

Fråga om det skett en sådan verksamhetsövergång som avses i 6 b§ lagen om anställningsskydd.

Postadress
Box 2018
103 11 STOCKHOLM
Besöksadress
Stora Nygatan 2 A och B

Telefon
08-617 66 00
Telefax
08-617 66 15
kansliet@arbetsdomstolen.se
www.arbetsdomstolen.se

Expeditionstid
Måndag-fredag
09.00-12.00
13.00-15.00

ARBETSDOMSTOLEN

DOM
2014-02-12
StockholmDom nr 14/14
Mål nr A 52/12**KÄRANDE**

Svenska Kommunalarbetsareförbundet, Box 19039, 104 32 Stockholm
Ombud: förbundsjuristen Annett Olofsson, LO-TCO Rättsskydd AB, Box 1155,
111 81 Stockholm

SVARANDE

Malmö stad, 205 80 Malmö
Ombud: arbetsrättschefen Sophie Thörne, Sveriges Kommuner och Landsting,
118 82 Stockholm

SAKEN

lönefordran

Bakgrund

Mellan parterna gäller kollektivavtal.

V.C. och S.L., som är medlemmar i Svenska Kommunalarbetsareförbundet (förbundet), var anställda hos Buxbom Invest AB (Buxbom eller bolaget) som personliga assistenter åt en viss brukare. På grund av missförhållanden i bolaget tog Malmö stad i juli 2010 över ansvaret för brukarens assistans och arbetstagarna arbetade herefter en tid som personliga assistenter åt samma brukare men i anställning hos Malmö stad. Tvist har uppkommit om Malmö stad är skyldig att betala V.C:s och S.L:s lönefordringar som uppkommit hos Buxbom på grund av sådan verksamhetsövergång som avses i 6 b § anställningsskyddslagen.

Tvisteförhandlingar har hållits mellan parterna utan att de har kunnat enas.

Yrkanden och inställning

Förbundet har yrkat att Arbetsdomstolen ska förplikta Malmö stad att till

1. V.C. utge

- för perioderna maj 2009 – december 2009 och april 2010 – maj 2010:
i första hand 93 632 kr avseende övertidsersättning jämte ränta enligt 6 § räntelagen från den 31 maj 2010 till dess betalning sker; i andra hand 10 525 kr avseende jourersättning jämte ränta enligt 6 § räntelagen från den 31 maj 2010 till dess betalning sker;
- för juni 2010:
i första hand 20 642 kr avseende övertidsersättning jämte ränta enligt 6 § räntelagen från den 30 juni 2010 till dess betalning sker; i andra hand

2 367 kr avseende jourersättning jämte ränta enligt 6 § räntelagen från den 30 juni 2010 till dess betalning sker,

- för juni 2010:
12 206 kr avseende lön jämte ränta enligt 6 § räntelagen från den 30 juni 2010 till dess betalning sker, samt till

2. S.L. utge 10 000 kr avseende lön för juni 2010 jämte ränta enligt 6 § räntelagen från den 30 juni 2010 till dess betalning sker.

Malmö stad har bestritt käromålet i sin helhet.

För det fall Arbetsdomstolen skulle finna att Malmö stad har betalningsansvar avseende lön till V.C. har Malmö stad vitsordat följande belopp. 10 525 kr avseende jourersättning maj – december 2009 och april 2010 – maj 2010, 2 376 kr avseende jourersättning för juni 2010 samt 12 206 kr avseende resterande månadslön för juni 2010.

För det fall Arbetsdomstolen skulle finna att Malmö stad är skyldig att betala övertidsersättning till V.C. samt att hon har arbetat övertid i den omfattning som förbundet gjort gällande, har Malmö stad vitsordat yrkade belopp avseende övertidsersättning.

Avseende yrkandet om lön till S.L. har Malmö stad vitsordat ett belopp om 10 000 kr som fordran på resterande månadslön avseende juni 2010.

Malmö stad har vitsordat sättet att beräkna ränta.

Parterna har yrkat ersättning för sina rättegångskostnader.

Till utveckling av talan har parterna anfört i huvudsak följande.

