



## **Ekspertyza naukowa (opinia)**

**w zakresie: Projektu z dnia 23.01.2011 Ustawy o zmianie niektórych ustaw związanych z funkcjonowaniem systemu ubezpieczeń społecznych.**

**przygotowana w dniu 28.02.2011 na zlecenie:**

**Kancelarii Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej**

### **Spis treści:**

<b>1. Kwestie wstępne. Metoda i założenia .....</b>	<b>3</b>
1.1 Cele w świetle kompetencji Prezydenta RP .....	3
1.2. Warsztat analizy prawnej. Gwarancje państwa w części repartycyjnej i kapitałowej ubezpieczenia emerytalnego .....	3
1.2. Kontekst europejski i międzynarodowy .....	5
1.4 Kontekst przyczyn reformy emerytalnej i wcześniejszych działań Prezydenta RP .....	6
<b>2. Obniżenie składki do OFE. ....</b>	<b>8</b>
2.1 Poprawa stanu finansów publicznych jako cel obniżenia składki do OFE.....	8
2.2 Obniżenie składki do OFE jako zmiana zasad pokrycia emerytur .....	9
2.3 Obniżenie składki do OFE w świetle realizacji normy programowej z art. 67 ust. 1 Konstytucji oraz zasady proporcjonalności .....	10
2.4 Ograniczenie realnych gwarancji wypłaty emerytur a zasada pacta sunt servanda .....	12
2.5 Długotrwałe bezpieczeństwo systemu socjalnego jako wartość konstytucyjna.....	14

2.6	Zmiana zasad pokrycia emerytur jako naruszenie zasady równości i obniżenie standardu zabezpieczenia młodszych ubezpieczonych .....	16
2.7	Obniżenie składki przekazywanej do OFE jako naruszenie umowy społecznej .....	17
2.8	Czy prawo do przekazywania części składki do OFE podlega ochronie jako prawo nabyte?.....	20
2.9	Czy zaproponowana reforma stanowi ultima ratio ochrony finansów publicznych? .....	23
<b>3.</b>	<b>Subkonta w ZUS. Czy zachowują integralność z II filarem? .....</b>	<b>25</b>
3.1	Falszywe pojęcia prawne .....	25
3.2.	Czy świadczenia i emerytury kapitałowe mogą być finansowane przez FUS? .....	26
3.3	Wypłata „świadczenia kapitałowego” czy zmiana konstrukcji emerytury okresowej?.....	27
3.4	Waloryzacja wartości zapisanej na subkoncie. PKB w cenach bieżących jako nowy indeks waloryzacyjny .....	28
<b>4.</b>	<b>Rozporządzenia środkami zgromadzonymi w OFE a podział zapisu subkonta .....</b>	<b>30</b>
4.1.	Podobieństwo regulacji Projektu do unormowań dozwolonych rozporządzeń środkami w OFE. ....	30
4.2	Dlaczego środki zgromadzone w OFE mogą być dziedziczone a zapis na subkoncie nie może? .....	31
4.3	Kwestia braku wypłaty gotówkowej z subkonta. Ocena konstytucyjna .....	32
4.4	Ocena całości propozycji w zakresie subkonta.....	33
<b>5.</b>	<b>Indywidualne konta zabezpieczenia emerytalnego (IKZE).....</b>	<b>34</b>
5.1	IKZE jako element prywatnoprawny zabezpieczenia społecznego .....	34
5.2	Kontrowersje podatkowe .....	35
5.3	Wpływ IKZE na ocenę i funkcjonowanie OFE w przestrzeni europejskiej .....	36
5.4	Zmiany w zakresie obowiązków PTE jako zarządzającego OFE.....	37
5.5	Wnioski w zakresie IKZE.....	38
<b>6.</b>	<b>Wnioski i rekomendacje.....</b>	<b>39</b>
___ 6.1	Zebranie ustaleń – wnioski szczegółowe.....	39
___ 6.2	Ubezpieczenie emerytalne jako przestrzeń bezpieczeństwa państwa – wniosek ogólny niedoktrynalny..	44
6.3	Rekomendacje dla Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej.....	45

**Skróty:**

- u.ek. – ustawa z dnia 21 listopada 2008 r. o emeryturach kapitałowych (Dz. U. Nr 228, poz. 1507)
- u.er. – ustawa z dnia 29 grudnia 1998 r. o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2009 r. Nr 153, poz. 1227 z późn. zm.)

u.fp.	– ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. Nr 157, poz. 1240 z późn. zm.)
u.ofe.	ustawa z dnia 28 sierpnia 1997 r. o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych (tekst jedn.: Dz. U. z 2010 r. Nr 34, poz. 189 z późn. zm.)
u.sus.	– ustawa z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2009 r. Nr 205, poz. 1585 z późn. zm.)
TFUE	– Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana Dz. Urz. UE C 83 z 30.03.2010, s. 47)

## **1. Kwestie wstępne. Metoda i założenia**

### **1.1 Cele w świetle kompetencji Prezydenta RP**

Ekspertyza jest przeprowadzona celem analizy Projektu Ustawy z dnia 23.01.2011 o zmianie niektórych ustaw związanych z funkcjonowaniem systemu ubezpieczeń społecznych w aspekcie możliwych działań Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej- możliwości odmowy podpisania ustawy (art. 122 ust. 3 i 4 Konstytucji) bądź złożenia wniosku o przekazanie ustawy Sejmowi do ponownego rozpatrzenia (art. 122 ust. 5 Konstytucji)- w przypadku przyjęcia projektu przez Sejm. Działanie w ramach pierwszej kompetencji wymaga zaistnienia wątpliwości dotyczących sprzeczności wprowadzanej Ustawy z Konstytucją, z kolei aktualizacja drugiej może wiązać się z innymi uzasadnionymi w ocenie głowy Państwa przyczynami.

Celem opinii jest zbadanie projektu pod kątem obu kompetencji Prezydenta.

### **1.2. Warsztat analizy prawnej. Gwarancje państwa w części repartycyjnej i kapitałowej ubezpieczenia emerytalnego**

Ekspertyza jest przeprowadzona według metod właściwych dla nauk prawnych, z odniesieniem do wiedzy empirycznej (ekonomicznej, finansowej i demograficznej), która uzasadnia konkretną ocenę zgodności norm z Konstytucją. Konstytucyjne prawa obywatelskie i realizację zasad konstytucyjnych można badać teoretycznie i abstrakcyjnie, ale w procesie

tworzenia prawa konieczne jest aby stworzyć efektywne narzędzia ich urzeczywistniania, co wymaga odniesienia do konkretnych warunków ekonomiczno-społecznych.

Treść niniejszego wywodu uwzględnia założenie znajomości ogólnych podstaw prawa, jak również przeciętej znajomości ustawodawstwa emerytalnego. Stosowane są odwołania do konkretnych przepisów Projektu, lecz częściej roztrząsane są generalne koncepcje, jako że ostateczna treść przepisów prawnych nie jest autorowi opinii znana.

Dla oceny kwestii obniżenia składki w OFE ważna jest wiedza na temat zakresu gwarancji państwa w ubezpieczeniu emerytalnym. Przepis art. 2 ust. 3 u.s.u.s. przewiduje, że wypłacalność świadczeń z ubezpieczeń społecznych gwarantowana jest przez państwo. Gwarancja ta zabezpiecza funkcjonowanie FUS, gdyż to ten właśnie fundusz zapewnić ma wypłacalność świadczeń ze składek, w przypadku braku tej możliwości (co niestety jest już zasadą) dotacje udzielane są przez państwo jako gwaranta. Uszczegółowienie przedmiotowe tej normy następuje poprzez regulację przepisu art. 53 ust. 1 u.s.u.s., który określa zasadę dotowania FUS z budżetu państwa w granicach określonych w ustawie budżetowej, jak również przepis art. 62 zdanie drugie u.s.u.s., który wskazuje, że: *„Budżet państwa gwarantuje wypłatę świadczeń emerytalnych wynikających z FUS”*. Powoduje to znamienne reperkusje, gdyż budżet ma swoje ograniczenia w zdolności do regulacji zobowiązań państwa. Zwracam tu uwagę na przepis najwyższej rangi tj. art. 216 ust. 5 Konstytucji RP, który zakazuje zaciągania pożyczek i udzielania gwarancji, w następstwie których państwowy dług publiczny przekroczy 3/5 rocznego produktu krajowego brutto. Przepis ten określa także ograniczenia w realizacji dopłat do FUS. Skutkiem zastosowania normy wywodzonej z tego przepisu może być ograniczenie wydatków FUS, czyli zmniejszenie wypłacanych emerytur w danym roku. Takich ograniczeń nie ma już w przypadku wykonania zobowiązań pieniężnych z tytułu wcześniej wyemitowanych obligacji Skarbu Państwa, które zakupiły OFE. Tym samym wypłaty dotacji państwa w ramach części repartycyjnej (I filar) są ograniczone limitami długu publicznego oraz treścią Ustawy budżetowej, natomiast wypłacalność Skarbu Państwa w ramach części kapitałowej (II filar) ma charakter bezwzględny.

## **1.2. Kontekst europejski i międzynarodowy**

Prywatnoprawne cechy konstrukcji prawnej OFE, podobieństwo jego konstrukcji prawnej do dobrowolnych funduszy emerytalnych i inwestycyjnych w krajach UE rodzą pytania, czy uzasadnione jest utrzymywanie przez Polskę w mocy art. 136 ust. 3, art. 136a ust. 2, i art. 143 ustawy o ofe, które ograniczają inwestycje zagraniczne polskich otwartych funduszy emerytalnych). Skarga w tej sprawie została wniesiona przez Komisję Wspólnot Europejskich przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej w dniu 16 lipca 2009 r. (Dz.U. UE C 233, 26/09/2009, p.0008). W sprawie spodziewane jest orzeczenie przez Trybunał Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich (C-271/09) o zasadności przyjętych przez Polskę regulacji. Poza tym badana jest kwestia, dostosowania polskiego ustawodawstwa emerytalne do reguł przepływu kapitału oraz usług obowiązujących na jednolitym rynku europejskim. Uznanie środków OFE za prywatne, a zwłaszcza uznanie środków zgromadzonych w OFE za środki należące do członków OFE, wymagałoby ujednoczenia regulacji krajowych z warunkami funkcjonowania funduszy emerytalnych i funduszy inwestycyjnych na rynku europejskim. Każda więc zmiana w prawie winna być analizowana w kontekście tego, czy zmniejsza czy też zwiększa ryzyko niezgodności prawa krajowego z prawem europejskim.

W świetle prawa międzynarodowego prawo emerytalne winno zakładać takie konstrukcje prawne, które zapewnią realizację minimalnych norm zabezpieczenia społecznego starości w świetle prawa międzynarodowego. Przez akty ratyfikacyjne Konwencji MOP nr 102 w sprawie minimalnych norm zabezpieczenia społecznego, przepisy części II, V, VII, VIII i X Konwencji stały się częścią polskiego prawa wewnętrznego. Już wcześniej w literaturze zauważono, że tzw. stopa zastąpienia, czyli relacja emerytury do uzyskiwanego wcześniej na jej podstawie wynagrodzenia powinna wynieść minimum 40%, z możliwością jej zmniejszenia, jeżeli uprawniony uzyskuje inne świadczenia. Ratyfikacja Konwencji MOP nr 102 nastąpiła na podstawie zgody wyrażonej przez Sejm w Ustawie z dnia 24 kwietnia 2003 r. o ratyfikacji Konwencji Nr 102 Międzynarodowej Organizacji Pracy dotyczącej minimalnych norm zabezpieczenia społecznego, przyjętej w Genewie dnia 28 czerwca 1952 r. Konwencja weszła w życie w dniu 3 grudnia 2004 r. w zakresie obejmującym m.in. część V Konwencji pt. Świadczenia na starość. W związku z tym należy badać, czy zmiany w prawie emerytalnym zapewniać będą realizację międzynarodowych standardów, czy też jest to zagrożone w związku z projekcją dochodów FUS w latach 2020-2050.

#### 1.4 Kontekst przyczyn reformy emerytalnej i wcześniejszych działań Prezydenta RP

Projekt stanowi odejście od obowiązujących unormowań obowiązujących na skutek reformy emerytalnej z 1999 r. w zakresie rozdziału części kapitałowej i części repartycyjnej ubezpieczenia emerytalnego. Część kapitałowa systemu emerytalnego wprowadzona została ze względu na tzw. pułapkę demograficzną – brak możliwości finansowania emerytur w ramach bieżącego podziału PKB w ciągu najbliższych kilkunastu lat. Wysokość składki przekazywanej do OFE była ustalana na podstawie określonych wyliczeń przeprowadzonych przez twórców reformy emerytalnej z 1999 r. (prof. M.Góra i inni). Składka przekazywana do OFE w wysokości 7,3% podstawy wymiaru pozwoli realizować założenie, że zgromadzone zawczasu oszczędności emerytalne zapewnią społeczeństwu przetrwanie w sytuacji, kiedy na 1 emeryta przypadają 1 ubezpieczony. Już teraz można przyjąć, że nastąpi to na pewno przed 2060r., choć brak możliwości finansowania świadczeń emerytalnych przy zwiększonych podatkach i składkach nie jest uzależniony od tej symbolicznej proporcji i nastąpi znacznie wcześniej. Obecnie średni wiek ludzi w Polsce wynosi ok. 37 lat. Obecne uwarunkowania demograficzne dają więc ciągle spore możliwości gromadzenia kapitału emerytalnego na przyszłość, choć potrzeba do tego jeszcze odpowiedniej struktury finansów publicznych i trwałych reguł prawnych. W roku 2035r. średni wiek statystycznego przedstawiciela naszego społeczeństwa wynosić będzie ok. 47 lat, ale wówczas, zgodnie z obecnym ustawodawstwem, przechodzący na emeryturę będą otrzymywać świadczenia oparte na kapitałach emerytalnych z OFE, które po części składają się z uzyskiwanych z inwestycji pożytków i mogą sięgać połowy wartości emerytury.

Przy wprowadzaniu reformy zdawano sobie sprawę, że realizacja zamierzeń systemu kapitałowego wymagać będzie pozyskania dodatkowych środków na emerytury z FUS, których zabrakło przez to, że przekazuje się składkę do OFE. Dlatego też uchwalono w dniu 25 czerwca 1997 r. Ustawę o wykorzystaniu wpływów z prywatyzacji części mienia Skarbu Państwa na cele związane z reformą systemu ubezpieczeń społecznych (Dz.U.97.106.673). Zabezpieczenie środków ze względów demograficznych miał stwarzać również FRD, do którego Prezes ZUS powinien przekazywać 0,1% podstawy wymiaru składek na ubezpieczenie emerytalne, a począwszy od 2004 r. ta część składki miała być podwyższana co rok o 0,05 % podstawy wymiaru. Poza tym do FRD miały trafiać środki z prywatyzacji

mienia Skarbu Państwa w wysokości 40 % przychodów z ogólnej kwoty brutto uzyskanej ze wszystkich procesów prywatyzacyjnych prowadzonych w danym roku; pomniejszonej o kwoty obowiązkowych odpisów na fundusz celowy.

