

Diarienummer: TIL 2018/40
Handling: 87
Handläggare: Linnea Sigeman

Försäkringskassan
103 51 Stockholm

Tillsyn avseende diskrimineringsförbudet inom socialförsäkringen

Diskrimineringsombudsmannen (DO) har granskat om Försäkringskassans generella tolkning och tillämpning av 27 kap. 48 § socialförsäkringsbalken, i förhållande till gravida kvinnor med vissa sjukdomstillstånd, är förenlig med förbudet mot diskriminering som har samband med kön.

DO har även granskat om Försäkringskassan överträtt förbudet mot diskriminering som har samband med kön vid handläggningen av ett enskilt ärende om sjukpenning.

DO:s beslut

DO bedömer att Försäkringskassans tillämpning av 27 kap. 48 § socialförsäkringsbalken, i förhållande till gravida kvinnor med vissa sjukdomstillstånd, utgör en risk för överträdelse av förbudet mot indirekt diskriminering som har samband med kön, 1 kap. 4 § 2 samt 2 kap. 14 § 1 diskrimineringslagen.

DO bedömer dock att utredningen inte ger stöd för att Försäkringskassan har överträtt diskrimineringsförbudet i förhållande till den enskilde anmälaren.

Om ärendet

Bakgrund till DO:s beslut att inleda tillsyn

En anmälare har lämnat sammanfattningsvis följande uppgifter till DO. Hon arbetar som frisör och har varit sjukskriven från sitt arbete på grund av smärtor i höger hand, underarm och armbåge. Enligt specialistläkare i ortopedi behöver hon göra MR-röntgen för att utreda fortsatt behandling. Efter en MR-röntgen kan läkarna ta ställning till eventuell operation. Hon är numera gravid, vilket medför att hon inte kan genomgå varken röntgen eller operation. Efter 180 dagars sjukskrivning beslutade Försäkringskassan att

inte bevilja henne sjukpenning, trots att hon är diagnostiserad och föreslagen operation. Försäkringskassan har avslagit hennes ansökan om sjukpenning eftersom hon inte kan genomgå den utredning och behandling som krävs för att beviljas sjukpenning, vilket beror på att hon är gravid.

Utredningen i ärendet

DO har begärt yttranden från Försäkringskassan i syfte att granska om Försäkringskassan tillämpar bestämmelsen om särskilda skäl på ett sätt som är förenligt med förbudet mot diskriminering som har samband med kön. DO har även haft möten med företrädare för Försäkringskassan samt med anmälaren och hennes ombud.

Uppgifter från Försäkringskassan

Försäkringskassan har sammanfattningsvis uppgett följande. Bedömningen av om särskilda skäl föreligger påverkas inte av om en gravid person uppger att hon på grund av graviditeten inte kan genomgå vissa undersökningar. Villkoren i bestämmelsen är desamma för alla och tillämpas lika för alla. En graviditet kan inte påverka tidsperioden enligt 27 kap. 48 § socialförsäkringsbalken.

Möjligheten att tillämpa undantagsregeln – att med stöd av särskilda skäl skjuta upp prövningen mot normalt förekommande arbeten på arbetsmarknaden – och fortsätta bedöma arbetsförmågan i förhållande till det vanliga arbetet ska användas just i undantagsfall. Enligt lagens förarbeten och rättspraxis ska det ställas höga krav för att särskilda skäl ska kunna tillämpas. Det ska finnas en tydlig och väl underbyggd diagnos, det ska finnas en väl underbyggd prognos för återgång i arbete hos arbetsgivaren samt vara klarlagt att den försäkrade inom kort och senast dag 365 i rehabiliteringskedjan ska kunna återgå helt i arbete hos arbetsgivaren. Tidsperioden om 365 dagar för återgång i arbete är lika lång för gravida som för icke-gravida.

Såvitt gäller anmälarens ärende bedömde Försäkringskassan under de första 180 dagarna i sjukperioden att hennes arbetsförmåga var nedsatt till hälften i förhållande till det vanliga arbetet som frisör. Från dag 181 ska Försäkringskassan i enlighet med rehabiliteringskedjan bedöma arbetsförmågan i förhållande till normalt förekommande arbeten på arbetsmarknaden. Försäkringskassan bedömde att anmälaren skulle klara ett fysiskt lättare arbete på heltid trots sina besvär. Ett fysiskt lättare arbete som inte innebär samma tunga och statiska belastning som arbetet som frisör bedöms vara normalt förekommande på arbetsmarknaden.