Förbundet

Bakgrund

V.C. och S.L. var anställda som personliga assistenter hos Buxbom. Verksamheten bestod i att tillhandahålla personlig assistans till en enskild brukare, A.T. Arbetet utfördes i A.T:s hem i Malmö. Verksamheten i Buxbom bedrevs i praktiken av A.T:s före detta make B.R. Buxbom var inte bundet av kollektivavtal.

V.C:s anställning hos Buxbom varade under tiden december 2008 – den 30 juni 2010 och S.L:s anställning där varade under tiden den 1 april 2010 – den 30 juni 2010. På grund av missförhållanden hos Buxbom övertog Malmö stad den 1 juli 2010 ansvaret för att tillhandahålla personlig assistans åt A.T. V.C:s och S.L:s anställningar övergick då till Malmö stad.

V.C. och S.L. hade lönefordringar på bolaget när deras anställningar övergick till Malmö stad. I februari 2011 väckte de därför talan mot bolaget vid Ystads

tingsrätt för att utfå dessa. I tredskodomar mot Buxbom biföll tingsrätten deras yrkanden. Buxbom försattes härefter – den 1 april 2011 – i konkurs. Konkursförvaltaren meddelande att någon utdelning inte kunde påräknas i konkursen. Både V.C. och S.L. ansökte om lönegaranti men fick endast ersättning för semesterersättning med motiveringen att övriga fordringar inte omfattades av förmånsrätt och därmed inte heller av lönegarantin. Därefter riktade förbundet löneanspråket mot Malmö stad.

Preskription

Förhandlingsordningen i KHA 94 är inte tillämplig i förevarande tvist. I 13 § KHA 94 hänvisas till 64 § medbestämmandelagen, som är tillämplig på tvist som avser skadestånd eller annan fullgörelse enligt medbestämmandelagen eller kollektivavtal. De omtvistade fordringarna uppstod hos Buxbom som saknade kollektivavtal. Fordringarna grundar sig på de enskilda anställningsavtalen. Det är således inte fråga om tvist som avser skadestånd eller annan fullgörelse enligt medbestämmandelagen eller kollektivavtal vilket följaktligen innebär att 13 § i KHA 94 inte är tillämplig. Eftersom fordringarna grundar sig på de enskilda anställningsavtalen är preskriptionstiden tio år.

Om Arbetsdomstolen skulle finna att preskriptionsbestämmelserna i KHA 94 ska tillämpas görs följande gällande. Vid en verksamhetsövergång enligt 6 b § anställningsskyddslagen är överlåtaren och förvärvaren solidariskt ansvariga för de förpliktelser som uppstått hos överlåtaren och som alltså hänför sig till tiden före övergången. Arbetstagaren kan välja att antingen vända sig mot överlåtaren eller mot förvärvaren. V.C. och S.L. riktade inledningsvis sina anspråk mot Buxbom. När det stod klart för dem att de inte skulle få utdelning i Buxboms konkurs och inte heller ersättning genom lönegarantin, valde de att vända sig mot förvärvaren. V.C., S.L. och förbundet har fått kännedom om samtliga dessa omständigheter, som deras löneanspråk grundar sig på, tidigast vid edgångssammanträdet i Buxboms konkurs den 19 maj 2011. Förbundet påkallade förhandling den 1 september 2011. Förhandlingsframställan kom Malmö stad tillhanda senast den 5 september 2011. Förhandlingen är därmed påkallad inom den i KHA 94 föreskrivna fyramånadersfristen.

Verksamhetsövergång

Den 1 juli 2010 skedde en övergång av verksamheten enligt 6 b § anställningsskyddslagen från Buxbom till Malmö stad. Rättigheter och skyldigheter på grund av V.C:s och S.L:s anställningsavtal övergick därigenom till Malmö stad. I enskilda avtal med Malmö stad har V.C. och S.L. sedermera accepterat att omreglera sina anställningar från tillsvidareanställningar till allmänna visstidsanställningar för perioden den 1 juli 2010 – den 30 september 2010. V.C. skrev under avtalet den 27 juli 2010 och S.L. skrev under avtalet den 12 augusti 2010.

