



LEWIATAN

Konfederacja Lewiatan
ul. Zbyszka Cybulskiego 3
00-727 Warszawa

tel. (+48) 22 55 99 900
fax (+48) 22 55 99 910
lewiatan@konfederacjalewiatan.pl
www.konfederacjalewiatan.pl

Polish Confederation Lewiatan
Brussels Office
Avenue de Cortenberg 168

tel. (+32) 2 73 21 306
lewiatan@konfederacjalewiatan.pl
www.konfederacjalewiatan.pl

member of **BUSINESSEUROPE**

Warszawa, 23 sierpnia 2013 r.

KL/516/140/SK/2013

Sz. P.
Władysław Kosiniak-Kamysz
Minister
Ministerstwo Pracy i Polityki Społecznej

Szanowny Panie Ministrze,

w odpowiedzi na Pański list z dnia 22 lipca 2013 (nr korespondencyjny DUS-5070-3-JK/EW/13) z prośbą o przekazanie ewentualnych opinii i uwag dotyczących dokumentu „Przegląd funkcjonowania systemu emerytalnego – Bezpieczeństwo dzięki zrównoważeniu”, w załączeniu przesyłam stanowisko Konfederacji Lewiatan w tej sprawie.

Z pozdrowieniami,

z up. Henryka Bochniarza

Henryka Bochniarz
Prezydent, Konfederacja Lewiatan

Stanowisko Konfederacji Lewiatan
na temat Raportu Ministerstwa Pracy i Polityki Społecznej oraz Ministerstwa Finansów z
przeglądu funkcjonowania systemu emerytalnego
pt. „Bezpieczeństwo dzięki zrównoważeniu” z dnia 26 czerwca 2013 r.

WSTĘP

Zgodnie z art. 32 ust. 2 ustawy z dnia 25 marca 2011 r. o zmianie niektórych ustaw związanych z funkcjonowaniem systemu ubezpieczeń społecznych¹ Rada Ministrów została zobowiązana do dokonywania przeglądu funkcjonowania systemu emerytalnego i przedkładania Sejmowi informacji o skutkach obowiązywania ww. ustawy wraz z propozycjami zmian, nie rzadziej niż co 3 lata. Pierwszego przeglądu Rada Ministrów ma obowiązek dokonać, nie później niż do dnia 31 grudnia 2013 r.

Raport Ministerstwa Pracy i Polityki Społecznej oraz Ministerstwa Finansów z przeglądu funkcjonowania systemu emerytalnego pt. „Bezpieczeństwo dzięki zrównoważeniu” z dnia 26 czerwca 2013 r. (zwany dalej Raportem) jest więc wykonaniem delegacji określonej w ww. art. 32 ustawy z dnia 25 marca 2011 r. o zmianie niektórych ustaw związanych z funkcjonowaniem systemu ubezpieczeń społecznych.

Przegląd funkcjonowania systemu emerytalnego, zgodnie z pismem Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 21 stycznia 2013 r. miał objąć swoim zakresem:

- 1) poziom składki na ubezpieczenie emerytalne przekazywane do OFE lub ewidencjonowanej na subkoncie oraz ich wpływu na deficyt finansów publicznych i dług publiczny;
- 2) zmiany w funkcjonowaniu OFE w zakresie: poziomu opłat i kosztów obciążających członków funduszy, polityki inwestycyjnej OFE, kryteriów efektywności, adekwatności kapitałowej, wpływu OFE na funkcjonowanie gospodarki, w tym GPW w Warszawie i na prywatyzację;
- 3) wypłaty emerytur ze środków gromadzonych w OFE;
- 4) funkcjonowanie IKE i IKZE.

W pracach nad przeglądem udział wzięły takie instytucje jak: Ministerstwo Gospodarki, Ministerstwo Finansów, Ministerstwo Skarbu Państwa, KNF, NBP, ZUS. Koordynatorem całego przeglądu było Ministerstwo Pracy i Polityki Społecznej.

Opinia Lewiatana została podzielona na dwie części. W pierwszej, dokonuje się oceny Raportu jako Oceny Skutków Regulacji ex post, w drugiej zaś dokonuje się już oceny właściwej Raportu, diagnozy i rekomendacji w nim zawartych.

¹ Dz.U. z 2011 r. Nr 75, poz. 398, z późn. Zm.

I. OCENA RAPORTU jako Ocena Skutków Regulacji ex post

Biorąc pod uwagę treść wyżej wymienionego art. 32 ustawy, należy zwrócić uwagę, iż opiniowany Raport należy oceniać pod kątem wymogów określonych dla przygotowywania Oceny Skutków Regulacji ex post. Mamy tu bowiem do czynienia z analizą postlegislacyjną, która jest narzędziem służącym do systematycznego przeglądu (monitorowania) i ewentualnej korekty regulacji.

METODOLOGIA OSR ex post

Analiza postlegislacyjna (ang. *postlegislative scrutiny*) jest jedną z metod stosowanych w projektowaniu polityk publicznych i ich niezbędnych reform, tak na poziomie państwowym jak i regionalnym - samorządowym. Analiza postlegislacyjna przybiera postać oceny rzeczywistych skutków (*ex post*) przyjętego przez rząd i parlament aktu normatywnego i następnie wprowadzonego w życie. Analiza postlegislacyjna jest też określana tytułem Ocena Skutków Regulacji ex-post w odróżnieniu do Oceny Skutków Regulacji dokonywanej *ex ante* planowanych działań legislacyjnych i władczych.

Wiedza pozyskana poprzez badania postlegislacyjne służy nie tylko refleksji nad przebiegiem zjawisk gospodarczych i społecznych, ale przede wszystkim ocenie skuteczności reformy oraz wykrycia nieefektywności i niedoskonałości zastosowanych rozwiązań. Jest niezbędną podstawą do opracowania koncepcji naprawy/reformy określonej polityki publicznej.

Analiza postlegislacyjna ma duże znaczenie dla procesu legislacyjnego, gdyż wnioski służą usprawnieniu instrumentarium prawnego i samego procesu legislacyjnego i poprzez to poprawie jakości i skuteczności stanowionego prawa.

Odniesieniem dla analizy postlegislacyjnej jest **dokumentacja z procesu legislacyjnego**, a przede wszystkim powstały, w oparciu o badania, analizy i konsultacje społeczne poprzedzające przygotowanie projektu legislacji (aktu normatywnego), dokument **Ocena Skutków Regulacji (OSR)**.

Ocena skutków regulacji jest procesem badawczym opartym o fakty (*evidence base*), o charakterze kontrydiktoryjnym (argumenty przedstawiane przez interesariuszy), który zapewniony jest dzięki otwartości badania (upublicznieniu informacji) oraz konsultacjom publicznym oraz dzięki merytorycznemu dyskursowi pomiędzy interesariuszami analizowanego problemu/konfliktu społecznego lub gospodarczego. Podobnie jak w OSR tak też w analizie postlegislacyjnej (OSR ex-post) wykorzystuje się dyskurs merytoryczny oraz dostępny dorobek naukowy.

Podstawowymi elementami analizy postlegislacyjnej są m.in.:

- a. Identyfikacja interesariuszy postrzeganych na etapie *ex ante* i na etapie realizacji (*ex-post*), a następnie identyfikacja różnicy czyli np. grup, które poniosły straty lub odniosły korzyści z funkcjonowania analizowanej ustawy, a nie zostały uwzględnione na etapie *ex-ante*. Lista interesariuszy służy dopełnieniu konsultacji publicznych w procesie analizy, bez konsultacji wszystkich głównych interesariuszy ocena *ex-post* może być niepełna, wadliwa.
- b. Identyfikacja zakładanych **celów** (oczekiwany efekt) wprowadzenia aktu prawnego stawianych przed projektowaną ustawą na etapie tworzenia oceny skutków regulacji *ex ante*, a następnie określenie faktu oraz stopnia ich wypełnienia w oparciu o rzetelne dane, wyniki pomiarów, statystyki, benchmark – wskaźniki kluczowe (przewidziane w OSR lub przewidziane przez metodę naukową).
- c. Identyfikacja planowanych środków realizacji celów aktu prawnego (planowane narzędzia interwencji publicznej) mających służyć ocenie funkcjonowania narzędzi realizacji celów (pożądana identyfikacja dysfunkcji). Identyfikacja kosztów i korzyści związanych z funkcjonowaniem aktu prawnego (zakładane i faktyczne, w tym korzyści i koszty **dla wszystkich interesariuszy/ podmiotów ustawy** z uwzględnieniem trzech elementów: sytuacji przed wejściem w życie (scenariusz zerowy, nie podejmujemy działań i procesy działają dalej), zakładanych korzyści i kosztów wariantu wskazanego w ocenie skutków regulacji *ex ante*, oraz trzeci element – faktyczne korzyści i koszty wynikające z funkcjonującego aktu prawnego w okresie n lat od daty wejścia w życie. Wszystkie wymienione analizy powinny być oparte o zakładane mierniki (**istotna jest spójność metodyczna**) i wyrażone w jakościowo (na pierwszym etapie) i ilościowo.

- d. Identyfikacja wszystkich opinii zgłaszanych w okresie funkcjonowania ustawy oraz wyników badań w obszarze danej polityki społecznej (publicznej).
- e. Identyfikacja obowiązków informacyjnych, w tym sprawozdawczych wynikających z aktu prawnego („obowiązki biurokratyczne”) i określenie stopnia ich uciążliwości dla przedsiębiorców.
- f. Identyfikacja ryzyka przewidywanego w trakcie prac koncepcyjnych i legislacyjnych (ex ante), **pokusy nadużycia** (*moral hazard*) a następnie udokumentowanie realizacji/spełnienia się tych lub innych (nieprzewidywanych) ryzyk oraz sposobów ich uniknięcia/przewidzenia. Analiza ta może mieć charakter tylko ex-post ze względu, że ten element badania jest stosowany dopiero w okresie po kryzysie 2009 r. tzn. nie był formułowany wcześniej w OSR.

Podstawowymi zasadami analiz postlegislacyjnej, podobnie jak oceny skutków regulacji ex-ante (OSR), jest ujęcie holistyczne (wszyscy interesariusze, analiza wpływu wszystkich mających miejsce zmian na realizację celu, analiza całego systemu a nie wybranego elementu, itp), analiza oparta na faktach (*evidence base*) i rzetelną ich prezentację, porównanie korzyści z kosztami, koncentracja na najistotniejszych z punktu widzenia beneficjentów polityki społecznej (wybór 1-2 najlepszych opcji), konsultacje publiczne i rzetelna prezentacja stanowisk.

Analiza Raportu z przeglądu wskazuje, że w zaproponowanym kształcie nie spełnia on ww. kryteriów.²

² W. Rogowski, Analiza postlegislacyjna ustawy o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych (1997-2012), Instytut Allerhanda, Warszawa, sierpień 2013;

ZAKRES PRZEGLĄDU

Przede wszystkim, bardzo poważne wątpliwości budzi zakres przeglądu zaprezentowany w Raporcie. Delegacja określona w art. 32 ustawy z dnia 25 marca 2011 r. o zmianie niektórych ustaw związanych z funkcjonowaniem systemu ubezpieczeń społecznych, a także sam tytuł Raportu, mówią o przeglądzie funkcjonowania całego systemu emerytalnego, nie tylko jego jednej części.

Należy zwrócić uwagę iż Raport koncentruje się jedynie na ocenie funkcjonowania II filara. Otwarte fundusze emerytalne (OFE) stanowią bardzo istotną część powszechnego systemu emerytalnego w Polsce, jednak jest to tylko jego część i to wyraźnie mniejsza, zwłaszcza po ograniczeniu składki do OFE w roku 2011. Raport nie zajmuje się również praktycznie w ogóle problemami pierwszego filara powszechnego systemu emerytalnego. W Raporcie pominięto również kwestie systemów odrębnych (KRUS) i przywilejów emerytalnych.

Zakres przeglądu opiniowanego Raportu nie jest również spójny z zakresem proponowanym w piśmie Ministra Pracy i Polityki Społecznej do Przewodniczącego Zespołu do Sprawy Programowania Prac Rządu z dnia 21.01.2013 r.³

Raport prawie wcale nie wspomina o IKE i IKZE, choć o potrzebie zmian w tym zakresie wypowiedziały się m.in. w swoich stanowiskach do przeglądu NBP oraz Ministerstwo Gospodarki⁴.

Raport niewiele mówi również o koncepcji systemu wypłat z OFE, za wyjątkiem fragmentu na str. 84 Raportu, który odnosi się do tzw. 2 zasadniczych rekomendacji Przeglądu, z których pierwsza nosi tytuł „*Rekomendacja dotycząca sposobu wypłat emerytur z filara kapitałowego*”. Warto jednak zwrócić uwagę, iż rekomendacja ta de facto dotyczy własności środków i ich zarządzania w okresie dziesięciu lat przed przejściem przez daną osobę na emeryturę (poprzez ich transfer do ZUS). W tej części nazwa tej rekomendacji wprowadza więc czytelnika w błąd, bo nie dotyczy ona technicznego sposobu wypłat środków zgromadzonych w OFE, lecz ich przewłaszczenia na rzecz ZUS i zarządzania nimi na 10 lat przed przejściem przez osobę uprawnioną na emeryturę. Sama wypłata środków jest w tym kontekście czynnością o marginalnym znaczeniu.

Należy podkreślić, iż od momentu wejścia w życie reformy z 1999 r. powstało przynajmniej kilka koncepcji systemu wypłat z filara kapitałowego⁵. Żadna z nich nie została opisana w opiniowanym Raporcie, a tym samym czytelnik nie może się zapoznać z tymi propozycjami, ani poznać stanowiska rządu i powodów ich nieuwzględnienia w przeglądzie. Podstawowym celem każdego OSR jest sprawdzenie wad i zalet poszczególnych rozwiązań oraz wyliczenie dla nich kosztów, tak aby na koniec decydent mógł podjąć odpowiedzialną decyzję na podstawie przedstawionych kosztów i korzyści. Brak oceny poszczególnych wcześniejszych propozycji również stanowi dużą wadę tego Raportu.

