

Datum

2020-06-16

**KAMMARRÄTTEN
I GÖTEBORG**

Beteckning

Dnr 4636-2018

Handläggare

Diana Lagercrantz, 010-118 30 24
Bered Enhet 1

INKOM: 2020-06-22

MÅLNR: 3464-20

AKTBIL: 1

Högsta förvaltningsdomstolen

Ink. 2020-06-13

**HÖGSTA
FÖRVALTNINGSDOMSTOLEN**

Ink. 2020-06-22

Mål nr: ~~3464-20~~ 3464-20

Aktbil: 1

Klagande Allmänna ombudet för socialförsäkringen, 103 51 Stockholm

Motpart Marie Andersson, 19540703-5541

**Överklagat
avgörande** Kammarrättens i Göteborg dom den 28 april 2020 i mål nr 6525-19

Saken Sjukersättning

Yrkande

Allmänna ombudet anholder om att Högsta förvaltningsdomstolen meddelar prövningstillstånd.

Allmänna ombudet yrkar att Högsta förvaltningsdomstolen upphäver underinstansernas avgöranden och förklarar att Marie Andersson har fortsatt rätt till en fjärdedels sjukersättning från och med februari 2018.

Frågan i målet

Frågan i målet är hur bedömningen av en försäkrads arbetsförmåga ska göras när den utökade arbetstiden innefattar väntetid under dygnsvila. En del fråga blir då om det är tillräckligt att den försäkrade får lön för viss arbetstid eller om det är arbetsinsatsen som utförts under arbetstiden som ska vara avgörande. Prövningen avser situationen då det ska bedömas om det finns förutsättningar att minska tidigare beviljad sjukersättning enligt 36 kap. 19 § socialförsäkringsbalken (SFB), dvs. en bedömning av om den försäkrades arbetsförmåga har förbättrats.

Skäl för prövningstillstånd

Den i målet aktuella situationen har betydelse för ett stort antal försäkrade som har beviljats sjukersättning samt även för assistansberättigade som anställer assistenter med sjukersättning. Enligt betänkandet *Översyn av yrket personlig assistent – ett viktigt yrke som förtjänar bra villkor* (SOU 2020:1) arbetade omkring 100 000 arbetstagare i Sverige som personlig assistent år 2017. Enligt betänkandet arbetar närmare en femtedel av dessa assistenter deltid (se betänkandet sid. 73-75). Av de ärenden allmänna ombudet tagit del av kan

konstateras att det tämligen ofta förekommer att de deltidsarbetande assistenterna är beviljade sjukersättning på deltid. Hur arbetsförmågan ska bedömas i relation till arbetad tid är därför av stor betydelse för de personliga assistenter som arbetar deltid och är beviljade partiell sjukersättning.

Såvitt allmänna ombudet erfar är det vanligt förekommande att arbetsgivarna ser det som att den aktiva arbetstiden inte får överstiga arbetstagarens sammanlagda arbetstid. Det innebär att väntetid under dygnsvilan, där den försäkrade inte utför någon aktiv arbetsinsats, räknas bort. Försäkringskassan å andra sidan anser att det är den sammanlagda tiden, med väntetid inräknad, som utgör arbetstiden. I avsaknad av ett vägledande avgörande är det den försäkrade som uppbär partiell sjukersättning som drabbas av den otydlighet som för närvarande finns gällande rättsläget. I förlängningen leder detta inte bara till en minskad eller indragen förmån utan möjligen även till ett krav om återbetalning av utbetald sjukersättning. Såvitt allmänna ombudet har uppfattat situationen finns inget gemensamt synsätt hos kammarrätterna vad gäller hur en personlig assistents arbetstid ska bedömas, när arbetstiden innehåller såväl aktiv arbetstid som väntetid. Behovet av ett vägledande avgörande i den aktuella frågan är därmed angeläget.

