie realnej i dodatniej stopy zwrotu od gromadzonych przez siebie składek. Na podstawie powołanych przepisów wspomniane osoby mogą bowiem spowodować przeniesienie swoich aktywów oraz składek na subkonto w ZUS, o którym jest mowa w art. 40a ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych, oraz mogą następnie korzystać z dobrodziejstwa waloryzacji swoich składek o wskaźnik waloryzacji równy dynamice wartości produktu krajowego brutto. Takie rozwiązanie prawne lepiej, niż uchylone art. 175-180 ustawy o funduszach emerytalnych, chroni uprawnienia i interesy ubezpieczonych gwarantowane przez art. 67 ust. 1 Konstytucji.

7. Kwestionowane we wniosku nowe rozwiązania prawne, zawarte w znowelizowanym art. 141 ust. 2 ustawy o funduszach emerytalnych w związku z art. 4 pkt 33, art. 23 ust. 1 oraz art. 35 ustawy nowelizującej, w art. 39a ustawy

o systemie ubezpieczeń społecznych oraz art. 11 i art. 24 ustawy nowelizującej, nie naruszają wynikającej z art. 2 Konstytucji zasady zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa (z punktu widzenia członków otwartych funduszy emerytalnych). W tym zakresie przedstawiony powyżej wywód argumentacyjny jest adekwatny do rozstrzygnięcia kwestii zgodności badanych przepisów z zasadą lojalności. W tym miejscu należy jedynie podsumować powyższe ustalenia. Po pierwsze, zmiana zasad lokowania środków OFE stanowi element procesu utrzymania (także w długim okresie) efektywności systemu emerytalnego i ma także na celu, poprzez ograniczenie przekazywanej OFE części składki na ubezpieczenie, zwiększenie samodzielności finansowej systemu emerytalnego i zmniejszenie potrzeb pożyczkowych państwa powstających ze względu na obowiązek gwarantowania wypłat emerytury. Po drugie, OFE stanowią jedynie część systemu emerytalnego, który składa się także z części gwarantowanej przez państwo: I filara oraz subkonta prowadzonego przez ZUS; oceniany całościowo system jest stabilny i bezpieczny (pozbawiony zbędnego ryzyka). Po trzecie, po nowelizacji część obligacyjna OFE została zastąpiona instytucją subkonta prowadzonego przez ZUS; z perspektywy bezpieczeństwa środków gromadzonych w ramach II filara (OFE oraz subkonto) nowelizacja ma charakter neutralny dla ubezpieczonych. Po czwarte, inwestycja w akcje, długookresowo (tak jak w przypadku gromadzenia środków na emeryturę w trakcie aktywności zawodowej), co do zasady przynosi zyski, a zatem w długim okresie nie jest instrumentem wysokiego ryzyka. Po piąte, ustawodawca wprowadził regulacje przeciwdziałające negatywnym konsekwencjom punktowego „wyjścia” z inwestycji w akcje, w postaci tzw. suwaka (art. 100c oraz art. 111c u.f.e). Po szóste, nakaz znacznego (co najmniej 75%) zaangażowania aktywów OFE w akcje jest mechanizmem przejściowym i wygasającym, a w katalogu dopuszczalnych inwestycji wskazanym w art. 141 ust. 1 u.f.e. przewidziane są lokaty o (bardzo) niskim ryzyku inwestycyjnym (i niskiej rentowności); ze względu na przejściowy charakter obligatoryjnego tak wysokiego udziału akcji w aktywach OFE nie można zasadnie twierdzić, że z punktu widzenia wysokości przyszłej emerytury nastąpiło znaczne (naruszające konstytucyjne prawo do zabezpieczenia społecznego i zasadę lojalności) zwiększenie ryzyka inwestycji, w sytuacji, gdy z prognoz gospodarczych wynika, że w latach 2014-17 inwestycje w akcje mogą być rentowne. Po siódme, ubezpieczeni mają wybór i mogą wycofać swoje środki z OFE, jeśli uznają, że strategia inwestycyjna OFE prowadzona w zgodzie z warunkami ustawowymi jest

zbyt ryzykowna. Po ósme, ustawodawca utrzymał instytucję kapitału początkowego dla osób urodzonych po 31 grudnia 1948 r., aktywnych zawodowo przed 1 stycznia 1999 r., który wylicza część emerytury (tzw. hipotetyczną emeryturę) na podstawie mechanizmu ustalania wysokości świadczenia emerytalnego w systemie zdefiniowanego świadczenia (a zatem pozbawionego ryzyka inwestycyjnego).

Dodać należy, że w przeciwieństwie do uchylonych przepisów, rozwiązania prawne przyjęte w ustawie nowelizującej – a kwestionowane obecnie przez Prezydenta RP – tworzą czytelne i pewne reguły funkcjonowania otwartych funduszy emerytalnych, w oparciu o które członkowie otwartych funduszy emerytalnych mogą podjąć optymalną decyzję co do tego, w jaki sposób chcą oni gromadzić swoje składki emerytalne i z jakiego źródła chcą oni otrzymywać swoją przyszłą emeryturę. Ponadto, jak wykazano powyżej, ubezpieczeni muszą być gotowi na zmiany systemu prawnego regulującego warunki uzyskania prawa do emerytury i jej wysokość.

8. Równocześnie trzeba pamiętać, że dotychczas ubezpieczeni zostawali członkami otwartych funduszy emerytalnych w sposób nieodwołalny, bez możliwości wystąpienia z funduszu, nawet jeżeli zostali tymi członkami dobrowolnie (ta dobrowolność dotyczyła ubezpieczonych urodzonych po 31 grudnia 1948 r. a przed 1 stycznia 1969 r.; zob. art. 111 ust. 5 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych; zasada ta została ograniczona na mocy noweli u.e.r. [ustawa z dnia 12 stycznia 2007 r. o zmianie ustawy o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych oraz niektórych innych ustaw; Dz. U. Nr 17, poz. 95], która umożliwiła, od 21 lutego 2007 r., nabywanie uprawnień emerytalnych na podstawie przepisów art. 46, art. 50, art. 50a, art. 50e u.e.r. i, od 1 stycznia 2009 r. [art. 46 pkt 2 lit. a ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o emeryturach pomostowych], na podstawie przepisu art. 184 u.e.r. ubezpieczonym-członkom OFE, jeżeli złożą wnioski o przekazanie środków zgromadzonych na rachunku w funduszu emerytalnym, za pośrednictwem ZUS, na dochody budżetu państwa. Z dniem ustalenia prawa do tych świadczeń umowa z OFE staje się nieważna z mocy prawa [art. 111a ust. 2b u.f.e.; zob. K. Antonów, *Ustawa o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych. Komentarz*, red. K. Antonów, komentarz do art. 46, Lex nr 53347]. Członkowie otwartego funduszu emerytalnego (o ile nie spełniali przesłanek wskazanych w art. 184 u.e.r. pozwalających na złożenie wniosku o przekazanie środków zgromadzonych na rachunku w otwartym funduszu emerytalnym, za pośrednictwem ZUS, na dochody

budżetu państwa) nie mogli z niego wystąpić nawet wówczas, gdy doszli do wniosku, że polityka inwestycyjna danego funduszu nie gwarantuje im osiągnięcia godziwej emerytury lub też gdyby ustawowe zasady polityki lokacyjnej otwartych funduszy emerytalnych uległy zmianie, w tym w związku z członkostwem Polski w UE. Naprzeciw tym mankamentom dotychczasowego stanu prawnego wychodzą przepisy art. 141 ust. 2 ustawy o funduszach emerytalnych w związku z art. 4 pkt 33, art. 23 ust. 1 oraz art. 35 ustawy nowelizującej, art. 39a ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych, art. 11 oraz art. 24 ustawy nowelizującej. Powołane regulacje zmieniają co prawda ustawowe zasady polityki lokacyjnej otwartych funduszy emerytalnych, ale czynią to po to, by członkowie otwartych funduszy emerytalnych nie musieli dwukrotnie płacić za wzrost aktywów tych funduszy (tzn. raz poprzez składkę, a drugi raz poprzez podatki płacone na wykup przez Skarb Państwa obligacji skarbowych oraz na odsetki od tych obligacji, nabywanych przez otwarte fundusze emerytalne) oraz by powstrzymać dalsze zadłużanie się Skarbu Państwa grożące w przyszłości niewypłacalnością emerytur. Równocześnie, na podstawie kwestionowanych przez Prezydenta RP rozwiązań ustawowych, każdy członek otwartego funduszu emerytalnego może obecnie indywidualnie zdecydować, czy biorąc pod uwagę stopy zwrotu osiągane przez otwarte fundusze emerytalne (w tym również stopy zwrotu osiągane w okresie przed uchwaleniem i wejściem w życie ustawy nowelizującej), a także biorąc pod uwagę nowe ustawowe zasady polityki lokacyjnej otwartych funduszy emerytalnych oraz zasady waloryzowania składek ubezpieczonych na subkoncie w ZUS (o którym mowa w art. 40a i nast. ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych) chce on nadal pozostać członkiem otwartego funduszu emerytalnego, czy też woli przekazywać swoje składki w tym zakresie na subkonto w ZUS, gdzie będą one waloryzowane w sposób rzeczywisty, czytelny i przewidywalny, poprzez odniesienie wysokości tej waloryzacji do wymiernego i zewnętrznego parametru w postaci dynamiki wartości produktu krajowego brutto.

W przekonaniu Sejmu nowe rozwiązania ustawowe spełniają wymogi normatywne, które Trybunał Konstytucyjny wyprowadza z zasady zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa. Należy przypomnieć, iż Trybunał Konstytucyjny wielokrotnie wskazywał w swoim orzecznictwie, że zasada zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa opiera się na wymaganiu pewności prawa, a więc na takim zespole cech przysługujących prawu, które umożliwiają jednostce decydowanie o swoim postępowaniu na podstawie pełnej znajomości przesłanek

działania organów państwowych oraz konsekwencji prawnych, jakie jej działania mogą pociągnąć za sobą (zob. m.in. wyroki TK z: 14 czerwca 2000 r., sygn. akt P 3/00; 25 kwietnia 2001 r., sygn. akt K 13/01; 20 stycznia 2010 r., sygn. akt Kp 6/09). Aż do dnia wejścia w życie ustawy nowelizującej członkowie otwartych funduszy emerytalnych nie mieli powstającej okresowo możliwości decydowania o swoim postępowaniu w oparciu o przyjęte przez ustawodawcę rozwiązania ustawowe oraz na podstawie przewidywanych konsekwencji tych ustawowych rozwiązań dla swojej indywidualnej sytuacji, np. wystąpienia albo przystąpienia do OFE. Dopiero w nowym stanie prawnym każdy członek otwartego funduszu emerytalnego może decydować o swoim postępowaniu i stosownie do swoich preferencji wybrać gromadzenie środków pieniężnych w OFE albo na subkoncie prowadzonym przez ZUS. Rozwiązania ustawowe przyjęte w ustawie nowelizującej są zdaniem Sejmu korzystniejsze dla członków otwartych funduszy emerytalnych niż dotychczasowe. Nie sposób zatem twierdzić, by przepisy ustawowe zakwestionowane przez Prezydenta RP naruszają zasadę zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa.

Należy wreszcie przypomnieć, że w swoim orzecznictwie Trybunał Konstytucyjny dozwala nawet na takie zmiany ustawodawcze, które naruszają pewność i bezpieczeństwo prawne jednostek i są dla nich niekorzystne, o ile zmiany te są uzasadnione koniecznością zachowania równowagi budżetowej lub równowagi finansów publicznych. W razie zagrożenia wspomnianej równowagi ustawodawca może nawet zmniejszyć lub odebrać jednostkom pewne świadczenia (zob. np. wyrok TK z 20 stycznia 2010 r., sygn. akt Kp 6/09). Kwestionowane rozwiązania zawarte w ustawie nowelizującej są uzasadnione koniecznością zachowania równowagi finansów publicznych, co już samo w sobie jest silnym argumentem na rzecz ich konstytucyjności.