Raport w ogóle nie wspomina o dyskutowanych od dawna propozycjach zmian w regulacjach OFE podnoszących ich efektywność. W tym zakresie warto odwołać się do raportu opracowanego w Kancelarii Prezesa Rady Ministrów pod kierunkiem Ministra Michała Boniego w 2010 r., którego celem było podniesienie efektywności funkcjonowania II filara oraz obniżenie kosztów funkcjonowania całego systemu emerytalnego. Od dawna podnosi się w debacie potrzebę zmian w zakresie sposobu zarządzania aktywami w części systemu wykorzystującej rynki finansowe obejmującej cały przebieg życia osób zarówno w fazie akumulacji, jak i w fazie wypłat, np. poprzez wprowadzenie subfunduszy dla zmniejszenia tzw. „ryzyka złej daty”. Na nowo powinien zostać określony sposób oceny efektów działania instytucji zarządzających aktywami, poprzez wprowadzenie zewnętrznego benchmarku (punktu odniesienia). W związku z wyrokiem trybunału sprawiedliwości UE z 12.2011 r. muszą ulec zmianie regulacje dotyczące inwestycji OFE dokonywanych poza granicami naszego państwa. Trybunał orzekł że Polska stosuje ograniczenia inwestycyjne dla OFE w tym samym narusza traktatową

³ Pismo Ministra Pracy i Polityki Społecznej skierowane do Przewodniczącego Zespołu do Sprawy Programowania Prac Rządu dotyczące harmonogramu przeglądu funkcjonowania systemu emerytalnego, otrzymane przez Konfederację Lewiatan w ramach prac w Komisji Trójstronnej.

⁴ Stanowiska NBP i Ministerstwa Gospodarki zostały udostępnione Lewiatanowi w trybie ustawy o dostępie do informacji publicznej;

⁵ W. Otto, M. Wiśniewski, Wypłaty emerytur ze środków zgromadzonych w OFE, Uniwersytet Warszawski, 2013, M. Góra Wypłata emerytur z systemu emerytalnego, SGH, Warszawa, maj 2013, J. Rutecka, Wypłata świadczeń emerytalnych z kapitałowej części systemu emerytalnego w Polsce, „Wiadomości Ubezpieczeniowe” nr 4/2012, s.81-98; UKNF, Wypłata świadczeń emerytalnych z kapitałowej części systemu emerytalnego. Opracowanie podsumowujące prace zespołu do spraw efektywności OFE w zakresie wypłaty świadczeń, Warszawa 2012;

swobodę przepływu kapitału. W celu dostosowania przepisów w tym zakresie Polska m.in. powinna podwyższyć limit dla inwestycji zagranicznych. Podwyższenie limitu dla inwestycji zagranicznych przyczyniłoby się do zwiększenia dywersyfikacji portfela inwestycyjnego OFE, a tym samym zwiększenia jego bezpieczeństwa. Zmian wymagają również zasady wynagradzania instytucji zarządzających, tak aby zachęcały one do efektywnego działania, a jednocześnie nie prowadziły do osiągania nieuzasadnionych zysków. W tym zakresie warto skorzystać z doświadczeń innych krajów, które wprowadziły innowacyjne zmiany w zasadach wynagradzania instytucji zarządzających kapitałami emerytalnymi.

JEDNOSTRONNA, SUBIEKTYWNA OCENA STANU FAKTYCZNEGO

Raport prezentuje jednostronny, subiektywny punkt widzenia problemu tylko jednego interesariusza spośród kilku najważniejszych, a mianowicie rządu. W raporcie przeszacowuje się negatywny wpływ OFE na finanse publiczne, niedoszacowuje się natomiast pozytywnego wpływu OFE na gospodarkę, wzrost gospodarczy, rynek kapitałowy, w tym GPW i prywatyzację, o czym świadczą liczne analizy powstałe na ten temat w ostatnim czasie⁶.

W reformie emerytalnej i ustawie OFE możemy wyróżnić liczne grono interesariuszy. Po pierwsze, najważniejszych - emerytów, czyli **osoby pobierające świadczenia emerytalne z systemu zabezpieczenia społecznego**, następnie **ubezpieczonych – osoby płacące składki**, tak osoby fizyczne jak i pracodawców.

Po stronie instytucjonalnej znaczącymi interesariuszami są fundusze emerytalne: Zakład Ubezpieczeń Społecznych i Fundusz Ubezpieczeń Społecznych (FUS) oraz Powszechnie Towarzystwa Emerytalne i Otwarte Fundusze Emerytalne, wraz z bankami depozytariuszami oraz akcjonariuszami (inwestorami krajowymi i zagranicznymi).

Kolejnym interesariuszem jest państwo reprezentowane przez jego agendy - ministra odpowiedzialnego za dział „zabezpieczenie społeczne” (Minister Pracy) oraz ministra odpowiedzialnego za dział „instytucje finansowe” w tym nadzór nad ZUS (FUS) i „finanse publiczne” stabilność finansową kraju (Minister Finansów). Interesariuszem o szczególnym znaczeniu jest nadzór finansowy nad funkcjonowaniem kapitałowej części systemu (Komisja Nadzoru Finansowego) oraz tzw. rynki kapitałowe czyli m.in. Giełda Papierów Wartościowych oraz emitenci.

Ze względu na leżące u podstaw reformy niezbilansowanie funduszu repartycyjnego oraz ryzyka związane ze stabilnością finansową funduszy kapitałowych konieczne jest wyróżnienie jako interesariusza – podatników, czyli tych, którzy w ostateczności ponoszą koszty niesprawności systemu emerytalnego, praktycznie populacja ta obejmuje populację ubezpieczonych oraz emerytów, powiększonych o osoby niespełniające kryteriów tych grup.

Ponadto klasa polityczna i jej reprezentanci w parlamencie (partie i związki zawodowe) również powinni być uznani za interesariuszy analizowanego systemu. Ich rola jest szczególna w momencie tworzenia koncepcji i budowania instrumentarium prawnego i instytucjonalnego i nieco inna w okresie realizacji i niezbędnych w tym okresie reform.

Jak widać z treści Raportu, jego autorzy nie wzięli także pod uwagę opinii innych instytucji publicznych, reprezentujących lub będących interesariuszami reformy a zgłaszających uwagi w trakcie prac nad Raportem, takich jak m.in.: Ministerstwo Skarbu Państwa, Giełda Papierów Wartościowych czy Narodowy Bank Polski (tabela poniżej).⁷ W raporcie brakuje przedstawienia tych stanowisk, brak również odniesienia się autorów Raportu do tych stanowisk, co jest również wadą analizowanego dokumentu. Co więcej, autorzy Raportu pomijają podmiotowość najistotniejszych interesariuszy, tak ubezpieczonych, w tym członków OFE (15,9 mln osób) jak i najważniejszą grupę jaką są emeryci – świadczeniobiorcy w liczbie 4 946,8 tys. osób. Brak jest prezentacji badań ich opinii, poglądów, oczekiwań czy też stanu majątkowego itp. wskaźników istotnych w ich decyzjach. Podobnie pomija się akcjonariuszy PTE i ich opinie i prawa.

W przypadku innych interesariuszy, ważnych z perspektywy tego przeglądu, nie dokonuje się w opiniowanym Raporcie ich oceny pod względem ich celów i wyników działalności. Np. nie wskazuje się odpowiedzialnego za likwidację utrzymującego się pomimo reformy emerytalnej deficytu w systemie emerytalnym i konieczności dotacji z budżetu państwa do FUS w wysokości 2,58% PKB. Zrównoważenia finansów publicznych nie jest zadaniem OFE lecz ministra finansów i władz ZUS, które powinny inicjować adekwatne do skali problemu i własnych kompetencji działania z poszanowaniem praw stron trzecich a nie tylko ich kosztem.

⁶ M. Gronicki, J. Jankowiak, analiza pt. *Otwarte Fundusze Emerytalne i gospodarka Polski w l. 1999 – 2013*, Warszawa-Gdynia, 26.04.2013; M. Gronicki, J. Jankowiak, analiza pt. *Wpływ OFE na sektor finansów publicznych; koszty bezpośrednio i koszty całkowite*, Gdynia –Warszawa, 9.07.2013; M. Bukowski, analiza pt. *Najczęstsze zarzuty, mity i nieporozumienia dotyczące OFE*, Warszawa, czerwiec 2013; *Opinia TEP do rządowego raportu o funkcjonowaniu systemu emerytalnego „Bezpieczeństwo dzięki zrównoważeniu”*, Warszawa, lipiec 2013, KOBE, *Krytyczna analiza rządowego przeglądu systemu emerytalnego*, Warszawa, lipiec 2013;

⁷ Lewiatan zwrócił się o te stanowiska do MPIPS w trybie ustawy o dostępie do informacji publicznej;

Tabela nr. 1

W piśmie Ministra Skarbu Państwa skierowanego do Ministra Pracy i Polityki społecznej z dnia 22.02.2013 r. czytamy m.in.:

„Ministerstwo podkreśla znaczenie OFE dla funkcjonowania polskiego rynku kapitałowego. OFE stanowią w Polsce (...) stały element, są jednym z najważniejszych inwestorów na GPW. Mają fundamentalne znaczenie dla spółek, pośredników oraz innych inwestorów obecnych na warszawskiej giełdzie. Stąd wszystkie ewentualne zmiany systemu powinny być dokonywane niezwykle rozważnie, po dokonaniu analizy wpływu konsekwencji takich zmian dla polskiego rynku kapitałowego oraz dla postrzegania tego rynku przez inwestorów krajowych i zagranicznych.”

(..) MSP podkreśla duże znaczenie OFE w realizacji projektów prywatyzacyjnych poprzez GPW. (..) Zwraca również uwagę iż uczestnictwo w OFE stanowi w sposób pośredni przejaw praktycznej i korzystnej kosztowo formy akcjonariatu obywatelskiego. Członkowie funduszy są de facto posiadaczami znacznego pakietu akcji przedsiębiorstw notowanych na GPW. Oszczędności emerytalne Polaków zgromadzone w OFE stanowią wewnętrzne źródło finansowania inwestycji krajowych, wpływając w ten sposób na wzrost gospodarczy oraz efektywne wykorzystywanie kapitału(...). OFE pełnią także rolę istotnego stabilizatora GPW.”

W stanowisku GPW załączonym do stanowiska Ministerstwa Skarbu Państwa czytamy, m.in.:

„OFE posiadają istotne wartościowo udziały w wielu dużych spółkach notowanych na GPW. W wielu z nich udziały w akcjonariacie wynoszą 30-40%, a nawet 70%. ”

„OFE odgrywają aktywną i bezpośrednią rolę w poprawie standardów ładu korporacyjnego spółek i stymulują proces ciągłej poprawy efektywności ich działania.”

„OFE finansują potrzeby pożyczkowe nie tylko SP, ale także w coraz większym stopniu przedsiębiorstw i banków.”

„Szczególnie aktywną rolę OFE odgrywały przy dużych ofertach prywatyzacyjnych”.

We wnioskach końcowych czytamy: „OFE są jednym z najważniejszych inwestorów na GPW, dlatego mają fundamentalnie istotne znaczenie dla spółek, pośredników (w tym GPW), jak też dla innych inwestorów obecnych na GPW. Ich ewentualne wycofanie z rynku z pewnością oznaczałoby degradację nie tylko GPW, ale i całego polskiego rynku kapitałowego”.

W stanowisku NBP skierowanym do MPIPS w dniu 20.02.2013 r. czytamy:

Ad. Poziom składki na ubezpieczenie emerytalne przekazywanej do OFE lub ewidencjonowanej na subkoncie oraz ich wpływ na deficyt finansów publicznych

„Wydatki na emerytury obecne i przyszłe stanowią bardzo poważną część wydatków finansów publicznych, dlatego też myśląc o stabilności finansów publicznych należy brać pod uwagę źródła finansowania emerytur obecnie i w przyszłości. Stopy składki przekazywanej do OFE jest odzwierciedleniem wyboru, modelu finansowania przyszłych emerytur w podziale na bieżące dochody sektora finansów publicznych, w tym wpływ ze składek emerytalnych oraz zgromadzone w OFE środki. Im wyższa składka trafiająca do OFE tym w większym stopniu emerytury będą finansowane z tych środków, a w mniejszym będą obciążały przyszłe dochody sektora finansów publicznych. Jeśli natomiast chodzi o bieżący stan finansów publicznych to przekazywanie składki do OFE w ich docelowej wysokości 3,5% podstawy wymiaru składki oznacza w średnim okresie ubytek sektora w wysokości ok. 0,8% PKB, co nie powinno generować zagrożenia dla stabilności finansów publicznych, warto zaznaczyć, że w większości krajów UE, w których funkcjonuje obowiązkowy kapitałowy filar emerytalny (Bułgaria, Estonia, Rumunia, Łotwa) stawka odprowadzanych do nich składek jest wyższa

niż w Polsce.”

Ad. Zmiany w funkcjonowaniu funduszy emerytalnych w zakresie poziomu opłat i kosztów obciążających członków funduszy.

„NBP rekomenduje przygotowanie rozwiązań prawnych mających na celu obniżenie obciążeń uczestników OFE nadmiernymi opłatami.”

Ad. Zmiany w funkcjonowaniu funduszy emerytalnych w zakresie polityki inwestycyjnej (w tym inwestycje zagraniczne)

„Polityka inwestycyjna OFE powinna zmieniać się w czasie zgodnie z cyklem życia członka OFE. W związku z tym, w przypadku pozostawienia OFE w obecnym kształcie wskazane byłoby wprowadzenie subfunduszy portfeli inwestycyjnych o zróżnicowanej strategii inwestycyjnej dostosowanej do wieku członków funduszy. Stworzenie subfunduszy portfeli inwestycyjnych bezpiecznych i stopniowe przenoszenie do nich zgromadzonych środków zapewniłoby uczestnikom OFE ochronę przed niekorzystnymi zmianami wartości ich oszczędności emerytalnych na skutek spadku cen akcji na kilka lat przed nabyciem prawa do emerytury.”

„W związku z wyrokiem trybunału sprawiedliwości UE z 12.2011 r. muszą ulec zmianie regulacje dotyczące inwestycji OFE dokonywanych poza granicami naszego państwa. Trybunał orzekł że Polska stosuje ograniczenia inwestycyjne dla OFE w tym samym narusza traktatową swobodę przepływu kapitału. W celu dostosowania przepisów w tym zakresie Polska m.in. powinna podwyższyć limit dla inwestycji zagranicznych. Podwyższenie limitu dla inwestycji zagranicznych przyczyniłoby się do zwiększenia dywersyfikacji portfela inwestycyjnego OFE.”

Ad. Zmiany w funkcjonowaniu funduszy emerytalnych w zakresie kryterium efektywności

„Naszym zdaniem najlepszym punktem odniesienia oceny wyników inwestycyjnych OFE byłby benchmark zewnętrzny, portfel rynkowy oparty o indeksy akcji i obligacji. Benchmark zewnętrzny powinien być relokowalny.”

Ad. Zmiany w funkcjonowaniu funduszy emerytalnych w zakresie adekwatności kapitałowej

„W naszej opinii, konieczna jest modyfikacja regulacji dotyczących wymogów kapitałowych PTE. (...) Z punktu widzenia bezpieczeństwa kapitałowej części systemu emerytalnego wskazane byłoby wprowadzenie regulacji prawnych, zgodnie z którymi wymagalny minimalny kapitał własny PTE byłby powiązany ze skalą działalności OFE oraz z poziomem ryzyka związanego z odchyleniem się składu portfela funduszu od portfela referencyjnego.”

