



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátě složeném z předsedy JUDr. Petra Průchy a soudců JUDr. Jaroslava Vlašína a JUDr. Jana Vyklického v právní věci žalobce: **J. K.**, zastoupený JUDr. Tomášem Pelikánem, advokátem se sídlem Dušní 22, Praha 1, adresa pro doručování: Bavorská 856, Praha 5, proti žalované: **Česká správa sociálního zabezpečení**, Křížová 1292/25, Praha 5 - Smíchov, proti rozhodnutí žalované ze dne 3. 5. 2012, č. j. X, v řízení o kasační stížnosti žalobce proti rozsudku Krajského soudu v Ostravě ze dne 23. 5. 2013, č. j. 18 Ad 39/2012 - 20,

t a k t o :

Rozsudek Krajského soudu v Ostravě ze dne 23. 5. 2013, č. j. 18 Ad 39/2012 - 20 **se zrušuje** a věc **se vrací** tomuto soudu k dalšímu řízení.

O d ů v o d n ě n í :

Včas podanou kasační stížností žalobce (dále jen „stěžovatel“) brojil proti rozsudku Krajského soudu v Ostravě (dále jen „krajský soud“) ze dne 23. 5. 2013, č. j. 18 Ad 39/2012 - 20 (dále jen „napadený rozsudek“), jímž byla zamítnuta žaloba stěžovatele proti rozhodnutí žalované ze dne 3. 5. 2012, č. j. X (dále jen „napadené rozhodnutí“). Tímto rozhodnutím bylo změněno k námitkám žalobce rozhodnutí žalované ze dne 20. 9. 2011 č. j. X (dále jen „prvostupňové rozhodnutí“), a to tak, že žalobci se přiznává podle § 31 odst. 1 zákona č. 155/1995 Sb., o důchodovém pojištění, ve znění účinném k 19. 9. 2010 (dále jen „zákon č. 155/1995 Sb.“), a s přihlédnutím k čl. 52 odst. 1 nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 883/2004 (dále jen „nařízení č. 883/2004“) starobní důchod od 19. 9. 2010 ve výši 8.384 Kč. Tento důchod náležel žalobci od ledna 2011 podle nařízení vlády č. 281/2010 Sb. ve výši 8.962 Kč měsíčně a od ledna 2012 podle vyhlášky Ministerstva práce a sociálních věcí č. 286/2011 Sb. ve výši 8.834 Kč měsíčně.

V **napadeném rozhodnutí** žalovaná uvedla, že ve smyslu článku 52 odst. 3 nařízení č. 883/2004 (dále jen „Nařízení“) provedla srovnání výše důchodu, který by stěžovateli náležel podle článku 52 odst. 1 písm. b) Nařízení s přihlédnutím k dobám pojištění získaným v jiných členských státech (tzv. dílčí důchod), s výší důchodu, která ve smyslu článku 52 odst. 1 písm. a) Nařízení náleží pouze na základě českých dob bez přihlédnutí k dobám pojištění získaným v jiných členských státech (tzv. plný důchod). Vzhledem k tomu, že výše tzv. dílčího důchodu je vyšší než tzv. plný důchod, byl stěžovateli přiznán tzv. dílčí důchod. K námitkám ohledně nezhodnocení vyměřovacích základů v cizině žalovaná uvedla, že pro účely výpočtu starobního důchodu byly vyhotoveny dva osobní listy důchodového pojištění, v osobním listu pro výpočet tzv. dílčího důchodu jsou započteny vyměřovací základy za veškeré doby jeho pojištění na území Rakouska a Irska, v osobním listu pro výpočet tzv. plného důchodu jsou uvedeny výhradně doby pojištění získané na území České republiky s tím, že doby pojištění získané v zahraničí před 1. 1. 1996 (v případě stěžovatele doby pojištění v Rakousku v období od 1. 2. 1993 do 31. 12. 1995) jsou pro účely výpočtu zhodnoceny jako doby vyloučené. Ve smyslu ustanovení § 16 odst. 4 zákona č. 155/1995 Sb. ve znění k 19. 9. 2010 jsou vyloučenými dobami před 1. lednem 1996 doby, které se podle předpisů platných před tímto dnem vylučovaly při zjišťování hrubých výdělků pro účely výpočtu průměrného měsíčního výdělku. Podle ustanovení § 12 odst. 7 písm. e) vyhlášky č. 149/1988 Sb., kterou se provádí zákon o sociálním zabezpečení, ve znění účinném do 31. 12. 1995 (dále jen „vyhláška č. 149/1988 Sb.“) se z kalendářního roku vylučují doby zaměstnání v cizině, nejde-li o pracovníky v zahraničí a o doby započtené podle § 10. Žalovaná zhodnotila dobu od 12. 12. 1985 do 30. 4. 1990, kdy stěžovatel působil jako gastronomický odborník (expert) v Berlíně (v tehdejší NDR), jako dobu zaměstnání s tím, že výdělky dosahované v tomto období byly pro účely stanovení osobního vyměřovacího základu vyloučeny. Jelikož zákonem č. 306/1991 Sb. byla s účinností od 1. 8. 1991 ustanovení o činnosti experta zrušena, vycházela žalovaná z přechodných ustanovení vyhlášky č. 149/1988 Sb., konkrétně z ustanovení § 175 odst. 3 a odst. 6 písm. b), které umožňují zhodnotit dobu činnosti experta v zahraničí, nikoliv již výdělky z takové činnosti, jelikož tato vyhláška v přechodných ustanoveních k ustanovením o zhodnocení výdělku neodkazuje. K námitkám týkajícím se nezhodnocení dob nemocenské v roce 1990 žalovaná konstatovala, že podle § 13 odst. 2 zákona č. 155/1995 Sb. se za náhradní dobu pojištění považují též náhradní doby získané před 1. lednem 1996 podle předpisů platných před tímto dnem, podle ustanovení § 9 odst. 1 písm. f) zákona č. 100/1988 Sb. ve znění účinném do 31. 12. 1995, trvalo-li zaměstnání aspoň rok, započítá se do něho i doba, po kterou měl občan nárok na nemocenskú. Podle žalované se šetřením nepodařilo prokázat nárok na nemocenskú, proto nemohla námitkám na zhodnocení náhradní doby pojištění od 1. 5. 1990 do 30. 11. 1990 vyhovět.

