



Warszawa, 18 maja 2009 roku
Aktualizacja opinii prawnej z dnia 2 marca 2009r.

OPINIA PRAWNA

dla Commercial Union Powszechne Towarzystwo Emerytalne BPH CU WBK SA

w sprawie zgodności projektu „*Ustawy o zmianie ustawy o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych oraz ustawy o zmianie ustawy o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych oraz niektórych innych ustaw*” z Konstytucją RP, prawem Unii Europejskiej, Konwencją o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności oraz umowami bilateralnymi o popieraniu i wzajemnej ochronie inwestycji
[WYCIĄG]

1. UWAGI WPROWADZAJĄCE

1.1 Zamawiający

Niniejsza opinia została przygotowana dla Commercial Union Powszechne Towarzystwo Emerytalne BPH CU WBK SA (dalej „Spółka” lub „Commercial Union”).

1.2 Przedmiot opinii

Przedmiotem niniejszej opinii jest analiza zgodności Projektu „*ustawy o zmianie ustawy o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych oraz ustawy o zmianie ustawy o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych oraz niektórych innych ustaw*”, w wersji przesłanej w wersji przesłanej Sejmowi Rzeczypospolitej Polskiej w dniu 25 marca 2009 r., oznaczonej jako „Druk sejmowy nr 1830” (dalej: „Projekt nowelizacji”) z:

- 1) Konstytucją RP;
- 2) prawem wspólnotowym;
- 3) Europejską Konwencją o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności;
- 4) Umowami bilateralnymi o popieraniu i ochronie wzajemnych inwestycji.

Ponadto ocenie podlegać będzie również poprawność merytoryczną oraz kompletność załączonej do uzasadnienia Projektu nowelizacji Oceny Skutków Regulacji (OSR).

Wątpliwości, które wyraziliśmy w opinii z dnia 2 marca 2009 r. dotyczącej poprzedniej wersji projektu, pozostają w naszej ocenie nadal aktualne, w szczególności dlatego, że najnowsza wersja projektu nadal pozostawia wyłącznie kwotową stawkę miesięcznej opłaty za zarządzanie otwartym funduszem od aktywów netto powyżej 45 mld zł.

2. ANALIZA PRAWNA

Na podstawie analizy Projektu nowelizacji stwierdzić można, że ewentualne jej wejście w życie doprowadzi do naruszenia:

1) Konstytucji RP, w szczególności:

- a. konstytucyjnych zasad ochrony praw nabytych w szerokim jej rozumieniu, a w szczególności zasad ochrony interesów w toku, poprzez zmniejszenie wysokości opłat od składki do 3,5 % już od 1 stycznia 2010 r., podczas gdy zmiana ta miała obowiązywać dopiero od 1 stycznia 2014 r. . Naruszenie zasady ochrony praw słusznie nabytych oraz ochrony interesów w toku zostało podniesione w Opinii Polskiej Konfederacji Pracodawców Prywatnych „Lewiatan” z dnia 15 kwietnia 2009 r. (adresowana do Zastępcy Szefa Kancelarii Sejmu) do Projektu Nowelizacji, złożonej w trakcie prac legislacyjnych.
- b. zasady społecznej gospodarki rynkowej i wynikającej z niej wolności działalności gospodarczej, a w szczególności – swobody działalności konkurencyjnej, poprzez naruszenie dyrektyw dopuszczalności ograniczenie tej wolności, takich jak zasada proporcjonalności oraz zasada równości, a także poprzez nałożenie na PTE obowiązku prowadzenia ich działalności bez godziwego wynagrodzenia. Naruszenie zasady społecznej gospodarki rynkowej zostało podniesione w Stanowisku Izby Gospodarczej Towarzystw Emerytalnych z dnia 23 kwietnia 2009 r. (adresowane do Marka Buciora Podsekretarza Stanu w Ministerstwie Pracy i Polityki Społecznej) do Projektu nowelizacji oraz Opinii Polskiej Konfederacji Pracodawców Prywatnych „Lewiatan” z dnia 15 kwietnia 2009 r., złożonych w trakcie prac legislacyjnych.
- c. zasady proporcjonalności, ze względu na fakt, że wprowadzane Projektem nowelizacji nowe ograniczenia w zakresie możliwości finansowania działalności gospodarczej prowadzonej przez fundusze emerytalne nie mogą doprowadzić do wzmocnienia poziomu

konkurencyjności na rynku. Naruszenie zasady proporcjonalności zostało podniesione w Stanowisku Izby Gospodarczej Towarzystw Emerytalnych z dnia 23 kwietnia 2009 r. do Projektu nowelizacji oraz w Opinii Polskiej Konfederacji Pracodawców Prywatnych „Lewiatan” z dnia 15 kwietnia 2009 r., złożonych w trakcie prac legislacyjnych.

d. **zasady równości**, ponieważ postanowienia Projektu prowadzą do dyskryminacji pośredniej funduszy emerytalnych z aktywami netto przekraczającymi wysokość 45 mld zł;

2) **zasad prawa Unii Europejskiej, zwłaszcza:**

a. **zasad swobody przedsiębiorczości oraz swobody przepływu kapitału**, na skutek faktu, że rozwiązania proponowane w Projekcie są nieodpowiednie do realizacji zamierzonego celu w postaci wzmocnienia konkurencyjności na rynku OFE oraz prowadzą do naruszenia interesów inwestorów z innych państw członkowskich Unii Europejskiej. Naruszenie wspomnianych wyżej zasad zostało podniesione w Piśmie Komisarza ds. Rynku Wewnętrznego i Usług Charlie Mc Creevy z dnia 2 kwietnia 2009 r., adresowanym do Jolanty Fedan Minister Pracy i Polityki Społecznej, w sprawie Projektu nowelizacji, w części dotyczącej ograniczenia pułapu wynagrodzenia za zarządzanie, a także w Stanowisku Izby Gospodarczej Towarzystw Emerytalnych z dnia 23 kwietnia 2009 r. oraz w Opinii Polskiej Konfederacji Pracodawców Prywatnych „Lewiatan” z dnia 15 kwietnia 2009 r., złożonych w trakcie prac legislacyjnych.

b. **zakazu udzielania pomocy publicznej**, ponieważ Projekt przewiduje wsparcie konkurencyjne małych i średnich OFE przeciw największym OFE działającym na rynku, a pomoc ta dotyczy obszaru dystrybucji publicznych środków finansowych i może być traktowana jako nierównomierne rozłożenie parafiskalnych obciążeń finansowych.

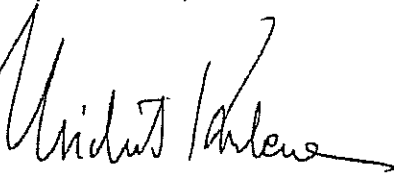
3) **Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności**, w szczególności **prawa do ochrony mienia**, zagwarantowanego art. 1 Protokołu nr 1 do Konwencji, gdyż postanowienia Projektu nowelizacji godzące w interesy w toku PTE, nie spełniają kryteriów „prawa odpowiedniej jakości” oraz są nieodpowiednie do realizacji zakładanego celu wspomnianego projektu (wzmocnienie konkurencyjności);

4) **Umów bilateralnych o ochronie inwestycji**, poprzez **wywłaszczenie pośrednie częściowe inwestycji spółek zagranicznych** – akcjonariuszy w funduszach emerytalnych w sposób nieuzasadniony i dyskryminujący.

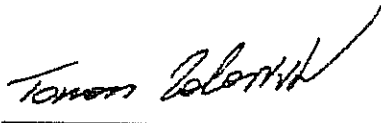
- 5) Procedury legislacyjnej w ramach prac rządowych, ze względu na fakt, że :
- a. Projekt nie został poddany żadnym konsultacjom społecznym. Na naruszenie to, w zakresie braku konsultacji ze związkami zawodowymi, powołano się w Opinii Biura Polityki Społecznej NSZZ „Solidarność” z dnia 05 maja 2009 r. do Projektu nowelizacji;
 - b. zawarta w uzasadnieniu ocena skutków regulacji jest bardzo niskiej jakości, gdyż pomimo poprawek poczynionych po uchwale Rady Ministrów z dnia 3 marca 2009 r. nadal nie identyfikuje w sposób właściwy wpływu Projektu nowelizacji na uczestników OFE oraz na rynek pracy i konkurencyjność zewnętrzną i wewnętrzną gospodarki, podczas gdy oczywistym jest, że wpływ ten jest znaczny (zmniejszenie przychodów PTE doprowadzi do zmniejszenia zatrudnienia, zwłaszcza wśród akwizytorów, a nowe ograniczenia możliwości finansowania otwartych funduszy emerytalnych doprowadzą do zniechęcenia inwestorów zagranicznych do inwestowania w Polsce).

Mamy nadzieję, że niniejsza opinia spełnia Państwa oczekiwania. W przypadku jakichkolwiek pytań lub wątpliwości prosimy o kontakt.

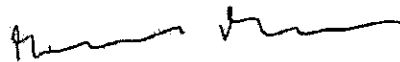
Z poważaniem,



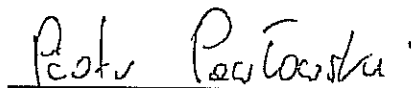
Prof. dr hab. Michał Kulesza
Partner



dr Tomasz Zalasinski
Associate



dr Marcin Matczak
Partner



Piotr Pawlowski
Aplikant adwokacki/ Associate



Warszawa, 18 maja 2009 roku

Aktualizacja opinii prawnej z dnia 2 marca 2009 r.

OPINIA PRAWNA

dla Commercial Union Powszechnie Towarzystwo Emerytalne BPH CU WBK S.A.

w sprawie zgodności projektu „Ustawy o zmianie ustawy o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych oraz ustawy o zmianie ustawy o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych oraz niektórych innych ustaw” z Konstytucją Rzeczypospolitej Polskiej, prawem wspólnotowym, Konwencją o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności oraz umowami bilateralnymi o popieraniu i wzajemnej ochronie inwestycji

1. UWAGI WPROWADZAJĄCE

1.1 Zamawiający

Niniejsza opinia prawna (dalej: „Opinia”) została przygotowana dla Commercial Union Powszechnie Towarzystwo Emerytalne BPH CU WBK S.A. (dalej „Spółka” lub „Commercial Union”).

1.2 Przedmiot opinii

Przedmiotem Opinii jest analiza zgodności projektu „Ustawy o zmianie ustawy o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych oraz ustawy o zmianie ustawy o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych oraz niektórych innych ustaw”, w wersji przesłanej Sejmowi Rzeczypospolitej Polskiej w dniu 25 marca 2009 r., oznaczonej jako „Druk sejmowy nr 1830” (dalej: „Projekt nowelizacji”) z:

- 1) Konstytucją RP;
- 2) prawem wspólnotowym;
- 3) Europejską Konwencją o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności;
- 4) Umowami bilateralnymi o popieraniu i ochronie wzajemnych inwestycji.

Ponadto ocenie podlegać będzie również poprawność merytoryczną oraz kompletność załączonej do uzasadnienia Projektu nowelizacji Oceny Skutków Regulacji (OSR).

1.3 Zastrzeżenia

Opinia nie odnosi się do zagadnień prawa podatkowego oraz zagadnień rachunkowości.

Opinia zawiera poglądy prawne oparte na analizie przepisów prawa polskiego, europejskiego oraz międzynarodowego, wypracowane na podstawie ustaleń orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich, Europejskiego Trybunału Praw Człowieka oraz międzynarodowych sądów arbitrażowych orzekających na podstawie umów bilateralnych o popieraniu i wzajemnej ochronie inwestycji, a także nauki prawa. Autorzy Opinii nie ponoszą odpowiedzialności za odmienną interpretację przepisów prawa przez organy administracji publicznej oraz wymiaru sprawiedliwości.

Opinia prawna uwzględnia stan prawny na dzień 25 marca 2009 r. oraz stan prac legislacyjnych nad Projektem na dzień 18 maja 2009 r.

2. NAJWAŻNIEJSZE USTALENIA OPINII

Na podstawie analizy zaprezentowanej w Opinii prawnej stwierdzić można, że ewentualne wejście w życie Projektu nowelizacji doprowadzi do naruszenia:

- 1) Konstytucji RP, w szczególności:
 - a. konstytucyjnej zasady zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa, a także zasad prawidłowej legislacji,
 - b. zasad ochrony praw nabytych w szerokim ich rozumieniu, a w szczególności zasad ochrony interesów w toku,
 - c. zasady społecznej gospodarki rynkowej i wynikającej z niej wolności działalności gospodarczej, a w szczególności – swobody działalności konkurencyjnej, poprzez naruszenie dyrektyw dopuszczalności ograniczenie tej wolności, takich jak zasada proporcjonalności oraz zasada równości, a także poprzez nałożenie na PTE obowiązku prowadzenia ich działalności bez godziwego wynagrodzenia,
 - d. zasady proporcjonalności, ze względu na fakt, że wprowadzane Projektem nowelizacji nowe ograniczenia w zakresie możliwości finansowania działalności gospodarczej prowadzonej przez fundusze

- emerytalne nie mogą doprowadzić do wzmocnienia poziomu konkurencyjności na rynku,
- e. zasady równości, ponieważ postanowienia Projektu prowadzą do dyskryminacji pośredniej funduszy emerytalnych z aktywami netto przekraczającymi wysokość 45 mld zł;
- 2) zasad prawa Unii Europejskiej, zwłaszcza:
- a. zasad swobody przedsiębiorczości oraz swobody przepływu kapitału, na skutek faktu, że rozwiązania proponowane w Projekcie są nieodpowiednie do realizacji jej zamierzonego celu w postaci wzmocnienia konkurencyjności na rynku OFE oraz prowadzą do naruszenia interesów inwestorów z innych państw członkowskich Unii Europejskiej,
- b. zakazu udzielania pomocy publicznej, ponieważ Projekt przewiduje wsparcie konkurencyjne małych i średnich OFE przeciw największym OFE działającym na rynku, a pomoc ta dotyczy obszaru dystrybucji publicznych środków finansowych i może być traktowana jako nierównomierne rozłożenie parafiskalnych obciążeń finansowych.
- 3) Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, w szczególności prawa do ochrony mienia, zagwarantowanego w art. 1 Protokołu nr 1 do Konwencji, gdyż postanowienia Projektu nowelizacji godzące w interesy w toku PTE nie spełniają kryteriów „prawa odpowiedniej jakości” oraz są nieodpowiednie do realizacji zakładanego celu wspomnianego projektu (wzmocnienie konkurencji);
- 4) Umów bilateralnych o ochronie inwestycji, poprzez wywłaszczenie pośrednie częściowe inwestycji spółek zagranicznych – akcjonariuszy w towarzystwach emerytalnych zarządzających funduszami emerytalnymi w sposób nieuzasadniony i dyskryminujący;
- 5) Procedury legislacyjnej w ramach prac rządowych, ze względu na fakt, że :
- a. Projekt nie został poddany żadnym konsultacjom społecznym,
- b. zawarta w uzasadnieniu ocena skutków regulacji jest niskiej jakości, gdyż – pomimo poprawek poczynionych po uchwale Rady Ministrów z dnia 3 marca 2009 r., nadal nie identyfikuje w sposób właściwy wpływu Projektu nowelizacji na rynek funduszy emerytalnych i sytuację uczestników OFE, a także na rynek pracy i konkurencyjność zewnętrzną i wewnętrzną gospodarki, podczas gdy oczywiste jest, że wpływ ten jest znaczny (zmniejszenie przychodów PTE doprowadzi do zmniejszenia zatrudnienia,

zwłaszcza wśród akwizytorów, a nowe ograniczenia możliwości finansowania otwartych funduszy emerytalnych doprowadzą do zniechęcenia inwestorów zagranicznych do inwestowania w Polskę).

3. ŹRÓDŁA PRAWA

Opinia opiera się na następujących źródłach prawa:

- 1) Ustawa z dnia 2 kwietnia 1997 r. Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej (dalej: „Konstytucja RP”)¹;
- 2) Ustawa z dnia 28 sierpnia 1997 r. o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych (dalej: „Ustawa o funduszach emerytalnych”)²;
- 3) Ustawa z dnia 27 sierpnia 2003 r. o zmianie ustawy o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych oraz niektórych innych ustaw (dalej: „Nowelizacja z 2003 r.”)³;
- 4) Umowa między Rządem Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej a Rządem Zjednoczonego Królestwa Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej w sprawie popierania i wzajemnej ochrony inwestycji, podpisana w Londynie dnia 8 grudnia 1987 r. (dalej: „Umowa Bilateralna z Wielką Brytanią”)⁴;
- 5) Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (dalej: „Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności” lub „Konwencja”)⁵;
- 6) Traktat o ustanowieniu Wspólnoty Europejskiej (dalej również: „Traktat” albo „TWE”)⁶.

4. WYKORZYSTANE DOKUMENTY

Przy sporządzaniu Opinii posłużono się w szczególności następującymi dokumentami:

- 1) Pismo Prezesa Rady Ministrów z dnia 25 marca 2009 r., adresowane do Marszałka Sejmu, zawierające Projekt nowelizacji (dalej: „Pismo zawierające Projekt nowelizacji”)

¹ Dz. U. z 1997r. nr 78, poz. 483 ze zm.

² Dz. U. z 2004r. Nr 159, poz. 1667 ze zm.

³ Dz. U. z 2003, Nr 170, poz. 1651.

⁴ Dz. U. z 1988 r., Nr 12 poz. 93.

⁵ Dz. U. z 1994 r., Nr 61 poz. 284 ze zm.

⁶ Dz. U. z 2004 r., Nr 90 poz. 864/2.

