

Michał Bitner, Michał Kulesza

Nowa definicja państwowego długu publicznego? Problemy związane z interpretacją przepisów rozporządzenia Ministra Finansów z 23.12.2010 r. w sprawie szczegółowego sposobu klasyfikacji tytułów dłużnych zaliczanych do państwowego długu publicznego, w tym do długu Skarbu Państwa

W artykule dokonano analizy nowej definicji państwowego długu publicznego oraz porównano ją z definicją sformułowaną dla potrzeb procedury nadmiernego deficytu. Doprowadziło to Autorów do wskazania niespójności definicji z niektórymi instytucjami ustawy o finansach publicznych oraz zakwestionowania sposobu zmiany definicji państwowego długu publicznego, dowodząc jego niekonstytucyjności. Autorzy postulują zatem wycofanie rozporządzenia z obrotu prawnego. Z drugiej strony, rozumiejąc i w znacznej mierze podzielając założenia, które legły u podstaw zmiany, wskazują prawidłowy sposób ich przekształcenia w normy obowiązującego prawa.

Dnia 1.01.2011 r. weszła w życie zmiana przepisu art. 72 ust. 2 ustawy o finansach publicznych¹ zawierającego delegację do wydania rozporządzenia, w którym Minister Finansów ma określić szczegółowy sposób klasyfikacji tytułów dłużnych zaliczanych do państwowego długu publicznego. Nowelizacja polegała na dodaniu do treści przepisu wyrażenia „w tym rodzaje zobowiązań zaliczanych do tytułów dłużnych”. Tę samą dnia weszło w życie rozporządzenie Ministra Finansów z 23.12.2010 r. w sprawie szczegółowego sposobu klasyfikacji tytułów dłużnych zaliczanych do państwowego długu publicznego, w tym do długu Skarbu Państwa². Przepis § 3 pkt 2 rozporządzenia stanowi, że

tytuły dłużne zaliczane do długu publicznego obejmują m.in. kredyty i pożyczki, przy czym do tej kategorii zalicza się również umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym, które mają wpływ na poziom długu publicznego, papiery wartościowe, których zbywalność jest ograniczona, umowy sprzedaży, w których cena jest płatna w ratach, umowy leasingu zawarte z producentem lub finansującym, w których ryzyko i korzyści z tytułu własności są przeniesione na korzystającego z rzeczy, a także umowy nienazwane o terminie zapłaty dłuższym niż rok związane z finansowaniem usług, dostaw, robót budowlanych, które wywołują skutki ekonomiczne podobne do umowy pożyczki lub kredytu.

Przepis ten ma w istocie charakter przełomowy: przekreśla dotychczasowe rozumienie art. 72 ust. 1 oraz art. 73 u.f.p. jako przepisów ustalających sposób obliczania państwo-

¹ Ustawa z 16.12.2010 r. o zmianie ustawy o finansach publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 257, poz. 1726), ustawa z 27.08.2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. 157, poz. 1240 ze zm.), dalej: u.f.p.

² Rozporządzenie Ministra Finansów z 23.12.2010 r. w sprawie szczegółowego sposobu klasyfikacji tytułów dłużnych zaliczanych do państwowego długu publicz-

nego, w tym do długu Skarbu Państwa (Dz. U. Nr 252, poz. 1692), dalej: rozporządzenie.

wego długu publicznego, zaliczając doń także niektóre umowy sprzedaży, umowy leasingu, umowy partnerstwa publiczno-prywatnego oraz umowy nienazwane.

1. Definicja długu publicznego w prawie unijnym

W prawie unijnym funkcjonują dwie definicje długu sektora ogólnorządowego (*general government*), jedna wynikająca z przepisów ESA'95³, druga – sformułowana dla potrzeb procedury nadmiernego deficytu (EDB), przy czym doniosłość z punktu widzenia prawnego ma ta ostatnia⁴. Artykuł 126 (104) Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej⁵ nakłada na państwa członkowskie generalnie określony obowiązek unikania nadmiernych deficytów budżetowych. Ideę tę rozwija załączony do TFUE Protokół dotyczący procedur stosowanych w przypadku wystąpienia nadmiernego deficytu budżetowego, stanowiąc, że stosunek długu rządowego (*government debt*) do produktu krajowego brutto według cen rynkowych nie powinien przekraczać 60%. Przepisy Protokołu zostały wzmocnione postanowieniami Paktu Stabilności i Rozwoju przyjętego przez Radę Europejską w Dublinie w grudniu 1996 r., którego zasadniczymi częściami są: ustalenie okresów wdrażania procedury nadmiernego deficytu (EDP), precyzyjne określenie warunków, w których naruszenia mogą być uznane za wyjątkowe i przejściowe, oraz ustalenie wysokości i zasad stosowania sankcji finansowych. Zawarte w Protokole określenia stosowanych w traktacie pojęć mają charakter blankietowy: dług sektora rządowego (czyli sektora *general government* w rozumieniu ESA'95) został mianowicie określony jako całkowity

ty dług brutto według wartości nominalnej ustalony na koniec roku i skonsolidowany w ramach sektora. Precyzyjną definicję długu zawiera natomiast wykonujące postanowienie protokołu rozporządzenie Rady (WE) nr 479/2009 z 25.05.2009 r. w sprawie stosowania Protokołu dotyczącego procedury nadmiernego deficytu załączonego do Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską⁶. Rozporządzenie to zostało następnie zmienione rozporządzeniem Rady (UE) nr 679/2010 z 26.07.2010 r. zmieniającym rozporządzenie nr 479/2009 w zakresie jakości danych statystycznych w kontekście procedury nadmiernego deficytu⁷.

Dla potrzeb stosowania art. 126 TFUE dług rządowy (*government debt*) został zdefiniowany jako całkowity dług brutto sektora ogólnorządowego (*general government*) według wartości nominalnej, istniejący na koniec roku, z wyjątkiem tych pasywów, którym odpowiadają aktywa utrzymywane przez podmioty sektora ogólnorządowego. Na dług sektora ogólnorządowego składają się pasywa sektora ogólnorządowego (S.13) w trzech kategoriach: gotówka i depozyty (AF.2), papiery wartościowe inne niż akcje, z wyłączeniem instrumentów pochodnych (AF.33) oraz pożyczki (AF.4), w znaczeniu, które pojęciom tym nadaje ESA'95.

Postanowienia ESA'95 nie pozwalają ani na jednoznaczne sformułowanie definicyjnych cech pożyczki (ściślej: zobowiązań zaliczanych do pożyczek), ani na przeprowadzenie wyraźnej linii demarkacyjnej między pożyczkami a pozostałymi zobowiązaniami (AF.7), które nie są zaliczane do długu rządowego obliczanego dla potrzeb procedury nadmiernego deficytu, dają jednak wiele

³ Council Regulation (EC) No 2223/96 of 25.06.1996 on the European system of national and regional accounts in the Community (Dz. Urz. WE L 310 z 1996 r.).

⁴ Definicja wynikająca z postanowień ESA'95 służy wyłącznie celom statystycznym.

⁵ Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz. Urz. UE C 83/47 z 2010 r.), dalej: TFUE.

⁶ Rozporządzenie Rady (WE) nr 479/2009 z 25.05.2009 r. w sprawie stosowania Protokołu dotyczącego procedury nadmiernego deficytu załączonego do Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (Dz. Urz. UE I 145/1 z 2009 r.).

⁷ Rozporządzenie Rady (UE) nr 679/2010 z 26.07.2010 r. w sprawie jakości danych statystycznych w kontekście procedury nadmiernego deficytu.

istotnych wskazówek interpretacyjnych. Kategoria „pożyczki” (AF.4) obejmuje transakcje aktywów (i odpowiadających im pasywów) finansowych powstających wtedy, gdy pożyczkodawcy (*creditors*) pożyczają środki dłużnikom, bezpośrednio lub za pośrednictwem brokerów, co może być poświadczone dokumentami niebędącymi przedmiotem obrotu (*non-negotiable documents*) lub może nie być poświadczone dokumentami (§ 5.69). Pożyczki charakteryzują się zasadniczo następującymi cechami:

- warunki pożyczki są albo ustalone przez instytucję finansową udzielającą pożyczki, albo negocjowane przez pożyczkodawcę i dłużnika bezpośrednio lub za pośrednictwem brokera,
- inicjatywa zaciągnięcia pożyczki należy w typowych przypadkach do pożyczkobiorcy,
- pożyczka jest długiem bezwarunkowym, który musi być spłacony w terminie spłaty (*at maturity*), i jest oprocentowany (§ 5.70).