Ad. Zmiany w funkcjonowaniu funduszy emerytalnych w zakresie wpływu OFE na funkcjonowanie gospodarki, GPW i na prywatyzację

„Obecnie OFE są drugimi po bankach instytucjami w systemie finansowym pod względem wartości posiadanych aktywów i dla rządu najważniejszych uczestników krajowego rynku akcji i papierów wartościowych (...). Naszym zdaniem ważne jest aby OFE uczestniczyły w finansowaniu projektów infrastrukturalnych poprzez zakup akcji, udziałów i obligacji korporacyjnych.”

Ad. Wypłaty emerytur ze środków gromadzonych w OFE

„Istotną kwestią wymagającą uregulowania jest wypłata świadczeń ze środków zgromadzonych w OFE. Od 2014 r. będą one wypłacane uczestnikom kapitałowej części systemu emerytalnego w postaci dożywotniej renty kapitałowej. Dotychczas nie ustalono jednak które podmioty będą uprawnione do wypłat środków kapitałowych ze środków zgromadzonych w OFE. Wśród instytucji które miałyby wypłacać świadczenia emerytalne są rozważane podmioty prywatne oraz ZUS. Naszym zdaniem podmiotem który mógłby wypłacać świadczenia emerytalne ze środków zgromadzonych w

OFE, jest ZUS natomiast w przypadku powierzenia zarządzania kapitałami emerytalnymi, instytucjom komercyjnym, wydaje się że najlepiej przygotowanymi do tego są zakłady ubezpieczeń na życie prowadzące działalność określoną w ustawie o działalności ubezpieczeniowej (dział I, Grupa IV), bowiem posiadają doświadczenie w zarządzaniu ryzykiem długowieczności."

Ad. Funkcjonowania IKE i IKZE

„Celem gromadzenia dobrowolnych oszczędności emerytalnych jest zapewnienie wyższych dochodów po zakończeniu okresu aktywności zawodowej, wspieranie uzupełniające oszczędności emerytalnych, zostało wymienione przez KE jako jeden z elementów niezbędnych reform systemów emerytalnych mających służyć zapewnieniu przez państwa członkowskie adekwatnego poziomu świadczeń emerytalnych, szczególnie w kontekście niekorzystnych zmian demograficznych. Naszym zdaniem, należy dołożyć wszelkich starań aby zwiększyć skłonność do samodzielnego oszczędzania na przyszłą emeryturę oraz uświadomienie społeczeństwu konieczności dodatkowego oszczędzania na cele emerytalne (...). Naszym zdaniem, warto rozważyć wprowadzenie zmian w dobrowolnej części systemu emerytalnego w celu usprawnienia funkcjonowania IKZE."

Żadne z ww. stanowisk istotnych interesariuszy, lub działających w ich imieniu, w tym także w stanowisko KNF, nie rekomenduje marginalizacji II filaru, ani jego likwidacji, wręcz przeciwnie wskazują one na niezbędne kierunki reform w systemie emerytalnym.

SPOSÓB PRZYGOTOWANIA RAPORTU I PRZEBIEG KONSULTACJI SPOŁECZNYCH

Bardzo poważne wątpliwości budzi również sam tryb procedowania Raportu przez rząd.

1. Debata o reformie systemu emerytalnego rozpoczęła się tuż przed publikacją Raportu serią jednowymiarowych, tendencyjnych artykułów i wypowiedzi w mediach, podważających zaufanie do systemu emerytalnego w Polsce i toczy się w okresie wakacji.
2. Konsultacje społeczne Raportu są prowadzone od lipca do końca sierpnia br.
3. W okresie czerwca i lipca br. Ministerstwo Pracy i Polityki Społecznej wraz z Ministerstwem Finansów zorganizowało jedynie 4 debaty na temat raportu z wybranymi z góry grupami podmiotów: 1) z autorami reformy z 1999 r., 2) z partnerami społecznymi, 3) prezesami PTE i IGTE, 4) w sprawie III filaru.
4. Z naszej wiedzy wynika, iż tylko niektóre podmioty otrzymały oficjalnie Raport do konsultacji – partnerzy społeczni, którzy w trakcie jednej z ww. debat zwrócili się do autorów Raportu z oficjalnym wnioskiem w tej sprawie.
5. Z wypowiedzi przedstawicieli rządu wynika, iż Rada Ministrów pod koniec sierpnia br. ma zamiar przyjąć Raport wraz z jedną wybraną rekomendacją, a od września ma rozpocząć się proces legislacyjny mający na celu wdrożenie zmian wynikających z przyjętej przez rząd rekomendacji. Cały proces legislacyjny ma zakończyć się do końca roku, tak aby zmiany weszły w życie od 1.01.2014 r.
6. Do dziś w wykazie prac Rady Ministrów nie ma informacji o pracach rządu nad reformą systemu emerytalnego.

Debata prowadzona w taki sposób nie może zostać uznana za rzetelną. Stąd pojawiają się wątpliwości co do przestrzegania przez polskiego ustawodawcę nakazów wynikających z zasady pewności prawa mających swoje źródło w zasadzie demokratycznego państwa prawa wyrażonej w art. 2 Konstytucji.

Zgodnie z orzecznictwem TK „zasada zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa opiera się na wymaganii pewności prawa, a więc takim zespole cech przysługujących prawu, które zapewniają jednostce bezpieczeństwo prawne; umożliwiają jej decydowanie o swoim postępowaniu na podstawie pełnej znajomości przesłanek działania organów państwowych oraz konsekwencji prawnych, jakie jej działania mogą pociągnąć za sobą”⁸. Zasada pewności prawa to zatem nakaz skierowany do ustawodawcy, który powinien w taki sposób kształtować prawo, by obywatele mogli planować swoje działania w rozsądnym horyzoncie czasowym.⁹ Prawo ma w ten sposób stanowić stabilne ramy życia obywateli.

Zasada pewności prawa jest emanacją swoistego stosunku zaufania pomiędzy obywatelami, a prawodawcą. Działalność legislacyjna jest wynikiem mandatu zaufania udzielonego ustawodawcy przez obywateli. Zaufanie to wiąże prawodawcę w ten sposób, że zmiany prawa nie mogą być zaskoczeniem dla obywateli czy wynikiem arbitralnych decyzji legislacyjnych. Odnosi się to przede wszystkim do podejmowanych przez obywateli przedsięwzięć długofalowych¹⁰. Warto przytoczyć w tym względzie orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego, zgodnie z którym „w (...) sytuacjach, gdy przepisy prawa wyznaczały pewien horyzont czasowy dla zaplanowania i przeprowadzenia określonego przedsięwzięcia finansowego czy gospodarczego, nie można zmieniać takich reguł gry przed upływem okresu czy terminu, który przewidział sam ustawodawca. Skoro bowiem, w zaufaniu do obowiązującego prawa, zostało już rozpoczęte określone przedsięwzięcie, a prawo przewidywało, iż będzie się ono realizować w pewnym okresie czasu, to – wyjąwszy sytuacje szczególne – obywatel powinien mieć pewność, że będzie mógł ten okres czasu bezpiecznie wykorzystać. Rozpoczęcie przedsięwzięcia finansowego czy gospodarczego wiąże się z reguły z dokonaniem pierwszych nakładów, a nagła zmiana ram prawnych takiego przedsięwzięcia może narazić obywatela na poważne

⁸ Wyrok TK z dnia 14 czerwca 2000 roku w sprawie do sygn. akt P 3/00; tak też wyrok TK z dnia 20 stycznia 2010 roku w sprawie do sygn. akt Kp 6/2009; podobnie postanowienie Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Poznaniu z dnia 20 kwietnia 2010 roku w sprawie do sygn. akt I SA/Po 616/09.

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

¹⁰ Zob. Montt, Santiago: „State liability in investment treaty arbitration. Global constitutional and administrative law in the BIT Generation”, Oxford 2009, s. 222.

straty.”¹¹ (wytłuszczenie dodane). W tym samym orzeczeniu TK podkreśla, że z zasady pewności prawa wynika, iż w oparciu o obowiązujące prawo obywatel może kształtować swoje stosunki życiowe w dłuższym horyzoncie czasowym. Dlatego też w odniesieniu do mechanizmów długofalowych (rozciągniętych w czasie) – których ilustratywnym przykładem niewątpliwie jest właśnie system zabezpieczenia emerytalnego – można uznać za legitymowane oczekiwanie, że ich demontaż również nie nastąpi w krótkim ani nawet w średnim okresie.

Warto przypomnieć, iż proces prac nad reformą uchwaloną w 1997 roku rozpoczął się w 1994 roku¹². Na dwa lata przed uchwaleniem ustawy opublikowano dokument „Bezpieczeństwo dzięki różnorodności”¹³, który rozpoczął okres długotrwałych konsultacji społecznych. Nowy system emerytalny zaczął funkcjonować w 1999 roku. Od momentu rozpoczęcia publicznej dyskusji nad zmianami w systemie emerytalnym do momentu wejścia w życie zmian legislacyjnych upłynęło 5 lat. Przeprowadzenie długotrwałych dyskusji, analiz i konsultacji, przygotowanie odpowiednich kampanii informacyjnych, jak również i długie *vacatio legis* wprowadzonych zmian sprawiły, że obywatele nie byli zaskoczeni reformą.¹⁴

Biorąc powyższe pod uwagę, zaskakujący jest zakres, sposób procedowania i planowane tempo wprowadzania proponowanych przez rząd zmian w obecnym systemie emerytalnym. Zaledwie w 13 lat po rozpoczęciu funkcjonowania nowego systemu emerytalnego, proponowane są jego zmiany równoznaczne ze zlikwidowaniem II filara (lub bardzo daleko idącym jego osłabieniem). Należy podkreślić, że okres 13 lat (okres, jaki upłynął od wprowadzenia nowego systemu emerytalnego) jest czasem bardzo krótkim w relacji do okresu planowania emerytury. Przez tenże czas nie miał miejsca nawet jeden pełen cykl pracy systemu emerytalnego, rozumiany jako przejście jednego pokolenia przez czas gromadzenia kapitału na emeryturę i następnie jego wypłaty.

¹¹ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 25 kwietnia 2001 roku w sprawie do sygn. akt K 13/01.

¹² Kaczanowski, Dariusz „Otwarte fundusze emerytalne (OFE) – sukces czy porażka”, Rocznik Żyrardowski Tom IX/2011, s. 178

¹³ Rutkowski, Michał; Góra, Michał: „Bezpieczeństwo dzięki różnorodności” Biuro Pełnomocnika Rządu ds. Reformy Zabezpieczenia Społecznego, Warszawa 1997

¹⁴ Dr A.Radwan, R.Mężyk, Instytut Allerhanda, Konstytucyjnoprawna ocena rekomendacji dotyczących II filara systemu emerytalnego zawartych w rządowym przeglądzie funkcjonowania systemu emerytalnego z dnia 26.06.2013 r., Kraków, lipiec 2013 r., str. 54-60;

II. OCENA WŁAŚCIWA RAPORTU, DIAGNOZY I REKOMENDACJI W NIM ZAWARTYCH

TEZA RAPORTU, UKRYTY CEL RAPORTU

Raport zbudowany jest na tezie, że reforma zapoczątkowana w roku 1999 zawierała fundamentalny błąd, polegający na stworzeniu systemu kapitałowego z części dotychczasowej składki finansującej system repartycyjny.

Raport napisany jest z przyjętą z góry tezą o szkodliwości OFE, zwłaszcza z punktu widzenia finansów publicznych (patrz rozdział 3 Raportu traktujący o wpływie Otwartych Funduszy Emerytalnych na bilans finansów publicznych).

Autorzy Raportu wystawili OFE wysoki rachunek sumując bezpośrednio efekty ubytku składki skierowanej do OFE, koszty obsługi dodatkowego długu i symulując wyniki tzw. kosztów zewnętrznych (wyższych kosztów finansowania spowodowanych podniesieniem premii za ryzyko z powodu większego długu i deficytu).

Takie podejście metodologiczne jest wynikiem przyjętego założenia o braku pozytywnego wpływu OFE na gospodarkę. Towarzyszy temu uproszczone założenie wiążące bezpośrednio koszt finansowania z wielkością długu i deficytu, co nie odpowiada rynkowym warunkom wyceny ryzyka i ustalania się *spreadów*. Oba te założenia pozwoliły autorom Raportu pominąć istotne efekty zwrotne wpływu funduszy emerytalnych na stan finansów publicznych, dokonujące się poprzez zmiany w podstawowych agregatach makroekonomicznych. Innymi słowy: w prezentowanym materiale mamy do czynienia z szacowaniem kosztów brutto, podczas gdy konieczne jest oszacowanie kosztów netto, czyli z uwzględnieniem wpływu OFE na dochody (podatki) i wydatki (transfery socjalne).

Z analizy M. Gronickiego i J. Jankowiaka, w której autorzy oszacowali koszty całkowite, czyli uwzględniające zwrotne oddziaływanie przez agregaty makro, funkcjonowania OFE i ich wpływ na SFP, a nie tylko koszty bezpośrednie, które oszacowali autorzy Raportu, wynika, iż:

- całkowity koszt finansowania OFE w latach 1999-2012 ukształtował się poniżej kosztów bezpośrednich, oszacowanych w rządowym „Przeglądzie”. Szacunki rządowe istotnie, bo 2-3-krotnie zawiżyły koszt 2 filara dla finansów publicznych w postaci długu publicznego.
- koszty OFE są porównywalne z kosztami zaniechanych reform, mających istotny wpływ zarówno na przyrost długu publicznego, jak i deficyty SFP w kolejnych latach po rozpoczęciu reformy emerytalnej.

W świetle tych obliczeń trudno odpowiedzialnie twierdzić, że OFE stały się głównym powodem trudnej sytuacji finansów publicznych, która doprowadziła do etapowego ograniczenia przez rząd 2 filara systemu emerytalnego¹⁵.

Wg M. Gronickiego i J. Jankowiaka, rzeczowa analiza faktów wskazuje jednoznacznie, że nie sposób traktować reformy emerytalnej, jako jedynej, a tym bardziej głównego, źródła problemów sektora finansów publicznych w Polsce. Raczej zaniechania w reformowaniu sektora finansów publicznych (dalej SFP), a w szczególności sekularne niezbilansowanie dochodów ze składek z wydatkami na świadczenia społeczne utrwały nierównowagę w SFP.

Zdaniem M. Gronickiego i J. Jankowiaka źródłem szybkiego narastania długu oraz permanentnego deficytu sektora finansów publicznych, są przede wszystkim wieloletnie zaniechania lub decyzje, których skutki okazały się dla finansów publicznych gorsze, niż pierwotnie zakładano. Dotyczy to kosztów z powszechnego systemu emerytalnego oraz następstw radykalnego obniżenia składki rentowej. Ich zdaniem, gdyby wszystko miało iść tak, jak w założeniach reformy z 1999 roku zakładano, to łączny dodatni skutek fiskalny w roku 2010, kiedy decydowano o ograniczeniu (oktrojowanie to narzucenie jakiegoś prawa niezgodnie z procedurą, a nie ograniczenie) składki do OFE, sięgałoby 30 mld PLN (ponad 2% ówczesnego PKB), co pokryłoby z naddatkiem szacowane wówczas przez Ministerstwo Finansów na 1,6 proc. PKB koszty „reformy emerytalnej”.