9. Podsumowując ten fragment rozważań, Sejm stwierdza, że art. 141 ust. 2 ustawy o funduszach emerytalnych w związku z art. 4 pkt 33, art. 23 ust. 1 oraz art. 35 ustawy nowelizującej, art. 39a ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych oraz art. 11 i art. 24 ustawy nowelizującej **są zgodne** z art. 2, art. 67 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

2. Konstytucyjne warunki dopuszczalności ograniczania wolności działalności gospodarczej oraz zasada zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa, zasada pewności prawa (z punktu widzenia OFE oraz ich organów)

1. Należy przede wszystkim ponownie podkreślić, że zgodnie ze stanowiskiem Trybunału Konstytucyjnego art. 22 Konstytucji samodzielnie reguluje warunki dopuszczalności ograniczania wolności działalności gospodarczej i stanowi *lex specialis* w stosunku do art. 31 ust. 3 Konstytucji, wyłączając stosowanie tego ostatniego przepisu (zob. m.in. wyroki TK z: 29 kwietnia 2003 r., sygn. akt SK 24/02; 14 grudnia 2004 r., sygn. akt K 25/03). Tak więc nie ma potrzeby oceniania zgodności zakwestionowanych przez Prezydenta RP przepisów ustawowych z art. 31 ust. 3 Konstytucji (tak jak to wnioskuje Prezydent RP), gdyż w świetle orzecznictwa TK wystarczająca jest ewaluacja kwestionowanych przepisów ustawowych przez pryzmat przesłanek z art. 22 Konstytucji.

W opinii Sejmu, art. 141 ust. 2 ustawy o funduszach emerytalnych w związku z art. 23 ust. 1-6, ust. 9 i ust. 15-18 oraz art. 35 ustawy nowelizującej, art. 39a ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych, art. 11 oraz art. 24 ustawy nowelizującej są zgodne z art. 2 Konstytucji, w zakresie, w jakim ten ostatni przepis wyraża zasadę zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa (z punktu widzenia otwartych funduszy emerytalnych oraz ich organów), oraz nie są niezgodne z art. 22 Konstytucji, mówiącym o warunkach dopuszczalności ograniczania wolności działalności gospodarczej. Stanowisko to wynika przede wszystkim z faktu, iż stanowiące przedmiot kontroli przepisy regulują zasady gospodarowania powierzanymi lub odmawianymi otwartym funduszom emerytalnym środkami publicznymi, nie regulują zaś zasad gospodarowania środkami samych tych funduszy lub ich członków. W tym sensie wskazane przepisy ustawowe w ogóle nie naruszają gwarantowanej otwartym funduszom emerytalnym wolności działalności gospodarczej. Z kolei w razie ewentualnego uznania przez TK, że wskazane przepisy ustawowe ingerują w wolność działalności gospodarczej przysługującą OFE, w przekonaniu Sejmu uzasadnione jest twierdzenie, że przepisy te są usprawiedliwione ważnym interesem publicznym w postaci konieczności zachowania równowagi finansów publicznych i są względem tego celu proporcjonalne.

Ostatni argument, odwołujący się do równowagi finansów publicznych, przesądza również o zgodności wskazanych wyżej przepisów ustawowych z art. 2 Konstytucji (z punktu widzenia otwartych funduszy emerytalnych oraz ich organów), czyniąc je zgodnymi z orzecznictwem TK pozwalającym na dawanie pierwszeństwa tej właśnie wartości kosztem zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa.

2. Ocena konstytucyjności zaskarżonych przepisów, w tym ewentualnego niezgodnego z art. 22 ustawy zasadniczej ograniczenia wolności działalności gospodarczej, ustalenia wymaga charakteru środków przekazywanych przez ubezpieczonych otwartym funduszom emerytalnym i przez nie gromadzonych. Problem ten był intensywnie dyskutowany w literaturze. Konstrukcja OFE zakłada przenikanie się publiczno- i prywatnoprawnych elementów. Do tych pierwszych należy zaliczyć: a) realizowanie przez OFE zadań w systemie zabezpieczenia społecznego; b) publicznoprawne źródło finansowania; c) cel działalności, którym jest gromadzenie i pomnażanie środków pieniężnych przeznaczonych na finansowanie emerytury, jako elementu konstytucyjnego prawa do zabezpieczenia społecznego. Prywatnoprawne cechy konstrukcji OFE to: a) mechanizm tworzenia i kierowania funduszem, którego założycielami są podmioty działające w formie spółki akcyjnej, co do zasady prywatne, będące jedynymi organami OFE; b) niewłączenie środków OFE do sfery finansów publicznych (zob. art. 9 w związku z art. 5 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych; t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 885 ze zm.); c) nadzór państwowy realizowany na podstawie kryterium legalności działań (obejmujący ocenę, czy OFE realizują ustawowy nakaz ochrony interesu swoich członków, a nie czy działają w interesie państwa; zob. M. Zieleniecki, *Dopuszczalność obligatoryjnego umorzenia 51,5% jednostek rozrachunkowych w OFE. Kryteria oceny, rozbieżności doktryny, warianty* [w:] *Prawne mechanizmy przekazywania środków OFE. Oceny konstytucyjno-prawne*, red. R. Pacud, Kraków 2013, s. 36). Przenikanie się publiczno- i prywatnoprawnych elementów konstrukcji prawnej OFE przekłada się na trudności w określeniu charakteru prawnego zarządzanych przez nie środków. W doktrynie zostały przedstawione trzy rozbieżne stanowiska w tej kwestii. Pierwsze z nich zakłada, że środki zgromadzone w OFE są prywatnoprawnymi i przymusowymi oszczędnościami członków OFE, z których będą oni mogli korzystać po osiągnięciu wieku emerytalnego (tak np. M. Kulesza, P. Radziejewicz, *Kwalifikacja prawna środków przekazywanych na rachunki otwartych*

funduszy emerytalnych, „Glosa” 2001, nr 7, s. 11). Wedle drugiej koncepcji, cel zgromadzonych w OFE środków przemawiać ma za ich publicznoprawnym charakterem. Zdaniem aprobowanej to stanowisko części doktryny OFE należą do podmiotów wykonujących ubezpieczenie emerytalne, a konstrukcja składki nie jest zbliżona do wkładu na bankowym rachunku oszczędnościowym, lecz stanowi osobisty wkład ubezpieczonego w tworzenie funduszu emerytalnego. Z niego zostanie wypłacone świadczenie dla ubezpieczonych, którym ziści się „ryzyko” socjalne osiągnięcia wieku emerytalnego (tak przykładowo K. Antonów, *Prawo do emerytury*, Kraków 2003, s. 83-84). Trzecią koncepcję, tzw. mieszaną, przedstawił A. Jabłoński. W dużym uproszczeniu zakłada ona, iż składka ubezpieczonego ma jednolity charakter. Ustawodawca określił stopę procentową całej składki na ubezpieczenie emerytalne i podstawę jej wymiaru, takie same zasady jej odprowadzania, zabezpieczania i egzekwowania. Niewłaściwe zatem jest różnicowanie charakteru składki w zależności od tego, czy jest ona odprowadzana do FUS, czy OFE. Jednak po przekazaniu jej do OFE składka zmienia swój charakter na prywatny i staje się częścią aktywów prywatnej osoby prawnej (A. Jabłoński, *Charakter prawny środków zgromadzonych w otwartym funduszu emerytalnym* [w:] *Współczesne problemy prawa pracy i ubezpieczeń społecznych*, red. L. Florek i Ł. Pisarczyk, Warszawa 2011, s. 354; wszystkie koncepcje szczegółowo omawia M. Zieleniecki, *op. cit.*, s. 38-40).

Pogląd o publicznoprawnym charakterze środków zgromadzonych w OFE prezentuje również Sąd Najwyższy (dalej: SN). W tym kontekście SN stwierdził, że „składki na ubezpieczenie emerytalne odprowadzane do funduszu [tj. do otwartego funduszu emerytalnego – uwaga własna] nie są prywatną własnością członka funduszu, a pochodzą z podziału przekazywanej Zakładowi składki na to właśnie ubezpieczenie i przeliczone na jednostki rozrachunkowe stanowią podstawę nabywania przez członka funduszu uprawnień częściowych do przyszłej emerytury do czasu nabycia prawa do całości środków zgromadzonych na indywidualnym koncie. Zatem składka emerytalna z uwagi na jej przeznaczenie na tworzenie funduszu emerytalnego, posiada publicznoprawny ubezpieczeniowy charakter, który zachowuje nadal po przekazaniu przez ZUS jej części do funduszu” (wyrok SN z 4 czerwca 2008 r., sygn. akt II UK 12/08). W innym miejscu uzasadnienia tego judykatu SN wskazuje, że: „system emerytalny ma charakter powszechny i jego celem jest urzeczywistnienie zawartego w art. 67 ust. 1 Konstytucji prawa każdego

obywatela do zabezpieczenia społecznego na wypadek osiągnięcia wieku emerytalnego. Nie został on skonstruowany przez ustawodawcę dla indywidualnych ubezpieczonych, z uwzględnieniem ich przymiotów osobistych takich jak zaradność, przedsiębiorczość, znajomość reguł rynku kapitałowego, przewidywalność czy przezorność, ale dla ogółu osób objętych ubezpieczeniem, które w przyszłości staną się beneficjentami systemu emerytalnego. Dlatego kwestia docelowej realizacji prawa do zabezpieczenia społecznego po osiągnięciu wieku emerytalnego leży w gestii ustawodawcy i nie podlega ocenie w zakresie, w jakim odnosi się do określonych warunków społeczno-gospodarczych, w szczególności w sytuacji, w której przepisy mogące stanowić podstawę oceny nie zostały jeszcze uchwalone. Prowadzi to do konkluzji, że [...] konstytucyjne prawo do zabezpieczenia społecznego obejmuje także – wynikający z przyjętej przez ustawodawcę ubezpieczeniowej techniki realizacji tego prawa – obowiązek zawarcia przez ubezpieczonego umowy z otwartym funduszem emerytalnym [...] Przy ocenie charakteru prawnego składki na ubezpieczenie emerytalne nie można tracić z pola widzenia okoliczności, że system emerytalny oparty na zasadach ubezpieczeniowych charakteryzuje się przymusem ubezpieczenia społecznego związanym ściśle z obowiązkiem odprowadzania składek, a powstający z mocy przepisów ustawy systemowej stosunek ubezpieczenia społecznego ma charakter publicznoprawny. Inaczej rzecz ujmując, środki na ubezpieczenie społeczne, w szczególności emerytalne, są i będą przeznaczane na wypłatę świadczeń dla innych podmiotów, aniżeli ich płatnik i w tym znaczeniu są środkami publicznymi, podlegającymi ściągnięciu oraz zabezpieczeniu na zasadach dotyczących składek na ubezpieczenia społeczne”.

Z kolei Trybunał Konstytucyjny, oceniając regulację nakazującą ZUS uiszczenie OFE odsetek od nieterminowo przekazanych składek, wyjaśnił, że: „[...] trzeba zauważyć, że odsetki za opóźnione przekazywanie składek są w istocie rozliczeniami między ZUS i otwartymi funduszami emerytalnymi. Są one więc dokonywane «wewnątrz» szeroko rozumianego systemu ubezpieczeń społecznych między instytucjami utrzymywanymi – w istocie – ze środków publicznych” (wyrok TK z 18 grudnia 2008 r., sygn. akt P 16/07). W kontekście aktualnego wniosku Prezydenta RP istotne jest stwierdzenie Trybunału Konstytucyjnego, że przesunięcia majątkowe pomiędzy ZUS i OFE następują w ramach jednego („wewnątrz szeroko rozumianego”) systemu ubezpieczeń społecznych.

Sejm przychylił się do stanowiska wyrażonego w orzecznictwie sądowym i przez część doktryny, że środki pochodzące ze składek ubezpieczonych przekazywanych otwartym funduszom emerytalnym i następnie gromadzone na rachunkach członków tych funduszy oraz w określony sposób lokowane czy też inwestowane, są środkami publicznymi. To ustalenie wiedzie Sejm do konkluzji, że wprowadzone ustawą nowelizującą zmiany, w tym zaskarżone regulacje, dokonują przesunięć „wewnątrz szeroko rozumianego systemu ubezpieczeń społecznych”, którego ukształtowanie należy w znacznej mierze do ustawodawcy zwykłego (zob. art. 67 ust. 1 zd. 2 Konstytucji; jak wskazał SN w wyroku o sygn. akt II UK 12/08, art. 67 ust. 1 ustawy zasadniczej udziela ustawodawcy kompetencji do uregulowania kwestii związanych z prawem do zabezpieczenia społecznego. W konsekwencji, zgodnie z art. 67 ust. 1 Konstytucji każdemu przysługuje prawo do zabezpieczenia społecznego w ramach określonych w ustawie, która ustanawia warunki nabycia, trwania i utraty tego prawa, w tym formy i zakres świadczeń. Oznacza to dość duży zakres swobody ustawodawcy w kształtowaniu prawa obywateli do zabezpieczenia społecznego). W świetle przepisów Konstytucji ustawodawca ma pełne prawo ustalać – pożądane z punktu widzenia równowagi finansów publicznych oraz optymalne z punktu widzenia realizacji prawa obywateli do zabezpieczenia społecznego – zasady gospodarowania środkami o charakterze publicznoprawnym pochodzącymi ze składek ubezpieczonych, a także ma pełne prawo decydowania o tym, na jakich zasadach będą one lokowane, w tym przez stanowiące element systemu zabezpieczenia społecznego otwarte fundusze emerytalne.