Kategoria AF. 4 obejmuje m.in.: leasing finansowy, umowy *hire-purchase* oraz pożyczki służące finansowaniu kredytów handlowych, nie obejmuje zaś pozostałych należności/zobowiązań (AF.7) włącznie z kredytami handlowymi i zaliczkami (AF.71). Z punktu widzenia okresu spłaty kategoria AF.4 obejmuje pożyczki krótkoterminowe i długoterminowe. Pożyczki krótkoterminowe – to pożyczki z krótkookresowym oryginalnym terminem spłaty, czyli terminem nie dłuższym niż rok, a w wyjątkowych przypadkach dwa lata (choć dopuszcza się kwalifikację jako krótkoterminowych niektórych dłużnych papierów wartościowych emitowanych przez jednostki sektora ogólnorządowego o okresie wymagalności do pięciu lat), oraz pożyczki płatne na żądanie (§ 5.72 w zw. z § 5.22).

Kategoria „pozostałe należności/zobowiązania” (AF.7) obejmuje wszelkie transakcje, których przedmiotem są pozostałe należności/zobowiązania, czyli roszczenia finansowe (*financial claims*) powstające jako odpowied-

nik (*counterpart*) transakcji finansowej lub niefinansowej w przypadkach, w których istnieje różnica w czasie między transakcją a odpowiadającą jej płatnością (§ 5.120). Kategoria ta obejmuje zatem transakcje mające za przedmiot roszczenia finansowe wynikające z przyspieszonej lub opóźnionej płatności za transakcje dobrami lub usługami. Kategoria AF.7 składa się z dwóch podkategorii: kredytów handlowych (kupieckich) i zaliczek (*trade credit and advances* – AF.71) oraz pozostałych należności/zobowiązań z wyłączeniem kredytów handlowych i zaliczek (§ 5.123). Subkategoria AF.71 obejmuje wszelkie transakcje dotyczące kredytów handlowych i zaliczek, czyli roszczeń finansowych powstających jako bezpośrednie udzielenie kredytu (*direct extension of credit*) przez dostawców i kupujących w transakcjach dotyczących dóbr i usług, jak również zaliczki za roboty budowlane w trakcie wykonywania lub które mają być rozpoczęte, oraz inne transakcje związane z powyższymi. Subkategoria AF.71 obejmuje m.in. (§ 5.125):

- roszczenia finansowe związane z dostarczaniem dóbr i usług, gdzie płatność nie miała miejsca,
- kredyty handlowe akceptowane (przejmowane) przez przedsiębiorstwa faktoringowe (*factoring corporations*), z wyjątkiem, gdy są uznawane za pożyczkę (*loan*).

Na podstawie powyższego postanowienia ESA'95 można stwierdzić, że system dopuszcza możliwość potraktowania kredytów handlowych jako pożyczek w przypadku ich przejmowania przez przedsiębiorstwa faktoringowe, nie udzielając jednak żadnych wskazówek co do okoliczności, w których może nastąpić rekwalfikacja. Nawijając do literalnego brzmienia poszczególnych ustępów ESA'95, można by twierdzić, że system – dopuszczając możliwość rekwalfikacji faktoringu – nie przewiduje w wyraźny sposób rekwalfikacji innych transakcji należących do kategorii AF.7. Ponadto ESA'95, wzmiankując jedynie możliwość rekwalfikacji faktoringu, zasadniczo zalicza go jednak do transakcji skutkujących powstaniem

innych należności/zobowiązań (por. zwłaszcza § 2.34).

Szczególną rolę w zakresie statystyki długu i deficytu odgrywa będący departamentem Komisji Urząd Statystyczny (Eurostat) działający według zasad określonych w szczególności w decyzji Komisji z 21.04.1997 r. w sprawie roli Eurostatu w sporządzaniu statystyk Wspólnoty⁸ (97/281/WE). Eurostat jest m.in. odpowiedzialny za ocenę jakości danych oraz ich dostarczanie na potrzeby procedury nadmiernego deficytu. Zgodnie z art. 9 decyzji, państwa członkowskie dostarczają Komisji (Eurostatowi) szczegółowy wykaz metod, procedur oraz źródeł wykorzystywanych do opracowywania danych dotyczących rzeczywistego deficytu i długu oraz rachunków sektora publicznego będących ich podstawą.

Wykazy te powinny być opracowywane stosownie do wytycznych przyjętych przez Komisję (Eurostat) po konsultacji z CMFB (*Committee on Monetary, Financial and Balance of Payments*). Zgodnie z art. 10, w przypadku wątpliwości dotyczących właściwego stosowania zasad rachunkowości ESA'95, państwo członkowskie powinno zwrócić się do Komisji (Eurostatu) o wyjaśnienie. Komisja (Eurostat) niezwłocznie bada daną kwestię i przekazuje swoje wyjaśnienie państwu członkowskiemu oraz CMFB (jeśli to stosowne). W przypadkach złożonych albo będących w interesie ogólnym – według Komisji lub danego państwa członkowskiego – Komisja (Eurostat) powinna podjąć decyzję po konsultacji z CMFB. Decyzje takie są podawane do publicznej wiadomości. Dotychczas Eurostat wydał ponad 20 takich decyzji, m.in. w sprawie traktowania partnerstwa publiczno-prywatnego (z 11.2.2004 r.), klasyfikacji kapitałowych systemów emerytalnych w przypadku odpowiedzialności władz publicznych lub gwarancji (z 2.3.2004 r.), transferów z budżetu UE do państw członkowskich (z 15.2.2005 r.).

⁸ Commission Decision of 21.04.1997 on the role of Eurostat as regards the production of Community statistics (Dz. Urz. WE L 112 z 1997 r.).

2. Zaliczanie poszczególnych rodzajów umów do kategorii „kredyty i pożyczki” państwowego długu publicznego

2.1. Umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym⁹

Ze względu na kontrowersje dotyczące kwalifikacji transakcji partnerstwa publiczno-prywatnego (dalej: PPP) z punktu widzenia rachunkowości społecznej¹⁰ Eurostat zajął się tą problematyką w sposób szczególny w decyzji z 11.02.2004 r., a następnie zaktualizował ESA'95 *Manual on Government Deficit and Debt* (MGDD – oficjalna publikacja o charakterze podręcznika wyjaśniającego zasady stosowania niektórych reguł ESA).

Zgodnie z powyższymi dokumentami aktywa zaangażowane w PPP powinny być klasyfikowane jako aktywa nienależące do sektora publicznego (czyli nieodzwierciedlone w bilansie tego sektora), jeśli są spełnione dwa warunki. Po pierwsze, partner prywatny ponosi ryzyko budowlane. Po drugie, partner prywatny ponosi ryzyko dostępności lub ryzyko popytu. Jeśli ryzyko budowlane jest ponoszone przez podmiot publiczny lub jeśli jest to jedyny rodzaj ryzyka ponoszonego przez partnera prywatnego, to aktywa zaangażowane w PPP powinny być klasyfikowane jako aktywa sektora publicznego. W związku z tym wydatki związane z tworzeniem tych aktywów będą ewidencjonowane jako wydatki na tworzenie kapitału brutto sektora publicznego (*fixed capital formation expenditure*), tzn. będą ujemnie wpływać na wynik sektora (powiększać deficyt lub pomniejszać nadwyżkę). Dług publiczny wzrośnie o taką samą kwotę. Uzasadnieniem takiego podejścia jest traktowanie tego wzrostu jako „przypisanej pożycz-

⁹ Zob. też M. Bitner, *Wpływ transakcji partnerstwa publiczno-prywatnego na dług i deficyt jednostki samorządu terytorialnego*, „Samorząd Terytorialny” 2011/1–2.

¹⁰ Zob. przegląd stanowisk w tej kwestii w B. Donaghue, *Statistical treatment of „Build-Own-Operate-Transfer” schemes*, IMF Working Paper 2002/167.

ki” (*imputed loan*) udzielonej przez partnera prywatnego. Rachunkowe odzwierciedlenie rzeczywistości ekonomicznej polega w tym przypadku na przyjęciu, że przyrostowi aktywów (a nie zamianie jednego składnika aktywów na inny) musi towarzyszyć taki sam co do wielkości przyrost pasywów¹¹. Okresowe płatności podmiotu publicznego na rzecz partnera prywatnego będą zatem wpływać na wynik sektora publicznego o tyle, o ile będą dotyczyć zakupu usług lub „przypisanych odsetek” (*imputed interest*).