Assistentens rätt till sjukersättning påverkar även de assistansberättigade personer som anlitar denne, eftersom Försäkringskassan kan neka utbetalning av assistansersättning med hänvisning till att assistenten endast har förmåga att utföra arbete på den andel som hen inte är beviljad sjukersättning (jämför 51 kap. 16 § SFB). Precis den situationen föreligger för övrigt i ett pågående mål i Högsta förvaltningsdomstolen (mål nr 1793-20). Där har Försäkringskassan argumenterat för att assistentens arbetsförmåga är begränsad till halvtidsarbete, eftersom hen är beviljad halv sjukersättning. Vidare har Försäkringskassan anfört att ett beslut att dra in en assistents sjukersättning inte ensamt bör ligga till grund för att assistenten har förmåga att utföra arbete som personlig assistent. Enligt allmänna ombudets mening finns i sådana situationer en risk att assistentens sjukersättning minskas eller dras in, samtidigt som dennes assistansberättigade brukare nekas assistansersättning för assistentens arbetade timmar. Denna risk för dubbla negativa beslut får samtidigt vägas mot statens berättigade intresse att motverka felaktigt utnyttjande av assistansersättningen. Den i målet aktuella frågan har därmed betydelse ur ett systematiskt perspektiv.

Bedömningskriterierna för arbetsförmåga vid nybeviljande av sjukersättning förtydligades i HFD 2019 ref. 48. I Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2010 not. 95 betonades betydelsen av avlönad arbetstid vid bedömningen av om arbetsförmågan hade förbättrats på ett sätt som motiverade omprövning av redan beviljad sjukersättning. Nu aktuellt mål handlar om en situation som inte träffas av dessa tidigare avgöranden. Om Högsta förvaltningsdomstolen prövar hur väntetid ska bedömas i relation till aktiv arbetstid för personliga assistenter, skulle det medföra ökad förutsebarhet, såväl för de försäkrade som arbetar som personliga assistenter som för de assistansanordnare och assistansberättigade brukare som anställer personliga assistenter. Samtidigt skulle rättssäkerheten öka i Försäkringskassans hantering av assistenternas sjukersättningsärenden om det blev tydligt när en försäkrads arbetsförmåga ska anses förbättrad till sådan grad att det blir aktuellt att ompröva rätten till sjukersättning. Ett vägledande avgörande beträffande denna fråga skulle därför ha stor betydelse för tillämpningen.

Sammanfattningsvis är det av vikt för ledning av rättstillämpningen att Högsta förvaltningsdomstolen prövar målet.

Grunder

I sak vidhåller allmänna ombudet de grunder som anförts i underinstanserna, med följande tillägg.

Syftet med förmånen sjukersättning är att erbjuda en grundläggande ekonomisk trygghet för de personer som på grund av sjukdom inte kan försörja sig själva genom arbete (jämför prop. 1962:90 s. 292 samt prop. 1996/96:28 sid 10). Vid en ansökan om sjukersättning ankommer det på den sökande att visa att hens arbetsförmåga är stadigvarande nedsatt med minst en fjärdedel på grund av sjukdom. I avgörandet HFD 2019 ref. 48 förtydligade Högsta förvaltningsdomstolen vilka bedömningskriterier som ska tillämpas då rätten till sjukersättning prövas vid en ansökan om förmånen. Av domskälen framgår att den försäkrades förmågor och styrkor måste kunna omsättas i ett arbete som har ett ekonomiskt värde för en arbetsgivare, för att den försäkrade ska anses ha en arbetsförmåga i ett förvärvsarbete på arbetsmarknaden.

Bedömning av förbättrad arbetsförmåga

Frågan är hur den försäkrades arbetsinsats ska bedömas i de fall där aktiv arbetstid och väntetid tillsammans överstiger det antal timmar som hen kan arbeta utan att få rätten till sjukersättning ifrågasatt, men där den aktiva arbetstiden samtidigt inte överstiger arbetstiden i förhållande till beviljad grad av sjukersättning. Har den försäkrade uppvisat en förbättrad arbetsförmåga genom väntetid under dygnsvila? Vad krävs för att Försäkringskassan ska kunna ompröva sitt tidigare gynnande beslut och minska/dra in sjukersättningen?

Enligt allmänna ombudets erfarenhet, baserad på de ärenden som hanterats de senaste åren, har det blivit vanligare att personliga assistenter har arbetspass som varar mer än åtta timmar. Ofta påbörjas arbetspasset på eftermiddagen, för att fortsätta som väntetid under natten och sedan avslutas på förmiddagen nästa dag. Under natten kan assistenten ha tillåtelse att sova, men förväntas också kunna övergå till aktivt arbete så fort den assistansberättigade personen behöver hjälp. Som framgår av underlagen i nu aktuellt mål har även Marie Anderssons arbetstider följt detta mönster. Detta arbetstidsmönster har gjort det enklare för personer som uppbär partiell sjukersättning att klara arbeten som personlig assistent. Efter vad allmänna ombudet har erfarit är det inte ovanligt att assistansanordnarna enbart räknar med aktiv arbetstid när de lägger scheman för sina anställda.

