

**Bestämmelserna i Försäkringskassans föreskrifter om sjukpenninggrundande inkomst såvitt avser s.k. fortsatt uppbyggnadsskede har ansetts stå i strid med överordnad författning och har därför inte tillämpats.**

Lagrum:

8 kap. 7 §, 18 § och 11 kap. 14 § regeringsformen

H.H. hade en heltidsanställning som psykolog när han i oktober 2008 lämnade in en anmälan för registrering av ett eget företag till Skatteverket. I företaget har han sedan dess verkat som psykolog. Hans anställning upphörde i september 2009. H.H. ansökte hos Försäkringskassan om halv sjukpenning från och med den 1 januari 2011 och anförde bl.a. att hans verksamhet skulle anses vara under uppbyggnad och att hans sjukpenninggrundade inkomst (SGI) därför skulle fastställas med utgångspunkt från lönen hos en anställd psykolog.

Försäkringskassan beslutade vid omprövning den 15 juni 2011 att H.H:s SGI fr.o.m. den 1 januari 2011 skulle grunda sig dels på inkomst av anställning om 18 400 kr, dels på inkomst av annat förvärvsarbete (egen verksamhet) om 75 000 kr.

H.H. överklagade Försäkringskassans omprövningsbeslut hos förvaltningsrätten. Han yrkade att hans SGI skulle grunda sig på inkomster från den heltidsanställning som han hade till och med den 30 september 2009 och att hans egen verksamhet i företaget skulle anses vara under uppbyggnad. Till stöd för sin talan uppgav han i huvudsak följande. Han har saknat arbetsförmåga på grund av sjukdom. Hans sjukdom dokumenterades först i september 2006. Fram till oktober 2009 hade han anställning och heltidslön men under arbetsdagarna var han tvungen att sova någon timme per dag. Sedan den 1 oktober 2009 arbetar han i egen verksamhet. Hans tillstånd orsakar timbortfall i den egna verksamheten. När han började arbeta i egen verksamhet ändrades hans förutsättningar att hantera sitt tillstånd, eftersom han fick en större frihet att sova när han behövde och inte var bunden av fasta arbetstider. Han registrerade den egna verksamheten för F/A-skatt den 16 oktober 2008 eftersom en person önskade gå i psykoterapi hos honom. Vid denna tidpunkt hade han en heltidsanställning och hade varken utrymme eller ambition att inleda ett uppbyggnadsskede i verksamheten. Uppbyggnadsskedet startade i verkligheten först den 1 oktober 2009 och pågår fortfarande.

Försäkringskassan ansåg att överklagandet skulle avslås.

*Förvaltningsrätten i Stockholm (2012-09-03, ordförande Bagge)* yttrade, efter att ha redogjort för vissa bestämmelser om SGI: Försäkringskassan har fastställt H.H:s SGI från och med den 1 januari 2011 utifrån hans uppgivna nettointäkter i den egna verksamheten samt utifrån de inkomster han haft från en pågående deltidsanställning. H.H. har gjort