Z katalogu ważnych zaniechań wyjęto do dziś likwidację wcześniejszych emerytur (w perspektywie 2020 roku oszczędności rządu 21 mld PLN rocznie w cenach stałych 2010) i wydłużenie wieku emerytalnego. Oceniamy to jako ważne zmiany. Ale trzeba na nie patrzeć przez pryzmat dramatycznej

¹⁵ M.Gronicki, J.Jankowiak, Wpływ OFE na stan finansów publicznych w Polsce w latach 1999-2013; wyniki symulacji: Koszty bezpośrednie i koszty całkowite; Gdynia – Warszawa, 9.05.2013 r.;

sytuacji całego systemu zabezpieczeń społecznych. W 2010 roku ten system jako całość miał niedobór rzędu 93 mld PLN. Składały się na to: deficyt FUS ok. 44 mld, plus koszt refundacji składki przekazywanej do OFE (liczonej na czysto: 18,9 mld lub z kosztami refinansowania: 23 mld), łącznie nie mniej niż 63-67 mld; koszt finansowania emerytur mundurowych ok. 13 mld (z założenia jest to system zaopatrzeniowy i finansowany z budżetu; deficyt KRUS (Funduszu Emerytalno-Rentowego) ok. 13 mld. W latach 2011-12 niedobór nieznacznie się zmniejszył, osiągając około 80 mld zł w 2012 roku. Prognoza M. Gronickiego i J. Jankowiaka na 2013 przewiduje ponowny wzrost niedoboru do około 91 mld zł, na co składa się deficyt FUS (50 mld zł), KRUS (16 mld zł), OFE (11 mld zł) oraz wydatki na emerytury i renty dla służb mundurowych (14 mld zł), czyli wielkość podobna do osiągniętej w 2010 roku.

Wg M. Gronickiego i J. Jankowiaka permanentne niebilansowanie SFP w Polsce ma charakter strukturalny. Składają się na to po stronie wydatkowej: rosnące dotacje do FUS, stabilne na wysokim poziomie dla KRUS, rosnące nakłady na świadczenia dla służb mundurowych. System budżetowy cechuje się głęboką nieefektywnością. System podatkowy jest nie tylko niewydajny, ale też nieracjonalny jako instrument polityki społecznej.

Wg M. Gronickiego i J. Jankowiaka po stronie wydatkowej wciąż brak radykalnych reform. Trudno nam bowiem zaliczyć do takich wprowadzoną w 2011 roku regułę wydatkową. Nadal dominuje uznaniowość. Wielkość wydatków zdeterminowana jest siłą polityczną beneficjentów. Stąd w budżecie przeważają wydatki na cele bieżące, a zaniedbuje się dziedziny prorozwojowe (R&D, elitarnie szkolnictwo średnie i wyższe, edukację zawodową etc.). Infrastruktura rozwija się dzięki środkom unijnym i finansowemu wkładowi państwa, który – zgodnie z polską metodologią liczenia długu – klasyfikowany jest poza budżetem.¹⁶

Biorąc powyższe pod uwagę, faktycznym celem wszystkich proponowanych w Raporcie zmian jest zmniejszenie długu publicznego związanego z transferami części składki do OFE. Priorytet ma zatem cel fiskalny Ministerstwa Finansów. Autorzy Raportu zakładają, że dla realizacji tego celu pożądane jest maksymalne ograniczenie OFE. Proponowane zmiany, nawet jeżeli wprost nie obejmują likwidacji OFE, w rzeczywistości doprowadziłyby do ich marginalizacji, a w dalszej kolejności likwidacji.

¹⁶ M.Gronicki, J.Jankowiak, OFE a gospodarka Polski w latach 1999-2013 r., Gdynia-Warszawa 26.04.2013 r.;

CELE REFORMY Z 1999 R.

Przeprowadzona pod koniec lat 90 reforma systemu emerytalnego tworzona była na 4 fundamentalnych wartościach:

- Pierwszą była ochrona pracowników przed nieuniknioną potrzebą podwyższania podatków i składek emerytalnych na skutek konieczności finansowania rosnącego kosztu emerytur, jak też w dłuższej perspektywie zapewnienie wypłacalności finansowej systemu emerytalnego. W konsekwencji wprowadzono formułę zdefiniowanej składki, która zapewniała racjonalność systemu. Ta wartość jak dotychczas na szczęście nie jest podważana.
- Upodmiotowienie pracowników (gospodarstw domowych) – poprzez indywidualne konta emerytalne - co do wysokości płaconych składek, przewidywanych przyszłych świadczeń, efektywności inwestowanych środków, oraz – czego nie sposób przecenić – edukacji ekonomicznej w zakresie funkcjonowania tak systemu ubezpieczeń społecznych jak i rynku kapitałowego
- Drugą była potrzeba dywersyfikacji ryzyka (w tym ryzyka demograficznego, ryzyk związanych z wykorzystaniem rynku pracy i rynku finansowego). Chodziło o wprowadzenie różnorodności metod służących realizacji tego samego celu – zwiększenia bezpieczeństwa emerytalnego. Tymczasem dzisiejsza dyskusja koncentruje się na pytaniu, co jest lepsze – ZUS czy OFE.
- Trzecia to stworzenie szans na pozytywne efekty makroekonomiczne, a więc wzmocnienie rynku kapitałowego i wzrostu gospodarczego poprzez duży filar kapitałowy.
- Czwarta wartość, to zwiększenie przejrzystości finansów publicznych. System emerytalny, tak jak został skonstruowany, bardzo dobrze realizuje ten cel. Dzięki niemu więcej wiemy o tym, ile faktycznie wynoszą zobowiązania publiczne.

Wbrew zawartości Raportu, reforma z 1999 r. czyni polski system emerytalny bardziej odpornym na starzenie się społeczeństwa, tworzy bodźce do wydłużania aktywności zawodowej, dywersyfikuje ryzyka, stwarza nadzieję na wyższe świadczenia dzięki lokowaniu części składek emerytalnych na rynkach kapitałowych. Co więcej, każda z tych przesłanek jest dziś aktualna tak samo jak wcześniej. Nie oznacza to jednak, że system emerytalny nie wymaga modernizacji.

Należy podkreślić, iż w pierwotnym kształcie reforma z 1999 r. była całościowym projektem, który niestety nigdy nie został dokończony przez kolejne rządy. Zgodnie z pierwotnymi założeniami, zmniejszenie składki przekazywanej do ZUS na wypłatę bieżących emerytur miało być zrównoważone przez podniesienie wieku emerytalnego, likwidację przywilejów i dochody z prywatyzacji. Tymczasem filar I nigdy nie objął wszystkich pracujących. Poza powszechnym systemem emerytalnym pozostali rolnicy, górnicy, służby mundurowe, sędziowie i prokuratorzy. To zasadniczo zmieniło bilans kosztów i ograniczyło korzyści tej reformy. Te zaniechania rządów i hojny system waloryzacji świadczeń, ustalany nie przez rynek, a przez decyzje polityków, stały się źródłem szybkiego narastania długu oraz permanentnego deficytu sektora finansów publicznych.¹⁷

Niedokończenie reformy było pierwszym krokiem w kierunku jej rozmontowania. Obniżenie składki przekazywanej do OFE z 7,3% do 2,3% dokonanej przez rząd w 2011 r. było krokiem drugim.

Raport z przeglądu i rekomendacje w nim zawarte, są niestety kolejnym krokiem, który zawraca dyskusję nad kształtem systemu emerytalnego z powrotem do punktu wyjścia, sprzed 1999 r., czyli do niesprawdzonego i niebezpiecznego z punktu widzenia przyszłych emerytów systemu repartycyjnego, opartego na zasadzie solidarności międzypokoleniowej. Podnosi się przy tym hasło „*nadmiernych kosztów obecnej reformy emerytalnej i jej systemowych niedoskonałości*”.

Tymczasem, należy przypomnieć, iż poprzedni system emerytalny nie bankrutował tak długo, jak długo kolejne pokolenia były liczniejsze od poprzednich, a emeryci żyli krócej. Obecnie, kiedy młodsze pokolenia są mniej liczne od poprzednich i żyjemy coraz dłużej, oszczędzanie na emeryturę staje się koniecznością. W innym razie musimy się liczyć z tym, że albo nasze emerytury będą niższe, albo kolejne pokolenia będą musiały płacić wyższe podatki.

¹⁷ Mirosław Gronicki, Janusz Jankowiak, Otwarte Fundusze Emerytalne i Gospodarka Polski w latach 1999 – 2013, analiza wykonana na zlecenie Konfederacji Lewiatan.

Warto przeanalizować formułowane w pracach legislacyjnych cele reformy systemu emerytalnego (na podstawie dokumentów rządowych z 1997) i porównać z aktualną sytuacją i oceną realizacji stawianych celów i postulatów. W wielu przypadkach na efekt finalny (obecnie obserwowany) wpływ miały pochopne, nieprzemyślane i niezrównoważone społecznie zmiany dokonane w trakcie obowiązywania ustawy.

Tabela 2. Cele przewidziane w ustawie o organizacji i funkcjonowaniu Funduszy Emerytalnych i stopień ich realizacji wg analizy Instytutu Allerhanda¹⁸

Postulaty i cele zapisane w dokumentach programowych i legislacyjnych reformy	Sytuacja wyjściowa (benchmark, rok danych)	Sytuacja aktualna (benchmark, rok danych)	Realizacja postulatów i celów reformy/ustawy
Uzasadnienie ustawy (1997)			
Stworzenie powszechnego złożonego repartycyjno-kapitałowego systemu emerytalnego, składającego się z I, II i III filara	ZUS – system repartycyjny, o zdefiniowanym świadczeniu (1998)	I filar (ZUS (2012)) II filar (14 OFE (2012)) III filar (1116 PPE (2012))	Z dniem 1.01.1999 utworzono nowy system emerytalny o zdefiniowanej składce, na który składają się trzy filary. Reforma przebiegała bez zakłóceń do 2003 roku, gdy dokonano i. poważnego wyłomu (wyłączenie z powszechnego systemu emerytur służb mundurowych)
Zmniejszenie wysokości środków przekazywanych z budżetu państwa na funkcjonowanie systemu emerytalnego	Dopłata do FUS Od 1,9% do 4,3% rocznie dotacja z budżetu w latach 1991-96	Dopłata do FUS 2,58 (3,18)% (2012)	Cel nie został osiągnięty, utrzymują się nadal dopłaty do FUS w większości wynikające utrzymywania przywilejów emerytalnych dla wybranych grup pracowniczych oraz z udziału w systemie osób urodzonych przed 1948 rokiem. W projekcjach na potrzeby projektu reformy zakładano, że deficyt systemu emerytalnego w pierwszej dekadzie będzie większy niż w scenariuszu bez reformy, i w 2010 roku osiągnie poziom -1,4% aby w następnych dekadach utrzymywać się na w przedziale -1,75 do -2,5%.
Zapobieżenie sytuacji w której „pewna grupa osób w podeszłym wieku znajdzie się bez podstawowych środków do życia, ze względu na fakt niedokonania jakiegokolwiek alokacji dochodów na starość”			Cel został osiągnięty za sprawą pomyślnej realizacji reformy od 1999 roku i zapewnienie powszechności tak świadczeń jak i ubezpieczenia. W tym okresie wzrosła stopa ubezpieczenia społecznego populacji pracującej z

¹⁸ W. Rogowski, Analiza postlegislacyjna ustawy o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych (1997-2012), Instytut Allerhanda, Warszawa, sierpień 2013;

– powszechność ubezpieczenia społecznego.			55,9% (2000) do 64% w 2010 (FUS).
Alokowanie dochodów między okresami aktywności zawodowej i wieku emerytalnego.			Za sprawą sprawnego funkcjonowania nowego systemu równolegle ze starym zapewniona jest alokacja dochodów pomiędzy okresami aktywności zawodowej i wieku emerytalnego.
Udział obywateli (oszczędzanie) w dobrowolnym, dodatkowy III filarze systemu emerytalnego.	nie (1998)	tak (2012)	Cel osiągnięty za sprawą powstania funduszy III filaru i wstąpienie do nich co najmniej 1 099,4 tys. osób. Skala wzrostu aktywów w tym segmencie nie jest zadawalająca, co wskazuje na nie pełne osiągnięcie celu.
Odejście od roli państwa jako gwaranta określonego poziomu świadczeń do funkcji regulatora i nadzorcy systemu funduszy kapitałowych.	Nie (1998)	Tak (2012)	Cel osiągnięty częściowo. Powołano specjalistyczny urząd nadzoru nad funduszami emerytalnymi, który w 2007 roku połączono z innymi nadzorami finansowymi w UKNF. Urząd nie prowadzi nadzoru nad I filarem. Państwo pozostaje ostatecznym gwarantem wypłacalności OFE. Państwo podejmuje działania władcze wobec systemu kapitałowego, redukcja składki, koncepcje likwidacji systemu z 2013.
Dokument programowy Bezpieczeństwo dzięki Różnorodności 1997			
Cel zasadniczy: zapewnienie jak najwyższego możliwego poziomu świadczeń przyszłym pokoleniom, pod warunkiem:			Cel możliwy do weryfikacji w przyszłości po 2052. Na podstawie obecnie wypłacanych świadczeń można stwierdzić, że poziom jest najwyższy możliwy, i staje się niemożliwy do utrzymania.
<ul style="list-style-type: none"> Świadczenia mają być adekwatne do wcześniejszych zarobków 			Cel osiągnięty poprzez indywidualne konto ubezpieczonego i kapitał początkowy.
<ul style="list-style-type: none"> Świadczenia mają być chronione przed inflacją, 			Cel osiągnięty w warunkach stabilnej, niskiej inflacji, świadczenia waloryzowane wg wskaźnika wzrostu wynagrodzeń (ZUS), wyniki finansowe funduszu

			emerytalnego wyższe od wskaźnika CPI (OFE)
<ul style="list-style-type: none"> Zachowanie „gwarancji ubezpieczeniowej” dla obecnych świadczeniobiorców 			Cel osiągnięty, świadczenia emerytalne populacji urodzonej przed 1949 rokiem wg dotychczasowych zasad systemu repartycyjnego (OFE).
Utrzymanie wysokości składki w wynagrodzeniu brutto na dotychczasowym poziomie w momencie startu nowego systemu	19,52% funduszu wynagrodzeń	19,52% funduszu wynagrodzeń	Cel został osiągnięty w całym okresie funkcjonowania nowego systemu, Zmianie uległy proporcje podziału składki przeznaczonej dla OFE za sprawą nowelizacji ustawy w 2011 roku.
Zmniejszenie wysokości składki ogółem w przyszłości,	45% funduszu wynagrodzeń	45% funduszu wynagrodzeń	Cel nie został osiągnięty. Planowano osiągnięcie ok 2015 roku składki w wysokości 38-39%, przy czym finansowanie emerytur powinno zbliżyć się do proporcji 50%:50% (Bezpieczeństwo... (1997) s. 16.
Zmniejszenie poziomu wydatków na emerytury	14,9% (1996) FUS 10,6% (2000) 15,8% (1993)	12,1% (2010) FUS 10,9% (2010)	Cel częściowo osiągnięty. Zmniejszenie wydatków na emerytury i renty nastąpiło w pierwszych latach nowego systemu, w kolejnych latach zmniejszyło się nieznacznie, a w zakresie świadczeń pozarolniczych(FUS nawet wzrosło). Projekcja z koncepcji reformy przewidywała poziom wydatków na emerytury w 2010 w wysokości 9,68% PKB.
Indywidualny zapis składki na indywidualnym koncie w ZUS i OFE			Cel osiągnięty. W pierwszym okresie nastąpiły trudności organizacyjne po stronie ZUS.
Wprowadzenie ograniczenia składki na ZUS i OFE, co powinno skierować nadwyżki ponad ustalony próg do III filara .	Całość funduszu płac oskładkowana przez ZUS i OFE (1998)	Oskładkowany fundusz płac do poziomu 250% średniej płacy (od 1999)	Cel osiągnięty tak co do wysokości ograniczenia. Cel nie osiągnięty lub osiągnięty częściowo (na co wskazuje rozwój III filara, do sprawdzenia) co do przesunięcia nadwyżki ponad 250% średniej płacy. Rzeczywiste rezultaty może wskazać wynik badania zasobów majątkowych gospodarstw domowych w Polsce.
Zagwarantowanie w momencie reformy praw emerytów do uzyskania pewnej emerytury (reforma nie może odbyć się kosztem obecnych emerytów)	Tak (1998)	Tak (2012)	Cel osiągnięty, niezakłócona realizacja wypłaty emerytur wg starych zasad dla urodzonych przed 1949

