

Annamaria Westregård

De nya sjukpenningreglerna i ett arbetsrättsligt perspektiv

De nya sjukpenningreglerna kommer att få en rad konsekvenser inte bara för den enskilde utan också på våra arbetsplatser. De arbetsrättsliga reglerna har inte ändrats, men den verklighet som de verkar i har förändrats radikalt och nya problemställningar dyker upp. Beviljas inte fortsatt sjukpenning ligger det nära till hands att arbetstagaren återkommer till arbetsplatsen och denna "sjuknärvaro" måste arbetsgivaren hantera genom att förändra arbetsuppgifterna. För arbetstagarens del kan det till sist innebära att anställningen upphör om det inte går att hitta lämpliga arbetsuppgifter, trots att arbetsnedsättningen beror på sjukdom.

Den 1 juli 2008 infördes en tydligare rehabiliteringskedja (3 kap 7 § lag om allmänförsäkring, SFS 2008:480). Denna innebär att Försäkringskassan stegvis undersöker en persons arbetsförmåga i avsikt att få underlag för att kunna fatta beslut om sjukpenning ska beviljas. Efter 90 dagars sjukdom ska en undersökning göras om arbetstagaren efter en omplacering kan försörja sig genom något annat arbete hos sin arbetsgivare. Efter 180 dagars sjukdom ska Försäkringskassan, om det inte finns

särskilda skäl, undersöka om arbetstagaren kan försörja sig genom något annat arbete på den reguljära arbetsmarknaden. Efter 365 dagars sjukskrivning ska alltid en prövning göras huruvida arbetstagaren kan försörja sig genom något arbete på den reguljära arbetsmarknaden. Har den enskilde arbetsförmåga och i var fall

teoretiskt kan försörja sig själv, ska inte sjukpenning beviljas. Det har också införts en borte gräns för hur länge sjukpenning utbetalas.

Förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare regleras av arbetsrättsliga regler. Regleringsinstrument av anställningsförhållande är den enskildes anställningsavtal, kollektivavtal (samt en rad dolda klausuler i dessa) och utfyllande

Annamaria Westregård,
universitetslektor, jur dr,
Institutionen för Handelsrätt,
Ekonomihögskolan, Lunds universitet
annamaria.westregard@busilaw.lu.se

Projektet om rehabilitering, sjukpenning och anställningsskydd är finansierat av Försäkringskassan.

tolkningsregler rörande anställningsavtal framvuxna i Arbetsdomstolens (AD) praxis, samt slutligen lagen (1982:80) om anställningsskydd, LAS. Anställningsförhållandet påverkas även av förvaltningsrättsliga regler som styr offentliga organs (här Försäkringskassan) verksamhet i förhållande till medborgarna.

Tolknings- och tillämpningsproblem kan uppstå då arbetstagarens situation behandlas på olika håll i regelsystemet. Arbetsrätt och förvaltningsrätt kan komma i konflikt med varandra. Detta beror på att de förvaltningsrättsliga reglerna om sjukpenning har som övergripande mål att eventuell restarbetsförmåga ska tas tillvara oavsett om det sker hos den nuvarande arbetsgivaren med andra arbetsuppgifter eller hos någon annan arbetsgivare. Sjukförsäkringen är därför enligt förarbetena också "fel" försäkring för en person med restarbetsförmåga. Den enskilde bör i stället omfattas av arbetslöshetsförsäkringen om inte arbetsförmågan för tillfället kan utnyttjas. De arbetsrättsliga reglerna däremot har som utgångspunkt att så länge arbetstagaren kan utföra arbete av någon betydelse ska anställningen bestå, och så långt det är möjligt med de arbetsuppgifter som framgår av anställningsavtalet och de arbetsrättsliga principerna.

Betraktas de nya villkoren för sjukpenning utifrån vad som händer på arbetsplatsen om sjukpenningen omprövas, så blir det tydligt hur dessa indirekt urholkar anställningsskyddet och parternas anställningsavtal vad gäller till exempel befattning. De annars så starka och på arbetsmarknaden djupt förankrade anställningsskyddsreglerna har blivit en bricka i "spelet" om sjukförsäkringens reformering. Sjuka arbetstagare kan känna sig tvungna att säga upp sig för att få sin försörjning från Arbetslöshetskassan om sjukpenningen omprövas och dras in på grund av resterande arbetsförmåga. I praktiken innebär det att även anställningsskyddet (i vid bemärkelse) genomgått en genomgripande förvandling utan att de arbetsrättsliga reglerna förändrats. En annan konsekvens om sjukpenningen omprövas kan bli att de arbetstagare som har större restarbetsförmåga hellre återvänder till arbetsplatsen och gör så gott de kan, trots sin nedsatta arbetsförmåga, än att gå över och få ersättning från arbetslöshetsförsäkringen och den osäkra framtiden som arbetslös. Arbetsgivarna får på så sätt ta ett större samhällsansvar genom att delta i försörjningen av inte helt arbetsföra personer. Konsekvenserna av vad "sjuknärvaron" kan komma att innebära för verksamhetens produktivitet, arbetskamraterna och inte minst för arbetstagaren själv är outredda.

I denna artikel redogör jag först för de arbetsrättsliga skyddsreglerna som gäller omplacering och uppsägning och därefter för de förvaltningsrättsliga rehabiliteringsbegreppen. Det är slående hur samma åtgärd, exempelvis förändring av arbetsuppgifterna, styrs av de olika regelsystemen beroende på vilken situation det är fråga om. Jag sammankopplar arbetsgivarens skyldigheter enligt rehabiliteringsreglerna och arbetsmiljölagen med de arbetsrättsliga reglerna främst i

LAS för att kunna analysera de nya sjukpenningreglerna ur ett arbetsrättsligt perspektiv. Först undersöker jag vilka konsekvenser det får på arbetsplatsen om arbetstagaren ska byta arbetsuppgifter efter 90 dagars sjukdom. Därefter utreder jag de arbetsrättsliga konsekvenserna av Försäkringskassans krav på att arbetstagaren efter sjukdag 180 ska försörja sig genom arbete hos annan arbetsgivare. En indragen sjukpenning påverkar inte anställningens bestånd i sig, men kan få andra konsekvenser för såväl arbetsgivare som arbetstagare vilket jag avslutningsvis analyserar.

Arbetsrättsliga skyddsregler

Inom svensk arbetsrätt finns det sedan länge väl etablerade sociala och rättsliga former för arbetsgivares rätt och skyldighet att omplacera arbetstagare. Samma sak kan sägas om arbetstagares arbetsskyldighet. Arbetsrätten laborerar med olika begrepp då arbetsuppgifter förändras (se Källström & Malmberg 2009, Luning 2006 och Fahlbeck 1989). Dessa är *omflyttning* (tillfällig, mindre ingripande förändring), *omplacering* (varaktig förändring av arbetsuppgifterna), *omreglering* (anställningsavtalet ändras) samt numera också på grund av inflytande av rehabiliteringsreglerna *omfördelning av arbetsuppgifter* (se nedan).

Under anställningstiden kan omplacering och förändring av arbetsuppgifterna göras i olika syften. Den ena typen av omplacering är att arbetsgivaren har rätt att ta initiativet och omplacera arbetstagare med stöd av arbetsledningsrätten (arbetsgivarens omplaceringsrätt), dock inom ramen för den så kallade 29/29-principen. Den principen innebär i korthet att arbetstagare har en arbetsskyldighet i arbetsgivarens naturliga verksamhet och inom respektive kollektivavtalsområde. Arbetsuppgifterna ska falla inom arbetstagarens yrkeskvalifikationer och utföras för arbetsgivarens räkning. I fråga om kvalificerade arbetsuppgifter menar Fahlbeck att ju högre yrkesutbildning arbetstagaren har, desto starkare är kraven på att arbetsuppgifterna anpassas efter dennes kompetens (Fahlbeck 1989, s 211). 29/29-principen begränsas av vad som står i det enskilda anställningsavtalet. Detta innebär att tjänstemän, som vanligen har ett mer detaljerat anställningsavtal, inte lika lätt kan omplaceras (se vidare Källström och Malmberg 2009, Rönnmar 2004). Är det fråga om en särskilt ingripande omplacering kan en rättslig prövning ske huruvida sakliga skäl för omplaceringen förelegat enligt den så kallade Bastubadarprincipen (AD 1978:89; Källström och Malmberg 2009, s 226; Fahlbeck 1989, s 213).

