

Ett bolag utförde tidigare städning av tåg enligt ett avtal med SJ. Som en följd av att avtalet med SJ skulle upphöra sade bolaget upp de arbetstagare som arbetade med tågstädningen. Efter att avtalet upphört utför SJ tågstädningen i egen regi. Inför övertagandet av tågstädningen rekryterade SJ personal för detta arbete. Fråga om det har skett en verksamhetsövergång enligt 6 b § anställningsskyddslagen till SJ. Vidare fråga om SJ har gjort sig skyldigt till åldersdiskriminering dels genom att avvisa en begäran från förbundet om att frivilligt överta de uppsagda arbetstagarna, dels genom att i rekryteringsförfarandet inte erbjuda vissa av de uppsagda arbetstagarna de anställningar dessa sökt.

ARBETSDOMSTOLENMELLANDOM
2014-03-19
StockholmDom nr 28/14
Mål nr A 214/12
och A 36/13**KÄRANDE**

Fackförbundet för Service och Kommunikation (SEKO), Box 1105,
111 81 Stockholm

Ombud: förbundsjuristerna Annett Olofsson och Anders Wilhelmsson, LO-TCO
Rättsskydd AB, Box 1155, 111 81 Stockholm

SVARANDE

1. Almega Tjänsteförbunden, Box 55545, 102 04 Stockholm

2. SJ AB, 556196-1599, 105 50 Stockholm

Ombud för båda: arbetsrättsjuristen Lars Bäckström, Almega AB, Box 55545,
102 04 Stockholm

SAKEN

övergång av verksamhet och diskriminering

Bakgrund och yrkanden

Mellan Almega Tjänsteförbunden och Fackförbundet för Service och Kommunikation (SEKO) gäller kollektivavtal. SJ AB (SJ) är medlem i Almega Tjänsteförbunden.

ISS Trafficare AB (ISS) utförde tidigare städning av tågagnar i Stockholm, Göteborg och Malmö enligt ett entreprenadavtal med SJ (SJ-kontraktet). I januari 2011 sade ISS upp avtalet till upphörande i januari 2012. Som en följd härav sade ISS också upp runt 130 arbetstagare som arbetade med tågstädning i de tre städerna. Från och med den 26 januari 2012 utför SJ tågstädningen i dessa städer i egen regi. Inför övertagandet av tågstädningen rekryterade SJ personal för detta arbete.

I målet är tvistigt om det skett en verksamhetsövergång enligt 6 b § anställningsskyddslagen från ISS till SJ och om anställningarna för de 57 arbetstagare hos ISS som framgår av domsbilaga 1, uteslutes här, därigenom har övergått till SJ. SEKO menar att så är fallet och att SJ genom att avvisa arbetstagarna har avskedat dem. Det är också tvistigt om SJ diskriminerat dessa arbetstagare på grund av ålder genom att i september 2011 avvisa en begäran från förbundet om att SJ skulle överta deras anställningar från ISS. Slutligen rör tvisten de 50 tidigare arbetstagare hos ISS som framgår av domsbilaga 2, uteslutes här. Dessa har, enligt SEKO, sökt anställning hos SJ och då blivit diskriminerade på grund av ålder.

SEKO har yrkat att Arbetsdomstolen ska ogiltigförklara avskedandena av arbetstagarna i domsbilaga 1 samt förplikta SJ att till dessa betala allmänt och ekonomiskt skadestånd för brott mot anställningsskyddslagen, med undantag av nr 36, L.M.F., för vars räkning det endast yrkas ekonomiskt skadestånd, och nr 9, A.S. SEKO har vidare yrkat att SJ ska förpliktas att betala diskrimineringsersättning till arbetstagarna i domsbilaga 1, med undantag av nr 36, L.M.F., och till personerna i domsbilaga 2.

Arbetsdomstolen har i samråd med parterna beslutat att genom mellandom pröva följande frågor.