Według powyższej definicji dla oceny PPP z punktu widzenia rachunkowości społecznej kluczowe znaczenie mają trzy ogólne grupy ryzyka: budowlane, dostępności oraz popytu. Ryzyko budowlane obejmuje rozmaite zdarzenia związane z fazą budowy obiektu, np. opóźnienie, nieprzestrzeganie określonych standardów, zwiększenie kosztów, błędy techniczne czy negatywne efekty zewnętrzne. Jeśli podmiot publiczny jest zobowiązany do regularnych płatności na rzecz partnera prywatnego bez względu na zaistnienie powyższych okoliczności, należy przyjąć, że podmiot publiczny ponosi większą część ryzyka budowlanego.

Ryzyko dostępności polega na możliwości wystąpienia ilościowych bądź jakościowych braków w świadczeniu usług przez partnera prywatnego, np. niezapewnieniu odpowiedniej mocy czy przepustowości określonych instalacji, niezachowaniu standardów bezpieczeństwa lub określonych w umowie albo w przepisach standardów jakościowych itp. Jeśli w przypadku zaistnienia takich okoliczności podmiot publiczny jest uprawniony do znaczącego obniżenia wysokości okresowych płatności na rzecz partnera prywatnego – podobnie jak zwykły odbiorca usług świadczonych na podstawie umowy – należy uznać, że większą część ryzyka dostępności ponosi partner prywatny. Ryzyko popytu polega na moż-

liwości wahań popytu na usługi świadczone w ramach PPP niezależnych od działań partnera prywatnego. Ryzyko to nie obejmuje więc fluktuacji spowodowanych cyklem koniunkturalnym, nowymi trendami na rynku, przestarzałą technologią itp. Ryzyko popytu obejmuje natomiast rozmaite zachowania partnera prywatnego pociągające za sobą zmiany ilości lub jakości świadczonych usług. Podmiot publiczny ponosi ryzyko popytu, jeśli jego zobowiązanie do płatności okresowych jest niezależne od poziomu zapotrzebowania na usługi oraz od wpływu wahań popytu na rentowność partnera prywatnego przy założeniu, że wahania te są następstwem działań partnera prywatnego, a nie okoliczności zewnętrznych albo działań podmiotu publicznego.

W przypadkach, gdy analiza ryzyka oparta na powyższych kanonach nie prowadzi do jednoznacznych konkluzji, Eurostat zaleca stosowanie dodatkowych kryteriów, np. statusu partnera prywatnego, znaczenia środków finansowych zapewnianych przez podmiot publiczny, zakresu gwarancji rządowych, statusu własnościowego aktywów po zakończeniu realizacji PPP. Jeśli np. aktywa związane z realizacją PPP, których wartość ekonomiczna po upływie okresu umowy jest nadal znacząca, pozostają własnością partnera prywatnego, to aktywa te nie będą klasyfikowane jako należące do sektora publicznego, nawet jeśli umowa PPP przewiduje prawo podmiotu publicznego do zakupu tych aktywów za cenę odpowiadającą ich bieżącej wartości rynkowej. Jeśli natomiast umowa przewiduje obowiązkowe przewłaszczenie aktywów na rzecz podmiotu publicznego za zapłatą odbiegającą od ich bieżącej wartości rynkowej, to aktywa te będą standardowo ewidencjonowane jako należące do sektora publicznego. Powyższe pomocnicze kryteria mogą być jednak stosowane tylko o tyle, o ile analiza podziału ryzyka nie prowadzi do jednoznacznych rezultatów.

Należy podkreślić, że rozporządzenie z 23.12.2010 r. nie odwołuje się do powyższych kryteriów sformułowanych przez Eurostat, zadowalając się tautologicznym stwier-

¹¹Składinąd zastosowana w przypadku PPP koncepcja „przypisanej pożyczki” znalazła już wcześniej zastosowanie w przypadku transakcji, której ekonomiczna funkcja jest zbliżona do funkcji środków pożyczkowych, tzn. leasingu finansowego.

dzeniem, że tytuły zaliczane do państwowego długu publicznego obejmują kredyty i pożyczki, do których zalicza się także umowy o PPP, które mają wpływ na poziom długu publicznego. Odwołanie takie zostało natomiast zawarte w instrukcji sporządzania sprawozdań budżetowych o stanie zobowiązań z tytułu umów PPP stanowiącej załącznik nr 41 do rozporządzenia Ministra Finansów z 3.02.2010 r. w sprawie sprawozdawczości budżetowej¹². Zgodnie z tą instrukcją, sposób zaliczania zobowiązań z tytułu umów PPP do długu sektora finansów publicznych określa decyzja Eurostatu nr 18/204 z 11.02.2004 r. Instrukcja precyzuje dalej, że zobowiązania z tytułu umów PPP nie są zgodnie z powyższą decyzją Eurostatu zaliczane do długu sektora finansów publicznych, jeżeli partner prywatny przejmie na siebie „ryzyko związane z budową” oraz co najmniej jedno z następujących ryzyk – „ryzyko popytu” i „ryzyko dostępności” (identyczne sformułowanie zawiera wzór Rb-Z-PPP, tj. kwartalnego sprawozdania o stanie zobowiązań wynikających z umów PPP, stanowiący załącznik nr 34 do rozporządzenia).

Interpretacja powyższej instrukcji przy zastosowaniu reguł wykładni językowej prowadzi do absurdu: decyzja Eurostatu dotyczy zobowiązań sektora ogólnorządowego (*general government*), a nie sektora finansów publicznych, wobec czego teza, że zgodnie z tą decyzją zobowiązania sektora finansów publicznych są bądź nie są zaliczane do długu sektora finansów publicznych, jest niezgodna z rzeczywistością. Należy wobec tego uznać, że prawo krajowe – wbrew sformułowaniu rozporządzenia z 23.12.2010 r. – nie określa zasad zaliczania określonych zobowiązań wynikających z umów PPP do państwowego długu publicznego. Jeśli zatem wpływ umów PPP na dług sektora finansów publicznych ma być analizowany według metodologii przyjętej przez Eurostat, należy doprecyzować zakres

kategorii „kredyty i pożyczki”, wprowadzając np. poprawne z punktu widzenia legislacyjnego odwołanie do decyzji z 11.02.2004 r.

Analizując regulację wpływu transakcji PPP na państwowy dług publiczny, nie można nie zauważyć pominięcia w wyliczeniu zawartym w § 3 rozporządzenia umów koncesji. Abstrahując od kwestii precyzyjnego rozgraniczenia umów PPP i koncesji na gruncie prawa krajowego, należy zauważyć, że – przynajmniej z formalnego punktu widzenia – chodzi o dwie różne umowy nazwane. Zgodnie z MGDD koncesja jest rozumiana jako długoterminowa umowa, według której większość przychodów podmiotu prywatnego pochodzi z opłat użytkowników (odbiorców usługi). Istotą rozumienia PPP w rachunkowości społecznej jest natomiast postanowienie umowy przewidujące, że źródłem większości przychodów partnera prywatnego będą płatności jednostki sektora ogólnorządowego. Koncesje w rozumieniu MGDD są neutralne z punktu widzenia długu. Z drugiej strony, w przypadkach, w których przewiduje się płatności koncesjodawcy na rzecz koncesjonariusza i strumień tych płatności będzie stanowić większość przychodów koncesjonariusza – transakcja będzie uznawana za PPP.

Prawo krajowe nie przewiduje podobnego, stosunkowo wyraźnego rozgraniczenia między koncesją a PPP. Przepis art. 3 ustawy z 9.01.2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi¹³ stanowi natomiast, że płatność koncesjodawcy na rzecz koncesjonariusza nie może prowadzić do odzyskania całości związanych z wykonywaniem koncesji nakładów poniesionych przez koncesjonariusza oraz że koncesjonariusz ponosi w zasadniczej części ryzyko ekonomiczne wykonywania koncesji. Ryzyko ekonomiczne jest pojęciem używanym częściej w języku potocznym niż w piśmiennictwie fachowym i występuje w wielu różnych kontekstach. Z pewnością jednak jego zakres nie ogranicza się do niekorzystnego z różnych

¹² Rozporządzenie Ministra Finansów z 3.02.2010 r. w sprawie sprawozdawczości budżetowej (Dz. U. Nr 20, poz. 103).

¹³ Ustawa z 9.01.2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. Nr 19, poz. 101 ze zm.).

względów kształtowania się przepływów pieniężnych z określonego przedsięwzięcia. Należy zatem przyjąć, że możliwe są sytuacje, w których koncesjonariusz będzie ponosił zasadniczą część ryzyka ekonomicznego wykonywania koncesji, choć płatności koncesjodawcy będą generować większość przychodów koncesjonariusza. Takie transakcje powinny być zgodne z metodologią Eurostatu analizowane tak, jak transakcje PPP, ponieważ jednak będą opierać się na umowach koncesji, a nie PPP w rozumieniu prawa krajowego – nie zostały uwzględnione w przepisach rozporządzenia.

