

Jakub Kociubiński

Ograniczenia inwestycji Otwartych Funduszy Emerytalnych a zasada swobody przepływu kapitału w świetle orzeczenia TSUE w sprawie (C-271

Kwartalnik Prawa Publicznego 12/2, 79-95

2012

Artykuł został zdigitalizowany i opracowany do udostępnienia w internecie przez Muzeum Historii Polski w ramach prac podejmowanych na rzecz zapewnienia otwartego, powszechnego i trwałego dostępu do polskiego dorobku naukowego i kulturalnego. Artykuł jest umieszczony w kolekcji cyfrowej bazhum.muzhp.pl, gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

Jakub Kociubiński*

**OGRANICZENIA INWESTYCJI
OTWARTYCH FUNDUSZY EMERYTALNYCH
A ZASADA SWOBODY PRZEPEŁYWU KAPITAŁU
W ŚWIETLE ORZECZENIA TSUE W SPRAWIE (C-271/09)
*KOMISJA PRZECIWKO RZECZPOSPOLITEJ POLSKIEJ***

1. Uwagi wstępne

Kwestie związane z działalnością Otwartych funduszy emerytalnych budzą żywe zainteresowanie, ponieważ efektywność dokonywanych przez nie inwestycji stanowi decydujący czynnik dla powodzenia reformy emerytalnej¹. Dnia 21.12.2011 r. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE) wydając wyrok w sprawie *Komisja v. Rzeczpospolita Polska* stwierdził, że polskie przepisy określające zasady lokowania kapitału przez Otwarte fundusze emerytalne (OFE) naruszają swobodę przepływu kapitału a tym samym, że Rzeczpospolita Polska uchybiła zobowiązaniom państwa członkowskiego².

* Dr Jakub Kociubiński – Adiunkt, Katedra Prawa Międzynarodowego i Europejskiego Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii, Uniwersytet Wrocławski.

¹ Por. A. Chelchowski, *Strategie inwestycyjne funduszy emerytalnych – reforma emerytalna – sukces czy porażka?*, „Zeszyty BRE bank – CASE” 2001, nr 57, s. 41–50.

² Orzeczenie C-271/09 *Komisja p. Rzeczpospolitej Polskiej* [niepublikowane]. Art. 1 dyrektywy Rady z 24.6.1988 r. w sprawie wykonania art. 67 Traktatu (Dz. Urz. WE 1998 Nr L 178/5) określa że przepływ kapitału obejmuje „operacje dokonywane przez osobę fizyczną lub prawną [zdefiniowaną w przepisach krajowych] łącznie z operacjami odnoszącymi się do aktywów lub pasywów państw członkowskich lub innych organów administracji publicznej oraz agencji, z zastrzeżeniem postanowień art. 68 ust. 3 traktatu”. Art. 67 i 68 Traktatu ustanawiającego Wspólnoty Europejskie zostały uchylone. Trybunał stwierdził naruszenie przez Rzeczpospolitą art. 56

Rozstrzygnięcie i jego doniosłość ujawnia się (i powinna być analizowana) w dwóch aspektach. Pierwszy związany jest z kwestią oceny, jakie względy realizowanej przez dane państwo polityki społeczno-gospodarczej (a regulacja operacji OFE niewątpliwie wchodzi w jej zakres) mogą uzasadnić wprowadzenie środków ograniczających fundamentalne swobody rynku wewnętrznego. Innymi słowy, jakie uwarunkowania polityki wewnętrznej stanowić mogą podstawę ograniczeń transgranicznych. Druga, prawdopodobnie bardziej doniosła w kontekście ogólnoeuropejskim, kwestia związana jest z zagadnieniem, przy użyciu jakich innych instrumentów przewidzianych w *acquis communautaire* – poza wykorzystaniem dopuszczalnych wyjątków z przepisów o swobodach rynku wewnętrznego – państwa mogą usprawiedliwić środki naruszające te swobody. Jest to bardzo aktualne zagadnienie związane z dającym się zaobserwować procesem „wkraczania” prawa Unii Europejskiej (UE) w obszar szeroko pojętego zabezpieczenia społecznego³. Jeśli bowiem otwarte fundusze emerytalne stanowią podmiot prawa unijnego to wówczas krajowe przepisy regulujące ich działalność mieścić się muszą w ramach określonych na poziomie Unii.

2. Zasady lokowania kapitału przez Otwarte Fundusze Emerytalne

Zgodnie z wprowadzoną w 1999 r. reformą, system emerytalny w Polsce opiera się na trzech filarach: pierwszy filar – obowiązkowy

TWE (uzasadniona opinia Komisji datowana jest przed wejściem w życie Traktatu z Lizbony). Według obecnej numeracji jest to art. 63 TFUE. Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej, Dz. Urz. UE 2010 Nr C 83/47. Wszystkie cytaty TFUE w dalszej części pracy z tego samego źródła. Stosowana będzie także zawsze obecna numeracja (tabele ekwiwalencyjne: Dz. Urz. UE Nr C 83 z 30.3.2010 r., s. 361).

³ Można w tym miejscu zwrócić uwagę, że proces ten rozpatrywać można w kontekście redefinicji roli państwa i prywatyzacji wielu zadań publicznych, czego reforma systemu emerytalnego i stworzenie OFE stanowi przykład. Jest to odejście od tradycyjnego kontynentalnego modelu państwa dobrobytu, i położenie nacisku na rynkowy element realizacji zadań władzy publicznej. Włączanie tych „sprywatyzowanych” obszarów w zakres prawa UE (w szczególności przepisów konkurencji) wydaje się logicznym następstwem powyższego procesu. Por. także S. Biernat, *Prywatyzacja zadań publicznych. problematyka prawna*, Warszawa 1994; S. Starange, *Retreat of the State – The Diffusion of Power in the World Economy*, Cambridge–New York 1996; W. Sauter, H. Schepel, *State and Market in European Union Law: The Public and Private Spheres of the Internal Market*, Cambridge 2009; J.W. van de Gronden, *Social Services of General Interest and EU Law [w:] Developments in Services of General Economic Interest*, red. E. Szyszczak, J. Davies, A. Mads Tønnesson, T. Bekkedal, Den Haag, 2011, s. 123–154.

oparty na zasadzie repartycyjnej, gdzie funduszami zarządza Zakład Ubezpieczeń Społecznych (ZUS)⁴; drugi filar – także obowiązkowy oparty na zasadzie kapitalizacji, który tworzą otwarte fundusze emerytalne (obecnie funkcjonuje 14)⁵; trzeci filar – nieobowiązkowy składający się z dodatkowych, dobrowolnych programów ubezpieczeniowych⁶. Otwarte fundusze emerytalne są osobami prawnymi o charakterze fundacyjnym wyposażonymi w aktywa odrębne od Powszechnego Towarzystwa Emerytalnego (PTE), które je tworzy, zarządza nim i reprezentuje w stosunkach z osobami trzecimi⁷. PTE mają formę spółek akcyjnych⁸. Przedmiotem działania OFE jest gromadzenie środków pieniężnych, ich lokowanie, z przeznaczeniem na wypłatę członkom funduszu po osiągnięciu przez nich wieku emerytalnego⁹. Innymi słowy można stwierdzić, że fundusz emerytalny pełni rolę zbiorowego inwestora dążąc do osiągnięcia maksymalnego stopnia bezpieczeństwa i rentowności dokonywanych lokat¹⁰.