gällande att hans SGI ska fastställas utifrån hans tidigare arbetsinkomster från en heltidsanställning. Till stöd härför har han uppgett att han under lång tid haft nedsatt arbetsförmåga på grund av sjukdom. – För att det ska vara möjligt att fastställa H.H:s SGI med ledning av tidigare arbetsinkomster krävs att han, från den tidpunkt hans anställning avslutades och fram till den tidpunkt från vilken han ansökt om aktuell förmån, sammanhängande och oavbrutet har omfattats av SGI-skydd. Sådant skydd föreligger enligt 26 kap. 17 § socialförsäkringsbalken, SFB, om han avstått från arbete på grund av att han befunnit sig i ett tillstånd som berättigar till sjukpenning. – Av läkarintyg framgår att H.H. lider av en sjukdom som påverkar hans arbetsförmåga. Hans tillstånd konstaterades redan år 2006 och har förelegat konstant med en ökande omfattning. Trots sitt tillstånd har han dock varit heltidsanställd till och med den 30 september 2009. Han har uppgett att hans sjukdomstillstånd har orsakat timbortfall i den egna verksamheten. Det har dock inte framgått i vilken omfattning han avstått från arbete och i sådant fall om arbetsnedsättningen varit konstant under hela perioden. Mot denna bakgrund anser förvaltningsrätten att det inte är visat att H.H. har omfattats av reglerna om SGI-skydd i en sammanhängande följd från det att han avslutade sin anställning fram till tidpunkten för hans SGI:s bestämmande. Detta innebär att det saknas grund att bestämma hans SGI utifrån tidigare arbetsinkomster. – När SGI ska bestämmas utifrån inkomster från egen näringsverksamhet är huvudregeln att den ska bestämmas utifrån verksamhetens nettointäkter. Ett undantag från denna huvudregel finns, enligt 25 kap. 2 § SFB, för nystartade verksamheter under 24 månader från det att en anmälan för registrering lämnats in till Skatteverket. I sådant fall beräknas SGI:n till minst vad som motsvarar skälig avlöning för liknande arbete för annans räkning. – H.H. lämnade in en skatte- och avgiftsanmälan för den egna verksamheten till Skatteverket den 16 oktober 2008. Enligt 25 kap. 2 § SFB ska uppbyggnadsskedet således räknas från och med denna tidpunkt och två år framåt. Detta innebär att verksamheten enligt denna bestämmelse kan ha varit under uppbyggnad längst fram till den 16 oktober 2010. – Enligt Riksförsäkringsverkets föreskrifter (RFFS 1998:12) och allmänna råd (RAR 2002:2) kan en verksamhet även efter den tid som medges enligt 25 kap. 2 § SFB anses vara under uppbyggnad. Vid en sådan bedömning tas hänsyn till de faktiska omständigheterna i det enskilda fallet. I praxis har beaktats verksamhetens art, hur lång tid verksamheten funnits och om det föreligger särskilda förhållanden som motiverar ett fortsatt uppbyggnadsskede, exempelvis att det skett en nyinvestering i verksamheten (jfr Kammarrätten i Stockholms dom den 24 april 2009 i mål nr 9518-08 samt Kammarrätten i Göteborgs dom den 22 april 2009 i mål nr 5430-08). – Förvaltningsrätten anser att omständigheterna i nu aktuellt mål inte är sådana att ett fortsatt uppbyggnadsskede skulle vara motiverat. Härvid beaktar förvaltningsrätten att det rör sig om en verksamhet som inte kräver några större investeringar eller förberedelser för att kunna komma igång. Eftersom någon undantagsregel inte är tillämplig innebär det att det är verksamhetens nettointäkter som ska ligga till grund för bestämmandet av H.H:s SGI i den del som avser inkomster från näringsverksamhet. – Enligt 25 kap. 6 § SFB ska beräkningen av den försäkrades SGI grunda sig på de upplysningar som

Försäkringskassan kan få av den försäkrade om dennes förhållanden inte är kända för Försäkringskassan. H.H. har själv uppgett till Försäkringskassan vilka inkomster han haft i den egna verksamheten. Förvaltningsrätten anser det inte visat att hans inkomster faktiskt varit högre än de av honom ursprungligen angivna. – Mot bakgrund av ovanstående bedömningar har Försäkringskassans beslut varit riktigt. Överklagandet ska således avslås. – Förvaltningsrätten avslår överklagandet.

H.H. överklagade förvaltningsrättens dom hos kammarrätten. Han yrkade i första hand att hans SGI från och med den 1 januari 2011 skulle fastställas utifrån den inkomst han hade från heltidsanställning i september 2009. I andra hand yrkade han att hans verksamhet skulle anses ha befunnit sig i ett fortsatt uppbyggnadsskede i januari 2011 och att hans SGI därmed skulle beräknas efter minst vad som motsvarade skälig avlöning för liknande arbete för annans räkning.

Försäkringskassan bestred bifall till överklagandet.