V **žalobě** proti napadenému rozhodnutí stěžovatel namítal, že žalovaná při provedení srovnávacího výpočtu nepostupovala správně, pokud při výpočtu plného důchodu vykázala dobu jeho expertní činnosti v Německu v době od 1. 1. 1986 do 30. 4. 1990 jako dobu vyloučenou. Stěžovatel je přesvědčen, že žalovaná měla postupovat podle ust. § 44 odst. 4 vyhlášky č. 149/1998 Sb., tj. vycházet z právní fikce, že za hrubý výdělek experta v zahraničí se považuje jeho měsíční hrubý výdělek, který mu náleží v průměru za posledních 12 kalendářních měsíců před vysláním do zahraničí, žalobce v této souvislosti odkázal na dosažené výdělky od prosince 1984 do listopadu 1985. Tím, že žalovaná tak

pokračování

nepostupovala, výrazně ovlivňovala negativně i výši jeho osobního vyměřovacího základu. Stěžovatel dále uvedl, že pro případ, že soud jeho požadavek na zápočet fiktivního příjmu z předchozí výdělečné činnosti (ve smyslu ust. § 44 odst. 4 vyhlášky č. 149/1988 Sb.) neuzná, pak požaduje, aby do doby jeho působení experta v Německu (od 1. 1. 1986 do 30. 4. 1990) dosadila žalovaná tzv. indexované průměrné výdělky ve smyslu koordinačních předpisů účinných od 1. 5. 2010.

Dále stěžovatel žalované vytýkal, že mu nezhodnotila dobu nemoci od 23. 5. 1990 do 30. 11. 1990, jakožto náhradní dobu a zároveň dobu vyloučenou s odůvodněním, že se žalobci nepodařilo prokázat nárok na nemocenské v době jeho nemoci. Žalobce nesporně prokázal, že dne 23. 4. 1990 utrpěl nepracovní úraz, jehož léčení si vyžadovalo pracovní neschopnost trvající až do 30. 11. 1990. K tomu žalobce dodal, že nemocenské dávky sice nepobíral, avšak nikoliv proto, že by na ně neměl nárok, ale v důsledku liknavosti jeho zaměstnavatele. Podle názoru žalobce se žalovaná měla zabývat otázkou, zda na nemocenské měl nárok, a nikoliv tím, zda toto nemocenské bylo skutečně vypláceno. Jako další žalobní bod žalobce namítal, že v napadeném rozhodnutí je chybně uvedeno rozhodné období pro zjišťování výdělků pro účely stanovení výše důchodu přiznaného od 19. 9. 2010. Žalovaná toto období uvedla jako roky 1986 až 2010, ačkoliv správně má jít o roky 1986 až 2009 v souladu s ust. § 18 zákona č. 155/1995 Sb.

Krajský soud **napadeným rozsudkem** žalobu zamítl. K první žalobní námitce, že za dobu činnosti stěžovatele coby experta v zahraničí od 1. 1. 1986 do 30. 4. 1990 nebyly dosazeny výdělky za dobu od prosince 1984 do listopadu 1985 s poukazem na ust. § 44 odst. 4 vyhlášky č. 149/1988 Sb., krajský soud uvedl, že podle ust. § 13 odst. 1 zákona č. 155/1995 Sb. se za doby pojištění považují též doby zaměstnání získané před 1. 1. 1996 podle předpisů platných před tímto dnem. Stěžovatel v uváděném období vykonával práci tzv. experta v zahraničí. Jednalo se podle § 44 vyhlášky č. 149/1988 Sb. o kategorii osob - účastníky sociálního zabezpečení, u kterých pro účely důchodového zabezpečení byl za hrubý výdělek považován měsíční hrubý výdělek, který jim náležel v průměru za posledních 12 kalendářních měsíců před vysláním do zahraničí. S účinností od 1. 8. 1991 byla úprava důchodového zabezpečení pro tuto zvláštní skupinu zrušena zákonem č. 306/1991 Sb. V ustanovení § 175 odst. 3 vyhlášky č. 149/1988 Sb. bylo pak stanoveno, že v rozsahu a za podmínek stanovených předpisy platnými před 1. 5. 1990 se hodnotí před tímto dnem doba činnosti doba expertů v zahraničí, pokud taková doba započala před tímto dnem a trvá po 30. 4. 1990; obdobně pak při úplném zrušení institutu experta v zahraničí ke dni 1. 8. 1991 byla přijata přechodná úprava v ust. § 175 odst. 6 citované vyhlášky pro dobu po 30. 4. 1990. Podle ust. § 16 odst. 4 zákona č. 155/1995 Sb. jsou před 1. 1. 1996 vyloučenými dobami doby, které se podle předpisů platných před tímto dnem vylučovaly při zjišťování hrubých výdělků pro účely výpočtu průměrného měsíčního výdělku. Předpisem platným před 1. 1. 1996 je vyhláška č. 149/1988 Sb., která stanoví v § 12 odst. 7 písm. c), že z kalendářního roku se vylučují doby zaměstnání v cizině, nejde-li o pracovníky v zahraničí a o doby započtené dle § 10 zákona č. 100/1988 Sb. Do 1. 8. 1991 toto ustanovení obsahovalo výjimku pro experty v zahraničí a zákon č. 306/1991 Sb. pro tuto kategorii pracovníků nepřijal jiná přechodná ustanovení než v § 175 odst. 6 vyhlášky č. 149/1988 Sb. Z uvedeného plyne, že po zrušení veškerých pravidel platících pro experty v zahraničí není jiné právní úpravy než hodnocení dob a stanovení výpočtového základu podle předpisu o sociálním zabezpečení platným před 1. 8. 1991, tedy zejména § 12 odst. 7