- 2) Pismo Prezesa Rady Ministrów z dnia 16 kwietnia 2009 r., adresowane do Marszałka Sejmu, zawierające zgłoszenia podmiotów, które wyraziły zainteresowanie pracami nad Projektem nowelizacji w trybie ustawy z dnia 7 lipca 2005 r. o działalności lobbingskiej w procesie stanowienia prawa wraz z informacją o kolejności wniesienia tych zgłoszeń („Pismo w sprawie zgłoszeń zainteresowania pracami nad Projektem nowelizacji”);
- 3) Pismo Wiceprzewodniczącej Ogólnopolskiego Porozumienia Związków Zawodowych Wiesławy Taranowskiej z dnia 20 kwietnia 2009 r., adresowane do Zastępcy Szefa Kancelarii Sejmu, zawierające uwagi do Projektu nowelizacji (dalej: „Uwagi OPZZ”);
- 4) Pismo Przewodniczącego Rady Nadzorczej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Jerzego Millera z dnia 29 kwietnia 2009 r., adresowane do Zastępcy Szefa Kancelarii Sejmu, przekazujące uchwałę nr 14/IV/III/2009 Rady Nadzorczej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych w sprawie Projektu nowelizacji (dalej: „Opinia ZUS”);
- 5) Opinia Biura Polityki Społecznej NSZZ „Solidarność” z dnia 05 maja 2009 r. do Projektu nowelizacji (dalej: „Opinia NSZZ <<Solidarność>>”);
- 6) Opinia Polskiej Konfederacji Pracodawców Prywatnych „Lewiatan” z dnia 15 kwietnia 2009 r. (adresowana do Zastępcy Szefa Kancelarii Sejmu) do Projektu Nowelizacji (dalej: „Opinia PKPP <<Lewiatan>>”);
- 7) Stanowisko Izby Gospodarczej Towarzystw Emerytalnych z dnia 23 kwietnia 2009 r. (adresowane do Marka Buciora Podsekretarza Stanu w Ministerstwie Pracy i Polityki Społecznej) do Projektu nowelizacji (dalej: „Stanowisko IGTE”);
- 8) Pismo Komisarz ds. Rynku Wewnętrznego i Usług Charlie Mc Creavy z dnia 2 kwietnia 2009 r., adresowane do Jolanty Fedak Minister Pracy i Polityki Społecznej, w sprawie Projektu nowelizacji, w części dotyczącej ograniczenia pułapu wynagrodzenia za zarządzanie (dalej: „Pismo Komisarza UE ds. Rynku Wewnętrznego i Usług”);
- 9) Opracowanie Ernst&Young Audit sp. z o.o. z marca 2009 r., przygotowane dla Izby Gospodarczej Towarzystw Emerytalnych w sprawie analizy wpływu planowanych zmian przepisów prawa na funkcjonowanie Powszechnych Towarzystw Emerytalnych w Polsce (dalej: „Analiza Ernst&Young Audit”);
- 10) Pismo Lesława Gajka Zastępcy Przewodniczącego Komisji Nadzoru Finansowego z dnia 13 marca 2009 r., adresowane do Marka Buciora Podsekretarza stanu w Ministerstwie Pracy i Polityki Społecznej, zawierające wyniki symulacji wybranych pozycji finansowych z rachunku zysków i strat PTE, będących następstwem wejścia w życie Projektu nowelizacji (dalej: „Symulacja KNF”)

5. STAN PRAWNY ORAZ STAN FAKTYCZNY SPRAWY

5.1 Aktualny stan prawny

Finansowanie działalności otwartych funduszy emerytalnych (dalej również: „OFE”) i powszechnych towarzystw emerytalnych (dalej również: „PTE”) reguluje Ustawa o funduszach emerytalnych. W myśl tej ustawy otwarty fundusz emerytalny może:

- 1) pobierać opłaty wyłącznie w formie potrącenia określonej procentowo kwoty z wpłacanych składek;
- 2) pokrywać bezpośrednio ze swoich aktywów koszty zarządzania funduszem przez powszechne towarzystwo emerytalne według stawki ustalonej w statucie, jednak nieprzekraczającej kwot określonych w art. 136 ust. 2a Ustawy o funduszach emerytalnych.

Ad 1) Możliwość pobierania przez fundusze emerytalne opłat ze składek od ubezpieczonych była przewidziana w Ustawie o funduszach emerytalnych od momentu jej uchwalenia, tj. od 1997 roku. Istotnych zmian w przedmiotowym zakresie dokonano dopiero Nowelizacją z 2003 roku (obowiązująca od 1 stycznia 2004 roku), zgodnie z którą wprowadzono m.in. plan redukowania wysokości opłat pobieranych przez fundusze emerytalne z wpłacanych przez ubezpieczonych składek.

W obecnym stanie prawnym, do dnia 31 grudnia 2013 roku, otwarty fundusz emerytalny może pobierać opłaty wyłącznie w formie potrącenia określonej procentowo kwoty ze składek wpłacanych przez ubezpieczonych. Potrącenia tego dokonuje się przed przeliczeniem składki na jednostki rozrachunkowe w wysokości ustalonej w statucie każdego z funduszy emerytalnych. Zgodnie ze wspomnianym planem redukowania wysokości opłat pobieranych przez fundusze emerytalne wysokość tego potrącenia nie może być jednak większa niż:

- 1) 7% kwoty ze składek wpłaconych w latach 2004-2010;
- 2) 6,125% kwoty ze składek wpłaconych w 2011 roku;
- 3) 5,25% kwoty ze składek wpłaconych w 2012 roku;
- 4) 4,375% kwoty ze składek wpłaconych w 2013 roku.

Dopiero od 2014 roku maksymalna stawka opłaty od składek ma wynieść jedynie 3,5% kwoty z wpłaconych do funduszu składek.

Z powyższego wynika, że ustawodawca - wedle przyjętego wcześniej planu - przewidział sukcesywne pomniejszanie procentowego wymiaru kwoty potrącaniej ze składek

wpłacanych na fundusze emerytalne z wyznaczeniem daty granicznej tego pomniejszenia na 2014 rok.

Ad 2) Źródła finansowania OFE reguluje również art. 136 ust. 2a Ustawy o funduszach emerytalnych, zgodnie z którym otwarty fundusz emerytalny może pokrywać bezpośrednio ze swoich aktywów koszty zarządzania funduszem przez PTE według stawki ustalonej w statucie, która nie może przekraczać następujących kwot:

- 1) dla funduszy, których wartość aktywów netto wynosi do 8 mld zł kwota potrącannej opłaty nie może przekraczać 0,045% wartości aktywów netto w skali miesiąca;
- 2) dla funduszy, których wartość aktywów netto wynosi od 8 mld zł do 20 mld zł kwota potrącannej opłaty nie może przekraczać 3.600.000 zł + 0,04 % nadwyżki ponad 8 mld zł wartości aktywów netto w skali miesiąca;
- 3) dla funduszy, których wartość aktywów netto wynosi od 20 mld zł do 35 mld zł kwota potrącannej opłaty nie może przekraczać 8.400.000 zł + 0,032 % nadwyżki ponad 20 mld zł wartości aktywów netto w skali miesiąca;
- 4) dla funduszy, których wartość aktywów netto wynosi od 35 mld zł do 65 mld zł kwota potrącannej opłaty nie może przekraczać 13.200.000 zł + 0,023 % nadwyżki ponad 35 mld zł wartości aktywów netto w skali miesiąca;
- 5) dla funduszy, których wartość aktywów netto wynosi powyżej 65 mld zł kwota potrącannej opłaty nie może przekraczać 20.100.000 zł + 0,015 % nadwyżki ponad 65 mld zł wartości aktywów netto w skali miesiąca.

5.2 Projektowany stan prawny

Projekt nowelizacji przewiduje jednocześnie:

- 1) obniżenie opłaty od składki do wysokości 3,5 % już od 1 stycznia 2010 r. (a nie, jak pierwotnie planowano, od 1 stycznia 2014 r.) oraz
- 2) wprowadzenie limitu wynagrodzenia za zarządzanie otwartym funduszem emerytalnym przez PTE

Ad 1) Zgodnie z projektowaną zmianą art. 134 ust. 1 Ustawy o funduszach emerytalnych, otwarty fundusz emerytalny będzie mógł pobierać opłaty wyłącznie w formie potrącenia określonej procentowo kwoty z wpłacanych składek, nie większej jednak niż 3,5%, przy czym próg ten ma obowiązywać nie - jak wcześniej ustalono - od 2014 roku, lecz już od roku 2010.

Ad 2) Ponadto zmianie ma zostać poddany również przepis art. 136 ust. 2a Ustawy o funduszach emerytalnych, w wyniku czego nastąpi zmiana wysokości wynagrodzenia (opłat) dla powszechnych towarzystw emerytalnych za zarządzanie otwartym funduszem emerytalnym, która będzie się przedstawiać w sposób następujący:

- 1) dla funduszy, których wartość aktywów netto wynosi do 8 mld zł kwota potrącannej opłaty nie może przekraczać 0,045% wartości aktywów netto w skali miesiąca;
- 2) dla funduszy, których wartość aktywów netto wynosi od 8 mld zł do 20 mld zł kwota potrącannej opłaty nie może przekraczać 3.600.000 zł + 0,04 % nadwyżki ponad 8 mld zł wartości aktywów netto w skali miesiąca;
- 3) dla funduszy, których wartość aktywów netto wynosi od 20 mld zł do 35 mld zł kwota potrącannej opłaty nie może przekraczać 8.400.000 zł + 0,032 % nadwyżki ponad 20 mld zł wartości aktywów netto w skali miesiąca;
- 4) dla funduszy, których wartość aktywów netto wynosi od 35 mld zł do 45 mld zł kwota potrącannej opłaty nie może przekraczać 13.200.000 zł + 0,023 % nadwyżki ponad 35 mld zł wartości aktywów netto w skali miesiąca;
- 5) dla funduszy, których wartość aktywów netto wynosi powyżej 45 mld zł kwota potrącannej opłaty nie może przekraczać 15.500.000 zł.

Widoczne jest więc, że w przypadku funduszy emerytalnych, których aktywa netto przekroczą wartość 45 mld zł, wprowadzony zostanie wyłącznie limit kwotowy ograniczający możliwość pokrywania kosztów ponoszonych przez OFE z jego aktywów (a nie limit mieszany, kwotowo-procentowy, jak jest obecnie).

5.3 Deklarowane cele autorów Projektu nowelizacji

Uzasadnienie załączone do Projektu nowelizacji zawiera informację, że jego celem jest zwiększenie konkurencji na rynku otwartych funduszy emerytalnych. Uzasadnienie wyróżnia dwa interesujące z punktu widzenia celu systemu emerytalnego „wymiaru konkurencji pomiędzy otwartymi funduszami emerytalnymi: konkurencja cenowa i konkurencja wynikami inwestycyjnymi”. Po pierwsze, według twórców Projektu nowelizacji „powszechnie wskazuje się na fakt braku konkurencji cenowej pomiędzy towarzystwami emerytalnymi”. Stąd autorzy Projektu nowelizacji zaproponowali wprowadzenie rozwiązania polegającego na obniżeniu ceny, przy założeniu, że „ponieważ rozwiązania przewidziane w projekcie mają charakter gry o sumie zerowej strata PTE jest jednocześnie zyskiem ubezpieczonych – członków OFE”. Po drugie, twórcy Projektu nowelizacji deklarują również, jako kolejny jej cel, zmniejszenie intensywności akwizycji OFE na rzecz

intensyfikacji działań prowadzących do osiągnięcia jak najlepszych wyników inwestycyjnych, „co jest ustawowym celem działania każdego funduszu emerytalnego”.

5.4 Analiza skutków wejścia w życie Projektu nowelizacji

5.4.1 Skutki wejścia w życie zmian w opłatach (dotyczące zarówno nowelizacji art. 134 ust. 1, jak i art. 136 ust. 2a Ustawy o funduszach emerytalnych)

Zmiana w systemie opłat stanowiących przychody otwartych funduszy emerytalnych w postaci obniżenia maksymalnej opłaty od składki oraz wprowadzenia limitu kwotowego w opłacie za zarządzanie spowoduje spadek zysków wszystkich funduszy emerytalnych – w okresie do 2019 r. zyski dużych funduszy spadną o 31 %, średnich o 13 %, a małych o 10 % (zob. Stanowisko IGTE oraz Analiza Ernst & Young Audit). Wskazane wyżej wyliczenie obrazuje jedynie skutki zmian w systemie opłat i pomija konsekwencje finansowe dla PTE wynikające z wejścia w życie wszelkich zmian proponowanych w Założeniach z dnia 31 stycznia 2009 r. nowelizacji Ustawy o funduszach emerytalnych. Powyższe wyliczenia znajdują potwierdzenie w Analizie KNF, w myśl której z tytułu zmian przewidzianych w Projekcie nowelizacji przychody największych funduszy emerytalnych spadną o 19,6 % w ciągu najbliższych 10 lat.

Ponadto zmniejszenie opłaty od składki oraz opłaty za zarządzanie nie doprowadzi – co wynika z Analizy Ernst & Young – do znaczącej poprawy sytuacji członków otwartych funduszy emerytalnych, w szczególności zmiany te nie przełożą się znacząco na zwiększenie przyszłych emerytur. Analiza Ernst & Young przekonuje, że wpływ obniżenia opłaty od składki oraz opłaty za zarządzanie doprowadzi do podwyższenia kapitału zgromadzonego na moment przejścia na emeryturę o 1,2 % (w przypadku mężczyzny 25-letniego) oraz o 0,3% (w przypadku kobiety 35-letniej) w stosunku do kapitału wyliczonego według aktualnych regulacji. Istotniejszego wzrostu kapitału zgromadzonego w momencie przejścia na emeryturę należy natomiast oczekiwać w przypadku zwiększenia efektywności inwestycyjnej – wzrostu stóp zwrotu osiąganych przez fundusze (co może być rezultatem wprowadzenia np. wielofunduszowości). Zgodnie z wyliczeniami przeprowadzonymi w Analizie Ernst & Young wpływ ewentualnego podwyższenia stóp zwrotu z aktywów netto funduszu o 1 % rocznie przekłada się na wzrost kapitału zgromadzonego na moment przejścia na emeryturę o ok. 24 %, wpływ podwyższenia stóp zwrotu z aktywów netto funduszu o 1,5 % przekłada się na wzrost kapitału zgromadzonego na moment przejścia

na emeryturę o ok. 39 %, natomiast wpływ ewentualnego podwyższenia stóp zwrotu z aktywów netto funduszu o 2 punkty procentowe rocznie przekłada się na wzrost kapitału zgromadzonego w momencie przejścia na emeryturę o ok. 56 %.

Powyższe oznacza, że przyszłe emerytury w istotnie większym stopniu zależą od tego, w jaki sposób inwestowane są składki przyszłego emeryta niż od opłat pobieranych przez PTE.

5.4.2 Skutki wejścia w życie zmian w opłatach od składek

Wejście w życie art. 1 pkt 1 Projektu nowelizacji doprowadzi do tego, że cztery lata szybciej wysokość opłat od składki zostanie zredukowana do 3,5 %. Należy jednak zwrócić uwagę na fakt – co zauważyła PKPP „Lewiatan” – iż na pokrycie kosztów zarządzania (administrowania) funduszem PTE otrzyma nie 3,5 % składki, ale w rzeczywistości 2,1%. Wynika to z faktu, że PTE obowiązany jest wnieść opłaty na rzecz różnych instytucji, takich jak np. ZUS (0,8 % składki), Komisję Nadzoru Finansowego (0,1054 % składki) czy Rzecznika Ubezpieczonych (0,071 % składki), a także na fundusz gwarancyjny. W rezultacie PTE otrzyma o 1,4 % mniej składki, niż się powszechnie uważa.

5.4.3 Skutki wejścia w życie zmian w opłatach za zarządzanie

Wprowadzenie kwotowego limitu wynagrodzenia za zarządzanie OFE, w miejsce limitu określonego w sposób mieszany (kwotowo-procentowy), doprowadzi do szeregu negatywnych skutków, zarówno dla konsumentów, jak też i części uczestników rynku otwartych funduszy emerytalnych. Zostaną one opisane poniżej.

5.4.3.1 Wejście w życie zmian w opłatach za zarządzanie a jakość zarządzania aktywami funduszu

Jednym z podstawowych założeń Projektu nowelizacji jest doprowadzenie do zwiększenia konkurencji między PTE oraz wysiłków inwestycyjnych towarzystw emerytalnych w stosunku do zgromadzonych w OFE aktywów netto. W ocenie autorów Opinii oraz podmiotów, które zgłosiły swoje uwagi w trakcie prac legislacyjnych Projekt nowelizacji będzie miał skutek wręcz przeciwny, gdyż w sytuacji, gdy aktywa netto funduszu emerytalnego przekroczą pułap 45 mld zł, pozyskiwanie nowych klientów przez OFE stanie się nieracjonalne. Konkurowanie między funduszami w tym zakresie przestanie mieć jakikolwiek sens ekonomiczny, ponieważ wzrośnie kosztów transakcyjnych, a także

zarządzania oraz ryzyka finansowego nie będzie towarzyszyć adekwatny wzrost przychodu PTE. Znacznie słabsza – *ceteris paribus* – będzie również motywacja OFE do osiągania lepszych wyników inwestycyjnych, gdyż powyżej wspomnianego pułapu PTE nie będą już wynagradzane proporcjonalnie do wartości aktywów. Bardzo prawdopodobne jest, że będziemy mieć do czynienia z ograniczeniem wszelkich wydatków obecnie ponoszonych celem osiągnięcia lepszych wyników inwestycyjnych, analiza przez największe OFE nowych inwestycji (emitentów, papierów wartościowych) i podnoszenie kwalifikacji zespołów inwestycyjnych nie będzie już tak istotne jak obecnie. Nie będzie także uzasadniona jakakolwiek aktywność w rodzaju uczestnictwa w walnych zgromadzeniach, wykonywania prawa głosu z akcji celem ochrony interesów uczestników funduszu (optymalną strategią PTE będzie minimalizacja nakładów na działalność inwestycyjną).

W sposób dosadny skutek ten został opisanych w Opinii PKPP „Lewiatan”, w której czytamy: „[...] fundusz, którego aktywa wyniosą 45 mld zł nie będzie mógł pobierać żadnych opłat za zarządzanie składkami od swoich nowych członków. Prowadzić to będzie do sytuacji, kiedy wraz ze wzrostem aktywów i odpowiedzialności za ich zarządzanie, spadać będą środki na prowadzenie efektywnej polityki inwestycyjnej OFE. Innymi słowy, fundusze pozbawione zostaną ostatniego czynnika, który wpływa na podnoszenie poziomu usług, konkurowanie w posyskiwaniu nowych klientów i bezpieczeństwo zarządzania środkami zgromadzonymi w OFE”. Podobne zapatrywanie zostało wyrażone w Stanowisku IGTE, w którym podniesiono, iż wprowadzenie kwotowego, a nie procentowego, limitu opłaty za zarządzanie w OFE o aktywach przekraczających 45 mld zł spowoduje, że od pewnego momentu pozyskiwanie nowych klientów nie będzie miało ekonomicznego sensu dla powszechnego towarzystwa emerytalnego. Z czysto ekonomicznego punktu widzenia z jednej strony będziemy mieli – zdaniem Izby Gospodarczej Towarzystw Emerytalnych – do czynienia z pracą i kosztami, celem jak najlepszej obsługi klienta i wypracowania wyników inwestycyjnych funduszu, z drugiej zaś z brakiem wynagrodzenia dla funduszu, który jest doceniany i klienci chcą do niego przysiępować. Pogląd o niekorzystnym wpływie zmian w dotyczących opłat za zarządzanie został także wyrażony w Uwagach OPZZ do Projektu nowelizacji.

Jednym ze skutków wejścia w życie Projektu nowelizacji – w długim okresie – będzie także dyskryminacja największych funduszy emerytalnych. W chwili obecnej co prawda żaden z Otwartych Funduszy Emerytalnych nie ma aktywów netto, które przekraczałyby pułap 45 mld zł, a tym samym żaden z funduszy nie będzie natychmiast po wejściu w życie Projektu nowelizacji dotknięty wprowadzeniem pułapu kwotowego dla ustalania opłaty za

zarządzanie. Nie ulega jednak wątpliwości, że grupa uczestników rynku, którzy ten pułap osiągną w przewidywalnej przyszłości jest ograniczona do dwóch największych funduszy (ING, Commercial Union). Największe fundusze będą musiały świadczyć usługę bez wynagrodzenia, gdyż ich realne przychody będą spadać pomimo istotnego wzrostu wartości zarządzanych aktywów. Dyskryminacyjny charakter Projektu nowelizacji jest potęgowany oddziaływaniem mechanizmu minimalnej stopy zwrotu – gwarancja minimalnej stopy zwrotu dla członków funduszu dotyczy całości aktywów funduszu, a uzyskiwane wynagrodzenie jest stałe przy wartości aktywów powyżej 45 mld złotych, powstaje asymetria relacji ponoszonego ryzyka do uzyskiwanego wynagrodzenia.