*Kammarrätten i Stockholm (2013-06-10, Olsson, Flank, referent, Rydin)*  
yttrade: För att det ska vara möjligt att fastställa H.H:s SGI med ledning av tidigare arbetsinkomster krävs att han, från den tidpunkt hans anställning avslutades och fram till den tidpunkt från vilken han ansökt om sjukpenning, sammanhängande och oavbrutet har omfattats av SGI-skydd. Sådant skydd föreligger enligt 26 kap. 17 § SFB om han avstått från arbete bl.a. på grund av att han befunnit sig i ett tillstånd som berättigar till sjukpenning. – Kammarrätten finner, i likhet med underinstanserna, att det i målet inte är visat att H.H. från det att hans anställning upphörde och fram till den tidpunkt då han ansökte om sjukpenning oavbrutet har avstått från arbete på grund av att han befunnit sig i ett tillstånd som berättigar till sjukpenning. Det saknas därför grund för att bestämma hans SGI utifrån tidigare arbetsinkomster. – Kammarrätten har härefter att ta ställning till om H.H:s SGI ska beräknas med utgångspunkt i att hans näringsverksamhet befunnit sig i ett uppbyggnadsskede vid den tidpunkt som är aktuell i målet – den 1 januari 2011. – Enligt 25 kap. 9 § SFB gäller bl.a. följande. För en försäkrad som har inkomst av annat förvärvsarbete och som bedriver näringsverksamhet ska, under en tid av 24 månader räknat från den månad då den försäkrade har gjort eller borde ha gjort anmälan för registrering enligt 3 kap. 2 § skattebetalningslagen (1997:483), den sjukpenninggrundande inkomsten från näringsverksamheten beräknas till minst vad som motsvarar skälig avlöning för liknande arbete för annans räkning. – När den ovan angivna perioden (det generella uppbyggnadsskedet) har upphört ska en individuell bedömning utifrån omständigheterna i det enskilda fallet göras för att bestämma om verksamheten vid den relevanta tidpunkten har befunnit sig i ett fortsatt uppbyggnadsskede (jfr prop. 2009/10:120 s. 62 och 5 § Riksförsäkringsverkets föreskrift 1998:12). I praxis har vid denna bedömning beaktats verksamhetens art, hur lång tid verksamheten funnits och om det föreligger särskilda förhållanden som motiverar ett fortsatt

uppbyggnadsskede (jfr Kammarrätten i Stockholms dom den 24 april 2009 i mål nr 9518-08 samt Kammarrätten i Göteborgs dom den 22 april 2009 i mål nr 5430-08). – I förevarande fall har det generella uppbyggnadsskedet upphört en relativt kort tid före januari 2011. I målet är vidare ostridigt att H.H. var anställd på heltid till och med den 30 september 2009, dvs. under nästan ett år från det att uppbyggnadsskedet påbörjades. Det är enligt kammarrätten inte sannolikt att H.H. under den period han var heltidsanställd lade ner någon större arbetsinsats i den egna verksamheten. Med hänsyn härtill finner kammarrätten i motsats till underinstanserna och med delvis bifall till överklagandet att H.H:s verksamhet ska anses ha befunnit sig i ett fortsatt uppbyggnadsskede den 1 januari 2011. – Kammarrätten upphäver underinstansernas avgöranden och förklarar med delvis bifall till överklagandet att H.H:s verksamhet ska anses ha befunnit sig i ett fortsatt uppbyggnadsskede den 1 januari 2011. – Det ankommer på Försäkringskassan att mot bakgrund av denna dom beräkna H.H:s SGI från och med den 1 januari 2011.

Försäkringskassan överklagade kammarrättens dom och yrkade att Högsta förvaltningsdomstolen skulle upphäva domen och fastställa förvaltningsrättens dom.

H.H. bestred bifall till överklagandet och anförde bl.a. att det var först under hösten 2009 som han var så aktiv i företaget att hans arbete som egenföretagare ska anses ha påbörjats.

*Högsta förvaltningsdomstolen (2014-11-12, Jermsten, Almgren, Nymansson, Bull, Classon) yttrade:*

*Skälen för avgörandet*

Den rättsliga regleringen m.m.