I avgörandet RÅ 2010 not. 95 betonade Högsta förvaltningsdomstolen att det avgörande är den tid som den försäkrade kan arbeta och få en lön som är gängse inom yrkesområdet, ställd i relation till ett heltidsarbete. Den försäkrade i det målet arbetade deltid (75 %) och hade sin arbetsgivares tillåtelse att ägna sig åt rehabilitering två timmar per vecka därutöver, på betald arbetstid. Allmänna ombudet tolkar detta som att den försäkrade aktivt deltog i aktiviteter i rehabiliterande syfte. Att en försäkrad genom aktivt handlande fullgör något som är i arbetsgivarens intresse och får lön för detta, torde tyda på en ökad arbets- och försörjningsförmåga och därmed utgöra tillräckligt skäl för minskning eller indragning av sjukersättningen.

Om den försäkrade däremot har uppburit lön för väntetid under dygnsvila eller annan liknande passiv insats, menar allmänna ombudet att det kan diskuteras om enbart antalet avlönade timmar kan ligga till grund för ett beslut om att minska eller dra in sjukersättningen. Frågan är om en försäkrad visat en förbättrad arbetsförmåga genom att uppbära lön för att sova på viss anvisad plats. Kammarrätternas bedömningar av detta har skiftat. I överklagandet till kammarrätten i nu aktuellt mål argumenterade allmänna ombudet kring två kammarrättsdomar gällande arbetsförmågebedömning vid minskning av sjukersättning för en läkare respektive en personlig assistent. Vid sidan av dessa båda avgöranden kan nämnas Kammarrättens i Sundsvall dom den 22 maj 2017 i mål nr 329-16, där arbetstiden för en personlig assistent bedömdes bestå av såväl aktivt arbetad tid som väntetid. Det målet gällde visserligen återkrav av sjukpenning, men bedömningen av om den försäkrade har uppvisat arbetsförmåga torde enligt allmänna ombudets mening kunna jämföras med den bedömning som görs vid minskning av sjukersättning. Därutöver har allmänna ombudet pågående mål med motsvarande frågor (Kammarrättens i Jönköping mål nr 2591-19 och 2592-19).

Relevant i sammanhanget är också frågan om det är assistentens arbetsförmåga som har förbättrats sedan hen beviljades sjukersättning eller om det i stället är utbudet av lämpliga anpassade arbeten som har ökat. Enligt allmänna ombudets erfarenhet kan arbetet som personlig assistent ibland anpassas på ett optimalt sätt, vilket gör att den försäkrade bättre kan utnyttja sin arbetsförmåga och därmed arbeta flera timmar än i ett icke anpassat arbete (se Försäkringskassans journalanteckningar den 15 januari respektive den 8 februari 2018.) Frågan som kan ställas är då om detta innebär att den försäkrades arbetsförmåga ska anses förbättrad på ett sätt som motiverar omprövning av tidigare beviljad sjukersättning.

Sammanfattning

Enligt allmänna ombudets mening är det oklart om arbetad tid i form av väntetid under dygnsvila ska tolkas som bevis för en förbättrad arbetsförmåga och därmed kunna läggas till grund för en indragning av Marie Anderssons sjukersättning, när den aktiva arbetstiden inte överstigit rätt omfattning i jämförelse med den beviljade sjukersättningen. Eftersom rättsläget får anses som oklart, borde förhållandet att Marie Andersson arbetat väntetid under dygnsvila inte ensamt vara tillräckligt för att dra in sjukersättningen. Underinstansernas avgöranden ska därför upphävas och Marie Andersson ska förklaras fortsatt berättigad till en fjärdedels sjukersättning från och med februari 2018.

Essa Malmqvist
Allmänna ombudet

Tacksam om domen och andra handlingar från domstolen skickas direkt till allmänna ombudet på följande mejladress: allmannaombudet@forsakringskassan.se