2.2. Papiery wartościowe, których zbywalność jest ograniczona

Zaliczenie papierów wartościowych, których zbywalność jest ograniczona, do kategorii „kredyty i pożyczki” (a nie „papiery wartościowe”) może budzić wątpliwości z formalnego punktu widzenia – nie wpływa jednak na wielkość długu publicznego i zgodne jest z dotychczasową regulacją i w tym zakresie. Przez papiery wartościowe, których zbywalność jest ograniczona, należy rozumieć zgodnie z dotychczasową praktyką¹⁴ oraz brzmieniem § 3 pkt 1 rozporządzenia z 23.12.2010 r. – papiery wartościowe inne niż akcje, z wyłączeniem praw pochodnych, niedopuszczone do obrotu zorganizowanego.

2.3. Umowy leasingu zawarte z producentem lub finansującym, w których ryzyko i korzyści z tytułu własności są przeniesione na korzystającego z rzeczy

Zaliczenie niektórych zobowiązań wynikających z umów leasingu do długu publicznego jest w prawie krajowym nowością, całkowicie zgodną jednak z rozwiązaniami za-

stosowanymi w tym zakresie w ESA'95. Warto wspomnieć, że zasady ESA'95 są zupełnie niezależne od zasad rachunkowości finansowej. Oznacza to, że w razie rozbieżności między traktowaniem określonej transakcji w ESA'95 i w rachunkowości finansowej ta ostatnia nie ma żadnego znaczenia.

Leasingowi finansowemu, bo tylko o taki leasing tutaj chodzi, jest poświęcony aneks II oraz wiele paragrafów ESA'95. Leasing finansowy – jako alternatywa w stosunku do korzystania ze środków pożyczkowych – jest umową, która kieruje zasoby finansowe do leasingobiorcy. Korzystający nabywa uprawnienie do korzystania z określonego składnika aktywów (z reguły trwałych), zobowiązując się do okresowych płatności rozłożonych w czasie. Konstytutywną cechą leasingu finansowego jest faktyczne (nie zaś prawne) przeniesienie wszystkich ryzyk i korzyści związanych z własnością z finansującego na korzystającego. Okres leasingu pokrywa co najmniej większość okresu ekonomicznej używalności składnika aktywów. Korzystającemu przysługuje często prawo nabycia przedmiotu leasingu za określoną cenę. Finansujący nie oferuje napraw ani utrzymania. Zwykle przedmiot leasingu jest wybierany przez korzystającego i dostarczany mu bezpośrednio przez producenta lub sprzedawcę. Rola finansującego jest zatem czysto finansowa. W związku z tym przyjmuje się, że finansujący udziela leasingobiorcy pożyczki (*imputed loan*) w wysokości ceny nabycia przedmiotu leasingu, która następnie jest spłacana przez leasingobiorcę w formie okresowych płatności (ESA'94 § 4.48). Płatności te obejmują zarówno spłatę „kapitału”, jak i „odsetki”. Stopa procentowa od „przypisanej pożyczki” jest określana na podstawie relacji całkowitej kwoty wszystkich płatności w okresie umowy do ceny nabycia przedmiotu leasingu. Należy podkreślić, że składnikiem pasywów finansowych ujmowanych na rachunku finansowym jest kwota „kapitału”; „płatności odsetkowe” związane z leasingiem finansowym są ujmowane na rachunku pierwotnej dystrybucji dochodów, wpływają zatem na wynik sektora (*net lending/net borrowing*).

¹⁴Taki sposób klasyfikacji był konsekwentnie stosowany od uchwalenia pierwszej ustawy o finansach publicznych (por. § 3 pkt 1 i 2 rozporządzenia Ministra Finansów z 9.04.1999 r. w sprawie szczegółowych zasad klasyfikacji tytułów dłużnych zaliczanych do państwowego długu publicznego).

Wydaje się, że klasyfikacja określonej transakcji jako leasingu finansowego nie powinna nastroczać większych trudności, zasady określone w ESA'95 są bowiem zasadniczo zbieżne z zasadami przyjętymi w rachunkowości finansowej. Przedmiot umowy leasingu finansowego jest zaliczany do środków trwałych lub wartości niematerialnych i prawnych korzystającego, który z tego względu dokonuje odpisów amortyzacyjnych.

Zgodnie z krajowym standardem rachunkowości nr 5 („Leasing, najem i dzierżawa”)¹⁵ leasingiem finansowym jest umowa leasingu, która spełnia przynajmniej jeden z warunków określonych w art. 3 ust. 4 ustawy o rachunkowości¹⁶. Dwa pierwsze warunki dotyczą przeniesienia własności przedmiotu leasingu na korzystającego (nieodpłatnie lub po cenie niższej od jego wartości rynkowej z dnia nabycia, co uzasadnia przekonanie, że korzystający z uprawnienia skorzysta); cztery kolejne wyrażają warunek przeniesienia ryzyk i korzyści na korzystającego poprzez wymóg związania okresu umowy z okresem ekonomicznej użyteczności przedmiotu leasingu, możliwość przedłużenia umowy na warunkach korzystniejszych od dotychczasowych, powiązania bieżącej wartości opłat leasingowych z wartością rynkową przedmiotu leasingu na dzień rozpoczęcia okresu leasingu, jak również wymóg pokrycia przez korzystającego wszelkich kosztów i strat poniesionych przez finansującego w przypadku wypowiedzenia umowy.

2.4. Umowy sprzedaży, w których cena jest płatna w ratach

Przedstawiona powyżej koncepcja przypisanej pożyczki (*imputed loan*) została wykorzystana w ESA'95 także do określenia skutków ekonomicznych transakcji *hire purchase* (bliźniaczo podobnych do transakcji występu-

jących w obrocie także pod nazwą *closed-end leasing*), w których sprzedawca w zamian za uzgodnione przyszłe płatności wydaje przedmiot transakcji nabywcy, choć przedmiot ten pozostaje własnością sprzedawcy do czasu uiszczenia przez nabywcę wszystkich określonych w umowie płatności.

Umowy *hire purchase* zdradzają podobieństwo zarówno do sprzedaży na raty¹⁷, jak i sprzedaży z zastrzeżeniem własności rzeczy sprzedanej. Zgodnie z postanowieniami ESA'95 moment przeniesienia własności w sensie prawnym nie jest istotny – istotna jest chwila wydania rzeczy nabywcy. Z tą bowiem chwilą nabywcy zostaje przypisana pożyczka (*imputed loan*). Rzecz jasna, wszystkie umowy sprzedaży, w których cena jest płatna w ratach, muszą wyczerpywać cywilnoprawną definicję sprzedaży obejmującą w szczególności określenie przedmiotu świadczenia: rzeczy (art. 535 k.c.), energii lub praw (art. 555 k.c.). Należy podkreślić, że w przeciwieństwie do umów nienazwanych, rozporządzenie nie uzależnia zaliczania zobowiązań z umów sprzedaży ratalnej do państwowego długu publicznego od terminu płatności rat. Stwarza to dodatkową trudność dla próby zastosowania w polskich warunkach występującego w ESA'95 rozróżnienia między pożyczkami a kredytami handlowymi.

2.5. Umowy nienazwane o terminie zapłaty dłuższym niż rok, związane z finansowaniem usług, dostaw, robót budowlanych, które wywołują skutki ekonomiczne podobne do umowy pożyczki lub kredytu

Zaliczenie do kategorii „kredyty i pożyczki” umów o partnerstwie publiczno-prywatnym, które mają wpływ na poziom długu pu-

¹⁵ Uchwała Nr 2/08 Komitetu Standardów Rachunkowości z 11.03.2008 r. w sprawie przyjęcia krajowego standardu rachunkowości nr 5 „Leasing, najem i dzierżawa”.

¹⁶ Ustawa z 29.09.1994 r. o rachunkowości (tekst jedn.: Dz. U. z 2009 r. Nr 152, poz. 1223 ze zm.).

¹⁷ Należy wspomnieć, że dla długu publicznego znaczenie będą miały nie umowy sprzedaży na raty w rozumieniu ustawy z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93 ze zm., dalej: k.c.), te bowiem mogą dotyczyć z definicji tylko osób fizycznych (art. 583 § 3), lecz umowy sprzedaży na raty zawierane przez jednostki instytucjonalne należące do sektora ogólnorządowego, które mogą być zawierane na zasadach ogólnych.

blicznego, papierów wartościowych, których zbywalność jest ograniczona, umów sprzedaży, w których cena jest płatna w ratach, umów leasingu finansowego oraz umów nienazwanych o terminie zapłaty dłuższym niż rok, związanych z finansowaniem usług, dostaw, robót budowlanych, które wywołują skutki ekonomiczne podobne do umowy pożyczki lub kredytu, wskazuje, że poprawne zakwalifikowanie określonych zobowiązań do państwowego długu publicznego wymaga odniesienia do ekonomicznych skutków transakcji.

