

Sygn. akt III AUa 1967/15

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 19 sierpnia 2016 r.

Sąd Apelacyjny w Łodzi III Wydział Pracy i Ubezpieczeń Społecznych w składzie:

Przewodniczący: SSA Iwona Szybka (spr.)

Sędziowie: SSA Janina Kacprzak

SSA Mirosław Godlewski

Protokolant: st. sekr. sąd. Patrycja Stasiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 sierpnia 2016 r. w Ł.

sprawy **A. K.**

przeciwko **Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych (...) Oddziałowi w Ł.**

o ustalenie kapitału początkowego i prawo do przeliczenia emerytury

na skutek apelacji organu rentowego

od wyroku Sądu Okręgowego w Łodzi

z dnia 8 września 2015 r. sygn. akt VIII U 754/15

zmienia zaskarżony wyrok i oddala odwołanie.

Sygn. akt III AUa 1967/15

UZASADNIENIE

Decyzją z dnia 3 marca 2015 roku Zakład Ubezpieczeń Społecznych (...) Oddział w Ł. odmówił A. K. przeliczenia emerytury.

Kolejną decyzją z dnia 3 marca 2015 roku Zakład Ubezpieczeń Społecznych odmówił ubezpieczonemu ustalenia kapitału początkowego.

Odwołania od powyższych decyzji wniósł A. K..

Zaskarżonym wyrokiem z dnia 8 września 2015 roku Sąd Okręgowy w Łodzi zmienił decyzje i zobowiązał Zakład Ubezpieczeń Społecznych (...) Oddział w Ł. do naliczenia A. K. kapitału początkowego oraz przyznał A. K. prawo do przeliczenia emerytury na podstawie art. 55 w związku z art. 26 ustawy z dnia 17 grudnia 1998 roku o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych.

Sąd Okręgowy oparł swoje rozstrzygnięcie na następujących ustaleniach i rozważaniach: A. K. w dniu 17 marca 2009 roku złożył wniosek o emeryturę. Decyzją z dnia 20 marca 2009 roku Zakład Ubezpieczeń Społecznych przyznał ubezpieczonemu prawo do emerytury na podstawie art. 29 ustawy z dnia 17 grudnia 1998 roku o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych.

W dniu (...) roku ubezpieczony złożył wniosek o emeryturę w związku z osiągnięciem wieku emerytalnego 65 lat i 4 miesięcy. Decyzją z dnia 3 kwietnia 2014 roku Zakład Ubezpieczeń Społecznych przyznał ubezpieczonemu prawo do emerytury od (...) roku. Świadczenie wynosiło 2.106,55 zł. Jednocześnie organ rentowy zawiesił wypłatę dotychczasowej emerytury jako świadczenia mniej korzystnego. Po waloryzacji od 1 marca 2015 roku świadczenie wynosiło 2.660,95 zł.

W dniu 4 lutego 2015 roku ubezpieczony złożył wniosek o ponowne ustalenie wysokości świadczenia emerytalnego, po rozpoznaniu którego organ rentowy wydał zaskarżoną decyzję. Hipotetyczna wysokość emerytury wnioskodawcy ustalona na podstawie art. 26 w zw. z art. 55 ustawy z dnia 17 grudnia 1998 roku o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych bez potrącenia wcześniej pobranych świadczeń wyniosłaby 3.019,35 zł.