Förutom V.C., S.L. och B.R. var även E.B. anställd hos bolaget. Malmö stad tog över samtliga arbetstagare utom B.R. Malmö stad tog också över bolagets kund, det vill säga A.T. Verksamheten var densamma hos Malmö stad som den varit hos Buxbom. Lokalerna där verksamheten bedrevs var desamma, det vill säga

A.T:s hem. V.C., S.L. och E.B. arbetade hos Buxbom till och med den 30 juni 2010 och fortsatte att arbeta hos Malmö stad den 1 juli 2010, utan uppehåll. Det är således fråga om en ekonomisk enhet som behållit sin identitet efter det att verksamheten övergått till Malmö stad. Detta påverkas inte av att Malmö stad inte avsåg att långsiktigt bedriva verksamhet med personlig assistans för A.T. Verksamheten bedrevs i Malmö stads regi i tre månader och övergick därefter utan avbrott till annan anordnare.

V.C:s och S.L:s fordringar

Buxbom har betalat en del av V.C:s och S.L:s månadslöner för juni 2010. De har inte fått några lönespecifikationer. Det förutsätts att de utbetalade beloppen är bruttobelopp. För V.C. återstår en fordran på månadslön om 12 206 kr och för S.L. återstår en fordran på månadslön om 10 000 kr.

Hos Buxbom arbetade assistenterna nio arbetspass i månaden. Varje arbetspass var 24 timmar. Det förekom ingen jourtid, vilket hade varit omöjligt eftersom A.T. var mer aktiv på natten än på dagen. V.C. och S.L. har aldrig lämnat A.T. ensam.

Enligt det enskilda anställningsavtal som gällde mellan Buxbom och V.C. skulle anställningen omfattas av vid varje tidpunkt mellan Vårdföretagarna och förbundet gällande kollektivavtal för ”Bransch G – Personlig assistans”. Enligt detta kollektivavtal har arbetstagare rätt till övertidsersättning för arbetade timmar som överstiger 172 timmar per månad. Under maj 2009 – december 2009 och april 2010 – maj 2010 har V.C. arbetat 44 timmar övertid per månad. Övertidsersättningen ska beräknas enligt samma kollektivavtal 7 § Mom 4:1. Förbundet har räknat på den lägsta tariffen vilket gör att V.C:s krav på övertidsersättning för maj 2009 – december 2009 och april 2010 – maj 2010 uppgår till 93 632 kr. I juni 2010 arbetade V.C. än mer övertid eftersom hon fick arbeta en del av E.B:s arbetspass. Under juni 2010 arbetade V.C. 97 timmar övertid vilket ger en fordran på övertidsersättning om 20 642 kr.

Om Arbetsdomstolen skulle finna att det inte varit fråga om övertid för V.C. under perioderna maj 2009 – december 2009, april 2010 – maj 2010 och juni 2010, har V.C. i vart fall haft rätt till jourersättning enligt bestämmelserna i kollektivavtal för ”Bransch G – Personlig assistans”.

Sammanfattning av grunderna för talan

Den 1 juli 2010 skedde en verksamhetsövergång enligt 6 b § anställnings-skyddslagen från Buxbom till Malmö stad. Vid denna tidpunkt var V.C. och S.L. anställda hos Buxbom. Deras anställningar samt rättigheter grundade i anställningen i Buxbom övergick därigenom till Malmö stad. Vid tidpunkten för övergången hade V.C. och S.L. fordringar på Buxbom med yrkade belopp.

Förbundets talan är inte preskriberad. Kollektivavtalet KHA 94 är inte tillämpligt eftersom fordringarna uppstod hos Buxbom som saknade kollektivavtal. Fordringarna grundar sig på de enskilda anställningsavtalen och därmed gäller

en preskriptionstid om tio år. Om KHA skulle vara tillämpligt, har förbundet i vart fall väckt talan inom fyra månader från det att arbetstagarna och förbundet fått kännedom om samtliga omständigheter som löneanspråken grundar sig på.

Malmö stad

Preskription

I den förhandlingsordning i kommunala huvudavtalet, KHA 94, som gäller mellan parterna i målet, ska tvisteförhandling påkallas inom fyra månader efter det att part fått kännedom om den omständighet vartill partens yrkande hänför sig och senast inom två år efter det att omständigheten inträffat. Den nu aktuella lönetvisten omfattas av avtalet. Talan är preskriberad eftersom förbundet inte har påkallat tvisteförhandling inom dessa tidsfrister.