Ustawa o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych określa, że Otwarte Fundusze Emerytalne finansowane są poprzez opłaty, które mogą pobierać w formie potrącenia określonej procentowo kwoty z wpłacanych składek przed przeliczeniem ich na jednostki rozrachunkowe i nie większej niż 3,5% tych składek, a także z opłat pobieranych tytułem kosztów zarządzania funduszem przez PTE, przy czym koszty te ustala się na podstawie wartości aktywów i nie mogą one przekraczać limitów określonych w art. 136a ust. 2 ustawy¹¹. Natomiast art. 136a ust. 1 stanowi, że „koszty

⁴ Ustawa z 13.10.1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych, t.j.: Dz.U. z 2007 r. Nr 11, poz. 74.

⁵ Ustawa z 28.8.1997 r. o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych, t.j.: Dz.U. z 2007 r. Nr 139, poz. 934.

⁶ Ustawa z 20.4.2004 r. o indywidualnych kontach emerytalnych, Dz.U. Nr 116, poz. 1205; szerzej por. I. Jankowska-Jędrasik, *Ubezpieczenia emerytalne, trzy filary*, Warszawa 2001.

⁷ Art. 3 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych.

⁸ Art. 27 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych. Jedno PTE może zarządzać tylko jednym OFE (art. 29 ustawy).

⁹ Art. 2 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych. Por. szerzej J. Jończyk, *Prawo zabezpieczenia społecznego*, Kraków 2003, s. 113–117.

¹⁰ I. Jędrasik-Jankowska, *Nowy system ubezpieczeń społecznych, wybrane problemy*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 1999, nr 3, s. 21; H. Shah, *Więcej znaczy mniej. Regulacja i efektywność funduszy*, „Fundusze Emerytalne” XII 1998, Nr 2, s. 14. Mimo tego PTE, który zarządza OFE w swojej działalności inwestycyjnej działa we własnym interesie a nie interesie ubezpieczonych (Por. orzeczenie Sądu Najwyższego, sygn. akt III RN 197/00).

¹¹ Art. 134–137 organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych; por. także A. Chróścicki, *Ustawa o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych – Komentarz*, Warszawa 2009, s. 763–803.

związane z przechowywaniem aktywów oraz realizacją i rozliczeniem transakcji nabywania lub zbywania aktywów funduszu, stanowiące równowartość opłat ponoszonych na rzecz instytucji rozliczeniowych, z których pośrednictwa fundusz jest obowiązany korzystać na mocy odrębnych przepisów, stanowiące składnik wynagrodzenia depozytariusza, są pokrywane z aktywów funduszu według aktualnie obowiązującej tabeli prowizji i opłat danej instytucji rozliczeniowej". Zgodnie z ust. przepisu koszty te „...stanowiące równowartość opłat ponoszonych na rzecz zagranicznych instytucji rozliczeniowych, są pokrywane z aktywów funduszu do wysokości nieprzekraczającej odpowiednich kosztów krajowych instytucji rozliczeniowych, o których mowa w ust. 1". Ust. 2 art. 136a został uznany przez Komisję Europejską (KE) za naruszający zasadę swobody przepływu kapitału.

Zakwestionowany przez KE został przepis art. 136 ust. 3, który stanowi, że „przy ustalaniu wartości zarządzanych aktywów netto funduszu, o której mowa w ust. 2 i 2a, nie uwzględnia się wartości lokat, o których mowa w art. 141 ust. 1 pkt. 8, oraz lokat w tytułach uczestnictwa emitowanych przez instytucje wspólnego inwestowania mające siedzibę za granicą, o których mowa w art. 143 ust. 1". Art. 143 ust. 1 ustawy, normuje, że „na podstawie ogólnego zezwolenia udzielonego przez ministra właściwego do spraw instytucji finansowych w drodze rozporządzenia i na warunkach określonych w tym zezwoleniu, aktywa [OFE] mogą być lokowane poza granicami kraju w papiery wartościowe emitowane przez spółki notowane na podstawowych giełdach rynków kapitałowych państw obcych będących członkami OECD lub innych państw obcych, które zostaną określone w tym zezwoleniu, a także w papiery wartościowe emitowane przez rządy lub banki centralne tych państw oraz tytuły uczestnictwa emitowane przez instytucje wspólnego inwestowania mające siedzibę w tych państwach, jeżeli instytucje te oferują publiczne tytuły uczestnictwa i umarzają je na żądanie uczestnika". Zgodnie z ust. 2 przepisu „w kategorii lokat, o których mowa w ust. 1, nie może przekroczyć 5% wartości tych aktywów”¹².

¹² Por. także Rozporządzenie Ministra Finansów z 23.12.2003 r. w sprawie ogólnego zezwolenia na lokowanie aktywów funduszy emerytalnych poza granicami kraju, Dz.U. Nr 229, poz. 2286, którego art. 2 stanowi: „że lokaty w aktywa zagraniczne powinny posiadać ocenę na poziomie inwestycyjnym nadaną przez wyspecjalizowaną agencję ratingową uznaną na międzynarodowym rynku kapitałowym, oceniającą ryzyko inwestycyjne związane z określonym papierem wartościowym lub zdolnością emitenta do terminowej spłaty zaciągniętych zobowiązań”.

3. Zasada swobody przepływu kapitału w *acquis communautaire* i dopuszczalne ograniczenia

Fakt ograniczenia swobody przepływu kapitału jest w opisywanym przypadku bezsporny, ponieważ został *expressis verbis* wyrażony w przepisach polskiej ustawy. Kluczową wobec tego kwestią jest dokonanie oceny, czy owe restrykcje podlegać mogą uzasadnieniu na gruncie prawa Unii Europejskiej, ponieważ w przypadku każdej ze swobód ograniczenia stanowią wyjątek, jednak orzeczenia w sprawach *Cassis de Dijon* i *Bosman* wyraźnie wskazują, że są one dozwolone¹³. Dopuszczalność restrykcji wynika więc z samej istoty swobody¹⁴.

Przepis art. 63 TFUE zakazuje wszelkich ograniczeń w przepływie kapitału pomiędzy państwami członkowskimi. Jednocześnie Trybunał stoi na stanowisku, że ewentualne ograniczenia dopuszczalne są tylko w związku z nadrzędnymi względami interesu ogólnego (art. 65 TFUE), których istnienie powinno być analizowane *ad causum*¹⁵. Jak jednak zauważył Trybunał w sprawie *Église de scientologie*, każde ograniczenie, jako wyjątek od zasady powinno być traktowane w sposób zawężający¹⁶. Państwa członkowskie nie powinny samodzielnie, bez udziału Komisji Europejskiej, wyznaczać zakresu dopuszczalnego ograniczenia swobody przepływu kapitału i innych swobód rynku wewnętrznego¹⁷.