- a) Har en verksamhetsövergång enligt 6 b § anställningsskyddslagen ägt rum mellan ISS och SJ?
- b) Har tillsvidareanställningar som upphört före verksamhetsövergången på grund av arbetsbristuppsägning, som berodde på att ISS:s kontrakt med SJ sades upp, av det skälet inte övergått till SJ?
- c) Har SJ diskriminerat de personer som framgår av domsbilaga 1 enligt 2 kap. 1 § diskrimineringslagen genom att inte ta över deras anställningar från ISS?
- d) Har SJ diskriminerat de personer som framgår av domsbilaga 2 enligt 2 kap. 1 § diskrimineringslagen genom att inte erbjuda dem de anställningar dessa sökt?

Parterna har till utveckling av sin talan i nu berörda delar anfört i huvudsak följande.

SEKO

Sammanfattning av grunderna för talan

a) Den 26 januari 2012 övertog SJ städningen av tågvagnar från ISS. Det som övergick var en bestående ekonomisk enhet, som har behållit sin identitet. Det har därför skett en övergång av verksamhet enligt 6 b § anställningsskyddslagen.

ISS:s verksamhet i de tre städerna Stockholm, Göteborg och Malmö utgör en ekonomisk enhet som övergått till SJ. Om Arbetsdomstolen inte skulle finna att så är fallet, görs i andra hand gällande att ISS:s verksamhet i var och en av de tre städerna utgör en ekonomisk enhet för sig vilken övergått till SJ.

b) När ISS i januari 2011 sade upp SJ-kontraktet förelåg befogad anledning att anta att en verksamhetsövergång skulle komma att äga rum, vilket innebar att uppsägningsförbudet i 7 § tredje stycket anställningsskyddslagen trädde i kraft. Därefter sade ISS upp anställningsavtalen så att de skulle löpa ut till dess att entreprenadkontraktet upphörde. ISS:s uppsägningar strider mot uppsägningsförbudet och är därför ogiltiga. En arbetstagare som sägs upp inför en verksamhetsövergång trots att uppsägningsförbudet trätt i kraft, kan avstå från att angripa uppsägningen hos överlåtaren och ändå göra anspråk på fortsatt anställ-

ning hos förvärvaren. Att anställningarna sagts upp och att uppsägningstiden löpte ut före verksamhetsövergången, hindrar därför inte att anställningarna övergått till SJ.

c) När SEKO under sommaren 2011 fick klart för sig att SJ hade för avsikt att fortsätta städverksamheten i egen regi, påtalade förbundet att det skulle bli fråga om en verksamhetsövergång enligt 6 b § anställningsskyddslagen. SEKO begärde att SJ skulle ta över anställningsavtalen för de arbetstagare hos ISS som berördes. SEKO klargjorde vilka arbetstagare som avsågs genom att skicka över en lista med namn till SJ. SEKO förklarade att dessa var intresserade av att få anställning hos SJ. De personer som anges i domsbilaga 1 har på detta sätt, genom SEKO, gjort en förfrågan om anställning hos SJ. SJ beslutade emellertid i september 2011 att inte överta anställningsavtalen utan att låta de intresserade söka anställning. Ett skäl för detta beslut var att personalen hos ISS som grupp ansågs vara för gammal. Om ålderssammansättningen i gruppen hade varit annorlunda och medelåldern lägre, så skulle SJ ha tagit över anställningarna. SJ:s beslut innebar att bolaget missgynnade personerna i domsbilaga 1 genom att behandla dem sämre än en grupp med yngre individer skulle ha behandlats i en jämförbar situation. Missgynnandet hade samband med personernas ålder och utgjorde därför direkt diskriminering.

d) Personerna i domsbilaga 2 sökte anställning hos SJ som komfortoperatörer under det rekryteringsförfarande som föregick att SJ tog över städverksamheten i januari 2012. Dessa hade tidigare arbetet med tågstädning hos ISS och var väl lämpade för arbetet och hade sådana meriter i förhållande till övriga sökande att de borde ha erbjudits anställning. SJ anställde ingen av dem utan anställde istället yngre och mindre meriterade sökande. Besluten att inte erbjuda personerna anställning hade samband med deras ålder och utgjorde därför direkt diskriminering.