Projekt proponuje zmiany do systemu prawnego, który nie został jeszcze w pełni uformowany. W dniu 19 listopada 2008 r. uchwalono ustawę o funduszach dożywotnich emerytur kapitałowych, która szczegółowo określała organizację wypłat emerytur dożywotnich, a w tym warunki tworzenia oraz funkcjonowania Zakładów Emerytalnych oraz Funduszy Dożywotnich Emerytur Kapitałowych. 12 stycznia 2009 r. Prezydent RP odmówił podpisania ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o funduszach dożywotnich emerytur kapitałowych, co określa się jako weto konstytucyjne, na podstawie art. 122 ust. 5 Konstytucji RP. W efekcie ustawa nie została ponownie uchwalona z racji braku wymaganej kwalifikowanej większości głosów popierających projekt. Uwagi na temat tego zawetowanego projektu wskazują w odrębnym opracowaniu (R.Pacud, *Wypłaty emerytur dożywotnich – stan obecny i perspektywy*, Praca i Zabezpieczenie Społeczne 2011, nr 2, s. 2 i n). Luka w unormowaniach, stworzona wskutek braku uchwalenia tej ostatniej ustawy, pozostawia aktualną problematykę tzw. „zamknięcia reformy emerytalnej”. W związku z tym zgłoszono generalną uwagę, że w pierwszej kolejności winna być ustalona organizacja wypłat emerytur kapitałowych. Dopiero wtedy będzie można prowadzić racjonalne oceny, w jakim zakresie można ograniczyć znaczenie części kapitałowej ubezpieczenia emerytalnego.

## **2. Obniżenie składki do OFE.**

### **2.1 Poprawa stanu finansów publicznych jako cel obniżenia składki do OFE**

W uzasadnieniu projektu (s.3) przyjmuje się, że podstawowym celem proponowanych zmian jest ograniczenie tempa przyrostu państwowego długu publicznego. Cel ten ma być zrealizowany przez przesunięcie części składki emerytalnej na nowo utworzone, specjalne subkonto zachowujące integralność z II filarem. Potrzeby pożyczkowe budżetu państwa brutto w 2011 roku, co przyjęto w uzasadnieniu projektu budżetu na ten rok., wyniosą 167,53 mld zł, co stanowi spadek wobec potrzeb pożyczkowych z 2010 r. ocenianych na 193,52 mld

zł. Zakładane zmniejszenie potrzeb pożyczkowych państwa ma nastąpić głównie z powodu zmian w przekazywaniu składek do OFE. Poprawa stanu finansów publicznych jest niewątpliwie określoną wartością konstytucyjną, która uzasadnia zmiany w prawie.

Wstępna refleksja nad projektem nie prowadzi do poważnych wątpliwości dotyczących zgodności z Konstytucją, gdyż w świetle jej art. 67 ustawodawca zwykły ma prawo dobrać formy zabezpieczenia emerytalnego, jak również ustalać wysokość finansowania składkowego czy też podatkowego. Głębsza refleksja rodzi jednak pytanie, czy z prawnego punktu widzenia, wskazane przez Projekt cele są zgodne z Konstytucją i na tyle uzasadnione, że mają wyższą rangę, aniżeli np. zasada zaufania obywateli do państwa, która wyraża się na przykład w niezmiennianiu reguł prawnego systemu prawnego, w którym od prawie 12 lat uczestniczą obywatele. Do udzielenia właściwej odpowiedzi potrzebne jest ustalenie znaczenia prawnego proponowanych zmian dla konstrukcji prawnej ubezpieczenia emerytalnego, a także stabilności systemu finansowego ubezpieczenia emerytalnego, w którym uczestniczą ubezpieczeni. W szczególności potrzeba zbadać realne aspekty gwarancji ustawowych, których dotyczy Projekt, zidentyfikować zasady i wartości konstytucyjne, które powinien realizować ustawodawca zwykły, a które podlegają ochronie na poziomie sądownictwa konstytucyjnego.

## **2.2 Obniżenie składki do OFE jako zmiana zasad pokrycia emerytur**

Wiele z zagadnień dotyczących OFE ma wstępnie istotę ekonomiczną, ale ich konsekwencje dotyczą już wymiaru prawnego – czego najlepszym przykładem jest kwestia wysokości składek alokowanych w OFE wobec wysokości składek redystrybuowanych przez FUS. Zaproponowany środek w postaci zmniejszenia części składki emerytalnej do OFE prowadzi bezpośrednio do ograniczenia znaczenia finansowania kapitałowego w ubezpieczeniu emerytalnym i to jest podstawowy skutek zaproponowanych zmian na gruncie ubezpieczeń społecznych.

Powstaje więc pytanie, jakie są konsekwencje prawne dotyczące zmiany zasad pokrycia emerytur, zarówno w świetle uwarunkowań socjotechnicznych systemu normatywnego (prawo powinno być skuteczne w realizacji celów), jak również w świetle zgodności z Konstytucją. System pokrycia zapotrzebowania bieżącego okresu (pojęcie stosowane w



okresie międzywojennym) w filarze I oraz system pokrycia kapitałowego w filarze II stanowią całkiem inne koncepcje finansowania emerytur. Nie zgadzam się z poglądami, które zakładają, że mechanizm podziału środków przeznaczonych na wypłatę jest podobny w systemach repartycyjnych i kapitałowych, gdyż w obu zależy on od poziomu dochodu narodowego, a inne są tylko formy podziału tych środków (Por. K.Starzec, *Jak finansować emerytury w: Modele reformy systemu emerytalnego i ścieżki dojścia. Kolejny etap dyskusji*, Warszawa 1996, s.95) Przy spadku dochodu narodowego w ujęciu PKB nie musi spadać wartość kapitałów emerytalnych w tej części, w jakiej wypłata opiera się na obligacjach skarbowych, komunalnych, jak również papierach wartościowych, które dotyczą przedsiębiorstw, które uzyskują lub rokują dobre wyniki finansowe (aktywa danego rynku mogą wzrastać pomimo ogólnego pogorszenia w gospodarce krajowej). Błędna jest teza, że systemy te z ekonomicznego punktu widzenia są ekwiwalentne (K.Ślebzak, *Prawo do emerytury w systemie zdefiniowanej składki, w: Konstrukcje prawa emerytalnego*, Kraków 2004, s.147-148). Zasada ta może być poprawna tylko abstrakcyjnie, w oderwaniu od kierunków konkretnych zmian demograficznych. W przypadku spadku ilości osób płacących składki dochód do FUS może spaść załóżmy o 50%, co przy ograniczeniu możliwości udzielania dotacji z budżetu państwa sprawi, że świadczenia w systemie repartycyjnym będą niewykonalne, podczas gdy przy pokryciu kapitałowym, zgromadzonym w czasie, kiedy wskaźnik osób wnoszących składki do pobierających emerytury był korzystniejszy, możliwe będzie wypłacenie kapitału emerytalnego pomimo niższego dochodu bieżącego ze składek. Spłata obligacji skarbu państwa następuje przed udzieleniem dotacji do FUS.

### **2.3 Obniżenie składki do OFE w świetle realizacji normy programowej z art. 67 ust. 1 Konstytucji oraz zasady proporcjonalności**

Celem proponowanych zmian ma być ograniczenie tempa przyrostu państwowego długu publicznego. Zaproponowany środek w postaci zmniejszenia części składki emerytalnej do OFE powinien jednak znajdować się w pełnej korelacji również z innym celem, jaki z mocy Konstytucji ma realizować ustawodawca, a mianowicie zabezpieczeniem społecznym obywateli na wypadek starości. Można przyjąć, że przy obecnym stanie finansów publicznych, przed przekroczeniem progu 55% długu publicznego do PKB ten drugi cel jest

bardziej podstawowy, gdyż sanacja finansów publicznych z mocy prawa jest wymagana dopiero po przekroczeniu tego zadłużenia.

Zgodnie z doktryną, art. 67 Konstytucji określa obowiązek realizacji określonego standardu minimalnego, jak również nakazu optymalizacyjnego w tworzeniu norm z zakresu zabezpieczenia społecznego (K.Ślebzak, *Ochrona emerytalnych praw nabytych*, Warszawa 2009, s.258). Norma z art. 67 Konstytucji ma charakter programowy, co oznacza, że ustawodawca nie ma całkowitej swobody w kształtowaniu norm zabezpieczenia społecznego na wypadek osiągnięcia wieku emerytalnego, gdyż dobór rozwiązań prawnych ma być taki, aby stanowiły one rzeczywiście środek realizacji celu w zakresie zabezpieczenia społecznego. W ocenie wykonania normy programowej konieczne jest uwzględnienie wiedzy empirycznej z tego zakresu (K.Ślebzak, *Ochrona...*, s.213). Tym samym ocena zgodności obniżenia składki przekazywanej do OFE nie może być przeprowadzona jedynie na gruncie wymagań formalno-prawnych, ale powinna być dyskutowana w kontekście argumentacji ekonomicznej. Biorąc pod uwagę spadek liczby osób wnoszących składki do FUS względem ilości emerytów, należy przyjąć, że w latach 2020-2050 wystąpi zjawisko trwałej niewypłacalności świadczeń z FUS bez możliwości wyrównania wydatków FUS przez dotację budżetową. Zjawisko to jest nierozzerwalnie połączone z sytuacją demograficzną państwa, stąd należy uznać, że ograniczenie znaczenia pokrycia kapitałowego oraz pożytków z długoterminowych inwestycji znacząco pogorszy zakres zabezpieczenia emerytalnego oraz materialne gwarancje jego realizacji. W świetle tych uwarunkowań empirycznych projekt należy uznać za ograniczający realizację zakresu zabezpieczenia emerytalnego, a przez to możliwy do uznania za sprzeczny z Konstytucją RP. Nie stanowi on takiego działania ustawodawcy, który jest środkiem do realizacji celu zabezpieczenia społecznego, jak również nie stanowi optymalnego wykonania kompetencji do stanowienia systemu zabezpieczenia społecznego.

Projekt, bez powołania konkretnych podstaw, zakłada poprawę sytuacji sektora finansów publicznych, przez co część składki kierowana do OFE będzie stopniowo podnoszona z poziomu wyjściowego 2,8% podstawy wymiaru do docelowego poziomu 3,5%. Skutki i dalszy rozwój reformy są analizowane przy optymistycznym założeniu poprawy sytuacji gospodarczej, jednakże dla pełnej wartości przeprowadzonej analizy należałoby rozważyć także możliwość dalszego pogorszenia sytuacji sektora finansów publicznych. Racjonalne ustawodawstwo konstruuje się bowiem biorąc pod rozwagę wszelkie prawdopodobne uwarunkowania, a nie bezkrytycznie zakładając spełnienie pozytywnych prognoz w danym

zakresie, co prowadzić może w tym przypadku do dalszego demontażu części kapitałowej ubezpieczenia emerytalnego.

Stanowienie prawa w zakresie zabezpieczenia społecznego dotyka również konstytucyjnej zasady proporcjonalności, którą stosuje się w orzecznictwie TK dla badania dopuszczalności ograniczeń praw jednostki przez interes publiczny. Na zasadę proporcjonalności składają się: zasada przydatności (czy regulacja jest w stanie doprowadzić do zamierzonych przez nią skutków), konieczności (określa kryterium wyboru środka działania spośród środków o równej skuteczności) oraz proporcjonalności sensu stricte (wymaga ważenia kolidujących ze sobą wartości) (Zob. K. Wojtyczek, *Granice ingerencji ustawodawczej w sferę prawa człowieka w Konstytucje RP*, Kraków 1999, s.150). W świetle tej zasady za zgodne z Konstytucją uznaje się te unormowania, które są najmniej uciążliwe dla podmiotów wobec, których mają być zastosowane. Przedstawiona w pkt. 2.9 analiza zaprzecza, że obniżenie składki przekazywanej do OFE jest środkiem ostatecznym (*ultima ratio*) dla bezpieczeństwa finansów publicznych, jak również bezpieczeństwa emerytalnego. Ograniczenie składki do OFE będzie w konsekwencji bardziej uciążliwe jedynie dla młodszych ubezpieczonych oraz dla osób nieletnich, gdyż zamiast bezwzględnej gwarancji Skarbu Państwa w zakresie obsługi obligacji, zmuszeni są do akceptacji gwarancji budżetu państwa w granicach określonych przez ustawę o finansach publicznych. Poza tym, w świetle zgromadzonej wiedzy o prognozie finansowej ubezpieczeń emerytalnych i wyczerpujących się możliwości dotowania FUS z budżetu państwa, ograniczenie pokrycia kapitałowego jest ograniczaniem wysokości emerytur, które są pewne. W tym kontekście nieproporcjonalnym jawi się przymusowe ograniczenie wysokości składki.

#### **2.4 Ograniczenie realnych gwarancji wypłaty emerytur a zasada *pacta sunt servanda***

Przymus obniżenia składki przekazywanej do OFE można rozpatrywać w świetle zasady *pacta sunt servanda*, którą uznaje się w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego jako „wiodącą podstawę stosunku ubezpieczeniowego”, który opiera się na „konstrukcji prawnej stosunku zaufania i na przeświadczeniu ubezpieczonego, że po spełnieniu określonych warunków (pracy, składki) otrzyma określone świadczenia” (zob. Orzeczenie z 11 lutego 1992 r., K 14/91) Zasada ta – przy pierwszym wejrzeniu - nie jest naruszana przez Projekt

ustawy, gdyż ubezpieczony ma otrzymać zamiast ustalonej początkowo proporcji składek z których wyliczane będą emerytury z FUS oraz w dużym stopniu emerytury kapitałowe na inną proporcją emerytur. Uwzględniając wskazane na wstępie i w dalszej części opracowania problemy finansowania emerytur w pogarszających się uwarunkowaniach demograficznych i prawno- finansowych należałoby przyjąć, że zasada *pacta sunt servanda*, która jest konkretnym rodzajem zasady wyrażającej praworządność i zaufanie obywateli do państwa i prawa zostaje jednak naruszona. Można wywodzić, że kompozycja stosunków prawnych w części kapitałowej stanowi określoną konstrukcję prawną stosunku zaufania, związaną z przeświadczeniem ubezpieczonego, że otrzyma dwa świadczenia: jedno proporcjonalne do składek, a drugie proporcjonalne do wyników inwestycyjnych OFE.