3. Należy zauważyć, że wszystkie te przepisy ustawowe, którym Prezydent RP zarzuca w swoim wniosku sprzeczność z art. 2 oraz art. 22 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji (tzn. art. 11, art. 23 ust. 1-6, ust. 9 i ust. 15-18, art. 24 i art. 35 ustawy nowelizującej, nowy art. 141 ust. 2 ustawy o funduszach emerytalnych oraz art. 39a ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych) regulują w swojej treści zasady gospodarowania składkami ubezpieczonych (w tym zasady gospodarowania tymi składkami przez otwarte fundusze emerytalne) oraz zasady gospodarowania środkami gromadzonymi na rachunkach członków otwartych funduszy emerytalnych, czyli regulują zasady gospodarowania środkami o charakterze publicznym. Kwestionowane przez Prezydenta RP rozwiązania ustawowe nie dotyczą zatem

gospodarowania przez otwarte fundusze emerytalne ich własnymi środkami ani ich prywatnym mieniem, lecz zgodnie z przyjętym przez Sejm założeniem regulują zasady gospodarowania – w tym przez otwarte fundusze emerytalne – środkami o charakterze publicznoprawnym.

I tak, wskazany przez Prezydenta RP jako przedmiot kontroli art. 141 ust. 2 ustawy o funduszach emerytalnych reguluje zasady lokowania przez OFE aktywów, które są gromadzone ze składek na rachunkach członków otwartych funduszy emerytalnych. Powołany art. 141 ust. 2 ustawy o funduszach emerytalnych nie normuje zatem zasad polityki lokacyjnej odnoszącej się do własnych środków otwartych funduszy emerytalnych, lecz zasady lokowania środków publicznych. Artykuł 23 ust. 1-6, ust. 9 i ust. 15-18 ustawy nowelizującej dotyczy kwestii umorzenia przez otwarte fundusze emerytalne jednostek rozrachunkowych zapisanych na rachunku każdego członka otwartego funduszu emerytalnego oraz kwestii przekazania do ZUS określonych aktywów, będących środkami pieniężnymi denominowanymi w walucie polskiej, obligacjami skarbowymi oraz innymi dłużnymi instrumentami gwarantowanymi przez Skarb Państwa. Przy czym obligacje skarbowe oraz inne dłużne instrumenty gwarantowane przez Skarb Państwa – o których mowa w art. 23 ustawy nowelizującej – są aktywami, które zostały nabyte przez otwarte fundusze emerytalne w zamian za środki zgromadzone przez otwarte fundusze emerytalne na rachunkach członków otwartych funduszy emerytalnych. Tak więc art. 23 ust. 1-6, ust. 9 i ust. 15-18 ustawy nowelizującej dotyczy albo bezpośrednio aktywów, na które składają się środki ze składek ubezpieczonych, albo też aktywów nabytych w zamian za środki pochodzące ze składek. W każdym przypadku aktywa te są środkami o charakterze publicznoprawnym. Artykuł 35 ustawy nowelizującej odnosi się do polityki lokacyjnej otwartych funduszy emerytalnych, której przedmiotem są aktywa otwartych funduszy emerytalnych pochodzące ze składek ubezpieczonych. Zatem również w przypadku tego przepisu przedmiotem regulacji są wyłącznie środki o charakterze publicznoprawnym. Artykuł 39a ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych oraz art. 11 ustawy nowelizującej regulują uprawnienie ubezpieczonego do zdecydowania o tym, czy jego składki – a więc środki o charakterze publicznoprawnym – mają być przekazywane do otwartego funduszu emerytalnego, czy też na subkonto w ZUS. Wreszcie art. 24 ustawy nowelizującej reguluje przekazywanie składek szczególnej kategorii osób, o których mowa w art. 128 ustawy o funduszach emerytalnych, na subkonto w ZUS, zamiast na

rachunek w otwartych funduszach emerytalnych. Również i ten przepis, dotyczący składek ubezpieczonych, reguluje gospodarowanie środkami publicznymi.

Jak dowodnie wynika z powyższego zestawienia, wszystkie przepisy ustawowe, którym Prezydent RP zarzuca niezgodność z art. 2 oraz art. 22 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji, normują w istocie zasady gospodarowania środkami o charakterze publicznoprawnym, a konkretnie środkami pochodzącymi ze składek ubezpieczonych. Przepisy stanowiące przedmiot kontroli w ogóle nie dotyczą i nie normują zasad gospodarowania przez otwarte fundusze emerytalne ich własnymi (różnymi od przekazanych przez ubezpieczonych) środkami. Wspomniane przepisy ustawowe bądź regulują zasady gospodarowania przez otwarte fundusze emerytalne środkami powierzanymi otwartym funduszom emerytalnym, mającymi charakter publiczny (art. 141 ust. 2 ustawy o funduszach emerytalnych; art. 23 i art. 35 ustawy nowelizującej), bądź też regulują zasady powierzania lub odmawiania powierzania otwartym funduszom emerytalnym środków o charakterze publicznoprawnym (art. 39a ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych; art. 11 i art. 24 ustawy nowelizującej).

Wymienione ustawy nie tylko ściśle determinują zasady obliczania, pobierania, transferowania, gromadzenia i lokowania składek ubezpieczonych, ale udzielają też organom ZUS prawa do działania w sferze imperium (zgodnie z art. 66 ust. 4 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych przysługą im środki prawne właściwe organom administracji państwowej). W tym względzie organy ZUS zostały wyposażone przez właściwe ustawy w kompetencję do władczego determinowania sytuacji prawnej innych podmiotów, a konkretnie samych ubezpieczonych oraz otwartych funduszy emerytalnych, związanej ze składkami na ubezpieczenie społeczne. W szczególności, to do organów ZUS należy realizacja przepisów o ubezpieczeniach społecznych, a w szczególności: a) stwierdzanie i ustalanie obowiązku ubezpieczeń społecznych; b) ustalanie uprawnień do świadczeń z ubezpieczeń społecznych oraz wypłacanie tych świadczeń, chyba że na mocy odrębnych przepisów obowiązki te wykonują płatnicy składek; c) wymierzanie i pobieranie składek na ubezpieczenia społeczne oraz przekazywanie stosownej części tych składek OFE; d) wymaganie od OFE zwrotu całości lub części tych składek (w tym względzie zob. art. 100a ustawy o funduszach emerytalnych); e) a także wymaganie od OFE przekazania środków zgromadzonych na rachunku członka otwartego funduszy emerytalnego na fundusz emerytalny FUS (zarządzany

przez ZUS) lub na dochody budżetu państwa (zob. art. 100c, art. 100d oraz art. 111a ustawy o funduszach emerytalnych).

Powyższej kwalifikacji nie podważają regulacje prawne, które dotyczą przechodzenia określonych praw do tych środków na rzecz spadkobierców członka otwartego funduszu emerytalnego (zob. art. 131-132 ustawy o funduszach emerytalnych). Tego rodzaju normy prawne – które mają zresztą bardzo ograniczony zakres zastosowania – w niczym bowiem nie zmieniają ogólnej reguły, w myśl której środki zgromadzone w OFE mają charakter publicznoprawny, bez względu na to, kto będzie beneficjentem świadczeń wypłacanych z tychże środków, tj. czy będzie nim członek otwartego funduszu emerytalnego czy też, w określonym zakresie, jego spadkobierca. Jest zresztą nieporozumieniem twierdzenie, że po śmierci członka otwartego funduszu emerytalnego mamy do czynienia z dziedziczeniem przez spadkobierców środków stanowiących przed śmiercią spadkodawcy jego prywatną własność (tak słusznie K. Antonów, *Sytuacja prawna składek zaewidencjonowanych na subkoncie w ZUS w razie rozwodu lub śmierci ubezpieczonego albo śmierci emeryta*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 2011, nr 5, s. 2).

4. W szczególności, ustawodawca powołując się na konkretne cele i wartości konstytucyjne, w tym zwłaszcza powołując się na chronioną przez orzecznictwo TK równowagę finansów publicznych, ma pełne prawo do tego, by określać zasady gospodarowania tą częścią mienia publicznego, którą stanowią środki o charakterze publicznoprawnym, włączając w to środki pochodzące ze składek ubezpieczonych i gromadzone na rachunkach członków otwartych funduszy emerytalnych. Byłoby konstytucyjnie niespójne, gdyby odmówić ustawodawcy prawa do ingerowania w interesie publicznym (tj. w interesie zachowania równowagi finansów publicznych oraz w interesie optymalnego gwarantowania obywatelom prawa do zabezpieczenia społecznego) w zasady gospodarowania tymi środkami o charakterze publicznoprawnym, które bynajmniej nie należą w sensie cywilnoprawnym (w sensie własnościowym) do odrębnych od Skarbu Państwa osób prawnych, lecz które są środkami jedynie czasowo powierzanymi otwartym funduszom emerytalnym do zarządzania w interesie publicznym (tzn. w celu zagwarantowania obywatelom ich konstytucyjnego prawa do zabezpieczenia społecznego wynikającego z art. 67 ust. 1 Konstytucji).

A zatem, w zakresie, w jakim środkami publicznymi gospodarują podmioty, którym przysługuje konstytucyjnie gwarantowana wolność działalności gospodarczej (jak to ma miejsce w przypadku otwartych funduszy emerytalnych), ustalanie lub zmienianie przez państwo zasad gospodarowania środkami o charakterze publicznoprawnym nie może być uznane za naruszenie konstytucyjnej wolności działalności gospodarczej. Innym słowy, trzeba stwierdzić, że zakwestionowane przepisy nie ograniczają zasady wolności gospodarczej.

W związku z powyższym wywodem przedstawionym w pkt 1-4 należy uznać, że wskazane przez Prezydenta RP wzorzec kontroli jest nieadekwatny. Tym samym Sejm wnosi o stwierdzenie, że art. 141 ust. 2 ustawy o funduszach emerytalnych w związku z art. 23 ust. 1-6, ust. 9 i ust. 15-18 oraz art. 35 ustawy nowelizującej, art. 39a ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych oraz art. 11 i art. 24 ustawy nowelizującej **nie są niezgodne** z art. 22 Konstytucji.

Na wypadek, gdyby Trybunał Konstytucyjny nie podzielił ww. poglądu, Sejm przedstawia poniżej alternatywny wywód, którego podstawą jest założenie, że zaskarżone przepisy ograniczają wolność działalności gospodarczej (por. pkt III.2.7-III.2.9).

5. Na marginesie warto zauważyć, że przepisy ustawowe uznawane przez Prezydenta RP za sprzeczne z art. 2 i art. 22 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji nie tylko regulują zasady gospodarowania środkami publicznymi już powierzonymi otwartym funduszom emerytalnym do czasowego nimi zarządzania (w konkretnym celu publicznym, zob. art. 141 ust. 2 ustawy o funduszach emerytalnych; art. 23 i art. 35 ustawy nowelizującej), ale regulują również dopuszczalność odmowy dalszego przekazywania otwartym funduszom emerytalnym wchodzących w grę środków publicznych oraz pozwalają ubezpieczonym, w tym zarówno będącym, jak i niebędącym członkami otwartych funduszy emerytalnych, na decydowanie o nieprzekazywaniu tych środków publicznych do otwartych funduszy emerytalnych (zob. art. 39a ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych; art. 11 i art. 24 ustawy nowelizującej). Gdyby uznać – tak jak to postuluje wnioskodawca – że sprzeczne z art. 2 i art. 22 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji są przepisy art. 39a ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych oraz art. 11 i art. 24 ustawy nowelizującej, wówczas oznaczałoby to w swojej konsekwencji znaczące zawężenie swobody regulacyjnej ustawodawcy do określania zasad gospodarowania środkami

o charakterze publicznoprawnym, a ściślej warunków gromadzenia środków w ramach systemu ubezpieczenia społecznego, stanowiących przejaw realizacji konstytucyjnego nakazu ustalenia form i zasad zabezpieczenia społecznego. Można nawet uznać, że w oparciu o powołane przepisy Konstytucji otwartym funduszom emerytalnym przysługiwałoby prawnie skuteczne roszczenie o to, aby państwo w sposób trwały i nieodwoływalny przekazywało im środki o charakterze publicznoprawnym (do swobodnego gospodarowania nimi). Innymi słowy, argumentacja przedstawiona we wniosku Prezydenta RP zmierza do tego, by na podstawie art. 2 i art. 22 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji przyznać otwartym funduszom emerytalnym uprawnienie do skutecznego i prawnie egzekwowalnego domagania się od ustawodawcy ciągłego utrzymywania rozwiązań ustawowych przewidujących przekazywanie tym funduszom środków pochodzących ze składek ubezpieczonych, bez możliwości zadecydowania przez ustawodawcę o ustanowieniu odmiennych od dotychczasowych zasad gospodarowania omawianymi tutaj środkami o charakterze publicznoprawnym. Takiego rozumowania nie sposób podzielić, zwłaszcza jeżeli demokratycznie legitymowany ustawodawca dochodzi obecnie do przekonania, że w interesie bardziej optymalnego urzeczywistniania prawa obywateli do zabezpieczenia społecznego oraz w interesie zachowania równowagi finansów publicznych (niezbędnej dla wywiązywania się przez państwo m. in. z obowiązku gwarantowania wypłaty emerytur) konieczne jest odmienne niż dotychczas uregulowanie zasad gospodarowania tymi środkami publicznymi, które pochodzą ze składek ubezpieczonych.