W tak ustalonym stanie faktyczny Sąd Okręgowy uznał odwołania za zasadne. Jako podstawę prawną rozstrzygnięcia podał art. 26 w zw. z art. 55 ww. ustawy, uznał, iż ubezpieczony ma prawo do przeliczenia emerytury na ich podstawie i w konsekwencji zobowiązał organ rentowy do naliczenia ubezpieczonemu kapitału początkowego. Ubezpieczonemu spełniającemu warunki do przyznania emerytury na podstawie art. 27, który kontynuował ubezpieczenia emerytalne i rentowe po osiągnięciu przewidzianego w tym przepisie wieku emerytalnego i wystąpił z wnioskiem o przyznanie emerytury po 31 grudnia 2008 roku, może być obliczona emerytura na podstawie art. 26, jeżeli jest wyższa od obliczonej zgodnie z art. 53. Warunkiem do nabycia prawa do obliczenia emerytury na podstawie art. 26 ustawy jest, aby osoba spełniająca warunki do emerytury na podstawie art. 27, po osiągnięciu wskazanego wieku emerytalnego kontynuowała ubezpieczenia emerytalne i rentowe i z wnioskiem o przyznanie emerytury wystąpiła po dniu 31 sierpnia 2008 roku. W ocenie Sądu Okręgowego ubezpieczony spełnił te warunki. Po osiągnięciu wieku emerytalnego ubezpieczony kontynuował ubezpieczenia emerytalne i rentowe, gdyż był i jest nadal zatrudniony w (...) Urzędzie (...) w Ł. na podstawie umowy o pracę. Z wnioskiem o przyznanie prawa do emerytury ubezpieczony wystąpił po 31 grudnia 2008 roku. Sąd Okręgowy podniósł, że z art. 55 nie wynika, aby wniosek o emeryturę w powszechnym wieku emerytalnym musiał być pierwszym wnioskiem o świadczenie, bowiem przepisy ustawy (art. 21 ust.2) dopuszczają kilkakrotne realizowanie się ryzyka emerytalnego. Sąd Okręgowy w konsekwencji uznał, że z art. 55 ww. ustawy nie można w żadnym razie wyprowadzić wniosku, że wcześniejsze nabycie prawa do innego świadczenia emerytalnego niż to przewidziane w art. 27 ustawy emerytalno - rentowej, a nawet pobieranie tego świadczenia może stać na przeszkodzie w ustaleniu wysokości emerytury według nowych zasad. Wskazał, że wystarczającym jest, aby ubezpieczony urodzony przed 1 stycznia 1949 roku i legitymujący się wymaganym okresem ubezpieczenia wystąpił z wnioskiem o przyznanie emerytury w powszechnym wieku emerytalnym po 31 grudnia 2008 roku kontynuując ubezpieczenie po osiągnięciu tego wieku emerytalnego. Jednocześnie Sąd (...) instancji wskazał, że z symulacji dokonanej przez organ rentowy wynika, że emerytura ustalona na podstawie art. 26 w zw. z art. 55 ww. ustawy byłaby korzystniejsza dla ubezpieczonego. Wniosek o przeliczenie emerytury i ustalenie jej wysokości z uwzględnieniem kapitału początkowego ubezpieczony złożył w dniu 4 lutego 2015 roku i dlatego jako datę przeliczenia, zgodnie z treścią art.129 ust.1 ww. ustawy, należy wskazać 1 luty 2015 roku.

Apelację od powyższego wyroku wniósł Zakład Ubezpieczeń Społecznych zaskarżając wyrok w całości i zarzucając naruszenie art. 55 ustawy o emeryturach i rentach z FUS, poprzez przyjęcie, że wnioskodawca ma prawo do przeliczenia emerytury przyznanej po ukończeniu powszechnego wieku emerytalnego według reguł określonych w trybie wskazanego wyżej przepisu oraz art. 173 ustawy o emeryturach i rentach z FUS, poprzez przyjęcie, że wnioskodawca ma prawo do naliczenia kapitału początkowego.

W uzasadnieniu apelujący wskazał, że stanowisko prezentowane przez Sąd Najwyższy zostało zaakceptowane przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych, ale z pewnymi ograniczeniami, z których wynika, że nie można stosować takiego obliczenia emerytury w stosunku do osób, które nie kontynuowały ubezpieczenia emerytalnego i rentowego po osiągnięciu wieku emerytalnego, a także w stosunku do osób, które pobrały wcześniej przyznaną emeryturę. Z akt sprawy wynika, że wnioskodawca miał z wniosku z dnia z dnia 17.03.2009r. przyznaną emeryturę przy obniżonym wieku emerytalnym z art. 29 ustawy, której wypłata została podjęta z dniem 1.03.2009r. W tym stanie faktycznym brak jest prawa do obliczenia emerytury w trybie art. 55 przyznanej w wieku powszechnym na podstawie art. 27 ustawy

emerytalnej, gdyż zastosowanie tego przepisu wyklucza wypłata emerytury przyznanej przy obniżonym wieku z dniem 01.03.2009r. Nadto wskazał, że przed dniem 01.05.2015r. nie istniały przepisy umożliwiające ustalenie emerytury w sposób określony wyrokiem sądu, ponadto nie było podstaw do ustalenia wysokości kapitału początkowego wnioskodawcy. Skarżący podkreślił także, że w sentencji wyroku Sąd Okręgowy nie wskazał zasad, na jakich ma być przeliczone świadczenie, nie wskazał też daty od jakiej to przeliczenie powinno nastąpić.