Gwarancja bezpieczeństwa socjalnego wszystkich ubezpieczonych emerytalnie stanowi podział świadczenia na przynajmniej dwie części - zwiększenie bezpieczeństwa dzięki dywersyfikacji ryzyka systemu emerytalnego	Monosystem (1998)	Trzy filary (2012)	Cel osiągnięty, choć skala dywersyfikacji jest niezadawalająca, głównie za sprawą niewielkiego przyrostu sumy inwestycji emerytalnych w III filarze, oraz redukcji składki przekazywanej do dyspozycji OFE (dominacja ZUS).
Odpowiednie rozwiązania organizacyjno-prawne oraz mechanizmy wbudowane w konstrukcję systemu w celu ochrony interesów członków – bezpieczeństwo			Cel osiągnięty. W obszarze OFE wprowadzono 11 instrumentów mających zapewnić bezpieczeństwo emerytalne. Ocena ich funkcjonowania wymaga dalszych badań.
Emerytura z funduszu kapitałowego będzie waloryzowana na zasadach nie mniej korzystnych niż emerytura wypłacana przez FUS. (s. 17)			Realizacja celu może być oceniona od 2014 roku, gdy będą wypłacane emerytury z I i II filaru.
Stopa zastąpienia (emerytura łączna z I i II filaru) w pierwszym okresie realizacji reformy (2014-2035) powinna wynieść ok 60-62% wynagrodzenia pod warunkiem pracy do 62 roku życia (s. 22)			Cel będzie mógł być zweryfikowany po 2014 roku. Obecnie dostępne dane wskazują na możliwość jego osiągnięcia w większości populacji

BŁĘDY RAPORTU I PRZEMILCZENIA

Raport zawiera fundamentalne błędy i przemilczenia, które sprawiają, że nie powinien on stanowić podstawy do dalszej dyskusji, a tym bardziej do tworzenia rekomendacji zmian w systemie emerytalnym.

1. Jedną z głównych tez raportu, która jest fałszywa, jest stwierdzenie, że po wprowadzeniu w życie proponowanych zmian ZUS osiągnie stan niezależnej od trendów demograficznych równowagi finansowej. Tak się nie stanie, ponieważ politycy zmienili przyjętą pierwotnie zasadę waloryzacji składek. Autorzy Raportu nie mieli odwagi przyznać, że w długim okresie waloryzacja składek na dotychczasowym poziomie 6,8%, a nawet 8,5% (jak na tzw. subkontach w ZUS) jest nie do utrzymania. Wynika to głównie z faktu, że będziemy mieli coraz więcej osób na emeryturze, pozostających także na tej emeryturze dłużej i coraz mniej pracujących.
2. Autorzy Raportu popełniają błędy metodologiczne przy porównywaniu stóp zwrotu z OFE ze stopami waloryzacji w ZUS. By udowodnić wyższość waloryzacji w ZUS porównują ze sobą mierniki nieporównywalne i nadają im fałszywą interpretację. W rzeczywistości, przy metodologicznie poprawnym porównaniu, OFE wykazują wyższą efektywność w pomnażaniu składek niż ZUS oraz przewyższają inne benchmarki przywołane w Raporcie.
3. Błędem rządowego raportu jest również ignorowanie faktu, że rekomendowane przesunięcie zasobów i składki z OFE do pierwszego filara, jest zabiegiem z repertuaru kreatywnej księgowości. Zmniejsza doraźnie jawny deficyt i dług publiczny, ale powiększa ukryte zobowiązania sektora publicznego. W przypadku zobowiązań emerytalnych ZUS trzeba uważać, czy nie przekroczą one miary, którą przyszłe pokolenia podatników będą gotowe zaakceptować. Rządowy raport kompletnie ignoruje te uwarunkowania traktując ukryte (czyli przyszłe) zobowiązania emerytalne ZUS jako wolne dobro, z którego dzisiejsza klasa polityczna może bez umiaru korzystać.
4. Raport nie docenia wpływu II filara na gospodarkę, na rynek kapitałowy i zarzuca, że system emerytalny nie jest po to, by realizować cele gospodarcze, rozwój gospodarczy czy rozwój rynku kapitałowego. Tymczasem każdy system emerytalny jest sposobem podziału produktu wypracowanego w danym okresie i ma wpływ na gospodarkę. To, jak żyją emeryci w danym kraju, zależy w pierwszym rzędzie od zamożności kraju. To przecież dlatego polscy emeryci żyją obecnie skromnie, choć stopy zastąpienia z dotychczasowego systemu emerytalnego są wysokie. Jeżeli tak, to wpływ systemu emerytalnego na wzrost gospodarczy, m. in. poprzez wspomniane wcześniej pozytywne bodźce do zatrudnienia czy rozwój rynku kapitałowego, jest jak najbardziej związany z podstawową funkcją systemu emerytalnego, czyli zapewniania odpowiednich dochodów na okres starości.

Wg analizy M. Gronickiego i J. Jankowiaka, II filar systemu emerytalnego wspomagał raczkujący pod koniec lat 90-tych rynek kapitałowy w Polsce. OFE były i są instytucjami umożliwiającymi finansowanie długookresowych projektów.

W 15 spółkach giełdowych fundusze posiadają dziś około 40% akcji. W 39 spółkach ich udział przekracza 30%. W kolejnych zaś 220 udział inwestycji OFE przekracza 5% kapitału. Ogółem, członkowie OFE są współwłaścicielami 307 spółek notowanych na GPW, w tym 273 spośród 438 spółek notowanych na głównym parkiecie GPW.

W końcu 2012 r. fundusze posiadały zainwestowane 112 mld złotych w akcje spółek giełdowych i obligacje BGK przeznaczone na budowę autostrad. Z tej kwoty 94,6 mld zł fundusze ułożyły w akcje. W tym samym czasie ekspozycja funduszy inwestycyjnych na GPW sięgała 33 mld zł. OFE są największym polskim, instytucjonalnym inwestorem giełdowym.

W styczniu 2013 r. OFE posiadały inwestycje w wysokości 95,7 mld zł przy kapitalizacji spółek krajowych wynoszącej 761,5 mld zł i tzw. *free float* wynoszącym blisko 350 mld zł.

Polityka lokacyjna OFE stabilizuje rynek funduszy inwestycyjnych (dalej FI). Udział OFE w finansowaniu zadłużenia krajowego Skarbu Państwa na koniec września 2012 roku wyniósł 21,1%. Przy blisko 50 proc. udziale w strukturze rynku długu nierezydentów OFE są jedynym liczącym się

niebankowym inwestorem instytucjonalnym na rynku FI. Bez OFE ekspozycja na ryzyko zewnętrzne na rynku długu musiałaby zbliżyć się do bardzo niestabilnej struktury węgierskiej (blisko 80 proc.).

W latach 1999-2012 OFE skumulowały 270 mld zł aktywów, czyli 16,9% PKB z roku 2012.

Wpływ OFE na gospodarkę Polski należy rozpatrywać w krótkim okresie (kiedy nie zmieniają się relacje zasobów kapitału, pracy oraz „technologii”), średnim okresie (kiedy zmieniają się relacje zasobów kapitału i pracy, a nie zmieniają się zasoby „technologii”) oraz długim okresie (kiedy zmieniają się zasoby wszystkich czynników wzrostu).

Polska gospodarka w latach 1999-2012, wg oficjalnych szacunków, nie zaznała recesji. Były kwartały spadku PKB kw/kw (IVkw96, IVkw98, Iikw00, II i IVkw01, IVkw08). Wzrost gospodarczy miał miejsce pomimo stosunkowo niskiej skłonności do oszczędzania (jednej z najniższych w UE).

Najważniejsze wnioski z symulacji skutków makroekonomicznych niewprowadzenia OFE dla polskiej Gospodarki, które są następujące:

1. Niewprowadzenie OFE można potraktować jako stały destymulator. W efekcie w 2012 roku nominalny PKB mógłby być o 6,99% mniejszy niż historycznie osiągnięty.
2. Niższe mogłyby być realne tempo wzrostu PKB, na przykład w 2012 roku o 0,7%.
3. Niższa dynamika wzrostu gospodarczego mogłaby zwiększyć bezrobocie. Np. w 2012 roku stopa bezrobocia wg BAEL-u mogłaby się powiększyć o 2,21 pkt. proc.
4. Popyt krajowy, nominalny, mógłby być mniejszy o 7,64%.
5. Mniejsza dynamika popytu krajowego niż PKB mogłaby poprawić nierównowagę zewnętrzną. Zarówno eksport netto jak i CA (rachunek bieżący w bilansie płatniczym) mogłyby być większe niż historyczne odpowiedniki.
6. Eliminacja transferów do OFE spowodowałaby poprawę relacji w sektorze finansów publicznych: mniejszy byłby deficyt oraz dług publiczny. Jednak nadal deficyt w okresie kryzysu finansowego (2009-12) przekraczałby i to znacznie 3% PKB, a relacja długu publicznego w latach 2011-12 mogłaby przekroczyć 50%.
7. Słaba skłonność do oszczędzania nie pozwoliłaby na istotne zmniejszenie długu zagranicznego. Mniejszy PKB doprowadziłoby do istotnego wzrostu relacji długu do PKB nawet o blisko 6,6 pkt proc.¹⁹

¹⁹ M.Gronicki, J.Jankowiak, OFE i gospodarka Polski w latach 1999 – 2013, Gdynia-Warszawa, 26.04.2013 r., str. 20'

UPRAWNIENIA CZŁONKÓW OFE DO ŚRODKÓW ZGROMADZONYCH W OFE

Kolejną istotną kwestią do ustalenia, której brak w Raporcie, a która rzutuje na ocenę Raportu i rekomendacji w nich zawartych jest ustalenie, jaki charakter prawny posiadają środki trafiające do OFE. Spojrzenie z punktu widzenia ubezpieczonego ujawnia szereg ich prywatnoprawnych atrybutów.

Wg analizy Instytutu Allerhanda:

- 1) środki te, mając swoje źródło w części przychodu członka OFE, od momentu odprowadzenia do ZUS aż do ich wypłaty przez OFE, zachowują swoją tożsamość (są indywidualnie powiązane z osobą ubezpieczoną). OFE są też zobowiązane do przeliczania środków na jednostki rozrachunkowe (art. 99 ust. 1 Ustawy o Organizacji i funkcjonowaniu Funduszy Emerytalnych, dalej UOFE) – na ich podstawie członek OFE jest w stanie na bieżąco ocenić stan swej inwestycji emerytalnej i nadzorować dysponowanie środkami przez OFE.
- 2) relacja członka OFE z funduszem oparta jest na prywatnoprawnej umowie wzajemnej (art. 81 UOFE). To ubezpieczony wchodzi w relację z OFE, którą reguluje umowa, będąca podstawą wzajemnych stosunków.
- 3) ustawa przypisuje członkom OFE szereg istotnych uprawnień w stosunku do ich środków w OFE, które należy rozpatrywać jako uprawnienia realizowane w sferze *dominium*: prawo do przeniesienia środków do innego – konkurencyjnego – OFE (art. 84 UOFE); prawo zapisania środków w OFE wybranym spadkobiercom (art. 82 UOFE); zasadę podziału środków jako części majątku wspólnego małżonków (art. 126 UOFE) – z czego wynika, że wspomniane środki należą do majątku wspólnego małżonków; prawo domagania się od OFE (ściślej: od PTE) odszkodowania za wszelkie szkody spowodowane niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem obowiązków przez PTE (zarządzające danym OFE) w zakresie zarządzania funduszem i jego reprezentacji (art. 48 UOFE). Wymienione uprawnienia są wieczone wierzytelnością wobec funduszu o wypłatę emerytury w momencie uzyskania przez ubezpieczonego uprawnień emerytalnych, której wysokość jest zależna od ilości kontrybuowanych przez ubezpieczonego środków (składek) oraz skuteczności zarządzania portfelem inwestycyjnym OFE przez PTE.
- 4) konstrukcyjnie OFE są zbliżone do funduszy inwestycyjnych – w obu przypadkach środki są zarządzane przez specjalny podmiot (PTE w przypadku OFE, TFI w przypadku FI) na rzecz powierzającego. Wycena zagregowanej wartości wpłat oraz zwrotu z inwestycji znajduje odzwierciedlenie w wycenie – odpowiednio – jednostek rozrachunkowych bądź jednostek uczestnictwa. W ten sposób dochodzi do mediatyzacji własności ubezpieczonych/inwestorów przez konstrukcję prawną funduszu.
- 5) zakwalifikowanie środków w OFE do sfery mienia osób ubezpieczonych (i przedmiotu ich uprawnień) potwierdza orzecznictwo międzynarodowe. W sprawie *'E.B. przeciwko Węgrom'* (34929/11) Europejski Trybunał Praw Człowieka badał, czy prywatna własność środków zgromadzonych w prywatnych funduszach emerytalnych została naruszona. *Ergo* – Trybunał potwierdził, że środki są przedmiotem prywatnej własności.
- 6) ZUS (ani inny organ skarbu państwa) nie posiada żadnych uprawnień właścicielskich w stosunku do składek. Jest on zobowiązany tylko i wyłącznie do poboru składek i ich bezzwrotnego przekazania do OFE. Powyższy obowiązek jest zabezpieczony prywatnoprawnymi sankcjami. ZUS jest bowiem zobowiązany do zapłaty odszkodowania i pokrycia szkody wynikającej z opóźnionego przekazania składek do OFE. Uwypukla to bezzasadność ewentualnej tezy o publicznym charakterze środków w OFE: w przypadku jej przyjęcia należałoby bowiem uznać, że skarb państwa jest zobowiązany do zapłaty odsetek za opóźnione przekazanie publicznych środków do innego zbioru publicznych środków.