písm. e) a § 44 odst. 4 vyhlášky č. 149/1988 Sb., ve znění účinném před 1. 8. 1991. Důsledkem shora uvedené právní úpravy přijaté v roce 1991 je to, že doba činnosti experta v zahraničí pro účely stanovení výše výpočtového základu bude dobou vyloučenou, což ve svém důsledku znamená, že výdělková úroveň dosažená před vysláním do zahraničí bude garantována (srov. rozsudek NSS ze dne 12. 3. 2008 sp. zn. 6 Ads 141/2007). Z uvedených příčin není proto možné tuto žalobní námitku považovat za důvodnou včetně jeho požadavku, aby žalovaná „dosadila tzv. indexované průměrné výdělky ve smyslu koordinačních předpisů účinných od 1. 5. 2010“ (zřejmě míněno nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 987/2009), neboť tento problém uvedené nařízení výslovně neupravuje.

K námitce nezhodnocení doby nemoci od 23. 5. 1990 do 30. 11. 1990, jakožto náhradní doby a zároveň doby vyloučené, krajský soud uvedl, že podle ust. § 13 odst. 2 zákona č. 155/1995 Sb. se za dobu pojištění považují též doby zaměstnání získané před 1. 1. 1996 podle předpisů platných před tímto dnem. V době uvedené pracovní neschopnosti žalobce platilo ust. § 9 odst. 1 písm. f) zákona č. 100/1988 Sb., podle kterého se do doby zaměstnání započítá i doba, po kterou měl občan nárok na nemocenské, pokud v této době zaměstnání trvalo alespoň jeden rok. Je nesporné, že v době od 1. 5. do 30. 11. 1990 podle fotokopie potvrzení o pracovní neschopnosti žalobce skutečně ve stavu pracovní neschopnosti byl. Aby ovšem uvedenou dobu bylo možno do celkové doby pojištění jako náhradní dobu započíst a zároveň tuto dobu vyloučit při výpočtu osobního vyměřovacího základu pro účel výpočtu výše poměrné části starobního důchodu, muselo by být v řízení skutečně prokázáno, že za tuto dobu žalobce měl nárok na nemocenské dávky dle shora citovaného zákonného ustanovení, resp. že mu tyto dávky byly vypláceny. Žalobce v průběhu řízení prokazoval, že tyto dávky nemocenského pojištění skutečně uplatňoval, ale z důvodu liknavosti bývalého zaměstnavatele mu tyto dávky propláceny nebyly. Že měl nárok na nemocenské dávky v uvedeném období nelze ani dovodit z fotokopie evidenčního listu o době zaměstnání a výdělku vystaveného Budoucnosti, Spotřebním družstvem v Ostravě potvrzujícím, že žalobce u této organizace byl zaměstnán do 20. 11. 1985, přičemž za rok 1990 (tedy 5 let po ukončení pracovního poměru) obsahuje údaj o tom, že „DN placeny jako expertu v zahraničí“ a počet dnů pracovní neschopnosti 199.

K námitce, že v odůvodnění žalobou napadeného rozhodnutí je uváděno nesprávné rozhodné období pro výpočet starobního důchodu, a to od roku 1986 do roku 2010, krajský soud uvedl, že tato námitka důvodná, nicméně šlo o administrativní pochybení žalované v písemném vyhotovení jejího rozhodnutí, které na správnost výpočtu starobního důchodu nemělo vliv. Z dokladů o výpočtu tohoto důchodu totiž je jednoznačné, že žalovaná správně vycházela z rozhodného období za roky 1986 až 2009 v souladu s § 18 zákona č. 155/1995 Sb., uvedené pochybení tedy nemělo ve svém důsledku porušení zákonnosti napadeného rozhodnutí. Krajský soud vzhledem k výše uvedenému zamítl žalobu jako nedůvodnou.

V **kasační stížnosti** proti napadenému rozsudku stěžovatel uvedl, že ho napadá z důvodu uvedeného v § 103 odst. 1 písm. a) zákona č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního (dále jen „s. ř. s.“). Stěžovatel v kasační stížnosti v podstatě zopakoval žalobní námitky, že žalovaná zhodnotila dobu expertní činnosti v zahraničí, nikoliv již výdělky z této činnosti, z důvodu, že vyhláška č. 149/1988 Sb. ve svých přechodných ustanoveních

pokračování

k ustanovením o zhodnocení výdělku neodkazuje. Stěžovatel tvrdí, že takový výklad je účelový a neodůvodněně zasahuje do jeho práva na legitimní očekávání. Výdělek dosahovaný při výkonu zaměstnání je neoddělitelnou součástí získávané „doby“ zaměstnání a není důvod jej pro účely stanovení výše důchodu oddělovat. Nelze dospět k závěru, že by se byl zamýšlen stav, aby se u expertní činnosti získané před 1. 5. 1990 hodnotila pouze doba.