De handlingar som finns i anmälares ärende visar enligt Försäkringskassans bedömning inte att det finns en plan för att anmälares kommer att återgå helt i arbete hos arbetsgivaren inom ett år från sjukdomsperiodens början. Det är snarare oklart när hon kan återgå helt i arbete hos arbetsgivaren. Av ett kompletterande intyg framkommer en tidsperiod på 12–18 månader från besvärens debut avseende en del av sjukdomsbilden. Det framkommer även att anmälares skulle behöva opereras för att bli av med en del av sina besvär men något datum för operation anges inte och heller inte när hon skulle kunna återgå helt i arbete efter operationen. Särskilda skäl kan därför inte tillämpas.

Försäkringskassan har handlagt anmälares ärende på precis samma sätt som vilket annat ärende som helst. Ärendet har handlagts av Försäkringskassans handläggare enligt befintligt regelverk. Försäkringskassan bedömer att ärendet har hanterats formellt rätt och att undantagsreglerna särskilda skäl och oskäligt i dagsläget inte medger någon vidare tolkning utifrån förarbeten och rättspraxis. Försäkringskassan har inte möjlighet att tillämpa det befintliga regelverket på annat sätt. En annan tillämpning skulle kräva ändrad rättspraxis eller en lagändring.

Uppgifter från anmälares

DO har inhämtat kompletterande uppgifter från anmälares, som sammanfattningsvis uppgett följande. Hon har överklagat Försäkringskassans beslut. Hon fick först bifall i förvaltningsrätten, men sedan fastställde kammarrätten Försäkringskassans avslagsbeslut.

Kammarrätten i Göteborg har i dom den 24 maj 2019 i målen 5997-18 och 5998-18 bland annat uttalat följande. Frågan i målet är om anmälares har rätt till sjukpenning för perioderna 15 oktober–13 november 2017 respektive 13 november 2017–13 januari 2018. Det är den som ansöker om sjukpenning som har bevisbördan för att förutsättningarna för förmånen är uppfyllda. I anmälares fall innehåller de medicinska underlagen inte någon prognos för när hon kan återgå till heltidsarbete hos sin ordinarie arbetsgivare. Av utredningen framgår visserligen att hon på grund av sin graviditet inte har kunnat genomgå vissa medicinska utredningsåtgärder. Det saknas dock en tydlig plan även för när fortsatt utredning och eventuellt följande behandlings- och rehabiliteringsinsatser ska ske. Kammarrätten bedömer att anmälares graviditet inte utgjort hinder för en sådan plan. De medicinska underlagen är därför inte tillräckliga för att det ska anses finnas särskilda skäl att inte pröva anmälares förmåga mot normalt förekommande arbeten på arbetsmarknaden.

Anmälaren ansökte senare om graviditetsspenning, vilket Försäkringskassan beviljade henne. Hennes sjukpenninggrundande inkomst (SGI) har inte påverkats. Hon kontaktade läkare på nytt efter att barnet hade fötts. Hon fick då genomgå en MR-scanning som inte gav något tydligt resultat. Hon har nu sökt sig till ortopedspecialist för ett andra utlåtande och vidare undersökningar. Hon vill inte operas i onödan.

Anmälaren har lämnat in Försäkringskassans beslut och omprövningsbeslut samt domarna från Förvaltningsrätten i Göteborg och Kammarrätten i Göteborg till DO. DO har även tagit del av läkarintyg rörande anmälaren samt mailkorrespondens mellan anmälaren och Försäkringskassan.

Rättslig reglering på området

Diskrimineringslagen

Enligt 2 kap. 14 § 1 diskrimineringslagen (2008:56), DL, är diskriminering förbjuden inom socialförsäkringen och anslutande bidragssystem.

Enligt 1 kap. 4 § 1 DL avses med direkt diskriminering att någon missgynnas genom att behandlas sämre än någon annan behandlas, har behandlats eller skulle ha behandlats i en jämförbar situation, om missgynnandet har samband med kön, könsöverskridande identitet eller uttryck, etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning, funktionsnedsättning, sexuell läggning eller ålder.