Det kan tilläggas här att AD har accepterat att det kan vara godtagbara skäl att genomföra en genomgripande omplacering i samband med att en arbetstagare återkommer efter en tids sjukdom. I AD 1993:34 återkom en arbetstagare efter två års sjukdom och arbetstagaren placerades då i en personalpool. AD ansåg att omplaceringen var särskilt ingripande på grund av utebliven OB-ersättning

som sänkte lönen med 6 000-7 000 kr per månad och för att arbetstiderna hade en helt annan förläggning. Skälen för omplaceringen var dels att hans gamla avdelning var fullt bemannad och att någon annan då hade behövt flyttas, dels att arbetsgivaren efter den långa frånvaron ville prova en placering i personalpoolen där arbetsuppgifterna lättare kunde anpassas. AD fann att det förelåg godtagbara skäl att placera arbetstagaren i personalpoolen.

Den andra typen av omplacering är den omplaceringsskyldighet som framgår av 7 § LAS. En uppsägning är aldrig sakligt grundad vare sig av personliga skäl eller av arbetsbrist om arbetsgivaren kan erbjuda arbetstagaren annat arbete hos sig. Vid denna typ av omplacering ska alla lediga befattningar hos arbetsgivaren undersökas. Det är fråga om att "rädda" anställningen men inte att skydda befattningen. Någon annan arbetstagare behöver emellertid inte flyttas för att ett arbete ska bli ledigt, arbetsgivaren behöver inte heller "plocka ihop" lämpliga arbetsuppgifter. Det bör påpekas att vid utredningen beaktas vilka lediga arbeten som finns vid tidpunkten för uppsägningen. Det är ingen prognos om eventuella framtida lediga tjänster. Det är arbetsgivaren som har bevisbördan för att undersöka om det finns något annat lämpligt arbete ledigt. En bristande "omplaceringsutredning" där det råder osäkerhet om det finns något ledigt arbete innebär att det inte föreligger saklig grund för uppsägning.

Den huvudregel som gällt under lång tid i vårt land är att sjukdom inte är saklig grund för uppsägning och att en uppsägning inte kan göras så länge arbetstagaren uppbär sjukpenning eller rehabiliteringsersättning (prop 1973:129, s 126 f; prop 1981/82:71, s 71; se även Källström 1993, s 106 f). Det kan endast ske då arbetstagaren har en bestående sjukdom och inte längre förväntas kunna utföra arbete av någon betydelse åt arbetsgivaren (se AD 1978:139, AD 1979:67, AD 1982:133, AD 1987:164, AD 1993:42, AD 1997:115, AD 1999:124, AD 2001:1). Arbetsgivare måste kunna visa att en sjuk arbetstagare inte kan erbjudas lämpliga arbetsuppgifter vare sig inom den anställning arbetstagaren har eller efter en omplacering, att eventuell "restarbetsförmåga" inte kan tas tillvara på arbetsplatsen och att rehabiliteringsskyldigheten är fullgjord med inriktning på arbetstagarens återkomst till arbetsgivaren. Denna bevisbörda kan tidvis bli tung att leva upp till (AD 2006:90). Arbetsgivarna har i åtskilliga fall misslyckats med att genomföra en fullständig omplaceringsutredning varför saklig grund för uppsägning på grund av sjukdom inte föreläggat (AD 1997:73 och AD 1998:13).

Före införandet av rehabiliteringsreglerna blev det bara i undantagsfall fråga om uppsägning då någon var sjuk. Detta har ökat efter införandet och beror kanske på att det blivit tydligare om arbetstagaren kan utföra arbete av någon betydelse eller inte. Det kan också bero på att arbetsgivarens incitament att genomföra en uppsägning ökat då denne fått större ansvar för sjuka arbetstagare (Westregård 2006-07).

Rehabiliteringens begreppsbildning

Reglerna om arbetsgivarens ansvar för rehabilitering och arbetsanpassning finns numera huvudsakligen i Arbetsmiljölagen och inte i lagen om allmän försäkring (se ändringar den 1 juli 2007, lag SFS 2007:298). I arbetsgivarens ansvar enligt 2 kap 1 § och 3 kap 3 § Arbetsmiljölagen ingår skyldigheter att anpassa arbetsmiljön efter arbetstagarnas förutsättningar. Någon närmare definition av begreppet arbetsanpassning görs inte i Arbetsmiljölagen. Redan då reglerna om rehabilitering infördes gjorde departementschefen en skillnad mellan rehabiliteringsåtgärder enligt sjukförsäkringsreglerna, vilka satte individen i centrum, och arbetsgivarens skyldigheter enligt arbetsmiljölagen (prop 1990/91:141, s 88). Rehabiliteringsutredningen, som 2006 gjorde en översyn av rehabiliteringsreglerna, gjorde en sammanfattning av de olika begreppens innebörd (SOU 2006:107, s 150 f). Anpassning efter arbetstagarens förutsättningar enligt Arbetsmiljölagens regler ska emellertid ske fortlöpande oavsett om denne är sjukskriven eller inte.

Innebörden av *arbetsanpassning* enligt 2 kap 1 § Arbetsmiljölagen är att arbetsförhållanden ska anpassas till människors olika fysiska och psykiska förutsättningar. Arbetsanpassning innebär enligt förarbetena ändringar i arbetsmiljön i fråga om tekniska hjälpmedel, ändring i den fysiska arbetsmiljön, arbetsorganisationen, arbetsfördelningen och arbetstiderna. I begreppet arbetsorganisation ingår lönesystemer som prestationslönesystem och arbetstidens förläggning i form av arbetspassens längd och fördelning eftersom utformningen av dessa kan utgöra riskfaktorer i arbetsmiljön (prop 1990/91:140, s 133). Enligt Arbetarskyddsstyrelsens föreskrifter, där 3 kap 3 § Arbetsmiljölagen preciserats (1994:01 § 12 och kommentaren, s 12), ingår även befattningsbyte (se också SOU 1998:104, s 56).

Departementschefen konstaterar att det inte är fråga om att varje uppgift ska anpassas till olika förutsättningar hos varje individ. Det är lämpligare att i första hand bereda arbetstagaren andra och lämpligare uppgifter inom anställningens ram, men omplacering får inte genomföras av "bekvämlighetsskäl". Det finns en gräns för vad som kan krävas av arbetsgivaren men departementschefen menade att möjligheterna att anpassa arbetsmiljön ökat genom den tekniska utvecklingen. Detta innebär också att kraven på arbetsgivarna ökar (prop 1990/91:140, s 46 f).

Arbetsgivarens skyldigheter

Hur långt arbetsgivarens skyldighet sträcker sig i fråga om mer genomgripande förändringar av exempelvis företagets organisation är inte helt klart. LO krävde då reglerna om rehabilitering infördes att arbetsgivaren skulle kunna åläggas att ändra sin organisation på det sätt som behövdes för att arbetstagarna skulle kunna utföra arbetet för dennes räkning. Det skulle klart anges att arbetstagaren står till arbetsgivarens förfogande och därmed har rätt till lön så länge de åtgärderna inte är vidtagna. LO påpekade att enligt de gällande reglerna (LAS) var

arbetsgivaren bara skyldig att undersöka omplaceringsmöjligheter inom ramen för företagets organisation och uppläggning av arbetet.

Departementschefen var inte beredd att gå så långt. Hon betonade rådande praxis, det vill säga att arbetsgivaren i första hand ska undersöka möjligheterna att omplacera arbetstagare inom anställningens ram. I andra hand ska möjligheterna undersökas att erbjuda en ”ny” anställning och erbjuda arbetstagaren annat arbete hos arbetsgivaren. Detta måste dock ske utan att någon annan arbetstagare friställs. En noggrann omplaceringsutredning ska göras men någon skyldighet att inrätta nya befattningar finns inte (prop 1990/91:140, s 51 f).