Charakter środków w OFE wg SN

Źródłem pewnej konfuzji w debacie wokół OFE jest orzecznictwo Sądu Najwyższego. W wyroku z 04.06.2008 r. (II UK 12/08), SN uznał, że „składka emerytalna, z uwagi na jej przeznaczenie na tworzenie funduszu emerytalnego, posiada publicznoprawny ubezpieczeniowy charakter, który zachowuje nadal po przekazaniu przez ZUS jej części do funduszu [tj. OFE]”.

Upatrywanie w stanowisku SN zanegowania własnościowego charakteru środków w OFE nie znajduje pokrycia w treści orzeczenia – odnośne, idące w tym kierunku fragmenty były jedynie przytoczeniem poglądów doktryny – *nota bene* SN przytaczał też poglądy przeciwnie. **Sąd Najwyższy nie musiał tego dylematu rozstrzygać, ponieważ spór nie dotyczył charakteru prawnego środków w OFE, ale samego obowiązku odprowadzania składek.**

W drugim często powoływanym judykacie z 24.01.2013 r. (V CSK 63/12) SN wprawdzie uznał, że „składki na ubezpieczenie emerytalne odprowadzane do funduszu nie są prywatną własnością członka funduszu, a pochodzą z podziału przekazywanej ZUS składki na to właśnie ubezpieczenie i przeliczone na jednostki rozrachunkowe stanowią podstawę nabywania przez członka funduszu uprawnień częściowych do przyszłej emerytury do czasu nabycia prawa do całości środków zgromadzonych na indywidualnym koncie”, jednakże kontekst, w jakim pogląd ten został sformułowany, rzutuje w sposób decydujący na jego prawidłowe rozumienie: **otóż cytowane orzeczenie SN chroni system emerytalny przed jego „rozmontowaniem” na podstawie prywatnoprawnych roszczeń. Spór leżący u podstaw przytoczonego wyroku SN dotyczył możliwości żądania przez ubezpieczonego wypłaty jego środków z OFE na podstawie prawa własności.**

Nawet najdalej idące sformułowanie, którym posłużył się SN, nie może być prawidłowo rozumiane bez uwzględnienia kontekstu – w uchwale składu 7 sędziów z 5.04.2006 r. (III CZP 121/05). Sąd Najwyższy stwierdził, że „składki na ubezpieczenie emerytalne odprowadzane do funduszu nie są prywatną własnością członka funduszu, a przeliczone na jednostki rozrachunkowe stanowią podstawę nabywania przez niego uprawnień częściowych do przyszłej emerytury do czasu nabycia prawa do całości środków zgromadzonych na indywidualnym koncie. Składka po przekazaniu do funduszu zachowuje nadal swój publicznoprawny ubezpieczeniowy charakter”. Pogląd ten został sformułowany jako fragment uzasadnienia prawa ubezpieczonego do żądania wydania przez ZUS decyzji administracyjnej w trybie art. 83 ust. 1 ustawy z 13.10.1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (t.jedn. Dz.U. Nr 205, poz. 1585 ze zm.). Również i ten wyrok – podobnie jak dwa poprzednio przytoczone – służy ochronie systemu emerytalnego (konkretnie OFE) przed źle pojmowanym prawem własności.

Z punktu widzenia systemowego byłoby więc rodzajem interpretacyjnej „perwersji” wykorzystanie tych – chroniących system emerytalny orzeczeń – jako argumentów mających przemawiać za dopuszczalnością nacjonalizacji tegoż systemu.

Co więcej, ustrojowo nie jest dopuszczalne wywodzenie z orzecznictwa Sądu Najwyższego przesadzających wniosków co do zakresu ochrony własności w rozumieniu Konstytucji. Przyjęcie prywatno- bądź publicznoprawnej kwalifikacji przez SN nie determinuje jeszcze o zakresie gwarancji konstytucyjnych – dokonanie ustaleń w tej mierze pozostaje w kognicji Trybunału Konstytucyjnego.

Środki w OFE a Konstytucja

Trybunał Konstytucyjny (dalej TK) parokrotnie wypowiedział się w przedmiocie ochrony prawnej roszczenia o świadczenia emerytalne. Przytoczenia wymaga orzeczenie TK z 1.02.1992 r. (sygn. 14/91), w którym Trybunał odmówił uznania ekspektatywy emerytalnej jako przedmiotu konstytucyjnej ochrony własności. W uzasadnieniu TK wskazał na brak ekwiwalentności między przyszłym ubezpieczeniem a wpłacaną składką. Na skutek wprowadzenia reformy emerytalnej z 1997 r. sytuacja uległa jednak zmianie: obecnie w Polsce nie obowiązuje system zdefiniowanego świadczenia, lecz system zdefiniowanej składki. Jednocześnie. Wyrok Trybunału można więc obecnie interpretować *a contrario* na rzecz ochrony środków w OFE.

Potwierdzenie powyższego rozumowania można znaleźć w orzeczeniu TK z 19.10.1993 r. (K 14/92), zgodnie z którym „*prawa ubezpieczonego do świadczeń mają znamiona własności jako tzw. własność z renty, ponieważ przynajmniej częściowo stanowią ekwiwalent własnego świadczenia w postaci składki ubezpieczonego na rzecz Funduszu Ubezpieczeń Społecznych. Bez względu zatem na stosunek prawny, w wyniku którego prawo do tego świadczenia powstało, ubezpieczony powinien korzystać z poręki całkowitej ochrony własności osobistej.*”

Warto przytoczyć również orzeczenie TK z 22.06.1999 r. (K 5/99), w myśl którego „*świadczenia emerytalno-rentowe stanowią przedmiot praw podmiotowych, nabytych przez ubezpieczonego w związku z jego własnym udziałem w tworzeniu funduszu ubezpieczeniowego. [...] Wiąż między wkładem pracy pracownika a gromadzonym funduszem ubezpieczeń społecznych stanowi podstawową*

przesłankę materialną prawa do świadczeń, a zarazem zasadniczy argument na rzecz ochrony tych praw."

W świetle powyższego trzeba uznać, że środki zgromadzone w OFE stanowią przedmiot wielu uprawnień osób ubezpieczonych, podlegających konstytucyjnej ochronie praw nabytych. Jednocześnie środki te korzystają z ochrony na gruncie art. 21 oraz art. 64 Konstytucji.²⁰

²⁰ Dr A.Radwan, R.Mężyk, Instytut Allerhanda, Konstytucyjnoprawna ocena rekomendacji dotyczących II filara systemu emerytalnego zawartych w rządowym przeglądzie funkcjonowania systemu emerytalnego z dnia 26.06.2013 r., Kraków, lipiec 2013 r., str. 12-28;

OCENA OGÓLNA REKOMENDACJI

Fałszywa diagnoza odbiera racje bytu wyprowadzonym z niej rekomendacjom. Wszystkie propozycje zmierzają do zdecydowanego ograniczenia, a większość *de facto* do likwidacji OFE.

Prezentowane w Raporcie rekomendacje zmierzają w każdym przypadku do przejęcia znacznej części zasobów zgromadzonych w OFE i przekierowania ich do repartycyjnego systemu ZUS. Sama decyzja, że nie będzie kapitałowych emerytur, a transfer aktywów z OFE rozpocznie się na 10 lat przed emeryturą, zredukuje do połowy zasoby OFE, ograniczy bezpieczeństwo przyszłych świadczeń i zwiększy ryzyko ich zmniejszenia w przyszłości w wyniku napięć w finansach publicznych.

Propozycje te dalekie są od zrównoważonego działania respektującego cele wszystkich stron tworzących system emerytalny.

W związku z powyższym, żadna z zaprezentowanych w Raporcie rekomendacji nie jest możliwa do zaakceptowania, ponieważ wszystkie te propozycje zwiększają ryzyko nadmiernego zadłużenia państwa w przyszłości i grożą skutkami przeciwnymi do tytułu Raportu: „Bezpieczeństwo dzięki zrównoważeniu”.

Rekomendacja I, mówi o tym, że środki gromadzone przez nas w OFE już na 10 lat przed osiągnięciem przez ubezpieczonych wieku emerytalnego mają zostać przekazane do ZUS, gdzie od razu zostaną zużyte na wypłatę bieżących świadczeń emerytalnych innym ubezpieczonym. W konsekwencji, pieniądze gromadzone przez ubezpieczonych w OFE, już 10 lat przed osiągnięciem przez nas wieku emerytalnego, przestają pracować w gospodarce na rzecz ubezpieczonych. Dla obecnie pracujących i płacących składki, jest to propozycja bardzo niekorzystna, bo oznacza, że zgromadzimy mniejsze oszczędności i otrzymamy niższe emerytury. Jest to również rozwiązanie bardzo niekorzystne dla pokolenia naszych dzieci. Pieniądze, przekazane z OFE do ZUS, zostają wycofane z rynku i przestają pracować w gospodarce, co osłabia wzrost gospodarki. Ponadto wzrasta ryzyko nadmiernego zadłużenia państwa i konieczność zmniejszenia emerytur w przyszłości.

Umorzenie obligacji Skarbu Państwa i zmuszenie OFE do inwestycji wyłącznie w akcje, o czym mowa w Rekomendacji II, zwiększyłoby ogromnie ich ryzyko i w przypadku bessy doprowadziłoby do utraty zaufania i presji na ostateczną likwidację OFE. Przegląd regulacji dotyczących inwestycji funduszy emerytalnych wszelkiego typu w roku 2012 w 59 państwach świata [OECD 2013] wskazuje, że nigdzie nie ma takiego zakazu. Efektem całościowego umorzenia instrumentów skarbowych OFE byłoby:

- 1) zmniejszenie długu publicznego o ok. 123 mld zł. Do 717,5 mld zł., czyli o 13,9% obecnej wartości z poziomu 52,7% PKB do 45,0% PKB (dane na koniec 2012 r.),
- 2) rynek krajowych skarbowych papierów wartościowych zmniejszyłby się z 561,6 mld zł. Do 438,6 mld. Zł. Czyli o 21,9% (dane na koniec marca 2013 r.),
- 3) zmiana struktury inwestorów na rynku krajowego długu publicznego.

Efekty negatywne to zwiększenie zadłużenia ukrytego, zmniejszenie płynności rynku obligacji skarbowych, zwiększenie zależności rynku o inwestorów zagranicznych oraz ich nagłego wyjścia z Polski. Może pogorszyć się również wiarygodność kredytowa państwa.²¹

Propozycje dobrowolności przynależenia do OFE, o czym mowa w Rekomendacji III i IV, stanowią swoistą „pułapkę” dla ubezpieczonych i można je raczej określić jako „przymus wyboru”. Zarówno III jak i IV wariant przy bierności ubezpieczonych i intensywnej kampanii, mającej na celu przekonanie

²¹ Wyliczenia Dariusz Stańko;

„jak złe są OFE” i „jak dobry jest ZUS”, doprowadziłyby do rozłożonej w czasie likwidacji OFE. Powszechny system emerytalny w Polsce byłby w całości repartycyjny. Wprawdzie nie oznaczałoby to powrotu do starego systemu, bowiem nowy pierwszy filar zdecydowanie różni się od starego systemu emerytalnego. Jednak byłby to odwrót od kapitalizacji i powrót do systemu opartego tylko na jednej metodzie finansowania.

W każdym z proponowanych wariantów ich wynik będzie taki sam. Zamiast dywersyfikacji ryzyka, ryzyko dla przyszłych emerytów zostanie zwiększone, a w konsekwencji wysokość przyszłych świadczeń może być niższa, a nie wyższa jak sugeruje to raport.

OCENA PRAWNA POSZCZEGÓLNYCH WARIANTÓW wg analizy Instytutu Allerhanda²²

REKOMENDACJA I DOT. SPOSOBU WYPŁAT EMERYTUR Z FILARA KAPITAŁOWEGO, czyli stopniowe przenoszenie środków z OFE na subkonto w ZUS przez 10 lat przed osiągnięciem wieku emerytalnego i wypłata świadczenia emerytalnego oraz jego waloryzacja na takich samych zasadach jak obowiązujące w I filarze.

Ochrona praw OFE

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

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

Skrócenie czasu, w jakim OFE jest uprawnione do inwestowania i zarządzania środkami, stanowi pozbawienie OFE części ich aktywów. Od momentu rozpoczęcia przenoszenia środków do ZUS Fundusze stopniowo tracą posiadany kapitał poprzez jego transfer do aktywów ZUS. W ten sposób dochodzi do przewłaszczenia środków na rzecz podmiotu publicznego. Spełnione są zatem kryteria pojęcia wywłaszczenia z wyroku TK z 8 maja 1990 roku w sprawie do sygn. akt K 1/90, zgodnie z którym wywłaszczenie to każda forma pozbawienia własności na rzecz podmiotu państwowego. Brak jest jednakże dwóch pozostałych konstytutywnych elementów wywłaszczenia, które pozwalałyby na uznanie realizacji Rekomendacji I za posunięcie prawnie dopuszczalne: przeprowadzenia go na podstawie aktu indywidualnego (decyzji administracyjnej) oraz zagwarantowania odszkodowania podmiotowi wywłaszczanemu.²³

Rekomendacja ta zakłada wyłącznie przeniesienie środków na rzecz ZUS. Przewłaszczenie odbywa się z mocy ustawy, nie zaś na podstawie aktu indywidualnego. Jednocześnie OFE nie otrzymują jakiegokolwiek rekompensaty za utracone mienie. Własność aktywów jest przejmowana przez podmiot publiczny. W związku z tym realizacja tej Rekomendacji nie będzie stanowić – potencjalnie dopuszczalnego prawnie – wywłaszczenia, lecz powinna zostać zakwalifikowana jako nacjonalizacja mienia Funduszy. Nacjonalizacja jest z kolei prawnie niedopuszczalnym sposobem naruszenia przez władze publiczne własności prywatnej.²⁴

Przypadek powyższy należy odróżnić od możliwości wycofania środków z OFE przez ich właścicieli (lub ich utratę przez OFE wskutek rozwodu oszczędzającego lub jego śmierci). W tych przypadkach dochodzi bowiem do realizacji jednej z możliwości prywatnoprawnej relacji pomiędzy osobami ubezpieczonymi a OFE, jako podmiotem zarządzającym ich środkami. Wskutek ziszczenia się określonej sytuacji (lub zaistnienia stosownej dyspozycji ze strony osoby ubezpieczonej) OFE realizują swój obowiązek w postaci wypłaty bądź transferu środków. Zupełnie innej natury jest natomiast wkroczenie państwa w tę sferę i przewłaszczenie środków na rzecz podmiotu publicznego (ZUS) w sposób zmieniający dotychczasowe ramy prawne funkcjonowania OFE. W tym zakresie efekt działania ustawodawcy przekracza ramy ewentualnego ryzyka gospodarczego OFE i przejmuje środki niezależnie od jakichkolwiek decyzji (bądź zdarzeń faktycznych) po stronie OFE lub ich członków.²⁵

Należy wskazać, że przeniesienie środków do ZUS nie może zostać zaakceptowane jako zmiana ogólnych reguł własności środków wykonywanej przez OFE. Otóż dotychczasowe uregulowania

²²Dr A.Radwan, R.Mężyk, Instytut Allerhanda, Konstytucyjnoprawna ocena rekomendacji dotyczących II filara systemu emerytalnego zawartych w rządowym przeglądzie funkcjonowania systemu emerytalnego z dnia 26.06.2013 r., Kraków, lipiec 2013 r.