¹³ Orzeczenia 120/78 *Rewe-Zentral AG p. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (Cassis de Dijon Case)*, Zb.Orz. 1979 649 i C-415/93 *Union royale belge des sociétés de football association ASBL v. Jean-Marc Bosman, Royal club liégeois SA v. Jean-Marc Bosman i in. i Union des associations européennes de football (UEFA) v. Jean-Marc Bosman* Zb.Orz. 1995 I-4921.

¹⁴ G. Davies, *Article 86 EC, The Economic Approach to Competition Law, and the General Interest*, „European Competition Journal” August 2009, Vol. 5, no. 21, s. 572.

¹⁵ Por. orzeczenia C-98/01 *Komisja v. Zjednoczone Królestwo i Republika Irlandii (BAA plc)* Zb.Orz. 2003 I-4641; C-463/00 *Komisja v. Królestwo Hiszpanii* Zb.Orz. 2003 I-00; C-302/97 *Klaus Konle v. Republika Austrii* Zb.Orz. 1999 I-3099; orzeczenie w sprawach połączonych C-515/99, C-519/99 do C-540/99 *Hans Reisch i in. v. Bürgermeister der Landeshauptstadt Salzburg and Grundverkehrsbeauftragter des Landes Salzburg i Anton Lassacher i in. v. Grundverkehrsbeauftragter des Landes Salzburg i Grundverkehrslandeskommission des Landes Salzburg* Zb.Orz. 2002 I-2157.

¹⁶ Orzeczenie C-54/99 *Association Église de scientologie de Paris i Scientology International Reserves Trust v. Premier ministre* Zb.Orz. 2000 I-1335.

¹⁷ J. Steiner, L. Woods, C. Twigg-Flesner, *EU Law*, wyd. 9, Oxford 2006, s. 350.

Trybunał ponadto wyraźnie zaznacza, że ograniczenia takie nie mogą zostać wprowadzone w celu ochrony interesów o charakterze ekonomicznym (*economic aims*)¹⁸. Restrykcyjne podejście TSUE uległo złagodzeniu w dającym początek nowej linii orzeczniczej rozstrzygnięciu sprawy *Decker*¹⁹. Zamiast dotychczas używanego określenia „cele gospodarcze/ekonomiczne” (*economic aims*), Trybunał Sprawiedliwości zdecydował się użyć wyrażenia „cele czysto gospodarcze/ekonomiczne” (*purely economic aims*), wskazując, jakiemu przeznaczeniu ograniczenia swobód rynku wewnętrznego służyć nie mogą²⁰. Różnica wydaje się niewielka, jednak zdaje się sugerować, że TSUE akceptuje niewielki udział komponentu ekonomicznego wśród przesłanek, które uzasadniałyby wprowadzenie regulacji limitujących omawiane swobody²¹.

W przypadku polskich przepisów regulujących zasady inwestowania środków przez Otwarte fundusze emerytalne sam fakt ograniczenia swobody przepływu kapitału jest kwestią oczywistą²². Kluczowym jest wobec tego rozstrzygnięcie, czy *raison d'être* zakwestionowanych przez Komisję restrykcji uzasadnia takie ograniczenie. Trybunał Sprawiedliwości stanął na stanowisku, że interes polegający na zagwarantowaniu stabilności i bezpieczeństwa aktywów zarządzanych przez fundusz emerytalny, w szczególności poprzez przyjęcie zasad ostrożnościowych, stanowi nadrzędny wzgląd interesu ogólnego mogący uzasadniać ograniczenia w swobodnym przepływie kapitału²³.

¹⁸ Por. orzeczenia C-288/89 *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda i in. v. Commissariaat voor de Media* Zb.Orz. 1991 I-4007, pkt. 11; C-398/95 *Syndesmos ton en Elladi Touristikon Kai Taxidiotikon Grafeionpv. Ypourgos Ergasias* Zb.Orz. 1997 I-3091, pkt. 23 i C-224/97 *Erich Ciola v. Land Vorarlberg* Zb. Orz. 1999 I-2517, pkt. 16.

¹⁹ Orzeczenie C-120/95 *Nicolas Decker v. Caisse de maladie des employés privés* Zb.Orz. 1998 I-1831, pkt. 39. Por. także C-254/98 *Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb v. TK-Heimdienst Sass GmbH* Zb.Orz. 2000 I-151, pkt. 33; C-388/01 *Komisja v. Republika Włoska* Zb.Orz. 2003 I-4509, pkt. 72; C-385/99 *V.G. Müller-Fauré v. Onderlinge Waarborgmaatschappij OZ Zorgverzekeringen UA i E.E.M. van Riet v. Onderlinge Waarborgmaatschappij ZAO Zorgverzekeringen* Zb.Orz. 2003 I-4509, pkt. 72 i C-209/04 *Komisjav. Republika Austrii* Zb.Orz. 2006 I-2755, pkt. 34.

²⁰ M. Szydło, *Swobody rynku wewnętrznego a reguły konkurencji. Między konwergencją a dywergencją*, Toruń 2006, s. 512. Por. także orzeczenie C-120/95 *Decker*, pkt. 39.

²¹ J. Gundel, *Article 86 [w:] Competition Law: European Community Practice and Procedure. Article-by-Article Commentary*, red. G. Hirsch, F. Montag, F. J. Säcker, London 2008, s. 1306–1307.

²² Warto w tym miejscu zaznaczyć, że osoby reprezentujące fundusze emerytalne i powszechnie towarzystwa emerytalne niejednokrotnie zwracały uwagę na zbyt małe możliwości lokowania środków pieniężnych za granicą, co zmniejsza potencjalne zyski. Por. T. Sowiński, *Finanse ubezpieczeń emerytalnych*, Warszawa 2009, s. 190.

²³ Orzeczenie C-271/09 *Komisja v. Rzeczpospolita Polska*, pkt. 57.

Warto zauważyć, że TSUE nie w ogóle nie odniósł się do aspektu ekonomicznych interesów funduszy.

4. Zakres dopuszczalnego ograniczenia swobód rynku wewnętrznego

Uznanie przez Trybunał Sprawiedliwości opisywanych przepisów polskiej ustawy za służące nadrzędnemu interesowi ogólnemu nie oznacza, że automatycznie zostaną uznane za dopuszczalne. Trybunał Sprawiedliwości rozstrzygając sprawę *ELISA* stanął na stanowisku, że wszelkie ograniczenia swobód rynku wewnętrznego nie powinny wykraczać poza to co konieczne do osiągnięcia zamierzonego celu²⁴. Następnym etapem jest wobec tego ocena, czy analizowany środek zgodny jest z zasadą proporcjonalności.