Przymusowe zmniejszenie świadczenia proporcjonalnego do wyników wieloletnich inwestycji, a w szczególności ograniczenie znaczenia kapitału emerytalnego, stanowi naruszenie obowiązującej od 1999 r. Umowy społecznej. Na skutek przyjęcia Projektu ubezpieczonemu prawo będzie mniej skuteczne socjalnie i gwarantować będzie realnie niższe pokrycie emerytury z FUS (ze względu na zwiększenie znaczenia dochodów z bieżących składek, w sytuacji gdy w przyszłości będzie mniej ubezpieczonych, którzy te składki opłacają), jak również mniej pewny mechanizm pokrycia wypłacalności FUS (przewidywane ograniczenie dotacji do FUS). Z kolei, uwzględniając wskazane na wstępie różnice w gwarancjach państwa pomiędzy częścią kapitałową i częścią repartycyjną, twierdzenie o naruszeniu zasady *pacta sunt servanda* staje się bardziej doniosłe, gdyż zamiast pokrycia kapitałowego asekurowanego w sposób bezwzględny przez Skarb Państwa, ubezpieczeni urodzeni po 1948 r., którzy przynależą do OFE będą w większym stopniu uzależnieni od kurczących się dochodów FUS, jak również słabnącej gwarancji państwa, która w zakresie dotacji do FUS jest uzależniona od nieprzekraczania norm ostrożnościowych długu publicznego.

Obniżenie składki przekazywanej do OFE prowadzi do wyraźnej sprzeczności z Konstytucją w przypadku grupy osób urodzonych pomiędzy 1 stycznia 1949 a 31 grudnia 1968 r., którzy w świetle art. 111 ust. 4-5 u.sus mieli prawo wyboru formy ubezpieczenia emerytalnego. Na gruncie orzecznictwa konstytucyjnego, a także prawno- międzynarodowego, sformułowano zasadę *venire contra factum proprium nemini licet*, która wyraża zakaz występowania przeciwko temu, co wynika z własnych czynów, które podmioty prawa podejmowały uprzednio. Z zasadą tą jest związana konieczność realizacji postulatów trwałości i pewności

porządku prawnego. Nie ma ona oczywiście charakteru bezwzględnego, ale winna uwzględniać ochronę dobrej wiary podmiotu, który podjął określone działanie będące źródłem jego korzyści (Por. K.Ślebza, *Ochrona...*, s.154). Tym samym ograniczenie znaczenia formy kapitałowej ubezpieczenia emerytalnego w części niweczyć będzie dokonane przez wskazane wyżej grono ubezpieczonych wybory. Przymusowe ograniczenie wysokości składki jest w stosunku do tych osób niedozwolone. Dokonane wybory przez tą grupę ubezpieczonych mają charakter trwały, gdyż od początku ustalono, że mają charakter nieodwołalny. Nie można więc twierdzić, że ta grupa w sposób zgodny z Konstytucją mogłaby swobodnie przechodzić pomiędzy częścią repartycyjną a częścią kapitałową, zarówno z woli ustawodawcy zwykłego, jak również własnej woli.

W związku z tym należy przyjąć, że:

- a) zgodne z Konstytucją jest ograniczenie wysokości składki przekazywanej do OFE, jeżeli zostaną stworzone rzeczywiste gwarancje, że a) emerytury wypłacane z FUS nie będą mniejsze, jak również b) że zostaną rzeczywiście wypłacone, nawet w warunkach zmniejszenia dotacji budżetowej do FUS. Projekt tego drugiego warunku nie zabezpiecza, a co więcej występuje przeciwko temu ugruntowanemu stanowi faktyczno-prawnemu, który wynika z czynów własnych podmiotów prawa urodzonych pomiędzy 1949-1968r.
- b) ograniczenie pokrycia kapitałowego spowoduje negatywne skutki w perspektywie długofalowej, a przyczynę naruszenia zasad sprawiedliwości społecznej należy oceniać w świetle Konstytucji już teraz; zobowiązania z FUS w okresie krytycznym najprawdopodobniej nie będą mogły być wykonane w całości z powodów ekonomiczno-demograficznych, przez co nie zostanie zrealizowana zasada sprawiedliwości społecznej w budowie systemu emerytalnego, czyli przyznawania świadczeń z uwzględnieniem wkładu (składkowego, pracy oraz długości okresu zatrudnienia)- tak definiuje się w orzeczeniu TK z 22 sierpnia 1990 r. (K 7/90), OTK 1990, poz. 5, s.53.
- c) ograniczenie proporcji pokrycia kapitałowego ubezpieczenia emerytalnego jest możliwe, jeżeli miałyby ograniczać interesy wszystkich grup społecznych, a nie tylko najmłodszych ubezpieczonych. Wprawdzie uprawnienia starszych ubezpieczonych podlegają ochronie jako prawa nabyte, stąd państwo powinno ograniczać inne wydatki budżetowe, ewentualnie waloryzując świadczeń. Nie oznacza to, że prawa te nie mogą ostatecznie podlegać jakimkolwiek zmianom. Znajduje tu swoje zastosowanie reguła *rebus sic stantibus*, która

precyzuje warunki realizacji zasady *pacta sunt servanda*. W zasadzie rebus sic stantibus chodzi o zapewnienie niezmienności praw pod warunkiem niezmienności warunków społecznych, w których te prawa powstały (M.Kordela, *Zarys...*, s.88). Również K.Ślęzak wskazuje, że poszanowanie praw nabytych jest możliwe jedynie w przypadku stabilności warunków społeczno-gospodarczych (tenże, *Ochrona...*, s.258).

## 2.5 Długotrwałe bezpieczeństwo systemu socjalnego jako wartość konstytucyjna

Niewątpliwie system kapitałowy nie jest doskonały, gdyż opiera się na wycenie aktywów na rynkach finansowych. W przypadku załamania rynków w okresie przechodzenia na emeryturę wartość emerytur kapitałowych staje się niższa. Niedostatek ten nie usprawiedliwia jednak ograniczania systemu kapitałowego, ale wymaga jego korygowania (np. przez odroczenie przymusowej annuityzacji i wypłacanie emerytur z pomniejszeniem kapitału, albo zmiana pokrycia kapitałów emerytalnych na jedynie bezpieczne papiery wartościowe na kilka lat przed przejściem na emeryturę). Porównanie systemu kapitałowego i repartycyjnego w stabilnych warunkach demograficznych jest w dużym stopniu irrelewantne ekonomicznie. Oceny są jednak jednoznaczne, jedynie gdy trendy demograficzne są stałe. Jeżeli wzrasta liczba i dochody płacących składki w stosunku do emerytów, to bardziej wydolny jest system repartycyjny. Jeżeli wzrasta liczba emerytów i zobowiązań państwa w zakresie wypłaty emerytur, a spada liczba składkodawców, bardziej uzasadniony ekonomicznie jest system kapitałowy, ale tylko wtedy, gdy kapitał zostanie zebrany zanim uwydatnią się negatywne skutki demograficzne. Dlatego też, biorąc pod uwagę, że długotrwałe bezpieczeństwo systemów socjalnych jest wartością konstytucyjną, urzeczywistnianie zasad sprawiedliwości społecznej wymaga również uwzględnienia perspektywy długofalowej. Jak przyjęto w Orzeczeniu Trybunału Konstytucyjnego z dnia 25 lutego 1997 r. (K. 21/95, OTK ZU 1997, nr 1 poz. 7) „Demokratyczny ustawodawca ma prawo przeprowadzać także niepopularne, czy wręcz „bolesne” reformy w tej sferze, jeżeli według jego rozważnej oceny w **ostatecznym rozrachunku i długofalowo** służyć będą one lepszemu urzeczywistnieniu zasad sprawiedliwości społecznej, pod warunkiem, że nie naruszają obowiązujących norm konstytucyjnych”. Przymusowe ograniczenie podstaw do pokrycia kapitałowego uniemożliwia osiągnięcie sprawiedliwości społecznej w ujęciu długofalowym, a zatem jest sprzeczne z art. 2 Konstytucji. W związku z tym istnieje obowiązek utrzymywania nawet

reform „bolesnych” dla obecnego pokolenia ubezpieczonych i emerytów, jeżeli służą one realizacji wartości sprawiedliwości społecznej w ujęciu długofalowym.

## **2.6 Zmiana zasad pokrycia emerytur jako naruszenie zasady równości i obniżenie standardu zabezpieczenia młodszych ubezpieczonych**

Obniżenie składki przekazywanej OFE nie powoduje ograniczenia wkładu składkowego, lecz ograniczenie możliwości zgromadzenia dodatkowych realnych środków z inwestycji części wkładu składkowego odpowiadającego 7,3% podstawy wymiaru składek. Dla emeryta jest obojętne czy otrzymuje emeryturę z FUS, czy też emeryturę kapitałową pod warunkiem, że w FUS istnieje stan wypłacalności, a obie formuły zapewniają określoną tożsamą stopę wzrostu. Zakładając, że z czasem utrzymanie równowagi gospodarki finansowej FUS będzie coraz trudniejsze, aż stanie się niemożliwe, dla emeryta pierwszorzędne znaczenie będzie mieć, w jakim zakresie z wkładu składkowego ma emeryturę z FUS, która podlegać będzie redukcji, a w jakim emeryturę kapitałową, która redukcjom podlegać nie będzie ze względu na inne uwarunkowania prawne. Biorąc pod uwagę wskazane na wstępie poszerzenie znaczenia gwarancji państwowej uzależnionej od kondycji finansów państwa z jednoczesnym ograniczeniem znaczenia gwarancji powstających z tytułu obligacji Skarbu Państwa, które kupują OFE, należy wskazać, że standard emerytalny dla przyszłych pokoleń emerytów ulega dalszemu ograniczeniu ponad to, co ustalono w 1999 r. Do tego wniosku skłania fakt samego zwiększonego uczestnictwa w systemie repartycyjnym związanym z gwarantowaniem wypłacalności świadczeń emerytalnych przez FUS zamiast w systemie kapitałowym opartym w znacznej mierze na gwarantowaniu wyników inwestycyjnych ze sprzedaży obligacji Skarbu Państwa (projekt ustawy nie określa zmiany limitu inwestycyjnego obligacje w Skarb Państwa, więc nie można się odnieść głębiej do tej tematyki, wyrażają nadzieję, że Rząd nie będzie prowadził do sytuacji, że obligacje Skarbu Państwa kupować będą zagraniczne instytucje finansowe a OFE już nie). Do odrębnych analiz ekonomicznych należy odpowiedź na pytanie, ile stracą młodzi ubezpieczeni przez to, że nie będą mogli korzystać z większych zasobów OFE, jak również wówczas, kiedy dojdzie do stałej nierównowagi w FUS.

Powyższa kwestia wymaga oceny konstytucyjnej z uwagi na zasadę równości wobec prawa. Zasada ta nie oznacza zakazu różnicowania uprawnień, lecz wymaga należytego usprawiedliwienia. W świetle orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego z dnia 23 października 1995 r., K 4/95, OTK 1995 – cz.III, poz. 31 oraz poglądów jurysprudencji różnicowanie powinno odpowiadać trzem warunkom a) nie być dyskryminujące, b) nie opierać się na cesze irrelevantnej dla sytuacji, która podlega normowaniu, c) odbywać się według kryterium dającego się zastosować w praktyce (kryterium operatywne) (zob. M.Kordela, *Zarys typologii...*, s.85). Jak wskazano powyżej poszerzenie pokrycia kapitałowego na pokrycie repartycyjne nie jest obecnie irrelevantne. Możliwe jest formułowanie na tym gruncie zarzutu, że dochodzi do pewnej dyskryminacji, gdyż członkowie OFE od 1999 r. zostali włączeni w system, który przez to, że jest oparty na zasadzie zdefiniowanej składki daje co do zasady niższe świadczenia i niższy standard emerytalny, w porównaniu do systemu emerytalnego opartego na zdefiniowanym świadczeniu. Szacuje się, że tzw. stare emerytury dają około 70-80% stopy zastąpienia, a nowe 30-50% tego wskaźnika, który tworzy relacja emerytury do otrzymywanego wcześniej wynagrodzenia. Zmiana emerytalna z 1999 r. na trwałe weszła do porządku prawnego. Można ją uznać za usprawiedliwioną, gdyż młodsze pokolenie otrzymuje niższe, ale za to pewne świadczenia, oparte w części na realnym kapitale, podczas gdy starsze pokolenie dużo wyższe, ale mniej pewne w warunkach braku możliwości wypłaty pełnej dotacji do FUS z budżetu państwa.

## **2.7 Obniżenie składki przekazywanej do OFE jako naruszenie umowy społecznej**

Ze wskazaną powyżej kwestią przestrzegania zasady *pacta sunt servanda* związane jest dekodowanie norm określających na gruncie ubezpieczeń społecznych rodzaje umów społecznych, których realizacji wymają zasady sprawiedliwości społecznej. Kategoria umowy społecznej jest z dogmatycznego punktu widzenia pewnym pojęciem-narzędziem, figurą retoryczną dla praktyków stosowania prawa, ale zarazem ma duże znaczenie w nauce polityki społecznej. Zgodnie z doktryną prawniczą należy wskazać, że istnieją normatywne przesłanki do ustalania kontraktu międzygeneracyjnego, dwu a nawet trzygeneracyjnego (K.Ślebza, *Ochrona...*, s.160 i n), choć pojęcie to można uściślić na gruncie Konstytucji za pomocą zasady solidarności i sprawiedliwości w ujęciu międzygeneracyjnym, czyli w aspekcie realnym stosowania prawa.



W orzeczeniu TK z 28 listopada 1995 r. (K 17/95) OTK 1995, cz. II – poz. 37, s.182 przyjmuje się, że zróżnicowanie sytuacji prawnych poszczególnych grup społecznych nie narusza zasady równości wobec prawa, gdy opiera się na argumentacji uwzględniającej reguły proporcjonalności – waga interesu, któremu ma służyć różnicowanie sytuacji adresatów normy musi pozostawać w odpowiedniej proporcji do wagi interesów, które zostają naruszone w wyniku nierównego potraktowania podmiotów podobnych. W ramach oceny konstytucyjności proponowanych zmian należy przeprowadzić swoisty **rozrachunek międzypokoleniowej solidarności w stosunku do przyszłych pokoleń**. Zgodnie z Preambułą Konstytucji RP Naród jest zobowiązany, „by przekazać przyszłym pokoleniom wszystko, co cenne z ponad tysiącletniego dorobku”. Zapis ten nie dotyczy jedynie wartości niematerialnych, a ponadto zadaniem państwa jest ochrona godności człowieka także w wymiarze socjalnym. Przekłada się to na określoną troskę o zagwarantowanie realnych podstaw do zabezpieczenia społecznego przyszłych pokoleń.