Ocena ekonomicznych skutków transakcji wymaga odniesienia się do standardów międzynarodowych przyjętych dla ewidencjonowania i wyceny zjawisk o charakterze makroekonomicznym, a w szczególności ESA'95 oraz podręcznika *Government Finance Statistics* (dalej: GFS) Międzynarodowego Funduszu Walutowego¹⁸. Rozumowania oparte na powyższych standardach należy jednak podporządkować definicji długu sektora ogólnorządowego przyjętej dla potrzeb procedury nadmiernego deficytu, która obejmuje „pożyczki” (AF.4), nie obejmuje jednak „pozostałych zobowiązań” (AF.7). Kluczowym zagadnieniem jest zatem przeprowadzenie linii demarkacyjnej między zobowiązaniami zaliczanymi do kategorii „pożyczki” a zobowiązaniami zaliczanymi do kategorii „pozostałe zobowiązania”. Zważywszy jednak, że rozporządzenie Ministra Finansów *expressis verbis* wymienia umowy sprzedaży, których cena jest płatna w ratach, przedmiotem analizy mogą być jedynie umowy nienazwane, których przedmiotem jest świadczenie usług.

Jak już była o tym mowa, ESA'95 zawiera dość ogólne wskazówki dotyczące kwalifikowania określonych zobowiązań do kategorii AF.7. Nieco innymi sformułowaniami posługuje się natomiast GFS, zwracając uwagę na cechy odsetek jako należności ubocznej

mającej zasadnicze znaczenie dla odróżnienia pożyczek od kredytów handlowych. Zgodnie z GFS warunki umowy pożyczki często przewidują dokonywanie płatności okresowych, które będą pokrywać odsetki narosłe od poprzedniej płatności okresowej oraz część kwoty pożyczonej. Pomiędzy płatnościami powstają należności z tytułu odsetek, które cały czas są dodawane do kapitału pożyczki. W praktyce płatności okresowe są zwykle podzielone na dwie transakcje, z których jedna odpowiada sumie odsetek narosłych od poprzedniej płatności, druga zaś – spłacie kapitału początkowego (§ 9.31). Transakcje uznawane za kredyty handlowe i zaliczki pojawiają się wtedy, gdy kredyt jest bezpośrednio udzielany nabywcy dóbr lub usług (§ 9.50).

Należy podkreślić, że nawet sięgnięcie do Międzynarodowych Standardów Rachunkowości (dalej: MSR), choć samo w sobie wysoce ryzykowne ze względu na rozbieżność funkcji MSR i rachunkowości społecznej, nie prowadzi do zadowalających rezultatów. W MSR określają się zobowiązania handlowe (zobowiązania z kredytów handlowych) jako zobowiązania przypadające do zapłaty za dobra lub usługi, które zostały dostarczone/wykonane oraz zostały zafakturowane lub formalnie uzgodnione z dostawcą (MSR 37 pkt 11). MSR nie pozwalają na precyzyjne odróżnienie kredytów handlowych od pożyczek na podstawie kryterium czasu. Wprawdzie kredyty handlowe są zawsze zaliczane do pasywów krótkoterminowych, należy jednak podkreślić, że wymagalność zobowiązania w ciągu 12 miesięcy od dnia bilansowego stanowi tylko jedną z alternatywnie stosowanych przesłanek zaliczenia składnika pasywów do pasywów obrotowych. Niektóre zobowiązania krótkoterminowe, takie jak zobowiązania z tytułu dostaw i usług (kredyty handlowe), wchodzą w skład kapitału obrotowego wykorzystywanego w normalnym cyklu działalności operacyjnej jednostki. Takie pozycje związane z działalnością operacyjną zalicza się do zobowiązań krótkoterminowych, nawet jeśli są wymagalne w terminie dłuższym niż 12 miesięcy od dnia bilansowego (MSR 1 pkt 61).

¹⁸ W rachunkowości społecznej, podobnie jak w rachunkowości finansowej, obowiązuje zasada pierwszeństwa ekonomicznej rzeczywistości przed formą prawną (ESA'95 aneks II pkt 4 *Manual on Government Deficit and Debt*, s. 26).

Bardziej precyzyjne określenie różnic między kredytem handlowym a pożyczką wymaga zatem nie tylko odniesienia się do standardów międzynarodowych, które dostarczają jedynie ogólnych wskazówek w tym zakresie, ale przede wszystkim skorzystania z dorobku piśmiennictwa ekonomicznego. Popularne podręczniki zarządzania finansowego w przedsiębiorstwach, nawet jeśli dostrzegają znaczenie kredytów handlowych jako źródła finansowania¹⁹, zwykle nie omawiają różnic między kredytami handlowymi a pożyczkami.

Istnieje natomiast spora liczba artykułów poświęconych tej problematyce, których dorobek podsumowuje klasyczna w swej dziedzinie praca Mitchella A. Petersena i Raghurama G. Rajana *Trade credit: theories and evidence*²⁰. Praca ta charakteryzuje dwie zasadnicze grupy teorii wyjaśniających genezę i istotę kredytu handlowego. Pierwsza z nich, którą można określić mianem teorii przewagi finansowania (*financing advantage theories*), upatruje przyczyn udzielania kredytów kupieckich w relatywnej przewadze dostawcy nad tradycyjnymi pożyczkodawcami w dziedzinie badania zdolności i wiarygodności kredytowej kontrahenta oraz monitorowania płatności i nakłaniania kontrahenta do dokonywania terminowych płatności. Źródłem tej przewagi może być w szczególności łatwiejszy dostęp do informacji (informacje mogą być uzyskiwane szybciej i przy niższym koszcie gromadzenia i przetwarzania), większe możliwości wywierania wpływu na kontrahenta, większe możliwości znalezienia alternatywnego nabywcy w przypadku niewypłacalności kontrahenta.

Druga grupa teorii – teorie różnicowania cen (*price discrimination theories*) – wskazuje na chęć różnicowania cen jako zasadniczą przyczynę udzielania kredytów handlowych, co wyjaśnia ich udzielanie nawet przy braku

istnienia jakiegokolwiek przewagi nad finansowaniem przez pożyczkodawców tradycyjnych. Dostawcy z wysoką marżą zysku są szczególnie zainteresowani dodatkową sprzedażą, kredyt kupiecki generujący zaś większe przepływy pieniężne (cena płacona natychmiast lub w ciągu bardzo krótkiego czasu od dostawy jest zazwyczaj niższa niż cena zapłacona po upływie takiego okresu) służy subsydiowaniu kontrahentów z grupy większego ryzyka. Kontrahenci ci będą zainteresowani kredytem kupieckim, jeśli jego efektywny koszt będzie niższy niż efektywny koszt tradycyjnej pożyczki (pod warunkiem, że na tradycyjną pożyczkę mogą w ogóle liczyć).

Według należących do trzeciej grupy teorii kosztów transakcyjnych (*transaction costs theories*) – kredyty handlowe prowadzą do obniżenia kosztów transakcyjnych dokonywania płatności (zamiast dokonywać ich za każdym razem, kiedy jest realizowana dostawa, kontrahent może preferować płatności miesięczne, kwartalne itp.). Należy podkreślić, że jedną z obserwacji autorów wynikających z przeprowadzonych badań jest brak zmian poziomu zapotrzebowania na kredyt handlowy w zależności od jego ceny. Wskazuje to, że decyzja o skorzystaniu z kredytu kupieckiego jest zazwyczaj skutkiem braku dostępu do alternatywnych form finansowania. Ponadto autorzy stwierdzają, choć wymaga to dalszych badań, że kredyt handlowy w średnim okresie jest znacznie droższy od tradycyjnego finansowania (pożyczka).

Podsumowując, należy stwierdzić, że choć jednoznaczne określenie kryteriów odróżnienia pożyczek od kredytów handlowych nie wydaje się możliwe, to na podstawie standardów międzynarodowych oraz piśmiennictwa ekonomicznego, można wyróżnić pewne cechy, których występowanie lub nasilenie stanowi argument za zaliczeniem danej transakcji do pożyczek albo do kredytów handlowych.