Na gruncie Traktatów, przepis art. 5 TUE stanowi, że „zgodnie z zasadą proporcjonalności zakres i forma działania Unii nie wykraczają poza to, co jest konieczne do osiągnięcia celów Traktatów”²⁵. Postanowienia TUE konkretyzuje Protokół nr 2 w sprawie stosowania zasad pomocniczości i proporcjonalności²⁶. Akty prawa wtórnego, jak i działania państw członkowskich w zakresie, w jakim mieszczą się w sferze stosowania prawa UE, podlegają więc kontroli pod kątem ich zgodności z zasadą proporcjonalności²⁷. Innymi słowy, zasada proporcjonalności służy za narzędzie podczas ustalania właściwej równowagi między przeciwstawnymi interesami, z jednej strony celami prowadzonej przez państwa członkowskie polityki gospodarczej, a z drugiej prawami uczestników gry rynkowej oraz celami UE²⁸.

Trybunał w orzeczeniu odwołał się do dyrektywy 2003/41 w sprawie działalności instytucji pracowniczych programów emerytalnych oraz nadzoru

²⁴ Orzeczenie C-451/05 *Européenne et Luxembourgeoise d'investissements SA (ELISA) v. Directeur général des impôts, Ministère public* Zb.Orz. 2007 I-8251, pkt. 82. Por. także orzeczenia C-319/02 *Petri Manninen* Zb.Orz. 2004 I-7477, pkt. 29; C-386/04 *Centro di Musicologia Walter Stauffer v. Finanzamt München für Körperschaften* Zb.Orz. 2006 I-8203; 32; C-150/04 *Komisja v. Królestwu Danii* Zb.Orz. 2007 I-1163, pkt. 46; C-522/04 *Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Belgii* Zb.Orz. 2007 I-5701, pkt. 47.

²⁵ Obecny art. 5 TUE zastępuje dawny art. 5 TWE.

²⁶ Protokół nr 2 w sprawie stosowania zasad pomocniczości i proporcjonalności, Dz.Urz. UE 2010 Nr L 83/206.

²⁷ P. Craig, G. De Búrca, *EU Law. Texts, Cases, Materials*, wyd. 4, Oxford 2008, s. 544–545.

²⁸ L.M. Soriano, *How proportionate should anti-competitive state intervention be?*, „European Law Review” February 2003, Vol. 28, no. 1, s. 113; por. także G. De Búrca, *The Principle of Proportionality and its Application in EC Law*, „Yearbook of European Law” 1993, s. 111–112.

nad takimi instytucjami. Wskazał, że dyrektywa 2003/41, stanowi, iż państwa członkowskie nie mogą zakazywać tym podmiotom inwestowania do 30% posiadanych aktywów w aktywa denominowane w walutach zagranicznych²⁹. Jednocześnie, wszelkie bardziej rygorystyczne ograniczenia wprowadzane powinny być tylko na bazie indywidualnej. TSUE podkreślił, że przepisy dyrektywy nie odnoszą się do lokowania kapitału przez OFE, jednak zwrócił uwagę, że dotyczą sytuacji podobnych i w związku z tym konieczne jest wykazanie, że przewidziane w kwestionowanych przepisach polskich ograniczenie wynoszące 5% jest uzasadnione³⁰. A zatem analizie pod kątem zgodności z zasadą proporcjonalności podlega jedynie limit ograniczenia a nie sam jego fakt.

Trybunał Sprawiedliwości, zgadzając się z ustaleniami Komisji wskazał, że ustawodawstwa państw członkowskich w dziedzinie ujawniania informacji o produktach finansowych oraz ochrony inwestorów i konsumentów zostały w szerokim zakresie poddane harmonizacji na poziomie Unii, ułatwiającej utworzenie wspólnego rynku europejskiego kapitału³¹. W związku z tym Rzeczpospolita Polska powołując się na trudności OFE związane z oszacowaniem ryzyka związanego z zagranicznymi inwestycjami błędnie wskazuje, że dotyczy to również inwestycji w innych krajach UE. Analogiczne rozumowanie zostało powtórzone w odniesieniu do ograniczeń inwestycji w papiery wartościowe emitowane w państwach członkowskich³². Wobec tego Trybunał uznał, że ograniczenia wynikające z art. 143 ustawy o funduszach emerytalnych nie mogą znaleźć uzasadnienia w świetle swobody przepływu towarów.

Ponadto Trybunał wskazał, że w odniesieniu do ograniczeń wynikających z art. 136 ust. 3 i art. 136a ust. 2 ustawy o funduszach emerytalnych, że władze polskie nie potrafiły wskazać, że zamierzony cel mógłby zostać osiągnięty przy użyciu mniej restrykcyjnych środków lub ich braku³³. Powyższe rozumowanie jest konsekwencją zawężającej interpretacji dopuszczalności wszelkich wyjątków od swobód rynku wewnętrznego³⁴. A zatem kwestionowane przepisy polskie, zdaniem TSUE naruszają swobodę przepływu kapitału i w jej ramach nie mogą zostać uzasadnione względami interesu ogólnego.

²⁹ Dyrektywa 2003/41/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 3.6.2003 r. w sprawie działalności instytucji pracowniczych programów emerytalnych oraz nadzoru nad takimi instytucjami, Dz.Urz. UE 2003 Nr L 235/10.

³⁰ Orzeczenie C-271/09 *Komisja v. Rzeczpospolita Polska*, pkt. 62–64.

³¹ *Ibidem*, pkt. 65.

³² *Ibidem*, pkt. 67.

³³ *Ibidem*, pkt. 68.

³⁴ J. Steiner, L. Woods, C. Twigg-Flesner, *op.cit.*, s. 350.

5. Możliwość derogacji przepisów prawa UE w stosunku do przedsiębiorstw świadczących usługi w ogólnym interesie gospodarczym

Przepis art. 106 ust. 2 TFUE zawiera tzw. „klauzulę ucieczki”, dzięki której możliwe jest wyłączenie innych przepisów prawa UE – w tym tych regulujących swobody rynku wewnętrznego – w stosunku do przedsiębiorstw zobowiązanych do zarządzania usługami świadczonymi w ogólnym interesie gospodarczym³⁵. Analiza art. 106 ust. 2 TFUE zawierającego derogację wskazuje, że choć adresatami przepisu są przedsiębiorcy, pośrednio, a właściwie przede wszystkim, skierowany jest on również do państw członkowskich³⁶. Ponadto, samo literalne brzmienie art. 106 ust. 2 TFUE nie dostarcza w sposób bezsporny i jednoznaczny odpowiedzi na pytanie o zakres i rozmiar zwolnienia³⁷. Treść przepisu nie pozostawia jednak wątpliwości, że derogacja zastosowana może być w każdym sektorze³⁸.