6. Na kwestionowane przez Prezydenta RP przepisy ustawowe należy spojrzeć nie tylko jak na regulacje dotyczące zasad gospodarowania przez otwarte fundusze emerytalne środkami o charakterze publicznoprawnym pochodzącymi ze składek ubezpieczonych oraz zasad ich powierzania lub odmawiania powierzania otwartym funduszom emerytalnym (o czym była mowa dotychczas). Ze wspomnianych przepisów ustawowych wynika bowiem w istocie, że Skarbowi Państwa zakazane jest zbywanie obligacji skarbowych oraz innych dłużnych instrumentów skarbowych, w tym gwarantowanych przez Skarb Państwa, na rzecz otwartych funduszy emerytalnych. I właśnie m.in. pod tym kątem należy ocenić art. 141 ust. 2 w związku z art. 141 ust. 1 pkt 1-4 ustawy o funduszach emerytalnych.

W świetle Konstytucji nie można odmówić ustawodawcy prawa do swobodnego decydowania o tym, w jaki sposób mają być inwestowane na rynku kapitałowym obligacje skarbowe oraz inne dłużne instrumenty skarbowe, w tym instrumenty gwarantowane przez Skarb Państwa. W tym kontekście należy wskazać art. 216 ust. 2 Konstytucji, który stanowi, że „emisja papierów wartościowych przez Skarb Państwa [...] następuje na zasadach i w trybie określonych w ustawie”. Ten ostatni przepis daje zatem ustawodawcy pełne prawo do decydowania o tym, na jakich zasadach Skarb Państwa będzie m.in. emitował papiery wartościowe. Wśród tych ustawowych zasad emisji przez Skarb Państwa papierów wartościowych może się również znaleźć zastrzeżenie, iż tego rodzaju papiery wartościowe nie mogą być nabywane przez otwarte fundusze emerytalne (a taki jest w istocie sens regulacji ustawowej zawartej w art. 141 ust. 2 w związku z art. 141 ust. 1 pkt 1-4 ustawy o funduszach emerytalnych). W świetle art. 216 ust. 2 Konstytucji ustawodawca ma zatem pełne konstytucyjne prawo do zadecydowania o tym, że nie chce, by Skarb Państwa, emitując papiery wartościowe, zadłużał się na rzecz otwartych funduszy emerytalnych, w tym by wypłacał odsetki od obligacji skarbowych na rzecz otwartych funduszy emerytalnych. Biorąc pod uwagę treść art. 216 ust. 2 Konstytucji, trudno odmówić ustawodawcy prawa do tego, by kierując się troską o równowagę finansów publicznych oraz o stabilność systemu emerytalnego przesądził w ustawie, że emitowane przez Skarb Państwa papiery wartościowe nie mogą być nabywane przez otwarte fundusze emerytalne. Analogiczne uprawnienie ustawodawcy wynika też zresztą pośrednio z art. 218 Konstytucji, stanowiącego, iż ustawa określa sposób zarządzania majątkiem Skarbu Państwa.

Gdyby natomiast uznać, że kwestionowane przez Prezydenta RP przepisy ustawowe rzeczywiście są sprzeczne z art. 2 i art. 22 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji, wówczas oznaczałoby to, że na podstawie wskazanych przepisów Konstytucji otwarte fundusze emerytalne mają też prawo do domagania się od ustawodawcy, by przyjmował korzystne dla tych funduszy rozwiązania ustawowe dotyczące emisji przez Skarb Państwa papierów wartościowych oraz zasad udzielania przez Skarb Państwa gwarancji. Niezasadność takiej interpretacji postanowień Konstytucji jest oczywista. W szczególności, w świetle art. 216 ust. 2 Konstytucji ustawodawca jest władny rozstrzygnąć, komu Skarb Państwa może, a komu nie może sprzedawać obligacji skarbowych i w konsekwencji wypłacać odsetek od tych obligacji. Regulując kwestie związane z emitowaniem przez Skarb

Państwa obligacji skarbowych ustawodawca powinien oczywiście przestrzegać konstytucyjnej zasady równości. W badanej sprawie kolizja tego typu nie występuje dlatego, że sytuacja otwartych funduszy emerytalnych jest odmienna od sytuacji wszystkich innych potencjalnych nabywców obligacji skarbowych. Odmienność ta wyraża się w szczególności w tym, że otwarte fundusze emerytalne gromadzą środki finansowe na wypłatę emerytur (czyli na realizację konstytucyjnego prawa do zabezpieczenia społecznego) i nie można, zdaniem Sejmu, dopuścić do tego, aby ten element systemu zabezpieczenia społecznego powodował pogłębianie się nierównowagi finansów publicznych, groźnej m. in. dla całego systemu emerytalnego.

7. W ocenie Sejmu, kwestionowane przez Prezydenta RP przepisy ustawowe nie naruszają gwarantowanej konstytucyjnie wolności działalności gospodarczej otwartych funduszy emerytalnych, gdyż już w sensie pojęciowym ustalanie przez ustawodawcę zasad gospodarowania środkami publicznymi nie jest w stanie naruszyć tej wolności oraz mieści się w zakresie „prawa ustawodawcy do kształtowania stosunków majątkowych w państwie” (wyrok TK z 29 października 2010 r., sygn. akt P 34/08). Natomiast z ostrożności procesowej Sejmu wskazuje, że gdyby TK uznał jednak kwestionowane przez Prezydenta RP przepisy ustawowe za ingerujące w wolność gospodarczą otwartych funduszy emerytalnych, wówczas należałoby też konsekwentnie przyjąć, iż przepisy te są usprawiedliwione i dopuszczalne w świetle art. 22 Konstytucji i ukształtowanego na jego tle orzecznictwa TK.

Na gruncie art. 22 Konstytucji oraz jego interpretacji przyjmowanej przez TK, ograniczenie wolności działalności gospodarczej jest dopuszczalne, jeżeli następuje w ustawie, służy ważnemu interesowi publicznemu, spełnia przesłankę proporcjonalności, w tym zwłaszcza przesłankę konieczności ustanawianych ograniczeń, oraz nie prowadzi do naruszenia istoty wolności działalności gospodarczej (na ten temat zob. szeroko M. Szydło, *Wolność działalności gospodarczej jako prawo podstawowe*, op. cit., s. 95 i n. oraz omówione tam orzecznictwo TK). W przypadku kwestionowanych we wniosku przepisów ustawowych (tj. art. 141 ust. 2 ustawy o funduszach emerytalnych w związku z art. 23 ust. 1-6, ust. 9 i ust. 15-18 oraz art. 35 ustawy nowelizującej, art. 39a ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych i art. 11 oraz art. 24 ustawy nowelizującej)

wszystkie powyższe przesłanki dopuszczalności ograniczania wolności działalności gospodarczej zostały spełnione.

8. Powołane wyżej przepisy, które zdaniem Prezydenta RP ograniczają wolność działalności gospodarczej, są zawarte w ustawie, tak jak tego wymaga art. 22 Konstytucji. Przy czym tego rodzaju przepisy ustawowe służą realizacji ważnego interesu publicznego w rozumieniu art. 22 Konstytucji, którym jest zachowanie równowagi finansów publicznych, umożliwiającej państwu m.in. wywiązywanie się z jego obowiązku gwarantowania obywatelom prawa do zabezpieczenia społecznego, w tym poprzez wypłatę emerytur na wypadek osiągnięcia wieku emerytalnego. Trybunał Konstytucyjny w swoim orzecznictwie wielokrotnie podkreślał, że równowaga finansów publicznych jest jednym z konstytucyjnie chronionych dóbr i wartości, przy czym ranga tej wartości jest szczególnie wysoka i doniosła. Zdaniem TK, równowaga budżetowa stanowi „samoistną wartość konstytucyjną, od której zależy zdolność państwa do działania i wypełniania jego zadań. Konieczność jej ochrony i zachowania – między innymi przez zapobieganie nadmiernemu zadłużaniu się państwa – wynika z ogółu regulacji zawartych w rozdziale X Konstytucji oraz z jej art. 1 stanowiącego, że Rzeczpospolita Polska jest dobrem wspólnym” (wyrok TK z 12 grudnia 2012 r., sygn. akt K 1/12). Trybunał Konstytucyjny wielokrotnie podkreślał, że stan finansów publicznych i ochrona przed nadmiernym zadłużaniem się podmiotów publicznych stanowią dobro szczególnie konstytucyjnie chronione. W przekonaniu TK: „Dobro to jest w hierarchii konstytucyjnych wartości aż tak wysoko usytuowane, że chroni je restrykcja konstytucyjna, czyli bezwzględny zakaz nadmiernego zadłużania się państwa” (wyroki TK z: 4 maja 2004 r., sygn. akt K 40/02; 12 grudnia 2012 r., sygn. akt K 1/12). Trybunał Konstytucyjny uznaje, że różnego rodzaju – nierzadko kolidujące ze sobą – wartości konstytucyjne powinny być ze sobą harmonijnie godzone, z tym wszakże zastrzeżeniem, że akurat te wartości konstytucyjne, którymi są równowaga budżetowa i stabilność finansów publicznych, mają zdecydowanie priorytetowy charakter (wyroki TK z: 26 listopada 2001 r., sygn. akt K 2/00; 12 grudnia 2012 r., sygn. akt K 1/12).

W świetle tego podkreślanego przez TK priorytetowego charakteru wartości konstytucyjnej w postaci równowagi finansów publicznych należy uznać, że wartość ta zawiera się w pojęciu „ważnego interesu publicznego” w rozumieniu art. 22

Konstytucji. Należy podkreślić, że równowaga finansów publicznych jest nieodzownym warunkiem dla normalnego wywiązywania się przez państwo ze wszystkich jego konstytucyjnych obowiązków i dlatego też jest dobrem wspólnym wszystkich obywateli (art. 1 Konstytucji). Dla poszczególnych obywateli (jednostek) dobro w postaci równowagi finansów publicznych nie ma bynajmniej charakteru abstrakcyjnego i niedookreślonego, gdyż stan (tj. stopień zachowania) tego dobra w państwie polskim w bezpośredni i konkretny sposób przekłada się na warunki życiowe poszczególnych obywateli. Tylko dzięki stabilnemu stanowi finansów publicznych państwo ma odpowiednie materialne warunki ku temu, by gwarantować obywatelom należne im konstytucyjnie świadczenia, w tym – jak wspomniano – emerytury gwarantowane przez art. 67 ust. 1 Konstytucji. Można zatem powiedzieć, że równowaga finansów publicznych dlatego mieści się w pojęciu „ważnego interesu publicznego” w rozumieniu art. 22 Konstytucji.

Kwestionowane przez Prezydenta RP przepisy ustawowe są też względem równowagi finansów publicznych, jako ważnego interesu publicznego w rozumieniu art. 22 Konstytucji, proporcjonalne. W szczególności, przyjęcie tych przepisów jest w omawianym wymiarze konieczne i nieodzowne, o czym świadczą w szczególności następujące argumenty natury ekonomiczno-finansowej.