Enligt 1 kap. 4 § 2 DL avses med indirekt diskriminering att någon missgynnas genom tillämpning av en bestämmelse, ett kriterium eller ett förfaringssätt som framstår som neutralt men som kan komma att särskilt missgynna personer med visst kön, viss könsöverskridande identitet eller uttryck, viss etnisk tillhörighet, viss religion eller annan trosuppfattning, viss funktionsnedsättning, viss sexuell läggning eller viss ålder, såvida inte bestämmelsen, kriteriet eller förfaringssättet har ett berättigat syfte och de medel som används är lämpliga och nödvändiga för att uppnå syftet.

Socialförsäkringsbalken

Allmänna bestämmelser om sjukpenning finns i 27 kap.

socialförsäkringsbalken. Enligt 27 kap. 48 § första stycket, som reglerar bedömningen av rätten till sjukpenning efter 180 dagar, gäller att från och med den tidpunkt då den försäkrade har haft nedsatt arbetsförmåga under 180 dagar ska dessutom, om det inte finns särskilda skäl mot det eller det i annat fall kan anses oskäligt, beaktas om den försäkrade har sådan förmåga att han eller hon kan försörja sig själv genom

1. sådant förvärvsarbete som är normalt förekommande på

arbetsmarknaden, eller

2. annat lämpligt arbete som är tillgängligt för honom eller henne.

Enligt 27 kap. 49 § socialförsäkringsbalken, ska det, från och med den tidpunkt då den försäkrade har haft nedsatt arbetsförmåga under 365 dagar, om det inte kan anses oskäligt, alltid beaktas om han eller hon har sådan förmåga som avses i 48 §.

DO:s bedömning

Allmänt om Försäkringskassans tillämpning av sjukpenningreglerna i förhållande till gravida kvinnor

DO har genom uppgifterna från anmälaren uppmärksamats på Försäkringskassans tillämpning av undantagsgrunden särskilda skäl i 27 kap. 48 § socialförsäkringsbalken. Frågan som DO inledningsvis ska ta ställning till är om Försäkringskassans generella tillämpning av bestämmelsen är förenlig med förbudet mot diskriminering som har samband med kön. DO kommer därefter att bedöma om utredningen ger stöd för att Försäkringskassan överträtt diskrimineringsförbudet i förhållande till anmälaren.

DO konstaterar inledningsvis att diskrimineringslagens förbud mot diskriminering som har samband med kön inom socialförsäkringen genomför direktiv 79/7/EEG¹ i svensk rätt. Direktivet förbjuder enligt artikel 4.1 all direkt och indirekt diskriminering som har samband med kön i fråga om systemens räckvidd och tillgången till dem. Vidare är principen om likabehandling mellan kvinnor och män en grundläggande EU-rättslig princip, vilket framgår av såväl EU:s primärrätt som EU-domstolens praxis.² Den nationella lagstiftningen ska tolkas i ljuset av dessa EU-rättsliga principer.

Försäkringskassan har sammanfattningsvis uppgett att hanteringen av ansökningar om sjukpenning sker med stöd av socialförsäkringsbalkens bestämmelser, förarbetsuttalanden samt vägledande praxis.

Försäkringskassan har uppgett att alla sökande, gravida såväl som icke-gravida, bedöms på samma sätt när Försäkringskassan tar ställning till om särskilda skäl föreligger enligt 27 kap. 48 § socialförsäkringsbalken. Det

¹ Rådets direktiv av den 19 december 1978 om succesivt genomförande av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om social trygghet

² Se bland annat artikel 2 i Fördraget om Europeiska unionen, artikel 21 Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna samt EU-domstolens dom av den 15 juni 1978, Defrenne, mål 149/77, EU:C:1978:130.

finns ingenting i DO:s utredning som tyder på att Försäkringskassan vid sin tillämpning av regelverket skulle fästa något avseende vid den sökandes kön. DO anser därför att en bedömning av om Försäkringskassans tillämpning av bestämmelsen är förenlig med diskrimineringslagen bör ske i förhållande till förbudet mot indirekt diskriminering.