Reforma ubezpieczenia emerytalnego z 1999 r. i wprowadzenie zasady zdefiniowanej składki naruszała interesy młodszych ubezpieczonych (przeciętnie niższa emerytura) w porównaniu do starszych, ale jednocześnie rozkładała ciężar finansowania emerytur (w tym większego dotowania FUS z budżetu państwa) na wiele współczesnych pokoleń, które muszą znieść ciężar utrzymywania OFE (ograniczenie bieżącej konsumpcji, sprzedaż majątku państwowego) w tym również tych pokoleń, które zachowują ciągłość praw nabytych według zasad bardziej korzystnych (zasada zdefiniowanego świadczenia). Ponoszenie tego ciężaru nie było dotychczas odczuwalne przez współczesne pokolenia, gdyż kolejne gabinety rządowe nie ograniczały konsumpcji i nie racjonalizowały wydatków, tylko przerzucały **ciężar gromadzenia kapitałów emerytalnych** na przyszłe pokolenia, czyli przez emisję obligacji Skarbu Państwa. W sytuacji, gdy, ze względu na prawne ograniczenia powiększania długu publicznego, przestało być to możliwe, zamiast zrealizować ten sprawiedliwy rozdział ciężaru finansowania systemu emerytalnego w rozrachunku międzypokoleniowym i ograniczyć konsumpcję, wydatki oraz zwiększyć zakres prywatyzacji mienia Skarbu Państwa proponuje się ograniczyć wysokość składki przekazywanej do OFE, czyli znów przerzucić koszty obsługi systemu emerytalnego na przyszłe pokolenia, tyle, że nie przez obligacje skarbu państwa, lecz przez FUS. Dlatego należy podnieść, że projekt narusza umowę społeczną, jaka została ukształtowana przez wprowadzenie reformy emerytalnej, a ponadto

proceedzi do jednokierunkowego ograniczenia interesów młodszych ubezpieczonych, w tym interesów dzieci i nieletnich.

Unormowania z 1999 r. nie naruszały nadmiernie interesów młodszych ubezpieczonych, którzy otrzymali szanse powiększenia i wyrównania wysokości emerytur poprzez pożytki inwestycji kapitałowych powstających stale ze 7,3% podstawy wymiaru składek, co należy uznać za spełniające zasadę proporcjonalnego ograniczania interesów grup nie posiadającej tej samej sytuacji wobec prawa. W uzasadnieniu Projektu podnosi się, że bezpośredni koszt refundacji z budżetu państwa ubytku składki emerytalnej w FUS wskutek jej przekazania do OFE od początku reformy wyniósł ok. 162 mld. Nie jest to zarzut pod kątem niesprawności ubezpieczenia emerytalnego, ale dowód na realizację umowy społecznej, gdyż powstanie tzw. „dziury repartycyjnej” ze względu na przesunięcie składki do OFE było oczywistą konsekwencją wprowadzenia systemu kapitałowego. W efekcie kwota 162 mld złotych została zainwestowana na okres trudnych przemian demograficznych, choć niestety środki te w zbyt dużym stopniu pozyskiwane były z obligacji skarbu państwa, zamiast z prywatyzacji majątku Skarbu Państwa oraz ograniczeń wydatków na bieżącą konsumpcję.

Z ekonomicznego punktu widzenia niektórzy zauważają, że na przyszłość oszczędności nie można szukać w powiększaniu długu publicznego, co jest zdaniem prawdziwym, tyle, że nie odnoszącym się do zawartej umowy społecznej oraz założeń reformy. Nie można przekreślać znaczenia realizacji umowy społecznej dlatego, że kolejne gabinety rządowe ją niewłaściwie urzeczywistniały (tak samo jak nie można uznać, że określone zasady moralne nie obowiązują, gdy nie są zachowywane). Pomimo tak ułomnie realizowanej Umowy społecznej z 1999 r., która ma podstawy w wysokości przekazywanej do OFE składki, powstały również inne pozytywne efekty wskutek wprowadzenia reformy - ograniczona została możliwość finansowania jeszcze większej konsumpcji z budżetu państwa, młodzi ubezpieczeni wraz z espektatywą niższych emerytur uzyskali zabezpieczenie w postaci bezwzględnie wypłacanych obligacji skarbu państwa, zamiast ograniczanej przez warunki finansowe dotacji budżetowej do FUS. Projekt pojawia się w momencie, kiedy struktura budżetu wymaga racjonalizacji długu publicznego zgodnie z prawem krajowym i europejskim; nie przeprowadza się jej w sposób długofalowy w odniesieniu do realnych wydatków, unika się właściwej racjonalizacji lub ją ogranicza właśnie przez wycofanie się z realizowanej od 10 lat Umowy społecznej.

W związku z tym należy stwierdzić, że Projekt narusza **umowę społeczną** (ustaloną na dzień 1 stycznia 1999 r. przez określony stan regulacji prawnych odnoszących się do kwestii międzypokoleniowych) i **zasadę równego traktowania** oraz ustalone status quo umowy społecznej, która była podstawą reformy z 1999 r., gdyż:

- a) ogranicza możliwości uzyskania większych pożytków z inwestycji w OFE tj. zwiększenia podstawy wyliczenia przyszłych emerytur
- b) zmienia reguły gromadzenia kapitału emerytalnego, jakie miały realizować współczesne pokolenia, ciężar ten przerzuca na przyszłe pokolenia, które jako mniej liczne będą musiały zapewnić utrzymanie proporcjonalnie większej grupie emerytów oraz spłatę gigantycznych zobowiązań Skarbu Państwa,
- c) ogranicza jakość zabezpieczenia wypłacalności emerytur dla młodszych ubezpieczonych, dla których lepsze są obligacje skarbu państwa, aniżeli dotacje z budżetu państwa do FUS w przyszłości, które mogą być nie w pełni realizowane.

Należy też zauważyć, że realizacja zasady sprawiedliwości społecznej w budowie systemu emerytalnego, czyli przyznawania świadczeń z uwzględnieniem wkładu (składkowego, pracy oraz długości okresu zatrudnienia) nie powinna prowadzić do **nieracjonalnego działania prawodawcy**, przez dopuszczenie do sytuacji, że w przyszłości emeryci z lat 2030-2050 (a może 2020-2060) otrzymywać będą emerytury nieekwiwalentne do wnoszonego wkładu składkowego, przez to, że pokolenie pracujących w tym samym okresie nie będzie w stanie udźwignąć ciężaru ich finansowania. Żeby zapobiec tej sytuacji należy więc gromadzić kapitały emerytalne odpowiednio wcześniej.

## **2.8 Czy prawo do przekazywania części składki do OFE podlega ochronie jako prawo nabyte?**

Rozpatrywanie kwestii transferów z ZUS do OFE w perspektywie ochrony praw nabytych jest konieczne ze względu na niespójną konstrukcję OFE w systemie ubezpieczeń społecznych. Z środków publicznoprawnych gromadzonych przez ZUS powstają środki prywatnoprawne gromadzone przez OFE. Instytucja ta, mając znaczenie publicznoprawne, a nie podlegająca ZUS staje się – ze względu na swoje właściwości - zbyt specyficzna, jak na

osadzoną w ramach ubezpieczeń społecznych. W świetle prawa obowiązującego można nawet bronić tezy, że przesunięcia środków pomiędzy ZUS a OFE stanowią pewnej formy prywatyzację, gdyż są oddawane do dyspozycji członków i przeznaczane na wypłaty dla nich (zob. art. 110 u.ofe).

Członkowie OFE, którzy podlegają ubezpieczeniu emerytalnemu w świetle obowiązującego systemu emerytalnego mają prawo do przekazania do wybranego Otwartego Funduszu 7,3% procenta składki. Należy założyć, że OFE stanowią instytucję prywatnoprawną, przekazywanie składki do OFE stanowi rodzaj publicznego prawa podmiotowego, tzn. prawa, które jest adresowane do instytucji publicznoprawnej celem uzyskania świadczenia, z którego korzystają obywatele. Choć typowe pozytywne publiczne prawo podmiotowe polega na roszczeniu jednostki wobec państwa, aby zapewniało ono jej korzystanie z przysługujących jej uprawnień, wskazane uprawnienia członków OFE można uznać za swoistą formę pozytywnego publiczne prawo podmiotowe, polegające na określonym roszczeniu jednostki wobec podmiotu, który wykonuje przekazane przez państwo zadanie publiczne, (por. J.Boć, A.Błaś, *Prawo administracyjne* (red. J.Boć), Wrocław 2000, s.490). Świadczenie to polega na zwiększeniu wartości środków na rachunku członka w OFE. Te publiczne prawa podmiotowe doznały ograniczenia na mocy ustawy, gdyż to ustawodawca decyduje o wysokości i zakresie świadczeń.

Powstaje więc pytanie, czy do tak rozumianego prawa stosuje się zasadę ochrony praw nabytych? Nawet jeżeli ograniczenie wysokości składki można uznać za naruszenie ochrony praw nabytych, to jednak zasada ta nie ma charakteru bezwzględnego. Między innymi doznaje ona ograniczeń w przypadku przyznania odpowiedniej rekompensaty, a wtedy konstrukcję „świadczenia kapitałowego”, pomimo mylącej nazwy (art. 40 j. ust. 3 projektu), czy też wyliczanie emerytury kapitałowej z uwzględnieniem środków z subkonta należałoby uznać za rodzaj rekompensaty. Zdaniem opiniującego nie dochodzi więc do naruszenia zasady ochrony praw nabytych. Sprawa nie jest jednak jednoznaczna. Przyjmując wariant szerszej ochrony ekspektatyw, a mianowicie, że konstrukcja ekspektatywy stanowi „wyraz respektowania stanowiska ubezpieczonego, który uczestnicząc w procesie nabywania prawa do świadczeń zakłada niezmiennosć reżimu warunków od momentu nawiązania stosunku ubezpieczenia, aż do chwili nabycia uprawnień” (Zob. R.Babińska, *Wzruszalność prawomocnych decyzji rentowych*, Warszawa 2007, s.69) należałoby jednak przyjąć, że

obniżenie składki przekazywanej do OFE ogranicza skutki faktyczno-prawne związane z nabyciem tzw. ekspektatywy emerytury dożywotniej.

Inna jeszcze ocena powstaje wymaga w świetle kwalifikacji obecnego stanu prawnego. Można bowiem założyć, że wybraną rekompensatą dla ochrony emerytalnych praw nabytych w stosunku do osób urodzonych pomiędzy rokiem 1948 a 1968 było właśnie prawo przekazywania składki do OFE. Ustawodawca wprowadzając reformę nie musiał narzucać określonej formy rekompensaty, pozostawiając określone formy skorzystania z niej przez adresatów norm prawnych. Przy takim założeniu dochodzi do przymusu większego finansowania FUS przez członków OFE wbrew interesom członków OFE, którzy przyjęli określoną rekompensatę. Zmiany prawa nie mogą prowadzić do likwidacji rekompensaty ochrony emerytalnych praw nabytych, dlatego też przymusowe obniżenie składki przekazywanej do OFE dla tej grupy osób może naruszać zasadę ochrony praw nabytych, chyba, że zostanie dowiedzione, że w 1999 r. osoby te nie korzystały z ochrony emerytalnych praw nabytych (kwestia maksymalnego ukształtowania ekspektatyw emerytalnych praw nabytych – istnieje dyskusja w sprawie rozumienia tego pojęcia, co relacjonuje K.Ślebza).

Projekt nie prowadzi do nacjonalizacji OFE. Kapitały emerytalne, a także wynikające z nich oczekiwania prawne zostają nienaruszone. W związku z tym kwestia ta nie budzi wątpliwości konstytucyjnych na poziomie analizy prawnej. Inny kontekst do oceny powstaje, gdy brać pod uwagę ekonomiczną specyfikę eliminacji lub znaczącego ograniczenia finansowania kapitałowego. Z ekonomicznego punktu widzenia nie ma znaczenia, czy państwo przejmie kapitały emerytalne zgromadzone w OFE, czy też ograniczy wysokość składki przekazywanej do OFE. Gdyby projekt przewidywał to pierwsze, ale utrzymywał wysokość składki to ekonomiczne skutki byłyby bardzo podobne. Jeżeli przyjmiemy, że niezgodny z Konstytucją jest taki skutek, to dlaczego miałyby być zgodny zaproponowany przez projektodawcę środek w postaci ograniczenia składki przekazywanej do OFE. Zmiany w prawie muszą zakładać spójność ocen aksjologicznych oraz konsekwencję w ich realizowaniu przez system normatywny, a takich tu brakuje.

## **2.9 Czy zaproponowana reforma stanowi ultima ratio ochrony finansów publicznych?**

Zdaniem opiniującego fałszywe jest założenie, że ograniczenie tempa przyrostu państwowego długu publicznego (a zarazem potrzeb pożyczkowych państwa) jest możliwe tylko przez zmniejszenie składki przekazywanej do OFE. Ten wątek ekonomiczny ma znaczenie prawne, gdyż podważa konieczność naruszania innych zasad i wartości konstytucyjnych. Rząd nie skorzystał z możliwości zmian w zakresie finansów publicznych przez utworzenie obligacji emerytalnych, które nie zwiększałyby poziomu długu publicznego. Nie proponuje się podwyższenia wieku emerytalnego, choć zmiana ta powszechnie wprowadzana w krajach UE dawałaby dużo większe korzyści dla budżetu państwa aniżeli analizowany Projekt, z tym, że nie można ich wprowadzić od zaraz, a potrzebne jest do tego dłuższe *vacatio legis*.

Potrzeby pożyczkowe państwa ze względu na OFE stanowią mniejszą kwotę niż 20 mld zł rocznie (tzw. refundacja z tytułu przekazywania składki do OFE wyniosła w 2010r. kwotę 22,5 mld, ale w części była pokryta przychodami z prywatyzacji), czyli do 10% potrzeb pożyczkowych państwa w 2010r.. O złym stanie finansów publicznych stanowią więc w większym zakresie inne przyczyny ekonomiczne, których jednak projekt nie dotyczy. Trudno też nie wspomnieć, że w trudnym stanie finansów publicznych można przecież przeprowadzić restrukturyzację wydatków publicznych, z ograniczeniem ochrony pewnych praw słusznie nabytych włącznie, jeżeli istnieje zagrożenie przekroczenia relacji długu publicznego do PKB w wysokości 2/3, co jednak wciąż wydaje się odległą perspektywą.