W konsekwencji apelujący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i oddalenie odwołania od decyzji, ewentualnie o uchylenie wyroku i przekazanie sprawy sądowi (...) instancji do ponownego rozpoznania.

W odpowiedzi na apelację ubezpieczony wniósł o oddalenie apelacji organu rentowego i utrzymania w mocy zaskarżonego orzeczenia.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja jest zasadna, ale z innych powodów niż wskazano w jej uzasadnieniu.

Jak wynika z zebranego w sprawie materiału dowodowego A. K. urodził się (...) Z pierwszym wnioskiem o emeryturę wystąpił w dniu 17 marca 2009r., czyli po ukończeniu 60 lat życia. Decyzją z dnia 20 marca 2009r. organ rentowy, na podstawie art. 29 ustawy o emeryturach i rentach z FUS, przyznał ubezpieczonemu emeryturę od dnia 1 marca 2009r. Emeryturę tę ubezpieczony pobierał. Ostatni stosunek pracy został rozwiązany w dniu 17 kwietnia 2009r. (świadcstwo pracy k. 37 akt rentowych). W dniu 1 maja 2009r. A. K. zawarł umowę o pracę, którą świadczy od tego dnia nieprzerwanie i podlega ubezpieczeniom społecznym. (zaświadczenie k. 18 akt ZUS Rp-1E). W dniu 25 marca 2014r. A. K. wystąpił do organu rentowego z wnioskiem o emeryturę w związku z ukończeniem z dniem 25 marca 2014r. powszechnego wieku emerytalnego. Decyzją z dnia 3 kwietnia 2014r. ZUS przyznał ubezpieczonemu emeryturę od dnia 25 marca 2014r. Jej wysokość obliczył na podstawie art. 53 ustawy o emeryturach i rentach z FUS. Emeryturę tę ubezpieczony pobierał jako świadczenie korzystniejsze od emerytury przyznanej na podstawie art. 29 ustawy. W dniu 4 lutego 2015r. A. K. złożył w organie rentowym wnioski o ponowne ustalenie wysokości świadczenia. Wskazał, że domaga się przeliczenia emerytury na podstawie art. 26 w związku z art. 55 ustawy o emeryturach i rentach z FUS. Zaskarżoną decyzją organ rentowy odmówił tego przeliczenia podając, że zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego II UZP 4/13, wysokość emerytury może być obliczona na podstawie art. 26 tylko wówczas, gdy ubezpieczony nie pobrał wcześniej przyznanej emerytury choćby za jeden miesiąc. Tymczasem wnioskodawca pobrał emeryturę przyznaną decyzją z dnia 20 marca 2009r., a następnie decyzją z dnia 3 kwietnia 2014r. Pobranie emerytury wyklucza możliwość zastosowania art. 55 ustawy. Powyższą argumentację organ rentowy zaprezentował też w odpowiedzi na odwołanie i w apelacji. To stanowisko organu rentowego nie jest trafne.

Zgodnie z treścią art. 55 ustawy z dnia 17 grudnia 1998 r. ubezpieczonemu spełniającemu warunki do uzyskania emerytury na podstawie art. 27, który kontynuował ubezpieczenia emerytalne i rentowe po osiągnięciu przewidzianego w tym przepisie wieku emerytalnego i wystąpił z wnioskiem o przyznanie emerytury po dniu 31 grudnia 2008 r., może być obliczona emerytura na podstawie art. 26, jeżeli jest wyższa od obliczonej zgodnie z art. 53.

Emerytura na podstawie art. 27 ustawy o emeryturach i rentach przysługiwała, po zmianie wynikającej z art. 1 pkt 8 ustawy z dnia 11 maja 2012 r. o zmianie ustawy o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2012 r. poz. 637), ubezpieczonym urodzonym przed dniem 1 stycznia 1949 r., jeżeli spełnili łącznie następujące warunki: osiągnęli wiek emerytalny określony w ust. 2 albo 3; mają okres składkowy i nieskładkowy wynoszący co najmniej 20 lat dla kobiet i 25 lat dla mężczyzn, z zastrzeżeniem art. 27a. W myśl ustępu 3 pkt 5 wiek emerytalny dla mężczyzn urodzonych w okresie od dnia 1 października 1948 r. do dnia 31 grudnia 1948 r. wynosi co najmniej 65 lat i 4 miesiące. Emerytura ta obliczana jest według zasady określonej w art. 53 ustawy z dnia 17 grudnia 1998 r. o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych jako procent kwoty bazowej oraz okresów składkowych i nieskładkowych wyliczony według wskaźników wskazanych w art. 53 ust. 1 pkt 2-3, z uwzględnieniem art. 55. Oznacza to, że dla niektórych osób urodzonych przed dniem 1 stycznia 1949 r. przewidziana została możliwość obliczenia emerytury według wartości zgromadzonych składek, na zasadach określonych w art. 25 i 26 ustawy. Dotyczy to tych osób, które po osiągnięciu powszechnego wieku emerytalnego pozostawały w