W kontekście opisywanego zagadnienia konieczna jest analiza, czy art. 106 ust. 2 TFUE znaleźć może zastosowanie do inwestycji dokonywanych przez OFE. Analiza treści przepisu pozwala wskazać, że znajdzie on zastosowanie do podmiotów, które łącznie spełnią trzy przesłanki: służyć będą interesowi ogólnemu, posiadać charakter gospodarczy, czyli być przedsiębiorstwami w rozumieniu prawa UE i zostać do świadczenia danych usług „zobowiązane”³⁹. Udowodnienie wystąpienia przesłanek uzasadniających skorzystanie z derogacji przewidzianej w art. 106 ust. 2 TFUE ciąży na państwie członkowskim, które powołuje się na nie⁴⁰.

³⁵ V. Emmerich, *Monopole i Przedsiębiorstwa publiczne* [w:] *Prawo gospodarcze Unii Europejskiej*, red. M. Dausés, R. Skubisz, C.H. Beck, Warszawa 1999, s. 923; szerzej por. J. Kociubiński, *Pojęcie usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym w europejskiej polityce konkurencji*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2011, nr 8, s. 4-11.

³⁶ M. Szydło, *Artykuł 106* [w:] *Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz. Tom II*, red. A. Wróbel, J. Kowalik-Bańczyk, M. Szwarc-Kuczer, Warszawa 2012, s. 409.

³⁷ M. Szydło, *Swobody rynku...*, s. 507.

³⁸ J. Gundel, *op.cit.*, s. 1298.

³⁹ Opinia Rzecznika Generalnego Säärinena do sprawy C-271/09 *Komisja v. Rzeczpospolitej Polskiej*, pkt. 68.

⁴⁰ Orzeczenie C-160/08 *Komisja Europejska v. Republika Federalna Niemiec* Zb.Orz. 2010 I-3713, pkt. 126. Por. także orzeczenia C-159/94 *Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika francuska (EDF/GDF)* Zb.Orz. 1997 I-5815, pkt. 101.

6. OFE jako przedsiębiorstwa świadczące usługi w ogólnym interesie gospodarczym

Możliwość uznania otwartych funduszy emerytalnych za przedsiębiorstwa świadczące usługi w ogólnym interesie gospodarczym stanowi potencjalnie najbardziej istotny element rozstrzygnięcia, jeżeli umieści się go na szerszym tle reorientacji priorytetów Unii, czego istotnym, choć wydaje się nie inicjującym ogniwem jest reforma wprowadzona Traktatem z Lizbony. Proces ten opisać można jako zwrot ku celom społecznym (socjalnym) i porzucenie wyłącznie ekonomicznych priorytetów. Jednym z wymiarów tego procesu jest stopniowe rozszerzanie zakresu obowiązywania prawa UE na obszar, na którym działają także OFE⁴¹. Zakwalifikowanie otwartych funduszy jako przedsiębiorstwa świadczące usługi należące do wzmiankowanej kategorii oznacza, przepisy (krajowe) regulujące ich operacje respektować muszą standardy wypracowane w *acquis communautaire*.

Chcąc w dużym skrócie, w zakresie jakim jest to niezbędne dla opisywanego zagadnienia scharakteryzować koncepcję usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym należy wskazać, że pojęcie „ogólny interes”, któremu dane usługi służą stanowi, co do zasady, równoważnik pojęcia „interes publiczny” i jego odpowiedników funkcjonujących w poszczególnych państwach członkowskich (*public interest, algemeen belang, d'interet public*)⁴². Innymi słowy, usługi, które służą interesowi ogólnemu, to te, które władze publiczne uznają za niezbędne społeczności i w związku z tym gwarantują ich świadczenia nawet w przypadku braku odpowiednich mechanizmów rynkowych⁴³. Interes ten definiowany jest przez państwa członkowskie i podlega kontroli KE tylko pod kątem istnienia „rażących błędów”⁴⁴.

⁴¹ Por. Komunikat Komisji dla Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów. Dokument uzupełniający do komunikatu dotyczącego jednolitego rynku na miarę Europy XXI wieku Usługi świadczone w interesie ogólnym, w tym usługi socjalne świadczone w interesie ogólnym: nowe zobowiązanie europejskie, Bruksela 20.11.2007, COM(2007) 725 final; W. Sauter, *Services of general economic interest and universal service in EU law*, „European Law Review” 2008, Vol. 33, no. 2, s. 183 i n.

⁴² E. Malaret Garcia, *Public Service, Public Services, Public Functions and Guarantees of Rights of Citizens: Unchanging needs in a Changed Context* [w:] *Public Services and Citizenship in European Law. Public and labour law Perspectives*, red. M. Freedland, S. Sciarra, Oxford 1998, s. 57.

⁴³ Komunikat Komisji. Usługi użyteczności publicznej w Europie, 20.09.2000, COM(2000) Dz. Urz. UE 2001 Nr C 17/04; Komisja Europejska. Zielona Księga w sprawie usług użyteczności publicznej. 21.5.2003, COM(2003) 270 final.

W dającym początek nowej linii orzeczniczej rozstrzygnięciu w sprawie *Kholl*, TSUE zwrócił uwagę, że zastosowanie art. 106 ust. 2 TFUE możliwe jest tylko wtedy dana usługa oprócz służenia interesowi ogólnemu posiada także element gospodarczy – co stanowi drugi z elementów koncepcji⁴⁵. Innymi słowy, kiedy podmiot świadczący tę usługę będzie przedsiębiorstwem w rozumieniu prawa UE⁴⁶. Rodzi to określone implikacje, szczególnie w obszarze szeroko rozumianych ubezpieczeń społecznych, gdzie istnieje bogate i niejednolite orzecznictwo Trybunału dotyczące kwestii, czy działające w tej branży podmioty wypełniają przesłanki do zakwalifikowania je do tej kategorii⁴⁷.

Definicji pojęcia „przedsiębiorstwo”, nie ma w prawie pierwotnym, jednak analiza orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości pozwala wskazać, że termin ten obejmuje każdy podmiot (*entity*), niezależnie od charakteru prawnego i sposobu w jaki jest finansowany, który prowadzi działalność gospodarczą, która polega na oferowaniu towarów usług na rynku⁴⁸. Nie ma przy tym znaczenia, czy celem jej jest osiągnięcie zysku, czy nie⁴⁹. Zdaniem Trybunału,

⁴⁴ Ibidem; por. także orzeczenie T-289/03 *British United Provident Association Ltd (BUPA), BUPA Insurance Ltd i BUPA Ireland Ltd v. Komisja* Zb.Orz. 2005 II-741, pkt. 169.

⁴⁵ Orzeczenie C-158/96 *Raymond Kohll v. Union des caisses de maladie* Zb.Orz.1998 I-1931, pkt. 41. Por. także późniejsze orzeczenia C-157/99 *B.S.M. Geraets-Smits v. Stichting Ziekenfonds VGZ and H.T.M. Peerbooms v. Stichting CZ Groep Zorgverzekerings* Zb.Orz. 2001 I-5473, pkt. 72 i C-385/99 *Muller-Fauré*, pkt. 73.