Dle názoru stěžovatele normotvůrce pominul řešení způsobu hodnocení výdělků proto, že jej považoval za samozřejmý (viz uvozující text „*v rozsahu a za podmínek...*“). Citovaným legislativním textem chtěl zajistit vyjádřit obvyklý princip zachování nabytých práv a ochrany legitimního očekávání všech dotčených osob, tedy že expertní činnost (jako celek – doba i výdělek) získaná před 1. 5. 1990 má být v plném rozsahu hodnocena podle předpisů platných před tímto dnem. Stěžovatel dále odkázal na nález Ústavního soudu ze dne 9. 6. 2005, II. ÚS 348/04, zabývající se interpretací předpisů o sociálním zabezpečení, ve kterém je formulován obecný princip preference teleologického výkladu před výkladem gramatickým v případě mezer v těchto předpisech nebo ambivalence jejich dikce. Stěžovatel odkazuje také na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 12. 3. 2008, č. j. 6 Ads 141/2007 - 40, podle kterého použití institutu vyloučených dob (v období činnosti experta v zahraničí) má za cíl, že výdělková úroveň dosažená před vysláním na zahraniční misi bude garantována. V případě stěžovatele však nebyla při výpočtu osobního vyměřovacího základu jeho výdělková úroveň vůbec zohledněna, v důsledku postupu žalované (aplikace vyloučené doby namísto výdělkového průměru za posledních 12 měsíců), výdělková úroveň do rozhodného období vůbec nezasáhla. Postup žalované je používán pouze v případech, kdy zaměstnavatelé nesplnili svoji evidenční povinnost a kdy žalovaná nemá za dobu expertní činnosti k dispozici evidenční list důchodového zabezpečení. Pokud žalovaná osobám, jejichž zaměstnavatel řádně plnil svoji evidenční povinnost, výdělkovou úroveň započte, zatímco stěžovateli nikoliv, jedná se o neodůvodněnou nerovnost. Krajský soud v tomto ohledu pouze převzal argumentaci žalované a výsledkem bylo nesprávné právní posouzení věci.

Jako druhou stěžejní kasační námitku stěžovatel zopakoval žalobní námitku, že žalovaná nezhodnotila dobu nemoci od 23. 5. 1990 do 30. 11. 1990, jakožto náhradní dobu a zároveň dobu vyloučenou s odůvodněním, že se žalobci nepodařilo prokázat nárok na nemocenské v době jeho nemoci. Podle stěžovatele byla podmínka uvedená v ustanovení § 9 odst. 1 písm. f) vyhlášky č. 149/1988 Sb. (*pozn. NSS zde má stěžovatel zřejmě na mysli zákon č. 100/1988 Sb.*) splněna (vyhláška nevyžaduje pobírání dávky, ale pouze nárok na dávku) nemocenské dávky sice nepobíral, avšak nikoliv proto, že by na ně neměl nárok, ale v důsledku liknavosti jeho zaměstnavatele. Žalovaná měla dané ustanovení vykládat extenzívně, tedy zabývat se pouze tím, zda na nemocenské měl nárok a nikoliv tím, zda toto nemocenské bylo skutečně vypláceno. Stěžovatel nesouhlasí se závěrem krajského soudu, že aby bylo možno do celkové doby pojištění jako náhradní dobu započíst a zároveň tuto dobu vyloučit při výpočtu osobního vyměřovacího základu, muselo by být v řízení skutečně prokázáno, že za tuto dobu měl žalobce nárok na nemocenské dávky, resp. že my byly vypláceny. Předpis o sociálním zabezpečení je interpretován v neprospěch jeho adresáta, aniž je přitom šetřeno jeho podstaty a smyslu a stěžovatel také namítá směřování významu pojmu „nárok na dávku“ a „výplata dávky“.

Ve svém vyjádření ke kasační stížnosti žalovaná navrhla zamítnutí kasační stížnosti jako nedůvodné a plně se ztotožnila s argumentací v napadeném rozsudku.

Ze správního spisu Nejvyšší správní soud zjistil následující skutečnosti relevantní pro posouzení věci. Stěžovatel uplatnil žádost o starobní důchod dne 19. 5. 2010, ovšem důchodového věku měl dosáhnout dne 16. 6. 2011. Doba pojištění potřebná pro nárok na důchod ve smyslu § 29 odst. 1 písm. c) zákona č. 155/1995 Sb. činila 27 let, tato doba byla splněna i bez přihlédnutí k dobám pojištění získaným podle právních předpisů jiných členských států. Součástí správního spisu byly osobní listy důchodového pojištění ze dne 23. 8. 2011 a ze dne 5. 1. 2012 – jeden pro výpočet tzv. plného důchodu (podle osobního listu ze dne 5. 1. 2012 stěžovatel získal 36 celých roků pojištění) a jeden pro výpočet tzv. dílčího důchodu (podle osobního listu ze dne 5. 1. 2012 stěžovatel získal 43 celých roků pojištění). Rozhodným obdobím bylo období 1986 – 2009. Stěžovatel pracoval jako gastronomický odborník (expert) v Berlíně v období od 1. 1. 1986 do 30. 4. 1990, kam byl vyslán zaměstnavatelem Pražské Restaurace (doba působení mu byla dne 2. 10. 1989 prodloužena do 30. 4. 1990, a to dodatkem k dohodě ze dne 22. 11. 1985). Z přípisu závodu Pražské restaurace ze dne 17. 10. 1991 Úřadu důchodového zabezpečení vyplývá, že stěžovatel byl u nich veden v evidenčním stavu od 12. 12. 1985 do 30. 4. 1990. V přípisu je dále uvedeno: „Od naší organizace nebyl vyplácen, byl vyslán podnikem Pražské restaurace jako gastronomický odborník k zahraniční firmě VEB GASTTÄTEN HO Berlín in 104 Berlín, Eichendorfstrasse 13, od které také pobíral mzdu.“ Česká správa sociálního zabezpečení provedla šetření u Pražské správy sociálního zabezpečení, výsledkem bylo doložení zaměstnání stěžovatele u organizace Pražské restaurace, státní podnik, závod automat Koruna, Praha 1 ověřenou kopií zápočtového listu ze dne 30. 4. 1990, podle kterého zaměstnání trvalo od 12. 12. 1985 do 30. 4. 1990. Nic jiného kromě zápočtového listu nebylo možné dohledat.