Po pierwsze, finansujący nie jest instytucją finansową. Kredyty handlowe z definicji dotyczą nabywania dóbr i usług innych niż usługi finansowe: odroczenie płatności stano-

¹⁹ S. Besley, E.F. Brigham, *Essentials of Managerial Finance*, Cincinnati 2008, s. 639 i n.; E. Ehrhardt, E.F. Brigham, *Corporate Finance: A Focused Approach*, Nowy Jork 2008, s. 565 i n.

²⁰ M.A. Petersen, R.G. Rajan, *Trade credit: theories and evidence*, „NBER Working Paper” 5602.

wi dodatkową, opcjonalną cechą transakcji nabycia określonych wyrobów lub usług, nie należy zaś do istoty transakcji. Kredyty handlowe są zatem z natury rzeczy udzielane przez producentów lub sprzedawców określonych wyrobów lub podmioty świadczące określone usługi (niefinansowe). Występowanie instytucji finansowej jako kontrahenta, choć nie wyklucza kwalifikacji transakcji jako kredytu handlowego, zawsze skłania do szczególnie starannej analizy pozostałych cech w celu ustalenia rzeczywistego charakteru transakcji.

Po drugie, finansowanie nie dotyczy długiego okresu. Według wzmiankowanych powyżej najważniejszych publikacji poświęconych praktyce udzielania kredytów handlowych odroczenia płatności dotyczą najczęściej okresów kilkutygodniowych lub (rzadziej) kilkumiesięcznych. Odroczenie płatności na okres dłuższy, choć nie wyklucza kwalifikacji transakcji jako kredytu handlowego, zawsze skłania do szczególnie starannej analizy pozostałych cech w celu ustalenia rzeczywistego charakteru transakcji.

Po trzecie, warunki finansowania są określone przez dostawcę. W standardowych kredytach handlowych warunki finansowania są określane przez dostawcę i dotyczą wszystkich nabywców danych wyrobów lub usług. Negocjowanie warunków finansowania z nabywcą, choć nie wyklucza kwalifikacji transakcji jako kredytu handlowego, zawsze skłania do szczególnie starannej analizy pozostałych cech w celu ustalenia rzeczywistego charakteru transakcji.

Po czwarte, płatność następuje jednorazowo w zróżnicowanej wysokości w zależności od okresu, jaki dzieli płatność od dostawy. W standardowych kredytach handlowych płatność następuje jednorazowo. Zasadnicza funkcja ekonomiczna zróżnicowania wysokości ceny w zależności od okresu, jaki dzieli płatność od dostawy, polega na stymulowaniu wszystkich nabywców do jak najszybszej zapłaty (w terminie umożliwiającym zapłatę najniższej ceny), umożliwieniu nabycia z odroczoną płatnością podmiotom o gorszym standingu

finansowym oraz stosowaniu surowych sankcji w przypadku przekroczenia terminu płatności objętego kredytem handlowym. Na podstawie empirycznych badań można stwierdzić, że cecha ta należy do najważniejszych kryteriów umożliwiających odróżnienie kredytu handlowego od pożyczki finansującej kredyt handlowy (*loan to finance trade credit*).

Po piąte, finansowany może dokonać zapłaty całości ceny w dowolnym momencie. W standardowych kredytach handlowych nabywca może w dowolnym momencie zapłacić całą kwotę mającą charakter ceny w danym okresie. Pożyczki są natomiast często spłacane zgodnie z ustalonym harmonogramem obejmującym wiele płatności okresowych, przy czym możliwość spłaty wcześniejszej nie należy do istoty pożyczki (wprawdzie zgodnie ogólną regułą prawa zobowiązań termin spełnienia świadczenia oznaczony przez czynność prawną poczytuje się w razie wątpliwości za zastrzeżony na korzyść dłużnika, często jednak w umowie pożyczki spłatę wcześniejszą wiąże się z sankcjami finansowymi). Zastrzeżenie o zapłacie ceny w ratach zasadniczo zbliża transakcję do pożyczki, na co zwraca uwagę zwłaszcza podręcznik GFS.

Po szóste, płatność finansowanego nie obejmuje odsetek naliczanych każdego dnia. Standardowe kredyty handlowe różnicują wprawdzie wysokość płatności od jej terminu, zróżnicowanie to następuje jednak zwykle „szczeblowo”, nie jest natomiast związane z mnożeniem określonej kwoty przez stopę procentową dostosowaną do danego okresu. Odroczenie terminu zapłaty z zastosowaniem określonej stopy procentowej do ustalenia kwoty do zapłaty zasadniczo zbliża transakcję do pożyczki, na co zwraca uwagę zarówno ESA'95, jak i podręcznik GFS.

Analizując różnice między kredytem handlowym a pożyczką, nie można powstrzymać się od wyrażenia wątpliwości co do respektowania przez autora rozporządzenia standardów tworzenia aktów prawnych. Pewne sformułowania, które mogą być odpowiednie dla konstruowania reguł sprawozdawczości

gospodarczej adresowanych do specjalistów z zakresu rachunkowości społecznej (jak „skutki ekonomiczne podobne do kredytu i pożyczki”), są trudne do zaakceptowania w przepisach określających normy, których naruszenie pociąga za sobą dotkliwe sankcje. Tego rodzaju regulacja w szczególności nie może stanowić o nałożeniu nowych obowiązków na jednostki samorządu terytorialnego, choćby z tego względu, że nie spełnia wymogu określoności przepisu prawnego, co stanowi jedno z podstawowych wymagań, jakie w ramach zasady demokratycznego państwa prawnego Konstytucja RP stawia przepisom prawnym ustalającym zakazy i nakazy wobec samodzielnych podmiotów obrotu prawnego, w tym także jednostek samorządu terytorialnego, których samodzielny status *expressis verbis* wynika z art. 16 ust. 2 oraz art. 165 ust. 2 Konstytucji RP.

3. Wpływ nowej definicji państwowego długu publicznego na obliczanie wskaźników ograniczających zadłużenie jednostek samorządu terytorialnego

Zasadnicza zmiana definicji państwowego długu publicznego dokonana przez przepisy rozporządzenia wymaga określenia na nowo wpływu transakcji, o których mowa w rozporządzeniu, na prawne instytucje ograniczające zaciąganie długu przez jednostki samorządu terytorialnego, a w szczególności na wskaźniki obsługi długu do dochodów i długu do dochodów. Nowa ustawa o finansach publicznych całkowicie zmienia koncepcję wskaźników określających dopuszczalny poziom zadłużenia jednostki samorządu terytorialnego. Obowiązujące dotychczas nieprzerwanie od 1993 r. wskaźniki (art. 169 i 170 ustawy o finansach publicznych z 2005 r.²¹) zostaną zastąpione przez jeden wskaźnik o zupełnie odmiennej konstrukcji. W związku z tą gruntowną zmianą oraz skutkami, jakie wywołuje ona dla systemu

finansów samorządowych, przepisy wprowadzające ustawę o finansach publicznych²² przewidują dość długi okres *vacatio legis* dla normy określającej nowy wskaźnik. Do 2013 r. podstawą określenia dopuszczalnych poziomów zadłużenia będą wskaźniki dotychczas obowiązujące, natomiast nowe wskaźniki mają być obliczane i publikowane w wieloletniej prognozie finansowej jedynie dla celów informacyjnych. Od 2014 r. będzie obowiązywał tylko nowy wskaźnik (art. 243 u.f.p.), do którego trzeba będzie dostosować konstrukcje budżetów. Wykładnia językowa przepisu art. 169 u.f.p. z 2005 r. wyraźnie wskazuje na rozumienie pojęć kredytu i pożyczki w sensie określonym w typizujących te umowy ustawach, tj. prawie bankowym²³ i kodeksie cywilnym. Konkluzję tę potwierdza także analiza przepisu art. 89 u.f.p. będącego odpowiednikiem przepisu art. 82 u.f.p. z 2005 r.: w przepisach tych chodzi o pożyczki i kredyty finansujące w danym roku określone wydatki lub rozchody, tymczasem niektóre tytuły dłużne objęte kategorią „kredyty i pożyczki” określoną w rozporządzeniu nie „finansują” wydatków/rozchodów tylko w tym roku budżetowym, w którym powinny być wykazane w sprawozdaniu.

Innymi słowy, nowe rodzaje zobowiązań włączone do kategorii „kredyty i pożyczki” nie finansują ani przejściowych deficytów, ani planowanych deficytów budżetów, ani rozchodów związanych z wcześniej zaciągniętymi zobowiązaniami, ani (co do zasady) działań finansowanych ze środków pochodzących z budżetu Unii Europejskiej. Skoro zaś nie są kredytami i pożyczkami, o których mowa w art. 89 ust. 1, to nie są objęte hipotezą normy wyrażonej w art. 169 u.f.p. z 2005 r. Powyższa konstatacja dotyczy w takiej samej mierze wskaźnika obsługi długu do dochodów określonego w przepisie art. 243 u.f.p., który zacznie obowiązywać 1.01.2014 r. Wskazane wyżej argumenty prze-

²¹ Ustawa z 30.06.2005 r. o finansach publicznych (Dz. U. Nr 249, poz. 2104 ze zm.).