I fråga om vad som är rimligt att kräva av arbetsgivaren säger departementschefen att en sådan bedömning bara kan göras efter en prövning av omständigheterna i det enskilda fallet där båda parter förhållande och förutsättningar vägs in (prop 1990/91:140, s 52). Detta är en tydlig avvägningsnorm som säkerligen har bidragit till att det är så svårt att bedöma vad arbetsgivaren ska göra. I förarbetena betonade departementschefen dock att de nya reglerna innebar ökade skyldigheter för arbetsgivaren att utveckla organisationen och skapa meningsfulla och utvecklande arbeten, anpassa arbetet till enskilda arbetstagares förutsättningar och genomföra rehabiliteringsinsatser. Enligt departementschefen påverkade det utvidgade arbetsgivaransvaret också arbetsgivarens omplaceringsskyldighet och i förlängningen även sakliggrundbedömningen. Hon uttalade sig dock inte om hur, men att det innebar ökade krav på arbetsgivaren att vidta åtgärder för att den enskilde arbetstagaren skulle stärkas och förutsättningarna att arbeta ökas (prop 1990/91:140, s 52).

Rehabiliteringsutredningen menade i sitt betänkande att arbetsgivarens arbetsrättsliga ansvar bör överensstämma med vad som krävs enligt de förvaltningsrättsliga reglerna (SOU 2006:107, s 245 f). En viktig punkt är att arbetsgivaren endast är ansvarig för åtgärder som vidtas i dennes verksamhet och i syfte att arbetstagaren ska kunna fortsätta arbeta hos arbetsgivaren. Det är exempelvis fråga om anpassning av arbetsplats och arbetsuppgifter, hjälpmedel, arbetsträning, omplacering, förändring av arbetsorganisation och arbetstider, med mera. I fråga om ansvar för utbildning menade Rehabiliteringsutredningen att ledning till vad som innefattades i arbetsgivarens ansvar rimligen borde hämtas från förarbeten och praxis för begreppet ”tillräckliga kvalifikationer” i LAS. Arbetsgivaren är således tvungen att tåla en upplärningstid motsvarande vad en nyanställd får. Däremot skulle inte om skolning innefattas. Rehabiliteringsutredningen menade vidare i motsats till äldre förarbeten (prop 1990/91:141, s 43) att det inte bör ingå i arbetsgivarens ansvar att hitta arbete åt den sjuke arbetstagaren hos andra arbetsgivare. Syftet med arbetsgivarens åtgärder skulle vara att arbetstagaren ska komma tillbaka till arbetsgivaren.

Ett av målen med rehabiliteringskedjan var att skynda på processen. Genom en lagändring har Försäkringskassan övertagit arbetsgivarnas ansvar för genomför-

ande av rehabiliteringsutredningarna. De snäva tidsramarna arbetsgivarna hade att rätta sig efter har tagits bort och ersatts av att Försäkringskassan enligt 22 kap 3 § *snarast* ska klarlägga den enskildes rehabiliteringsbehov. *Snarast* kan vara ett nog så tånjbart begrepp. Eftersom arbetsgivarens skyldighet att omplacera arbetstagarna efter 90 dagars sjukdom är mycket begränsad kommer mycket av fokus att ligga just på vilka rättigheter arbetstagarna har i fråga om arbetsanpassning.

Sammanfattningsvis kan det konstateras att det är mycket svårt att närmare precisera vilka skyldigheter arbetsgivaren har i fråga om arbetsanpassning i ett enskilt fall. Arbetstagaren har inte heller någon "rätt" till rehabilitering i den bemärkelsen att arbetstagaren har rätt till skadestånd på grund av arbetsgivarens försumlighet. Arbetsmiljöverket som har tillsyn över reglerna – och som gör detta bland annat genom inspektioner – uttalar sig ytterligt sällan om enskilda fall, utan ser främst till hur arbetsgivaren fullgör sina skyldigheter på arbetsplatsen i stort (ett undantag är AD 1997:115). De uttalar sig inte heller i termer av vad som ska göras utan uttrycker snarare att inte tillräckligt gjorts för att uppfylla förpliktelseerna enligt reglerna. Detta gör att det är svårt att fastställa någon praxis för hur reglerna ska tillämpas i enskilda fall. Det är otillfredsställande att det är så svårt att närmare precisera vad som gäller och osäkerheten går framför allt ut över arbetstagarna.

Kopplingen mellan arbetsgivarens skyldigheter och saklig grund enligt LAS

Efter införandet av rehabiliteringsreglerna beaktar Arbetsdomstolen dessa vid sin bedömning av huruvida saklig grund för uppsägning föreligger. Har arbetsgivaren inte fullgjort sina skyldigheter enligt reglerna om rehabilitering och arbetsanpassning föreligger inte saklig grund för uppsägning. I samband med bedömningen ifall saklig grund för uppsägning föreligger har AD försökt att precisera vad som rimligen kan krävas av arbetsgivaren i fråga om att bereda arbetstagaren annat arbete hos sig. Domstolen konstaterade att arbetsgivarens omplaceringsskyldighet (enligt 7 § LAS) har "visst samband" med arbetsgivarens skyldigheter enligt arbetsmiljölagen och lagen om allmän försäkring (AD 1999:10, s 96). Enligt AD kan det krävas viss omorganisation. Olika omständigheter som arbetsplatsens storlek (AD 1993:42) eller arbetstagarens egen medverkan (se bland annat AD 1993:96, 1997:39) påverkar bedömningen. Arbetsdomstolens syn på arbetsgivarens rehabiliteringsansvar måste sättas in i sitt sammanhang. Det är inte här fråga om en bedömning enbart av innehållet i rehabiliteringsansvaret enligt arbetsmiljölagen i sig, utan bedömningen ingår som en del av bedömningen av saklig grund. I det fallet är arbetsgivarens åliggande omfattande och arbetsgivaren har bevisbördan att allt gjorts för att anställningen ska kunna bestå.

Det är arbetsgivaren som ska visa att möjligheterna till arbetsanpassning och rehabilitering är utredda på samma sätt som vid omplacering (AD 1999:10), och

att arbetsgivaren har gjort allt som är skäligt för att anställningen ska bestå, till exempel viss omorganisation eller omfördelning av arbetsuppgifter. Begreppet *omfördelning av arbetsuppgifter* har AD börjat laborera med under inflytande av reglerna om arbetsanpassning i arbetsmiljölagen.

I målet AD 2001:92 ansåg AD att det inte förelåg saklig grund för uppsägning eftersom arbetsgivaren borde ha omorganiserat arbetet så att en fastighetsskötare med astma slapp trappstädning vilket utgjorde en tiondel av arbetsuppgifterna, fyra timmar per vecka. AD:s skäl var att städarbetet var en relativt liten del av arbetsuppgifterna och det då inte fanns något egentligt hinder mot förändringen trots att arbetsgivaren anfört städarbetet som relativt tungt och flera av de andra arbetstagarna sålunda inte orkade med ytterligare städuppgifter. Innan möjligheten provats förelåg inte saklig grund för uppsägning (se även Lunning 2006, s 439 f).

AD har i andra fall ansett att en omfördelning av arbetsuppgifter inte får ske på ett sådant sätt att arbetskamraterna genom att tilldelas fler svåra eller tyngre arbetsuppgifter riskerar att komma till skada (AD 1993:42). Posten har i fråga om postsortering varit framgångsrik med att visa att det inte varit möjligt att plocka ut "lätta" arbetsuppgifter för rehabiliteringsfallen i det roterande arbetssystem som finns för postsortering (AD 2006:57 och AD 2007:12).