ubezpieczeniach emerytalnym i rentowych (obowiązkowych lub dobrowolnych), a z wnioskiem o emeryturę wystąpiły po dniu 31 grudnia 2008 r. Warunkiem uwzględnienia takiego wniosku jest ustalenie, że emerytura obliczona na podstawie art. 26 jest wyższa od obliczonej zgodnie z art. 53, co jest możliwe w przypadku osób, które po wejściu w życie ustawy o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych podlegały ubezpieczeniom przez odpowiednio długi okres i osiągały wysokie przychody.

W świetle utrwalonego orzecznictwa Sądu Najwyższego, które Sąd Apelacyjny w Łodzi podziela, nie znajduje uzasadnienia pogląd organu rentowego, że brak jest możliwości zastosowania dobrodziejstwa art. 55 ustawy w stosunku do ubezpieczonych urodzonych przed 1 stycznia 1949 roku i pobierających wcześniej świadczenie emerytalne. Jak wynika z powołanej przez Sąd (...) instancji uchwały Sądu Najwyższego z 4 lipca 2013 r., II UZP 4/13, ubezpieczony urodzony przed 31 grudnia 1948 r., który po osiągnięciu powszechnego wieku emerytalnego kontynuował ubezpieczenie i wystąpił o emeryturę po 31 grudnia 2008 r., ma prawo do jej wyliczenia na podstawie art. 26 w zw. z art. 55 ustawy niezależnie od tego, czy wcześniej złożył wniosek o emeryturę wcześniejszą lub w niższym wieku. Jak podkreślił Sąd Najwyższy, ratio legis tego przepisu jest kontynuowanie opłacania składek, nie zaś ubieganie się o emeryturę wcześniejszą lub w obniżonym wieku. Podobne stanowisko zajął Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 10 lipca 2013 r. w sprawie II UK 424/12). Ponadto podkreślenia wymaga, że zasadnicze znaczenie dla zastosowania art. 55 ustawy ma utrzymywanie przez osobę w nim określoną statusu osoby ubezpieczonej (art. 4 ust. 13 ustawy), przy czym status osoby ubezpieczonej zachowują osoby, które przeszły na emeryturę, jeżeli po przyznaniu prawa podlegają obowiązkowym lub dobrowolnym ubezpieczeniom społecznym (art. 13 i 14 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych; Dz.U. z 2015 r. poz. 121). W konsekwencji, emerytura osób, które spełniły warunki przewidziane w art. 27 i pobierały świadczenia na wniosek złożony po dniu 31 grudnia 2008 r. powinna być wyliczona na podstawie art. 53 z uwzględnieniem art. 55 w związku z art. 26 ustawy, jeżeli po ukończeniu wieku 60 lub 65 lat podlegały ubezpieczeniom społecznym obowiązkowo lub dobrowolnie. (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 września 2014 r., (...) UK 27/14, L.; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 stycznia 2014 r., (...) UK 411/13, L.).