Förbundet kände till att V.C. och S.L. hade krav på ej utbetalade löner från Buxbom redan under sommaren 2010. I februari 2011 bistod förbundet arbetstagarna vid ansökan om stämning mot Buxbom vid Ystads tingsrätt. Förbundet kände i vart fall vid denna tidpunkt till de omständigheter som ligger till grund för förbundets yrkanden. Den 1 september 2011 skickade förbundet förhandlingsframställan till Malmö stad, vilken kom staden tillhanda den 5 september 2011. Vid tidpunkten för förhandlingsframställan hade förbundet således haft kännedom om omständigheterna, som ligger till grund för yrkandena, i mer än fyra månader. Den del av V.C:s fordran, som avser tiden före september 2009, är även preskriberad på den grunden att den hänför sig till omständigheter som är äldre än två år.

Bakgrunden till att Malmö stad tog över Buxboms roll som assistansgivare

Under den tid då V.C. och S.L. arbetade i Buxbom fanns reglerna om personlig assistans och assistansersättning i lagen (1993:387) om stöd och service till vissa funktionshindrade (LSS) och lagen (1993:389) om assistansersättning (LASS). Numera finns reglerna samlade i 51 kapitlet socialförsäkringsbalken (2010:110). En viktig del i regelverket är att de funktionshindrade ska ha inflytande över sin personliga assistans. En annan viktig del är ansvarsfördelningen mellan staten och kommunerna. Kommunen har det yttersta ansvaret för att invånare som visats i kommunen får rätt hjälp, stöd och omsorg för att klara sitt dagliga liv. Kommunen ansvarar för assistansersättning uppgående till 20 timmar per månad. Har den assistansberättigade större behov av assistans gör Försäkringskassan en bedömning av biståndsbehovet. Försäkringskassan ansvarar för utbetalning av assistansersättning. Assistansersättningen ska täcka lön, sociala avgifter och utbildningar för de personliga assistenter som den funktionshindrade behöver. Den assistans som utförts ska redovisas till Försäkringskassan månadsvis genom timredovisning. Försäkringskassan betalar ut ersättningen i förskott. Om ett för stort belopp har betalats ut, justeras det i efterhand. Försäkringskassan svarar för uppföljning, kontroll och återkrav. Även kommunen åläggs krav på uppföljning som en följd av att det är kommunen som har det yttersta ansvaret för att tillse att assistansen fungerar hos den enskilde.

Den assistansberättigade väljer själv vem som ska utföra hans eller hennes assistans. Assistansen kan vara organiserad på olika sätt, till exempel genom kooperativ, aktiebolag eller via kommunen. Vidare kan den assistansberättigade själv vara arbetsgivare för sina assistenter eller bilda ett bolag och driva assistansen via bolaget. I Malmö stad finns – utöver kommunens egen verksamhet – omkring 50 olika utövare av personlig assistans.

I april 2009 beslutade Försäkringskassan att A.T. skulle få rätt till assistans dygnet runt, det vill säga omkring 125 timmar per vecka och jour nattetid. Assistansersättningen uppgick då till omkring 150 000 kr per månad. Tidigare hade A.T. haft färre assistanstimmar i kombination med trygghetslarm till hemtjänsten. Efter beslutet om assistans dygnet runt skulle hon inte längre behöva använda larmet till hemtjänsten.

A.T. hade under lång tid valt att få sin personliga assistans anordnad av etablerade assistansbolag men när hon i april 2009 fick beslut om assistansersättning dygnet runt, valde hon att ordna assistansen själv genom ett eget bolag, Buxbom. Hon var själv ägare, verkställande direktör och firmatecknare för Buxbom. Eftersom hon har ett funktionshinder var det i praktiken hennes före detta sambo B.R. som skötte bolagets verksamhet. Förutom att arbeta som personlig assistent i bolaget var det han som skötte schemalaggningsen av assistenter och hade hand om stora delar av kontakterna med Försäkringskassan. B.R. har inte haft någon formell roll i Buxbom utan endast varit en vanlig anställd.