I arbetsgivarens ansvar ingår således att undersöka möjligheterna att ge arbetstagaren andra arbetsuppgifter inom anställningen (en form av arbetsanpassning) och att undersöka omplaceringsmöjligheterna. AD har i sin praxis fastslagit att arbetsgivaren inte utifrån rehabiliteringsreglerna är skyldig genomföra verksamhetsförändringar, vilka innebär en utvidgning av verksamheten genom nya uppgifter (AD 1993:42) eller omorganisation (AD 2006:83). Är arbetstagaren så sjuk eller har en typ av skada att hon eller han inte ens efter avslutad rehabilitering bedöms kunna fortsätta att arbeta hos arbetsgivaren har arbetsgivaren inte någon rehabiliteringsskyldighet. Arbetsgivarens rehabilitering ska ha till syfte att arbetstagaren kommer tillbaka till denne (AD 1993:42). Kan arbetstagaren inte komma tillbaka kan det vara saklig grund för uppsägning trots pågående sjukperiod. Arbetsgivaren behöver inte ens ordna arbetsträning genom att plocka ihop arbetsuppgifter till ett anpassat arbete som sedan inte finns om arbetstagaren skulle tillfriskna (AD 2006:57).

Omplacering enligt lagen om allmän försäkring i arbetsrättslig kontext

I 3 kap 7 § fjärde stycket lagen om allmän försäkring används ordet omplacering efter 90 dagars sjukskrivning. Är det omfördelning av arbetsuppgifter eller är det omplacering i arbetsrättslig mening som avses? Frågeställningen är relevant eftersom en omfördelning av arbetsuppgifterna innebär att arbetsuppgifter tas från andra arbetstagare och inte behöver vara lediga, medan en omplacering

förutsätter att arbetsuppgifterna eller befattningen är ledig och att ingen annan ska flyttas. I förarbetena till sjukpenningreglerna talas om att det ska vara fråga om lediga arbetsuppgifter (prop 2007/08:136, s 62). Dessa ska inte plockas från någon annan. Detta tyder ju snarare på att det är en situation liknande omplaceringsinstitutet som åsyftas. Ordet arbetsuppgifter syftar på omfördelning av (vissa lediga) arbetsuppgifter än på en hel omplacering.

Det sägs också att om det finns lediga arbetsuppgifter så ska arbetsgivaren inom ramen för sin rehabiliteringsskyldighet erbjuda den sjuke dessa arbetsuppgifter (prop 2007/08:136). Här syftar lagstiftaren på anpassning av arbetsuppgifterna enligt Arbetsmiljölagens regler. Är det så ställs inte krav på att arbetsuppgifterna ska vara lediga, utan det är fråga om just en *omfördelning* av arbetsuppgifter mellan olika arbetstagare. Även om förarbetena till nämnda sjukpenningregler syftar på lediga arbetsuppgifter, så har ju arbetsgivaren ansvar för arbetsanpassning oavsett om det handlar om rätten till sjukpenning eller inte.

Om Försäkringskassan begär det ska arbetstagaren lämna ett utlåtande från arbetsgivaren. Arbetsgivaren är tvungen att lämna upplysningarna (20 kap 9 § lag om allmän försäkring). Arbetsgivarutlåtandet utgör sedan ett underlag för bedömningen om sjukpenning ska beviljas. Där ska anges vilka möjligheter det finns att ta tillvara den sjukes arbetsförmåga (3 kap 8 § lag om allmän försäkring). I förarbetena utvecklas detta (prop 2007/08:136, s 63): "Ett sådant utlåtande bör innehålla uppgifter om vilka möjligheter som finns till *omplacering* [min kursivering] hos arbetsgivaren. Det bör även innehålla uppgifter om vilka möjligheter till anpassning av arbetsplatsen som kan finnas. Den försäkrade och arbetsgivaren bör ta fram utlåtandet tillsammans".

Möjligheterna till omplacering ska således anges i arbetsgivarutlåtandet, men någon skyldighet för arbetsgivaren att genomföra en omplacering i detta läge kan inte stipuleras i reglerna om sjukpenning. Kanske ska 3 kap 7 § lagen om allmän försäkring förstås så att *om* det finns ett ledigt arbete eller arbetsuppgifter som arbetstagaren klarar av, och *om* arbetsgivaren *vill* ge dessa till den sjuke arbetstagaren *så* ska inte sjukpenning utgå. I förarbetena utgår lagstiftaren från att arbetsgivaren inom ramen för sin rehabiliteringsskyldighet ofta ska erbjuda lediga arbetsuppgifter (prop 2007/08:136, s 62). Reglerna är dock vaga och oklara i det enskilda fallet, se ovan. Regler utgör visserligen en begränsning av arbetsledningsrätten, men inte alls i en sådan omfattning att exempelvis Försäkringskassan kan ställa krav på att arbetsgivaren ska omplacera en arbetstagare. Försäkringskassan ska bedöma huruvida sjukpenning ska utgå eller inte, utifrån de förutsättningar som finns i deras underlag.

Ordet omplacering har i detta sammanhang inte samma innebörd vad gäller arbetsgivarens skyldigheter, som den arbetsrättsliga termen har i 7 § LAS. Där är omplaceringsskyldigheten knuten till en uppsägningssituation. Det är kanske fel även här att tala om arbetsgivarens omplacerings*skyldighet*, eftersom det bara

föreligger en skyldighet att undersöka omplaceringsmöjligheterna om arbetsgivaren vill genomföra en uppsägning. Avstår arbetsgivaren från detta finns inga skyldigheter att genomföra en omplacering.

Ett annat problem kan vara att arbetsgivaren inte gör någon särskilt noggrann undersökning av vilka lediga uppgifter som finns inför utfärdandet av arbetsgivarutlåtandet. Någon kontroll av arbetsgivarutlåtandet och kvalitén på arbetsgivarens undersökning av lediga arbetsuppgifter görs inte av Försäkringskassan. Det skulle för övrigt vara mycket svårt för dem att göra det eftersom de inte har den nödvändiga insynen på arbetsplatsen. Den enskildes fackliga organisation har större möjligheter under förutsättning att den enskilde medlemmen vänt sig hit. I förarbetena framhävs de fackliga organisationernas viktiga uppgift att företräda enskilda medlemmar, men de har trots detta inte givits någon självständig roll i lagstiftningen genom att exempelvis få underrättelse då ett rehabiliteringsförfarande inleds. Förhandlingsskyldighet föreligger enligt 11 och 13 §§ lag (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet (MBL) om det skulle bli fråga om att göra viktiga förändringar av anställningsvillkoren för en medlem. Skulle det vara så att arbetstagersidan anser att det visst finns lediga arbetsuppgifter som arbetsgivaren försummat att ta med i arbetsgivarutlåtandet och som den enskilde borde erbjudas, finns inte någon egentlig sanktion att tillgå så länge arbetsgivaren uppfyllt kraven i lagen om allmän försäkring och lämnat upplysningar. Det kan vara tvistigt huruvida arbetstagen har tillräckliga kvalifikationer för befattningen och då uppger troligen inte arbetsgivaren denna befattning som tillgänglig.

Skulle lediga arbetsuppgifter finnas på arbetsplatsen uppstår andra problem. Detta gäller såväl då arbetstagen aspirerar på mer kvalificerade arbetsuppgifter än denne har i nuläget, som då det endast finns förhållandevis okvalificerade arbetsuppgifter lediga.

Vem avgör om arbetstagen har tillräckliga kvalifikationer för ett visst ledigt arbete? Det finns stora risker för tvister om arbetstagen eller dennes fackliga organisation anser att arbetstagen skulle klara ett ledigt arbete (eller lediga arbetsuppgifter) medan arbetsgivaren bedömer att den enskilde inte har tillräckliga kvalifikationer för detta.

Frågan om en anställd har tillräckliga kvalifikationer för ett visst arbete i samband med omplacering enligt 7 och 22 §§ LAS är ett vanligt tvisteämne och har bedömts av Arbetsdomstolen i ett flertal fall. I den arbetsrättsliga kontexten är det arbetsgivaren som har bevisbördan för ett påstående om att arbetstagen saknar tillräckliga kvalifikationer. Bevisbördefördelningen grundas på 7 § LAS och att det är arbetsgivaren som ska visa att det inte finns någon möjlighet till omplacering för att saklig grund för uppsägning ska föreligga. Dessa lagrum är emellertid inte inblandade här eftersom det inte är fråga om uppsägning. Då gäller "vanliga" bevisregler, det vill säga den som påstår något ska också visa detta (här arbetstagen). Även om arbetstagen skulle kunna styrka att han eller hon har tillräckliga kvalifikationer är

det inte säkert att arbetsgivaren vill placera arbetstagaren på dessa arbetsuppgifter.