Ve vztahu k tvrzené době pracovní neschopnosti byly součástí správního spisu následující relevantní listinné podklady. Z osobního listu důchodového pojištění vyplývá, že doba nemoci od 23. 4. 1990 do 30. 11. 1990 není vykázána jako doba pojištění. Z hlášení o ukončení pracovní neschopnosti ze dne 11. 9. 1990 vyplývá, že žalobce byl práce neschopen od 23. 4. 1990 do 30. 11. 1990. Na evidenčním listě ze dne 18. 7. 1991 vystaveném Spotřebním družstvem Budoucnost v Ostravě je uveden rok 1990 a počet dnů nemocenské 199, spolu s poznámkou „*ND placeny jako expertu v zahraničí*“, přičemž z evidenčního listu vyplývá, že v závodě byl zaměstnán od 16. 6. 1980 do 20. 11. 1985. Z vyjádření Spotřebního družstva Budoucnost v Ostravě ze dne 16. 4. 2012 k dotazu žalované, zda stěžovateli vyplácela nemocenské dávky, vyplývá, že v její evidenci nebyly nalezeny žádné podklady o vyplácení dávek panu J. K. Dále je v soudním spisu originál dopisu ze dne 10. 9. 1990, jímž se stěžovatel na zaměstnavateli neúspěšně domáhal vyplacení dávek nemocenského pojištění.

Nejvyšší správní soud nejprve zkoumal formální náležitosti kasační stížnosti, přičemž zjistil, že je podána osobou oprávněnou a je proti označenému rozsudku přípustná za podmínek ustanovení § 102 a § 104 s. ř. s.

Nejvyšší správní soud přezkoumal napadený rozsudek krajského soudu i řízení, jež jeho vydání předcházelo, v souladu s § 109 odst. 3 a 4 s. ř. s., neshledal přitom vady, k nimž

pokračování

by musel přihlédnout z úřední povinnosti; vázán rozsahem a důvody, které stěžovatel uplatnil ve své kasační stížnosti, dospěl k závěru, že kasační stížnost **je důvodná**.

Z obsahu kasační stížnosti vyplývá, že ji stěžovatel podal z důvodu uvedeného v ustanovení § 103 odst. 1 písm. a) s. ř. s., podle tohoto ustanovení lze kasační stížnost podat z důvodu tvrzené „nezákonnosti spočívající v nesprávném posouzení právní otázky soudem v předcházejícím řízení.“

Podle § 13 odst. 1 zákona č. 155/1995 Sb. se považují za doby pojištění též doby zaměstnání získané před 1. lednem 1996 podle předpisů platných před tímto dnem (jde-li o dobu zaměstnání v cizině před 1. 5. 1990, hodnotí se tato doba, pokud za ni bylo zapláceno pojistné). Stěžovatel pracoval jako gastronomický odborník (expert) v Berlíně v období od 1. 1. 1986 do 30. 4. 1990. Vykonával činnost tzv. experta v zahraničí, jednalo se o zvláštní kategorii osob účastných sociálního zabezpečení podle § 44 vyhlášky č. 149/1988 Sb. Toto ustanovení stanovovalo, že jde o osoby, které v rámci mezinárodní spolupráce jsou se souhlasem československých orgánů činní v zahraničí pro zahraniční zaměstnavatele, tyto osoby byly odměňovány v zahraničí. Pro účely důchodového zabezpečení se podle § 44 odst. 4 cit. vyhlášky za hrubý výdělek experta v zahraničí považoval měsíční hrubý výdělek, který mu náležel v průměru za posledních 12 kalendářních měsíců před vysláním do zahraničí. Zákonem č. 306/1991 Sb. byla s účinností od 1. 8. 1991 ustanovení o činnosti experta zrušena. Podle § 169a zákona č. 100/1988 Sb. platilo pravidlo, že doby zaměstnání v cizině před 1. 5. 1990 se hodnotí podle předpisů platných před tímto dnem. Podle přechodných ustanovení § 175 odst. 3 vyhlášky č. 149/1988 Sb. platilo, že „(v) rozsahu a za podmínek stanovených předpisy platnými před 1. květnem 1990 se hodnotí před tímto datem doba činnosti expertů v zahraničí; doba činnosti expertů v zahraničí, která začala před tímto dnem a trvá nepřetržitě až do jejího skončení po 30. dubnu 1990, se však hodnotí podle těchto předpisů ještě po 30. dubnu 1990“. Podle § 175 odst. 6 písm. b) citované vyhlášky platilo, že „(v) rozsahu a za podmínek stanovených předpisy platnými před 1. srpnem 1991 se hodnotí před tímto dnem doba činnosti expertů v zahraničí, a to po 30. dubnu 1990“. Podle § 16 odst. 4 zákona č. 155/1995 Sb. jsou před 1. lednem 1996 vyloučenými dobami doby, které se podle předpisů platných před tímto dnem vylučovaly při zjišťování hrubých výdělků pro účely výpočtu průměrného měsíčního výdělku.

Podle § 12 odst. 7 písm. e) ve znění k 31. 7. 1991 se z kalendářního roku vylučují „doby zaměstnání v cizině, nejde-li o pracovníky v zahraničí a experty v zahraničí a o doby započtené podle § 10“. Podle § 12 odst. 7 písm. e) ve znění s účinností od 1. 8. 1991 se vylučují „doby zaměstnání v cizině, nejde-li o pracovníky v zahraničí a o doby započtené podle § 10“. Obdobnou situaci, jako v případě stěžovatele, se zabýval Nejvyšší správní soud již v rozsudku ze dne 12. 3. 2008 sp. zn. 6 Ads 141/2007 (všechna rozhodnutí přístupná na www.nssoud.cz): „(z)ákon č. 306/1991 Sb. nepřijal pro experty v zahraničí jiná přechodná ustanovení než v § 175 odst. 6 vyhlášky č. 149/1988 Sb. Není zde tedy právní úprava, která by po zrušení veškerých pravidel platících pro experty v zahraničí, s výjimkou hodnocení dob, jak ukázáno výše, prikazovala použít pro stanovení výpočtového základu ustanovení předpisů o sociálním zabezpečení, jak platily a byly činné před 1. 8. 1991, tedy zejména § 12 odst. 7 písm. e) a § 44 odst. 4 vyhlášky č. 149/1988 Sb., ve znění před 1. 8. 1991. Přitom v jiných případech zákonodárce taková přechodná opatření přijal (srov. kupř. institut tzv. pracovníků v zahraničí a § 175 odst. 7 a § 176 odst. 4 vyhlášky č. 149/1988 Sb.)“. Nejvyšší správní soud