Enligt 25 kap. 2 § SFB är SGI den årliga inkomst i pengar som en försäkrad kan antas komma att tills vidare få för eget arbete antingen som arbetstagare i allmän eller i enskild tjänst (inkomst av anställning) eller på annan grund (inkomst av annat förvärvsarbete). Av 8 § följer att inkomst av näringsverksamhet räknas som inkomst av annat förvärvsarbete.

I 25 kap. 9 § SFB anges att för en försäkrad som har inkomst av annat förvärvsarbete och som bedriver näringsverksamhet ska, under en tid om 24 månader räknat från den månad då den försäkrade har gjort eller borde ha gjort anmälan för registrering enligt 7 kap. 2 § skatteförfarandelagen (2011:1244), den sjukpenninggrundande inkomsten från näringsverksamheten beräknas till minst vad som motsvarar skälig avlöning för liknande arbete för annans räkning.

I den proposition som föregick införandet av den lagreglerade 24-månadersperioden gjorde regeringen den bedömningen att för en

egenföretagare som för tid efter denna period har en verksamhet som befinner sig i uppbyggnadsskede kan en individuell prövning ske. Med anledning av att vissa remissinstanser efterlyst ett förtydligande av sambandet mellan lagförslaget om 24 månaders uppbyggnadsskede och den individuella prövningen anförde regeringen följande (prop. 2009/10:120 s. 62).

Reglerna om hur SGI ska beräknas finns i 3 kap. 2 § lagen om allmän försäkring. I detta lagrum anges inledningsvis att sjukpenninggrundande inkomst är den årliga inkomst i pengar som en försäkrad kan antas komma att tills vidare få för eget arbete här i landet, antingen såsom arbetstagare i allmän eller enskild tjänst (inkomst av anställning) eller på annan grund (inkomst av annat förvärvsarbete). Av 3 § förordningen (1998:562) med vissa bemyndiganden för Försäkringskassan följer att Försäkringskassan får meddela de ytterligare föreskrifter som behövs för verkställigheten av bland annat 3 kap. lagen om allmän försäkring. Enligt 5 § Riksförsäkringsverkets föreskrifter (RFFS 1998:12) om sjukpenninggrundande inkomst får i dag SGI beräknas till högre belopp än vad som framgår av den skatterättsliga nettointäkten bland annat under en verksamhets uppbyggnadsskede. Frågan om hur länge ett uppbyggnadsskede ska anses föreligga bedöms utifrån omständigheterna i det enskilda fallet. Regeringen anser mot denna bakgrund att den praxis som i dag finns med avseende på bestämmelsen i 5 § RFFS 1998:12 alltjämt bör kunna ligga till grund för bedömningar av om ett uppbyggnadsskede, även efter det att de 24 månaderna löpt ut, föreligger. Reglerna blir dock aktuella att tillämpa först efter det att perioden om 24 månader – som nu föreslås – har upphört, dvs. efter denna tid kan således fortfarande en individuell prövning ske av om en verksamhet befinner sig i ett uppbyggnadsskede.

Enligt 3 § första stycket 1 förordningen (1998:562) med vissa bemyndiganden för Försäkringskassan får Försäkringskassan meddela ytterligare föreskrifter om verkställighet av SFB när det gäller bl.a. sjukpenning.

I 5 § andra stycket första strecksatsen Riksförsäkringsverkets föreskrifter (RFFS 1998:12) om sjukpenninggrundande inkomst anges att Försäkringskassan får beräkna den sjukpenninggrundande inkomsten till ett högre belopp än den försäkrades inkomst av näringsverksamhet om näringsverksamheten fortfarande, efter utgången av den tid som anges i 25 kap. 9 § SFB, är under uppbyggnad, det s.k. fortsatta uppbyggnadsskedet.

Enligt 8 kap. 7 § första stycket 1 regeringsformen får regeringen meddela föreskrifter om verkställighet av lag och denna befogenhet får enligt 11 § delegeras till myndighet under regeringen. Sådana verkställighetsföreskrifter får inte innebära att regleringen i lag tillförs något väsentligt nytt i materiellt hänseende.