Arbetstagaren skulle eventuellt kunna driva en fastställsetalan enligt 4 kap 6 § (1974:371) om rättegång i arbetstvister, huruvida denne har tillräckliga kvalifikationer för ett visst arbete (Eklund 2005, s 186 f). Frågan om arbetsgivaren tillräckligt undersökt möjligheterna att ge arbetstagaren andra arbetsuppgifter kan också komma att prövas om arbetstagaren menar att denne står till arbetsgivarens förfogande, och därmed har rätt till lön (se nedan). Det blir då fråga om en fullgörelsetalan i stället. Därför kommer kanske inte frågan om arbetstagaren kan driva denna typ av fastställsetalan att få så stor praktisk betydelse.

Ett annat problem kan vara att *det endast finns betydligt mindre kvalificerade arbetsuppgifter lediga*. Uppger arbetsgivaren i arbetsgivarutlåtandet att det finns lediga arbetsuppgifter, ska sjukpenning i fortsättningen inte beviljas om Försäkringskassan bedömer att arbetstagaren klarar av dessa (se nedan). För att försörja sig accepterar arbetstagaren kanske de nya arbetsuppgifterna.

Frågan är vad som hänt i ett arbetsrättsligt perspektiv. Är det fråga om en tillfällig omflyttning eller en bestående omplacering? Svaret på denna fråga beror på omständigheterna i det enskilda fallet och på vad parterna kommer överens om då arbetsuppgifterna ändras. Det kan vara uppenbart att arbetstagaren inte kommer tillbaka till sin ursprungliga tjänst. Det är då fråga om omplacering eller omreglering (beroende av hur ingripande förändring det är fråga om) i arbetsrättslig mening. Det är mer svårbedömt i fall sjukdomen är av övergående art. Arbetstagaren kan utföra andra arbetsuppgifter under en tid, exempelvis i väntan på operation. Då operationen är gjord med lyckat resultat vill arbetstagaren återvända till sina ursprungliga arbetsuppgifter. Det är oklart om den nu friske arbetstagaren har "rätt" till sin ursprungliga befattning. Arbetsuppgifterna innehas kanske av någon annan, eller så har omorganisationer gjorts. Just den beskrivna situationen att arbetstagaren arbetat med annat under en tid har inte provats, men däremot har AD ansett att det varit godtagbara skäl att genomföra en genomgripande omplacering av en arbetstagare då denne återvänder efter en tids sjukdom (AD 1993:34). Det är intressant att AD beaktade de övriga arbetstagarnas intresse av att inte behöva flytta på sig.

Det kan således ha stor betydelse för den enskildes framtida yrkesliv vilka arbetsuppgifter arbetstagaren erbjuds och accepterar. Det kan bli fråga om en permanent förändring såväl vad gäller arbetsuppgifter, arbetstider som lön. Lönen följer enligt huvudregeln befattningen och kan sänkas om arbetsuppgifterna ändras.

Försäkringskassans bedömning i ett arbetsrättsligt perspektiv

Är det skäligt att kräva att en arbetstagare efter tre månaders sjukdom ska utföra arbetsuppgifter inom en helt annan del av företaget eller inom ett helt annat kollektivavtalsområde?

Försäkringskassan ska i sin bedömning av om sjukpenning ska beviljas utgå från om det finns arbetsuppgifter hos arbetsgivaren som arbetstagaren ges möjligheter att utföra (arbetsgivaren vill omplacera arbetstagaren eller är skyldig att erbjuda arbetsuppgifterna enligt Arbetsmiljölagens regler), *och* som arbetstagaren kan utföra (klaras av med tanke på bland annat sjukdomen). Nekar arbetstagaren att ta ett arbete som denne *rimligen* bort acceptera ska inte sjukpenning beviljas (prop 2007/08:136, s 61 f). Här finns ett utrymme för Försäkringskassan att göra en bedömning av det individuella fallet. Inget talar i förarbetena för att de arbetsrättsliga principerna ska beaktas vid övervägandena. Lotta Vahlne Westerhäll förespråkar att handläggaren anlägger ett vidare perspektiv än endast det rent medicinska. Arbetstagaren måste ha lämplig utbildning, arbetet ska vara möjligt att utföra och dessutom måste arbetstagaren ha ett visst engagemang (Vahlne Westerhäll 2008, s 243).

Här uppstår en intressant konflikt med de arbetsrättsliga reglerna. Enligt reglerna om arbetsgivarens "omplaceringsrätt" finns det inom arbetsrätten ett skydd för arbetstagaren som begränsar denna typ av omplacering. Förändringar kan inte göras i strid med anställningsavtalet och är det en genomgripande, bestående förändring, krävs godtagbara skäl. Det kan sjukdom i och för sig vara. Lite annorlunda är situationen om det är fråga om en omplacering enligt 7 § LAS. Då har arbetsgivaren en omfattande "omplaceringsskyldighet" och arbetstagaren får acceptera relativt stora försämringar, även om det finns en gräns då förändringarna kan vara så stora att de inte är skäliga.

En "undre" gräns antyds i AD 1995:50. En säljare som återkom efter en tids sjukdom placerades som städare på lagret, vilket han vägrade. Rättsfrågan kom dock inte att handla om huruvida omplaceringen var oskälig, utan om arbetstagaren i brist på ett fackligt tolkningsföreträde var skyldig att tillfälligt utföra det anvisade arbetet. AD ansåg att arbetstagaren inte skiljts från sin anställning då denne beordrades till lagret.

Vanligen tar det lång tid, betydligt mer än 90 dagar, innan ett sjukdomsfall når den punkt då det är fråga om saklig grund för uppsägning och arbetsgivarens omplaceringsskyldighet enligt 7 § LAS blir aktuell. En omplacering enligt 7 § LAS innebär också att arbetstagaren är skyldig att acceptera större förändringar än annars.

Här syns tydligt hur det avtalade förhållandet (anställningen) mellan två parter, arbetsgivare och arbetstagare, påverkas av en tredje aktör, Försäkringskassan. Detta nya samspel mellan aktörerna innebär onekligen en förändring i praktiken av det avtalade befattningsskyddet om inte Försäkringskassan och arbetsrätten har en samsyn på frågan om vad som är ett skäligt erbjudande. Det finns som sagt inget i förarbetena som tyder på att Försäkringskassan ska ta dessa arbetsrättsliga hänsyn vid sin bedömning av rätten till sjukpenning.

Frågor kring anställningens avslutande

Vad händer med anställningen om sjukpenning inte beviljas efter sjukdag 180 eftersom arbetstagaren bedöms ha arbetsförmåga? Arbetsrättsligt händer initialt ingenting då sjukdom normalt inte är saklig grund för uppsägning. Arbetsgivarens skyldigheter enligt rehabiliteringsreglerna i Arbetsmiljölagen kvarstår oförändrade så länge anställningen består. Ett vakuum kan däremot uppstå för arbetstagaren om denne inte kan utföra något för tillfället ledigt arbete hos arbetsgivaren eller om det inte finns några arbetsuppgifter att omfördela enligt Arbetsmiljölagen. Även i detta läge gäller huvudregeln att ingen annan arbetstagare ska flyttas för att den sjuke ska kunna omplaceras.