²³ Zob. Woś Tadeusz: „Wywłaszczenie nieruchomości i ich zwrot”, Warszawa 2007, Rozdz. I Nb. 4.

²⁴ Zob. Wyrok TK z dnia 19 maja 2001 roku w sprawie do sygn. akt K 5/01.

²⁵ Brak zasadności argumentu, jakoby nacjonalizacja środków prowadziła do efektu, który i tak mógłby nastąpić wskutek decyzji członków OFE (i stąd miałyby być uwypukla porównanie tejże sytuacji z ewentualną nacjonalizacją części własności przedsiębiorstw prywatnych. Również i w tym przypadku mógłby paść argument, że znacjonalizowana część własności przedsiębiorstw mogłaby zostać utracona wskutek normalnej działalności rynku (lub decyzji przedsiębiorcy czy jego kontrahentów). W ten sposób staje się oczywiste, w jak dużym stopniu działalność nacjonalizacyjna przekracza sferę zwyczajnego ryzyka gospodarczego.

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

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

Opisywana nacjonalizacja środków z OFE nie stanowi wykonywania przez ustawodawcę kompetencji na gruncie art. 67 ust. 1 Konstytucji²⁶. Poprzez przyznanie własności środków podmiotom prywatnym (osoby ubezpieczone oraz OFE) państwo wyzbyło się ich z domeny publicznej i stąd jest zobowiązane do ich ochrony jako przedmiotu własności prywatnej. Należy tu przytoczyć stanowisko TK wyrażone w wyroku z dnia 19 maja 2001 roku w sprawie do sygn. akt K 5/01, zgodnie z którym państwo jest zobligowane do respektowania faktu, że część jego majątku opuściła była domenę publiczną i fakt uprzedniej przynależności tychże środków do majątku państwa nie uzasadnia ingerencji w tak powstałą własność prywatną.

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

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

Również i na gruncie umów o wzajemnej ochronie i popieraniu inwestycji (BIT) nacjonalizacja środków zgodnie z Rekomendacją I może prowadzić do odpowiedzialności odszkodowawczej państwa w stosunku do inwestorów zagranicznych objętych ochroną państw, z którymi Rzeczpospolita Polska zawarła umowy o ochronie inwestycji (BIT). W tym zakresie należy wskazać, że efekt nacjonalizacji środków osiągany jest bezpośrednio, poprzez wprowadzenie w życie regulacji nakazującej przejmowanie środków przez podmiot państwowy. Rodzi to obowiązek odszkodowawczy państwa przeprowadzającego nacjonalizację.²⁷

Ochrona praw członków OFE

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

²⁶ Art. 67 ust 1 Konstytucji: „Obywatel ma prawo do zabezpieczenia społecznego w razie niezdolności do pracy ze względu na chorobę lub inwalidztwo oraz po osiągnięciu wieku emerytalnego. Zakres i formy zabezpieczenia społecznego określa ustawa.”

²⁷ W opisywanym kontekście BIT należy zauważyć trudności z określeniem dokładnego zakresu szkody ponoszonej przez zagranicznych inwestorów w momencie nacjonalizacji aktywów OFE. O ile bowiem aktywa OFE zostaną niewątpliwie uszczuplone, o tyle dla oceny szkody ponoszonej przez inwestorów znaczenie będzie miał fakt, że środki posiadane przez OFE byłyby w dłuższej perspektywie czasowej w dużej części zużyte na wypłatę emerytur. Stąd ewentualne odszkodowanie musiałoby odnosić się do szkody w całości inwestycji wynikającej z pozbawienia OFE aktywów (w tym – z braku możliwości inwestowania ich przez okres po nacjonalizacji), nie zaś – do samej wysokości utraconych aktywów.

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

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

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

Wymaga podkreślenia, że nie sposób jest zrównywać stosunku zachodzącego pomiędzy osobą ubezpieczoną a OFE ze stosunkiem łączącym ubezpieczonego z ZUS. W pierwszym bowiem przypadku wierzytelność (i wiązka uprawnień) osoby ubezpieczonej wobec OFE ma konkretny przedmiot, którym są środki zgromadzone w OFE (lub ich ekwiwalenty). W przypadku ZUS natomiast wierzytelność nie ma pokrycia w środkach FUS – wpływające składki są przeznaczane na bieżące wypłaty emerytur i innych świadczeń socjalnych. Zmianie ulega przy tym nie tylko przedmiot zobowiązania, ale i podmiot zobowiązany. Na miejsce OFE wstępuje z mocy prawa ZUS. O doniosłości takiej zmiany dla wierzyciela (czyli dla osoby ubezpieczonej) świadczy fakt, że na gruncie prawa cywilnego zmiana dłużnika wymaga zgody wierzyciela.²⁸ Adnotacja ta byłaby pozbawiona mocy perswazyjnej jeszcze kilka lat temu, kiedy to niewypłacalność państw była zjawiskiem sporadycznym – przeciwnie, to państwo jawiło się jako najbardziej wiarygodny dłużnik. W dobie kryzysu finansowego (*sovereign debt crisis*) założenie to nie polega już na aksjomacie.

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

„Trzeba (...)zwrócić uwagę na fakt, że ochrona własności publicznej przed ingerencją ustawodawcy jest słabsza niż prywatnej. Za taką interpretacją przemawia wykładnia systemowa. Szczególne reguły dotyczące ochrony własności zostały określone w art. 64 ust. 3 Konstytucji, znajdującym się w Rozdziale II dotyczącym statusu człowieka i obywatela. Przynajmniej jednak ustawodawca ma znaczną swobodę w kształtowaniu ustroju i mechanizmów funkcjonowania instytucji publicznych, a więc w szczególności zakresu ich własności. Jak zauważono w literaturze, własność publiczna w odróżnieniu od prywatnej nie stanowi abstrakcyjnej wartości, lecz jest podporządkowana realizacji określonych zadań publicznych.”²⁹

²⁸ Zob. art. 519 Kodeksu Cywilnego.

²⁹ Słok, Piotr: „Głosa do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 16 lipca 2009 roku (sygn. akt Kp 4/08)”, Przegląd Sejmowy nr 3/2010, s. 152.

Nie podlega w tym zakresie wątpliwości, że o ile nawet ustawodawca stworzyłby takie warunki przeniesienia środków z OFE do ZUS, które całkowicie chroniłyby uprawnienia członków OFE (co na gruncie Przeglądu nie ma miejsca), przyszła ochrona prawna relacji pomiędzy osobami ubezpieczonymi, a ich środkami, uległaby znacznemu osłabieniu. Środki – wchodząc do ZUS – stają się częścią domeny publicznej. Ich właścicielem staje się ZUS, będący jednostką skarbu państwa. W ten sposób prawna ochrona osób ubezpieczonych podlega dalszej erozji, ponieważ osłabia sytuację prawną ubezpieczonych na wypadek przyszłych reform ograniczających ich uprawnienia emerytalne. Państwo jest bowiem – jak opisano w powyżej przytoczonym cytacie – uprawnione do instrumentalnego traktowania swej własności i jej podporządkowania realizacji zadań publicznych. Zachodzącą tutaj różnicę w ochronie prawnej dobrze ilustruje orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej ETPC). O ile bowiem środki zgromadzone w prywatnych funduszach emerytalnych są przez Trybunał uznawane za przedmiot konwencyjnie chronionego prawa własności osób ubezpieczonych³⁰, o tyle ochronie takiej nie podlegają środki zgromadzone w państwowym systemie emerytalnym. W tym zakresie Trybunał respektuje państwową kompetencję do kształtowania sposobu zarządzania *państwowymi* środkami przeznaczonymi na zabezpieczenie emerytalne obywateli.³¹

Na gruncie Konstytucji powyżej opisaną różnicę ilustruje szeroka kompetencja ustawodawcy na podstawie art. 67 ust. 1 Konstytucji. Postanowienie to daje państwu możliwość ustawowego ukształtowania systemu socjalnego, przy jednoczesnym zapewnieniu ubezpieczonym istoty uprawnień z wspomnianej normy. Stąd TK przyjął szeroką kompetencję do działań ustawodawcy, co wynika m.in. z przynależenia środków – przeznaczanych na opiekę społeczną – do skarbu państwa³². W przeciwieństwie do tego, środki stanowiące mienie prywatne są poddane o wiele dalej idącej ochronie prawnej, zaś każda ingerencja w ich własność podlega badaniu pod kątem konstytucyjnej ochrony prawa własności.

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

Przeprowadzenie opisanej redukcji uprawnień osób ubezpieczonych, w szczególności pozbawienie osób ubezpieczonych wiarygodności w stosunku do realnie zgromadzonych środków, pozbawienie osób ubezpieczonych możliwości dysponowania środkami, pozbawienie osób ubezpieczonych prawa do czerpania korzyści z inwestowania środków przez prywatne podmioty z szansą powiększenia oszczędzanego kapitału oraz osłabienie ochrony prawnej wskutek przeniesienia środków do podmiotu państwowego może stanowić również naruszenie zasady ochrony praw nabytych z art. 2 Konstytucji.

REKOMENDACJA II DOT. LIKWIDACJI CZĘŚCI NIEAKCYJNEJ OFE

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

Ochrona praw OFE

Jak wskazano powyżej, istotą Rekomendacji II jest przejęcie przez ZUS środków, które OFE ulokowały w innych aniżeli akcje papierach wartościowych. Aktywa te stanowią około 50% całości aktywów OFE.³³

W związku z powyższym do oceny Rekomendacji II w pełni zastosowanie znajduje ocena przedstawiona powyżej w odniesieniu do Rekomendacji I. Przejęcie części nieakcyjnej OFE to bowiem przewłaszczenie około połowy majątku OFE na rzecz ZUS. Operacja ta różni się od przeniesienia

³⁰ Wyrok ETPC z dnia 15 stycznia 2013 w sprawie E.B. przeciwko Węgrom (skarga nr 34929/11).

³¹ Wyrok ETPC w sprawie z dnia 12 października 2004 roku w sprawie Kjartan Ásmundsson przeciwko Islandii (skarga nr 60669/00).

³² Wyrok TK z dnia 8 czerwca 2009 roku w sprawie do sygn. akt SK 37/2009.

³³ Urząd Komisji Nadzoru Finansowego: "Informacja o działalności inwestycyjnej funduszy emerytalnych w okresie 31.03.2010 – 19.03.2013", Warszawa 2013, s. 28 i kolejne.

majątku z Rekomendacji I jedynie zakresem czasowym: o ile w przypadku Rekomendacji I nacjonalizacja rozpoczyna się na 10 lat przed przejściem przez daną osobę na emeryturę (i dotyczy całości środków ubezpieczonego), o tyle w przypadku Rekomendacji II nacjonalizacja ma charakter niezależny od aspektu temporalnego i dotyczy ogólnego majątku OFE (nie zaś środków przyporządkowanych do konkretnych ubezpieczonych).

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

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

Ochrona praw członków OFE

W przypadku Rekomendacji II naruszenie praw osób ubezpieczonych w OFE ma charakter pośredni. Rekomendacja II nie zakłada bowiem przeniesienia środków osób ubezpieczonych, lecz środków samych Funduszy. Należy jednakże zauważyć, że OFE nie posiada środków, które nie pochodziłyby od jego członków.³⁴

Niestety Przegład w żaden sposób nie odnosi się do kwestii uprawnienia osób ubezpieczonych do nacjonalizowanych środków. Rekomendacja II zakłada jedynie propozycję utrzymania określonych uprawnień do tychże środków, jednocześnie zapewniając zachowanie ich indywidualnego przyporządkowania do osób ubezpieczonych. W tym zakresie należy zauważyć, że aktywa Funduszu nie są inwestowane odmiennie w zależności od ich przynależności do określonych ubezpieczonych, lecz lokowane są jako aktywa Funduszu w ogólności. Stąd uzasadnione wydaje się przyjęcie, że wyprowadzenie wskazanej w Rekomendacji II części środków do ZUS dotknie w takim samym wszystkich członków Funduszu. Zatem około 50% środków odłożonych w OFE ulegnie nacjonalizacji.³⁵

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

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

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

Poboczne propozycje Rekomendacji II

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

³⁴ Wynika to z wyliczenia aktywów OFE zawartego w art. 6 UOFE.

³⁵ Założenie to jest uzasadnione także wnioskiem, że OFE nie byłyby w stanie utrzymać zgromadzone przez siebie składki w nienaruszonej wysokości, przy jednoczesnym zobowiązaniu do przeniesienia połowy aktywów OFE na ZUS.

większa prawdopodobieństwo uznania aktywności ustawodawcy za przypadek pośredniej lub „pełzającej nacjonalizacji” w rozumieniu orzecznictwa arbitrażowego dotyczącego BIT.

Pozostałe propozycje zawarte w Rekomendacji II – przy zastrzeżeniu wysokiego poziomu ich ogólności – nie budzą zastrzeżeń prawnych. Prawnie dopuszczalne jest dookreślenie możliwego lokowania środków przez OFE, w tym nałożenie na OFE zakazu nabywania państwowych papierów dłużnych czy dopuszczenie inwestowania przez Fundusze w prywatne komercyjne papiery dłużne i inne komercyjne instrumenty finansowe. Analogicznie nie budzi zastrzeżeń zniesienie benchmarku wewnętrznego, jako mechanizmu oceny efektywności Funduszy, jak również – powiązanego z tym pierwszym – mechanizmu niedoboru. Wymienione zmiany nie ingerują w istotę własności wykonywanej przez OFE czy też w uprawnienia członków Funduszu. Stąd uzasadnione jest ich postrzeganie jako wykonywanie kompetencji ustawodawcy z art. 64 ust. 3 oraz art. 67 ust. 1 Konstytucji³⁶.