Po pierwsze, gdyby kwestionowane przepisy ustawy nowelizującej nie zostały w ogóle uchwalone lub też gdyby ewentualnie stwierdzona została ich niekonstytucyjność (w tym niezgodność z art. 22 Konstytucji), wówczas w samym tylko roku kalendarzowym 2014 wpływy ze składek do Funduszu Ubezpieczeń Społecznych, zarządzanego przez ZUS, uległyby zmniejszeniu o 3,4 mld zł, co spowodowałoby konieczność zrefundowania FUS środków w tej wysokości z budżetu państwa (zob. stanowisko Ministra Finansów z 27 marca 2014 r., nr FN-6/063/47-2/NJA/2014/RD-29542, s. 4; stanowisko Ministra Pracy i Polityki Społecznej z 4 kwietnia 2014 r., nr DUS/-071/8/EW/CG/RM/14, s. 4).

Po drugie, gdyby kwestionowane przepisy ustawy nowelizującej nie zostały w ogóle uchwalone lub też gdyby ewentualnie stwierdzona została ich niekonstytucyjność (w tym niezgodność z art. 22 Konstytucji), wówczas jeszcze bardziej ujemne byłyby skutki tego stanu rzeczy dla przychodów FUS w ujęciu długoterminowym, a więc w kolejnych latach oraz w kolejnych dziesięcioleciach. Konieczność rozpatrywania przychodów FUS w perspektywie kolejnych (przyszłych) dziesięcioleci jest poza wszelką dyskusją, jako że skutki funkcjonowania całego

systemu emerytalnego rozkładają się zawsze na całe pokolenia, zaś zobowiązania państwa z art. 67 ust. 1 Konstytucji mają – co oczywiste – charakter bezterminowy i dotyczą zarówno obecnego, jak i przyszłych pokoleń. Patrząc na perspektywiczne skutki nieuchwalenia kwestionowanych przez Prezydenta RP przepisów ustawowych dla skumulowanych wyników finansowych FUS w przyszłych latach oraz dziesięcioleciach należy zauważyć, że powstałyby niedobory w FUS, które rosłyby wykładniczo (skokowo). Mianowicie, w latach 2015-2021 łączne niedobory (straty) FUS z tego tytułu osiągnęłyby kwotę ok. 100 mld zł, w 2025 r. – ok. 150 mld zł, w 2027 r. – ok. 200 mld zł, w 2031 r. – ok. 300 mld zł, w 2035 r. – ok. 400 mld zł, w 2039 r. – ok. 500 mld zł, w 2043 r. – ok. 600 mld zł, zaś największy niedobór w FUS wskutek braku przyjęcia kwestionowanych przez Prezydenta RP przepisów ustawowych wystąpiłby około 2051 r., osiągając wówczas kwotę ok. 675 mld zł (obliczenia Ministra Finansów dokonane na podstawie szacunków ZUS sporządzonych w oparciu o model prognostyczny FUS12, stanowiących element Oceny Skutków Regulacji przedstawionych do projektu ustawy nowelizującej, zob. s. 73-76 uzasadnienia projektu ustawy nowelizującej oraz stanowisko Ministra Finansów z 27 marca 2014 r., nr FN-6/063/47-2/NJA/2014/RD-29542, s. 5).

Po trzecie, gdyby kwestionowane przepisy ustawy nowelizującej nie zostały w ogóle uchwalone lub też gdyby ewentualnie stwierdzona została ich niekonstytucyjność (w tym niezgodność z art. 22 Konstytucji), wówczas państwowy dług publiczny, liczony według metodologii polskiej, wzrósłby o 152,3 mld zł na koniec 2014 r. (czyli o 8,8% PKB), zaś dług sektora instytucji rządowych i samorządowych, liczony według metodologii UE, wzrósłby o 164,0 mld zł (czyli o 9,5% PKB; zob. stanowisko Ministra Pracy i Polityki Społecznej z 4 kwietnia 2014 r., nr DUS/-071/8/EW/CG/RM/14, s. 5; stanowisko Ministra Finansów z 27 marca 2014 r., nr FN-6/063/47-2/NJA/2014/RD-29542, s. 6).

Po czwarte, gdyby kwestionowane przepisy ustawy nowelizującej nie zostały w ogóle uchwalone lub też gdyby ewentualnie stwierdzona została ich niekonstytucyjność (w tym niezgodność z art. 22 Konstytucji), wówczas poważnie wzrosłyby koszty obsługi długu publicznego. Mianowicie, w 2014 r. koszty obsługi długu publicznego wzrosłyby wskutek tego o 0,5 mld zł, w 2015 r. – o 6,8 mld zł, w 2016 r. – o 8,3 mld zł, w 2017 r. – o 9,6 mld zł, w 2018 r. – o 10,7 mld zł, w 2019 r. – o 12 mld zł, w 2020 r. – o 13,4 mld zł, w 2021 r. – o 14,8 mld zł, w 2022 r. – o 16,5 mld zł, zaś w 2023 r. – o 18,2 mld zł (zob. stanowisko Ministra Pracy i Polityki

Spółecznej z 4 kwietnia 2014 r., nr DUS/-071/8/EW/CG/RM/14, s. 6; stanowisko Ministra Finansów z 27 marca 2014 r., nr FN-6/063/47-2/NJA/2014/RD-29542, s. 7).

Wszystkie te powyższe ekonomiczne i finansowe dane przekonują o tym, że bez uchwalenia kwestionowanych przez Prezydenta RP przepisów ustawowych równowaga finansów publicznych zostałaby naruszona.

Co jest przy tym istotne, dla przepisów ustawowych poddanych w niniejszym postępowaniu kontroli TK nie istnieje taki alternatywny środek ingerencji, który byłby równie skuteczny, ale jednocześnie dla obywateli łagodniejszy, a więc który by w mniejszym stopniu ingerował w prawa i wolności jednostek (na temat alternatywy w postaci środka równie skutecznego, ale mniej uciążliwego jako elementu zasady proporcjonalności zob. m.in. wyroki TK z: 11 kwietnia 2000 r., sygn. akt K 15/98; 20 czerwca 2005 r., sygn. akt K 4/04; 26 marca 2007 r., sygn. akt K 29/06). Jak bowiem pokazują stosowne wyliczenia, aby osiągnąć efekt finansowy (oszczędnościowy) podobny do tego następującego w oparciu o zakwestionowane przepisy ustawowe, w samym tylko 2014 r. należałoby podnieść wszystkie stawki podatku VAT o 4 punkty procentowe lub należałoby podnieść stawki podatku dochodowego od osób fizycznych oraz podatku dochodowego od osób prawnych o ponad 3 punkty procentowe (Ocena Skutków Regulacji sporządzona na potrzeby ustawy nowelizującej, s. 78 uzasadnienia projektu ustawy nowelizującej).

Dla uznania proporcjonalności kwestionowanych przez Prezydenta RP przepisów ustawowych względem konstytucyjnej wartości, jaką jest równowaga finansów publicznych, należałoby jeszcze ocenić ich proporcjonalność w ścisłym tego słowa znaczeniu (proporcjonalność *sensu stricto*), a więc to, czy obciążenia OFE powodowane przez te regulacje pozostają w odpowiedniej proporcji względem rangi (znaczenia) oraz stopnia realizacji ważnego interesu publicznego w postaci równowagi finansów publicznych (chodzi tutaj zatem o wążenie interesu prywatnego i publicznego, będącego elementem szerzej rozumianej zasady proporcjonalności; zob. np. R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden 1994, s. 143 i n.; E. Hofmann, *Abwägung im Recht. Chancen und Grenzen numerischer Verfahren im Öffentlichen Recht*, Tübingen 2007 *passim*; M. Szydło, *Wolność działalności gospodarczej jako prawo podstawowe*, op. cit., s. 216 i n.; M. Wyrzykowski, M. Ziółkowski, *Konstytucyjne zasady prawa i ich znaczenie dla interpretacji zasad ogólnych prawa i postępowania administracyjnego* [w:] *System Prawa Administracyjnego. Tom 2. Konstytucyjne podstawy funkcjonowania administracji*

publicznej, red. R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2012, s. 39 i n.; M. Klatt, M. Meister, *The Constitutional Structure of Proportionality*, Oxford 2012, s. 7 i n.; zob. też wyrok TK z 23 listopada 2009 r., sygn. akt P 61/08). Otóż w tym kontekście należy przede wszystkim przypomnieć, że dla TK wartość w postaci równowagi finansów publicznych ma charakter priorytetowy i niejednokrotnie jest ona stawiana przez TK wyżej niż inne wartości konstytucyjne, takie jak np. zasada zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa (wyrok TK z 20 stycznia 2010 r., sygn. akt Kp 6/09), zasada ochrony praw nabytych (orzeczenia TK z: 30 listopada 1993 r., sygn. akt K 18/92; 12 stycznia 1995 r., sygn. akt K 12/94; wyroki TK z: 17 listopada 2003 r., sygn. akt K 32/02; 18 stycznia 2005 r., sygn. akt K 15/03; 9 marca 2004 r., sygn. akt K 12/02; 31 stycznia 2006 r., sygn. akt K 23/03; 20 listopada 2001 r., sygn. akt SK 15/01; 27 lutego 2002 r., sygn. akt K 47/01), czy też zasada niezależności finansowej sędziów wynikająca z art. 178 ust. 2 Konstytucji (wyrok TK z 12 grudnia 2012 r., sygn. akt K 1/12). W tym kontekście dla Sejmu nie ulega wątpliwości, że równowaga finansów publicznych jest istotniejsza niż interesy majątkowe otwartych funduszy emerytalnych. Tej preferencji nie zmienia okoliczność, że otwarte fundusze emerytalne gromadzą i lokują składki ubezpieczonych (czyli środki publiczne), czyniąc to – w założeniu – w interesie przyszłych emerytów. Trzeba bowiem pamiętać, że właśnie w interesie członków otwartych funduszy emerytalnych jest to, by równowaga finansów publicznych była zapewniona i aby do zburzenia tej równowagi nie przyczyniały się ustawowe regulacje dotyczące gospodarowania środkami publicznymi (składkami ubezpieczonych) przez otwarte fundusze emerytalne. Dotychczasowa działalność otwartych funduszy emerytalnych, polegająca na gospodarowaniu środkami publicznymi w postaci składek emerytalnych, była dla finansów publicznych niekorzystna, zważywszy zwłaszcza na fakt, że w okresie istnienia tych funduszy (czyli od roku 1999) Polska zwiększyła relację swojego długu publicznego do PKB o 18%. Zestawiając skutki funkcjonowania OFE w dotychczasowym kształcie ustawowym z generowanymi przez system emerytalny kosztami sprzed zaskarżonej nowelizacji, należy stwierdzić, że kwestionowane przez Prezydenta RP przepisy ustawowe zachowują wymaganą proporcję pomiędzy, z jednej strony, indywidualnym interesem otwartych funduszy emerytalnych wynikającym z przysługującej im wolności działalności gospodarczej oraz, z drugiej strony, pomiędzy wagą i znaczeniem ważnego interesu publicznego w postaci równowagi finansów publicznych oraz interesem wszystkich obywateli

(w tym członków otwartych funduszy emerytalnych) w otrzymywaniu obecnie i w przyszłości pewnej oraz godziwej emerytury.

Kwestionowane przez Prezydenta RP przepisy ustawowe nie naruszają też przysługującej otwartym funduszom emerytalnym istoty wolności działalności gospodarczej (na temat istoty konstytucyjnych praw i wolności zob. wyroki TK z: 25 maja 1999 r., sygn. akt SK 9/98; 12 stycznia 2000 r., sygn. akt P 11/98; 10 kwietnia 2002 r., sygn. akt K 26/00; 28 kwietnia 2009 r., sygn. akt P 22/07; 2 lipca 2007 r., sygn. akt K 41/05; na temat istoty wolności działalności gospodarczej zob. M. Szydło, *Wolność działalności gospodarczej jako prawo podstawowe*, op. cit., s. 244 i n.). Nie sposób jest przecież przyjąć, że nienaruszalną konstytucyjnie istotą wolności działalności gospodarczej jest roszczenie wobec państwa o to, aby móc w sposób nieskrępowany prowadzić działalność gospodarczą przy wykorzystaniu środków o charakterze publicznoprawnym (pochodzących z obowiązkowych składek pobieranych od obywateli) oraz by móc osiągać zyski kapitałowe pochodzące w szczególności z odsetek od obligacji skarbowych emitowanych przez Skarb Państwa. Istota wolności działalności gospodarczej polega przede wszystkim na możliwości nieskrępowanego decydowania o prowadzeniu działalności gospodarczej oraz zrezygnowaniu z prowadzenia działalności gospodarczej (por. M. Szydło, *Wolność działalności gospodarczej jako prawo podstawowe*, op. cit., s. 267 i n.), a nie na tym, by móc prowadzić korzystną dla siebie działalność gospodarczą kosztem środków publicznych i całego społeczeństwa.