Kan inte arbetstagaren utföra något arbete hos arbetsgivaren får denne ingen lön (se nedan). Samspelet mellan arbetsrätten och arbetslöshetsförsäkringen blir därför av intresse för arbetstagarens försörjning. Lagstiftarens tanke är att om arbetstagaren förväntas kunna försörja sig genom arbete på den reguljära arbetsmarknaden ska ersättning från arbetslöshetsförsäkringen utgå, inte sjukpenning, tills arbetstagaren fått annat arbete. Så länge anställningen består utgår i normalfallet inte heller någon ersättning från arbetslöshetsförsäkringen. Just anställningens bestånd kan vara en nyckelfråga i detta sammanhang. En av målsättningarna med sjukpenningreformen har varit att restarbetsförmågan ska tas tillvara och att det är lättare att få en ny anställning för den som befinner sig i arbetslöshetsförsäkringen än i sjukförsäkringen.

Beviljas inte sjukpenning för att arbetstagaren har en restarbetsförmåga som tyvärr inte kan tas tillvara hos den nuvarande arbetsgivaren finns olika alternativ. 1) Skulle arbetstagaren hitta ett lämpligt arbete hos annan arbetsgivare har arbetstagaren enligt en ny lag rätt till ledighet i 12 månader för att för prova arbetet (lag 2008:565 om rätt till ledighet för att på grund av sjukdom prova annat arbete). Detta gäller om den nya anställningen påbörjas mellan sjukdag 91 och 180. 2) Hittar den enskilde inget arbete kan denne säga upp sig på grund av sjukdomen och får då ersättning från arbetslöshetsförsäkringen. Genom lagändringar har överströmningen till arbetslöshetsförsäkringen underlättats. Den 1 januari 2009 infördes ett förtydligande i 19 c § förordning 1997:835 om arbetslöshetsförsäkring (SFS 2008:937). Det ska numera anses som en giltig anledning för en arbetstagare att lämna sin anställning av hälsoskäl. Arbetstagaren ska därför slippa den karenstid som annars gäller. 3) Ett ytterligare alternativ är att arbetstagaren beviljas tjänstledighet utan lön från ett arbete som denne av hälsoskäl inte klarar av. Arbetstagaren har då möjlighet att få ersättning från arbetslöshetsförsäkringen (19 a § förordning 1997:835 om arbetslöshetsförsäkring i sin lydelse efter den 1 januari 2009, SFS 2008:937).

Lagstiftarens tanke är att tjänstledigheten ska kunna utnyttjas om det inte är helt säkert huruvida arbetstagarens arbetsförmåga är så nedsatt att det föreligger

saklig grund för uppsägning (prop 2007/08:136, s 73 f). Frågan är om denna tjänstledighetsform kommer att utnyttjas. Arbetsgivaren kan låta bli att bevilja tjänstledighet då detta inte är någon rättighet för arbetstagaren. Beviljas inte tjänstledighet kan arbetstagaren tvingas säga upp sig för att få sin försörjning via arbetslöshetsförsäkringen. Arbetsgivaren väljer å andra sidan kanske att ge arbetstagaren tjänstledigt för att inte riskera en tvist huruvida arbetsförmåga och rehabiliteringsmöjligheter är tillräckligt utredda om arbetstagaren kommer tillbaka och vill ha lön. Möjligheten till tjänstledighet kommer säkerligen att diskuteras mellan parterna på arbetsmarknaden och om det ska regleras i kollektivavtal.

I sammanhanget kan det konstateras att arbetstagare som sägs upp på grund av sjukdom eller själva säger upp sig inte får del av exempelvis Trygghetsrådets kompetens eftersom Trygghetsrådet bara vänder sig till arbetstagare som sagts upp på grund av arbetsbrist. Det är synd för de sjuka arbetstagarna skulle säkerligen ha nytta av deras kunskap och stöd för att finna en ny framtid.

Beviljas inte sjukpenning av Försäkringskassan eller tjänstledighet av arbetsgivaren måste arbetstagaren kanske säga upp sig för att få sin försörjning från arbetslöshetsförsäkringen. Fråga är om arbetstagarens egen uppsägning beror på arbetsgivarens agerande (här: vanligen en fråga om passivitet) och huruvida den egna uppsägningen då jämföras med en uppsägning från arbetsgivarens sida (provocerad uppsägning). Detta har behandlats i ett mål där en lärare sade upp sig efter en lång tid utan sjukpenning. AD riktade viss kritik mot arbetsgivarens (kommunens) sätt att sköta rehabiliteringen. De borde ha gjort mer och undersökt möjligheterna till omplacering. Därefter sade AD (AD 2008:106, s 6):

Kommunen har inte sagt upp B.N. på grund av sjukdom och målet handlar i denna del inte om att domstolen ska bedöma om huruvida kommunen vidtagit tillräckliga rehabiliteringsinsatser och om förutsättningarna för uppsägning av personliga skäl därmed förelegat. Ett ställningstagande i ett sådant fall om att rehabiliteringsskyldigheten inte är fullgjord likväl som oklarheter i den frågan faller normalt tillbaka på arbetsgivaren. Ifråga om B.N:s eget frånträdande är att jämföra med en uppsägning från arbetsgivarens sida är utgångspunkten för bedömningen en annan. Domstolen har här att bedöma om det är visat att arbetsgivarens agerande eller brist på agerande varit i strid med god sed på arbetsmarknaden eller annars otillbörligt. Ett ställningstagande att kommunen inte fullgjort sin rehabiliteringsskyldighet, det vill säga ännu inte vidtagit tillräckliga åtgärder, innebär inte i sig att kommunen därmed kan anses ha agerat otillbörligt även om bristande rehabiliteringsinsatser och framför allt utebliven återgång till arbete haft långtgående effekter på B.N:s ekonomiska situation.

Utrymmet för arbetsgivaren att inte lastas för bristande aktivitet i fråga om rehabilitering ser ut att vara betydligt större om arbetstagaren sagt upp sig själv. Arbetsgivarens brist på agerande ska strida mot god sed eller på annat sätt vara otillbörligt. Här krävs det mer påtagliga brott mot moral och regler som arbetstagsidan har att bevisa. Detta talar för att arbetsgivaren kanske hellre avvaktar än säger upp arbetstagaren, även om denne inte kan utföra arbete i någon större omfattning, i alla fall så länge inte arbetstagaren begär lön.

Rätten till lön

Skulle sjukpenningen dras in och arbetstagaren stå utan försörjning ligger det nära till hands att denne vänder sig till sin arbetsgivare. Vilken rätt har arbetstagaren till lön?

Huvudregeln är att en arbetstagar som står till arbetsgivarens förfogande har rätt till lön. Är arbetstagaren sjuk eller skadad, så att denne inte kan utföra sitt vanliga arbete, måste arbetsgivaren ta reda på vad arbetstagaren efter en omplacering kan göra i stället. Även möjligheterna till omfördelning av arbetsuppgifter ska naturligtvis undersökas. Har inte detta gjorts är det svårt att avgöra huruvida arbetstagaren står till förfogande eller inte. Osäkerheten drabbar arbetsgivaren som får betala lön till det hela klarlagts.

Enligt AD:s praxis hittills (AD 2003:44 och 2006:90) har arbetsgivaren fått betala lön eftersom det varit oklart vad arbetstagaren eventuellt kunnat utföra för arbete. I de två fallen grundade domstolen arbetstagarens rätt till lön på det faktum att någon rehabiliteringsutredning inte gjorts (trots att arbetsgivaren enligt då gällande regler hade ansvar att göra en sådan) och att någon omplaceringsutredning därför inte heller kunnat göras i syfte att undersöka vad arbetstagaren hade för möjligheter att utföra arbete åt arbetsgivaren. Arbetstagarens eventuella arbetsförmåga efter arbetsanpassning och stödåtgärder hade inte utretts. AD ansåg därför att det fanns oklarheter i utredningen vilket gick ut över arbetsgivaren som inte fullgjort sin skyldighet att genomföra rehabiliteringsutredningen. AD ansåg att arbetstagaren stod till arbetsgivarens förfogande och att denne hade rätt till lön tills arbetsgivaren kunde visa något annat.