Indirekt diskriminering

Indirekt diskriminering innebär att någon missgynnas genom tillämpning av en bestämmelse, ett kriterium eller ett förfaringsätt som framstår som neutralt, men som kan komma att särskilt missgynna personer med bland annat ett visst kön. En sådan tillämpning kan dock vara tillåten om det finns ett berättigat syfte och de medel som används är lämpliga och nödvändiga för att uppnå syftet. Av EU-domstolens praxis framgår vidare att en ytterligare förutsättning för att tillämpningen av bestämmelsen, kriteriet eller förfaringsättet ska vara tillåten är att de olägenheter som orsakas den enskilde inte är orimliga i förhållande till de eftersträlvade målen.³

I förarbetena till diskrimineringslagen nämns som exempel på missgynnande att någon försätts i ett sämre läge eller går miste om en förbättring, en förmån, en serviceåtgärd eller liknande.⁴ Vidare sägs att det som typiskt sett är förenat med faktisk förlust, obehag eller liknande är att anse som ett missgynnande. Av förarbetena framgår vidare att redan det förhållandet att en arbetssökande inte kallas till en anställningsintervju innebär att denne försätts i ett sämre läge på ett sätt som innebär ett missgynnande. I en sådan situation behöver det alltså inte visas att behandlingen av den arbetssökande faktiskt fått till effekt att denne gått miste om en anställning. Det kan här nämnas att Svea hovrätt i avgörandet RH 2014:9 med ett liknande resonemang funnit att en schablonmässig hantering som innebar att den sökande inte kunde komma i fråga för en viss privat försäkring var tillräcklig för att det skulle vara fråga om ett missgynnande i diskrimineringslagens mening, oavsett vad den individuella prövningen skulle ha utmynnat i.

Försäkringskassan har uppgett att bedömningen av särskilda skäl i 27 kap. 48 § socialförsäkringsbalken inte påverkas av om en gravid person uppger att hon på grund av graviditeten inte kan genomgå vissa undersökningar och/eller behandlingar samt att villkoren i bestämmelsen är desamma för alla och därför tillämpas lika för alla. Försäkringskassan tillämpar alltså bestämmelsen om särskilda skäl strikt och utan möjlighet till

³ Se dom av den 16 juli 2015, *Chez*, C-83/14, EU:C:2015:480, p. 123.

⁴ Prop. 2007/08:95 s. 486 f.

undantag, utifrån Försäkringskassans tolkning av förarbeten och praxis. Försäkringskassans bedömning av om det finns särskilda skäl enligt 27 kap. 48 § socialförsäkringsbalken grundas således på en tolkning av bestämmelsen som innebär att det för att särskilda skäl ska anses föreligga krävs att det ska finnas en tydlig och väl underbyggd diagnos, en väl underbyggd prognos för återgång i arbete hos arbetsgivaren och vara klarlagt att den försäkrade inom kort och senast dag 365 i rehabiliteringskedjan ska kunna återgå helt i arbete hos arbetsgivaren.

Försäkringskassans tillämpning av regeln i detta avseende innebär enligt DO:s bedömning att vissa gravida, vilkas hälsotillstånd potentiellt är sådant att särskilda skäl föreligger – men som inte kan genomgå de medicinska undersökningar som är nödvändiga för att kunna fastställa en tydlig prognos för rehabilitering och återgång i arbete – försätts i ett sämre läge. En sådan person har, på grund av sin graviditet, således inte möjlighet att visa om den uppfyller de krav som ställs för att beviljas sjukpenning med stöd av socialförsäkringsbalkens reglering om särskilda skäl. Detta innebär att vissa gravida kan komma att missgynnas av Försäkringskassans tillämpning av bestämmelsen.

För att bedöma om personer med exempelvis ett visst kön kan komma att särskilt missgynnas vid tillämpningen av bestämmelsen ska en jämförelse göras med en annan grupp. Eftersom kopplingen mellan graviditet och diskrimineringsgrunden kön är uppenbar, får det vid denna bedömning anses stå klart att tillämpningen av bestämmelsen kan komma att särskilt missgynna kvinnor.

DO övergår därmed till att bedöma om Försäkringskassans sätt att tillämpa bestämmelsen, trots att tillämpningen särskilt kan komma att missgynna vissa gravida kvinnor, ändå är tillåtet utifrån att det har ett berättigat syfte, och att de medel som används för att uppnå syftet är lämpliga och nödvändiga. Tillämpningen av bestämmelsen får vidare inte orsaka enskilda olägenheter som är orimliga i förhållande till de eftersträvade målen.