Under hösten 2009 och våren 2010 uppmärksammades Försäkringskassan på brister i A.T:s assistans. Försäkringskassan fick bland annat ett anonymt tips om att A.T. inte fick den omvårdnad hon behövde och att det förekom ekonomiska missförhållanden. Det framkom också att hemtjänsten fick larm på nätterna trots att A.T. då skulle ha assistenter hos sig.

Försäkringskassan startade en utredning varvid det visade sig att det förekom missförhållanden och felaktigheter bland annat avseende de tider som B.R. hade lämnat om sitt eget arbete som personlig assistent. Han hade till Försäkringskassan redovisat att han arbetat vissa pass när han i istället hade suttit i fängelse.

Den 15 juni 2010 sade A.T. upp avtalet om assistans med Buxbom och startade ett nytt bolag för att genom detta nya bolag utföra den personliga assistansen. Försäkringskassan accepterade inte hennes nya bolag som assistansgivare. A.T. kontaktade då ett redan etablerat assistansbolag. Samtidigt pågick en utredning om förvaltare för A.T. Försäkringskassan ville avvakta förvaltarutredningen innan man fattade beslut om assistansersättning till den assistansgivare som A.T. hade valt. Försäkringskassan beslutade därför att från och med den 1 juli 2010 inte längre betala ut assistansersättning till Buxbom på grund av missförhållanden med den personliga assistansen och med timredovisningen. Istället skulle ersättningen betalas till Malmö stad.

Eftersom A.T. ville att V.C., S.L. och E.B. skulle fortsätta att arbeta som assistenter hos henne, tillfrågade L.S., som var ansvarig chef för ifrågavarande

LSS-personal, dessa. De accepterade att, som anställda hos Malmö stad, arbeta som personliga assistenter hos A.T. från och med den 1 juli 2010. Malmö stad uppfattade det dock inte som att det fanns ett egentligt intresse från assistenterna att bli anställda av kommunen. L.S. begärde in CV, betyg och referenser för V.C., S.L. och E.B. Malmö stad förväntade sig att förvaltarens fråga skulle lösas snabbt och det var tänkt att Malmö stad endast skulle ha hand om A.T:s assistans under en kort tid över sommaren.

Malmö stad träffade sedan avtal med V.C., S.L. och E.B. om allmänna visstidsanställningar för tre månader till och med den 30 september 2010. Det handlade om nyanställningar och inte omreglering av anställningsvillkor. L.S. rekryterade även ytterligare arbetstagare för att utföra personlig assistans åt A.T.

Den 30 september 2010 slutade V.C. och S.L. att arbeta för Malmö stad. De valde att avsluta sina respektive anställningar i samband med att deras allmänna visstidsanställningar löpte ut.

Frågan om verksamhetsövergång

Det har inte skett någon sådan verksamhetsövergång som avses i 6 b § anställningsskyddslagen. Malmö stad har inte tagit över någon verksamhet eller några tillgångar från Buxbom. Den 1 juli 2010 tog Malmö stad endast över arbetsuppgiften att utföra assistans åt A.T. Det är inte fråga om en ekonomisk enhet som behållit sin identitet efter det att verksamheten övergått till Malmö stad. Malmö stad har således inte övertagit något betalningsansvar för lönefordringar som uppkommit i Buxboms verksamhet.

Övertidsersättning

V.C:s anställningsavtal hos Buxbom hänvisade till kollektivavtalet ”Bransch G – Personlig assistans”, vilket kan ge rätt till övertidsersättning under i avtalet angivna förutsättningar. För personliga assistenter som schemaläggs i 24-timmarspass på det sätt som skett hos A.T. gäller dock att arbete under natten ersätts som jourtid. Att så varit fallet stämmer även överens med storleken på A.T:s beslutade assistansersättning. V.C. har dock inte arbetat övertid i den omfattning som förbundet gör gällande.