Ett problem som kan uppstå är om en rehabiliteringsutredning inte är färdig, eller kanske inte ens påbörjats, inom 180 dagar. Det är oklart hur AD:s tidigare praxis nu ska tolkas. Frågan är om en arbetsgivare måste betala lön i avvaktan på Försäkringskassans rehabiliteringsutredning, vars igångsättande arbetsgivaren kanske endast marginellt kan påverka. Det kan dock vara tveksamt om Försäkringskassan verkligen kan dra in sjukpenningen eftersom det inte kan bedömas om arbetsförmågan är varaktigt nedsatt förrän den rehabilitering som rimligen kan krävas har gjorts (Vahlne Westerhäll 2008, s 245; hänvisningarna till prop 2002/03:89, s 46; SOU 2002:5, s 206 f).

En arbetsgivare kan i och för sig starta en egen utredning innan Försäkringskassan gjort sin. De ändrade reglerna ger tyvärr inte arbetsgivarna en lika tydlig roll i processen som tidigare (22 kap 3 och 5 §§ lag 1962:381 om allmän försäkring). Det kan uppstå problem kring arbetsgivarens hantering av personuppgifter, eftersom ett uttalat lagstöd för denna hantering saknas. Den enskilde kanske mycket hellre vill att Försäkringskassan ska sköta utredningen och ger inte sitt samtycke till att arbetsgivaren hanterar hälsoupplysningarna (se Westregård 2008).

Är det däremot utrett att arbetstagaren inte kan utföra något arbete som finns ledigt hos arbetsgivaren så föreligger inte någon skyldighet att utbetala lön, inte ens under så begränsad tid som under uppsägningstiden.

I AD 1996:125 stod arbetstagaren inte till arbetsgivarens förfogande. Det fanns arbetsuppgifter i arbetsgivarens verksamhet som arbetstagaren klarade av att utföra, men som innehades av andra arbetstagare. AD konstaterade att frågan huruvida en arbetstagare står till arbetsgivarens förfogande måste bedömas från fall till fall. Har arbetstagaren sagts upp på grund av sjukdom menade AD att i normalfallet kommer inte arbetstagaren heller att kunna stå till arbetsgivarens förfogande under uppsägningstiden. Hade det funnits lediga arbetsuppgifter som arbetstagaren kunde utföra skulle inte saklig grund för uppsägning föreläggas, eftersom arbetsgivaren har en omplaceringskyldighet enligt 7 § LAS. Situationen är en annan om arbetstagaren först efter uppsägningen blivit sjuk, då kan det vara så att det finns lediga uppgifter som denne kan utföra under uppsägningstiden.

Har sjukpenningen dragits in väljer kanske arbetsgivaren att avvakta med att vidta någon åtgärd. Återkommer arbetstagaren till arbetsplatsen och säger sig stå till arbetsgivarens förfogande är arbetsgivaren skyldig att betala ut lön såvida inte arbetsgivaren kan visa att så inte är fallet. Arbetsgivaren måste visa att det inte finns möjlighet att ge arbetstagaren några arbetsuppgifter. Detta innebär att såväl rehabiliteringsutredning som omplaceringsutredning måste vara gjorda. Står inte arbetstagaren till arbetsgivarens förfogande föreligger troligen också saklig grund för uppsägning, vilket arbetsgivaren i så fall kanske väljer att göra.

Tempot i konflikten höjs om arbetstagsidan hävdar att det föreligger en rätts tvist om lön enligt 35 § MBL. Eftersom detta lagrum har så stor genomslagskraft väljer arbetsgivarna troligen att föra fastställsetalan om lön, eventuellt i kombination med en uppsägning, om förhandlingarna skulle stranda. Det är inte självklart här att det är en rättstvist om lön, utan det kan snarare vara en tvist huruvida arbetstagaren står till arbetsgivarens förfogande. Då är det inte säkert att 35 § MBL är tillämplig. En prövning av detta får vi troligen inte se förrän en arbetsgivare inte iakttagit de snäva tidsramarna i 35 § MBL och då inte har något att förlora på att vägra betala den lön facket begär med motiveringen att 35 § MBL inte är tillämplig.

Inom den kommunala sektorn utger arbetsgivaren lön om sjukpenning inte skulle beviljas enligt 3 kap 7 § lagen om allmän försäkring (§ 28 mom 9 i

AB 08). Detta gäller nu i 180 dagar men ursprungligen saknades tidsbegränsning. En komplikation för arbetstagaren är att detta inte är ersättning för förvärvsarbete varför denna tidsperiod kan påverka arbetstagarens sjukpenninggrundande inkomst (SGI) negativt, om perioden inte inräknas.

I praktiken blir kanske det inte ovanligt att en arbetstagare som fått sjukpenningen indragen och har en viss restarbetsförmåga, kommer tillbaka till arbetsgivaren och försöker arbeta efter bästa förmåga trots sin sjukdom. Arbetstagaren presterar då av naturliga skäl betydligt mindre än normalt. I kunskaps- och tjänstesamhället kan det vara svårt att mäta hur mycket mindre prestationen är. I det här sammanhanget går det inte alltid att mäta prestationen i heltid och deltid. I normalfallet kan inte arbetsgivarna begära arbetsförhållsintyg innan arbetstagaren återkommer efter sin sjukskrivning (i samband med nyanställning är det däremot relativt vanligt att arbetsgivare begär arbetsförhållsintyg). En möjlighet för arbetsgivarna att få en uppfattning om arbetstagarens hälsotillstånd är att träffa överenskommelser i kollektivavtal om arbetsförhållsintyg före återkomsten. I riksavtalet mellan Bankinstitutens Arbetsgivareorganisation (BAO) och Finansförbundet samt mellan BAO och JUSEK/CA/CF anges exempelvis att innan tjänstemannen träder i tjänst så ska ett arbetsförhållsintyg lämnas.

Vilka arbetsrättsliga konsekvenser kan det få om prestationen är lägre på grund av sjukdomen än vad prestationen normalt bör vara? Denna situation får arbetsrättsligt bedömas utifrån regler i LAS. Beror nedsättningen i arbetsförmåga på sjukdom är detta enligt huvudprincipen inte i sig saklig grund för uppsägning, så länge arbetstagaren utför arbete av någon betydelse åt arbetsgivaren. Det är arbetsgivaren som har bevisbördan och det ställs höga beviskrav på arbetsgivaren i fråga om arbetstagarens bristande förmåga i denna situation för att saklig grund för uppsägning ska föreligga (Lunning 2006). Arbetsgivaren behöver en omfattande dokumentation, ofta under lång tid, för att visa hur arbetsgivaren hanterat problemet. För en arbetstagare som under lång tid arbetat klanderfritt men som på grund av sjukdom inte längre orkar hålla sitt vanliga tempo kan det säkert kännas mycket ovärdigt att få sin arbetsprestation ifrågasatt vid åtskilliga avstämningsmöten. Problemet med den sjuke arbetstagarens produktivitet läggs på arbetsgivarens bord i stället för att samhället utger sjukpenning.

Ett viktigt mål för de nya sjukpenningreglerna har varit att arbetstagaren ska komma tillbaka till arbetslivet. Lagstiftaren tycks ha utgått från att arbetstagaren kan utföra en fullgod prestation då denne återvänt. Skulle så inte vara fallet står i propositionen att arbetsgivaren kan ta initiativ och genomföra en "omreglering" av anställningen, vilket innebär att tjänstgöringsgraden sänks. AD har i och för sig accepterat en sänkning av tjänstgöringsgraden från 80 till 50 procent som skälig, då inget annat arbete fanns ledigt som arbetstagaren kunde utföra (AD 2006:11). Vägrar arbetstagaren att acceptera den lägre tjänstgöringsgraden kan

denne enligt propositionen sägas upp (prop 2007/08:136, s 43).

En rättslig prövning kan göras av en "omreglering", och i praktiken krävs då att arbetsgivaren presterar omfattande bevisning eftersom det i själva verket är fråga om en uppsägning och erbjudande om ny anställning. Malmberg menar att en mer korrekt term är "uppsägning för villkorsändring" (Malmberg 1997, s 324 f). Partiell uppsägning av anställningsavtalet är inte möjlig (Malmberg 1997, s 325; Rönnmar 2004, s 263). En uppsägning av hela anställningsavtalet i denna situation är också tveksam eftersom arbetstagaren i dessa fall har en resterande arbetsförmåga och kan arbeta exempelvis 50 eller 75 procent av en full prestation (AD 1996:115). En i sig låg arbetsprestation är inte saklig grund för uppsägning om det beror på sjukdom, så länge inte alla möjligheter i fråga om rehabilitering är utredda (AD 1998:57).