⁴⁶ Szerzej por. M. Herrman, F.J. Säcker, *The Concept of Undertaking* [w:] red. G. Hirsh, F. Montag, F. J. Säcker, op.cit., s. 406–431; A. Nikpay, L. Kjølbbye, J. Faull, *Article 81* [w:] *Faull & Nikpay EC Law of Competition*, red. J. Faull, A. Nikpay, Oxford 2007, s. 188–195; K. Materna, *Pojęcie przedsiębiorcy w polskim i europejskim prawie ochrony konkurencji*, Warszawa 2009.

⁴⁷ Por. także A. Winterstein, *Nailing the Jellyfish: Social Security and Competition Law*, „European Competition Law Review” 1999, Vol. 20. No. 6, s. 324–333; Por. M. Krajewski, M. Farley, *Non- Economic Activities in Upstream and Downstream Markets and the Scope of Competition Law after FENIN*, „European Law Review” 2007, Vol. 32, no. 1, s. 111–124; A. Svetlicinii, *Back to the Basics: Concept of Undertaking and Economic Activity in SELEX Judgment*, „European Law Reporter” 2009, No. 12, s. 422–427.

⁴⁸ Orzeczenia 118/85 *Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Włoska* Zb. Orz. 1987 2599, pkt. 7; C-35/96 *Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Włoska*, pkt. 36; orzeczenia w sprawach połączonych C-180/98 do C-184/98 *Pavel Pavlov i in. v. Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten* Zb.Orz. 2000 I-6451, pkt. 75; C-475/99 *Firma Ambulanz Glockner v. Landkreis Sudwestpfalz* Zb.Orz. 2001 I-8089, pkt. 19; C-309/99 *J.C.J. Wouters, J.W. Savelbergh na Price Waterhouse Belastingadviseurs BV v. Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten* Zb.Orz. 2002 I-1577, pkt. 47; C-82/01 *P Aeroports de Paris v. Komisji* Zb. Orz. 2002 I-9297, pkt. 79.

⁴⁹ Decyzja IV/31.734 – *Film purchases by German television stations*, Dz.Urz. WE 1989 Nr L 284/36. Organy władzy publicznej prowadzące działalność komercyjną także zostaną zgodnym z zaprezentowaną wykładnią uznane za przedsiębiorstwa w rozumieniu prawa UE. Przesłanka wykluczającą możliwość uznania danej działalności za gospodarczą i w efekcie podmiot ją

to czy dany podmiot zaliczony zostanie do tej kategorii powinno zostać każdorazowo określone z uwzględnieniem okoliczności specyficznych dla danej sytuacji⁵⁰. Istnieje bogate i niejednocierne orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości dotyczące możliwości zakwalifikowania działalności operatorów funduszy emerytalnych, jako mającej charakter gospodarczy.

Trybunał Sprawiedliwości w swoim orzeczeniu w sprawie *Wouters* zaznaczył, że przepisy konkurencji nie znajdują zastosowania, jeżeli działalność podmiotu ze względu na swoją naturę, cel i zasady, na jakich się odbywa, nie należy do sfery działalności o charakterze ekonomicznym (gospodarczym)⁵¹. Innymi słowy, TSUE zwrócił uwagę, że funkcja jaką pełni dany podmiot, powinna być uwzględniona podczas oceny, czy jego aktywność uprawnia do uznania ją za gospodarczą w świetle prawa konkurencji. Warto wskazać, że Rzeczpospolita Polska określiła OFE jako „emanację państwa, służącą celom o charakterze socjalnym”. Zdaniem Rzecznika Generalnego Säärinena już to powinno wykluczyć możliwość zastosowania art. 106 ust. 2 TFUE, ponieważ działania, które są realizacją misji władz publicznych nie mają charakteru gospodarczego a więc podmioty je realizujące nie będą przedsiębiorstwami⁵². W tym miejscu pojawia się pytanie, dlaczego władze w postępowaniu przed Trybunałem powoływały się na art. 106 ust. 2 TFUE a jednocześnie, pośrednio choć bardzo wyraźnie odmówiły OFE statusu przedsiębiorstw, co jest warunkiem *sine qua non* dla skorzystania z derogacji⁵³.

wykonujący za przedsiębiorstwo jest realizowanie władczych uprawnień wykorzystujących przymus publicznoprawny wobec obywateli. Por. orzeczenia C-364/92 *SAT Fluggesellschaft mbH v. Eurocontrol* Zb.Orz. 1994 I-43, pkt. 27; C-343/95 *Diego Cali & Figli Srl v. Servizi ecologici porto di Genova SpA (SEPG)* Zb.Orz. 1997 I-1547, pkt. 22. Także por. orzeczenie 52/76 *Luigi Benedetti v. Munari F.lli s.a.s.* Zb.Orz. 1977 163 i opinia Rzecznika Generalnego Reischla do tego orzeczenia pkt. 191 i 192 również opinia Rzecznika Generalnego Capotorti w sprawie 82/77 *Openbaar Ministerie van het Koninkrijk der Nederlanden v. Jacobus Philippus van Tieggele* Zb.Orz. 1978 25, pkt. 539–542. Również decyzja IV/29.883 – *AROW/BNIC*, Dz.Urz. WE 1982 Nr L 379/1.

⁵⁰ A. Svetlicinii, *Back to the Basics: Concept of Undertaking and Economic Activity in SELEX Judgment*, „European Law Reporter” 2009, nr 12.

⁵¹ Orzeczenie C-309/99 *Wouters*, pkt. 57; por. także orzeczenie w sprawach połączonych C-159/91 i C-160/91, *Poucet*, pkt. 18 i 19; także orzeczenia C-364/92 *Eurocontrol*, pkt. 30, C-343/95 *Diego Cali & Figli Srl v. Servizi ecologici Porto di Genova SpA (SEPG)* Zb.Orz. 1997 I-1547, pkt. 22 i 23.

⁵² Opinia Rzecznika Generalnego Säärinena do sprawy C-271/09 *Komisja v. Rzeczpospolita Polska*, pkt. 69.

⁵³ Przykładowo w orzeczeniu w sprawie *Foster* Trybunał, analizując status podmiotów zajmujących się świadczeniem usług z zakresu medycyny ratunkowej i pozostających pod całkowitą kontrolą państwa, uznał je za „emanację państwa” (*emanation of the State*), odmawiając przyznania im statusu przedsiębiorstw (C-188/89 *A. Foster i inni p. British Gas plc*. Zb.Orz. 1990 I-3313).