Sammanfattning av grunderna för bestridandet

Förbundets talan är preskriberad eftersom förbundet inte har påkallat tvisteförhandling i rätt tid i enlighet med den förhandlingsordning som gäller mellan parterna. Om Arbetsdomstolen inte skulle finna att förbundets talan är preskriberad, ska talan ändå avslås eftersom det inte har skett någon verksamhetsövergång enligt 6 b § anställningsskyddslagen. Malmö stad har således inte övertagit skyldigheten att betala de lönefordringar som V.C. och S.L. tjänat in under tiden som arbetstagare hos Buxbom.

Domskäl

Tvisten

V.C. och S.L. har varit anställda som personliga assistenter hos Buxbom. Buxboms verksamhet bestod i att tillhandahålla personlig assistans till A.T. Assistansen bekostades av assistansersättning som utbetalades av Försäkringskassan. På grund av missförhållanden i Buxbom beslutade Försäkringskassan att från och med den 1 juli 2010 betala assistansersättning till Malmö stad istället för till Buxbom. Malmö stad tog vid denna tidpunkt över utförandet av A.T:s personliga assistans. V.C. och S.L. fortsatte härefter att arbeta som personliga assistenter åt A.T. V.C. och S.L. har lönefordringar hänförliga till den tidsperiod när de var anställda hos Buxbom.

Tvisten gäller i huvudsak om det skett en sådan övergång av verksamhet som avses i 6 b § anställningsskyddslagen med den följden att Malmö stad är skyldig att betala V.C:s och S.L:s lönefordringar hänförliga till deras arbeten hos Buxbom. Parterna är också oense om huruvida förbundets talan är preskriberad. Arbetsdomstolen inleder sin prövning med frågan om det har skett en verksamhetsövergång enligt 6 b § anställningsskyddslagen.

Utredningen

Målet har avgjorts efter huvudförhandling. Vid huvudförhandlingen har på förbundets begäran hållits förhör under sanningsförsäkran med V.C. och S.L. samt vittnesförhör med tidigare avtalsombudsmannen vid Svenska Kommunalarbetareförbundet J.S. På Malmö stads begäran har hållits vittnesförhör med handläggaren vid Försäkringskassan I.F., enhetschefen vid Malmö stad L.S., tidigare arbetsrättschefen vid Landstingsförbundet och Sveriges Kommuner och Landsting G.B., förhandlaren vid Malmö stad H.S. samt tidigare förhandlingschefen för dåvarande Sveriges kommunaltjänstemannaförbund (SKTF) J.K.

Parterna har även åberopat skriftlig bevisning.

Några rättsliga utgångspunkter

Vid övergång av ett företag, en verksamhet eller en del av en verksamhet från en arbetsgivare till en annan, övergår enligt 6 b § anställningsskyddslagen också de rättigheter och skyldigheter på grund av de anställningsavtal och de anställningsförhållanden som gäller vid tidpunkten för övergången på den nya arbetsgivaren. De angivna bestämmelserna infördes i anställningsskyddslagen i syfte att genomföra det så kallade överlåtelsedirektivet (ursprungligen direktiv 77/187/EEG, numera rådets direktiv 2001/23/EG av den 12 mars 2001). Ändamålet med direktivet är att trygga kontinuiteten i anställningsförhållanden inom en ekonomisk enhet, oberoende av om det sker ett ägarbyte (C-458/05 *Jouini* REG 2007, I-7301, punkten 23). Bestämmelserna i 6 b § anställningsskyddslagen ska tolkas i enlighet med överlåtelsedirektivet och EU-domstolens praxis.

6 b § anställningsskyddslagen innehåller ingen närmare definition av vad som avses med övergång av verksamhet annat än att det ska vara fråga om en ”övergång av ett företag, en verksamhet eller en del av en verksamhet från en arbetsgivare till en annan”. Av överlåtelsedirektivet följer att en övergång av verksamhet förutsätter att en ekonomisk enhet går över till en annan arbetsgivare och att enheten vid övergången behåller sin identitet (artikel 1.1 b). Bytet av arbetsgivare ska ske till följd av avtal, men det behöver inte finnas en direkt avtalsrelation mellan den nya och den gamla arbetsgivaren (se till exempel C-172/99 *Liikenne* REG 2001 s. I-745 och AD 2011 nr 54). Innebörden av begreppet övergång av verksamhet har varit föremål för en omfattande rättspraxis från såväl EU-domstolen som Arbetsdomstolen.