Parterna kan enas om nya villkor. För den enskilde innebär emellertid en sänkning av tjänstgöringsgraden också en sänkning av framtida ersättning från arbetslöshetsförsäkringen och sjukpenning vid en eventuell ny sjukskrivning.

Sammanfattningsvis har arbetsgivarna numera ett starkt intresse av att ett sjukfall inte är outrett om sjukpenningen skulle dras in. I så fall riskerar arbetsgivarna att få betala ut lön tills rehabiliteringsutredningarna är färdiga, eller åtminstone tills det står klart att arbetstagaren inte kan utföra något arbete åt arbetsgivaren. Skulle det bli fråga om en omreglering av anställningsavtalet och sänkning av tjänstgöringsgraden krävs också omfattande utredning från arbetsgivarens sida.

Avslutande synpunkter

Det framgår ovan hur förändringar i reglerna om sjukpenning får arbetsrättsliga konsekvenser som påverkar parterna i anställningsavtalet. Det som kanske blir tydligast är hur de förvaltningsrättsliga reglerna om sjukpenning indirekt kan styra arbetstagaren att säga upp sig för att kunna få ersättning från arbetslöshetsförsäkringen och klara sin försörjning. Den påverkan som den ekonomiska makten i det allmänna försäkringssystemet ger samhället som aktör även i arbetsrelationer ska inte underskattas.

Synen på sjukförsäkring just som en försäkring och inte som ett bidrag påverkar naturligtvis utformningen av densamma (SOU 2006:86, s 66 f). Vad som hänt i och med de nya sjukpenningreglerna är att staten har förändrat "försäkringsvillkoren" för sjukförsäkringen. De har fått snävare tidsramar och mer tydlig målgrupp. Risken att en arbetstagare hamnar i "fel" försäkring är störst om det finns både arbetsmarknadsproblem och hälsoproblem (SOU 2006:86, s 109). Före ändringarna räckte det vanligen för att få sjukpenning att den enskilde inte kunde utföra *sitt* arbete. Sjukförsäkringen innehöll på det sättet ett "befattningsskydd". Syftet med de nya reglerna är snarare att arbetstagare ska få en tids omställning med sjukpenning än att bevara rådande förhållande (SOU 2006:86, s 100).

Reglerna i LAS om saklig grund tillsammans med en sjukpenning utan bortre gräns har lett till att sjuka arbetstagare kunnat ha kvar sin anställning under mycket lång tid. Arbetsgivarna hade inga egentliga kostnader för dessa personer. Anställningarna bestod och arbetstagarna fick sin försörjning via sjukförsäkringssystemet. Vid sjuklöneavgiftens införande och fram till att den avskaffades fick arbetsgivarna plötsligt betydande kostnader för sjuka arbetstagare som inte befann sig i rehabiliteringsåtgärder. Arbetsgivarnas intresse att avsluta anställningarna var uppenbar. I många fall tvekade nog arbetsgivarna trots kostnaderna att säga upp sjuka arbetstagare, främst för att höga beviskrav ställdes på omplaceringsutredningar och rehabiliteringsinsatser. Arbetsgivarnas tvekan kvarstår säkerligen också idag.

En indragen sjukpenning kan få olika effekter. Ett scenario är att arbetstagarens akuta försörjningsbehov kommer att påskynda processen genom att sjuka arbetstagare blir mer eller mindre tvungna att säga upp sig. Detta innebär i vart fall initialt att tillströmningen till arbetslöshetsförsäkringen ökar precis som lagstiftarens avsikt varit.

Ett annat scenario om sjukpenningen dras in är att arbetstagaren återvänder till sin arbetsgivare och börjar arbeta igen. Ur förvaltningsrättslig synpunkt betraktas detta nog som en "lyckad" hantering av ärendet. Målet är ju att restarbetsförmågan ska tas tillvara. För både arbetsgivare och arbetstagare kan denna "lyckade" hantering ha sina sidor. Återvänder en arbetstagare som endast har begränsad men svärdefinierad restarbetsförmåga till en heltidstjänst får detta konsekvenser på arbetsplatsen. Det kan innebära att fler personer måste anställas eller att den övriga personalen utsätts för högre arbetsbelastning.

De principiellt olika synsätten inom förvaltningsrätten och civilrätten blir tydliga. Inom arbetsrätten består anställningen så länge arbetstagaren kan utföra arbete av någon betydelse och eventuell restarbetsförmåga utnyttjas inte alltid. Inom sjukförsäkringssystemet betonas vikten av att all eventuell restarbetsförmåga utnyttjas till individens försörjning, oavsett om det är med de arbetsuppgifter arbetstagaren anställdes för eller om det måste ske hos en annan arbetsgivare.

Referenser

- Allmänna bestämmelser, AB 08.
Arbeterskyddsstyrelsens författningssamling, AFS 1994:01 – Arbetsanpassning och rehabilitering.
Eklund R (utgivare) (2005): *Rättegången i arbetstvister*. Arbetsrättsliga föreningen. Stockholm: Norstedts Juridik.
Fahlbeck R (1989): *Praktisk arbetsrätt*. Malmö: Liber.
Källström K (1993): *Alkoholpolitik och arbetsrätt: en komparativ studie av missbrukares anställningsskydd*. Uppsala: lustus.
Källström K, Malmberg J (2009): *Anställningsförhållandet - Inledning till den individuella arbetsrätten*. Uppsala: lustus.

-
- Lunning L, Toyer G (2006): *Anställningsskydd – kommentar till anställningsskyddslagen*. 9:e uppl. Stockholm: Norstedts Juridik.
- Malmberg J (1997): *Anställningsavtalet – om anställningsavtalets individuella reglering*. Uppsala: Iustus.
- Prop 1973:129 Kungl. Maj:ts proposition med förslag till lag om anställningsskydd m m.
- Prop 1981/82:71 Ny anställningsskyddslag.
- Prop 1990/91:140 Arbetsmiljö och rehabilitering.
- Prop 1990/91:141 Rehabilitering och rehabiliteringsersättning.
- Prop 2002/03:89 Förändringar inom sjukförsäkringen för ökad hälsa i arbetslivet.
- Prop 2007/08:136 En reformerad sjukskrivningsprocess för ökad återgång i arbete.
- Riksavtal mellan Bankinstitutens Arbetsgivareorganisation och Finansförbundet.
- Riksavtal mellan Bankinstitutens Arbetsgivareorganisation och JUSEK/CA/CF.
- Rönnmär M (2004): *Arbetsledningsrätt och arbetsskyldighet, En komparativ studie av kvalitativ flexibilitet i svensk, engelsk och tysk kontext*. Lund: Juristförlaget.
- SOU 1998:104 Arbetsgivarens rehabiliteringsansvar.
- SOU 2002:5 Handlingsplan för ökad hälsa i arbetslivet.
- SOU 2006:86 Mer försäkring och mer arbete.
- SOU 2006:107 Fokus på åtgärder – En plan för effektiv rehabilitering i arbetslivet.
- Vahlne Westerhäll L (2008): Det sjukförsäkringsrättsliga arbetsoförmågebegreppet i lagstiftning och rättstillämpning. I Vahlne Westerhäll L (red) *Arbets(o)förmåga – ur ett mångdisciplinärt perspektiv*, s 225-251. Stockholm: Santérus förlag.
- Westregård A (2006-07): "En analys av samspelet mellan arbetsrätt och rehabiliteringsregler vid uppsägning och omplacering". *Juridisk Tidskrift*, nr 4, s 876-888. Stockholm: Jure.
- Westregård A (2008): *Arbetsgivarens ökade ansvar för sjuklön och rehabilitering kontra arbetstagarnas integritet – Går det att förena?* Rapport 2008:18. Uppsala: IFAU.