Przedstawiony projekt stanowi kontynuację polityki sięgania do oszczędności emerytalnych celem finansowania bieżących potrzeb budżetowych Państwa. Od 1999 r. 1% podstawy wymiaru składki powinien być przekazywany do FRD. Według pierwotnych szacunków w 2020 r. powinno być w Funduszu Rezerwy Demograficznej co najmniej 100 mld zł.. Obecnie jednak zgromadzone środki oscylują wokół kwoty 10 mld zł, gdyż w 2010r. Rząd doprowadził do „przekazania” z konta FRD około 7 mld, a w tym roku planuje się „pobranie” dalszych 4,5 mld.

Według uzasadnienia Projektu obniżenie składki przekazywanej do OFE ma wyeliminować zagrożenia narastającego jawnego długu publicznego. Niewątpliwie cel ten jest możliwy do realizacji, lecz należy zastanowić się, czy przyniesie on spodziewane długofalowe pozytywne skutki, jak również czy uzyskane przez to korzyści są w istocie większe od strat powodowanych zmianą dotychczasowych reguł gromadzenia kapitału emerytalnego. Na s.20 uzasadnienia Projektu Ministerstwo Finansów, wskazuje, że saldo FUS, po zmniejszeniu

składki emerytalnej trafiającej do OFE, poprawi się o 11 mld złotych w 2011 r., 18 mld złotych w 2012 r., dając prawie 20 mld poprawy rocznie począwszy od 2016 r. Warto te ilości odnieść do deficytu w samym funduszu emerytalnym w FUS. Według Departamentu Statystyki ZUS w prognozie z marca 2000 r. szacuje się, że w 2011 niedobór w funduszu emerytalnym w ramach FUS wynosić będzie ok. 51 mld rocznie, w 2016 ok. 63 mld rocznie, w 2020 – ok. 91 mld rocznie, w 2030 – ok. 120 mld, w 2035 - ok. 135 mld rocznie. Oznacza to, że proponowana zmiana przyniesie poprawę rzędu 15-30% deficytu funduszu emerytalnego rocznie (lub wiele mniej w odniesieniu do całego FUS), pozwoli „odetchnąć rządowi na kilka następnych lat” w zamian za zlikwidowanie zabezpieczenia przyszłych pokoleń. W okresie 4-8 lat prawdopodobne jest, że dojdzie do zjawiska niewykonywania zwaloryzowanych zobowiązań emerytalnych finansowanych przez FUS, gdyż trudno będzie osiągnąć – nawet przy dużych podwyżkach stawek ciężarów publicznych (co z kolei wiązać się będzie z eskalacją zjawiska ucieczki od płacenia podatków i składek) – tak duży wzrost dochodów podatkowych i składkowych, proporcjonalny z szybko wzrastającym długiem publicznym, a także deficytem w FUS. W związku z tym, zamiast realizacji projektu, niezbędne jest w pierwszym rządzie podwyższenie wieku emerytalnego, co wydaje się być kwestią niecierpiącą zwłoki ze względu na fakt, iż takie unormowanie może zostać wprowadzone do porządku prawnego przy przyjęciu przynajmniej 5 letniego *vacatio legis*.

Rząd w uzasadnieniu projektu wyliczył również, że realizacja projektu przyniesie spadek potrzeb pożyczkowych państwa na sumę 234 mld złotych w latach 2011-2020. To wyliczenie jest jednak niemiarodajne, gdyż zakłada, że w tym okresie nie dojdzie do przekroczenia dopuszczalnych limitów długu publicznego, po czym potrzeby pożyczkowe państwa zostałyby z mocy prawa ograniczone lub całkowicie zlikwidowane. Zgodnie z art. 86 pkt. 2 u.f.p po przekroczeniu 55% wysokości państwowego długu publicznego w relacji do PKB nie przewiduje się deficytu budżetu państwa lub przyjmuje się poziom różnicy dochodów i wydatków budżetu państwa, zapewniający, że relacja długu Skarbu Państwa do produktu krajowego brutto przewidywana na koniec roku budżetowego, którego dotyczy Projekt ustawy, będzie niższa od relacji we wcześniejszym roku budżetowym. Przepisów tych nie stosuje się jeżeli zostanie ogłoszony stan wojenny lub stan wyjątkowy na terenie całej Rzeczypospolitej. Zakładając więc, że dojdzie do przekroczenia limitu 55% państwowego długu publicznego, należy stwierdzić, iż Projekt nie pozwala osiągnąć żadnych dodatkowych korzyści polegających na zmniejszeniu potrzeb pożyczkowych Państwa.

### **3. Subkonta w ZUS. Czy zachowują integralność z II filarem?**

#### **3.1 Falszywe pojęcia prawne**

W uzasadnieniu Projektu (s.3) określa się środek realizacji przyjętych celów jako „przesunięcie części składki emerytalnej na nowo utworzone specjalne subkonto zachowujące integralność z II filarem”. Założenie co do osiągnięcia integralności pomiędzy I i II filarem jest godne polecenia. Nie jest jednak możliwe do osiągnięcia przez wprowadzanie nieadekwatnych lub wręcz fałszywych pojęć związanych z funkcjonowaniem subkonta - takie jak „świadczenie kapitałowe”, „dziedziczenie środków na subkoncie”, „zwrot ze środków gromadzonych na subkoncie”. Pojęcia te mistyfikują zasadniczą zmianę, jaka ma być dokonana w zasadach pokrycia emerytur kapitałowych, gdyż z zapisu na subkoncie nie powstanie ani kapitał, ani realne środki. Proponowany nowy rodzaj świadczenia – określany mianem „świadczenia kapitałowego” - ma być wypłacany w całości z deficytowego w przyszłości FUS, w którym nie będzie już żadnych rezerw kapitałowych. Bardziej adekwatne i uczciwe z punktu widzenia zaufania obywateli do państwa byłoby więc pojęcie „świadczenia deficytowego”.

Zamieszczone na s.4 uzasadnienia Projektu zdanie, że do II filara dalej trafiać będzie 7,3% p.p. składki jest zdaniem nieprawdziwym. Od kilkunastu lat w Polsce pojęcie II filaru łączy się z częścią kapitałową ubezpieczenia emerytalnego, a przy tej dowolności jego rozumienia należałoby w ogóle z niego zrezygnować. Wprowadzanie pojęcia „II filara w ZUS”, jak czyni się to w uzasadnieniu jest nie do przyjęcia, gdyż rozmywa powszechne rozumienie, czym jest obecnie II filar.

#### **3.2. Czy świadczenia i emerytury kapitałowe mogą być finansowane przez FUS?**

Zgodnie z treścią uzasadnienia Projektu (s.7) przyjmuje się, że „w celu zachowania integralności II filaru w nowelizacji ustawy o emeryturach kapitałowych proponuje się, aby do wyliczenia emerytury kapitałowej (dożywotniej i okresowej) brane były pod uwagę środki



zaewidencjonowane na subkoncie”. Takie uregulowanie sposobu obliczania wypłat emerytur kapitałowych jest konsekwencją utworzenia subkonta, które ma być integralne z częścią kapitałową, lecz narusza określone obecnie unormowania emerytur dożywotnich wypłacanych na podstawie tzw. składki, czyli ostatecznej wartości zysku z inwestycji w OFE różnice kategoriałne pomiędzy emeryturą z FUS a emeryturą dożywotnią (Zob. R.Pacud, *Wypłaty emerytur dożywotnich*, s.2 i n).

Propozycja zmiany art. 8 u.ek który przez przyjęcie Projektu otrzymałby brzmienie w art. 1, że ustawa określa 1) rodzaje świadczeń pieniężnych wypłacanych ze środków zgromadzonych w otwartych funduszach emerytalnych oraz środków zewidencjonowanych na subkoncie, o którym mowa w art. 40a ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (Dz. U. z 2009 r. Nr 205, poz. 1585, z późn.zm), zwanych dalej „emeryturami kapitałowymi” – jest nie do przyjęcia. Takie propozycje wprowadzają wielki chaos pojęciowy w obecnej systematyce ustawodawstwa oraz emerytur.

Praktycznie cały projekt w zakresie zmian ustawy o emeryturach kapitałowych wymaga daleko idącą krytykę. Nie można utrzymywać z jednej strony reguły wyliczania hipotetycznej emerytury kapitałowej z uwzględnieniem subkonta, czy też przyznawać prawa do emerytury dożywotniej z uwzględnieniem subkonta, skoro nie następuje przekazanie równowartości stanu środków subkonta z FUS do FDEK. Zabieg taki jest pewnie niemożliwy do sfinansowania, ale przez to rozmywana jest cała konstrukcja wypłat emerytur dożywotnich. W projektowanym art. 17 ust. 15 u.ek „Fundusz dożywotnich emerytur kapitałowych co miesiąc przekazuje na wskazany odrębny rachunek bankowy Zakładu Ubezpieczeń Społecznych środki na wypłatę dożywotniej emerytury kapitałowej w części obliczonej ze środków zgromadzonych w otwartym funduszu emerytalnym.” Wiele z zaproponowanych uregulowań odnosi się do frazeologii kapitałowej, ale gdy dochodzi do rozwiązań realnych związanych z finansowaniem emerytur, to okazuje się, że emerytura kapitałowa będzie tylko w części wypłacana z kapitału – ma być nią część obliczona z środków zgromadzonych w otwartym funduszu emerytalnym.

Poza tym zachodzi sprzeczność zakładanych regulacji art.17 ust.5 u.ek z art. 11 ust. 1 i 2 u.ek. Jeżeli bowiem ZUS ewidencjonuje na koncie ubezpieczonego zarówno składkę przekazywaną z OFE jako realny kapitał oraz środki zaewidencjonowane na subkoncie i oba źródła nazywa

składką, to powinna być ona w całości przekazywana do Funduszu Dożywotnich Emerytur Kapitałowych (FDEK).

Proponowane zafałszowanie pojęcia „świadczenia kapitałowego” (pokrycie kapitałem 0%) oraz dewaluacja pojęcia emerytury dożywotniej (pokrycie kapitałem w ok. 50%) wymaga wielkiej krytyki. Zgodnie z logiką, zdrowym rozsądkiem oraz obecnym ustawodawstwem emerytury kapitałowe powinny mieć realne pokrycie w kapitale.

### 3.3 Wypłata „świadczenia kapitałowego” czy zmiana konstrukcji emerytury okresowej?

W przypadku emerytur niespełniających określonego pułapu dochodowego zamiast wypłaty do FDEK proponuje się wypłatę tzw. świadczenia kapitałowego. Zgodnie z art. 40 j ust. 2 u.sus: „Jeżeli kwota środków zewidencjonowanych na subkoncie na ostatni dzień miesiąca poprzedzającego miesiąc, od którego miałyby zostać przyznane prawo do wypłaty tych środków jest równa lub wyższa od dwudziestokrotności kwoty dodatku pielęgnacyjnego, wypłata środków zewidencjonowanych na subkoncie, o której mowa w ust. 1, jest dokonywana w formie świadczenia kapitałowego”. Świadczenie to ma być wypłacane, aż do wyczerpania stanu subkonta (błędnie określono „aż do wyczerpania środków na subkoncie”).

Konstrukcja prawna proponowanego świadczenia kapitałowego przypomina unormowanie emerytur okresowych zarówno w zakresie mechanizmu wyliczenia świadczenia, jak również mechanizmu zmniejszania środków, z których wypłaca się emeryturę kapitałową. Zgodnie z projektowanym art. 40j ust. 3 świadczenie kapitałowe stanowi iloraz kwoty środków zewidencjonowanych na subkoncie na dzień, o którym mowa w ust. 2 i średniego okresu dalszego trwania życia, jak precyzuje art. 26 ustawy z dnia 17 grudnia 1998 r. o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych, ustalonego dla wieku osoby uprawnionej w dniu, od którego zostanie przyznane świadczenie kapitałowe. Z kolei projektowany art. 40k. 1 u.sus przyjmuje że stan subkonta, o którym mowa w art. 40j ust. 1, pomniejsza się o kwoty wypłaconego świadczenia kapitałowego.

W nowej koncepcji finansowania emerytur okresowych zakłada się, że będzie ona w części pokrywana z subkonta (finansowana przez FUS), a w części z środków zgromadzonych w OFE. Zakładając, że muszą powstać subkonta, lepiej dokonać całkowitej reorientacji

konstrukcji emerytury okresowej. Taka emerytura (okresowa) powinna być jednak włączona do ustawy o emeryturach i rentach, finansowana na zasadach repartycyjnych w ramach środków z owego subkonta. Propozycja ta poprawiałaby również stan obecnych regulacji, gdyż umniejszanie środków w OFE z powodu pobierania emerytury okresowej niezbyt odpowiada generowaniu kapitału emerytalnego potrzebnego do emerytur dożywotnich.

Sztuczną odrębność proponowanego subkonta od pozostałego konta ubezpieczonego w FUS stwarza regulacja, która zakłada, że gdy stan subkonta będzie „niższy od dwudziestokrotności kwoty dodatku pielęgnacyjnego, wypłata środków zewidencjonowanych na subkoncie, jest dokonywana w formie jednorazowej wypłaty”. Jednorazowe wypłaty są dotychczas niespotykane w ubezpieczeniu emerytalnym, którego funkcją jest stałe zabezpieczenie potrzeb dochodowych ludzi starych. Bardziej logiczne jest przekazanie tych środków na konto ubezpieczonego, ale widocznie projektodawcy chodzi o zachowanie pewnych reguł odmierności.

### **3.4 Waloryzacja wartości zapisanej na subkoncie. PKB w cenach bieżących jako nowy indeks waloryzacyjny**

Zgodnie z art. 40c. ustawy o sus Projektu, waloryzację składek zewidencjonowanych na subkoncie przeprowadza się corocznie, od dnia 1 czerwca każdego roku w oparciu o wskaźnik rocznej waloryzacji, który jest równy średniorocznej dynamice wzrostu wartości produktu krajowego brutto w cenach bieżących za okres ostatnich 5 lat poprzedzających termin waloryzacji. Przyjęcie takiego wskaźnika nie zostało potwierdzone w nauce. Zwykle stosuje się indeksację płacową lub inflacyjną, ewentualnie kompozycję takich indeksacji. W zabezpieczeniu społecznym, które ma gwarantować realną wysokość świadczenia, odnoszenie się wyłącznie do wzrostu PKB może być nieskuteczne. Możliwa jest przecież wysoka inflacja przy niskim średniorocznym PKB, co wydaje się rozumieć projektodawca. Trudno jednak powiedzieć, jak liczony będzie wzrost produktu krajowego brutto w cenach bieżących; czy przy takim wskaźniku wartość zapisów na subkoncie nie będzie ulegać deprecjacji. Gwarancje realnego wymiaru świadczeń – wymagane m.in. przez prawo międzynarodowe – powinny mieć raczej bardziej sprecyzowany charakter, łatwiejszy do zweryfikowania przez ubezpieczonych. Wprawdzie zakłada się w Projekcie, że w wyniku przeprowadzonej waloryzacji stan konta nie może ulec obniżeniu (projektowany art. 40d ust. 4 u.sus), ale nie

daje to gwarancji, że nie dojdzie do realnego obniżenia wartości subkonta, przy jednoczesnym podwyższeniu nominalnym .