Przesłanki do dokonania oceny czy działalność podmiotu działającego w sferze ubezpieczeń społecznych ma charakter gospodarczy zostały sformułowane w orzeczeniu w sprawie *Poucet*⁵⁴. TFUE wskazał, że uwzględnić należy społeczny cel, któremu służy podmiot, to że nie działa on dla osiągnięcia zysku oraz fakt, że został powołany w drodze układu zbiorowego, a jego działalność zdominowana jest przez zasadę solidarności (*solidarity-based*)⁵⁵. Kumulatywne wypełnienie tych trzech przesłanek przez podmiot, nie pozwala uznać jego aktywności za działalność gospodarczą w świetle przepisów konkurencji⁵⁶. W tym kontekście zwrócić uwagę należy, że Trybunał wielokrotnie stwierdzał, że prawo unijne nie wpływa na swobodę państw członkowskich w kształtowaniu swoich systemów zabezpieczenia społecznego⁵⁷. Kompetencje państwa ustanawianiu systemów zabezpieczenia społecznego były jednym z argumentów podnoszonych przez stronę polską w postępowaniu. Jak jednak wskazał Rzecznik Generalny Säärinen *raison d'être* art. 153 ust. 4 TFUE nie jest wprowadzenie odstępstw od podstawowych swobód przewidzianych w traktacie, a zatem nie może posłużyć jako uzasadnienie środków naruszających swobodę przepływu kapitału⁵⁸.

Odejście od powyższych kryteriów daje się zaobserwować w orzeczeniu Trybunału w sprawie *FFSA* oraz rozstrzygnięciach, które nastąpiły po nim⁵⁹. Trybunał argumentował, że organizacja, w tym przypadku francuski podmiot odpowiedzialny za dodatkowe ubezpieczenia emerytalne, której zadaniem nie jest przynoszenie zysku, może prowadzić działalność gospodarczą (i być uznana za przedsiębiorstwo), ponieważ działa na zasadzie kapitalizacji (*principle of capitalisation*) oraz, że jej wynik finansowy uzależniony jest od

⁵⁴ Orzeczenie w sprawach połączonych C-159/91 i C-160/91 *Poucet*, pkt. 8.

⁵⁵ Ibidem; por. także N. Boeger, *Solidarity and EC competition law*, „European Law Review” 2007, Vol. 32, no. 3, s. 325–326 i opinie Rzecznika Generalnego Niala Fenellygo do sprawy C-70/95 *Sodemare SA, Anni Azzurri Holding SpA i Anni Azzurri Rezzato Srl v. Regione Lombardia* Zb.Orz. 1997 I-3395, pkt. 29.

⁵⁶ Ibidem; por. również w związku z orzeczeniem w sprawach połączonych C-264/01, C-306/01, C-354/01 i C 355/01, *AOK Bundesverband*; M. Krajewski, M. Farley, *Limited Competition in National Health Systems and the Application of Competition Law* *The AOK Bundesverband case*, „European Law Review” 2004, Vol. 29, no. 6, s. 842–851.

⁵⁷ Por. orzeczenia C-158/96 *Raymond Kohll v. Union des caisses de maladie* Zb.Orz. 1998 I-1931, pkt. 17 i C-157/99 *B.S.M. Geraets-Smits v. Stichting Ziekenfonds VGZ and H.T.M. Peerbooms v. Stichting CZ Groep Zorgverzekeringen* Zb.Orz. 2001 I-5473, pkt. 44.

⁵⁸ Opinia Rzecznika Generalnego Säärinena do sprawy C-271/09 *Komisja v. Rzeczpospolitej Polskiej*, pkt. 78.

⁵⁹ Orzeczenie C-244/94 *FFSA*, pkt. 17 i 19; także M. Krajewski, M. Farley, op.cit., s. 842–851.

wyniku inwestycji podejmowanych przez organ zarządzający⁶⁰. Była to sytuacja podobna do zasad działania OFE.

Trybunał sprawiedliwości w orzeczeniu w sprawie *Albany* uznał instytucje zajmującą się ubezpieczeniami emerytalnymi za realizującą interes ogólny⁶¹. Także w omawianym rozstrzygnięciu TSUE przyznał, że Otwarte fundusze emerytalne mogą być postrzegane jako podmioty wykonujące zadania w ogólnym interesie gospodarczym. Warto zauważyć, że orzeczenie nie odnosi się w ogóle do rozważań Rzecznika Generalnego i swojego wcześniejszego orzecznictwa dotyczącego gospodarczego charakteru działalności podmiotów zajmujących się zabezpieczeniem społecznym ani do pojęcia zobowiązania, czyli prawnej relacji łączącej operatora (OFE) i organ władzy publicznej nakładający je.

7. Zakres dopuszczalnego wyłączenia reguł traktatowych

Zakwalifikowanie OFE jako przedsiębiorstwo świadczące usługi w ogólnym interesie gospodarczym stwarzają możliwość wykorzystania wyłączenia zawartego w art. 106 ust. 2 TFUE. Jedynie możliwość, ponieważ te dwa elementy analizowane są oddzielnie i nie zawsze konieczne jest użycie „tarczy” w postaci art. 106 ust. 2 TFUE. Ocena, czy zasadne jest skorzystanie z derogacji dokonywana jest oczywiście *ad causum*, jednakże nie zapada w próżni. Istnieje bowiem bogate orzecznictwo TSUE i wiele decyzji Komisji a także aktów mających charakter *soft-law* pozwalających z dużą dokładnością przewidzieć rozstrzygnięcie odnośnie możliwości skorzystania z derogacji.

Granice zwolnienia obejmować będą obszar, w jakim regulacje traktatowe stanowią będą prawną lub faktyczną przeszkodę w świadczeniu powierzonych usług w ogólnym interesie gospodarczym⁶². Jest to istotna różnica w porównaniu do testu proporcjonalności stosowanego podczas oceny zgodności środków państwowych ze swobodami rynku wewnętrznego⁶³. Trybunał

⁶⁰ Ibidem, pkt. 10 i n.

⁶¹ Orzeczenie C-67/96 *Albany International BV v. Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie* Zb.Orz. 1999 I-5751, pkt. 105-111.

⁶² Por. J. Kociubiński, *Derogacja zasad konkurencji wobec przedsiębiorstw zobowiązanych do świadczenia usług w ogólnym interesie gospodarczym a zasada proporcjonalności*, „Studia Prawnicze” 2011, z. 2, s. 159-176.

⁶³ J.L. Buendia Sierra, *Article 86...*, s. 591.

Sprawiedliwości bowiem zawsze stał na stanowisku, że ograniczenia swobód nie mogą zostać wykorzystane do ochrony interesów o charakterze gospodarczym (*economic interest*) a ich wprowadzenie jest uzasadnione tylko jeśli jest niezbędne do osiągnięcia zamierzonych celów⁶⁴. „Klauzula ucieczki” natomiast możliwa jest do wykorzystania wtedy, kiedy dzięki niej operator usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym będzie mógł wykonywać swoje zadania na ekonomicznie akceptowalnych warunkach⁶⁵.

Derogacja wynika z mocy prawa, ze względu na charakter świadczonych usług, bez konieczności każdorazowego notyfikowania Komisji o jej zastosowaniu wobec konkretnych podmiotów⁶⁶. Zastrzeżenie, jakie art. 106 ust. 2 TFUE czyni jest takie, by to zwolnienie nie naruszało rozwoju handlu w sposób pozostający sprzeczny z interesem Unii. Interes Unii ma w tym przypadku charakter nadrzędny wobec interesów poszczególnych państw członkowskich⁶⁷. Wynikać on powinien wprost z celów i zasad Traktatów⁶⁸. Prawodawca dopuszcza więc, sytuacje, kiedy wyłączenie reguł konkurencji (lub innych przepisów prawa UE) może zakłócić handel, zabraniając jedynie by zakłócenie to sięgało tak daleko, że aż by było sprzeczne z interesem Unii⁶⁹.