Przewidywane skutki wejścia w życie Projektu i związanego z nim zakłócenia konkurencji na rynku funduszy emerytalnych w żaden sposób nie przełożą się na efektywność tego rynku. Teza, zawarta w uzasadnieniu Projektu nowelizacji, zgodnie z którą większa liczba podmiotów działających na rynku funduszy emerytalnych wpłynie korzystnie na konkurencyjność tego rynku, nie jest prawdziwa, gdyż – jak zauważa Prezes UOKiK w Piśmie z dnia z dnia 19 lutego 2009 r., skierowanym do Sekretarza Komitetu Rady Ministrów – *„intensywności procesu konkurencyjnego nie można utożsamiać z liczbą firm działających na rynku, bądź też z liczbą przedsiębiorców mogących na taki rynek wejść”*. Z kolei w części uzasadnienia do Projektu, zatytułowanej „Rynek Otwartych Funduszy Emerytalnych”, zamieszczono akapit, w którym projektodawcy wykazują, że wyższa jakość klientów pewnych funduszy powoduje *„pomimo mniejszego udziału w rynku pod względem liczby członków, większy udział w rynku pod względem wartości aktywów netto grupy największych funduszy emerytalnych i wyższe przychody z tego tytułu zarządzających nim powszechnych towarzystw emerytalnych”*. Uwaga ta potwierdza tezę, że przedmiotowy projekt wymierzony jest w szczególności przeciwko ING OFE oraz Commercial Union, gdyż te dwa fundusze są największe pod względem wartości aktywów netto, liczby członków oraz mają najwyższą jakość klientów mierzoną wysokością średniej składki.

Cytowana już wyżej uwaga Projektodawcy, że *„rozwiązania przyjęte w projekcie mają charakter gry o sumie zerowej”*, wskazuje na zasadniczy błąd w analizie faktycznej, będący oczywiście efektem zaniechania rzetelnej Oceny Skutków Regulacji. W projektowaniu regulacji środowiska rynkowego nie można pominąć roli, jaką dla podmiotów dokonujących kalkulacji ekonomicznej odgrywają tzw. bodźce (ang. *incentives*). W sytuacji przedmiotowego Projektu mamy do czynienia z niezrozumieniem specyfiki rynku i próbą narzucenia nieproporcjonalnej regulacji o antykonkurencyjnym skutku.

Powyższe skłoniło PKPP „Lewiatan” do stwierdzenia, że „zmiana zasad pobierania opłat za zarządzanie może doprowadzić do sytuacji, w której duże fundusze nie znajdą źródeł pokrycia dla kosztów spowodowanych napływem nowych ubezpieczonych i dużą liczbą obecnych członków. Trzeba mieć przy tym świadomość, że istotne pogorszenie sytuacji finansowej towarzystw emerytalnych może zagrozić bezpieczeństwu całego filara. Towarzystwa emerytalne gwarantują bowiem swoimi kapitałami pokrycie ewentualnego niedoboru w zarządzaniu funduszami emerytalnymi”. Brak motywacji do podnoszenia kwalifikacji i osiągania lepszych wyników inwestycyjnych w praktyce podważa sens istnienia otwartych funduszy emerytalnych.

Ze względu na powyższe należy uznać za trafne stwierdzenie wyrażone w Opinii ZUS, negatywnie odnoszącej się do propozycji zmian w zakresie wysokości opłat za zarządzanie, w myśl której propozycje zmian zasad ustalania opłat za zarządzanie powinny uwzględnić koszty generowane przez system w nowym kształcie. Zdaniem ZUS należy także wskazać, iż segment opłat za zarządzanie jest naturalnym polem do zdrożenia instrumentów premiujących dobrą gospodarkę finansową funduszy i przez to zwiększających konkurencyjność na rynku, a nie przez sztuczne instrumenty w sposób dyskryminujący ograniczające możliwości dalszego rozwoju przez PTE zarządzające największymi funduszami emerytalnymi. Tymczasem Projekt nowelizacji takich rozwiązań nie zawiera.

5.4.3.2 Wejście z życie zmian a wysokość środków przeznaczanych na akwizycję

Po wejściu w życie Projektu nowelizacji akwizycja przystąpienia do funduszu emerytalnego, wbrew wyraźnie wyartykułowanym intencjom projektodawcy, nie ulegnie osłabieniu. Zmieni się jednak struktura tej działalności. Fundusze, które nie osiągnęły jeszcze 45 mld zł wartości aktywów, będą miały wciąż motywację ekonomiczną do zwiększenia ilości swoich klientów, także poprzez pozyskiwanie za pomocą akwizycji klientów większych funduszy, którzy motywację do zwiększenia aktywów netto przez przyjmowanie nowych uczestników już utracili na skutek przekroczenia pułapu 45 mld zł posiadanych aktywów netto. Dojdzie więc do masowej migracji klientów z dużych funduszy, które do tej pory okazywały się najefektywniejsze w realizacji interesów swoich klientów, do funduszy małych i średnich. Przyczyną tej migracji będzie między innymi racjonalne założenie klientów, że brak bodźców ekonomicznych dla dużych funduszy, w których lokują swoje składki, przełoży się na mniej efektywne zarządzanie tymi składkami. Klienci ci zasilać mniejsze fundusze, które w ten sposób uzyskają przewagę konkurencyjną niezajdującą jakiegokolwiek uzasadnienia w ich ofercie rynkowej.

Migracja klientów przyczyni się do gwałtownego zwiększenia kosztów transakcyjnych funkcjonowania rynku funduszy emerytalnych (koszty związane z obsługą transakcyjną wyjść i wejść klientów do nowych funduszy oraz wspieraniem procesu przez intensywną akwizycję), zwiększając koszty z perspektywy całego systemu. Duże fundusze nie będą podejmować działań mających na celu zatrzymanie klientów niskiej jakości (mierzonej wysokością składek), intensywnie bronić się będą jednak przed odpływem klientów wyższej jakości, gdyż opłata od składek zyska jeszcze bardziej na znaczeniu w bilansie OFE z największymi aktywami.

Największe fundusze skoncentrują swoją uwagę na restrukturyzacji portfolio klientów, w celu zwiększenia udziału ubezpieczonych o wysokich dochodach i jednocześnie stosunkowo krótkim stażu pracy (tacy klienci gwarantować będą maksymalną zyskowność – wysoką wartość opłaty od składki a jednocześnie proporcjonalnie nieznaczne obciążenie funduszu kosztami obsługi ich kapitału). Osiągnięcie tego rezultatu wymagać będzie dużych nakładów finansowych ze strony tych PTE. Oznacza to jednocześnie, że całkowitą iluzją jest oczekiwanie projektodawców, że wejście w życie Projektu spowoduje koncentrację uwagi towarzystw emerytalnych jedynie na osiąganiu jak najlepszych wyników inwestycyjnych, a nie na pozyskiwaniu nowych klientów czy utrzymywaniu niektórych obecnych członków funduszy.

W związku z powyższą analizą skutków wejścia w życie Projektu nowelizacji, w następnej części Opinii dokonamy prawnej oceny Projektu i przedstawionych wyżej skutków jego wprowadzenia.

6. PRAWIDŁOWOŚĆ SPORZĄDZENIA OCENY SKUTKÓW REGULACJI DO PROJEKTU NOWELIZACJI

6.1 Uwagi ogólne na temat systemu oceny skutków regulacji

Polska, przystępując w 1996 r. do OECD, zobowiązała się do wdrożenia systemu Oceny Skutków Regulacji (OSR) w procesie przygotowywania rządowych projektów aktów prawnych. Wdrożenie wspomnianego systemu OSR służy wykonaniu Zalecenia C (95) 21 Rady OECD z dnia 9 marca 1995 r. w sprawie poprawy jakości regulacji.

Ocena Skutków Regulacji (OSR) to narzędzie analityczne pozwalające na zidentyfikowanie skutków planowanych działań legislacyjnych i ukierunkowania ich tak, aby zapewniły prawo o lepszej jakości i efektywności. OSR odpowiada w szczególności na takie pytania – jak, kiedy i w jaki sposób prowadzić proces tworzenia prawa zapewniając kontrolę nad

poszczególnymi etapami jego stanowienia oraz jak dokonać oceny potencjalnych efektów działań administracji.

Unormowania prawne dotyczące Oceny Skutków Regulacji zawarte zostały w obecnie obowiązującym Regulaminie pracy Rady Ministrów⁷. Zgodnie z przepisami tego regulaminu Ocena Skutków Regulacji jest jednym z załączników⁸ do projektu aktu normatywnego, który powinien określać:

- 1) podmioty, na które oddziałuje projektowane prawo;
- 2) wpływ funkcjonowania regulacji na finanse publiczne;
- 3) wpływ na rynek pracy;
- 4) wpływ na konkurencyjność (wewnętrzną i zewnętrzną) gospodarki oraz przedsiębiorców;
- 5) wpływ na sytuację i rozwój regionów.

Należy udzielić negatywnej odpowiedzi na pytanie, czy w przypadku Projektu nowelizacji przeprowadzono w sposób prawidłowy i wyczerpujący Ocenę Skutków Regulacji, zwłaszcza, czy przeanalizowano w szczególności takie kwestie jak pełna identyfikacja podmiotów, na które oddziałuje Projekt nowelizacji, wraz z opisem charakteru i skali tego oddziaływania, wpływ na rynek pracy oraz wpływ na konkurencyjność gospodarki i sytuację przedsiębiorców (w tych bowiem kwestiach OSR zdaje się wywoływać największą wątpliwość).

⁷ Zob. § 9 i § 10 ust. 6 Uchwały Nr 49 Rady Ministrów z dnia 19 marca 2002 r. Regulamin pracy Rady Ministrów (Dz. U. z 2002 r. Nr 13 poz. 221 z późn. zm.).

⁸ Oprócz Oceny Skutków Regulacji załącznikami do uzasadnienia projektu ustawy są również: tłumaczenia na język polski przepisów prawa Unii Europejskiej wdrażanych projektowaną ustawą, wstępna opinia o zgodności projektu z prawem Unii Europejskiej oraz projekty aktów wykonawczych o podstawowym znaczeniu dla proponowanej regulacji prawnej, jeżeli projekt przewiduje ich wydanie.

6.2 Analiza prawidłowości oceny skutków regulacji na podmioty dotknięte Projektem nowelizacji

6.2.1 Nieprawidłowa oraz niepełna ocena wpływu regulacji na uczestników funduszy emerytalnych

Ocena skutków regulacji załączona do Uzasadnienia Projektu nowelizacji nie identyfikuje w pełni wszystkich następstw wejścia w życie tego projektu dla ubezpieczonych i przystępujących do ubezpieczenia. W ocenie skutków regulacji można jedynie przeczytać, że *„Ponieważ rozwiązania przewidziane w projekcie mają charakter gry o sumie zerowej strata PTE jest jednocześnie zyskiem ubezpieczonych – członków OFE”*. Takie zidentyfikowanie skutków dla ubezpieczonych jest zdecydowanie niewystarczające. Dla przykładu, obniżenie przychodów największych funduszy emerytalnych z tytułu zarządzania funduszami (przy pozostawieniu na poprzednim poziomie kosztów zarządzania aktywami) może doprowadzić do takich skutków jak:

- 1) dążenie do minimalizacji kosztów dostarczania informacji klientowi przez akwizytorów i osoby zatrudnione w działach obsługi klienta;
- 2) ograniczenie możliwości kontaktu klienta z akwizytorami i osobami z działów obsługi klienta;
- 3) obniżenie nakładów na systemy informatyczne, co może doprowadzić do zmniejszenia bezpieczeństwa danych klientów funduszy zgromadzonych w systemach informatycznych;
- 4) ograniczenie wydatków największych funduszy emerytalnych ponoszonych obecnie celem osiągnięcia najlepszych wyników inwestycyjnych (np. podnoszenie kwalifikacji zespołów inwestycyjnych, ograniczenie uczestnictwa w walnych zgromadzeniach, wykonywania głosu z akcji w celu ochrony interesów majątkowych interesów uczestników funduszy).

Wykazane zostało powyżej, że wejście w życie Projektu nowelizacji spowoduje obniżenie motywacji osiągania przez największe fundusze emerytalne lepszych wyników inwestycyjnych na rzecz swych uczestników oraz obniży jakość ich obsługi. Nie jest więc prawdziwe zdanie znajdujące się w ocenie skutków regulacji do Projektu nowelizacji, umieszczone na stronie 36, że *„Istnieje również system bodźców służących wynagradzaniu PTE za osiągnięte wyniki inwestycyjne. W tej sytuacji oczekiwać należy wzrostu oczekiwań towarzystw emerytalnych osiągnięciem jak najlepszych wyników inwestycyjnych, co jest ustawowym celem działania każdego funduszu emerytalnego”*.

Rzeczywisty skutek wejścia w życie Projektu nowelizacji będzie zatem sprzeczny z przewidywaniami, które zamieszczono w OSR.

Ocena skutków regulacji w zaktualizowanej wersji uzasadnienia z 16 marca 2009 r. została rozszerzona o symulację przeprowadzoną przez Komisję Nadzoru Finansowego mającą porównać sytuację PTE i OFE w latach 2010-2050 przy zachowaniu obecnego stanu prawnego i po ewentualnym wejściu w życie Projektu nowelizacji. Należy zwrócić uwagę na nierealistyczność założeń modelu KNF, co powoduje jego małą przydatność dla oceny rzeczywistych skutków regulacji.

Po pierwsze, autorzy modelu zakładają stałą skalę transferów dla całego okresu na poziomie 3% członków, co stoi w oczywistej sprzeczności ze znacznie bardziej prawdopodobną tezą, że w momencie osiągnięcia przez największe OFE wartości aktywów w wysokości 45 mld zł dojdzie do znacznych transferów członków z tych OFE do funduszy mniejszych.

Po drugie, całkowicie irrelevantne są historyczne dane, na podstawie których autorzy modelu oszacowali *„zdolność każdego z OFE do pozyskiwania nowych członków, pozyskiwania nowych członków z rynku pierwotnego o składce wyższej lub niższej od średniej, pozyskiwania członków w drodze transferów, jak również „skłonność” do tracenia członków na rzecz innych OFE w drodze transferów*”. Nieadekwatność danych historycznych do modelowania warunków funkcjonowania OFE pod reżimem Projektu nowelizacji spowodowana jest istotnymi zmianami w strukturze motywacji OFE, co będzie miało bezpośrednie przełożenie na działalność akwizycyjną. O ile można uznać, że dane historyczne *ceteris paribus* mogą być podstawą dla modelu dalszego rozwoju rynku przy obecnym stanie prawnym, dla modelowania innej sytuacji prawnej potrzebny jest model oparty na założeniach tę zmianę uwzględniających. A zatem model mający opisywać skutki wejścia w życie Projektu nowelizacji opiera się na błędnych założeniach, gdyż nie uwzględnia konsekwencji wprowadzenia w życie samego projektu.

Po trzecie, wątpliwą tezą jest, że *„powyższe parametry wag podlegają konwergencji, czyli rynek w długim okresie homogenizuje się pod względem zdolności akwizycyjnych*”. Twierdzenie to podważa obecna sytuacja rynkowa, w której obserwujemy trwałą różnicę w jakości działań akwizycyjnych pomiędzy dużymi OFE a małymi i średnimi. Największe OFE osiągnęły i utrzymują swoją pozycję nie dlatego, że są największe – jak chcieliby autorzy projektu i KNF – lecz dlatego, że są najsprawniejszymi graczami na rynku. W związku z tym wydaje się uzasadnione stwierdzenie, że autorzy modelu myślą przyczynę sukcesu rynkowego z jej efektem.

6.2.2 Częściowa identyfikacja osób dotkniętych regulacją – pominięcie w analizie kwestii wpływu na akwizytorów oraz pracowników towarzystw emerytalnych zarządzających funduszami emerytalnymi

Uzasadnienie Projektu nowelizacji jedynie częściowo identyfikuje osoby, na które wpływa ta regulacja. Zgodnie z oceną skutków regulacji, Projekt nowelizacji wpłynie jedynie na członków otwartych funduszy emerytalnych, otwarte fundusze emerytalne i zarządzające nimi powszechne towarzystwa emerytalne. Projekt natomiast w ogóle nie wskazuje istnienia wpływu (bezpośredniego i pośredniego) na pracowników towarzystw emerytalnych oraz zatrudnionych w tych towarzystwach akwizytorów. Wpływ ten wynika z faktu, że wprowadzenie Projektu nowelizacji zmniejszy możliwość pozyskiwania środków pieniężnych przez PTE. Spowoduje to konieczność istotnego ograniczenia ponoszonych kosztów związanych z obsługą i chęcią przyciągnięcia nowego klienta. Wobec tego należy spodziewać się ograniczenia wysokości wynagrodzeń pracowników zatrudnionych przy obsłudze klienta oraz zmniejszenia zatrudnienia w PTE. Podobnie będzie w przypadku akwizytorów, którzy obecnie stanowili grupę ok. 40.000 osób (mowa tu o akwizytorach zatrudnianych przez wszystkie istniejące fundusze emerytalne).

6.3 Brak całościowej identyfikacji wpływu na budżet centralny

W zakresie wpływu na budżet centralny uzasadnienie Projektu wskazuje jedynie, że regulacja skutkować będzie spadkiem przychodów budżetu państwa w zakresie podatku dochodowego od osób prawnych, który będzie efektem zmniejszenia wynagrodzenia PTE. Nie uwzględniono natomiast wpływu zmniejszenia wynagrodzenia akwizytorów i pracowników PTE. Uzasadnienie nie odnosi się również w żaden sposób do spadku przychodów budżetu państwa z tytułu podatku od towarów i usług (VAT). Spadek ten wyniknie ze zmniejszenia wydatków na akwizycję, dokonanego przez największe OFE, w szczególności przez spadek zamówień w sektorze reklamy zewnętrznej (outdoor), telewizyjnej i radiowej.

Wpływ Projektu na zmniejszenie zaufania inwestycyjnego do Polski odbije się negatywnie na zainteresowaniu obligacjami emitowanymi przez Rząd RP, co z kolei wpłynie na zwiększenie kosztu obsługi zadłużenia publicznego Polski.

Niezależnie od powyższego należy podkreślić, że istotny wpływ na budżet centralny mogą mieć również roszczenia odszkodowawcze (koszty postępowań prawnych, wysokość orzeczonych odszkodowań), które zostaną skierowane przeciwko Skarbowi Państwa przez inwestorów, których inwestycje (TFE) zostaną dotknięte planowaną regulacją. Wniesienie

takich powództw ocenić należy jako wysoce prawdopodobne – z tego powodu powinny zostać wzięte pod uwagę przy formułowaniu oceny skutków regulacji.

6.4 Brak prawidłowej identyfikacji wpływu na konkurencyjność wewnętrzną i zewnętrzną gospodarki

W Ocenie Skutków Regulacji załączonej do uzasadnienia Projektu nowelizacji nie zidentyfikowano oczywistego wpływu tej regulacji na konkurencyjność zewnętrzną i wewnętrzną gospodarki. Tymczasem – w zakresie konkurencyjności wewnętrznej – Projekt nowelizacji doprowadzi do zachwiania konkurencji na rynku funduszy emerytalnych, gdyż skutkować będzie znacznym ograniczeniem możliwości finansowania swej działalności przez fundusze emerytalne z największymi aktywami, natomiast prowadzić będzie do względnego uprzywilejowania funduszy małych i średnich.