Prezydent RP Lech Kaczyński na podstawie art. 122 ust. 5 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. odmówił podpisania ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o funduszach dożywotnich emerytur kapitałowych, podając w pierwszej kolejności, że zaproponowany mechanizm udziału w zysku w przypadku kryzysu na rynkach finansowych może oznaczać realny spadek wysokości świadczenia czyli prowadzić do obniżenia wysokości otrzymywanej emerytury. W tym kontekście proponuję zwrócić uwagę na kwestię zabezpieczenia realnej wysokości emerytur. W projekcie bardziej odpowiednio byłoby uregulowanie, że po waloryzacji stanu subkonta ubezpieczonego nie może ono ulec realnemu obniżeniu z uwzględnieniem średniorocznej stopy inflacji, według obwieszczenia Prezesa Urzędu Statystycznego.

#### **4. Rozporządzania środkami zgromadzonymi w OFE a podział zapisu subkonta**

##### **4.1. Podobieństwo regulacji Projektu do unormowań dozwolonych rozporządzeń środkami w OFE.**

W uzasadnieniu przyjmuje się, że „wola Rządu jest zachowanie pełnej analogii zasad dziedziczenia środków zaewidencjonowanych na subkoncie w ramach II filara w ZUS oraz zasad dziedziczenia w OFE”. Konstrukcja OFE, ich rachunek członkowski posiada skonkretyzowany wymiar prywatny, gdyż uprawnienia do jednostek rozrachunkowych (wkład emerytalny) stanowią określony przez ustawę o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych związek z majątkiem prywatnym członka OFE. Mienie członka OFE, wyodrębnione z pozostałego majątku prywatnego, podlega podziałowi w trakcie rozwodu, dziedziczeniu (zob. R.Pacud, *Czynności prawne rozporządzające prawem do wkładu emerytalnego*, RPEiS 2003, z. 1), a także może być w określonych wypadkach wypłacany w gotówce w razie śmierci członka OFE.

Zgodnie z projektem stan subkonta podlegać miałby podobnym czynnościom rozporządzającym jak środki w OFE. Według art. 40e „Środki zewidencjonowane na subkoncie podlegają podziałowi w razie: 1) rozwodu lub unieważnienia małżeństwa, ustania

*wspólności majątkowej w czasie trwania małżeństwa albo umownego wyłączenia lub ograniczenia wspólności ustawowej między posiadaczem subkonta a jego małżonkiem; 2) śmierci osoby, dla której Zakład prowadzi subkonto”.*

Istotna różnica dotyczy przepisu art. 132 ust. 1 u. ofe, które przewiduje, że środki zgromadzone na rachunku zmarłego członka otwartego funduszu emerytalnego, które nie zostaną przekazane małżonkowi w związku z ich przynależnością do wspólności majątkowej, przekazywane są osobom wskazanym przez zmarłego. Ta instytucja wypłaty gotówkowej z OFE, nie jest przeniesiona na regulacje w zakresie subkonta.

#### **4.2 Dlaczego środki zgromadzone w OFE mogą być dziedziczone a zapis na subkoncie nie może?**

Zgodnie z proponowanym art. 40a ust. 1 u.sus w ramach konta ubezpieczonego Zakład prowadzi subkonto, na którym ewidencjonuje się informacje o zwaloryzowanej wysokości wpłaconych składek. Informacja ta ma stanowić zapis elektroniczny na temat wartości składek stanowiących równowartość od 5% do 3,8% podstawy wymiaru składki, które są wpłacane na bieżąco i następnie waloryzowane. Z dokonaniem zapisu nie wiąże się proces akumulacji środków, z których ma być wypłacana odrębna emerytura. Pokrycie dla wypłaty wynikającej z zapisu na subkoncie będzie dokładnie takie same, jak w przypadku emerytur z FUS. Ze względu na prawną kwalifikację przedmiotu subkonta ZUS – należy przyjąć, że jest to uprawnienie niemajątkowe przed nabyciem emerytury, bez cech wierzytelności – nie jest możliwe, aby zapis na subkoncie był dziedziczony.

Zapis na subkoncie, podobnie jak zapis na koncie ubezpieczonego nie daje konkretnego uprawnienia względem FUS, gdyż fundusz ten nie tworzy rezerw na pokrycie zobowiązań wymagalnych w przyszłości. FUS jako państwowy fundusz celowy działa na zasadzie rachunkowości kasowej i wskazuje w zakresie długu jedynie kwoty potrzebne do spłat zobowiązań w roku budżetowym. W związku z tym nie powstaje majątek, ani uprawnienie o charakterze majątkowym, które może być dziedziczone. Nie jest to żaden rodzaj wierzytelności, którą można rozporządzać, jak przedmiotem należącym do spadku. Żeby można było mówić o dziedziczeniu, to potrzebne jest ustalenie dłużnika, czyli osoby zobowiązanej do spełnienia świadczenia na rzecz uprawnionego. Takiej osoby nie ma, więc

subkonto nie może być przedmiotem uprawnienia majątkowego, które jest dziedziczone, ani też przedmiotem innych rozporządzeń majątkowych. Inne kwestie dotyczące zmian w regulach dziedziczenia opiniuje się w dalszej części ekspertyzy.

Inaczej sprawa przedstawia się w przypadku OFE, które mają określone względem członka OFE zobowiązanie, że przekażą środki z jego rachunku, zgodnie z jego dyspozycją na potrzeby jego emerytury kapitałowej. Przy takiej konstrukcji prawnej, jak również pokryciu tego długu przez określone środki realne, które są ewidencjonowane na rachunku ilościowym, uprawnione jest kwalifikowanie rozliczeń pomiędzy OFE a członkiem OFE w kategoriach długu i wierzytelności, czyli kategorii z zakresu mienia prywatnego.

#### ***4.3 Kwestia braku wypłaty gotówkowej z subkonta. Ocena konstytucyjna***

Reguła wypłaty środków pieniężnych z OFE dla spadkobiercy członka OFE jest dość wyjątkowa i zrozumiałe jest, że nie można jej kontynuować w zakresie tzw. dziedziczenia subkonta ZUS, gdyż w FUS nie ma zgromadzonych żadnych środków, które mogą być realnie wypłacane spadkobiercom. Przyjęcie Projektu może jednak podważać zaufanie obywateli do państwa i wstępnie można przyjąć, że jest sprzeczne z art. 2 Konstytucji.

Zmiana zasad dziedziczenia podważa zaufanie do państwa szczególnie tych grup obywateli, które miały wybór formy ubezpieczenia emerytalnego, tj. osób urodzonych pomiędzy 1948 a 1968 rokiem. Wielu z nich kierowało się wyborem OFE nie ze względu na oczekiwanie wyższych świadczeń, ale właśnie ze względu na reguły dziedziczenia środków w OFE. Było to atrakcyjne rozwiązanie szczególnie dla tych, którzy nie planują przechodzić na emeryturę, jak również tych, którym się to może nie opłacać ze względu na spodziewane krótsze życie z powodu określonych chorób – w ten sposób spadkobiercy mogą otrzymać pokaźną wypłatę mienia z OFE w ramach dziedziczenia.

Aby z tego powodu uznać zapisy o ograniczeniu składki i utworzenia dziedzicznego subkonta za niekonstytucyjne należałoby jeszcze się upewnić, że dziedziczenie jest zgodne z naturą ubezpieczenia społecznego. Niestety wprowadzone w 1999 r. zasady dziedziczenia środków zgromadzonych w OFE nie były konfrontowane w zakresie zgodności z Konstytucją. Istnieje możliwość uznania samej zasady dziedziczenia za niezgodną z Konstytucją, przy zastosowaniu argumentacji z istoty danej instytucji (M.Kordela, *Zarys typologii...*, s.125). W

orzeczeniu Trybunału Konstytucyjnego z 11 lutego 1992 przyjęto, że potrzeba ochrony ekspektatyw nabycia praw emerytalnych „wynika z samej natury systemu ubezpieczeń społecznych”, przyjmując też, że dopuszczalność i ograniczenie świadczeń emerytalno rentowych „odpowiada charakterowi ubezpieczeń społecznych”. W związku z tym należy rozważyć czy zmiana zasad dziedziczenia może korzystać z konstytucyjnej ochrony, jako wartość odpowiadająca charakterowi ubezpieczeń społecznych.

Na ten moment analizy prawnej nasuwa się raczej odpowiedź negatywna. Nie przypadkowo ustawodawca uznał OFE za wykonawcę zadań z zakresu ubezpieczeń społecznych (art. 3 u.sus), środki OFE pochodzą ze składek ubezpieczeniowych, a nie podatków, służą finansowaniu świadczeń o charakterze ubezpieczeniowym, a nie innego rodzaju świadczeń socjalnych. Dla ubezpieczeń społecznych właściwe są określone cechy i właściwości, które są niezmiennie. Niestety obecna konstrukcja kapitałowa ubezpieczenia emerytalnego w wielu miejscach jest sprzeczna z tymi właściwościami, m.in. w zakresie prywatnoprawnych unormowań dziedziczenia. Ubezpieczenie społeczne jest od początku swego istnienia w ustawodawstwie skonstruowane jako instytucja łącząca osoby zagrożone tym samym ryzykiem, które wnoszą składki po to, aby z nich wypłacać świadczenia, ale tylko tym, którzy są dotknięci skutkami danego ryzyka. Dziedziczenie środków OFE sprzeciwia się tej zasadzie. Jest to zbędny element prywatny w stosunkach prawnych z zakresu ubezpieczeń społecznych. Dlatego też należy skłaniać się ku temu, że ograniczenie zasad dziedziczenia nie będzie uznawane za sprzeczne z Konstytucją, gdyż sama instytucja dziedziczenia w ramach ubezpieczeń społecznych jest sprzeczna z ich charakterem.

#### ***4.4 Ocena całości propozycji w zakresie subkonta.***

W ocenie opiniującego proponowana instytucja subkonta jest zbędna. Komplikuje rozumienie zastanych pojęć oraz instytucji prawnych z zakresu ubezpieczeń społecznych. Godząc się na obniżenie składki przekazywanej do OFE nie ma potrzeby tworzenia instytucji prawnej, która ze względu na sposób finansowania odpowiada dotychczasowemu kontu ubezpieczonemu. Teoretycznie można wprowadzić subkonto jedynie na zasadzie przejściowej, jedynie przez jego techniczne wyodrębnienie, bez dodatkowej prawnej specyfiki, po to aby na przykład za 3 lata stworzyć obywatelom możliwość przeniesienia tych środków do OFE przy indeksacji odpowiadającej średniemu oprocentowaniu obligacji skarbowych. W ten sposób obywatele

nie będą tracić swoich uprawnień, tylko ich realizacja będzie odłożona na przyszłość pod rygorem zapłaty odszkodowania przez Skarb Państwa. Niestety przy takiej ustawie umowa społeczna z 1999 r. po raz kolejny stałaby się przedmiotem niewłaściwej realizacji, czyli odkładaniem trudnych decyzji na przyszłość.

## **5. Indywidualne konta zabezpieczenia emerytalnego (IKZE)**

### **5.1 IKZE jako element prywatnoprawny zabezpieczenia społecznego**

Projekt zakłada rozszerzenie przedmiotu działalności OFE, choć z proponowanego przepisu przyjmującego, że „otwarty fundusz prowadzi także indywidualne konta zabezpieczenia emerytalnego, o których mowa w ustawie z dnia 20 kwietnia 2004 r. o indywidualnych kontach emerytalnych” należy raczej przyjąć, że chodzi o ustanowienie drugiego przedmiotu działalności OFE. Nie zmienia się bowiem art. 2 ust. 2 u.ofe, lecz nową treść włącza się w ramy dodatkowego ust. 3. Włączenie IKZE do konstrukcji OFE rodzi sprzeciw z pozycji poprawności ustroju ubezpieczeń społecznych. OFE są bowiem instytucją wykonującą zadania z zakresu ubezpieczenia społecznego, a prowadzenie IKZE nie należy do ubezpieczeń społecznych.

B. von Maydell (*Nowe uregulowanie pomocy socjalnej i zapomogi dla bezrobotnych w systemie prawa socjalnego w Niemczech* (w:) *Rola prawa pracy i ubezpieczeń społecznych w przeciwdziałaniu bezrobociu*, Gdańsk 2005, s. 41–42) zauważa, że poza prawem pracy, ściśle rozumiane prawo socjalne (w perspektywie niemieckiej) obejmuje wyłącznie publicznoprawne instytucje, jednakże w ostatnich latach, przez to, że państwo wspiera prywatne zabezpieczenie (np. ubezpieczenia emerytalne - „renty Riestera”), prywatne i państwowe zabezpieczenie staje się częścią tego samego systemu zabezpieczeń.

W polskim systemie prawnym OFE są częścią ubezpieczeń społecznych, a nie zabezpieczenia społecznego, stąd należy przyjąć, że konstrukcja OFE powinna mieć przeważający charakter publicznoprawny. Założenie to nie całkiem realizuje obecne ustawodawstwo, co jest przedmiotem odrębnej krytyki przez autora ekspertyzy. Dlatego też nie można zaakceptować wzmacniania cech prywatnoprawnych OFE.



## 5.2 Kontrowersje podatkowe

Rząd uzasadnia projekt nadmiernymi kosztami przekazania składki do OFE wycenianymi na 162 mld złotych, podczas gdy wprowadzenie ulgi podatkowej od środków wpłacanych na IKZE też będzie miało swój koszt. Podobne rozwiązanie w Niemczech miało kosztować Niemcy od 1 stycznia 2002 r. już ponad 50 mld EUR. Zgodnie z programem Waltera Riestera wprowadzono tam odroczone opodatkowanie składek w dodatkowych programach emerytalnych, do 4% maksymalnego wynagrodzenia, od którego odprowadza się składkę na ubezpieczenia społeczne.