Enligt 27 kap. 48 § socialförsäkringsbalken ska Försäkringskassan från och med den tidpunkt då den försäkrade har haft nedsatt arbetsförmåga under 180 dagar bedöma arbetsförmågan i förhållande till normalt förekommande arbeten på arbetsmarknaden, om det inte finns särskilda skäl mot det eller om det kan anses oskäligt. Av förarbetena till socialförsäkringsbalken framgår sammanfattningsvis att syftet med införandet av bestämmelsen var att stärka människors förmåga att försörja sig själva genom eget arbete,

minska utanförskapet och därigenom bibehålla välfärden.⁵ De skäl som redovisas i förarbetena till socialförsäkringsbalken utgör enligt DO:s bedömning ett berättigat syfte. Såvitt DO kan bedöma sker även Försäkringskassans tillämpning av bestämmelsen utifrån samma övergripande syfte. Även Försäkringskassans tillämpning har därmed ett berättigat syfte.

Frågan är då om det medel som använts, det vill säga Försäkringskassans strikta tillämpning av bestämmelsen, är lämpligt och nödvändigt för att uppnå syftet. Av EU-domstolens avgörande i den ovan nämnda domen *Chez*, C-83/14, framgår att en åtgärd är lämplig om den bidrar till att effektivt uppfylla det mål som eftersträvas. Det sätt på vilket Försäkringskassan tillämpar bestämmelsen måste enligt DO:s uppfattning anses utgöra ett lämpligt medel i denna mening. En strikt tillämpning av bestämmelsen – även i förhållande till den begränsade grupp av gravida kvinnor vilkas hälsotillstånd potentiellt är sådant att särskilda skäl föreligger, men som inte kan genomgå de erforderliga medicinska undersökningarna och/eller behandlingarna för att fastställa en tillräckligt exakt prognos för rehabilitering och återgång i arbete – framstår dock enligt DO:s bedömning inte som nödvändig för att uppnå de övergripande mål på samhällsnivå som anges i förarbetena till socialförsäkringsbalken.

Till detta kommer även att den strikta tillämpningen av bestämmelsen kan antas orsaka enskilda olägenheter som inte är rimliga i förhållande till de eftersträvalda målen, eftersom den ytterst kan få till följd att gravida kvinnor nekats ekonomisk ersättning som de skulle ha varit berättigade till om de inte hade varit gravida.

DO konstaterar även att motsvarande överväganden gör sig gällande i fråga om möjligheten för gravida kvinnor, som på grund av sin graviditet inte kan genomgå erforderliga undersökningar och/eller behandling, att i enlighet med 27 kap. 49 § socialförsäkringslagen beviljas fortsatt sjukpenning efter att ha haft nedsatt arbetsförmåga under 365 dagar.

Försäkringskassan har invänt att Försäkringskassan inte har möjlighet att tillämpa det befintliga regelverket på annat sätt och att en annan tillämpning skulle kräva ändrad rättspraxis eller en lagändring.

DO har ovan redogjort för att principen om likabehandling mellan kvinnor och män är en grundläggande EU-rättslig princip. EU-rättens företrädare omfattar alla former av nationella rättsakter och nationell rättspraxis, även

⁵ Prop. 2007/08:136 s. 33 f.

sådana som tillkommit vid en senare tidpunkt.⁶ Nationella domstolar och myndigheter ska, i den mån det är möjligt, tolka den nationella rätten i ljuset av syftet med det aktuella EU-direktivet, så kallad direktivkonform tolkning.⁷ I detta ligger även en förpliktelse att bortse från eventuella uttalanden i de nationella förarbetena som inte är förenliga med direktivets formuleringar och syfte.⁸