²² Ustawa z 27.08.2009 r. – Przepisy wprowadzające ustawę o finansach publicznych (Dz. U. Nr 157, poz. 1241), dalej: p.w.u.f.p.

²³ Ustawa z 29.08.1997 r. – Prawo bankowe (tekst jedn.: Dz. U. z 2002 r. Nr 72, poz. 665 ze zm.).

mawiają za przyjęciem tezy, że także w przepisie art. 243 u.f.p. pojęcia kredytu i pożyczki są używane w rozumieniu „klasycznym”, tzn. zgodnym z definicjami określonymi w prawie bankowym i kodeksie cywilnym.

Nowa definicja długu wywiera jednak wpływ na sposób obliczania drugiego ze wskaźników: wskaźnika długu do dochodów określonego w przepisie art. 170 u.f.p. z 2005 r. W literaturze i orzecznictwie przyjęła się bowiem interpretacja pojęcia długu występującego w tym przepisie jako długu publicznego w rozumieniu definicji legalnej zawartej uprzednio w ustawie o finansach publicznych, obecnie zaś w ustawie o finansach publicznych i rozporządzeniu. Zmiana zakresu tej definicji powoduje zatem automatyczną zmianę zakresu pojęcia długu w rozumieniu art. 170 u.f.p. z 2005 r. Oznacza to, że określony w tym przepisie wskaźnik należy obliczać z uwzględnieniem nowych tytułów dłużnych zaliczonych do państwowego długu publicznego w rozporządzeniu.

Wskaźnik określony w przepisie art. 170 u.f.p. z 2005 r. obowiązuje do końca 2013 r. (art. 121 ust. 7 p.w.u.f.p.). Analizując korzyści i wady ewentualnego powstrzymania się w tym okresie z finalizacją transakcji, co do których istnieje znaczące ryzyko kwalifikacji jako „wywołujących skutki ekonomiczne podobne do umowy pożyczki lub kredytu”, nie można jednak nie zwrócić uwagi na trwające w Ministerstwie Finansów prace nad przygotowaniem projektów kolejnych zmian do ustawy o finansach publicznych. Jedną z dość zaawansowanych koncepcji, znana jako idea 4–3–2–1 (od limitów deficytów budżetów jednostek samorządu terytorialnego mających obowiązywać w kolejnych latach) przewiduje m.in. utrzymanie limitu 60% długu do dochodów.

4. Zgodność przepisów rozporządzenia z 23.12.2010 r. z Konstytucją RP

Niezwykle istotny zarzut, który należy postawić regulatorowi, to naruszenie zasad konstruowania delegacji do wydawania rozporządzeń wykonawczych, które pociąga za sobą

sprzeczność niektórych przepisów rozporządzenia z Konstytucją.

Przepis art. 92 Konstytucji stanowi, że rozporządzenia są wydawane na podstawie szczegółowego upoważnienia zawartego w ustawie i w celu jej wykonania. Upoważnienie powinno określać organ właściwy do wydania rozporządzenia i zakres spraw przekazanych do uregulowania oraz wytyczne dotyczące treści aktu. Problematyka wzajemnych relacji, jakie zgodnie z art. 92 ust. 1 Konstytucji powinny istnieć między ustawą oraz wykonującym je rozporządzeniem, a także wymagania stawiane upoważnieniu do wydania rozporządzenia, są przedmiotem bogatego piśmiennictwa zakresu prawa konstytucyjnego²⁴, zgromadził się wokół nich także znaczny dorobek orzeczniczy Trybunału Konstytucyjnego²⁵. Poglądy prezentowane w tym zakresie przez doktrynę prawa i orzecznictwo TK jednolicie i precyzyjnie określają pozycję rozporządzenia w konstytucyjnym systemie źródeł prawa.

Wykonawczy charakter rozporządzenia determinuje treść upoważnienia do jego wydania, które musi mieć – zgodnie z ukształtowanym poglądem doktryny prawa – charakter szczegółowy pod względem podmiotowym, przedmiotowym i treściowym²⁶. Szczegółowość podmiotowa sprowadza się do konieczności wskazania konkretnego podmiotu posiadającego kompe-

²⁴ Zob. np. K. Działocha, *Komentarz do art. 92 Konstytucji RP*, w: L. Garlicki (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. 2, Warszawa 2001, s. 1–35; S. Wronkowska, *Model rozporządzenia jako aktu wykonawczego do ustaw w świetle konstytucji i praktyki*, w: A. Szmyt (red.), *Konstytucyjny system źródeł prawa w praktyce*, Warszawa 2005, s. 71–94; B. Skwara, *Rozporządzenie jako akt wykonawczy dostawy w polskim prawie konstytucyjnym*, Warszawa 2010; *Stanowisko Rady Legislacyjnej w sprawie „konstruowania” upoważnień do wydawania rozporządzeń*, „Przegląd Legislacyjny” 1998/3–4.

²⁵ Zob. w szczególności wyroki TK z: 26.07.2004 r. (U 16/02), OTK-A 2004/7, poz. 70; 12.05.2004 r. (U 1/04), OTK-A 2004/5, poz. 43; 13.11.2001 r. (K 16/01), OTK 2001/8, poz. 250; 22.03.2007 r. (U 1/07), OTK-A 2007/3, poz. 29; 6.11.2007 r. (U 8/05), OTK-A 2007/10, poz. 121; 16.09.2008 r. (U 5/08), OTK-A 2008/7, poz. 122; 31.03.2009 r. (K 28/08), OTK-A 2009/3, poz. 29.

²⁶ Zob. K. Działocha, *Komentarz...*, s. 11 i n.; S. Wronkowska, *Model...*, s. 72.

tencje do wydawania rozporządzeń. Dookreślenie przedmiotowe powinno wiązać się z precyzyjnym wskazaniem w ustawie zakresu spraw przekazanych do uregulowania w formie rozporządzenia. Zgodnie z poglądem TK „materia ta powinna być określona poprzez wskazanie spraw rodzajowo jednorodnych z tymi, które reguluje ustawa, lecz które nie mają zasadniczego znaczenia z punktu widzenia założeń ustawy”²⁷. Nadmierna ogólnikowość upoważnienia ustawowego do wydania aktu wykonawczego (jego blankietowość) była już bowiem wielokrotnie przedmiotem krytyki ze strony doktryny prawa²⁸, powoduje ona bowiem, że zakres przedmiotowy upoważnienia jest trudny do precyzyjnego ustalenia i daje możliwość szerokiego przesuwania materii ustawowej do rozporządzeń, w tym w szczególności formułowania w akcie wykonawczym dodatkowych obowiązków. Nie można zatem wykonywać w drodze rozporządzenia tego, co nie zostało uregulowane w ustawie.

Przepisy aktu wykonawczego muszą pozostać w związku merytorycznym i funkcjonalnym oraz treściowym z rozwiązaniami ustawowymi. Brak jednoznacznego stanowiska ustawodawcy w danej sprawie, przejawiający się nieprecyzyjnością lub ogólnością upoważnienia, powinien być interpretowany jako nieudzielenie w tym zakresie kompetencji do wydania rozporządzenia. W żadnym razie kompetencja ta nie może być oparta na domniemaniu²⁹. Nie podlega ono być także przedmiotem wykładni rozszerzającej.

Wreszcie, szczegółowość upoważnienia w aspekcie treściowym polega na konieczności określenia w ustawie wytycznych dotyczących

treści aktu. Przez wytyczne jako dookreślenie treściowe upoważnienia do wydania aktu wykonawczego należy rozumieć „ten fragment poleceń, który nie tylko wskazuje zakres i typ spraw, ale zawiera również pewne wskazówki, dotyczące tego, ku czemu ma zmierzać treść zawarta w rozporządzeniu”³⁰. Praktyka wykraczania przez prawodawcę poza ramy upoważnienia ustawowego była wielokrotnie negatywnie oceniana przez TK³¹.

Delegacja zawarta w przepisie art. 72 ust. 2 u.f.p. z 2005 r. w brzmieniu obowiązującym do końca 2010 r. czyniła zadość określonym wyżej wymaganiom stawianym upoważnieniom do wydania rozporządzenia. Upoważniało ono bowiem Ministra Finansów do określenia szczegółowego sposobu klasyfikacji tytułów dłużnych zaliczanych do państwowego długu publicznego oraz do uwzględnienia podstawowych kategorii przedmiotowych i podmiotowych zadłużenia oraz okresów zapadalności. Rozporządzenie wykonawcze wydane na podstawie tak sformułowanej delegacji, które określałoby zakres pojęcia państwowego długu publicznego, byłoby wydane z oczywistym przekroczeniem granic upoważnienia ustawowego.