Projekt zakłada w propozycji zmian art. 20 ust. 1 ustawy o podatku dochodowym, że kwoty uzyskane z tytułu zwrotu z IKZE kwoty stanowiąc będą przychód podatkowy. Istnieją tu dwie możliwe konstrukcje opodatkowania. Jedna zakłada opodatkowania składek w momencie wnoszenia do instytucji finansowej, a druga w momencie jej wypłacania. Wybrano tą drugą możliwość, gdyż wpłaty na IKZE podlegają limitowanemu odliczeniu od dochodu, deklarowanego w zeznaniu podatkowym. Wybór ten uzasadnia się zwiększaniem zachęt do gromadzenia tych kwot – ale jednocześnie jego wdrożenie legislacyjne doprowadza do tego, że oszczędzających w IKZE włączono do sfery ryzyka, która polega na tym, że nie wiadomo, ile z tych pieniędzy będą musieli „oddać” państwu w momencie ich wypłacania. Podatki za kilkadziesiąt lat mogą znacznie wzrosnąć, szczególnie w pogarszających się warunkach finansów publicznych. Przy podwyższaniu podatków zwykle za zgodne z Konstytucją uznaje się takie podwyżki, które są zapowiadane w roku poprzedzającym dany rok podatkowy. W przypadku IKZE taka zasada nie może być stosowana, gdyż obywatele nie mogą przygotować się do zmian w ciągu jednego roku, a nawet kilku bądź kilkunastu lat.

Wobec powyższych zastrzeżeń uważam, że opodatkowanie wypłat IKZE powinno być zagwarantowane osobom z niego korzystającym w ten sposób, że nie ulegnie zmianie począwszy od uczestnictwa w IKZE. Podobnie ma się sprawa z opodatkowaniem IKE. Postulowałbym ustalenie w związku z tym zryczałtowanego podatku dochodowego od wypłat z IKZE w wysokości około 10% dochodu stanowiącego różnicę między kwotą stanowiącą wartość środków zgromadzonych na IKZE a sumą wypłat na IKE. Podobną konstrukcję wyliczania dochodu zastosowano przy ustalaniu restrykcyjnego opodatkowania względem

IKE (art. 30 ust. 3a ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych). Nie ma takiego sankcjonowania w przypadku IKZE, ale trzeba na marginesie rozważań podkreślić, że proponowana w Projekcie stawka podatku od „nadpłaconego” IKE w wysokości 75% (art. 30 ust. 1 pkt. 7a ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych) jest sprzeczna z Konstytucją, gdyż narusza zasady proporcjonalności. Obywatele w tych kwestiach mogą się zwyczajnie pomylić, a Urzędy Skarbowe mogą łatwo te pomyłki wykrywać, gdyż wszystko odbywa się w obrębie kontrolowanych instytucji finansowych.

### 5.3 Wpływ IKZE na ocenę i funkcjonowanie OFE w przestrzeni europejskiej

Wprowadzenie IKZE dokona wielkiego zamieszania w obecnej konstrukcji prawnej OFE, która powinna być doskonalona w przeciwnym kierunku niż to proponuje Rząd. OFE prowadzące IKZE wymagałoby zmiany kwalifikacji charakteru prawnego OFE w kierunku instytucji prywatnej, która powinna podlegać wszelkim rygorom instytucji finansowych w UE m.in. swobodzie przepływu usług oraz swobodzie przepływu kapitału. Ocena taka wynika z określonego rozeznania stanu obecnego.

Zrozumienie, czym jest OFE wymaga w pierwszym względzie uwzględnienia jego roli w systemie normatywnym ubezpieczeń społecznych, mniejsze znaczenie ma indywidualny rozrachunek inwestycji realizowanych przez OFE. Na tej kanwie OFE jako wykonawca ubezpieczeń społecznych (art. 3 u.sus) otrzymuje publicznoprawne *przedrozumienie*. Z analiz prawniczych wynika jednak, że OFE mają obecnie wiele cech prywatnoprawnych i stanowią publiczno-prywatną hybrydę, podmiot ten nie ma bowiem swojego miejsca w systemie finansów publicznych, choć uczestniczy w realizacji konstytucyjnych obowiązków państwa w zakresie zabezpieczenia emerytalnego. Nie można więc przyjąć, że środki zgromadzone w OFE należą do sektora finansów publicznych, nie mogą więc zmniejszać długu publicznego pod jakimkolwiek tytułem prawnym. Istnieje co prawda obowiązek zwrotu tych środków do ZUS przy nabyciu prawa do emerytury, co zwiększa znaczenie publicznoprawnej konstrukcji OFE. *De lege lata* zachodzą więc podstawy do kontrowersji pomiędzy Komisją Europejską a Rzeczpospolitą Polską, czy środki zgromadzone w OFE mają charakter publiczny, czy prywatny, co uznaje się za oś sporu (G. Uścińska, *Zmiany w systemie emerytalnym – zmiany w OFE. Projekty Ministerstwa Pracy i Polityki Społecznej*, Polityka Społeczna 2010, nr 5–6, s. 27).

Dążąc do ukształtowania struktury normatywnej bardziej odpowiadającej ubezpieczeniom społecznym, należałoby zmienić znaczenie ZUS w ramach konstrukcji kapitałowej; raz przez wyeksponowanie jego obowiązków jako ubezpieczyciela, a dwa, przez ustalenie go podmiotem powierzającym środki, które stanowią pokrycie finansowania emerytur kapitałowych. Obecny stan prawny rodzi wiele wątpliwości. Przykładowo prof. T. Zieliński uznawał, że delegacja z art. 67 ust. 1 Konstytucji RP została wykonana tylko częściowo w zakresie części kapitałowej ubezpieczenia emerytalnego (*Nowe emerytury – samoubezpieczenie na starość* (w:) *Konstrukcje prawa emerytalnego*, red. T. Bińczycka-Majewska, Kraków 2004, s. 22) Fundamentem poprawy stanu obecnego – zdaniem opiniującego - powinno być wprowadzenie innego rodzaju powiernictwa. Mogłoby się opierać na umowie administracyjnoprawnej zawieranej pomiędzy ZUS a OFE, które zabezpieczałyby podporządkowanie tych drugich niezbędnym decyzjom nadzorczym i regulacyjnym. W konsekwencji zmiany OFE dokonywałyby się zawsze z pośrednictwem ZUS. Uprawnieniu do powierzenia środków OFE odpowiada bowiem prawo domagania się ich zwrotu na warunkach określonych w ustawie, ewentualnie umowie administracyjnej. Regulacja taka pozwoliłaby zachować konsekwencję w charakterze środków prawnych powierzanych OFE. Jeżeli więc bardziej właściwe dla ubezpieczeń społecznych jest aby to ZUS był powiernikiem OFE, to rozbudowanie przez IKZE konstrukcji powiernictwa członków OFE jest nieuzasadnione.

#### 5.4 Zmiany w zakresie obowiązków PTE jako zarządzającego OFE

OFE mają zawierać odrębne umowy o członkostwo oraz umowę o prowadzenie IKZE. Wszystkie wpłaty na IKZE są przeliczane na jednostki rozrachunkowe, podobnie jak przekazywane składki. Odrębnie są realizowane wypłaty transferowe pomiędzy OFE, jak również wypłaty transferowe z IKZE. W świetle projektowanej zmiany art. 89 ust. 1 u.o.fe ma przewidywać, że „1. Fundusz prowadzi rejestr członków funduszu zawierający podstawowe dane osobowe członków, dane o wpłatach składek do funduszu i wpłatach na IKZE, otrzymanych wypłatach transferowych, wypłatach transferowych z IKZE oraz przeliczeniach tych składek, wpłat na IKZE, wypłat transferowych i wypłat transferowych z IKZE na jednostki rozrachunkowe, dane o aktualnym stanie środków na rachunkach z uwzględnieniem środków zgromadzonych na wyodrębnionym rachunku IKZE oraz środków wypłaconych na

okresową emeryturę kapitałową (...)" Powyższe unormowania prowadzą do dużego wzrostu obowiązków w zakresie zarządzania OFE. Stosuje się do wpłat na IKZE podobną zasadę, że maksymalna opłata *up front* wynosi 3,5% (art. 134 u.o.fe). Powstaje więc zasadnicze pytanie po co zwiększać obowiązki PTE, jeżeli ten sam efekt ekonomiczny można uzyskać przez zwiększenie zwolnienia podatkowego w zakresie obecnych IKE. Być może Rząd obawia się sporu z PTE, które mogą żądać rekompensaty za ograniczenie wpływów ze składek emerytalnych, ale nie mają one racjonalnego uzasadnienia prawnego.

### **5.5 Wnioski w zakresie IKZE**

Ocena projektu w zakresie wprowadzenia IKZE jako nowej instytucji zabezpieczenia społecznego jest negatywna. Jest to mnożenie bytów prawnych ponad potrzebę w ustroju zabezpieczenia społecznego, którą dziś zapewniają IKE. Projekt w tym zakresie jest więc zbędny. Negatywna ocena projektu w tej mierze jest dokonywana w świetle ustaleń własnych, stanowiących rozstrzygnięcie problemu doktrynalnego, czy OFE stanowią prywatne fundusze emerytalne, czy też są to instytucje publiczne. Ponadto w rozprawie pt. „*Stosunki prawne ubezpieczenia emerytalnego*” uzasadniam dlaczego nie można utrzymywać konstrukcji OFE jako hybrydy publiczno-prywatnej. Z zamieszczonych tam obserwacji, których przytaczać w tym miejscu nie sposób, wynikają dwa możliwe kierunki zmian w prawie, które definiują na potrzeby tej ekspertyzy:

- a) Kierunek ubezpieczeniowy - utrzymać OFE jako instytucję ubezpieczeń społecznych, co wymaga zmian powiększających znaczenie cech publicznoprawnych oraz ubezpieczeniowych części kapitałowej ubezpieczenia emerytalnego, a teoretycznie również włączenie środków OFE do systemu finansów publicznych;
- b) Kierunek zabezpieczeniowy – wyłączyć OFE z instytucji ubezpieczeń społecznych, oraz dopełnić jego unormowania na wzór w pełni prywatnej instytucji zabezpieczenia emerytalnego. Wymagałoby to oderwania OFE od systemu ubezpieczeń społecznych, odrębnego wypłacania emerytur kapitałowych poza ZUS, jak również zniesienia ograniczeń związanych z tworzeniem OFE oraz jego funkcjonowaniem w przestrzeni europejskiej.

Pozostawienie stanu obecnego rodzi wątpliwości, czy podmiotom zagranicznym słusznie zakazuje się prowadzenia OFE bezpośrednio z innych terenów UE. Zagraniczne instytucje finansowe zyskają dodatkowe argumenty do zaskarżenia art. 53 u.o.f.e jako niezgodnego z zasadami jednego nadzoru obowiązującego na terenie UE, jeżeli przedmiotem OFE będzie zarządzanie inwestycjami z wpłat dobrowolnych. W związku z powyższym powinno się raczej zaproponować zwiększenie limitu odliczenia podatkowego w ramach IKE, aniżeli tworzyć dodatkową skomplikowaną instytucję IKZE. Wydaje się, że obniżenie składki do OFE z jednoczesną możliwością dobrowolnego oszczędzenia w OFE nie będzie stanowiło większej zachęty do gromadzenia dodatkowego pokrycia na zabezpieczenie potrzeb emerytalnych w przyszłości, aniżeli przy zwiększeniu odpisów podatkowych do IKE.

## **6. Wnioski i rekomendacje**

### **6.1 Zebranie ustaleń – wnioski szczegółowe**

a) W związku z tym, że państwo zdecydowało się na określony kształt przemian w prawie emerytalnym, to ze względu na stosunek państwa do obywatela oraz państwa do poszczególnych grup lub nawet pokoleń, które pozostają względem siebie w relacji solidarności (związanej ze społeczną sprawiedliwością z art. 2 Konstytucji) oraz utrwalony przez prawie 12 lat porządek prawny, nie ma dowolności w przeprowadzaniu „racjonalnej korekty systemu emerytalnego” w celu poprawy bieżącej sytuacji finansowej. Realizacja normy programowej z art. 67 Konstytucji wymaga uwzględnienia wiedzy empirycznej, z której buduje się nakazy optymalizacyjne dla ustawodawcy zwykłego. Uwzględniając tą wiedzę, której elementy próbowano przedstawić, nie jest możliwe ograniczenie tempa gromadzenia kapitałów emerytalnych w sposób zgodny z zasadami sprawiedliwości społecznej, solidarności i proporcjonalności. Jeżeli jednak powyżej źle ustalono stan zagrożenia wypłacalności FUS w ciągu najbliższych kilkudziesięciu lat, a stan wiedzy ekonomiczno-społecznej jest odmienny, to zaproponowana przez Rząd korekta jest możliwa do realizacji.

b) Przyczyny dla których ustalono określone proporcje rozdziału części repartycyjnej i kapitałowej ubezpieczenia emerytalnego pozostają niezmiennie. Projekt jednak pomija znaczenie tych przyczyn; działania gabinetu rządowego prowadzą do ograniczenia znaczenia istniejących zabezpieczeń przed pułapką demograficzną. Nie przekazuje się składek do

Funduszu Rezerwy Demograficznej, a nawet następuje jego przedwczesne wykorzystanie, a jednocześnie proponuje się znaczącą redukcję składki do OFE. Projekt jest wymierzony w interesy młodszych ubezpieczonych, którym zapewnia się wypłatę emerytur w średniej wysokości niższej aniżeli dla starszych ubezpieczonych., przez co narusza zasadę równości, regułę *pacta sunt servanda* oraz zasadę proporcjonalności, gdyż reformę emerytalną w 1999 r. wprowadzono przy założeniu, że koszty gromadzenia kapitałów emerytalnych będą spoczywać również na pokoleniach, które korzystając z zasady ochrony praw nabytych zachowały prawo do wyższych emerytur. Umowa społeczna z 1999 r. wymaga ograniczenia bieżącej konsumpcji, wydatków oraz zwiększenia sprzedaży majątku publicznego, wreszcie zachowania określonego tempa przyrostu kapitałów emerytalnych. Tymczasem wbrew tej Umowie ciężar finansowania zwiększonych potrzeb funduszy emerytalnych (FUS i OFE) proponuje się przerzucić dalej tj. na przyszłe pokolenia osób opłacających składki, które nie będą w stanie zapewnić pokrycia dla obecnych emerytur z FUS, a jeszcze dokłada im się ciężar obsługi należności z subkonta.