dospěl k závěru, že „(p)rávní úprava, podle níž se doby činnosti experta v zahraničí hodnotí jako doby pojištění a pro účely stanovení osobního vyměřovacího základu jsou dobami vyloučenými, nenese žádné znaky, které by bylo možno hodnotit jako neslučitelné s ústavními principy;“ Závěr Nejvyššího správního soudu v citované věci byl takový, že doba činnosti experta v zahraničí v období let 1988 – 1991 se pro nárok a výši starobního důchodu, na nějž vznikl nárok v roce 2006, hodnotí jako doba pojištění, avšak pro účely stanovení osobního vyměřovacího základu je tato doba dobou vyloučenou. V citovaném rozhodnutí dospěl zdejší soud k závěru, že úprava vyloučených dob splnila svůj primární účel nerozměnit výpočet průměrného výdělku v rozhodném období.

Stěžovateli lze dát za pravdu v tom, že ačkoliv cílem použití institutu vyloučených dob (v období činnosti experta v zahraničí) je, aby výdělková úroveň dosažená před vysláním na zahraniční misi byla garantována pro výpočet osobního vyměřovacího základu, v jeho případě nebylo možné výdělkovou úroveň vůbec zohlednit, protože výdělková úroveň před dobou činnosti coby experta v zahraničí nezasáhla do rozhodného období. Nemění to však nic na závěru, který již byl vysloven Nejvyšším správním soudem v citovaném rozsudku ze dne 12. 3. 2008, č. j. 6 Ads 141/2007 - 40, a to že po změně právní úpravy v roce 1991 nebylo možné započíst výdělky z činnosti experta, tedy ani aplikovat zrušené ustanovení § 44 odst. 4 vyhlášky č. 149/1988 Sb. Nejvyšší správní soud proto neshledal tuto námitku důvodnou. Nad rámec nutného odůvodnění, pokud stěžovatel v řízení před krajským soudem požadoval provedení tzv. indexace výdělků, Nejvyšší správní soud se ztotožňuje s tím, že se na důchodový nárok stěžovatele není možné použít citovaná nařízení EU, nicméně navíc je třeba podotknout, že sporná doba pojištění, kterou stěžovatel získal jako expert v zahraničí, je českou dobou pojištění. Proto na ni nemůže být uplatněn koordinační mechanismus ve smyslu požadované indexace výdělků, jak stěžovatel namítal.

Ke kasační námitce nezapočtení doby nároku na nemocenské jako náhradní doby pojištění Nejvyšší správní soud uvádí následující. Podle ustanovení § 13 odst. 1 zákona č. 155/1995 Sb. se za dobu pojištění považují též doby zaměstnání získané před 1. 1. 1996 podle předpisů platných před tímto dnem. Podle ustanovení § 13 odst. 2 se za náhradní dobu pojištění považují též náhradní doby získané před 1. 1. 1996 podle předpisů platných před tímto dnem. Podle ustanovení § 9 odst. 1 písm. f) zákona č. 100/1988 Sb. ve znění účinném do 31. 12. 1995, „(t)rvalo-li zaměstnání aspoň rok, započítávají se do něho tyto náhradní doby: (...) f) doba, po kterou měl občan nárok na nemocenské, peněžitou pomoc v mateřství a podporu při ošetřování člena rodiny, doba, po kterou byl muži z důvodu péče o dítě poskytován příspěvek nebo peněžitá pomoc, a doba ošetřování (péče) člena rodiny po uplynutí období, po které občan pobíral podporu při ošetřování člena rodiny, pokud v této době zaměstnání trvalo (...)“.

Podle § 15 odst. 1 zákona č. 54/1956 Sb., o nemocenském pojištění zaměstnanců, ve znění účinném do 30. 6. 1990 „(n)emocenské náleží místo mzdy nebo platu (dále jen "mzda") zaměstnanci, který je pro nemoc nebo úraz uznán dočasně neschopným k výkonu svého dosavadního zaměstnání; (...)“, a dále podle § 15 odst. 3 tohoto zákona platilo, že „(n)emocenské se poskytuje od prvního dne dočasné neschopnosti (§ 22) k výkonu dosavadního zaměstnání pro nemoc nebo úraz (dále jen "pracovní neschopnost") do skončení pracovní neschopnosti nebo do uznání invalidity nebo částečné invalidity podle předpisů vydaných na