Bakgrund

SJ var tidigare ett statligt affärsverk. Även städningen av tågen sköttes inom ramen för verksamheten. År 2001 bolagiserades SJ och verksamheten delades upp på ett antal aktiebolag. Verksamheten med att städa tågen fördes över till bolaget Trafficare, som tog över samtliga anställningsavtal för de som städade tågen. Det var alltså vid detta tillfälle fråga om en övergång av verksamhet enligt 6 b § anställningsskyddslagen. Efter en senare aktieöverlåtelse bytte bolaget namn till ISS Trafficare AB.

Mellandomstema a)

Vid ISS arbetade 129 personer med tågstädning enligt SJ-kontraktet på de tre orterna, varav 100 i Stockholm, 17 i Göteborg och 12 i Malmö. SJ tog över 26 av de anställda i Stockholm. I Göteborg tog SJ över nio personer medan man i Malmö tog över fyra personer. Sammantaget har SJ alltså tagit över 39 av 129 personer, dvs. 30 procent av personalstyrkan hos ISS.

SEKO delar inte arbetsgivarparternas uppfattning att det, vid bedömningen av om en övergång av verksamhet föreligger, ska beaktas i hur stor omfattning de

övertagna arbetstagarna hos ISS arbetade med SJ-kontraktet. Det avgörande är hur stort antal av de anställda som togs över. Vidare är arbetsgivarparternas uppgifter om hur stor del av arbetstiden de aktuella arbetstagarna hos ISS arbetade med SJ-kontraktet i viss mån felaktiga. I Stockholm ägnade de 26 arbetstagarna motsvarande 22 heltidsarbeten åt SJ-kontraktet (och inte 20,7 som arbetsgivarparterna gör gällande). Motsvarande siffror för Göteborg och Malmö är 6 (och inte 5,6) respektive 3 (och inte 1,6) heltidsarbeten.

Efter övergången har samtliga av SJ övertagna arbetstagare ägnat hela sin arbetstid åt att städa SJ-tåg.

Vid bedömning av om en övergång av verksamhet skett ska beaktas i vilken mån personer i arbetsledande ställning har tagits över. I Stockholm handplockade SJ personalplaneraren A.K. från ISS. En personalplanerare ser till att rätt antal tågstädare finns på plats när tågen är tillgängliga för städning. Detta förutsätter mycket god kännedom om verksamheten. A.K., som hade arbetat 10–15 år som personalplanerare hos ISS, var mycket kompetent och åtnjöt ett stort förtroende hos personalen. Övertagandet av henne var av väsentlig betydelse för SJ. Utan henne hade bolaget haft svårt att ta över städverksamheten utan avsevärda problem. I Göteborg tog SJ över arbetsledarna J.S. och M.S. En arbetsledare är den som kan beordra övertid och ringa in extra personal vid frånvaro. Hos SJ kallas dessa för skiftesledare men de utför samma arbetsuppgifter där som hos ISS.

Den personalkategori som benämndes ”fordonsvårdare” hos ISS har döpts om till ”komfortoperatörer” hos SJ, men arbetsuppgifterna är desamma. De tömmer skräp, putsar fönster, dammsuger, torkar golv, rengör toaletter samt lägger ut tidningar och broschyrer. Det stämmer inte, som arbetsgivarparterna påstår, att komfortoperatörerna hos SJ därutöver skulle ha utfört arbete med enklare reparationer, vattentryckning och fronttvätt av tågen, i vart fall inte fram till våren 2013. Om sådana arbetsuppgifter skulle ha tillkommit i ett senare skede saknar det betydelse vid bedömningen av likheten mellan verksamheten före och efter övergången.

Hos ISS städades tågen som skulle till Köpenhamn i Malmö, men man hade tidigare en ordning där de anställda hos ISS som skulle städa dessa tåg reste till Köpenhamn och städade tågen där. Hos SJ använder man sig nu av den sistnämnda, gamla ordningen.

Hos ISS kontrollerades städkvaliteten såväl av SJ:s som av ISS:s egna kvalitetskontrollanter. Hos SJ kontrolleras städkvaliteten enbart av SJ.

Till städverksamheten hörde förråd. I Stockholm hade ISS två personer avdelade för att arbeta med förrådet, och detsamma är fallet hos SJ.