Zmniejszenie progów ostrożnościowych z art. 86 (Ustawa o finansach publicznych, dalej UFIN) jest dopuszczalne jako wykonanie przez ustawodawcę kompetencji z art. 216 i następnych Konstytucji.

REKOMENDACJA III DOT. DOBROWOLNOŚCI UDZIAŁU W CZĘŚCI KAPITAŁOWEJ SYSTEMU EMERYTALNEGO

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

Ochrona praw OFE

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

Sytuacja prawna wynikająca z wcielenia w życie Rekomendacji III jest mniej jednoznaczna aniżeli w przypadku Rekomendacji I i II. Otóż w opisywanym przypadku redukcja aktywów OFE (ich przewłaszczenie na rzecz ZUS) miałyby mieć miejsce pośrednio, poprzez domyślne ponowne przypisanie członków OFE do ZUS, przy jednoczesnym dopuszczeniu wyboru przez osoby ubezpieczone pozostania w OFE (czyli „wyjścia” z reformy – model *opt-out*³⁷). Jest to sytuacja o tyle niejednoznaczna, iż środki w OFE są składnikiem mienia osób ubezpieczonych, zaś własność tychże środków wykonywana jest przez OFE – na zasadzie zbliżonej do powiernictwa – na rzecz członków OFE.

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

Oceniając ewentualne postępowanie ustawodawcy w opisanym kontekście należy wskazać, że celem działalności władz państwowych jest w dalszym ciągu (jak w przypadku Rekomendacji I i II) uzyskanie przez ZUS własności środków zgromadzonych w OFE. Świadczy o tym chociażby publiczna wypowiedź Ministra Finansów z dnia 26 czerwca 2013 roku, zgodnie z którą „*kto uzna, że w interesie Polski nie jest powiększanie długu, ten listu o pozostanie w OFE nie wyśle.*” *W ten sposób organ państwowy publicznie napiętnował ewentualną decyzję osoby ubezpieczonej o kontynuowaniu oszczędzania w OFE. Ta wypowiedź jednego z autorów Przeglądu, jak również i treść pozostałych propozycji z Przeglądu każe zinterpretować powtórny wybór uczestnictwa OFE – z jednoczesnym domyślnym przyporządkowaniem ubezpieczonych do ZUS – jako instrument mający w istocie pozbawić OFE powierniczej własności środków. Nie jest to w szczególności instrument mający służyć daniu osobom*

³⁶ Art. 64 ust. 3 Konstytucji: „Własność może być ograniczona tylko w drodze ustawy i tylko w zakresie, w jakim nie narusza ona istoty prawa własności.”

³⁷ W Przeglądzie na s. 88 mowa jest o modelu *opt-in*, co jest mylące, ponieważ opcja wyboru powinna być odnoszona do rozwiązania przyjętego przez ustawodawcę – w tym przypadku ustawodawca „domyślnie” przenosi ubezpieczonych z OFE do ZUS, to ubezpieczony może „wyjść” z tej reformy, czyli skorzystać z prawa *opt-out*.

ubezpieczonym możliwości przemyślanego inwestowania swych oszczędności. Poza wskazanym ogólnym celem Przeglądu (potwierdzonym wypowiedzią Ministra Finansów) świadczy o tym i fakt, że przyporządkowanie ubezpieczonych do ZUS ma charakter jednokierunkowy. Ubezpieczony nie może powtórnie zdecydować się na uczestnictwo w II Filarze. Gdyby jednakże propozycja z Przeglądu służyć miała ewentualnej optymalizacji procesu oszczędzania, możliwość powrotu do OFE musiałaby zostać dana na równi z możliwością powierzenia środków ZUS. Rozwiązanie proponowane w ramach Rekomendacji III jawi się zatem jako arbitralne. Efekt nacjonalizacji w tym zakresie podkreśla zapowiedź umorzenia obligacji skarbowych przejętych przez ZUS w ramach realizacji Rekomendacji III.

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

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

W opisywanym zakresie uwzględnić należy międzynarodowe orzecznictwo arbitrażowe w przedmiocie wyłączenia. Jak wskazano wyżej, podkreśla się w nim konieczność uwzględnienia całokształtu okoliczności składającej się na skutek działań państwowych. O ile pojedynczy akt państwowy rozważany indywidualnie może nie zostać uznany za akt wyłączeniowy (tu: wprowadzenie elementu wyboru OFE i ZUS), o tyle ów akt w połączeniu z innymi działaniami państwa (wprowadzenie fikcji wyboru, wypowiedzi przedstawicieli państwa) mogą złożyć się na uznanie całości działań państwowych za postępowanie prowadzące do wyłączenia inwestycji. Wprowadzona w ramach Rekomendacji III reforma nie może ignorować behawioralnych uwarunkowań, które – co zostało empirycznie dowiedzione – kwestionują tezę o racjonalności wyboru.³⁸ Dlatego też każda zmiana w ramach rozwiązań fakultatywnych z opt-in na opt-out jedynie pozornie jest neutralna – rzeczywista neutralność wymagałaby przyjęcia pełnej racjonalności adresatów normy (tu: ubezpieczonych), która to racjonalność występuje jedynie w ograniczonym zakresie. Stąd też argument o dobrowolności uczestnictwa połączony z mechanizmem „domyślnego” transferu jest z punktu widzenia uwarunkowań regulacyjnych inwestycji OFE odległy od przekonującego.

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

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

Realizacja Rekomendacji III prowadzić może nadto do odpowiedzialności odszkodowawczej państwa w oparciu o umowy o wzajemnym popieraniu i ochronie inwestycji. Jak wskazano powyżej, BIT gwarantują szeroką ochronę inwestycji, w tym poprzez koncepcje pośredniej oraz pełzającej nacjonalizacji. Całokształt działań polskich władz z połączeniu z propozycjami Rekomendacji III

³⁸ Zob. Kahneman, Daniel: *Thinking, Fast and Slow*, New York 2011; Parisi, Francesco, Smith, Vernon Lomax, *The Law And Economics Of Irrational Behavior*, Stanford University Press, 2005.

jednoznacznie składa się na pozbawienie inwestycji w OFE jej ekonomicznej sensowności. W ten sposób zachodzą typowe przesłanki pośredniej nacjonalizacji, opisane w dotychczasowym orzecznictwie arbitrażowym na gruncie BIT.

Ochrona praw członków OFE

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

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

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

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

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

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

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

Poboczne propozycje Rekomendacji III

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

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

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

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

REKOMENDACJA IV DOT. DOBROWOLNOŚCI PLUS

Ochrona praw OFE

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

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

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

Wprowadzenie dodatkowego obciążenia parafiskalnego dla osób kontynuujących oszczędzanie w OFE dodatkowo powiększa prawdopodobieństwo uznania działań państwa za pośrednią nacjonalizację w rozumieniu orzecznictwa arbitrażowego związanego z umowami o wzajemnym popieraniu i ochronie inwestycji.

Ochrona praw członków OFE

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

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

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

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

Poboczne propozycje Rekomendacji IV

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

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

WNIOSKI KOŃCOWE:

Raport napisany jest z przyjętą z góry tezą o szkodliwości kapitałowej części systemu emerytalnego i OFE, zwłaszcza z punktu widzenia finansów publicznych.

Nierzetelna diagnoza (pomijanie lub bagatelizowanie czynników nie pasujących do tezy o szkodliwości OFE, przeszacowanie kosztów i ryzyk oraz niedoszacowanie korzyści z części kapitałowej, bagatelizowanie ryzyk w części repartycyjnej) nie powinna być podstawą do formułowania rekomendacji zmian.

Wpływ emerytur kapitałowych na finanse publiczne jest przeszacowany, bo opiera się na niezgodnych z rzeczywistością założeniach.

Założenie 1. Gdybyśmy nie odkładali części składki emerytalnej do OFE, tylko przeznaczyli ją na bieżące emerytury, to rząd zmniejszyłby deficyt o wartość przekazywanych do OFE składek. Tymczasem kolejne rządy zarówno przed jak i po wprowadzeniu części kapitałowej utrzymywały deficyt na poziomie średnim powyżej 4 procent i dopiero zbliżenie się do granicy dopuszczalnego zadłużenia państwa zmusiło rząd do zwiększenia dyscypliny finansowej. To potwierdza, że politycy zadłużają się tak bardzo, jak tylko mogą i wskazuje, że założenie jest bezpodstawne.

Założenie 2. Gdyby nie OFE, oprocentowanie polskich obligacji byłoby zbliżone do czeskich i niemieckich. Tymczasem niższe oprocentowanie obligacji czeskich i niemieckich wynika z wielu przyczyn, w tym budowanej przez lata wiarygodności.

Założenie 3. Nie ma pozytywnego wpływu OFE na gospodarkę za pośrednictwem rynku kapitałowego i w konsekwencji na finanse publiczne. Mimo, że zasilenie finansowe przedsiębiorstw za pośrednictwem giełdy i podniesienie jakości nadzoru wpływa na ich rozwój i wzrost zatrudnienia i w efekcie zwiększa wpływy z podatków i składek na ubezpieczenia społeczne, autorzy nie uwzględnili tego w obliczeniach.

Założenie 4. Autorzy nie uwzględnili w obliczeniach dochodów z prywatyzacji, mimo, że jest to element reformy emerytalnej.

Założenie 5. „ W I filarze i na subkontach ZUS waloryzacja kont jest proporcjonalna do wzrostu funduszu wynagrodzeń, a zatem do wzrostu przyszłych składek pobieranych przez ZUS, co zapewnia ich zrównoważenie w czasie, mimo starzenia się społeczeństwa. W związku z tym, że oba filary systemu są zrównoważone, przeniesienie części zobowiązań i przyszłych składek z jednego filaru do drugiego nie wpływa na zrównoważenie całości systemu.” To założenie jest nieprawdziwe ponieważ przyjęte pierwotnie zasady waloryzacji składek w I filarze zapewniały jego dostosowanie do sytuacji demograficznej, ale zostały zmienione i stosowana obecnie waloryzacja kont w ZUS nie zapewnia zrównoważenia systemu.

Wpływ części kapitałowej systemu emerytalnego na gospodarkę jest niedoceniany. Polska potrzebuje długoterminowych oszczędności dla sfinansowania długoterminowych inwestycji, np. w energetyce. Oszczędności emerytalne mają długoterminowy charakter i doskonale pasują do realizacji tego celu.

Ponadto OFE wpływają na poprawę jakości zarządzania spółkami, bo są bardziej wymagające wobec zarządów spółek niż Skarb Państwa, a jednocześnie są inwestorami długoterminowymi, więc nie dążą do maksymalizacji zysku kosztem ograniczenia potencjału rozwojowego przedsiębiorstw, co zdarza się w przypadku inwestorów krótkoterminowych.

Wszystkie warianty proponowanych zmian zwiększają ryzyko nierównowagi systemu emerytalnego w długim okresie i to wbrew podtytułowi raportu „Bezpieczeństwo dzięki zrównoważeniu”.

Brak analizy zgodności rekomendacji z konstytucją i prawem europejskim świadczy o lekceważącym stosunku do praw obywatelskich. Tymczasem przesunięcie aktywów z OFE do ZUS oznacza zamianę prawa własności, silnie chronionego przez polską konstytucję i prawo europejskie, na znacznie słabsze prawo do świadczenia socjalnego wypłacanego w ramach możliwości finansów państwa.

Realizacja rekomendacji zawartych w raporcie prowadzi do:

- A) konfliktu z konstytucyjną ochroną własności OFE, jak również i członków OFE na podstawie art. 21 oraz art. 64 Konstytucji,
- B) konfliktu z ochroną własności OFE, jak również i członków OFE na podstawie art. 1 Protokołu EKPC, a także na podstawie art. 17 ust. 1 KPP,

- C) konfliktu z ochroną inwestycji spółek prowadzących OFE na podstawie umów o wzajemnym popieraniu i ochronie inwestycji (BIT).
- D) konfliktu z zasadą ochrony praw nabytych z art. 2 Konstytucji.
- E) konfliktu z konstytucyjną zasadą pewności prawa oraz z zasadą ochrony interesów w toku z art. 2 Konstytucji.

Faktycznym celem wszystkich proponowanych zmian jest zmniejszenie długu publicznego związanego z przekazywaniem części składki emerytalnej do OFE. Krótkookresowy cel fiskalny dominuje nad długoterminowym zrównoważeniem systemu emerytalnego. Wdrożenie proponowanych zmiany doprowadziłoby do marginalizacji a następnie całkowitej likwidacji OFE. **Konfederacji Lewiatan zależy na przygotowaniu i przedstawieniu takiego rozwiązania legislacyjnego i finansowego, które pozwoliłoby rządowi osiągnąć realizację ważnego celu jakim jest zmniejszenie długu publicznego, bez narażania na ryzyka rynku finansowego w Polsce oraz umożliwiającego dalsze, pożyteczne dla emerytów, funkcjonowanie drugiego filara systemu emerytalnego. Zależy nam na tym, aby w rzetelnej debacie przedstawić nasze propozycje, konfrontując je z argumentami rządu.**

Rekomendacje zawarte w raporcie nie odnoszą się do kluczowych zmian, których należy dokonać w celu zwiększenia efektywności i bezpieczeństwa zarówno części repartycyjnej jak i części kapitałowej systemu emerytalnego. Brak stanowiska wobec od dawna rozpoznanych problemów jak: waloryzacja składek na kontach i subkontach w ZUS, przywileje górników, renty dla osób niepełnosprawnych i renty po śmierci współmałżonka, poszerzenie możliwości inwestowania OFE i powiązanie wynagrodzenia za zarządzanie OFE z wynikami inwestycyjnymi.

W związku z powyższym, Konfederacja Lewiatan postuluje:

- 1) **nieprzyjmowanie przedmiotowego Raportu przez Radę Ministrów,**
- 2) **przeprowadzenie powtórnego rzetelnego obiektywnego całościowego przeglądu systemu emerytalnego, uwzględniającego postulaty i stanowiska uczestników obecnej dyskusji z ich udziałem.**

Konfederacja Lewiatan

Warszawa, 23.08.2013 r.

Załącznik 1:

Analiza Instytutu Allerhanda, „Konstytucyjnoprawna ocena rekomendacji dotyczących II filara systemu emerytalnego zawartych w rządowym przeglądzie funkcjonowania systemu emerytalnego z dnia 26.06.2013 r.”, Kraków, lipiec 2013 r.