Med *ekonomisk enhet* förstås en organiserad gruppering av tillgångar vars syfte är att bedriva ekonomisk verksamhet, vare sig denna utgör huvud- eller sidoverksamhet (artikel 1.1 b). Enheten ska vara varaktigt organiserad och inte begränsad till att utföra visst arbete. Det ska vara fråga om en ”organisation av personer och tillgångar som är tillräckligt strukturerad och oberoende och som kan bedriva en ekonomisk verksamhet genom vilken ett särskilt syfte eftersträvas” (C-151/09 *UGT-FSP* REU 2010 s. I-7591, punkten 26). Inom sektorer, som huvudsakligen baserar sig på arbetskraft, behöver det inte finnas några betydande materiella eller immateriella tillgångar. Ett strukturerat kollektiv av arbetstagare kan utgöra en varaktigt organiserad ekonomisk enhet, om grupperingen av arbetstagare är tillräckligt självständig. Med det förstås att ledningen för grupperingen relativt fritt och oberoende kan organisera arbetet inom gruppen och ge order och instruktioner samt fördela uppgifter åt underordnade arbetstagare inom den aktuella enheten utan direkt inblandning av arbetsgivarens andra organisationsstrukturer (se till exempel C-108/10 *Scattolon* REU 2011 s. I-7491, punkterna 42-52 med hänvisningar).

För att det ska vara fråga om en övergång av verksamhet krävs vidare att den ekonomiska enheten *behåller sin identitet* efter det att verksamheten fortsätter eller återupptas. Frågan om det föreligger identitet mellan enheterna före respektive efter det att enheten övertagits av en ny arbetsgivare är beroende av vilken typ av verksamhet som bedrivs av den ekonomiska enheten. En ekonomisk enhet, som utgörs av ett kollektiv av arbetstagare, kan anses behålla sin identitet. Så kan vara fallet om dessa varaktigt förenas i en gemensam verksamhet och om den nye arbetsgivaren inte inskränker sig till att fortsätta den aktuella verksamheten, utan även övertar en huvuddel av personalstyrkan såvitt avser antal och kompetens. I sådant fall anses den nye arbetsgivaren förvärva en organisation av tillgångar som gör det möjligt för honom att varaktigt fortsätta överlåtarens verksamhet eller viss del av denna verksamhet (se till exempel C-151/09 *UGT-FSP* REU 2010 s. I-7591, punkten 29). Den fråga som kan ställas är om de tillgångar som omfattas av övergången är tillräckliga för att möjliggöra ett fortsatt tillhandahållande av de tjänster som är typiska för den ekonomiska verksamheten i fråga, utan att andra betydande tillgångar eller andra delar av företaget används (C-458/05 *Jouini* REG 2007 s. I-7301, punkten 34).

Prövningen av om vad som kan utgöra en ekonomisk enhet och om denna behållit sin identitet ska avgöras av de nationella domstolarna utifrån en hel-

hetsbedömning av samtliga omständigheter i det enskilda fallet. Oftast görs denna bedömning i ett sammanhang och med beaktande av de så kallade Spijkers-kriterierna, det vill säga arten av företag eller verksamhet, frågan om företagets materiella och immateriella tillgångar övertagits, om majoriteten av de anställda har tagits över av den nya arbetsgivaren, om kunderna har tagits över eller inte, graden av likhet mellan verksamheten före och efter överlåtelsen, och i förekommande fall den tidsperiod under vilken verksamheten har legat nere. Alla dessa omständigheter är emellertid endast aspekter av den helhetsbedömning som ska göras och kan därför inte bedömas var för sig (se t.ex. C-151/09 *UGT-FSP* REU 2010 s. I-7591 och mål 24/85 *Spijkers* REG 1986 s. 1119 samt AD 2010 nr 88 och AD 2010 nr 25).

Arbetsdomstolen gör följande bedömning.