Emeryt pobierający emeryturę przyznaną i obliczoną na podstawie dotychczasowych zasad (art. 27 w związku z art. 53 ustawy z dnia 17 grudnia 1998 r. o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych nie może być pozbawiony prawa do ustalenia emerytury korzystniejszej w wyższej wysokości obliczonej według nowych zasad na podstawie art. 26 w związku z art. 55 tej ustawy, jeżeli spełniając warunki do uzyskania emerytury na podstawie art. 27 kontynuował ubezpieczenia emerytalne i rentowe oraz z wnioskiem o przyznanie emerytury na podstawie art. 27 ustawy wystąpił po raz pierwszy po 31 grudnia 2008 r. (art. 55). Skorzystanie z prawnej możliwości obliczenia wyższej wysokości emerytury nie wymaga od uprawnionego wskazania „korzystniejszej” metody obliczenia przysługującej mu emerytury w wyższej wysokości (od ustalonej na podstawie dotychczasowych zasad) ani nie pozostaje do uznania dla organu rentowego (nie jest „fakultatywne”). Organ rentowy jest zobowiązany obliczyć należne ubezpieczonemu świadczenie emerytalne zarówno według dotychczasowych zasad (art. 27 w związku z art. 53), jak i według nowych zasad (art. 26 w związku z art. 55), a następnie przyznać emeryturę w wyższej wysokości (art. 55 w związku z art. 100 ust. 1 ustawy). (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2013 r., II UK 143/13, L.) .

W art. 55 chodzi nie o przyznanie, lecz o obliczenie według innych zasad emerytury już nabytej po spełnieniu warunków z art. 27 ustawy i przyznanej na wniosek złożony po dniu wskazanym w tym przepisie. Nie chodzi też o osoby, które wstrzymały się z pobieraniem należnej emerytury. Pogląd o czystym koncie emerytalnym osób zgłaszających wnioski na podstawie art. 55 ustawy został obalony we wspomnianej uchwale z dnia 4 lipca 2013 r., II UZP 4/13. Również w wyroku z dnia 4 września 2013 r. (II UK 23/13, L.) Sąd Najwyższy podzielił powyższe stanowisko wskazując, że emeryt pobierający świadczenie emerytalne, który jest w dalszym ciągu, choćby nieprzerwanie, osobą czynną zawodowo i z tego tytułu kontynuuje obowiązkowe ubezpieczenia emerytalnym i rentowym, zachowuje status ubezpieczonego spełniającego warunki do uzyskania najkorzystniejszego wymiaru należnego mu świadczenia emerytalnego, w tym do jego wyliczenia na zasadach kapitałowych, jeżeli emerytura obliczona na podstawie art. 26, jest wyższa od obliczonej zgodnie z art. 53 ustawy emerytalnej i gdy spełnił warunki wymagane w art. 55 tej ustaw.

Mając na uwadze jednolite stanowisko judykatury co do warunków i możliwości przeliczenia emerytury ubezpieczonego urodzonego przed dniem 31 grudnia 1948r. na podstawie art. 55 ustawy, zarzuty sformułowane w

apelacji ocenić należy jako bezzasadne. W szczególności nie znajduje oparcia w obowiązującym prawie stanowisko organu rentowego, że warunkiem do obliczenia emerytury na podstawie art. 55 jest niepobranie przyznanego uprzednio świadczenia choćby za jeden miesiąc. Nie tylko uprzednie przyznanie wcześniejszej emerytury, ale i wypłacanie świadczenia emerytalnego, nie było i nie jest przeszkodą do obliczenia emerytury przewidzianej w art. 27 ustawy z dnia 17 grudnia 1998 r. o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych według zaewidencjonowanej składki. (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 25 maja 2016 r., III AUa 1050/15, L.).

Choć uzasadnienie zarzutu naruszenia prawa materialnego art. 55 ustawy o emeryturach i rentach z FUS nie jest trafne, to ostatecznie zarzut naruszenia art. 55 okazał się zasadny. Jak stanowi artykuł 55 warunkiem obliczenia emerytury na podstawie art. 26 jest to aby emerytura ta była wyższa od emerytury obliczonej zgodnie z art. 53.