Enligt 8 kap. 7 § första stycket 2 regeringsformen får regeringen meddela föreskrifter som inte enligt grundlag ska meddelas av riksdagen. Även denna befogenhet får enligt 11 § delegeras till myndighet under regeringen.

Av regleringen i 8 kap. regeringsformen följer att regeringen har den primära normgivningskompetensen när det gäller föreskrifter som är gynnande gentemot enskilda, t.ex. avseende stora delar av det offentliga bidragssystemet (se t.ex. Eka m.fl., Regeringsformen, 2012, s. 307). Det förhållandet att regeringen får meddela föreskrifter i ett visst ämne hindrar enligt 8 § inte att riksdagen meddelar föreskrifter i samma ämne.

Enligt 8 kap. 18 § regeringsformen får en lag inte ändras eller upphävas på annat sätt än genom lag. Denna den s.k. formella lagkraftens princip innebär bl.a. att när riksdagen med stöd av 8 § lagstiftar i ett ämne som faller inom regeringens primärområde kan regeringen inte meddela föreskrifter i det aktuella ämnet i strid med lagen (a.a. s. 342).

Finner en domstol att en föreskrift står i strid med en bestämmelse i grundlag eller annan överordnad författning får föreskriften enligt 11 kap. 14 § regeringsformen inte tillämpas.

Högsta förvaltningsdomstolens bedömning

Den närmare regleringen av hur SGI ska beräknas under ett uppbyggnadsskede och under hur lång tid detta skede varar har reglerats i lag och finns nu i 25 kap. 9 § SFB. I likhet med kammarrätten finner Högsta förvaltningsdomstolen att H.H:s verksamhet inte längre befann sig i ett uppbyggnadsskede den 1 januari 2011.

En fråga som därmed aktualiseras i målet är om föreskriften i 5 § andra stycket första strecksatsen Riksförsäkringsverkets föreskrifter om sjukpenninggrundande inkomst kan anses utgöra en verkställighetsföreskrift i regeringsformens mening. En annan fråga är om den aktuella föreskriften är förenlig med den nu aktuella bestämmelsen i 25 kap. 9 § SFB.

Av bemyndigandet i 3 § första stycket 1 förordningen med vissa bemyndiganden för Försäkringskassan följer att Försäkringskassan såvitt avser sjukpenning endast får utfärda verkställighetsföreskrifter. Föreskriften i 5 § andra stycket första strecksatsen Riksförsäkringsverkets föreskrifter om sjukpenninggrundande inkomst förlänger den i lag angivna tiden om 24 månader under vilken ett uppbyggnadsskede ska anses vara för handen. Den tillför därmed regleringen i lag något så väsentligt nytt att den går utöver vad som kan anses som en verkställighetsföreskrift (RÅ 2002 ref. 98 och RÅ 2005 ref. 39).

Det förhållandet att bestämmelsen i 25 kap. 9 § SFB enligt sin ordalydelse och konstruktion uttömmande reglerar hur SGI i det nu aktuella fallet ska beräknas innebär vidare att det saknas utrymme för att

genom föreskrifter på lägre nivå än lag utvidga tidsperioden i fråga. Myndighetsföreskrifterna rörande det s.k. fortsatta uppbyggnadsskedet står därmed i strid med lagen. Att regeringen i det ovan citerade propositionsuttalandet har uttalat sig till förmån för en reglering genom myndighetsföreskrifter föranleder inte annan bedömning.

Eftersom myndighetsföreskriften i fråga står i strid med överordnad författning följer det av 11 kap. 14 § regeringsformen att den inte får tillämpas. Kammarrättens dom ska därför undanröjas och det slut som förvaltningsrättens dom innehåller fastställas.

#### *Högsta förvaltningsdomstolens avgörande*

Högsta förvaltningsdomstolen undanröjer kammarrättens dom och fastställer det slut som förvaltningsrättens dom innehåller.

Mål nr 4974-13, föredragande Emma Boman

*Rättsfall:* RÅ 2002 ref. 98; RÅ 2005 ref 39.

*Litteratur:* Eka m.fl., Regeringsformen, 2012, s. 307 och s. 342.