9. Należy zauważyć, że składki oraz gromadzone w oparciu o nie środki służą bez wątpienia celowi publicznemu, jakim jest wywiązanie się przez państwo z konstytucyjnego obowiązku gwarantowania obywatelom świadczeń w ramach zabezpieczenia społecznego na wypadek osiągnięcia wieku emerytalnego (art. 67 ust. 1 Konstytucji). Omawiane tutaj środki po to są od ubezpieczonych pobierane, a następnie gromadzone na ich rachunkach w OFE (a także w określony sposób inwestowane), aby państwo mogło się w ten sposób wywiązać z ciążącego na nim obowiązku i aby każdy ubezpieczony będący członkiem otwartego funduszu emerytalnego mógł otrzymywać w przyszłości swoją emeryturę. W tym sensie omawiane tutaj środki służą w swoim założeniu realizacji konstytucyjnego prawa do zabezpieczenia społecznego (przysługującego wszystkim obywatelom) i tworzą w swoim całokształcie zasób majątkowy, który ma zapewniać ekonomiczne

możliwości urzeczywistniania tego prawa. Z tego punktu widzenia środków gromadzonych na rachunkach członków otwartych funduszy emerytalnych nie da się porównać ze środkami gromadzonymi na rachunkach członków prywatnych instytucji finansowych, którym ich klienci dobrowolnie powierzają swoje środki w celach inwestycyjnych, kierując się swoimi prywatnymi i indywidualnymi interesami. W przeciwieństwie do tego, środki gromadzone na rachunkach członków otwartych funduszy emerytalnych służą jednoznacznie celom publicznym, wynikającym z art. 67 ust. 1 Konstytucji.

W konsekwencji należy zatem uznać, że nawet przyjmując, iż zaskarżone przepisy ustawowe ingerują w wolność działalności gospodarczej otwartych funduszy emerytalnych, to czynią to w dopuszczalnych ramach, wyznaczonych przez art. 22 Konstytucji i ukształtowane na jego tle orzecznictwo TK.

10. Prezydent RP uznaje, że przepisy ustawy nowelizującej wprowadzające nowe zasady funkcjonowania otwartych funduszy emerytalnych naruszają, z punktu widzenia tych funduszy, zasadę zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa (art. 2 Konstytucji), gdyż zaczęły wywoływać swoje skutki prawne stosunkowo szybko po ich uchwaleniu i nie dały otwartym funduszom emerytalnym dostatecznie dużo czasu na przygotowanie się do ich stosowania (wniosek, s. 29-31). W przekonaniu Sejmu zarzut ten jest niezasadny. Działania, jakie OFE musiały podjąć w związku z wejściem w życie ustawy nowelizującej, zwłaszcza zaś działania określone w art. 23 ustawy nowelizującej, związane z umorzeniem 51,5% jednostek rozrachunkowych zapisanych na rachunku każdego członka otwartego funduszu emerytalnego oraz działania związane z przekazaniem do ZUS aktywów o wartości odpowiadającej sumie wartości umorzonych jednostek rozrachunkowych, były działaniami czysto technicznymi i księgowymi (rachunkowymi), których dokonanie możliwe jest w relatywnie krótkim czasie. Według opinii ekspertów z dziedziny rachunkowości i finansów, tego rodzaju operacja może być dokonana – biorąc w szczególności pod uwagę zaawansowany stopień informatyzacji systemów rachunkowo-księgowych otwartych funduszy emerytalnych – nawet w przeciągu kilku dni roboczych.

W tym kontekście warto przypomnieć, że w myśl orzecznictwa TK, z uwagi na konieczność ochrony stabilności finansowej państwa i zachowania równowagi budżetowej, ustawodawca jest konstytucyjnie uprawniony do dokonywania nawet

bardzo szybkich zmian, tj. zmian następujących w krótkim czasie. W sytuacji motywowanej ważnym interesem publicznym, wyrażającym się w konieczności zachowania równowagi budżetowej państwa oraz przeciwdziałania nadmiernemu deficytowi budżetowemu, ustawodawcy przysługuje większy margines swobody regulacyjnej w ustanawianiu okresu dostosowawczego (wyroki TK z: 20 stycznia 2010 r., sygn. akt Kp 6/09; 12 grudnia 2012 r., sygn. akt K 1/12). W przypadku kwestionowanych we wniosku przepisów ustawowych ustawodawca był zmuszony dokonywać zmiany prawa w niekorzystnym stanie finansów publicznych, czyli w stanie wymagającym szybkich i skutecznych decyzji zmierzających do zrównoważenia tych finansów, równoległe zresztą z podejmowaniem wielu innych działań o podobnym prooszczędnościowym charakterze. W takiej sytuacji ustawodawca nie naruszył przysługującego mu marginesu swobody regulacyjnej w ustanowieniu dla otwartych funduszy emerytalnych stosownego okresu dostosowawczego.

11. Podobnie też niezasadny w przekonaniu Sejmu jest zarzut, iż art. 23 ust. 18 ustawy nowelizującej narusza zasadę pewności prawa, gdyż przewidziane w tym przepisie upoważnienie dla Rady Ministrów do wydania rozporządzenia określającego szczegółowy tryb i sposób przekazania przez otwarte fundusze emerytalne do ZUS stosownych aktywów miało charakter fakultatywny. Fakultatywne upoważnienie wskazane w art. 23 ust. 18 ustawy nowelizującej zostało bezzwłocznie wykonane przez Radę Ministrów, tak iż o powstaniu luki w prawie zdaniem Sejmu nie może być mowy. Zgodnie z art. 37 ustawy nowelizującej jej przepisy wchodziły w życie 1 lutego 2014 r. Jednakże art. 23 wszedł w życie 14 dni po ogłoszeniu ustawy nowelizującej, to jest 15 stycznia 2014 r. Wykonanie upoważnienia ustawowego nastąpiło 21 stycznia 2014 r. Rada Ministrów wydała rozporządzenie w sprawie przekazania aktywów przez otwarte fundusze emerytalne do Zakładu Ubezpieczeń Społecznych (Dz. U. poz. 117). Rozporządzenie weszło w życie 22 stycznia 2014 r. Ponadto, kwestie mające zostać unormowane w rozporządzeniu wykonawczym miały charakter techniczny, nie były konieczne dla założonego przez ustawodawcę sposobu transferu aktywów do ZUS, stąd ewentualnego braku rozporządzenia nie można zakwalifikować jako niekonstytucyjnej luki w prawie. W przekonaniu Sejmu, regulacja prawna zawarta w tym względzie w art. 23 ust. 1-17 ustawy nowelizującej była wystarczająca do tego, by otwarte fundusze emerytalne

mogły efektywnie przeprowadzić unormowaną w tych przepisach operację księgową. Taki drugorzędny charakter regulacji wykonawczej w pełni potwierdza analiza stosownego rozporządzenia Rady Ministrów wydanego na podstawie art. 23 ust. 18 ustawy nowelizującej. Regulacje przewidziane w tym rozporządzeniu mają charakter nie tyle substancjalny (materialnoprawny), co raczej regulują sprawozdawczość (informowanie) przez otwarte fundusze emerytalne o przekazanych do ZUS aktywach. W przekonaniu Sejmu, art. 23 ust. 18 ustawy nowelizującej nie narusza zasady pewności prawa.

12. Konkludując, w ocenie Sejmu art. 141 ust. 2 ustawy o funduszach emerytalnych w związku z art. 23 ust. 1-6, ust. 9 i ust. 15-18 oraz art. 35 ustawy nowelizującej, art. 39a ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych oraz art. 11, art. 23 ust. 18 i art. 24 ustawy nowelizującej **są zgodne z art. 2 Konstytucji.**

3. Wolność działalności gospodarczej (art. 22 Konstytucji), wolność pozyskiwania i rozpowszechniania informacji (art. 54 ust. 1 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji) oraz z zasada poprawnej legislacji (art. 2 Konstytucji)

1. Zdaniem Sejmu, kwestionowane przez Prezydenta RP przepisy ustawowe, obejmujące art. 197a ustawy o funduszach emerytalnych i art. 36 ustawy nowelizującej są zgodne z art. 22 i art. 54 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji, zaś przepisy ustawowe obejmujące art. 197 ustawy o funduszach emerytalnych, w części dotyczącej powszechnych towarzystw emerytalnych oraz otwartych funduszy emerytalnych, i art. 197a ustawy o funduszach emerytalnych oraz art. 36 ustawy nowelizującej są zgodne z zasadą poprawnej legislacji, wywodzoną z art. 2 Konstytucji. Artykuł 197a ustawy o funduszach emerytalnych, w zakresie w jakim zakazuje czasowej (tn. od 1 stycznia do 31 lipca roku, w którym mogą być składane oświadczenia, o których mowa w art. 39a ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych) reklamy zawierającej informacje o otwartych funduszach emerytalnych lub reklamy zawierającej informacje sugerujące, że reklama odnosi się do otwartych funduszy emerytalnych, a także art. 36 ustawy nowelizującej zakazujący analogicznej reklamy w okresie do 31 lipca 2014 r., ograniczają wolność działalności gospodarczej w sposób zgodny z art. 22 Konstytucji oraz ograniczają wolność pozyskiwania i rozpowszechniania informacji w sposób zgodny z art. 31

ust. 3 Konstytucji. Z kolei art. 197 ustawy o funduszach emerytalnych mówiący o wymogach, jakie muszą spełniać informacje o otwartych funduszach emerytalnych i powszechnych towarzystwach emerytalnych, oraz art. 197a ustawy o funduszach emerytalnych i art. 36 ustawy nowelizującej są zgodne z zasadą poprawnej legislacji wywodzoną z art. 2 Konstytucji, bowiem przepisy te cechują się dostateczną i wystarczającą określonością.

2. Na wstępie należy omówić kontekst normatywny zaskarżonych przepisów. Ustawa nowelizująca umożliwiła ubezpieczonym będącym członkami OFE wybór, czy chcą dalej przekazywać swoją składkę do OFE, czy też ma być ona kierowana wyłącznie na subkonto w ZUS. W okresie od 1 kwietnia 2014 r. do 31 lipca 2014 r. każdy członek OFE mógł złożyć w ZUS (pisemnie lub poprzez zaufany profil platformy usług elektronicznych) oświadczenie o przekazywaniu składki do OFE (art. 11 ust. 2 ustawy nowelizującej). Następnie, począwszy od 2016 r., co cztery lata, w okresie od 1 kwietnia do 31 lipca, ubezpieczony uzyskuje prawo do skorygowania swojej decyzji (przeniesienia części składki do OFE albo na subkonto prowadzone przez ZUS; art. 39a ust. 2 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych). Jak wskazuje się w uzasadnieniu projektu ustawy nowelizującej: „Aby zapewnić rzetelną informację każdej osobie podejmującej decyzję w zakresie przekazywania składek (do OFE lub na subkonto) rozszerzone zostaną obowiązki informacyjne OFE. Prospekt informacyjny oprócz obecnych informacji (statut OFE, informacje na temat wyników działalności inwestycyjnej oraz zatwierdzone roczne sprawozdanie finansowe funduszu) zawierać będzie deklarację zasad polityki inwestycyjnej i celu inwestycyjnego danego funduszu oraz wskaźniki, do których porównywane będą osiągnięte przez fundusz stopy zwrotu (nowe brzmienie art. 189 ustawy o oiffe). Należy podkreślić, że zgodnie z obowiązującym stanem prawnym (art. 13 ustawy o oiffe) statut OFE zawiera szczegółowe informacje dotyczące funduszu, w tym nazwę funduszu, firmę, siedzibę i adres towarzystwa, wysokość kapitału zakładowego towarzystwa, skład akcjonariuszy i ilość posiadanych przez nich akcji, sposób reprezentacji funduszu przez towarzystwo, firmę, siedzibę i adres depozytariusza, rodzaje, maksymalną wysokość, sposób oraz tryb kalkulacji i pokrywania kosztów obciążających fundusz, wysokość opłaty od składki, sposób informowania przez fundusz o zmianach statutu, dziennik o zasięgu krajowym przeznaczony do ogłoszeń funduszu oraz inne dane przewidziane w przepisach

ustawowych. [...] Prospekty informacyjne oraz statuty OFE są dostępne na stronach internetowych poszczególnych funduszy emerytalnych. W każdym czasie członek OFE będzie miał więc dostęp i możliwość zapoznania się ze szczegółowymi danymi dotyczącymi działalności OFE oraz z jego polityką inwestycyjną, w tym z deklaracją zasad polityki inwestycyjnej i celem inwestycyjnym [...] Dodatkowo, w informacji przesyłanej każdemu członkowi OFE, nie rzadziej niż co 12 miesięcy lub na każde żądanie członka OFE, o środkach znajdujących się na jego rachunku, terminach dokonywanych w tym okresie wpłat składek i wypłat transferowych oraz przeliczeniu ich na jednostki rozrachunkowe, obowiązkowo zamieszczane będą informacje o zasadach i celu inwestycyjnym danego OFE wraz ze wskaźnikami, do których porównywane będą osiągnięcia przez fundusz stopy zwrotu (nowe brzmienie art. 191 ustawy o oiffo)” (uzasadnienie projektu ustawy nowelizującej, s. 13). Ustawodawca założył, że wszystkie informacje dla członków otwartego funduszu emerytalnego będą przedstawione w sposób jasny, dokładny oraz umożliwiający zrozumienie ryzyka związanego z uczestnictwem w OFE, a tym samym podjęcie świadomej decyzji dotyczącej podpisania umowy z otwartym funduszem lub dotyczącej przekazywania składek do OFE lub na subkonto.