pokračování

podkladě § 51 odst. 4. *Nemocenské se však poskytuje nejdéle po dobu jednoho roku od počátku pracovní neschopnosti (dále jen "podpůrčí doba").* Dále podle § 42 odst. 1 tohoto zákona platilo, že „(p)reventivní a léčebná péče a dávky nemocenského pojištění náleží, jestliže se podmínky rozhodné pro jejich přiznání splnily v době pojištění podle tohoto zákona nebo sice po skončení pojištění, avšak ještě během doby, po kterou zaměstnanec pobírá nemocenské nebo peněžitou pomoc v mateřství, anebo jestliže se splnily v ochranné lhůtě“. Tato zákonná úprava však měla své provedení ve vyhlášce č. 165/1979 Sb., o nemocenském pojištění některých pracovníků a poskytování dávek nemocenského pojištění občanům ve zvláštních případech, která s účinností ke dni 23. 4. 1990, kdy si stěžovatel měl přivodit nepracovní úraz, obsahovala následující právní úpravu nemocenského pojištění pro kategorii expertů v zahraničí. Podle ustanovení § 35 odst. 1 této vyhlášky se *za experty v zahraničí pro účely nemocenského pojištění považují českoslovenští občané, kteří v rámci mezinárodní spolupráce jsou se souhlasem československých orgánů činní v zahraničí pro zahraniční zaměstnavatele a jimi jsou též odměňováni.* Podle § 32 odst. 1 citované vyhlášky, který se použije na základě výslovného odkazu v § 38 jak pro pracovníky v zahraničí, tak i experty v zahraničí, platilo, že *„je-li pracovník v zahraničí pojištěn také ve státě, v němž vykonává činnost, má nárok na peněžité dávky nemocenského pojištění podle tohoto oddílu, jen nevznikl-li mu nárok na obdobné dávky z pojištění v zahraničí nebo jsou-li dávky z tohoto pojištění nižší než dávky podle tohoto oddílu; v takovém případě obdrží jen rozdíl mezi dávkami z pojištění v zahraničí a dávkami podle tohoto oddílu“.* Z uvedeného výkladu relevantní vnitrostátní právní úpravy nemocenského pojištění vyplývá, že pro úsudek, zda stěžovateli vznikl či nevznikl nárok na nemocenské, je třeba nejprve zjistit, zda byl či nebyl poživatelem obdobné dávky v Německu.

V tomto ohledu Nejvyšší správní soud připomíná, že mezi Československem a Německou demokratickou republikou byla již v roce 1957 uzavřena mezinárodní smlouva o sociálním zabezpečení, konkrétně Dohoda mezi vládou Československé republiky a vládou Německé demokratické republiky o spolupráci na poli sociální politiky, vyhlášena pod č. 59/1957 Sb. Ačkoliv se jednalo pouze o mezivládní dohodu, obsahovala přímo použitelná koordinační pravidla a skrze zákon č. 100/1932 Sb., o vnitrostátní účinnosti smluv o sociálním pojištění, účinný až do 1. 1. 2009, měla tato mezinárodní smlouva nepochybně vnitrostátní závaznost. Tato smlouva se vztahovala i na problematiku poskytování dávek nemocenského pojištění občanům smluvních stran (čl. 1 bod 6). Podle čl. 2 této smlouvy do jejího osobního rozsahu náležely nejen osoby, které přesídlily z jednoho státu do druhého, ale také osoby, které se přechodně zdržovaly na území druhého státu nebo žijí ve druhém státě a jsou potřební. Tato mezinárodní smlouva je kromě principu rovného zacházení s občany druhé smluvní strany založena také dvou kolizních kritériích: státu určeného podle pracoviště občana a principu domicilu (státu bydliště). To znamená, že při provádění sociálního pojištění se použije - s výjimkou poskytování dávek - právních předpisů toho státu, na jehož území je vykonáváno zaměstnání (činnost) rozhodné pro pojištění, pokud se v této Dohodě nestanoví jinak. Podle čl. 5 odst. 1 této smlouvy se *peněžité dávky nemocenského pojištění a rodinné přídatky poskytuje podle vlastních právních předpisů nositel pojištění státu bydliště. Přitom přihledne také k době pojištění (zaměstnání) získané na území druhého státu.* To znamená, že v případě expertů v zahraničí, jejichž státem bydliště bylo Československo a byli vysláni k výkonu práce přechodně do NDR, měl dávky nemocenského pojištění vyplácet československý nositel pojištění, tedy československá organizace, která experta do druhého smluvního

státu vyslala, příp. organizace, která plnění těchto povinností převzala nebo které bylo jejich plnění rozhodnutím příslušného ústředního orgánu uloženo (§ 39 vyhlášky č. 165/1979 Sb.).

Jak uvedl stěžovatel, v době trvání pracovního poměru dne 23. 4. 1990 utrpěl nepracovní úraz, jehož léčení si vyžádalo pracovní neschopnost trvající až do 30. 11. 1990. Za předpokladu, že skutečně nepobíral nemocenské v Německu u svého zaměstnavatele, kde pobíral mzdu, anebo tyto dávky byly nižší, vznikl mu tím nárok na nemocenské podle tehdejší československé právní úpravy, protože došlo k splnění podmínek pro jeho přiznání v době trvání zaměstnání. Jeho zaměstnavatel však nevedl žádný evidenční list důchodového zabezpečení a ani mu nevyplácel nemocenské. Žalovaná se snažila došetřit potvrzení pracovní neschopnosti prostřednictvím Pražské správy sociálního zabezpečení, ale vzhledem k tomu, že se zaměstnavatel nevyjádřil k době trvání pracovní neschopnosti, tuto dobu pro účely výpočtu důchodu nezapočetla. Doklad o tom, že žalobce byl v pracovní neschopnosti, neshledala jako dostačující pro účely důchodového pojištění. Taktéž krajský soud uzavřel, že nárok na nemocenské dávky nebyl stěžovatelem prokázán. Nejvyšší správní soud musí souhlasit se stěžovatelem, že krajský soud směřuje význam pojmu „nárok na dávku“ s významem pojmu „výplata dávky“. Toto rozlišování je nezbytné zejména za situace, kdy pro účely započtení doby pojištění může postačovat pouze vznik nároku na dávku a není nezbytně nutná i výplata této dávky. Z ustanovení § 9 odst. 1 písm. f) zákona č. 100/1988 Sb. vyplývá, že pro započtení do doby pojištění by postačovala doba trvání nároku na nemocenské. V posuzovaném případě je však spornou zejména otázka prokázání existence tohoto nároku.