Mechanizm ustalania wysokości emerytury na podstawie art. 55 dla ubezpieczonych urodzonych przed 1 stycznia 1949r. wyjaśnił Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 6 kwietnia 2016 r. (II UK 78/15, L.) zajmując jednoznaczne stanowisko, że ubezpieczony, urodzony przed 1 stycznia 1949 r., wyrażając wolę „wejścia” do systemu zdefiniowanej składki, zostaje jego beneficjentem na warunkach obowiązujących w tym systemie osoby urodzone w latach 1949-1968. Sąd Najwyższy wyjaśnił, że zawarta w art. 55a ust. 2 ustawy o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych norma była już zawarta w treści przepisów tej ustawy. Artykuł 26 tej ustawy nie funkcjonuje w „próżni normatywnej”, ale jest jedną z wielu jednostek legislacyjnych i redakcyjnych nowego systemu zabezpieczenia emerytalnego i dlatego powinien być interpretowany z uwzględnieniem powiązanych z nim regulacji normatywnych ustawy. Emerytura obliczona na podstawie art. 26, to „równowartość kwoty będącej wynikiem podzielenia podstawy obliczenia ustalonej w sposób określony w art. 25” (ust. 1). Z kolei kwota ustalona „w sposób określony w art. 25”, to podstawa obliczenia emerytury (art. 25 ust. 1), na którą składają się kwoty „składek na ubezpieczenie emerytalne, z uwzględnieniem waloryzacji składek zewidencjonowanych na koncie ubezpieczonego do końca miesiąca poprzedzającego miesiąc, od którego przysługuje wypłata emerytury, zwaloryzowanego kapitału początkowego określonego w art. 173-175 oraz kwot środków zewidencjonowanych na subkoncie, o którym mowa w art. 40a ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych, z zastrzeżeniem ust. 1a i 1b oraz art. 185”. Stosownie do art. 25 ust. 1b, podstawę obliczenia emerytury pomniejsza się o kwotę stanowiącą sumę kwot pobranych emerytur w wysokości przed odliczeniem zaliczki na podatek dochodowy od osób fizycznych i składki na ubezpieczenie zdrowotne, jeżeli ubezpieczony „pobrał emeryturę na podstawie przepisów art. 26b, 46, 50, 50a, 50e, 184 lub art. 88 ustawy z dnia 26 stycznia 1982 r. - Karta Nauczyciela (Dz.U. z 2014 r. poz. 191 i 1198 oraz z 2015 r. poz. 357)”. Sąd Najwyższy wskazał, że zgodnie z art. 25 ust. 1b, możliwość przejścia z systemu zdefiniowanego świadczenia (obliczonego według zasad wynikających z art. 53) do systemu zdefiniowanej składki wiąże się z koniecznością pomniejszenia podstawy obliczenia emerytury kapitałowej „o sumę kwot pobranych emerytur”. Zasada ta - w zgodzie z art. 32 Konstytucji RP - w równym stopniu powinna dotyczyć wszystkich osób pobierających świadczenie (niezależnie od daty urodzenia) właśnie ze względu na „zrównanie” w art. 55 praw osób urodzonych przed 1 stycznia 1949 r. z prawami osób urodzonych w latach 1949-1968. Ubezpieczonym urodzonym w latach 1949-1968, zgodnie z art. 46, przysługują emerytury „na warunkach określonych w art. 29, 32, 33 i 39”, a więc w istocie są te same emerytury, jakie przysługują urodzonym przed 1 stycznia 1949 r. i dla obu grup ubezpieczonych są one wyrazem przejściowego utrzymania przywilejów dotyczących możliwości nabycia prawa do emerytury w obniżonym wieku emerytalnym. Z tego punktu widzenia norma zawarta w art. 46 pełni rolę taką jak przepis intertemporalny, ponieważ rozwiązuje kwestie związane z zachowaniem ekspektatyw praw nabytych w starym systemie, a więc pod rządami przepisów obowiązujących przed dniem wejścia w życie ustawy o systemie emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych (przed 1 stycznia 1998 r.). Art. 46 nie kreuje samodzielnie (odrębnie) prawa do jakichś innych emerytur niż wynikające z art. 29, 32, 33 i 39, a jest jedynie normatywnym, międzyczasowym łącznikiem osób urodzonych w latach 1949-1968 z uprawnieniami płynącymi ze starego systemu emerytalnego, stąd emerytura „na podstawie art. 46” (jak to określa art. 25 ust. 1b), to w istocie emerytura „na podstawie art. 29, 32, 33 i 39”. Dlatego moc obowiązująca art. 25 ust. 1b rozciąga się także na osoby urodzone przed 1 stycznia 1949 r., które przed złożeniem wniosku, o którym mowa w art. 55, pobierały emerytury na podstawie art. 29, 32, 33 i 39, a dodanie art. 55a ust. 2 stanowi zwerbalizowanie treści normatywnej, która do tej pory wynikała z wykładni systemowej i funkcjonalnej.

Reasumując ubezpieczony, urodzony przed 1 stycznia 1949 r., wyrażając wolę „wejścia” do systemu zdefiniowanej składki, zostaje jego beneficjentem na warunkach obowiązujących w tym systemie osoby urodzone w latach 1949-1968, czyli moc obowiązująca art. 25 ust. 1b rozciąga się także na osoby urodzone przed 1 stycznia 1949 r., które przed złożeniem wniosku, o którym mowa w art. 55, pobierały emerytury na podstawie art. 29, 32, 33 i 39.