W kwestiach związanych z konkurencyjnością zewnętrzną gospodarki, Projektodawca w ogóle nie przeanalizował zagadnienia skutków wejścia w życie Projektu nowelizacji w postaci zniechęcenia inwestorów zewnętrznych do lokowania kapitału. Zniechęcenie do lokowania kapitału w Polsce będzie skutkiem nie tylko samego ograniczenia możliwości pozyskiwania środków finansowych na inwestycje w postaci funduszy emerytalnych, ale także następstwem podważenia zaufania inwestorów zagranicznych do stabilności i pewności systemu prawa w Polsce. Efektem spadku zaufania do inwestowania w Polsce będzie ponadto spadek zainteresowania inwestycją w obligacje emitowane przez Rząd RP, co przełoży się na zwiększony koszt obsługi zadłużenia publicznego Polski (co stanowi niezidentyfikowany skutek Projektu dla budżetu centralnego).

6.5 Wpływ na funkcjonowanie przedsiębiorstw

Określenie, że Projekt nie wywiera wpływu na funkcjonowanie przedsiębiorstw jest twierdzeniem nieprawdziwym, gdyż regulacje ta oczywiście ma wpływ na sytuację towarzystw emerytalnych zarządzających funduszami emerytalnymi, będących przedsiębiorcami, poprzez zmniejszenie ich przychodów. Stwierdzenie to dobitnie świadczy o bardzo niskiej jakości OSR sporządzonego do Projektu.

6.6 Brak identyfikacji wpływu na rynek pracy

Projektodawca nie zidentyfikował skutków wpływu na rynek pracy. Tymczasem oczywiste jest, że natychmiastowe zmniejszenie przychodów dwóch największych funduszy emerytalnych o 30 % spowoduje istotną redukcję zatrudnienia lub obniżenie płac w

towarzystwach zarządzających tymi funduszami. Kwestie te zostały w sposób szczegółowy opisane w punkcie 5.2.1 niniejszej opinii.

7. NARUSZENIE PRZEZ PROJEKT KONSTYTUCJI RP

7.1 Uwagi ogólne

W naszej opinii Projekt nowelizacji narusza Konstytucję RP. Normy z niego wynikające pozostają w sprzeczności z tak fundamentalnymi standardami konstytucyjnymi, jak zasady:

- 1) zaufania obywateli do państwa i tworzonych przez nie prawa,
- 2) ochrony praw nabytych, wraz z jej elementami szczegółowymi,
- 3) ochrony interesów w toku,
- 4) społecznej gospodarki rynkowej,
- 5) proporcjonalności,
- 6) równości oraz
- 7) prawidłowej legislacji.

Poniżej prezentujemy uzasadnienie tezy o niekonstytucyjności przedmiotowego Projektu nowelizacji.

7.2 Naruszenie zasady zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa

Zasada zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa jest jedną z najistotniejszych norm konstytucyjnych wywodzonych przez Trybunał Konstytucyjny z koncepcji państwa prawnego (art. 2 Konstytucji). Zgodnie z poglądem TK – wyrażonym jeszcze w 1988 r. – zasada zaufania obywateli do państwa jest „zasadą prawnokonstytucyjną, która rodzi określone obowiązki w sferze działalności państwa”⁹.

Istota tej zasady sprowadza się do nakazu kształtowania wzajemnych relacji istniejących między obywatelem a państwem w taki sposób, by obywatel mógł planować i realizować swoje przedsięwzięcia „w zaufaniu, że nie naraża się na niekorzystne skutki prawne swoich decyzji i działań, których nie mógł przewidzieć w chwili podejmowania tych decyzji lub

⁹ Orzeczenie TK K 1/88 OTK 1988/1/6.

działań¹⁰. Innymi słowy prawo nie powinno stanowić „pułapki” dla obywatela, który podejmując działania na podstawie obowiązującego prawa, byłby następnie narażony na niekorzystne skutki jego nagłej zmiany. Ochrona zaufania obywateli do państwa wiąże się ze stabilnością systemu prawnego. Zgodnie z poglądem Trybunału Konstytucyjnego *„zasada zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa opiera się na pewności prawa, a więc takim zespole cech przysługujących prawy, które zapewniają jednostce bezpieczeństwo prawne; umożliwiają jej decydowanie o swoim postępowaniu w oparciu o pełną znajomość przesłanek działania organów państwowych oraz konsekwencji prawnych, jakie jej działania mogą pociągnąć za sobą. Jednostka winna mieć możliwość określenia zarówno konsekwencji poszczególnych zachowań i zdarzeń na gruncie obowiązującego w danym momencie systemu, jak też oczekiwać, że prawodawca nie zmieni ich w sposób arbitralny. Bezpieczeństwo prawne jednostki związane z pewnością prawa umożliwia więc przewidywalność działań organów państwa, a także prognozowanie działań własnych”¹¹.*

Nowelizacja narusza zasadę zaufania obywateli do państwa, a także takie wartości konstytucyjne jak pewność i stabilność systemu prawnego dlatego, że:

- 1) wprowadza zmianę reguł organizacji i funkcjonowania funduszy emerytalnych odstępując w sposób arbitralny od reguł intertemporalnych przyjętych w 2003 r. i mających obowiązywać do 2014 r. Przewiduje mianowicie istotne przyspieszenie obniżenia górnego limitu opłaty pobieranej przez otwarte fundusze emerytalne w formie potrącenia określonej procentowo kwoty wpłacanych składek do 3,5%. Proces ten, zgodnie z dotychczasowymi regulacjami miał następować stopniowo i trwać, aż do 1 stycznia 2014 roku. Tymczasem Projekt nowelizacji doprowadza do rezygnacji ze stopniowego obniżenia wysokości opłat i wprowadza maksymalny pułap, tj. 3,5% już w 2010 r., a nie jak było to planowane, dopiero w 2014 r. Oprócz tego Projekt wprowadza istotne ograniczenia w zakresie dopuszczalnego poboru opłaty za zarządzanie OFE, zmieniając tym samym dotychczasowe zasady, które wprowadzone zostały jako reguły długookresowe. Powyższe oznacza, że w przygotowywanej obecnie nowelizacji wprowadzane jest arbitralne rozwiązanie, które ww. proces kończy pięć lat przed pierwotnie zakładanym terminem. Dochodzi więc do nagłej zmiany fundamentalnych reguł gry w czasie jej trwania oraz podstaw

¹⁰ Zob. np. orzeczenie TK K 1/94 OTK 1994/1/10

¹¹ Orzeczenie TK K 54/05 OTK 2007/3A/25.

funkcjonowania podmiotów działających w ramach prywatnego sektora emerytalnego. Powoduje to natychmiastowe i znaczne zwiększenie ryzyka związanego z prowadzeniem działalności gospodarczej na rynku funduszy emerytalnych, a więc rynku, który, ze względu na jego ogromną społeczno-ekonomiczną wagę i wrażliwość, powinien charakteryzować się stabilnością i długoterminowym planowaniem działań;

- 2) zaufanie obywateli do państwa doznaje również uszczerbku z uwagi na sposób, w jaki organy władzy publicznej pracują nad przedmiotową nowelizacją. Prace legislacyjne toczą się z pominięciem istotnych etapów postępowania ustawodawczego, w szczególności nie przeprowadzono konsultacji społecznych, nie oceniono w sposób prawidłowy skutków regulacji. Utrudnia się także dostęp do informacji publicznej dotyczącej prac nad projektem (złożono w tym zakresie protest). W demokratycznym państwie prawnym jednostka ma prawo oczekiwać, że organy władzy publicznej, dokonując zmian prawa w tak wrażliwej społecznie materii, jaką jest ustroj funduszy emerytalnych, będą prowadziły prace legislacyjne w sposób transparentny i skorzystają ze wszystkich środków (przede wszystkim konsultacji społecznych), które pozwolą uczynić regulację możliwie skuteczną i nieuciążliwą dla jednostki.

7.3 Naruszenie zasady ochrony praw nabytych oraz zasady ochrony interesów w toku

Zasada ochrony praw nabytych wywiedziona jest w polskim prawie konstytucyjnym i orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego z art. 2 Konstytucji RP. W odniesieniu do prawa własności i innych praw majątkowych zasada szeroko rozumianej ochrony praw nabytych znajduje swoją odrębną podstawę normatywną w art. 64 ust. 2 Konstytucji RP. Koncepcja szeroko rozumianej ochrony praw nabytych ukształtowała się w okresie polskiej transformacji ustrojowej i stanowi jedno z jej największych osiągnięć¹².

¹² Szerzej zob. K. Działocha, *Zasada ochrony praw nabytych w orzecznictwie polskiego Trybunału Konstytucyjnego*, [w:] *Prawa człowieka, geneza, koncepcje, ochrona*, Wrocław 1993, s. 11 i n.; T. Zieliński, *Pewność prawa*, [w:] *Jakość prawa*, Instytut Nauk Prawnych PAN, Warszawa 1996, s. 50–51; tenże, *Zasada ochrony praw nabytych*, „Państwo i Prawo” 1992/3, s. 3 i n.

Nawiązuje także do obowiązujących w tym zakresie koncepcji europejskich¹³. Zasada ta „polega na zakazie pozbawiania obywateli praw podmiotowych i ekspektatyw praw ukształtowanych przez ustawy wydane w wyniku realizacji praw podstawowych lub na zakazie ich ograniczania w stopniu naruszającym istotę danego prawa bez pełnego ekwiwalentu praw (uprawnień) utraconych”¹⁴. Zasada ochrony praw nabytych chroni zatem przed „arbitralnym znoszeniem lub ograniczaniem praw podmiotowych przysługujących jednostce lub innym podmiotom prywatnym występującym w obrocie prawnym”¹⁵.

Naruszenie ww. zasady w przypadku nowelizacji ustawy polega w szczególności na arbitralnym oraz nieuzasadnionym ograniczeniu praw przysługujących podmiotom funkcjonującym na rynku funduszy emerytalnych, w tym przede wszystkim przysługujących im praw majątkowych.

Najpoważniej jednak naruszony został przez prawodawcę nakaz ochrony interesów w toku, który stanowi jeden z elementów obowiązującego systemu ochrony praw nabytych¹⁶. Zgodnie z poglądem Trybunału Konstytucyjnego *„Konstytucja wymaga (...), by sytuacja prawna osób dotkniętych nową regulacją była poddana takim przepisom przejściowym, by mogli mieć czas na dokończenie przedsięwzięć podjętych na podstawie wcześniejszej regulacji, w przeświadczeniu, że będzie ona miała charakter stabilny. Zasada zaufania obywatela do państwa i stanowionego przez nie prawa nakazuje ustawodawcy należyte zabezpieczenie „interesów w toku”, a zwłaszcza należyłą realizację uprawnień nabytych na podstawie poprzednich przepisów”*¹⁷.

Doktryna prawa oraz orzecznictwo TK definiuje precyzyjnie, kiedy interes gospodarczy lub finansowy będący w toku podlega konstytucyjnej ochronie. Ma to miejsce *„w tych wszystkich sytuacjach, w których ustawodawca wyznaczył pewien okres czasu, w którym miało być możliwe prowadzenie interesów według z góry ustalonych zasad czy reguł gry. W takim bowiem wypadku ustawodawcę wiąże zasada zaufania obywatela do państwa (czy – mówiąc bardziej poprawnie – zasada lojalności państwa wobec obywatela): jeżeli w przepisie prawa zapewniono obywatela, że przez pewien czas obowiązywać go będą*

¹³ Zob. np., N. MacCormick, *Der Rechtsstaat und die rule of law*, „Juristische Zeitung” 1984/2, s. 65 i n.; P. Kunig, *Das Rechtsstaatsprinzip. Überlegungen zu seiner Bedeutung für das Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Tübingen 1986, s. 477 i n.

¹⁴ Orzeczenie K 3/88 OTK 1989/1/2.

¹⁵ Zob. np. orzeczenie TK, sygn. K 1/99, OTK 2000/2/59.

¹⁶ Zob. T. Zalasniński, *Zasada prawidłowej legislacji w poglądach Trybunału Konstytucyjnego*, Warszawa 2008, s. 106 i nast.

¹⁷ Zob. m.in. wyroki Trybunału Konstytucyjnego: K. 5/96, K. 10/97, K. 27/98.

pewne reguły, a obywatel – kierując się tym zapewnieniem – rozpoczął konkretne działania, to reguły tych nie można już zmieniać na niekorzyść obywatela. Zawsze jednak muszą być równocześnie spełnione trzy przesłanki: 1) przepisy prawa muszą wyznaczać pewien horyzont czasowy dla realizowania określonych przedsięwzięć (w prawie podatkowym horyzont ten musi przekraczać okres roku podatkowego), 2) przedsięwzięcie to – ze swej natury – musi mieć charakter rozłożony w czasie i nie może się zrealizować w wyniku jednorazowego znaczenia gospodarczego, 3) obywatel musi faktycznie rozpocząć określone przedsięwzięcie w okresie obowiązywania owych przepisów”¹⁸. Tym samym w momencie faktycznego rozpoczęcia przedsięwzięcia inwestycyjnego powstaje „rzeczywista sytuacja «interesów w toku», co do których obywatel ma prawo oczekiwać, że do końca będą mogły być prowadzone według reguł, jakie ustawodawca – w momencie ich rozpoczęcia – ustalił dla całego okresu ich prowadzenia”¹⁹.

Nie ulega wątpliwości, że w przypadku Projektu mamy do czynienia z ingerencją w interesy w toku. Nowelizacja tej ustawy przeprowadzona w 2003 r. wprowadziła przepisy przejściowe, które wyznaczyły horyzont czasowy, rozkładając okres obniżania limitu potrącanych opłat od składek na kilka lat oraz wprowadzając stałe reguły pobierania maksymalnych, procentowo ustalonych opłat za zarządzanie, gwarantując tym samym możliwość realizacji interesów w toku funduszy emerytalnych przez ten czas. Towarzystwa emerytalne zarządzające funduszami emerytalnymi, w związku z obowiązywaniem scenariusza zawartego w Nowelizacji z 2003 r., zaplanowały rozwój swej działalności gospodarczej stosownie do tego scenariusza, kalkulując na jego podstawie osiąmane przychody w okresie do 31 grudnia 2014 r., a także dokonując często poważnych decyzji inwestycyjnych, np. decyzji o korporacyjnym przejęciu innych podmiotów działających na tym samym rynku. Tymczasem wejście w życie Projektu nowelizacji dokona zmiany długookresowych planów gospodarczych będących w toku realizacji. Biorąc pod uwagę przedmiot regulacji, który dotyczy ustroju funduszy emerytalnych i dotyka tym samym kwestii o istotnym znaczeniu społecznym, tym trudniej uzasadnić ingerencję prawodawcy w prawa nabyte i interesy w toku. Na podstawie analizy Projektu nowelizacji i jego uzasadnienia trudno znaleźć argumenty, które mogłyby chociaż stwarzać pozory zasadności ingerencji prawodawcy w interesy w toku.

¹⁸ Orzeczenie K 26/97 OTK 1997/5-6/64. Pogląd ten był przywoływany następnie w licznych późniejszych orzeczeniach TK.

¹⁹ Orzeczenie TK jw.

Gdyby nawet takie argumenty udało się znaleźć, to w świetle standardów prawidłowej legislacji, prawodawca nie mógłby z dnia na dzień odebrać praw nabytych lub rozwiązać interesów w toku. Przedmiotowe zasady konstytucyjne nie gwarantują nienaruszalności praw nabytych, ale chronią je przed nagłym, nieuzasadnionym ograniczeniem lub odebraniem. Prawodawca, w uzasadnionych okolicznościach, chcąc ograniczyć prawa nabyte lub interesy w toku, musiałby je „wygasić”, łagodząc niekorzystne skutki tej zmiany i pozwalając na dostosowanie się do niej, poprzez zastosowanie przepisów przejściowych.

Naruszenie zasady ochrony praw słusznie nabytych oraz ochrony interesów w toku zostało podniesione w Opinii PKPP „Lewiatan”.

7.4 Naruszenie zasad społecznej gospodarki rynkowej, równości oraz proporcjonalności

W niniejszym punkcie wykażemy naruszenie zasady społecznej gospodarki rynkowej, a także zasad równości i proporcjonalności. Uwagi dotyczące wszystkich tych zasad zostaną zaprezentowane w jednym punkcie z tego względu, że w istocie naruszenia te są ze sobą ściśle związane.

7.4.1 Naruszenie zasady społecznej gospodarki rynkowej (art. 20 Konstytucji)

Zgodnie z poglądem doktryny prawa, idea społecznej gospodarki rynkowej w świetle Konstytucji (art. 20) oparta jest na pięciu filarach: wolności działalności gospodarczej, własności prywatnej, zasadzie konkurencji, a także solidarności i współpracy partnerów społecznych²⁰. Projekt nowelizacji, poprzez nieproporcjonalną i nadmierną ingerencję, a także dyskryminowanie niektórych podmiotów gospodarczych, uderza w istocie w każdy z tych filarów.

Projekt wprowadza mechanizmy, które przeczą wręcz istocie działalności gospodarczej i zasadom gospodarki rynkowej. Prowadzić będzie do tego, że niektóre towarzystwa emerytalne będą zobowiązane do prowadzenia znacznej części swojej działalności bez wynagrodzenia. Dodatkowo wprowadzenie kwotowego, a nie procentowego, limitu opłaty za zarządzanie OFE spowoduje, że od pewnego momentu pozyskiwanie nowych klientów nie będzie miało ekonomicznego sensu dla powszechnego towarzystwa emerytalnego. Regulacja ta hamuje rozwój funduszy emerytalnych, przez co ogranicza konkurencyjność

²⁰ K. Strzyczkowski: Konstytucyjna zasada społecznej gospodarki rynkowej jako podstawa tworzenia i stosowania prawa [w:] Zasady ustroju społecznego i gospodarczego w procesie stosowania konstytucji, red. C. Kosikowski, Warszawa 2005r., s. 9 i n.

ryнку i narusza interesy konsumentów, a tym samym narusza podstawowy mechanizm, na którym opiera się gospodarka rynkowa.

Projekt, przewidując daleko idące zasady reglamentacji, wprowadza w istocie gospodarkę planową w sektorze funduszy emerytalnych, uniemożliwiając konsumentom wybór najkorzystniejszej dla nich oferty usług i pozbawiając liderów rynku ubezpieczeniowego szans na rozwój zgodnie z prawidłami gospodarki rynkowej.

Z ogólnego prawa do prowadzenia działalności gospodarczej wynika szczegółowe prawo do prowadzenia działalności konkurencyjnej. Prawo do konkurencji zostało bowiem zagwarantowane konstytucyjnie jako konsekwencja zasady wolności gospodarczej oraz równości między przedsiębiorcami. Organy władzy publicznej mają obowiązek podejmowania działań, w tym tworzenia prawa, wspierających rozwój konkurencji oraz jej ochronę, w tym ułatwiających dostęp przedsiębiorców do rynku oraz zapobiegających ograniczeniom wejścia nowych przedsiębiorców na rynek. Oprócz prawa do prowadzenia działalności konkurencyjnej, można także mówić o zagwarantowanej konstytucyjnie zasadzie konkurencyjności. Zasada ta wymaga od organów władzy publicznej, a w szczególności od prawodawcy, aby podejmowano działania w celu kreowania swobody dokonywania wyborów gospodarczych przez uczestników rynku²¹.