Om det i ett enskilt fall är utrett att den sökandes graviditet utgör hinder för den medicinska planeringen bör Försäkringskassan, enligt DO:s uppfattning, bedöma ärendet på grundval av det medicinska underlag och den medicinska planering som en sökande i denna situation rimligen kan presteras. Om det på grundval av detta material med tillräcklig säkerhet framgår att den enskildes hälsotillstånd och prognos potentiellt är sådana att den enskilde skulle kunna medges sjukpenning och det finns en tillräckligt tydlig plan för när fortsatt utredning och eventuellt följande behandlings- och rehabiliteringsinsatser ska ske är Försäkringskassan vid tillämpningen av de i 27 kap. 48–49 §§ socialförsäkringsbalken stadgade tidsfrifterna således skyldig att säkerställa att den sökande inte missgynnas av skäl hänförliga till graviditeten. Försäkringskassan kan därvid vid tillämpningen av de aktuella bestämmelserna behöva tillämpa undantagsgrunderna på ett sätt som tar hänsyn till den särskilda situation som en gravid kvinna befinner sig i.

DO bedömer därmed att Försäkringskassans tillämpning av 27 kap. 48 § socialförsäkringsbalken, om tillämpningen innebär att Försäkringskassan vid bedömningen inte tar hänsyn till om en gravid kvinna – vars hälsotillstånd och prognos potentiellt är sådana att hon skulle kunna medges sjukpenning – på grund av graviditeten inte kan genomföra erforderliga undersökningar och/eller behandlingar, utgör en risk för överträdelse av förbudet mot indirekt diskriminering i förhållande till sådana kvinnor.

⁶ Se i detta avseende EU-domstolens dom av den 15 juli 1964, *Costa mot E.N.E.L.*, mål 6/64, EU:C:1964:66 samt EU-domstolens dom av den 9 mars 1978, *Simmenthal SpA*, mål 106/77, EU:C:1978:49 p. 21-22

⁷ EU-domstolens dom av den 10 april 1984, *von Colson och Kamann*, mål 14/83, EU:C:1984:153 p. 26 samt dom av den 12 februari 2004, *Henkel KGaA*, C-218/01, EU:C:2004:88, p. 60

⁸ EU-domstolens dom av den 29 april 2004, *Björnekulla fruktindustrier AB*, C-371/02, EU:C:2004:275, p. 13

Uppgifter om överträdelse i det enskilda ärendet

Anmälaren har gjort gällande att Försäkringskassan överträtt förbudet mot diskriminering som har samband med kön genom Försäkringskassans handläggning och bedömning av hennes ansökan om sjukpenning. DO har ovan konstaterat att Försäkringskassans hantering bör bedömas utifrån förbudet mot indirekt diskriminering.

Mot bakgrund av vad som anförts ovan är den närmare fråga som DO i denna del ska ta ställning till om det underlag på vilket Försäkringskassan fattade sitt beslut – med hänsyn taget till att graviditeten hindrade anmälaren från att genomgå vissa undersökningar och behandlingar – utvisade att hennes hälsotillstånd och prognos potentiellt var sådant att hon skulle kunnat medges sjukpenning och att det fanns en tillräckligt tydlig plan för när fortsatt utredning och eventuellt följande behandlings- och rehabiliteringsinsatser skulle ske.

I denna del noterar DO att Kammarrätten i sin dom konstaterade att anmälaren på grund av sin graviditet inte hade kunnat genomgå vissa medicinska utredningsåtgärder, men att det saknades en tydlig plan även för när fortsatt utredning och eventuellt följande behandlings- och rehabiliteringsinsatser skulle ske. Enligt Kammarrättens bedömning utgjorde inte heller anmälares graviditet hinder för en sådan plan. Någon omständighet som ger DO anledning att här göra någon annan bedömning har inte framkommit i ärendet.

Mot denna bakgrund bedömer DO att utredningen inte ger stöd för att Försäkringskassan överträtt förbudet mot indirekt diskriminering i förhållande till anmälaren.

Med dessa bedömningar avslutar DO ärendet.

Beslut i detta ärende har fattats av Agneta Broberg efter föredragning av Linnea Sigeman. I den slutliga beredningen av ärendet har chefsjuristen Mattias Falk och enhetscheferna Martin Mörk och Annelie Sjöberg deltagit.

Detta beslut går inte att överklaga. De bedömningar som DO gör i beslut är inte juridiskt bindande och beslutet påverkar inte enskildas möjligheter att själva väcka talan om diskrimineringsersättning i tingsrätt.

Agneta Broberg
Diskrimineringsombudsman

En kopia av beslutet skickas till anmälaren.