Ustawa nowelizująca dokonała jednak zmiany upoważnienia ustawowego, czyniąc to niejako „przy okazji” modyfikacji dokonywanych w związku z wprowadzeniem instytucji lokat budżetowych. W nowej wersji przepis art. 72 ust. 2 u.f.p. otrzymał następujące brzmienie: „Minister Finansów określi, w drodze rozporządzenia, szczegółowy sposób klasyfikacji tytułów dłużnych zaliczanych do państwowego długu publicznego, w tym rodzaje zobowiązań zaliczanych do tytułów dłużnych, uwzględniając podstawowe kategorie przed-

²⁷ Orzeczenie TK z 22.04.1987 r. (K 1/87), OTK 1987/1, poz. 3.

²⁸ Zob. np. *Stanowisko Rady Legislacyjnej...*; S. Wronkowska, *Model...*, s. 75.

²⁹ Tak. K. Działocha, *Komentarz...*, s. 12, oraz TK od początku swojego orzecznictwa np. z: 22.04.1987 r. (K 1/87), OTK 1987/1, poz. 3; 5.11.1986 r. (U 5/86), OTK 1986/1, poz. 1, a także po wejściu w życie Konstytucji RP, np. z: 5.01.1998 r. (P 2/97), OTK 1998/1, poz. 1; 25.05.1998 r. (U 19/97), OTK 1998/4, poz. 47; 27.04.1999 r. (P 7/98), OTK 1999/4, poz. 72.

³⁰ Biuletyn Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego nr 38, s. 21.

³¹ Zob. w szczególności wyroki TK z: 4.11.1997 r. (U 3/97), OTK 1997/3–4, poz. 40; 16.02.1999 r. (SK 11/98), OTK 1999/2, poz. 22; 5.10.1999 r. (U 4/99), OTK 1999/6, poz. 118; 26.10.1999 r. (K 12/99), OTK 1999/6, poz. 120; 29.05.2002 r. (P 1/01), OTK-A 2002/3, poz. 36; 16.01.2007 r. (U 5/06), OTK-A 2007/1, poz. 3; 30.04.2009 r. (U 2/08), OTK-A 2009/4, poz. 56; 31.05.2010 r. (U 4/09), OTK-A 1010/4, poz. 36.

miotowe i podmiotowe zadłużenia oraz okresy zapadalności”. Przepis art. 1 pkt 5 ustawy zmieniającej, którego treścią jest nowe brzmienie delegacji, wszedł w życie 1.01.2011 r., czyli tego samego dnia, co nowe rozporządzenie.

Ustawowe upoważnienie do wydania rozporządzenia w nowym brzmieniu narusza zatem zasady wydawania rozporządzeń określone w art. 92 ust. 1 Konstytucji, orzecznictwie TK oraz doktrynie prawa.

Aktualne brzmienie upoważnienia ustawowego do wydania rozporządzenia jest trudne do zaakceptowania z racji braku wystarczającej określoności. Wyrażenie „sposób klasyfikacji tytułów dłużnych zaliczanych do państwowego długu publicznego, w tym rodzaje zobowiązań zaliczanych do tytułów dłużnych” jest nieprecyzyjny i czyni takie upoważnienie ustawowe w istocie blankietowym. Ponadto trudno jest ustalić wzajemną relację istniejącą między poszczególnymi pojęciami użytymi w tak ujętym upoważnieniu ustawowym. Klasyfikacja ich według definicji językowych oznacza podział zakresu danego pojęcia prowadzący do wyodrębnienia pojęć podrzędnych, których zakresy będą odpowiadały zakresowi pojęcia nadrzędnego.

Wynikająca z przepisu art. 72 ust. 1 u.f.p. systematyka w tym zakresie wydaje się być następująca: pojęciem nadrzędnym jest „tytuł dłużny”, podrzędnym w stosunku do „tytułu dłużnego” jest „tytuł dłużny zaliczany do państwowego długu publicznego”, pojęciami podrzędnymi w stosunku do „tytułu dłużnego zaliczanego do państwowego długu publicznego” powinny być zaś pojęcia określone w rozporządzeniu. Czym innym jest zatem klasyfikacja tytułów dłużnych zaliczanych do państwowego długu publicznego, czy innym natomiast – ustalenie rodzajów zobowiązań zaliczanych do tytułów dłużnych.

Oczywiście żaden przepis prawa nie definiuje pojęcia „tytuł dłużny”, można jednak usprawiedliwić jego użycie poprzez odwołanie do utrwalonego poglądu doktryny prawa budżetowego, zgodnie z którym tytułem dłużnym jest określone zdarzenie prawne, z którego wynika dług. Klasyfikacja tytułów

dłużnych zaliczanych do państwowego długu publicznego wymaga zatem uprzedniego określenia pojęcia tytułu dłużnego oraz wskazania, jakie tytuły dłużne będą stanowić tytuły dłużne zaliczane do państwowego długu publicznego. Można oczywiście zrezygnować z definicji „tytułu dłużnego”, jeśli posługiwanie się tym pojęciem nie jest konieczne dla określenia zakresu przedmiotowego pojęcia „państwowego długu publicznego”. Jednak przepis art. 72 ust. 1 u.f.p. określający zakres tego pojęcia posługuje się właśnie wyrażeniem „tytuł”.

Proces definiowania pojęć związanych z długiem publicznym wygląda zatem następująco:

- 1) ustawa o finansach publicznych (art. 72 ust. 1) zdefiniowała pojęcie długu publicznego jako zobowiązania określonych podmiotów z określonych „tytułów”, wymieniając te „tytuły” (w szczególności kredyty i pożyczki);
- 2) ustawa w art. 72 ust. 2 przekazała do uregulowania w rozporządzeniu określenie rodzajów zobowiązań zaliczanych do tytułów (sugerując tym samym, że ich wymienienie w ust. 1 nie ma charakteru zamkniętego);
- 3) rozporządzenie określiło rodzaje zobowiązań zaliczanych do „tytułów”, zgodnie z założeniem, że wyliczenie z art. 72 ust. 1 u.f.p., nie ma – choć powinno zgodnie z zasadą wyłączności ustawowej – charakteru zamkniętego).

Najistotniejsza wada nowego brzmienia delegacji – a w związku z tym także nowego rozporządzenia – polega na naruszeniu art. 216 Konstytucji, zgodnie z którym sposób obliczania państwowego długu publicznego stanowi materię ustawową³². Nie ulega wąt-

³² Szerzej zob. W. Sokolewicz, *Komentarz do art. 216 Konstytucji RP*, w: *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. L. Garlicki, t. IV, Warszawa 2005, s. 1–35; M. Mazurkiewicz, *Konstytucyjne problemy deficytu budżetowego w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, w: R. Sylwestrzak (red.), *Prawo wyborcze Rzeczypospolitej Polskiej i problemy akcesji Polski do Unii Europejskiej*, Olsztyn 2003, s. 15.

pliwości, że sposób obliczania państwowego długu publicznego to ogół procesów, które pozwalają na ustalenie wielkości tego długu. Określenie sposobu obliczenia nie wyczerpuje się zatem ani w ustanowieniu zasady konsolidacji, ani w ustaleniu standardu pomiaru według wartości nominalnej: określenie sposobu obliczenia państwowego długu publicznego to przede wszystkim ustalenie zakresu pojęcia państwowego długu publicznego, czyli – używając języka prawnego – określenie tytułów dłużnych.

Skoro więc określenie tytułów dłużnych zaliczanych do państwowego długu publicznego ma decydujące znaczenie dla jego obliczenia, to nie jest możliwa jakakolwiek ich zmiana bez dokonania zmian na poziomie ustawy. Tymczasem przepis art. 72 ust. 1 u.f.p., podobnie jak jej art. 73, nie uległy zmianie. To z kolei prowadzi do wniosku o naruszeniu art. 92 ust. 1 oraz art. 216 Konstytucji przez przepis art. 72 ust. 2 w brzmieniu obowiązującym od 1.01.2011 r. oraz – co za tym idzie – przez rozporządzenie wydane na jego podstawie.

dr Michał Bitner

jest adiunktem na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego.

 m.wbitner@uw.edu.pl

dr hab. Michał Kulesza

jest profesorem Uniwersytetu Warszawskiego.

 m.kulesza@wpia.uw.edu.pl