Projekt ustawy, choć zgodnie z jej uzasadnieniem powinien gwarantować i przywracać konkurencyjność na rynku funduszy emerytalnych, narusza zasadę konkurencyjności. Nie ulega bowiem wątpliwości – co przyznaje nawet UOKiK – że projekt nie poprawia konkurencyjności na tym rynku, a może nawet doprowadzić do jej istotnego zachwiania. Prawodawca stara się bowiem przeciwdziałać tendencjom, które są naturalne dla stabilizujących się rynków emerytalnych (konsolidacja, powstanie grupy rynkowych liderów), czyniąc to w sposób naruszający zasady uczciwej rynkowej konkurencji między podmiotami gospodarczymi.

W toku dotychczasowych prac nad projektem ustawy trudno jest także mówić o zachowaniu choćby minimalnych standardów w zakresie dialogu społecznego. Nowelizacja powstała w pośpiechu, pominięto całkowicie etap konsultacji społecznych, który w przypadku tak ważnego społecznie projektu, powinien być etapem szczególnie ważnym, który może przynieść wiele korzyści przyszłej regulacji. Kwestie te zostały poruszone w

²¹ K. Strzyżkowski, „Prawo gospodarcze publiczne”, Warszawa 2005, s. 98-101.

Opinii Biura Polityki Społecznej NSZZ „Solidarność”, które wskazało na brak konsultacji społecznych z reprezentatywnym związkiem zawodowym.

7.4.2 Naruszenie zasady równości

Zgodnie z zasadą równości (art. 32 Konstytucji RP) wszyscy są wobec prawa równi, wszyscy mają prawo do równego traktowania przez władze publiczne, nikt nie może także być dyskryminowany w życiu społecznym, politycznym, czy gospodarczym z jakiegokolwiek przyczyny. W tym ujęciu zasada ta polega na tym, że wszystkie podmioty prawa (adresaci norm prawnych), charakteryzujące się daną cechą istotną w równym stopniu, mają być traktowane równo²². Zakazane są różnicowania zarówno dyskryminujące, jak i faworyzujące²³. W związku z tym zakazane jest nierówne traktowanie podmiotów podobnych²⁴.

Zasada równości nie ma bowiem charakteru bezwzględnego, a więc w pewnych wypadkach pozwala na różnicowanie sytuacji prawnej podmiotów podobnych. Takie różnicowanie musi mieć jednak swoje uzasadnienie (usprawiedliwienie). Dopiero jeżeli takiego uzasadnienia brakuje, to różnicowanie nabiera cech dyskryminacji (lub uprzywilejowania) i staje się sprzeczne z zasadą równości. Sprawą zasadniczą jest więc odpowiedź na pytanie, czy różnicowanie wprowadzone przez daną ustawę ma charakter uzasadniony²⁵. Trybunał Konstytucyjny sformułował kryteria, których zastosowanie pozwala na rozstrzygnięcie, czy dane różnicowanie jest uzasadnione, czy też takiego charakteru nie posiada. Zgodnie ze stanowiskiem Trybunału (orzeczenie TK z 3 września 1996 r., K 10/96): (...) *wszelkie odstępstwa od nakazu równego traktowania podmiotów podobnych muszą zawsze znajdować podstawę w odpowiednio przekonujących argumentach. Argumenty te muszą mieć: – po pierwsze, charakter relewantny, a więc pozostawać w bezpośrednim związku z celem i zasadniczą treścią przepisów, w których zawarta jest kontrolowana norma oraz służyć realizacji tego celu i treści. Innymi słowy, wprowadzane różnicowania muszą mieć charakter racjonalnie uzasadniony. Nie wolno ich dokonywać według dowolnie ustalonego kryterium (orzeczenie z 12.12.1994 r., sygn. K. 3/94, OTK w 1994 r., cz. II, s. 141); – po drugie, argumenty te muszą mieć charakter proporcjonalny, a*

²² Orzeczenie TK z dnia 13 września 1990 r., U 4/90, OTK 1990, nr 10.

²³ Orzeczenie TK z dnia 9 marca 1988 r., U 7/87.

²⁴ Orzeczenie TK z 26 kwietnia 1995 r., K 11/94, OTK 1995, nr 1, poz. 12.

²⁵ L. Garlicki, *op. cit.*, s. 97.

więc waga interesu, któremu ma służyć różnicowanie sytuacji adresatów normy, musi pozostawać w odpowiedniej proporcji do wagi interesów, które zostaną naruszone w wyniku nierównego potraktowania podmiotów podobnych; – po trzecie, argumenty te muszą pozostawać w jakimś związku z innymi wartościami, zasadami czy normami konstytucyjnymi, uzasadniającymi odmienne traktowanie podmiotów podobnych (np. orzeczenie z 23.10.1995 r., sygn. K. 4/95, OTK w 1995 r., cz. II, s. 93)".

Naruszenie zasady równości wobec prawa, a w szczególności zakazu dyskryminacji, nie budzi w analizowanym przypadku wątpliwości, gdyż z treści uzasadnienia Projektu wynika wprost, że celem ustawy jest osłabienie pozycji rynkowej niektórych towarzystw funduszy emerytalnych oraz skorelowane z nim zwiększenie przewagi konkurencyjnej innych OFE. Jediną cechą wyróżniającą fundusze dyskryminowane jest to, że należą one do grupy funduszy najskuteczniejszych, o najbardziej efektywnej akwizycji oraz najtańszych dla uczestników. Trudno uznać te kryteria za cechę relewantną, uzasadniającą dyskryminowanie tych podmiotów.

7.4.3 Naruszenie zasady proporcjonalności (art. 31 ust. 3 Konstytucji RP)

Treść zasady proporcjonalności została szerzej zaprezentowana m.in. w orzeczeniu Trybunału Konstytucyjnego z 26 kwietnia 1999 roku²⁵, zgodnie z którym „ustawodawca nie może ustanawiać ograniczeń przekraczających pewien stopień uciążliwości, a zwłaszcza zapoznających proporcje pomiędzy stopniem naruszenia uprawnień jednostki a rangą interesu publicznego, który ma w ten sposób podlegać ochronie” oraz że „[...] rzeczą ustawodawcy jest wybór celu i środków określonej regulacji ustawowej. Ten cel jednak powinien znajdować uzasadnienie w konstytucyjnej aksjologii, a środki powinny pozostawać w odpowiedniej proporcji do zamierzonego rezultatu.”. Dokonując oceny konstytucyjności aktu normatywnego w zakresie zgodności zawartych w nim ograniczeń praw i wolności z zasadą proporcjonalności, należy przeprowadzić tzw. test proporcjonalności, czyli odpowiedzieć na następujące pytania:

- 1) czy środki zastosowane przez prawodawcę są w stanie doprowadzić do zamierzonych celów;
- 2) czy środki te są niezbędne dla ochrony interesu, z którym są powiązane;

²⁵ Sygn. akt nr 33/98.

3) czy ich efekty pozostają w proporcji do ciężarów nakładanych na obywatela²⁷.

Nie ulega wątpliwości, że Projekt nowelizacji nie może przejść pomyślnie konstytucyjnego testu proporcjonalności, gdyż jego podstawowy cel, tj. ochrona konkurencyjności, nie jest możliwy do zrealizowania przy użyciu proponowanych środków. Co więcej, Projekt nowelizacji pogarsza stan konkurencyjności na rynku emerytalnym, wprowadza bowiem środki dyskryminujące podmioty o najlepszej pozycji rynkowej (poprzez ograniczenie możliwości zarobkowania, zdobywania nowych klientów). Oczywiście jest, że między nakładanymi na jednostkę ciężarami a korzyściami płynącymi z nowelizacji nie ma stosunku proporcjonalności.

Wskazane powyżej naruszenie zasady przydatności regulacji jest wystarczające do ustalenia naruszenia zasady proporcjonalności. Zaznaczamy jednak, że w naszym przekonaniu Projekt nie spełnia również pozostałych zasad częściowych składających się na regułę proporcjonalności. Wykazanie takiego naruszenia wymaga jednak przeprowadzenia i przedstawienia dodatkowych analiz ekonomicznych, co w niniejszej opinii, ze względu na jej cel oraz obszerność, nie jest możliwe.

Naruszenie zasady proporcjonalności zauważyły także podmioty biorące udział w pracach nad Projektem nowelizacji, czemu dano wyraz w Stanowisku IGTE oraz w Opinii PKPP „Lewiatan”. W wypowiedziach uczestników procesu legislacyjnego zwrócono uwagę na fakt, że ogólny cel Projektu nowelizacji, którym jest zwiększenie wysokości emerytur członków OFE można osiągnąć w sposób łagodniejszy i bardziej efektywny (np. poprzez wprowadzenie instrumentów prawnych pozwalających na zwiększenie stopy zwrotu), natomiast środki przewidziane w projektowanej regulacji prawnej są zbyt rygorystyczne i prowadzą do osiągnięcia minimalnych korzyści (minimalny wzrost emerytury) przy znacznych kosztach społeczno-gospodarczych (np. obniżenie jakości zarządzania aktywami netto zgromadzonymi przez fundusz emerytalny). Zgodnie z opinią Izby Gospodarczej Towarzystw Emerytalnych *„Nowelizacja ingeruje w działanie otwartych funduszy emerytalnych (podmiotów publicznych i towarzystw emerytalnych (podmiotów prywatnych) w sposób, który nie jest w stanie doprowadzić do realizacji zakładanego celu, jakim jest zwiększenie konkurencji między towarzystwami emerytalnymi”*, co wprost skutkuje naruszeniem zasady proporcjonalności.

²⁷ Zob. orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 26 kwietnia 1995 r., sygn. K. 11/94, OTK 1995/I poz. 12.

7.4.4 Naruszenie zasady prawidłowej legislacji

Problematyka zasad prawidłowej legislacji zawiera w sobie w pewnym stopniu kwestie, o których była mowa wyżej (prawa nabyte, interesy w toku, przepisy przejściowe). W tym miejscu nie będziemy do nich już powracać. Pragniemy jednak zwrócić uwagę, że tryb procedowania nad Projektem jest daleki od standardów prawidłowej sztuki legislacyjnej. Projekt dotyczy kwestii o istotnym znaczeniu społecznym i gospodarczym oraz istotnie ingeruje w prawa funduszy emerytalnych. Prawodawca pominął jednak etap konsultacji społecznych, praktycznie nie przeprowadził także konsultacji międzyresortowych. Na kwestię braku konsultacji z reprezentatywnymi związkami zawodowymi – wbrew wyraźnemu obowiązkowi ustawowemu – powołano się w Opinii NSZZ „Solidarność” do Projektu nowelizacji. Projektowana regulacja prawna jest dotknięta także innymi licznymi wadami legislacyjnymi, zwracając np. uwagę na nieprawidłowości przy sporządzaniu OSR. W projekcie, który ma służyć poprawie konkurencyjności, w OSR stwierdza się, że projekt nie ma wpływu na konkurencyjność gospodarki (istnieje więc sprzeczność między uzasadnieniem a OSR), podobnie jak projekt nie ma mieć wpływu na rynek pracy, choć powszechnie wiadomo, że konsekwencją jego wejścia w życie będzie znaczne ograniczenie zatrudnienia w funduszach emerytalnych. Uzasadnienie projektu jest napisane lakonicznie i niestarannie.

8. ANALIZA ZGODNOŚCI PROJEKTU Z PRAWEM WSPÓLNOTOWYM

8.1 Uwagi wprowadzające

Ustawodawstwo wspólnotowe bezpośrednio nie reguluje samej organizacji powszechnych i obowiązkowych systemów emerytalnych, których projektowanie i zasady działania pozostawia w kompetencji poszczególnych państw członkowskich. Mimo tego, fundamentalne zasady prawa wspólnotowego odnoszą się również do tych systemów oraz praw i obowiązków podmiotów w ich ramach funkcjonujących. Podkreślić należy, że Trybunał Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich stoi na stanowisku, że tam gdzie pierwotne prawo wspólnotowe ma na celu wyłączenie pewnych typów działalności spod zakresu wspólnotowych zasad konkurencji, czyni to za pomocą wyraźnego przepisu wyłączającego (jak ma to miejsce w odniesieniu do produkcji i handlu produktami

rolnymi)²⁸. Nie obowiązują natomiast normy prawa wspólnotowego, które wyłączałyby systemy emerytalne spod zasad stosowania takich zasad.

Należy przy tym wskazać, że podstawą obecnie funkcjonujących rozwiązań w polskim systemie emerytalnym jest dopuszczenie do udziału w nim niezależnych od państwa podmiotów prywatnych prowadzących działalność na rynku ubezpieczeń emerytalnych. Zarówno na gruncie prawa polskiego, jak i wspólnotowego, podmioty te powinny podlegać ochronie, jaka jest gwarantowana przedsiębiorcom. W szczególności ochrona prawna powinna być udzielana w aspekcie urzeczywistniania swobód wskazanych w Traktacie oraz prawie pochodnym i ugruntowanym orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich (dalej: „Europejski Trybunał Sprawiedliwości” lub „ETS”).

8.2. Obowiązki państwa członkowskiego wynikające z Traktatu – uwagi ogólne

Państwa członkowskie przy stosowaniu lub wprowadzaniu jakichkolwiek środków ograniczających swobody zagwarantowane w Traktacie (przepływu towarów, osób, usług i kapitału oraz przedsiębiorczości) obowiązane są stosować odpowiednie reguły obejmujące zakaz dyskryminacji, konieczność zapewnienia odpowiedniego poziomu konkurencji, proporcjonalność i adekwatność (odpowiedniość) podejmowanych działań. W przypadku niezastosowania powyższych reguł, państwo członkowskie może zostać pociągnięte do odpowiedzialności przed Europejskim Trybunałem Sprawiedliwości. Przynajmniej jednak normy prawa krajowego niezgodne z prawem wspólnotowym nie mogą być stosowane przez sądy krajowe oraz organy administracji, z mocy zasady pierwszeństwa prawa wspólnotowego wobec prawa państw członkowskich, ustanowionej przez ETS w orzeczeniu *Costa*²⁹.

Kluczowe jest wobec powyższego zbadanie, czy zaproponowane w Projekcie rozwiązania mogą ograniczyć przewidziane w TWE swobody, a jeśli tak, to czy zastosowano przy ich wprowadzaniu wskazane reguły. Należy jednocześnie podkreślić, że zgodnie z art. 10 Traktatu (tzw. zasada lojalności), państwa członkowskie zobowiązane są do podejmowania wszelkich właściwych środków ogólnych lub szczególnych w celu zapewnienia wykonania zobowiązań wynikających z Traktatu lub działań instytucji Wspólnoty Europejskiej oraz ułatwienia Wspólnocie Europejskiej wypełniania jej zadań. Ponadto państwa członkowskie

²⁸ Zob. wyrok ETS w sprawach połączonych 209-213/84 *Ministère Public v. Lucas Asjes i inni*, Zbiór Orzeczeń Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości 1986, 1425, pkt 40.

²⁹ Wyrok ETS 16/64 *Costa v. ENEL*, Zbiór Orzeczeń Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości 1964, s. 585.

mają obowiązek powstrzymywania się od podejmowania działań, które mogłyby ograniczać lub czynić niemożliwym urzeczywistnienie celu Traktatu, jakim jest stworzenie rynku wewnętrznego. Rynek ten określany jest jako „obszar bez granic wewnętrznych, na którym zostanie zapewniony swobodny przepływ towarów, usług, kapitału oraz działań gospodarczych”³⁰.

Analiza Projektu z perspektywy prawa wspólnotowego jest szczególnie uzasadniona dużym zaangażowaniem inwestycyjnym na rynku funduszy emerytalnych podmiotów pochodzących z innych państw członkowskich Wspólnoty Europejskiej. Nie ma wątpliwości, że skutki projektowanej regulacji mogą wpłynąć na funkcjonowanie Wspólnego Rynku. Zastosowanie zasad prawa wspólnotowego jest zatem konieczne i nie istnieje możliwość podniesienia argumentu, że skutki Projektu wpływają wyłącznie na tzw. „sytuację wewnętrzną”.

8.3 Analiza z perspektywy zasady swobody przepływu kapitału

Celem wprowadzonej zasady przepływu kapitału jest dążenie do stopniowego eliminowania w stosunkach pomiędzy państwami członkowskim wszelkich ograniczeń przepływu kapitału oraz wszelkiej dyskryminacji ze względu na narodowość lub siedzibę stron, bądź miejsce zainwestowania kapitału. Gwarancje ochrony przedmiotowej swobody zawarte zostały m.in. w art. 56 TWE, zgodnie z którym zakazane są wszelkie ograniczenia w przepływie kapitału pomiędzy państwami członkowskim. Ponadto artykuł 58 TWE stanowi, że państwa członkowskie nie mogą stosować żadnej arbitralnej dyskryminacji ani ukrytych ograniczeń w swobodnym przepływie kapitału i płatności.

Realizacja zasady swobodnego przepływu kapitału wymaga zapewnienia ochrony dla kapitału zainwestowanego w danym kraju członkowskim przez podmioty z innego państwa członkowskiego.

Zgodnie z opinią Komisji Europejskiej art. 56 TWE, regulujący swobodę przepływu kapitału, ma zastosowanie do funduszy zarządzanych przez PTE. Fundusze emerytalne – zdaniem Komisji – nie mogą być klasyfikowane jako jednostki prawa publicznego tak długo, jak nie zastępują one państwa w wykonywaniu jego zobowiązań dotyczących istnienia i funkcjonowania systemu zabezpieczenia społecznego. Chociaż OFE są częścią systemu emerytalnego, pozostają one jednostkami gospodarczymi i konkurują z innymi funduszami

³⁰ Zob. wyrok ETS w sprawie C-41/93, cyt. za: Lasok D., „Zarys prawa Unii Europejskiej. Część druga: prawo gospodarcze”, Toruń 1998, s. 33-34.

na rynku. Komisja uznała, że ze względu na fakt, iż otwarte fundusze emerytalne są zaangażowane w działalność gospodarczą w postaci inwestowania środków pieniężnych osób ubezpieczonych, niezależnie od ich statusu prawnego i roli w systemie emerytalnym, oraz niezależnie od faktu, że składki wpłacane do OFE mają charakter publiczny, są one przedsiębiorcami i z tego względu nie mogą być traktowane jako podmioty prawa publicznego³¹.

Projekt narusza prawnie chronione interesy inwestorów z innych państw członkowskich (przede wszystkim właścicieli TFE Commercial Union oraz ING), a przez to jest sprzeczny z zasadą swobody przepływu kapitału.

8.4 Analiza z perspektywy zasady swobody przedsiębiorczości

Jedną z podstawowych swobód wspólnego rynku jest swoboda przedsiębiorczości, unormowana w art. 43 TWE. Zasada ta chroni przed ingerencją państwa członkowskiego w samodzielne i rzeczywiste wykonywanie działalności gospodarczej przy pomocy trwałego urządzenia w innym państwie członkowskim przez czas nieokreślony³². Wykonywanie działalności chronionej zasadą swobody przedsiębiorczości może odbywać się m.in. poprzez zakładanie przez spółkę z jednego z państw członkowskich UE spółki (zależnej) w innym państwie członkowskim (tzw. wtórne prowadzenie działalności gospodarczej).