Ustanovení § 38 zákona č. 582/1991 Sb. upravuje jako primární důkazní prostředek sloužící k osvědčení doby pojištění a získaných vyměřovacích základů zejména evidenční list důchodového pojištění, dříve evidenční list důchodového zabezpečení. Při jejich absenci je zapotřebí aplikovat obecná pravidla pro dokazování stanovená v § 51 odst. 1 správního řádu, podle něhož lze k provedení důkazů užít všech důkazních prostředků, které jsou vhodné ke zjištění stavu věci a které nejsou získány nebo provedeny v rozporu s právními předpisy, a to zejména listiny, ohledání, svědeckou výpověď a znalecký posudek. Rovněž je nutné vycházet z konkrétních pravidel pro prokazování některých dob pojištění upravených v § 85 zákona č. 582/1991 Sb., podle jehož odstavce pátého lze k prokázání doby pojištění použít čestného prohlášení nejméně dvou svědků a žadatele o důchod, nelze-li tuto dobu prokázat jinak (srovnej rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 11. 7. 2013 č. j. 4 Ads 28/2013 - 22, dále též rozsudek ze dne 12. 6. 2013, č. j. 4 Ads 8/2013 - 31 a rozsudek ze dne 2. 4. 2014, č. j. 6 Ads 85/2013 - 33). Žalovaná je povinna podle § 50 odst. 2 správního řádu opatřit podklady pro vydání rozhodnutí nezbytné ke zjištění skutkového stavu věci. Pokud nelze opatřit podklady z údajů uvedených v evidenčních listech důchodového pojištění, lze provést šetření ve smyslu § 11 zákona č. 582/1991 Sb. Žalovaná v případě stěžovatele provedla šetření u Pražské správy sociálního zabezpečení a také si vyžádala sdělení Spotřebního družstva Budoucnost v Ostravě. Podle závěrů žalované a krajského soudu nebylo možné dovodit nárok na nemocenské dávky v uvedeném období pouze z fotokopie evidenčního listu o době zaměstnání a výdělku vystaveného Budoucností, Spotřebním družstvem v Ostravě. Fotokopii potvrzení o pracovní neschopnosti stěžovatele v období od 23. 4. 1990 do 30. 11. 1990 a potvrzení o délce trvání zaměstnání u organizace Pražské restaurace, státní podnik, závod automat Koruna,

pokračování

od 12. 12. 1985 do 30. 4. 1990, nepovažovaly tyto orgány za důkaz vzniku a trvání nároku na nemocenské dávky.

Nejvyšší správní soud s výše uvedeným posouzením krajského soudu nesouhlasí. Jak vyplývá z judikatury Nejvyššího správního soudu, dobu pojištění lze prokázat i obecnějšími důkazními prostředky (srovnej rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 19. 6. 2013, č. j. 4 Ads 27/2013 - 20). Není-li následně pro zjištěnou dobu pojištění možné určit výši vyměřovacího základu, uplatní se pro výpočet postup dle § 16 odst. 4 písm. c) zákona č. 155/1995 Sb. (k tomu srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 27. 11. 2009 č. j. 3 Ads 88/2008 - 173 a rozsudek téhož soudu ze dne 27. 10. 2010 č. j. 3 Ads 78/2010 - 93). Stěžovatel doložil, že pracovní neschopnost mu vznikla v době trvání zaměstnání, a z potvrzení o délce této neschopnosti bylo možné dovodit také délku náhradní doby pojištění. Nejvyšší správní soud v postupu krajského soudu shledal pochybení ve smyslu § 103 odst. 1 písm. a) a d) s. ř. s., protože krajský soud nejprve uvedl, že k započtení jako náhradní doby pojištění by muselo být v řízení prokázáno, že stěžovatel měl na nemocenské dávky nárok, resp. že mu byly vypláceny, čímž se dopustil nesprávného a vzhledem k výše uvedené právní argumentaci neúplného právního posouzení věci [§ 103 odst. 1 písm. a) s. ř. s.]. Následně pak dovodil, že z provedeného prokazování nebylo možné tento nárok zjistit, ačkoliv je zjevné, že dokazování mělo být doplněno minimálně o vyjádření žalobce v tom směru, zda pobíral či nepobíral nemocenské dávky v Německu, příp. v jaké výši, a dále také v tom směru, kdy přesně stěžovatel utrpěl úraz, tedy zda se tak stalo před návratem do Československa nebo po návratu, kdy už stěžovatel nevykonával činnost experta. Tato skutková zjištění mají zásadní vliv na otázku vzniku nároku na nemocenské v Československu. Jelikož krajský soud neučinil příslušné kroky k zjištění těchto skutečností, dopustil se tak jiné vady řízení mající vliv na zákonnost rozhodnutí o věci samé [§ 103 odst. písm. d) s. ř. s.]. Pro započtení jako náhradní doby pojištění je však dostačující existence doby trvání nároku, jak vyplývá z ustanovení § 9 odst. 1 písm. f) zákona č. 100/1988 Sb. ve znění účinném do 31. 12. 1995. Z výše uvedených důvodů shledal Nejvyšší správní soud námitku nezapočtení doby nároku na nemocenské jako náhradní doby pojištění důvodnou.

Nejvyšší správní soud tedy shledal kasační stížnost zčásti důvodnou a v souladu s § 110 odst. 1 s. ř. s. napadený rozsudek krajského soudu zrušil a věc mu vrátil k dalšímu řízení. V něm bude krajský soud vázán právním názorem Nejvyššího správního soudu vysloveným v tomto rozsudku (§ 110 odst. 4 s. ř. s.). Bude na něm, aby doplnil ve věci dokazování stran existence nároku stěžovatele na nemocenské dávky ze systému československého pojištění, přičemž bude povinen vycházet z výkladu právní úpravy nemocenského pojištění obsaženého v tomto rozsudku.

O náhradě nákladů řízení o kasační stížnosti rozhodne krajský soud v konečném rozhodnutí ve věci (§ 110 odst. 3 s. ř. s.).

P o u č e n í: Proti tomuto rozsudku **n e j s o u** opravné prostředky přípustné.

V Brně dne 11. června 2014

JUDr. Petr Průcha
předseda senátu