Art. 25 ust. 1 b stanowi, że jeżeli ubezpieczony pobrał emeryturę na podstawie przepisów art. 26b, 46, 50, 50a, 50e, 184 lub art. 88 ustawy z dnia 26 stycznia 1982 r. - Karta Nauczyciela (Dz.U. z 2014 r. poz. 191 i 1198, z 2015 r. poz. 357, 1268 i 1418 oraz z 2016 r. poz. 668), podstawę obliczenia emerytury, o której mowa w art. 24, ustaloną zgodnie z ust. 1, pomniejsza się o kwotę stanowiącą sumę kwot pobranych emerytur w wysokości przed odliczeniem zaliczki na podatek dochodowy od osób fizycznych i składki na ubezpieczenie zdrowotne.

Z niespornych ustaleń Sądu Okręgowego wynika, że ubezpieczony pobrał emeryturę na podstawie art. 29 ustawy. Z pisma procesowego ZUS z dnia 24 sierpnia 2015r. wynika natomiast, że emerytura obliczona na podstawie art. 26 po potrąceniu wcześniej pobranych emerytur wynosi brutto na dzień osiągnięcia powszechnego wieku emerytalnego, tj. 25 marca 2014r. kwotę 2 378,59 zł, a na dzień 1 marca 2015r. kwotę 2 414,59 zł i jest niższa niż obliczona na podstawie art. 53 ustawy o emeryturach i rentach z FUS. Z decyzji z dnia 30 kwietnia 2014r. wynika bowiem, że wysokość emerytury brutto obliczonej na podstawie art. 53 ustawy wynosi na dzień 25 marca kwotę 2 584,66 zł, a z decyzji z dnia 1 marca 2015r., że na dzień 1 marca 2015r. wynosi kwotę 2 660,95 zł. W piśmie procesowym z dnia 24 sierpnia 2015r. organ rentowy podał również, że bez dokonanego potrącenia wysokość emerytury obliczonej na podstawie art. 26 wyniosłaby kwotę 3 019,35 zł.

W rezultacie uzasadniony jest zarzut naruszenia art. 55 ustawy o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych, skoro Sąd Okręgowy zobowiązał organ rentowy do przeliczenia emerytury ubezpieczonego od dnia 1 lutego 2015 r., mając na uwadze hipotetyczne wyliczenie wynikające z pisma procesowego z dnia 24 sierpnia 2015r., w którym nie dokonano pomniejszenia podstawy jej obliczenia stosownie do art. 25 ust. 1b tej ustawy.

Ostatecznie więc ubezpieczony nie spełnił warunku niezbędnego do obliczenia emerytury na podstawie art. 26 ustawy, a wymienionego w art. 55 ustawy. Emerytura może być bowiem obliczona na podstawie art. 26, jeżeli jest wyższa od obliczonej zgodnie z art. 53. W stanie faktycznym sprawy emerytura obliczona na podstawie art. 26 jest niższa od obliczonej zgodnie z art. 53.

Brak przesłanek do obliczenia emerytury na podstawie art. 55 ustawy czyni także koniecznym oddalenie odwołania od decyzji o odmowie ustalenia kapitału początkowego. Wnioskodawcy, jako osobie urodzonej przed 1 stycznia 1949 roku nie przysługuje odrębne, samoistne roszczenie o ustalenie kapitału początkowego, który jak słusznie podnosi organ rentowy ustala się dla ubezpieczonych urodzonych po dniu 31 grudnia 1948 r. (art. 173 ust. 1). Tylko osobom spełniającym warunki z art. 55 należy obliczyć kapitał początkowy z uwagi na powiązanie tego przepisu z nowym (dla osób urodzonych po dniu 31 grudnia 1948 r.) sposobem obliczenia emerytury określonym w art. 26 odsyłającym do art. 25, który przewiduje uwzględnianie kapitału początkowego w podstawie obliczenia emerytury. (por. Kamil Antonów, Komentarz do art. 55 ustawy o emeryturach i rentach z FUS, LEX).

Biorąc powyższe pod uwagę Sąd Apelacyjny na podstawie art. 386 § 1 kpc orzekł jak w sentencji.