Projekt nowelizacji, w art. 1 pkt 2, ogranicza – w stosunku do obecnego stanu prawnego – możliwości finansowania swej działalności przez fundusz emerytalny, który zgromadził ponad 45.000 mln zł, bezpośrednio z aktywów tego funduszu, poprzez odgórne i administracyjne ustalenie kwot, które mogą zostać pobierane za zarządzanie funduszami emerytalnymi. W przewidywalnej perspektywie czasowej ograniczenie to dotknie jedynie największych OFE: prowadzonych przez ING Powszechne Towarzystwo Emerytalne SA oraz Spółkę. Zmiany w zakresie finansowania funduszy emerytalnych oddziałują także na akcjonariuszy wskazanych wyżej dwóch największych towarzystw emerytalnych, a więc na spółki ING Continental Holdings B.V. (ta holenderska spółka posiada 80% akcji ING Powszechne Towarzystwo Emerytalne SA) oraz Aviva International Insurance Ltd. (ta brytyjska spółka posiada 38,9% akcji w Spółce). Zmiany te bowiem wpływają na wartość

³¹ Zob. Free movement of capital: Commission refers Poland to Court of Justice over investment restrictions for open pension funds, <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/09/581&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>.

³² Zob. orzeczenie w sprawie C-213/89 Factortame, Zb. Orz. 1991, s. I-3905.

dywidend wypłacanych z tych towarzystw oraz na rynkową wartość akcji we wspomnianych towarzystwach emerytalnych.

Zagraniczne spółki ING Continental Holdings B.V. oraz Aviva International Insurance Ltd, poprzez fakt, że posiadają akcje w polskich towarzystwach emerytalnych, powinny być uznane za przedsiębiorców wykonujących działalność gospodarczą, w sposób samodzielny i ciągły, na terytorium innego państwa członkowskiego Unii Europejskiej. Nie ma więc jakichkolwiek powodów, aby wyłączyć wskazane spółki zagraniczne spod zakresu podmiotowego wspólnotowej zasady swobody przedsiębiorczości. Oczywiście nie zachodzą też powody, aby wprowadzane w art. 1 pkt 2 ograniczenia w zakresie finansowania swej działalności gospodarczej przez fundusze emerytalne wyłączyć spod zakresu przedmiotowego swobody przedsiębiorczości – zmiany te bowiem utrudniają wykonywanie działalności spółki zagranicznej w Polsce.

Wykazane zostało powyżej, że Projekt nowelizacji doprowadza do ograniczenia swobody przedsiębiorczości podmiotów, które mają akcje w towarzystwach emerytalnych ING Powszechne Towarzystwo Emerytalne SA oraz Spółce. Nie każde jednak działanie państwa członkowskiego ograniczające swobodę przedsiębiorczości musi być sprzeczne z Traktatem. Przeciwnie, państwa członkowskie posiadają pewien zakres swobody we wprowadzaniu ograniczeń swobody przedsiębiorczości oraz innych wolności wspólnego rynku. Korzystanie z tej swobody nie może jednak przerodzić się w całkowitą dowolność, gdyż to niweczyłoby możliwość realizacji celów TWE. Dlatego też Europejski Trybunał Sprawiedliwości sformułował kryteria dopuszczalności stosowania ograniczeń swobody przedsiębiorczości (oraz innych wolności wspólnotowych). Wyliczenie tych kryteriów znajduje się m.in. we fragmencie uzasadnienia orzeczenia ETS z dnia 30 listopada 1995 r. w sprawie C-55/94 *Gebhard*³³, w którym Trybunał wskazał, że: „*przepisy krajowe mogące utrudniać lub zniechęcać do korzystania z podstawowych swobód chronionych na mocy Traktatu muszą spełniać cztery warunki: muszą być stosowane w sposób niedyskryminacyjny, muszą być uzasadnione nadrzędnymi względami interesu ogólnego, muszą być stosowne dla zapewnienia realizacji celu, jakiemu służą i nie mogą wykraczać poza zakres konieczny do jego osiągnięcia*”.

W naszej ocenie uregulowanie zawarte w Projekcie nowelizacji nie spełnia przynajmniej dwóch wskazanych wyżej kryteriów. Po pierwsze, Projekt nowelizacji (w zakresie określonym przez art. 1 pkt 2), najdotkliwiej wpłynie na działalność towarzystw

³³ Zb. Orz. 1995, s. I-4165.

emerytalnych kontrolowanych przez spółki z innych państw członkowskich UE (a więc emerytalnych ING Powszechne Towarzystwo Emerytalne SA oraz Commercial Union Powszechne Towarzystwo Emerytalne SA), a tym samym pośrednio pogarsza sytuację prawną spółek zagranicznych-akcjonariuszy wspomnianych towarzystw, przy jednoczesnym zachowaniu dotychczasowej sytuacji spółek krajowych – akcjonariuszy pozostałych towarzystw emerytalnych. Tym samym Projekt wprowadza rozwiązanie o charakterze dyskryminacyjnym.

Po drugie, Projekt ustawy nie jest w stanie doprowadzić do realizacji celu, dla którego został on opracowany. W myśl uzasadnienia projektu, jego celem jest zapewnienie większej konkurencji cenowej między funduszami emerytalnymi. Jednakże, jak wynika z pisma Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 19 lutego 2009 r., projekt nie doprowadzi do wzrostu konkurencji cenowej, gdyż ustalenie kwotowego (a nie mieszanego: kwotowego i procentowego) limitu opłaty za zarządzanie funduszem zmniejszy konkurencyjność pomiędzy największymi funduszami. Wynika to z faktu, że podważony zostanie ekonomiczny sens zwiększenia efektywności funduszu poprzez zdobywanie nowych klientów. Nieskuteczność Projektu w zakresie osiągnięcia zakładanego celu prowadzi do wniosku, że oprócz kryterium niedyskryminacji, wskazanego przez ETS, także kryterium zapewnienia osiągnięcia celu przez daną regulację nie jest w przypadku Projektu spełnione.

Warto w tym miejscu odnotować, że problematyka naruszenia wspólnotowej swobody przedsiębiorczości przez Projekt nowelizacji, a także wspomnianych wyżej swobód świadczenia usług oraz przepływu kapitału, została podniesiona również w Piśmie Komisarza ds. Rynku Wewnętrznego i Usług, a także w Stanowisku IGTE oraz w Opinii PKPP „Lewiatan”.

8.5 Analiza z perspektywy zasady ochrony prawidłowej konkurencji

Traktat nakłada na państwa członkowskie obowiązki związane z urzeczywistnieniem w przepisach prawa krajowego oraz prowadzonej polityce zasad ochrony prawidłowej konkurencji na rynku wspólnotowym.

Obowiązki nałożone na państwo członkowskie wskazane są w następujących przepisach:

- 1) w artykule 2 TWE, który stanowi, iż *„zadaniem Wspólnoty jest, przez ustanowienie wspólnego rynku, unii gospodarczej i walutowej oraz urzeczywistnianie wspólnych polityk lub działań określonych w artykułach 3 i 4, popieranie w całej Wspólnocie*

harmonijnego, zrównoważonego i stałego rozwoju działalności gospodarczej, wysokiego poziomu zatrudnienia i ochrony socjalnej, równości mężczyzn i kobiet, stałego i nieinflacyjnego wzrostu, wysokiego stopnia konkurencyjności i konwergencji dokonań gospodarczych, wysokiego poziomu ochrony i poprawy jakości środowiska naturalnego, podwyższania poziomu i jakości życia, spójności gospodarczej i społecznej oraz solidarności między Państwami Członkowskimi”;

- 2) w artykule 3 lit. g TWE, który stanowi, że *„W celu realizacji zadań określonych w artykule 2 działalność Wspólnoty obejmuje, na warunkach i zgodnie z harmonogramem przewidzianym w niniejszym Traktacie: [...] g) system zapewniający niezakłóconą konkurencję na rynku wewnętrznym [...]”;*
- 3) w artykule 4 ust. 1 TWE, który stanowi, iż *„Dla osiągnięcia celów określonych w artykule 2, działania Państw Członkowskich i Wspólnoty obejmują, na warunkach i zgodnie z harmonogramem przewidzianym w niniejszym Traktacie, przyjęcie polityki gospodarczej opartej na ścisłej koordynacji polityk gospodarczych Państw Członkowskich, rynku wewnętrznym i ustaleniu wspólnych celów oraz prowadzonej w poszanowaniu zasady otwartej gospodarki rynkowej z wolną konkurencją”;*
- 4) w artykule 96 TWE, który stanowi, że *„W przypadku, gdy Komisja stwierdzi, że różnica między przepisami ustawowymi, wykonawczymi lub administracyjnymi Państw Członkowskich narusza warunki konkurencji we wspólnym rynku i powoduje w ten sposób zakłócenie, które powinno być wyeliminowane, podejmuje ona konsultacje z zainteresowanymi Państwami Członkowskimi. Jeśli konsultacje te nie doprowadzą do porozumienia eliminującego to zakłócenie, Rada, na wniosek Komisji, uchwała w tym celu niezbędne dyrektywy, stanowiąc większością kwalifikowaną. Komisja i Rada mogą podejmować wszelkie inne stosowne środki przewidziane w niniejszym Traktacie”;*
- 5) w artykule 98 TWE, który stanowi, iż *„Państwa Członkowskie prowadzą swoje polityki gospodarcze, mając na względzie przyczynianie się do osiągnięcia celów Wspólnoty określonych w artykule 2 i w kontekście ogólnych kierunków określonych w artykule 99 ustęp 2. Państwa Członkowskie i Wspólnota działają w poszanowaniu zasady otwartej gospodarki rynkowej z wolną konkurencją, sprzyjając efektywnej alokacji zasobów, zgodnie z zasadami określonymi w artykule 4”.*

Wskazane powyżej przepisy wprowadzają ochronę następujących wartości wspólnotowych:

- 1) „wysokiego stopnia konkurencyjności oraz konwergencji dokonań gospodarczych”;
- 2) „niezakłóconej konkurencji na rynku wewnętrznym”;
- 3) „otwartej gospodarki rynkowej z wolną konkurencją”;
- 4) „efektywnej alokacji zasobów niezwykle ważnych dla funkcjonowania wspólnego rynku”.

Powyższe wartości chronione mają być przez państwa członkowskie w drodze bezpośredniego zakazu podejmowania działań legislacyjnych lub administracyjnych powodujących zakłócenie konkurencji, co naruszałoby wyżej wymienione wartości. Ponadto art. 96 TWE przewiduje, w przypadku stwierdzenia zakłócenia konkurencji, że Wspólnota Europejska jest kompetentna do wszczęcia odpowiedniej procedury konsultacyjnej oraz – ewentualnie – legislacyjnej. Dzięki zastosowaniu powyższego rozwiązania możliwe będzie przeciwdziałanie występującym nieprawidłowościom metodami harmonizacyjnymi.

Należy jednocześnie wskazać, że z przepisów prawa europejskiego wynika obowiązek stosowania zasad zachowania wolnej konkurencji w każdym aspekcie aktywności państwowej, w tym również w podejmowanych działaniach legislacyjnych. Dlatego też, ocenie z perspektywy ochrony zasady zachowania wolnej konkurencji poddane są także akty prawne tworzone przez organy Państwa Członkowskich, a więc również Projekt.

Biorąc pod uwagę przeprowadzoną wyżej analizę skutków wejścia w życie Projektu, należy stwierdzić, że Projekt narusza przedmiotowe zasady, będąc faktycznie regulacją antykonkurencyjną, wymierzoną przeciwko najefektywniejszym uczestnikom rynku.

8.6 Analiza z perspektywy zakazu antykonkurencyjnej pomocy państwa

Zgodnie z art. 87 Traktatu: „wszelka pomoc przyznawana przez Państwo Członkowskie lub przy użyciu zasobów państwowych w jakiegokolwiek formie, która zakłóca lub grozi zakłóceniem konkurencji poprzez sprzyjanie niektórym przedsiębiorstwom lub produkcji niektórych towarów, jest niezgodna ze wspólnym rynkiem w zakresie, w jakim wpływa na wymianę handlową między Państwami Członkowskimi”. Z przepisu tego wynika, że zakazana jest:

- 1) pomoc państwa, która
- 2) faworyzuje jej beneficjentów,
- 3) ma charakter antykonkurencyjny i

4) wpływa na handel wewnątrzspółnotowy³⁴.

Projekt nowelizacji może zatem skutkować zakazaną pomocą państwa, jeżeli spełnione zostaną wszystkie powyższe przesłanki kumulatywnie.

Zakres pojęcia „pomoc państwa” był przedmiotem wielu orzeczeń Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, jak i wielu dokumentów wydanych przez Komisję Europejską. Pomoc państwa nie obejmuje wyłącznie „prostych” subsydiów, ale także m.in. ulgi podatkowe, inwestycje ze środków publicznych, preferencyjne stopy procentowe, odroczenie płatności ciężarów publicznych itp. Lista ta nie jest wyczerpująca i ma charakter jedynie przykładowy.

ETS w swoim orzeczeniu *De Gezamenlijke*³⁵ ustanowił szeroką definicję „pomocy”, która nie została znacząco zmieniona od tamtego czasu³⁶: „*Pojęcie pomocy jest szersze niż pojęcie subsydium ponieważ obejmuje ono nie tylko świadczenia o charakterze pozytywnym, takie jak subsydia, ale również różne postaci środków interwencyjnych, które zmniejszają koszty obciążające zwykle budżet przedsiębiorstwa i które, nie będąc przez to subsydiami w ścisłym znaczeniu tego słowa, mają taki sam charakter i identyczny skutek*”.

Ta teza została rozwinięta w innych orzeczeniach ETS, zgodnie z którymi pomniejszanie na podstawie przepisów ustawy obciążeń tego przedsiębiorstwa, zmniejszenie typowych wydatków dla budżetu tego przedsiębiorstwa, stanowi pomoc publiczną, którą należy rozumieć szeroko, a więc nie tylko jako subsydium lub ulgę podatkową³⁷.

Do istotnych elementów reguły ustanowionej przez ETS w orzeczeniu *De Gezamenlijke*, klasyfikującej daną sytuację jako pomoc publiczną, należą:

- 1) cel pomocy, który nie może być osiągnięty bez udziału strony trzeciej;
- 2) nierynkowy charakter tej sytuacji – przedsiębiorca uzyskuje korzyść poza ramami normalnej działalności rynkowej;
- 3) forma pomocy, która może być zarówno bezpośrednią pozytywną korzyścią (subsydium), jak też i każdą interwencją redukującą koszty normalnie ponoszone przez przedsiębiorcę. Punktem odniesienia dla oceny, jakie są normalnie ponoszone koszty mogą być również inni przedsiębiorcy działający na danym rynku

³⁴ Wyrok w sprawie C-280/00 *Allmark Trans*, Zb. Orz. ETS. 2003 s. I-7747.

³⁵ Wyrok w sprawie 30/59 *De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg v High Authority*, Zb. Orz. 1961 1.

³⁶ Zobacz w szczególności orzeczenia Trybunału w sprawach: C-387/92 *Banco Exterior de España*, Zb. Orz. 1994 s. I-877; C-200/97 *Ecoltrade*, Zb. Orz. 1998 s. I-7907; C-143/99, *Adria-Wien Pipeline i Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke*, Zb. Orz. 2001 s. I-8365; C-172/03, *Wolfgang Heiser v. Finanzamt Innsbruck*, Zb. Orz. 2005 s. I-1627

³⁷ C-387/92 *Banco Exterior de España*, Zb. Orz. 1994, s. I-877.

– jeśli część bezpośrednich konkurentów musi płacić pewien podatek, a część jest z niego zwolniona – sytuacja ta stanowi pomoc publiczną dla tych ostatnich³⁸.

W związku z orzeczeniem ETS w sprawie *Francja przeciwko Komisji*³⁹, należy uzupełnić powyższe o jedno wyjaśnienie: dla klasyfikacji konkretnego stanu jako pomocy publicznej nie ma znaczenia, czy zredukowane w jej efekcie koszty przedsiębiorcy mają charakter przymusowej daniny publicznej (podatku), czy są one ponoszone przez przedsiębiorcę dobrowolnie.

Otwarte fundusze emerytalne należą do kategorii instytucji ubezpieczeń społecznych – realizują zadanie publiczne polegające na gromadzeniu i inwestowaniu środków przeznaczonych na przyszłe świadczenia emerytalne swoich klientów. Podmioty te, oraz środki znajdujące się w ich majątku, przeznaczone są do realizacji publicznych zadań państwa w zakresie ubezpieczenia społecznego. Jak stwierdził Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 4 czerwca 2008 r. (sygn. akt II UK 12/08): „Składki na ubezpieczenie emerytalne odprowadzane do funduszu nie są prywatną własnością członka funduszu a pochodzą z podziału przekazanej Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych składki na to właśnie ubezpieczenie i przeliczone na jednostki rozrachunkowe stanowią podstawę nabycia przez członka funduszu uprawnień częściowych do przyszłej emerytury (...). Zatem składka emerytalna, z uwagi na jej przeznaczenie na utworzenie funduszu emerytalnego, posiada publicznoprawny ubezpieczeniowy charakter, który zachowuje nadal po przekazaniu przez Zakład jej części do funduszu.” Ponieważ powszechne towarzystwa emerytalne zarządzają otwartymi funduszami emerytalnymi, ponoszą z tego tytułu koszty, które pokrywane są m.in. przez mechanizm wynagrodzenia za zarządzanie. Wejście w życie Projektu nowelizacji oznaczać będzie, że proporcjonalnie większą część kosztów niektóre PTE (te, których OFE będą miały aktywa nieprzekraczające 45 mld zł) będą pokrywały bezpośrednio z OFE w ramach wynagrodzenia za zarządzanie, podczas gdy PTE zarządzające OFE z aktywami powyżej 45 mld zł będą proporcjonalnie mniejszą część kosztów pokrywać z OFE w ramach tego mechanizmu.

Istotne z punktu widzenia pojęcia pomocy publicznej jest, że normalne koszty działalności ponoszone przez bezpośrednich konkurentów (PTE zarządzające największymi OFE), będą zredukowane w PTE zarządzających małymi i średnimi OFE na skutek państwowej

³⁸ C-172/03, *Wolfgang Helber v. Finanzamt Innsbruck* Zb. Orz. 2005, s. I-162; C-526/04 *Laboratoires Boiron SA v URSSAF de Lyon*, Zb. Orz. ETS 2006, s. I-07529; C-280/00 *Altmark Trans*, Zb. Orz. 2003, s. I-7747.

³⁹ C-241/94, *France v. Commission*, Zb. Orz. 1996, s. I-4551, 30.

interwencji. Drugim istotnym czynnikiem jest fakt, że koszty te są rekompensowane bezpośrednio ze środków OFE, które – jak wykazaliśmy wyżej – mają charakter publiczny.

W analizowanej sytuacji mamy więc do czynienia z „pomocą” w rozumieniu orzeczenia *De Gazamenlijke* z następujących przyczyn:

- 1) istnieje cel pomocy po stronie rządu: projekt ma wspierać małe i średnie PTE – efekt ten nie mógłby być osiągnięty bez pomocy zewnętrznej;
- 2) sytuacja ta ma charakter nierynkowy: Projekt nowelizacji spowoduje nieproporcjonalną zmianę w sytuacji finansowej poszczególnych PTE, przy czym zmiana ta nie jest związana z normalnymi zdarzeniami ekonomicznymi, lecz z arbitralną decyzją państwa;
- 3) pomoc publiczna w tym przypadku polega na tym, że koszty, które dla PTE zarządzających największymi OFE będą stanowiły normalne koszty działalności, dla małych i średnich PTE będą kosztami proporcjonalnie mniejszymi z powodu interwencji państwa, co jest równoznaczne z udzieleniem pomocy publicznej dla tych drugich.