d) Przy ocenie Projektu należy uwzględnić realne aspekty stosowania prawa w najbliższych kilkunastu i kilkudziesięciu latach, gdyż określenie podstaw do zabezpieczenia społecznego na przyszłość dokonywane jest już teraz. Od prawidłowych decyzji w zakresie tworzenia rozwiązań podejmowanych teraz zależy możliwość faktycznego realizowania norm Konstytucji przez państwo za kilkanaście lub kilkadziesiąt lat. Projekt narusza cele stawiane przez Preambulę Konstytucji (przekazywanie przyszłym pokoleniom wszystko co najcenniejsze z dorobku RP), normy dekodowane z art. 2 oraz art. 67 ust. 1 Konstytucji, który jest normą programową i wymaga optymalnego tworzenia prawa. W ramach ustalenia, jakie prawo emerytalne jest optymalne należy oprzeć się na wszechstronnej wiedzy empirycznej. Z prawnego punktu widzenia należy odrzucić zgłaszaną przez niektóre środowiska ekonomiczne tezę, że nie ma różnicy pomiędzy zobowiązaniami państwa z tytułu dotacji do FUS oraz z tytułu obligacji Skarbu Państwa. Nie jest to jedyna alternatywa dla przyszłych pokoleń, a przesunięcia pomiędzy zakresem dotacji do FUS a spłatą obligacji Skarbu Państwa nie są irrelewantne dla ubezpieczonych. Po pierwsze, zasady sprawiedliwości społecznej w rozrachunku międzypokoleniowym wymagają ograniczenia wydatków publicznych już teraz, a nie opierania się na obligacjach skarbu państwa, które państwo będzie musiało w przyszłości wykupywać. Po drugie, nawet jeżeli część aktywów pozostanie pokryta obligacjami Skarbu Państwa, to w sytuacji nieuchronnej korekty dotacji do FUS, emerytury

kapitałowe, które mają zapewnić część dochodu emerytalnego (w sumie przeciętnie niższego niż obecnie) z całą pewnością będą mogły być wypłacone w całości.

e) Przyjęcie projektu prowadzi do konfliktu wartości konstytucyjnych, które należy odpowiednio ważyć, mimo, że reguł tego wyważania nie wypracowano w sądownictwie konstytucyjnym. Z jednej strony wartością konstytucyjną jest stan finansów publicznych, lecz z drugiej strony wartością jest również długofalowy stan bezpieczeństwa systemu socjalnego; poza tym występuje szereg innych wartości konstytucyjnych, które badany Projekt narusza. Poza tym przedstawione skrótkowe analizy kwestii finansowych wskazują, że wątpliwe jest aby przez projekt uzyskać długofalową poprawę finansów publicznych. Jego nie przyjęcie przyspiesza jednak moment podjęcia działań sanacyjnych w sferze finansów publicznych. Lepiej dokonać działań modernizacyjnych wcześniej, aniżeli likwidować bądź wprowadzać mechanizmy likwidacji zabezpieczenia kapitałowego dla przyszłych pokoleń już teraz.

f) Realizacja projektu tak skomplikowanego i naruszającego interesy przyszłych pokoleń wymaga zastosowania takich środków w ostateczności (*ultima ratio*), a na pewno po zamknięciu reformy emerytalnej, czyli ustaleniu organizacji wypłat emerytur kapitałowych. Przeprowadzona analiza nie ma co do zasady charakteru ekonomicznego, jednakże w uzasadnieniu projektu rząd przedstawia porównanie „dochodowości” FUS oraz OFE, co ma doniosłość prawną tylko w przypadku, gdyby przestała istnieć konieczność wypłacania emerytur według wcześniejszych reguł. Co z tego, że emerytury z FUS mogą być teoretycznie wyższe, jeżeli nie będą w pełni wypłacone. Zgodnie z Konstytucją oraz naturą ubezpieczeń społecznych państwo jest zobowiązane zapewnić świadczenia realne, być może więc bardziej solidne analizy ekonomiczne dowodzić będą, że przy mniejszej redukcji składki przekazywanej do OFE, np. z 7,3% do 6% ciągle da się zabezpieczyć realność wypłat emerytur z FUS oraz emerytur kapitałowych. W subiektywnym odczuciu opiniującego opartym na ogólnej wiedzy ekonomicznej, której elementy zaprezentowałem w analizie, uznaje, że może być jednak odwrotnie. W najbliższych latach polskie finanse publiczne czekają ogromne perturbacje związane z nadmiernymi rewaloryzacjami świadczeń w 1991 r., przeprowadzeniem reformy emerytalnej dopiero w 1999 r. oraz wieloma odstępstwami od jej pierwotnych założeń w trakcie jej realizacji. W przypadku silnego wzrostu gospodarczego kwestie te nie były zauważalne i mogły pozostać utajone przez lata, w przypadku spowolnienia gospodarczego, a w szczególności recesji, wybuchną z podwójną niszczycielską siłą dla gospodarki (spadek popytu, a nawet PKB) oraz finansów publicznych (redukcja

wydatków, spadek dochodów, ograniczanie praw słuszenie nabytych). Przedstawiony projekt z pewnością odkłada ten moment w czasie, jednak za cenę wyzbycia się lub poważnego ograniczenia zabezpieczeń ciągłości wszystkich funkcji państwa w przyszłości. Poza tym ewentualne wkraczanie w sferę praw słuszenie nabytych nie ma obecnie określonych podstaw prawnych oraz procedury ustawowej, w jaki sposób prawa słuszenie nabyte mają być ograniczane. Nie należy zakładać, że taka procedura powstanie z niezbędnym wyprzedzeniem. Obecny rozdział konstrukcji kapitałowej oraz konstrukcji repartycyjnej stanowi niezbędny fundament dla korekty świadczeń emerytalnych w przyszłości, która powinna dotyczyć jedynie tych świadczeń które są finansowane z FUS. Takie umiejscowienie korekty jest uzasadnione choćby tym, że obecne emerytury z FUS (ze starego systemu emerytalnego) są nieproporcjonalnie wyższe od przyszłych emerytur.

g) Niektórzy ekonomiści przyjmują, że przyszłe emerytury będą wynosić około 30% obecnych pensji, co oznacza, że w świetle Konwencji MOP nr 102 Rząd i tak będzie zmuszony dopłacić do wyższego poziomu (40% przeciętnej płacy średnio wykwalifikowanego robotnika). Zapobiec temu mogą wyższe pożytki osiągane przez długoterminowe inwestowanie składek, stąd działania legislacyjne powinny być ukierunkowane na realizację przyjętych przez Polskę międzynarodowych standardów zabezpieczenia społecznego. Państwo w obecnych warunkach demograficznych i znaczącej migracji może zapewnić bezpieczeństwo emerytalne tylko przez zgromadzenie kapitałów emerytalnych w okresie aktywności zawodowej wyżu demograficznego. Dają one szanse na realizację zobowiązań międzynarodowych

h) Przyjęcie zmian w prawie w wersji zaproponowanej przez Rząd doprowadzi do trwałych zmian w systemie emerytalnym, a co gorsza wskaże tendencje do demontażu systemu – stałej praktyki Ministra Finansów do ograniczania wydatków przez zmniejszanie składki przekazywanej do OFE. W założeniach Programu „Bezpieczeństwo dzięki różnorodności” reforma emerytalna miała uchronić finanse ubezpieczeń społecznych od polityki. Przyjęcie ustawy otwiera drogę dla polityków dla kolejnych ograniczeń wysokości składki przekazywanej do OFE.

i) Powyższych uwag nie należy odbierać jako próby zachowania obecnego status quo. Przeciwnie, część kapitałowa ubezpieczenia emerytalnego wymaga pilnej reformy, choćby w kierunku umożliwiającym pomniejszenie długu publicznego o aktywa OFE. Jednoznacznie



negatywnie należy ocenić propozycje w zakresie utworzenia subkonta oraz IKZE. Funkcje tego pierwszego realizuje konto ubezpieczonego, poza tym nie ma możliwości utworzenia reguł rozporządzania zapisem na subkoncie w sposób odpowiadający logice, w sposób zgodny z przyjętym w Polsce porządkiem prawnym. Funkcję IKZE realizują obecnie IKE. Propozycje zmian w tym zakresie są zbędne.

j) Część kapitałowa ubezpieczenia emerytalnego, potrzebna na wypadek dalszego ograniczenia dochodów z FUS w przyszłości, nie stanowi narzędzia doskonałego w sytuacji poważnych zawirowań na rynkach finansowych. Niewątpliwie odpowiada ona przemianom społeczno-gospodarczym w Polsce, gdyż podmioty gospodarcze oraz ludność gromadzi powoli coraz większe kapitały, które wymagają dalszej lokaty lub powiększają konsumpcje bądź inwestycje przyczyniając się do zwiększania lokat przez inne podmioty. System gospodarczy w Polsce jest gwarantem realnej płynności aktywów OFE, a repartycyjny może funkcjonować w Państwie bez kapitałów. Z uwagi na właściwości ubezpieczeń społecznych można jednak zaakceptować regułę ograniczonej fakultatywności w zmianie formy ubezpieczenia emerytalnego i to w stosunku do wszystkich ubezpieczonych. Odpowiada to zasadzie *volenti non fit iniuria* („chcącemu nie dzieje się krzywda”), którą jednak należy ograniczać ze względu na przymusowy charakter ubezpieczeń. Racjonalnie wprowadzana fakultatywność nie powinna dotyczyć całości środków gromadzonych w OFE, a w szczególności całości środków lokowanych w akcjach, ani też wymagać jednorazowego przekazywania środków z OFE do FUS. Realizacja takiego zobowiązania OFE powinna następować minimum przez 3 lata.

## **6.2 Ubezpieczenie emerytalne jako przestrzeń bezpieczeństwa państwa – wniosek ogólny niedoktrynalny**

Prognoza demograficzna dla Polski wymaga uwzględnienia poważnych problemów z finansowaniem podstawowych funkcji państwa w latach 2020-2050 r. Wykonanie zaciągniętych zobowiązań emerytalnych jest możliwe tylko w przypadku silnego wzrostu gospodarczego, wysokiego wskaźnika zatrudnienia, niskiej migracji oraz nieustającego wzrostu realnych wynagrodzeń. Wskaźniki te stanowią determinanty wzrostu dochodów FUS, z którego finansowane są świadczenie emerytalno-rentowe. FUS jest elementem zarówno starego, jak i nowego systemu emerytalnego. Wszelkie próby racjonalizowania jego

wydatków przez porównywanie wad i korzyści części repartycyjnej i części kapitałowej są z gruntu fałszywe, jeżeli pomijają kwestie zdolności do obsługi emerytur nieproporcjonalnie większych od wpłaconych wcześniej składek (zasada ochrony praw nabytych).

Prawo stanowione jest zgodnie z Konstytucją przez reprezentantów będących przedstawicielami poszczególnych partii politycznych. Ze względu na system publicznego wyboru oraz mechanizmy przekonywania społeczeństwa do oddania głosu na poszczególne partie gromadzenie kapitałów emerytalnych będzie stawać się „wrogiem” klasy politycznej. Oznacza bowiem ograniczenie bieżących wydatków budżetowych i spełnianie obietnic wyborczych rozliczanych w okresie 4 letnim, podczas gdy gromadzenie oszczędności celem pokrycia emerytur kapitałowych potwierdza słuszność danej polityki w okresie przynajmniej 5 krotnie dłuższym. Jedynym organem państwa, który z mocy prawa zobowiązany jest chronić przyszłe pokolenia jest Prezydent RP. Poza tym należy wskazać, że art. 126 ust. 2. Konstytucji przyjmuje, że Prezydent Rzeczypospolitej czuwa nad przestrzeganiem Konstytucji, stoi na straży suwerenności i bezpieczeństwa państwa oraz nienaruszalności i niepodzielności jego terytorium. Znaczenie gospodarcze i społeczne systemu emerytalnego jest tak duże, że wiąże się z bezpieczeństwem państwa, gdyż wobec pogarszających się relacji demograficznych w niedługim już czasie zagrożone będzie spełnianie wszystkich podstawowych funkcji państwowych.

W świetle art. 1. Konstytucji Rzeczpospolita Polska jest dobrem wspólnym wszystkich obywateli, także tych, którzy jeszcze jako pokolenie dzieci, nie mają praw wyborczych, a którzy będą finansować emerytury starszych, bez nadziei na to, że państwo w przyszłości zapewni wypłatę analogicznego świadczenia. Przy takiej perspektywie znacząca część obywateli może na stałe opuścić kraj, co dalej powiększać będzie kłopoty finansowania emerytur, a zachęty stwarzane dla przybyszów prowadzić będą – przy wariacie pesymistycznym - do stopniowego przekazywania innym nacjom władzy nad terytorium państwa. Trudno oszacować na ile ten wariant pesymistyczny jest realny. Gromadząc kapitały emerytalne zawczasu, będzie można z nich skorzystać w sytuacji ograniczonego wpływu środków do FUS. Kapitały emerytalne ograniczają ryzyko dla państwa.

### 6.3 Rekomendacje dla Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej

Z uwagi na ekonomiczno-społeczne znaczenie projektu dla obywateli RP, finansów publicznych, a zwłaszcza przyszłych pokoleń, których Rząd obecnie nie reprezentuje, zarówno w sensie formalnoprawnym, jak również ze względu na zaproponowane w Projekcie meritum przemian w ustawodawstwie emerytalnym, konieczne jest aby kwestie dotyczące Umowy społecznej z 1999 r. rozpatrywał Sejm Rzeczypospolitej Polskiej według większości kwalifikowanej. Dysponentem tej reguły jest Prezydent Rzeczypospolitej Polskiej, który może przekazać ustawę do ponownego rozpatrzenia w trybie art. 122 ust. 5 Konstytucji.

Zachodzą przesłanki do uznania ewentualnej Ustawy za sprzeczną z Konstytucją, jednakże możliwość jej zakwestionowania z tych powodów jest dość szeroka, a ustalenie nadzwyczajnej większości w procesie tworzenia Prawa leży wyłącznie w kompetencji Prezydenta. Celem umotywowania wniosku o przekazanie ustawy można skorzystać z argumentacji wyrażonej w ekspertyzie. Jeżeli wolą Prezydenta jest złożenie bardziej konstruktywnego weta, to można zaproponować kierunki działań legislacyjnych uwzględniające wprowadzenie przemiany charakteru obecnych OFE przez włączenie ich aktywów do systemu sektora finansów publicznych, ewentualnie wprowadzenia dwóch typów OFE (publicznoprawnego oraz prywatnoprawnego). Przy przyjęciu takich zmian ograniczone zostanie ryzyko przyrostu długu publicznego, który przez swoją konstrukcję nie będzie musiał uwzględniać obligacji przekazywanych do OFE. Wdrożenie zmian zgodnie z proponowanym kierunkiem może być również podstawą przygotowania, a następnie złożenia przez Prezydenta odrębnego projektu ustawy w trybie art. 118 ust. 1 Konstytucji.