Trybunał Sprawiedliwości zgadzając się z opinią Rzecznika generalnego Säärinena wskazał, że władze polskie nie były w stanie wskazać, dlaczego preferencja krajowa miałaby być niezbędna do osiągnięcia celów, jakim otwarte fundusze emerytalne służą⁷⁰. Innymi słowy w jakim stopniu, i czy w ogóle przepisy dotyczące swobody przepływu kapitału stanowią prawną lub faktyczną przeszkodę w osiągnięciu celów realizowanych przez te fundusze⁷¹. Dlatego mimo zaakceptowania możliwości uznania OFE za przedsiębiorstwa świadczące usługi w ogólnym interesie gospodarczym w rozumieniu art. 106 ust. 2 TFUE, Trybunał uznał, że nie istnieją przesłanki uzasadniające skorzystanie z „klauzuli ucieczki” zawartej w tym przepisie⁷². Biorąc pod uwagę, że to

⁶⁴ J. Gundel, op.cit., s. 1307–1308 wraz z przywoływanym tam orzecznictwem.

⁶⁵ Szerzej: J. Kociubiński, *Derogacja zasad...*, s. 159–176.

⁶⁶ Orzeczenie 258/78 *Nungesser v. Komisja* Zb.Orz. 1982 2015, pkt. 8–9; por. także decyzje 82/861 *British Communications*, Dz.Urz. UE 1982 Nr L 360/36; Decyzja *NAVEVA/ANSEAU*, Dz.Urz. UE 1982 Nr L 167/39.

⁶⁷ S. Dudzik, *Pomoc państwa dla przedsiębiorstw publicznych w prawie Wspólnoty Europejskiej. Międzyneutralnością a zaangażowaniem*, Kraków 2002, s. 375.

⁶⁸ Ibidem.

⁶⁹ M. Szydło, *Artykuł 106...*, s. 418.

⁷⁰ Opinia Rzecznika Generalnego Säärinena do sprawy C-271/09 *Komisja v. Rzeczpospolita Polska*, pkt. 73.

⁷¹ Ibidem, pkt. 71.

⁷² Orzeczenie C-271/09 *Komisja v. Rzeczpospolita Polska*, pkt. 72.

państwa członkowskie powinny wskazać okoliczności uzasadniające skorzystanie z klauzuli ucieczki, udowodnić, że krok taki jest potrzebny, rozstrzygnięcie Trybunału nie pozostawiało żadnych wątpliwości.

8. Uwagi końcowe

Próbując podsumować i zrekapitulować najważniejsze tezy orzeczenia Trybunału w sprawie Komisja przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej i jednocześnie umiejscowić rozstrzygnięcie w szerszym kontekście rynku wewnętrznego należy podkreślić, że pomimo fundamentalnego charakteru swobód rynku wewnętrznego, ograniczenia są immanentnie wpisane w samą ich istotę. A zatem problem nie leży w samym fakcie stworzenia bariery dla swobody przepływu kapitału ale w jej uzasadnieniu i zakresie.

Analiza orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości poprzedzającego omawiane rozstrzygnięcie nie pozostawia wątpliwości dotyczących sposobu interpretacji regulacji pozwalających wprowadzić ograniczenie swobody przepływu kapitału (art. 63 TFUE) jak i określających zasady skorzystania z derogacji przepisów prawa UE (art. 106 ust. 2 TFUE). Odpowiadając na uzasadnioną opinię Komisji władze polskie nie były w stanie przedstawić istnienia żadnej z przesłanek pozwalających na skorzystanie z tych wyłączeń. Wobec tego rozstrzygnięcie sprawy, na niekorzyść Rzeczypospolitej było do przewidzenia. Dodatkowo, ze względu na charakter ograniczenia, wyrażony wprost w ustawie, wszczęcie przez Komisję Europejską postępowania na podstawie art. 226 TFUE również było w takim przypadku nieuchronne. W związku z tym zdecydowanie negatywnie należy ocenić zachowanie prawodawcy, który, bez wdawania się w rozważania dotyczące motywów działania, uchwalił prawo, które w sposób jednoznaczny sprzeczne było z regułami prawa Unii Europejskiej. W tym kontekście potwierdzeniu ulega potrzeba dyskusji nad jakością prawa stanowionego w Polsce.

Rozpatrując natomiast omawiane orzeczenie na płaszczyźnie *acquis communautaire* to można zauważyć, że linia rozumowania zastosowana w rozstrzygnięciu wpisuje się w dający się zaobserwować proces obejmowania podmiotów działających w sferze socjalnej przepisami unijnego prawa konkurencji. Uznanie ich przedsiębiorstwa a ich działalności za służącą ogólnemu interesowi gospodarczemu nie oznacza w żadnym wypadku, że nie będzie możliwe stworzenie im preferencyjnych warunków operacji w związku z użyteczną społecznie rolą, którą pełnią. Wręcz przeciwnie, *telos* usług należących do tej kategorii zakłada wprowadzenie mechanizmów zapewniających niezakłóconą

operację w sytuacji różnego rodzaju niedomogów rynku. Co istotne, decyzje dotyczące podejmowanych w tym zakresie środków zapadają wtedy na poziomie Unii Europejskiej. Prowadzi to do stopniowego europeizowania i powolnej harmonizacji w obszarze, który jeśli chodzi o regulacje traktatową nie należy do kompetencji wyłącznych UE.

**Limitation on the investment of capital assets
for the open pension funds and free movement of capital
in the light of judgment of the European Court of Justice
in case (C-271/09) European Commission v. Republic of Poland**

This paper seeks to provide detailed analysis of the relatively recent and certainly highly commented judgment of the European Court of Justice in case C-271/09 European Commission v. Republic of Poland. In its ruling the Court stated that Poland has failed to fulfil its obligations under Article 63 TFEU – Free movement of Capital. The provisions imposing limitations on investment of capital assets for open pension funds (OFE) have been found to be infringing aforementioned freedom of the internal market.

Two main issues are subject to scrutiny. First, what policy-driven State's measures could be justified through general exemption clause incorporated in every internal market freedom. Whether requirements of a internal policy could warrant cross-border restrictions. Second of the discussed points relates to other *communautaire* means that could serve as a justification for such State's measures. "Escape Clause" encapsulated in Article 106(2) TFEU could be use a as "shield" against any EU provision but in order to use it a given entity (OFE) must be classed as undertaking entrusted in operations of services of general economic interest. This raises serious questions whether activities of a social security operator could be deemed economic and whether this field is subject to the rules of EU Law or the law of the Member States.