O pomocy mówimy więc dlatego, że państwo w drodze interwencji zdejmuje część normalnych kosztów z pewnej kategorii przedsiębiorców. Dla określenia tych kosztów jako normalne, podobnie jak w sprawach *Heiser* i *Boiron*, posługujemy się porównaniem do bezpośrednich konkurentów (w tym przypadku: PTE zarządzających największymi OFE). W orzeczeniu *Heiser*, ETS uznał za pomoc publiczną regulę, która pozwalała na zwolnienie z podatku VAT ortodontów w Austrii, co dawało im przewagę konkurencyjną nad ortodontami z innych państw członkowskich.

Z kolei w wyroku w sprawie *Boiron* Trybunał uznał za pomoc publiczną nierówne ciężary podatkowe wśród konkurujących ze sobą hurtowni i laboratoriów farmaceutycznych – ta ostatnia grupa podmiotów podlegała specjalnemu podatkowi od sprzedaży bezpośredniej, który nie był nałożony na hurtownie. Cytując orzeczenie *Boiron*: „*W takim przypadku asymetrycznego objęcia podatkiem domniemana pomoc wynika z faktu, że inna kategoria podmiotów gospodarczych, z którą bezpośrednio konkuruje opodatkowana kategoria, tutaj hurtownicy, nie podlega temu podatkowi*”.

Jak wykazaliśmy już wyżej, zredukowanym kosztem z punktu widzenia pomocy publicznej nie musi być przymusowy ciężar publiczny (podatek) – ETS w przywoływanym wyżej orzeczeniu *Francja przeciwko Komisji* stwierdził: „*fakt, że środek wsparcia pokrywa wydatki*

beneficjenta poniesione z jego wyboru nie wystarczy, by wykluczyć możliwość, że jest to pomoc publiczna." Niezależnie od kwalifikacji kosztów ponoszonych przez PTE jako konieczne z mocy ustawy albo dobrowolne, ich redukcja może stanowić pomoc publiczną, dozwolona jest więc analogia do przywołanych wyżej spraw *Heiser* oraz *Boiron*.

Ponieważ Projekt nowelizacji wymierzony jest przeciwko niektórym podmiotom działającym na rynku – jak wskazuje uzasadnienie Projektu – nie ma wątpliwości, że dochodzi do faworyzowania podmiotów będących *de facto* beneficjentami tej regulacji. Antykonkurencyjny charakter pomocy mniej efektywnym graczom rynkowym, przeciwko podmiotom najbardziej efektywnym, jest w omawianym przypadku oczywisty. Odnośnie wpływu na handel wewnątrzspółnotowy przytoczyć można fragment orzeczenia *Heiser*: „Należy przypomnieć, że zgodnie z orzecznictwem Trybunału, nie istnieje próg lub procent, poniżej którego można uznać, że wymiana handlowa między państwami członkowskimi nie została naruszona. Stosunkowo bowiem niewielkie znaczenie pomocy lub stosunkowo nieduży rozmiar przedsiębiorstwa z niej korzystającego nie wykluczają a priori ewentualności, aby wspomniana pomoc miała wpływ na wymianę handlową”. W przedmiotowej sytuacji mamy do czynienia z dużą skalą działalności przedsiębiorców oraz faktem znacznych inwestycji zagranicznych w rynek OFE, co pozwala na bardzo silne domniemanie możliwości naruszenia wymiany handlowej wewnątrz Wspólnoty.

Spełnione są zatem wszystkie przesłanki z art. 87 ust. 1 Traktatu, co oznacza, że wejście w życie Projektu prowadzić będzie zakazaną, antykonkurencyjną pomoc państwa.

Trzeba również zauważyć, że Projekt nie jest objęty żadnym z obowiązujących wyłączeń od zakazu antykonkurencyjnej pomocy państwa, ani z art. 87 ust. 2 i 3, ani z innych aktów prawa wspólnotowego. Wśród wielu rodzajów wyłączeń jak pomoc *de minimis*, pomoc dla małych i średnich przedsiębiorstw, pomoc na szkolenia, na zatrudnienie, na badania i rozwój, czy pomoc na ochronę środowiska – nie jest uwzględniony sektor emerytalny.

8.7 Analiza Projektu nowelizacji z perspektywy zakazu oraz konsekwencji nielegalnej pomocy państwa

Jak wykazane zostało wyżej, wejście w życie Projektu nowelizacji prowadzić będzie do udzielenia zakazanej pomocy państwa dla niektórych uczestników rynku otwartych funduszy emerytalnych. Należy w związku z tym zwrócić uwagę na niespełnianie wymogu notyfikacji Komisji Europejskiej „o wszelkich planach przyznania lub zmiany pomocy”, nałożonego na Rzeczpospolitą Polską i pozostałe państwa członkowskie przez art. 88 ust. 3 Traktatu.

Zgodnie z Rozporządzeniem 959/1999 pomoc niezgłoszona w trybie przewidzianym przez art. 88 ust. 3 i to Rozporządzenie jest pomocą nielegalną. W przypadku pomocy nielegalnej Komisja Europejska może wydać decyzję nakładającą na państwo członkowskie obowiązek jej zawieszenia lub prowizorycznego zwrotu do czasu wydania przez Komisję formalnej decyzji o jej zgodności lub niezgodności ze wspólnym rynkiem. Niezastosowanie się przez dane państwo do tej decyzji może być podstawą skargi Komisji do Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości o naruszenie Traktatu.

9. NIEZGODNOŚĆ NOWELIZACJI USTAWY Z KONWENCJĄ O OCHRONIE PRAW CZŁOWIEKA I PODSTAWOWYCH WOLNOŚCI (EUROPEJSKA KONWENCJA PRAW CZŁOWIEKA)

9.1 Naruszenie Konwencji

Konieczne jest także dokonanie oceny Projektu nowelizacji z punktu widzenia zgodności z postanowieniami Konwencji o ochronie praw człowieka, która ma zastosowanie nie tylko do osób fizycznych, ale także do osób prawnych korzystających z praw w niej zapisanych, jeżeli tylko wspomniane osoby prawne mają siedzibę na terytorium państwa – strony konwencji albo w inny sposób jurysdykcji takiego państwa podlegają.

Planowane przez Ministerstwo Pracy i Polityki Społecznej zmiany w Ustawie o funduszach emerytalnych należy także ocenić z punktu widzenia postanowień art. 1 Protokołu nr 1 do Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych wolności. Wspomniany przepis Konwencji stanowi, że każda osoba fizyczna i prawna ma prawo do poszanowania swego mienia. Pojęcie "mienia" zawarte w pierwszym akapicie art. 1 Protokołu Nr 1 do Konwencji ma znaczenie autonomiczne, które nie ogranicza się do własności dóbr materialnych i jest niezależne od jego typologii przyjmowanych na gruncie prawa krajowego. Niektóre inne prawa i korzyści, przykładowo: wierzytelności stanowiące czyjś majątek, można także uznać za "prawa majątkowe" i - co za tym idzie - "mienie" z punktu widzenia tego przepisu⁴⁰. Mieniem mogą być nawet interesy majątkowe podmiotów chronionych Konwencją⁴¹.

⁴⁰ Zob. decyzja Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 19 grudnia 2002 r. (31443/96) w sprawie Broniowski v. Polska, LEX nr 56798, tłumaczenie LEX.

⁴¹ Zob. wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 26 września 2006 r. (35349/05) w sprawie Flori Soler i Camilleri v. Malta, LEX nr 192736, tłumaczenie LEX

Projekt nowelizacji zmienia prawne ramy finansowania funduszy emerytalnych na okres od 1 stycznia 2004 r. do 31 grudnia 2013 r., określone w Nowelizacji z 2003 r., a więc ingeruje w interesy w toku tych funduszy, co prowadzi do pogorszenia ich sytuacji majątkowej.

Nie wszystkie jednak unormowania prawne pogarszające sytuację ekonomiczną podmiotów *per se* prowadzą do naruszenia art. 1 Protokołu nr 1 Konwencji. Przeciwnie, wspomniany art. 1 dopuszcza ograniczenia własności i innych praw majątkowych. Ograniczenia te nie mogą być jednak dowolne – muszą spełniać łącznie warunki ograniczenia prawa do ochrony mienia. Pozbawienie własności dopuszczalne jest wyłącznie w interesie publicznym i na warunkach przewidzianych przez ustawę oraz zgodnie z ogólnymi zasadami prawa międzynarodowego. Ustawa, wprowadzająca ograniczenia musi jednak spełniać pewne wymagania co do jakości. Po pierwsze, prawo krajowe musi być łatwo dostępne w tym sensie, że obywatel powinien mieć możliwość poznania regulacji w danej sprawie. Prawo krajowe musi określać wystarczająco jasno zakres uprawnień dyskrejonalnych przyznanych organom publicznym i sposób korzystania z nich celem zapewnienia jednostkom minimalnej ochrony, do której uprawnieni są obywatele zgodnie z zasadą rządów prawa w społeczeństwie demokratycznym⁴².

W naszej ocenie Projekt nowelizacji, ingerujący w interesy w toku określone Nowelizacją z 2003 r., nie spełnia wskazanych wyżej warunków „prawa dobrej jakości”. Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów wykazał bowiem, że projekt nie spowoduje wzrostu konkurencyjności między funduszami emerytalnymi, co jest jego głównym celem. Nie bez znaczenia dla oceny jakości unormowań ingerujących w interesy w toku jest także fakt, że Projekt nowelizacji nie był konsultowany społecznie, co świadczy o arbitralnym sposobie wprowadzania przez władzę krajową zmian w funkcjonowaniu funduszy emerytalnych.

Podsumowując, w myśl wywodów przedstawionych powyżej w pełni uzasadniony jest wniosek, że zmiany w finansowaniu funduszy inwestycyjnych naruszają art. 1 Protokołu nr 1 do Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Stwierdzenie tego naruszenia będzie skutkowało zasądzeniem przez Trybunał Strasburski na rzecz towarzystw emerytalnych zadośćuczynienia za naruszenie przez Polskę prawa do poszanowania mienia.

⁴² Zob. Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 28 listopada 2002 r. *Redaj v. Polska*, LEX nr 56770, tłumaczenie LEX.

10. ANALIZA ZGODNOŚCI POSTANOWIEŃ PROJEKTU NOWELIZACJI Z PRZEPISAMI UMOWY O WZAJEMNYM POPIERANIU I OCHRONIE INWESTYCJI, ZAWARTEJ Z WIELKĄ BRYTANIĄ

Ze względu na fakt, że Projekt nowelizacji dotyczy towarzystw emerytalnych (zarządzających funduszami emerytalnymi) z udziałem kapitałowym spółek zagranicznych, należy rozważyć także możliwość naruszenia przez Projekt nowelizacji Umów bilateralnych, w szczególności umowy chroniącej inwestycje akcjonariuszy Commercial Union.

10.1 Uwagi ogólne o przepisach międzynarodowych służących ochronie inwestycji zagranicznych, ze szczególnym uwzględnieniem inwestycji Commercial Union

Polska jest stroną około 60 umów bilateralnych o wzajemnym popieraniu i ochronie inwestycji (ang. *bilateral investment treaties*).⁴³ Postanowienia większości umów bilateralnych, których Polska jest stroną, bazują na modelowej konwencji OECD o ochronie inwestycji, co oznacza, że ich treść jest w znacznym stopniu do siebie zbliżona:

Koncepcja ochrony „inwestycji” opiera się na założeniu, że inwestycje podmiotów zagranicznych w Polsce powinny podlegać normalnym warunkom rynkowym i powinny być uczciwie traktowane przez władze publiczne.

Na podstawie umów bilateralnych każda z umawiających się stron (Polska i inne państwo) zobowiązuje się zapewnić inwestycjom dokonywanym na swoim terytorium przez inwestorów drugiej strony sprawiedliwe i równe traktowanie wykluczające wszelkie nieuzasadnione i dyskryminacyjne środki, które mogłyby utrudnić zarządzanie, utrzymywanie, wykorzystywanie, użytkowanie lub likwidację inwestycji. Ponadto, każda ze stron umów bilateralnych zobowiązuje się, że nie zastosuje środków wywłaszczeniowych, nacjonalizacji lub jakichkolwiek innych środków, których efektem byłoby bezpośrednio lub pośrednio pozbawienie inwestycji lub możliwości czerpania korzyści z tej inwestycji.

⁴³ Tytułem przykładu: Traktat o stosunkach handlowych i gospodarczych między Rzeczypospolitą Polską a Stanami Zjednoczonymi Ameryki, sporządzony w Waszyngtonie dnia 21 marca 1990 roku, Umowa między Rządem Rzeczypospolitej Polskiej a Rządem Kanady w sprawie popierania i wzajemnej ochrony inwestycji, podpisanej w Warszawie z dnia 6 kwietnia 1990 roku, Umowa między Rzeczypospolitą Polską a Królestwem Hiszpanii w sprawie wzajemnego popierania i ochrony inwestycji, sporządzonej w Madrycie dnia 30 lipca 1992 roku, Umowa między Polską Rzeczypospolitą Ludową a Republiką Federalną Niemiec w sprawie popierania i wzajemnej ochrony inwestycji, sporządzonej w Warszawie dnia 10 listopada 1989 r roku, Umowa między Rządem Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej a Rządem Zjednoczonego Królestwa Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej w sprawie popierania i wzajemnej ochrony inwestycji, podpisanej w Londynie dnia 8 grudnia 1987 roku.

Z powyższego wynika, że z ochrony przewidzianej przez Umowy bilateralne mogą skorzystać wyłącznie podmioty mające siedzibę poza granicami Polski (tj. w państwie będącym stroną umowy bilateralnej z Polską), które dokonają inwestycji na terytorium Polski.

Podobne postanowienia do tych opisanych powyżej zawiera Umowa bilateralna z Wielką Brytanią. Zgodnie z postanowieniem art. 2 ust. 2 wspomnianej umowy bilateralnej każda ze stron (a więc Rzeczpospolita Polska i Wielka Brytania) zobowiązuje się do tego, aby inwestycje dokonane przez Inwestorów każdej z nich przez cały czas korzystały ze sprawiedliwego i równego traktowania oraz zapewnia się im pełną ochronę i bezpieczeństwo na terytorium drugiej Umawiającej się Strony. Ponadto żadna ze stron nie może w jakimkolwiek przypadku naruszać w sposób nieuzasadniony lub dyskryminujący praw inwestora drugiej strony do zarządzania, utrzymywania, wykorzystywania, osiągania korzyści lub rozporządzania inwestycjami na swoim terytorium. Każda ze stron ma wreszcie obowiązek przestrzegać wszelkich zobowiązań, które może ona przyjąć w odniesieniu do inwestycji dokonanych przez inwestorów drugiej Strony. Natomiast postanowienia art. 1 lit. a) tiret ii) Umowy bilateralnej z Wielką Brytanią jednoznacznie rozstrzygają, że inwestycją są w szczególności akcje i udziały, obligacje spółki oraz wszelkie inne rodzaje udziałów w spółce, a Inwestorami chronionymi – osoby uprawnione z udziałów, akcji lub obligacji w spółce znajdującej się na obszarze państwa-drugiej strony Umowy Bilateralnej.

W dalszej części opisany zostanie sposób pojęcia inwestycji oraz wyłączenia na gruncie prawa międzynarodowego dotyczącego wspierania inwestycji oraz zastosowanie tych pojęć i instytucji do stanu faktycznego i prawnego analizowanego w tej opinii.

10.2 Akcje Aviva International Insurance Ltd. (akcjonariusza Commercial Union) jako inwestycje w rozumieniu Umowy bilateralnej

Pojęcie inwestycji jest definiowane w umowach międzynarodowych bardzo szeroko.⁴⁴ Przez inwestycję rozumie się nie tylko rzeczy oraz udziały/akcje w spółkach, ale również

⁴⁴ Tytułem przykładu: Traktat o stosunkach handlowych i gospodarczych między Rzeczypospolitą Polską a Stanami Zjednoczonymi Ameryki stanowi w Artykule 1.1.b), że: „*inwestycja oznacza każdy rodzaj inwestycji na terytorium jednej ze Stron, będącej własnością lub znajdującą się pod bezpośrednią lub pośrednią kontrolą obywateli lub spółek drugiej Strony, i obejmuje: i) dobra materialne i niematerialne, w tym prawa, takie jak hipoteka, prawo zatrzymania i zastaw; ii) spółkę, akcję lub inne udziały w spółce lub prawa do jej miania; iii) roszczenie pieniężne lub roszczenie o określone świadczenie mające wartość*

roszczenia, prawa na dobrach niematerialnych czy uprawnienia wynikające z przepisów prawa, umów, koncesji i zezwoleń.

Szerokie rozumienie pojęcia inwestycji zostało zaprezentowane przez sąd arbitrażowy w sporze pomiędzy *Eureko B.V. a Rzeczypospolitą Polską* na gruncie polsko-holenderskiej Umowy bilateralnej. Trybunał uznał, że inwestycją Eureko są nie tylko posiadane akcje PZU, ale również prawo określone przez Trybunał jako „*możliwość wywierania znacznego wpływu na zarządzanie i funkcjonowanie PZU.*”⁴⁵

W wielu procesach arbitrażowych pozwane państwa stały na stanowisku, że powodowie (posiadający udziały/akcje w spółkach zarejestrowanych w państwach przyjmujących) nie mają legitymacji procesowej, ponieważ spór nie dotyczył bezpośrednio inwestycji. Argumentowano, że inwestycja powodów polegała na objęciu udziałów/akcji, podczas gdy spór dotyczył majątku należącego do spółki zależnej. W konsekwencji twierdzono, że spór dotyczył majątku spółki lokalnej, który nie stanowił inwestycji powodów w rozumieniu Umów bilateralnych. Sądy arbitrażowe konsekwentnie odrzucały taką argumentację i uznawały, że wspólnicy/akcjonariusze posiadają legitymację, nawet jeżeli skutki działania danego państwa dotyczą bezpośrednio majątku spółki, a nie posiadanych przez nich udziałów/akcji.⁴⁶

Z powyższych uwag wynika, że brytyjska spółka Aviva International Insurance Ltd., będąca zarówno bezpośrednim akcjonariuszem PTE Commercial Union, jak i właścicielem drugiego akcjonariusza PTE CU, tj. spółki Commercial Union Polska Towarzystwo Ubezpieczeń na Życie S.A., jest inwestorem działającym na terenie Rzeczypospolitej Polski, zgodnie z definicją zawartą w Umowie bilateralnej z Wielką Brytanią. Z tego powodu Aviva może korzystać z ochrony przewidzianej postanowieniami Umowy. Powyższej sytuacji nie zmienia to, że negatywne skutki nowelizacji bezpośrednio oddziałują na fundusze emerytalne oraz towarzystwa nimi zarządzające, a nie na akcjonariuszy tych towarzystw

gospodarczą, związane z inwestycją; iv) własność intelektualną, w tym, między innymi, prawa odnoszące się do prac literackich i artystycznych, włączając nagrania dźwiękowe, patentów, wzorów przemysłowych, dokumentacji projektowej topologii półprzewodnikowego układu scalonego, tajemnic handlowych oraz znaków towarowych, znaków usługowych i nazw handlowych oraz v) jakiegokolwiek uprawnienia wynikające z prawa lub umowy i jakiegokolwiek koncesje i zezwolenia, wydane zgodnie z prawem.”