Ustawa nowelizująca zmieniła zasady reklamy OFE. Zgodnie z art. 197 ust. 1 i ust. 2 ustawy o funduszach emerytalnych informacje o otwartym funduszu lub towarzystwie przez nie (albo na ich rzecz) udostępniane lub rozpowszechniane publicznie, 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. Zakazana została reklama dotycząca otwartego funduszu zawierająca informacje, które nie spełniają ww. wymagań, lub wprowadzająca albo mogąca wprowadzić w błąd, który mógłby mieć wpływ na skłonienie kogokolwiek, aby przystąpił do otwartego funduszu lub w nim pozostawał. Innymi słowy zakazana została nierzetelna reklama dotycząca OFE.

Ponadto, zakazana została reklama zawierająca informacje o OFE lub informacje sugerujące, że reklama odnosi się do OFE, zgodnie z zaskarżonym art. 197a ustawy o funduszach emerytalnych oraz art. 36 ustawy nowelizującej, w okresach, w których ubezpieczeni będą mogli dokonać wyboru co do sposobu gromadzenia środków lub zmienić swoje decyzje i dokonać ponownego wyboru, gdzie ma być kierowana nowa składka, w okresie od 1 stycznia do 31 lipca. Takie

rozstrzygnięcie ustawodawcy zostało uzasadnione koniecznością ochrony interesów ubezpieczonego w sferze dokonywania możliwie najlepszego wyboru co do przystępowania do określonego funduszu emerytalnego lub też podjęcia decyzji o nieprzekazywaniu określonej części składek do OFE (*ibidem*). Jak wynika bowiem z samej istoty reklamy, oprócz warstwy informacyjnej zawiera ona część sugestywną. Jak wyjaśniono w uzasadnieniu projektu ustawy nowelizującej, wystąpienie masowej kampanii reklamowej w okresach od 1 stycznia do 31 lipca w latach dokonywania wyboru „nie pozwoliłaby na podjęcie przez ubezpieczonych decyzji w oparciu o wyłącznie obiektywne i racjonalne przesłanki”. Konstytucyjnego uzasadnienia do zakwestionowanej regulacji należy poszukiwać zarówno w art. 76 Konstytucji, jak i w dekodowanej z art. 54 Konstytucji wolności pozyskiwania informacji, wolnej od sugestywnej części wpływającej na ubezpieczonego i ograniczającej swobodę wyboru (w ślad za doktryną, Trybunał Konstytucyjny przyjmuje, że w art. 54 Konstytucji, którego treść jest często w skrócie określana jako wolność słowa, zostały wyrażone trzy wolności, wzajemnie powiązane: a) wolność wyrażania swoich poglądów, b) wolność pozyskiwania informacji, c) wolność rozpowszechniania informacji; zob. wyrok TK z 5 maja 2004 r., sygn. akt P 2/03 oraz P. Sarnecki [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. L. Garlicki, Warszawa 2003, t. III, uwagi do art. 54, s. 3).

Ponadto, w przypadku dopuszczenia reklamy OFE w okresach tzw. okienek transferowych, w celu umożliwienia dokonania realnego wyboru przez ubezpieczonych należałoby przeprowadzić także reklamę – z taką samą intensywnością, co reklama wszystkich OFE – opcji wyboru subkonta prowadzonego przez ZUS. To z kolei wymagałoby zaangażowania znacznych środków finansowych. Tym samym zakaz reklamy umożliwia swobodny wybór ubezpieczonemu i wyrównuje szanse OFE i ZUS. Ten ostatni także nie jest bowiem upoważniony do prowadzenia reklamy, lecz na podstawie art. 66 ust. 1 pkt 8 ustawy o systemie ubezpieczenia społecznego zobowiązany jest do popularyzacji wiedzy o ubezpieczeniach społecznych (a zatem także OFE).

Warto także podkreślić, że zakaz reklamy OFE ma charakter jedynie czasowy i następuje w newralgicznych okresach wyboru, w czasie których ubezpieczony powinien mieć możliwość uzyskania rzetelnych informacji, pozbawionych dodatkowych treści lub formy perswazyjnej, i czas do namysłu bez presji i prób wpłynięcia na jego decyzję.

3. Czasowe zakazy reklamy, zawarte w kwestionowanych przez Prezydenta RP przepisach ustawowych, ingerują w konstytucyjną wolność działalności gospodarczej (art. 22 Konstytucji) oraz wolność pozyskiwania i rozpowszechniania informacji (art. 54 ust. 1 Konstytucji), ale czynią to w akceptowalnych konstytucyjnie ramach. Ograniczenie wolności działalności gospodarczej jest dopuszczalne w drodze ustawy, ze względu na ważny interes publiczny, przy zachowaniu zasady proporcjonalności oraz przy równoczesnym braku naruszenia istoty wolności działalności gospodarczej (zob. uwagi w części III.2 niniejszego stanowiska). Z kolei ograniczanie wolności pozyskiwania i rozpowszechniania informacji jest dopuszczalne, jeżeli jest ustanawiane w ustawie, gdy jest konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób oraz gdy nie narusza istoty tej wolności (art. 54 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji). Z powyższego wynika, że aby ustawowe zakazy reklamy mogły zostać uznane za zgodne z konstytucyjną wolnością działalności gospodarczej oraz z konstytucyjną wolnością pozyskiwania i rozpowszechniania informacji, muszą one spełniać bardzo podobne treściowo (merytorycznie) przesłanki, a mianowicie, zakazy te muszą być uzasadnione z uwagi na określone dobro (w przypadku wolności działalności gospodarczej – z uwagi na ważny interes publiczny, zaś w przypadku wolności pozyskiwania i rozpowszechniania informacji – z uwagi na wartości wskazane w art. 31 ust. 3 Konstytucji), muszą być one względem tych dóbr proporcjonalne oraz nie mogą naruszać istoty obu wchodzących w grę konstytucyjnych wolności. To treściowe (merytoryczne) podobieństwo przesłanek warunkujących konstytucyjną dopuszczalność zakazów reklamy z punktu widzenia art. 22 Konstytucji oraz art. 54 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji pozwala na dokonywanie w omawianym tutaj zakresie ustaleń w dużej mierze wspólnych.

4. Czasowe zakazy reklamy otwartych funduszy emerytalnych zawarte w art. 197a ustawy o funduszach emerytalnych oraz w art. 36 ustawy nowelizującej znajdują usprawiedliwienie w stosownych konstytucyjnych wartościach, a konkretnie są one usprawiedliwione ważnym interesem publicznym (w rozumieniu art. 22 Konstytucji) oraz konstytucyjnym prawem innych osób do zabezpieczenia

społecznego (w rozumieniu art. 54 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 oraz w związku z art. 67 ust. 1 Konstytucji).

Wspomniane wartości konstytucyjne przemawiające za ograniczeniem (wyłączeniem w określonym czasie) prawa do reklamowania się to prawo: do rzetelnej, pozbawionej warstwy sugestywnej, informacji; do swobodnego wyboru modelu zabezpieczenia społecznego; ochrony przed nieuczciwymi praktykami rynkowymi, i ostatecznie, ze względu na konieczność podjęcia działań reklamowych przez ZUS w przypadku prowadzenia takiej kampanii przez OFE, także gospodarne korzystanie z rzadkich zasobów środków publicznych (równowagi finansów publicznych).

Nie sposób przy tym podzielić twierdzenia Prezydenta RP, iż zakazy reklamy OFE są niezgodne z art. 31 ust. 3 Konstytucji z uwagi na to, że ustawodawca nie wskazuje żadnej konkretnej konstytucyjnej wartości wymienionej w tym przepisie Konstytucji, z powołaniem się na którą można by usprawiedliwić takie zakazy (wniosek, s. 36-37). Jak podkreśla się w doktrynie, wskazywanie wartości określonych w art. 31 ust. 3 Konstytucji usprawiedliwiających ograniczanie konstytucyjnych praw i wolności może następować nie tylko w uzasadnieniu do danego aktu normatywnego czy w okresie prac nad tym aktem, ale dopuszczalne jest także w postępowaniu przed Trybunałem Konstytucyjnym (co właśnie w analizowanym przypadku ma obecnie miejsce), a nawet może następować na podstawie faktycznych skutków, jakie wywołuje dany akt normatywny (K. Wojtyczek, *Granice ingerencji ustawodawczej w sferę praw człowieka w Konstytucji RP*, op. cit., s. 151-152).

5. Zakazy reklamy otwartych funduszy emerytalnych zawarte w art. 197a ustawy o funduszach emerytalnych oraz w art. 36 ustawy nowelizującej są proporcjonalne względem swoich uzasadnionych konstytucyjnie celów. Zakaz ma bowiem charakter czasowy, a wynika on z konieczności zapewnienia swobody wyboru ubezpieczonemu modelowi zabezpieczenia społecznego po osiągnięciu wieku emerytalnego.

Dla kwalifikacji zakazów reklamy zawartych w art. 197a ustawy o funduszach emerytalnych oraz w art. 36 ustawy nowelizującej jako zakazów rzeczywiście koniecznych (i nie wykraczających poza to, co niezbędne) istotnym argumentem jest też fakt, że – jak wskazują projektodawcy ustawy nowelizującej – „zjawisko masowej

kampanii reklamowej [...] nie pozwoliłoby na podjęcie przez ubezpieczonych decyzji w oparciu o wyłącznie obiektywne i racjonalne przesłanki” (uzasadnienie projektu ustawy nowelizującej, s.14).

Należy przy tym podkreślić, że zakazy reklamy nie oznaczają prawnej niedopuszczalności prowadzenia – także przez otwarte fundusze emerytalne – kampanii informacyjnych prezentujących rzetelne informacje na temat otwartych funduszy emerytalnych oraz na temat skutków obecnej reformy emerytalnej. W szczególności, omawiane zakazy reklamy nie wykluczają przekazywania przez OFE swoim członkom obiektywnych informacji obrazujących wyniki finansowe tych funduszy oraz osiąganą przez nie stopę zwrotu od powierzonych im aktywów. Otwarte fundusze emerytalne mogą przekazywać swoim członkom oraz zamieszczać na swoich stronach internetowych m.in. takie informacje jak: stopy zwrotu osiąmane przez otwarte fundusze emerytalne w przeszłości, wysokość opłat pobieranych przez otwarte fundusze emerytalne, opisy ryzyka inwestycyjnego związanego z członkostwem w otwartym funduszu emerytalnym, informacje o środkach znajdujących się na rachunku członka, informacje o terminach wpłat składek i wypłat transferowych, informacje o wynikach działalności lokacyjnej funduszu, a także o zasadach polityki inwestycyjnej i celu inwestycyjnym funduszu, wraz ze wskaźnikami, do których są porównywane osiąmane przez fundusz stopy zwrotu (art. 197a ust. 2 w związku z art. 191 ust. 1 i ust. 1a ustawy o funduszach emerytalnych). W rezultacie, konstytucyjne prawo obywateli do pozyskiwania informacji, niezbędnych im dla podjęcia racjonalnej decyzji o przynależności lub o nieprzynależności do OFE, będzie na gruncie nowych rozwiązań ustawowych chronione w sposób dostateczny i wystarczający.

Oceniając proporcjonalność zakazów reklamy zawartych w art. 197a ustawy o funduszach emerytalnych oraz w art. 36 ustawy nowelizującej nie sposób też nie wspomnieć o dotychczasowych negatywnych doświadczeniach w tym zakresie. Kampanie reklamowe prowadzone przez otwarte fundusze emerytalne były bardzo agresywne i podważały – nawet jeżeli nie rozmyślnie – wiarygodność państwowego (ZUS-owskiego) systemu zabezpieczenia społecznego.