Anledningen till att Malmö stad den 1 juli 2010 tog över assistansen var dess lagstadgade skyldighet att sörja för kommuninnevånarna och att Försäkringskassan beslutat betala ut assistansersättningen till Malmö stad istället för till Buxbom på grund av de akuta missförhållanden som uppdragats. Arbetsdomstolen konstaterar att Malmö stads personal härefter utförde samma arbetsuppgifter som dessförinnan utförts av personalen i Buxbom, men att staden varken tog över arbetsledning, administration eller materiella tillgångar från Buxbom. Däremot fortsatte tre av de fyra arbetstagarna hos Buxbom att, som anställda hos Malmö stad, arbeta med den personliga assistansen åt A.T. under en begränsad tid. Arbetsledningen, som ansvarade för den personliga assistansen hos Malmö stad, bedömde att det behövdes fler än fyra personer för att utföra assistansen åt A.T. och påbörjade därför tämligen omgående rekrytering av mer personal. Även om de tre arbetstagarna utgjort en majoritet av de anställda hos Buxbom, anser Arbetsdomstolen, mot ovan nämnda bakgrund, att denna grupp av arbetstagare inte var tillräckligt självständig för att anses utgöra en ekonomisk enhet i direktivets mening (C-108/10 *Scattolon* REU 2011 s. I-7491, punkten 51).

Att arbetsuppgifterna omfattade samma ”kund” och samma ”lokal” handlar mer om vilka arbetsuppgifter som utfördes än om vilken rörelse som drevs. Att A.T:s assistans löpte på utan avbrott kan, bland annat mot bakgrund av verksamhetens art, inte tillmätas någon enskild betydelse vid bedömningen.

Sammantaget kommer Arbetsdomstolen till slutsatsen att det inte varit fråga om att någon bestående ekonomisk enhet gått över till Malmö stad. Det betyder att någon övergång av verksamhet i överlåtelsedirektivets mening inte har ägt rum och därmed inte heller i anställningsskyddslagens mening. Detta ställningstagande från Arbetsdomstolens sida leder till att förbundets talan redan på denna grund ska avslås.

Rättegångskostnader

Vid denna utgång ska förbundet förpliktas att ersätta Malmö stads rättegångskostnader. Malmö stad har yrkat ersättning för rättegångskostnader med sammanlagt 231 354 kr, varav 208 200 kr för ombudsarvode och 23 154 kr för

utlägg. Förbundet har överlåtit åt Arbetsdomstolen att bedöma skäligheten av det yrkade beloppet. Arbetsdomstolen finner att det yrkade beloppet för rättegångskostnader är skäligt.

Domslut

1. Arbetsdomstolen avslår Svenska Kommunalarbetsförbundets talan.
2. Arbetsdomstolen förpliktar Svenska Kommunalarbetsförbundet att ersätta Malmö stad för rättegångskostnader med 231 354 kr, varav 208 200 kr avser ombudsarvode, jämte ränta enligt 6 § räntelagen på det förstnämnda beloppet från dagen för denna dom till dess betalning sker.

Ledamöter: Karin Renman, Inger Andersson, Mårten Holmström, Claes Frankhammar, Gösta Rehnstam, Ronny Wenngren (skiljaktig) och Gunilla Runnquist.

Rättssekreterare: Johanna Nilsson

Domsbilaga i
mål nr A 52/12

Ledamoten Ronny Wenngrens skiljaktiga mening

Till skillnad från majoriteten anser jag att det har varit fråga om att en ekonomisk enhet gått över till Malmö stad och att enheten behållit sin identitet efter det att verksamheten fortsatt.

Som majoriteten konstaterar ska prövningen ske utifrån en helhetsbedömning av samtliga omständigheter i det enskilda fallet. I detta fall har verksamheten varit identisk och bedrivits utan uppehåll, kunden varit densamma, lokalerna där verksamheten bedrevs varit desamma och tre av fyra anställda i verksamheten har följt med över till kommunen. Det innebär att i princip alla kriterier, som har betydelse för att verksamhetsövergång ska anses ha skett, är uppfyllda. Några ekonomiska tillgångar av betydelse finns regelmässigt inte i denna typ av verksamhet.

Mot bakgrund av ovanstående menar jag att det har ägt rum en övergång av verksamhet till Malmö stad i överlåtelsedirektivets mening och därmed också i anställningsskyddslagens mening.

Överröstad i denna del är jag i övrigt ense med domstolens majoritet.