⁴⁵ *Eureko B.V. przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej*, wyrok częściowy z 19 sierpnia 2005 r., www.msp.gov.pl, ust. 140.

⁴⁶ *CMS Gas Transmission Co. przeciwko Republice Argentyny*, wyrok ws. Jurysdykcji z 17 lipca 2003 r., www.naftaclaims.org, ust. 68; *Siemens A.G. przeciwko Republice Argentyny*, wyrok ws. Jurysdykcji z 3 sierpnia 2004 r., www.naftaclaims.org, ust. 150; *Azurix Corp przeciwko Republice Argentyny*, wyrok ws. Jurysdykcji z 8 grudnia 2003 r., www.naftaclaims.org, ust. 63-66.

emerytalnych (które mogą być uznane za poszkodowane jedynie pośrednio). Orzecznictwo międzynarodowych sądów arbitrażowych jednoznacznie wyjaśniło bowiem, że akcjonariusze (udziałowcy) objęci są ochroną wynikająca z umów o ochronie i popieraniu inwestycji nawet wtedy, gdy skutki działania danego państwa dotyczą bezpośrednio majątku spółki krajowej, a nie posiadanych przez inwestorów akcji (udziałów) w tej spółce⁴⁷.

10.3 Środki prawne przewidziane Projektem nowelizacji jako forma wywłaszczenia pośredniego Aviva International Insurance Ltd. (akcjonariusza Commercial Union)

10.3.1 Informacje ogólne o zakazie wywłaszczenia na gruncie umów bilateralnych

Umowy bilateralne zakazują dokonywania wywłaszczenia inwestycji znajdujących się lub wykonywanych na terytorium państw, które są ich stroną. Pojęcie wywłaszczenia na gruncie prawa międzynarodowego, zwłaszcza na gruncie Umów bilateralnych, znacząco odbiega od jego rozumienia w krajowych systemach prawa, w tym prawa polskiego. Prawo krajowe zazwyczaj definiuje wywłaszczenie jako pozbawienie albo ograniczenie prawa własności albo innego prawa rzeczowego. Zgodnie artykułem 112 ust. 2 ustawy o gospodarce nieruchomościami: „*wywłaszczenie nieruchomości polega na pozbawieniu albo ograniczeniu, w drodze decyzji, prawa własności, prawa użytkowania wieczystego lub innego prawa rzeczowego na nieruchomości.*”⁴⁸

Na gruncie prawa międzynarodowego ograniczenie pojęcia wywłaszczenia do sposobu, w jaki jest ono definiowane w prawie krajowym, w znacznym stopniu pozbawiłoby inwestorów możliwości korzystania z ochrony. W związku z powyższym, umowy międzynarodowe, po pierwsze, szeroko definiują pojęcie inwestycji i inwestora, a po drugie, zapewniają ochronę tak przed wywłaszczeniem i nacjonalizacją (w rozumieniu prawa krajowego), jak również przed działaniami państw, które odnoszą skutek równoznaczny z wywłaszczeniem i nacjonalizacją (wywłaszczenie pośrednie). Prawo międzynarodowe wyróżnia zatem:

- 1) wywłaszczenie bezpośrednie, polegające na przejęciu majątku przez państwo, oraz

⁴⁷ Zob. orzeczenie w sprawie *Siemens A.G. przeciwko Republice Argentyny*, cył. za: G. Domański, M. Świątkowski, *Pojęcie „wywłaszczenia” w umowach międzynarodowych o ochronie inwestycji*, PPH 3/2006, s. 15.

⁴⁸ Ustawa z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami, Dz. U. 2004, Nr 261, poz. 2603 z późn. zm.

- 2) wywłaszczenie pośrednie, stanowiące różnego rodzaju działania i zaniechania państwa, które – najogólniej mówiąc - pozbawiają inwestycję jej wartości ekonomicznej.

Na gruncie przepisów umów o wspieraniu inwestycji podstawowym kryterium oceny, czy działania państwa stanowią wywłaszczenie, jest faktyczny ich wpływ na majątek inwestora. Środki, które uniemożliwiają inwestorowi, choćby w sposób pośredni, korzystanie w pełni z dokonanej inwestycji, poprzez np. pozbawienie inwestora całości albo nawet części czerpanych z niej korzyści, mogą stanowić wywłaszczenie na równi z działaniami polegającymi na odebraniu inwestorowi jego majątku (tj. z wywłaszczeniem bezpośrednim).

Zdecydowana większość umów (o ile nie wszystkie) nie zawiera żadnego uszczegółowienia pojęć „wywłaszczenie pośrednie” (ang. *indirect expropriation*) albo „działań równoznacznych z wywłaszczeniem” (ang. *measures tantamount to expropriation*). Jednakże przyjmuje się ogólnie, że jest to działanie albo zaniechanie, które w sposób bezpośredni nie zmierza do przejęcia (pozbawienia) majątku, ale które w rzeczywistości odnosi taki skutek⁴⁹.

Według niekwestionowanego autorytetu w sprawach umów o wspieraniu inwestycji, Rudolfa Dolzera: „(...) decydującym kryterium przy określaniu, czy środki prawne skutkują wywłaszczeniem, jest zakres wpływu przez właściciela na status prawny swego majątku i faktyczny wpływ na możliwość korzystania z niego.”⁵⁰ Powyższe podejście zostało zaakceptowane przez szereg sądów arbitrażowych, rozstrzygających spory dotyczące inwestycji.

W sprawie *Tippetts*, zawisłej również przed Trybunałem ds. Roszczeń Irańsko-Amerykańskich, sąd doszedł do wniosku, że inwestorowi należy się odszkodowanie niezależnie od tego, czy w skutek podjętych działań wobec inwestora państwo osiągnęło jakąś korzyść i stwierdził, że: „Powód uprawniony jest, zgodnie z prawem międzynarodowym i ogólnymi zasadami prawa, do otrzymania odszkodowania równego wartości majątku, którego został pozbawiony. Sąd preferuje pojęcie 'pozbawiony' nad pojęciem 'przejęty', mimo że zasadniczo są to synonimy, ponieważ to drugie może być rozumiane jako odebranie przez Rząd czegoś wartościowego (...). Pozbawienie albo

⁴⁹ *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. przeciwko Stanom Zjednoczonym Meksyku*, wyrok z 29 maja 2003 r., www.naftaclaims.org, ust. 114.

⁵⁰ Rudolf Dolzer, *Indirect Expropriations: New Developments*, N.Y.U Environmental Law Journal, Nr 11/2002, s. 79.

*przejęcie majątku może nastąpić w myśl prawa międzynarodowego w drodze ograniczenia przez państwo możliwości korzystania z majątku albo czerpania z niego korzyści, nawet jeżeli nie ma to wpływu na tytuł prawny do majątku.*⁵¹

W sporze pomiędzy *Metalclad Corp. i Stanami Zjednoczonymi Meksyku* sąd uznał, że: „*wyłaszczanie obejmuje nie tylko otwarte, celowe i świadome przejęcie majątku, takie jak całkowite zatrzymanie albo formalne lub obowiązkowe przeniesienie tytułu prawnego na rzecz Państwa, ale również ukryte albo jednorazowe zakłócenie korzystania z majątku, które skutkuje pozbawieniem właściciela, w całości albo znacznej części, możliwości korzystania albo oczekiwanych w rozsądnym zakresie korzyści ekonomicznych z majątku, nawet jeżeli nie stanowią one w sposób oczywisty korzyści dla Państwa.*”⁵²

Również sąd arbitrażowy rozpatrujący spór pomiędzy *Eureko B.V. i Rzeczpospolitą Polską*, przyjmując szerokie rozumienie pojęć, uznał, że naruszenie przez państwo zobowiązania umownego do sprzedaży pakietu akcji PZU (pomiędzy członkami sądu istnieje rozbieżność, czy takie zobowiązanie w ogóle istniało)⁵³ stanowi wyłączenie inwestycji. Sąd stwierdził, że: „*(...) Eureko, zgodnie z warunkami Pierwszej Umowy Dodatkowej, nabyła prawa w odniesieniu do przeprowadzenia IPO i że te prawa są 'aktywami'. Ponieważ RP pozbawiła Powoda tych aktywów poprzez zachowanie, które Trybunał uznał za niedopuszczalne, należy wyciągnąć wniosek, że Eureko ma roszczenie względem RP na podstawie art. 5 Traktatu.*”⁵⁴

Podobne stanowisko przyjęte zostało w sporze *Pope & Talbot Inc. przeciwko Kanadzie*. Mimo że sąd arbitrażowy nie podzielił zarzutów powoda w zakresie wyłączenia, to stwierdził, że wyłączenie może co do zasady nastąpić „*w całości albo w znacznej części, jednorazowo albo etapami.*”⁵⁵

⁵¹ *Tippelts, Abbeil, McCarthy, Stratton przeciwko TAMS/Afia Consulting Engineers of Iran et al*, wyrok z 22 czerwca 1984 r., Iran-US CTR Nr 6/1984, s. 225, 226; fragment ten cytowany jest również w następujących wyrokach: *Wana Hotels Ltd przeciwko Arabskiej Republice Egiptu*, op. cit., ust. 98, *CME przeciwko Republice Czeskiej*, op. cit., ust. 608.

⁵² *Metalclad Corp. przeciwko Stanom Zjednoczonym Meksyku*, wyrok z 30 sierpnia 2000 r., www.naftaclaims.org, ust. 103; fragment ten cytowany jest również w sprawie *CME przeciwko Republice Czeskiej*, op. cit., ust. 606; identyczny pogląd zaprezentowany został przez sąd we wcześniejszym sporze pomiędzy *Goetz i Republiką Burundi*, wyrok zawierający ugodę z 10 lutego 1999 r., www.naftaclaims.org, ust. 124.

⁵³ *Eureko B.V. przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej*, zdanie odrębne Profesora Jerzego Rajskiego, op. cit., ust. 5.

⁵⁴ *Eureko B.V. przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej*, op. cit., ust. 240.

⁵⁵ *Pope & Talbot Inc. przeciwko Kanadzie*, wyrok częściowy z 26 czerwca 2000 r., www.naftaclaims.org, ust. 102.

Identyczne stanowisko zajął sąd w sprawie *S. D. Myers przeciwko Kanadzie* stwierdzając, że: „zazwyczaj wywłaszczenie polega na trwałym pozbawieniu właściciela możliwości korzystania z praw majątkowych, ale może się zdarzyć, że w pewnych sprawach i okolicznościach będzie wskazane za uznanie, iż pozbawienie praw skutkuje wywłaszczeniem, nawet jeżeli jest ono częściowe albo czasowe.”⁵⁶

W przypadku wywłaszczenia (choćby częściowego) praw majątkowych przysługujących podmiotom zagranicznym, państwo zobowiązane jest, zgodnie z prawem międzynarodowym, do wypłaty odszkodowania, obejmującego również utracone korzyści.

10.3.2 Zakaz wywłaszczenia na gruncie Umowy Bilateralnej oraz przesłanki dopuszczalności tego wywłaszczenia

Zgodnie z art. 5 ust. 1 Umowy Bilateralnej z Wielką Brytanią inwestycje dokonane przez inwestorów jednej ze stron nie zostaną znacjonalizowane, wywłaszczone lub poddane środkom wywołującym skutki równoznaczne z nacjonalizacją lub wywłaszczeniem na terytorium drugiej strony, chyba że nastąpi to w interesie publicznym nie mającym charakteru dyskryminacyjnego, za niezwłocznym, właściwym i skutecznym odszkodowaniem. Odszkodowanie takie powinno odpowiadać rzeczywistej wartości wywłaszczonej inwestycji, bezpośrednio przed wywłaszczeniem lub zanim wywłaszczenie stało się publicznie wiadome, w zależności od tego, która z tych okoliczności nastąpiła wcześniej, i będzie płatne w ciągu trzech miesięcy od wywłaszczenia w formie nadającej się do spełnienia i swobodnego transferu. Dotknięty wywłaszczeniem inwestor musi mieć prawo, na mocy ustawodawstwa tej strony, która dokonała wywłaszczenia, do niezwłocznego rozpatrzenia przez sąd lub inny niezależny organ tej Strony jego sprawy i dokonania wyceny jego inwestycji zgodnie z zasadami określonymi w niniejszym ustępie. Natomiast zgodnie z postanowieniem art. 5 ust. 2 Umowy bilateralnej, w przypadku, gdy strona wywłaszcza mienie spółki założonej lub utworzonej na podstawie ustawodawstwa obowiązującego gdziekolwiek na jej terytorium, w której inwestorzy drugiej Umawiającej się Strony posiadają udziały, musi ona zapewnić inwestorom drugiej Umawiającej się Strony, posiadającym wspomniane wyżej udziały, stosowanie postanowień ustępu 1 niniejszego artykułu (tj. art. 5 Umowy międzynarodowej) w zakresie niezbędnym do zagwarantowania bezzwłocznego, właściwego i skutecznego odszkodowania w odniesieniu do ich inwestycji.

⁵⁶ *S. D. Myers przeciwko Kanadzie*, wyrok częściowy z 13 listopada 2000 r., www.naftaclaims.org, ust. 283.

10.3.3 Uwagi szczegółowe na temat wyłączenia pośredniego Aviva International Insurance Ltd. oraz ocena prawna dopuszczalności tego wyłączenia
W tym miejscu należy przeanalizować, czy zmiany wprowadzone w Projekcie nowelizacji oddziałują na inwestycje Aviva International Insurance Ltd. w ten sposób, że można uznać je za przejaw działań zakazanych przez Umowę bilateralną, zwłaszcza za przejaw wyłączenia.

Projekt nowelizacji doprowadzi, w wyniku jego wejścia w życie, do znaczącego zmniejszenia aktywów Aviva International Insurance Ltd. w dwojaki sposób. Po pierwsze, ograniczenie możliwości pozyskiwania środków finansowych wpłynie na pogorszenie sytuacji ekonomicznej Spółki, a to z kolei spowoduje spadek wartości akcji posiadanych przez Aviva International Insurance Ltd. Po drugie, zmniejszeniu ulegną również dywidendy wypłacane przez Spółkę na rzecz swojego akcjonariusza.

Zestawienie wskazanych powyżej informacji na temat skutków wejścia w życie Projektu nowelizacji oraz rozumienia pojęcia „wyłączenie” w prawie międzynarodowym pozwala uznać, że wprowadzenie Projektu nowelizacji będzie miało dla Aviva International Insurance Ltd. skutek równoznaczny z wyłączeniem pośrednim. Nie oznacza to jednak, że Projekt nowelizacji musi być sprzeczny z Umową bilateralną. Sprzeczne z tą umową są bowiem tylko pewne kategorie wyłączeń (oraz innych ograniczeń w możliwości korzystania z inwestycji). W rozważanym stanie faktycznym dotyczącym inwestycji spółki Aviva International Insurance Ltd. żaden ze wskazanych warunków nie zostanie jednak spełniony.

Po pierwsze, Projekt nowelizacji nie prowadzi do osiągnięcia celu publicznego, a więc zwiększenia konkurencji pomiędzy funduszami emerytalnymi, co przyznał w piśmie z dnia 19 lutego 2009 roku – dotyczącym nowelizacji – Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumenta.

Po drugie, projekt nowelizacji dyskryminuje w sposób pośredni podmioty zagraniczne, w tym przypadku Aviva International Insurance Ltd., gdyż uregulowanie Art. 1 pkt 2 Projektu nowelizacji oddziałuje głównie na towarzystwa emerytalne posiadające największe aktywa, a więc głównie na podmioty z udziałem zagranicznym. Oprócz powyższego omawiana nowelizacja wywołuje istotne zastrzeżenia, co do jej zgodności z Konstytucją RP, trudno więc uznać ją za zgodną z prawem krajowym. Oczywiście projektowane zmiany nie wprowadzają również żadnego odszkodowania za dokonywane pogorszenie sytuacji ekonomicznej inwestorów, ani nawet nie przewidują procedury dochodzenia takiego odszkodowania.

Kwestię naruszenia umów bilateralnych poruszono także w toku prac legislacyjnych nad Projektem nowelizacji

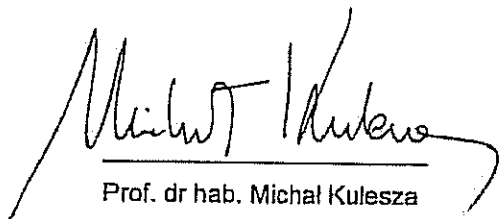
W pierwszej kolejności problematyka ta została podniesiona w piśmie z Commercial Union Powszechne Towarzystwo Emerytalne BPH CU WBK SA z dnia 23 lutego 2009 r., adresowanym do Jolanty Fedak Minister Pracy i Polityki Społecznej, przesłanym w Pismie w sprawie zgłoszeń zainteresowania pracami nad Projektem nowelizacji. W piśmie tym podniesiono, że uregulowania zawarte w Projekcie nowelizacji naruszają Umowy Bilateralne dlatego, że:

- 1) mogą one utrudniać użytkowanie inwestycji w Polsce (w postaci funduszy emerytalnych) przez podmioty zagraniczne mające akcje w towarzystwach emerytalnych zarządzających OFE;
- 2) pozbawiają inwestora zagranicznego korzyści ekonomicznych z posiadania akcji w kapitale PTE, poprzez ograniczenie dotychczasowych źródeł finansowania towarzystw;
- 3) są nieuzasadnione, gdyż wywołują nieproporcjonalne skutki oraz nie są w stanie doprowadzić do celu założonego przez twórców Projektu nowelizacji
- 4) godzą w ochronę uzasadnionych oczekiwań inwestorów zagranicznych (zmiana w wysokości opłat od składki)

Problematyka naruszenia umów bilateralnych została także poruszona w Stanowisku IGTE, w którym czytamy: „Wprowadzone w projekcie ustawy ograniczenia w zakresie finansowania funduszy emerytalnych w sposób pośredni negatywnie wpływają na możliwość osiągnięcia korzyści z inwestycji przez spółki, które są akcjonariuszami towarzystw emerytalnych zarządzających funduszami emerytalnymi. Ograniczenie możliwości pozyskiwania środków finansowych przez fundusze wpływa na pogorszenie sytuacji ekonomicznej towarzystw emerytalnych zarządzających tymi funduszami, a to powoduje spadek wartości akcji, których posiadaczami są spółki zagraniczne. Wartość majątku spółek zagranicznych ulegnie więc zmniejszeniu przez wspomniane zmniejszenie wartości akcji krajowych towarzystw emerytalnych. Nie ma przy tym znaczenia, że wspomniane negatywne skutki bezpośrednio oddziałują na fundusze emerytalne oraz towarzystwa bezpośrednio nimi zarządzające jako osoby prawne krajowe, a nie na spółki zagraniczne (akcjonariuszy).”

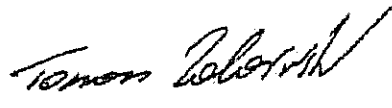
Mamy nadzieję, że niniejsza Opinia spełnia Państwa oczekiwania. W przypadku jakichkolwiek pytań lub wątpliwości prosimy o kontakt.

Z poważaniem,



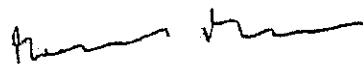
Prof. dr hab. Michał Kulesza

Partner



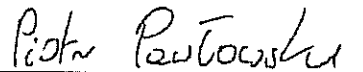
dr Tomasz Zalasieński

Associate



dr Marcin Matczak

Partner



Piotr Pawłowski

Aplikant adwokacki/ Associate