Warto też przypomnieć, że konstytucyjnie dopuszczalne jest ograniczenie prawa do reklamy (prawa reklamowania własnego produktu). Trybunał Konstytucyjny miał już okazję potwierdzić w swoim orzecznictwie zgodność ustawowych zakazów reklamy – i to zakazów całkowitych i permanentnych – z konstytucyjną wolnością

pozyskiwania i rozpowszechniania informacji wynikającą z art. 54 ust. 1 Konstytucji (m.in. uznał, że zakazy reklamy napojów alkoholowych są proporcjonalnym i zgodnym z Konstytucją ograniczeniem wolności gwarantowanej przez art. 54 ust. 1 Konstytucji; wyrok TK z 28 stycznia 2003 r., sygn. akt K 2/02).

W związku z powyższym, zdaniem Sejmu należy uznać, że art. 197a ustawy o funduszach emerytalnych oraz art. 36 ustawy nowelizującej **są zgodne** z art. 22 i art. 54 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

6. W przekonaniu Sejmu nie można się zgodzić z twierdzeniami Prezydenta RP, że art. 197 ustawy o funduszach emerytalnych w części dotyczącej powszechnych towarzystw emerytalnych oraz otwartych funduszy emerytalnych, art. 197a ustawy o funduszach emerytalnych oraz art. 36 ustawy nowelizującej są niedostatecznie dookreślone i dlatego są niezgodne z zasadą poprawnej legislacji wywodzoną z art. 2 Konstytucji. Zdaniem wnioskodawcy, za niekonstytucyjnością tych przepisów przemawia przede wszystkim brak zamieszczenia w ustawie legalnej definicji reklamy (wniosek, s. 39-41).

7. W tym kontekście należy przede wszystkim przypomnieć, że określoność regulacji prawnej, jako wymóg poprawnej legislacji wywodzony z art. 2 Konstytucji, obejmuje przede wszystkim dostateczną precyzję, jasność i poprawność danej regulacji prawnej. Jest to szczególnie istotne w przypadku przepisów ograniczających prawa i wolności jednostek (L. Garlicki, *Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego*, „Przegląd Sejmowy” 1999, nr 6, s. 124; wyrok TK z 11 stycznia 2000 r., sygn. akt K 7/99).

Uznając precyzyjność, jasność oraz poprawność przepisów prawa za części składowe (komponenty) zasady określoności regulacji prawnej (w rozumieniu art. 2 Konstytucji) należy wszakże mocno podkreślić, że sama tylko nieprecyzyjność, niejasność czy też brak (językowej lub logicznej) poprawności danego przepisu, jakkolwiek świadczy o pewnych brakach (mankamentach) w zakresie określoności tego przepisu, nie przesądza jeszcze *eo ipso* o jego niekonstytucyjności. Niedookreśloność przepisów prawa jest bowiem ich cechą stopniowalną, przy czym za niekonstytucyjne mogą być uznane tylko takie przepisy, które są niedookreślone w stopniu kwalifikowanym. Istnieje zatem zawsze jakiś minimalny czy też wystarczający stopień określoności przepisu prawa – aczkolwiek nie można go

ustalić *in abstracto*, lecz trzeba go zawsze relacjonować do treści, aksjologii i systemowego kontekstu danego przepisu prawnego – i gdy dany przepis prawny ów minimalny stopień osiąga, to wówczas jest on określony „dostatecznie” czy też „w wystarczającym stopniu”, i nie można go uznać – z omawianego tutaj powodu – za niekonstytucyjny. Dopiero, gdy dany przepis prawny nie jest nawet w takim „dostatecznym” czy też „wystarczającym” stopniu określony, są podstawy, by ocenić go jako konstytucyjnie wadliwy.

Uznanie danego przepisu prawnego za niekonstytucyjny z uwagi na brak jego określoności może nastąpić dopiero wtedy, gdy, po pierwsze, jego nieprecyzyjność, niejasność, czy też niepoprawność (językowa lub logiczna) są tak daleko posunięte (i osiągają taką kwalifikowaną postać), że wynikających stąd wątpliwości czy też rozbieżności nie da się usunąć za pomocą służących temu zwykłych środków prawnych, w tym w szczególności za pomocą wykładni (interpretacji) tekstu prawnego. Najpierw więc należy podjąć próbę pogłębionej wykładni danego (nieprecyzyjnego, niejasnego lub też niepoprawnego) przepisu i dopiero gdy wykładnia ta nie jest w stanie zaradzić trudnościom interpretacyjnym wynikającym z braku precyzji, jasności lub też poprawności tegoż przepisu, otwiera się możliwość uznania tego przepisu za niekonstytucyjny (M. Szydło, *op. cit.*, s. 154). Powyższa teza była wielokrotnie wypowiedana przez Trybunał Konstytucyjny, który konsekwentnie stwierdza, że uznanie niekonstytucyjności przepisu nieprecyzyjnego, niejasnego lub niepoprawnego logicznie jest środkiem ostatecznym i wyjątkowym (wyroki TK z: 28 października 2009 r., sygn. akt Kp 3/09; 15 stycznia 2009 r., sygn. akt K. 45/07; 28 czerwca 2005 r., sygn. akt SK 56/04; 16 grudnia 2003 r., sygn. akt SK 34/03 oraz postanowienie TK z 27 kwietnia 2004 r., sygn. akt P 16/03).

Równocześnie jednak trzeba podkreślić, że nawet stwierdzenie, iż wykładnia danego nieprecyzyjnego, niejasnego lub niepoprawnego przepisu nie przyczynia się do usunięcia wątpliwości odnośnie jego treści lub znaczenia, nie pozwala jeszcze na zakwalifikowanie tego przepisu jako niekonstytucyjnego, z powołaniem się na brak jego dostatecznej określoności. Aby bowiem wspomniany przepis mógł być uznany za niekonstytucyjny z uwagi na jego niedostateczną określoność konieczne jest jeszcze przeprowadzenie drugiego testu weryfikującego to, czy *a casu* wchodząca w grę niedookreśloność danego przepisu osiąga dostatecznie kwalifikowaną postać. Ów drugi test ma charakter zdecydowanie bardziej ocenny (niż omówione wyżej podjęcie próby pogłębionej wykładni danego przepisu celem wyeliminowania

niepożądanych rozbieżności), polega bowiem na zrelacjonowaniu nieprecyzyjności, niejasności lub też niepoprawności (językowej lub logicznej) danego przepisu do takich elementów, jak: „rodzaj regulowanej materii, kategoria adresatów, do których przepisy są kierowane, a nade wszystko stopień ingerencji proponowanych regulacji w konstytucyjne wolności i prawa” (wyrok TK z 28 października 2009 r., sygn. akt Kp 3/09). W ramach tego procesu relacjonowania należy uwzględnić – jak to ujmuje Trybunał Konstytucyjny w cytowanym wyżej wyroku – „kontekst aksjologiczny, w jakim przeprowadzana jest kontrola konstytucyjności norm. Na kontekst ten składa się wykładnia całości reguł, zasad i wartości konstytucyjnych, z którymi skonfrontowana musi zostać badana norma, wyinterpretowana z przepisu poddanego wcześniej kontroli z formalnego punktu widzenia (określoności właśnie)”.

8. Zdaniem Sejmu, art. 197 ustawy o funduszach emerytalnych w części dotyczącej powszechnych towarzystw emerytalnych oraz otwartych funduszy emerytalnych, art. 197a ustawy o funduszach emerytalnych oraz art. 36 ustawy nowelizującej nie spełniają tych wszystkich formułowanych w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego przesłanek umożliwiających uznanie tych przepisów za niedookreślone w stopniu przesądzającym o ich niekonstytucyjności. W tym kontekście trzeba przede wszystkim pamiętać, że takie zawarte w powołanych przepisach sformułowania jak: „informacje zrozumiałe, obiektywne i rzetelne”, „reklama” lub „reklama wprowadzająca w błąd”, pojawiają się wielokrotnie w przepisach prawa polskiego i posiadają swoje ustalone doktrynalne i orzecznicze rozumienie. Nie można bynajmniej uznać, że sformułowania te są niejasne i nieprecyzyjne, skoro od co najmniej dwóch dziesięcioleci są one interpretowane przez doktrynę prawa oraz przez orzecznictwo sądowe i wielokrotnie już były przedmiotem obszernych doktrynalnych oraz orzecznich analiz (analizy te przywołuje zresztą sam Prezydent RP – zob. wniosek, s. 33-40). Powyższej oceny w niczym nie zmienia fakt, że w kwestionowanych przepisach ustawowych brak jest legalnej definicji pojęcia „reklama”. W takich bowiem okolicznościach należy się odwoływać do definicji reklamy zawartych w innych aktach ustawowych; tak właśnie nakazują postępować m.in. § 9 i § 148 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej” (Dz. U. Nr 100, poz. 908). *Nota bene*, Prezydent RP sam przytacza przykłady tego rodzaju legalnych definicji ustawowych (wniosek, s. 39-40). W takim układzie, np. dla reklamy otwartych

funduszy emerytalnych prowadzonej w radiu i telewizji znaczenie prawne będzie miała definicja reklamy zawarta w art. 4 pkt 17 ustawy z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji (t.j. Dz. U. z 2011 r. Nr 43, poz. 226 ze zm.).

Niezasadny jest też zarzut Prezydenta RP, że na podstawie kwestionowanych przez niego przepisów ustawowych nie sposób jest odróżnić reklamy otwartych funduszy emerytalnych od innych informacji przekazywanych przez te fundusze. Artykuł 197a ust. 2 ustawy o funduszach emerytalnych *expressis verbis* stanowi przecież, że: „Za reklamę nie uważa się zamieszczania na stronie internetowej otwartego funduszu informacji, o których mowa w art. 191 ust. 1 i 1a”, przy czym w art. 191 ust. 1 i ust. 1a ustawy o funduszach emerytalnych jest mowa m.in. o takich informacjach, jak: stopy zwrotu osiągnęte przez otwarte fundusze emerytalne w przeszłości, wysokości opłat pobieranych przez otwarte fundusze emerytalne, opisy ryzyka inwestycyjnego związanego z członkostwem w otwartym funduszu emerytalnym, informacje o środkach znajdujących się na rachunku członka, informacje o terminach wpłat składek i wypłat transferowych, informacje o wynikach działalności lokacyjnej funduszu, a także o zasadach polityki inwestycyjnej i celu inwestycyjnym funduszu, wraz ze wskaźnikami, do których są porównywane osiągnięte przez fundusz stopy zwrotu.

Biorąc to wszystko pod uwagę nie sposób się zgodzić z twierdzeniem, że takie ustawowe sformułowania jak: „informacje zrozumiałe, obiektywne i rzetelne”, „reklama” lub „reklama wprowadzająca w błąd” są nieprecyzyjne i niejasne w stopniu kwalifikowanym, który pozwalałby uznać zawierające je, zakwestionowane we wniosku przepisy za niekonstytucyjne. Trzeba przecież pamiętać, że tego rodzaju ustawowe sformułowania, jak te zawarte w art. 197 ustawy o funduszach emerytalnych, w części dotyczącej powszechnych towarzystw emerytalnych oraz otwartych funduszy emerytalnych, w art. 197a ustawy o funduszach emerytalnych oraz w art. 36 ustawy nowelizującej, adresowane są nie do przeciętnych konsumentów, ale do profesjonalistów, którzy mają doświadczenie i wieloletnią praktykę w przeprowadzaniu różnorodnych kampanii reklamowych. Doświadczeni specjaliści od reklamy, jak ci, którzy współpracują z OFE i ich organami, będą w stanie niespornie ustalić krąg desygnatów takich ustawowych pojęć jak: „informacje zrozumiałe, obiektywne i rzetelne”, „reklama” lub „reklama wprowadzająca w błąd”, zwłaszcza jeżeli się zważy, że ustawodawca sam precyzyjnie i szczegółowo wyjaśnia, jakie konkretnie informacje otwarte fundusze

emerytalne mogą (legalnie) kierować do swoich członków oraz do ogółu społeczeństwa.

Ostatecznie więc, w przekonaniu Sejmu należy uznać, że art. 197 ustawy o funduszach emerytalnych, w części dotyczącej powszechnych towarzystw emerytalnych oraz otwartych funduszy emerytalnych, art. 197a ustawy o funduszach emerytalnych oraz art. 36 ustawy nowelizującej cechują się dostateczną określonością i **są zgodne** z zasadą poprawnej legislacji, wywodzoną z art. 2 Konstytucji.

MARSZAŁEK SEJMU



Ewa Kopacz