I Stockholm använder SJ samma omklädnings- och uppehållsrum som ISS. SJ förfogade över dessa lokaler redan vid tidpunkten för övergången den 26 januari 2012, men tog dem i bruk först ett halvår senare efter en renovering. SJ tog även över ISS:s förrådslokal i Stockholm, varvid man till en början endast använde 30 procent av förrådsytan, men efter en gradvis infasning använder SJ nu hela

förrådet. I Göteborg använder SJ ett garage med laddningsplats för elbilar, och en kretsloppsstation, vilka tidigare har använts av ISS. I Malmö har SJ däremot inte tagit över några lokaler från ISS.

Det har inte övertagits arbetsredskap i någon omfattning av betydelse, vilket normalt sett inte heller sker vid övergång av verksamhet av aktuell typ.

Verksamheten med städning av SJ-tågen har pågått utan avbrott.

Mellandomstema b)

Efter att ISS i januari 2011 hade sagt upp SJ-kontraktet, sade ISS även upp anställningsavtalen så att de skulle löpa ut till dess att kontraktet upphörde. Planerna på en övergång tog relativt fast form redan i och med uppsägningen av entreprenadavtalet, och uppsägningsförbudet i 7 § tredje stycket anställnings-skyddslagen har därmed trätt i kraft. Om uppsägning sker trots att uppsägningsförbud råder finns det ingen skyldighet att driva en ogiltighetstalan mot den överlåtande arbetsgivaren för att kunna hävda en fortsatt anställning hos förvärvaren. En arbetstagare som har blivit uppsagd i strid med uppsägningsförbudet kan alltså välja att vända sig enbart mot den förvärvande arbetsgivaren, och hävda att anställningen har övergått.

Mellandomstema c)

SJ har diskriminerat arbetstagarna i domsbilaga 1 på grund av ålder genom att i september 2011 avvisa förbundets begäran om att överta deras anställningar från ISS.

I juni 2011 tog förbundet kontakt med SJ för att diskutera frågan om övertagande av de anställda hos ISS som arbetade med städning av SJ-tågen. SEKO:s centrale facklige företrädare P.F. och personalchefen vid SJ P.B. hade möten om detta i augusti 2011. Förbundet hävdade att det var fråga om en verksamhetsövergång och att SJ var skyldigt att ta över anställningsavtalen, men argumenterade i andra hand för att SJ i vart fall skulle ta över anställningsavtalen på frivillig grund. De berörda arbetstagarna hade mångårig erfarenhet av att städa SJ-tåg och hade även genomgått de utbildningar som arbetet krävde. P.B. var tydlig med att han inte ansåg att det var fråga om en verksamhetsövergång, men i detta skede verkade det emellertid som att det fanns intresse från SJ:s sida att frivilligt ta över anställningsavtalen. P.B. begärde att få en sammanställning över berörd personal. En sådan sammanställning skickades den 26 augusti 2011 till P.B. Förbundet förklarade att sammanställningen inte var komplett; den omfattade t.ex. inte samtliga berörda personer i Stockholm och Uppsala och inte någon berörd person i Göteborg eller Malmö. Genomsnittsåldern hos de listade personerna, angiven med födelseår, är 1963. SJ accepterade inte förbundets påstående att alla på listan var intresserade av att få anställning hos SJ, och parterna enades om att SJ skulle träffa den berörda personalen för att de skulle få bekräfta sitt intresse. Den 8 september 2011 enades de även om att skicka ut ett gemensamt meddelande till ISS-personalen om de pågående förhandlingarna om att ta över personal. Några dagar senare ändrade sig SJ och det meddelande som man enats

om kom därför inte att skickas ut. P.B. förklarade att anställningarna skulle utlysas och att personalen från ISS fick söka som alla andra.

Skälet till att SJ bestämde sig för att inte erbjuda de berörda arbetstagarna anställning var att dessa som grupp ansågs för gamla.

Mellandomstema d)

Personerna i domsbilaga 2 sökte under hösten 2011 anställning hos SJ. SJ har diskriminerat dessa på grund av ålder genom inte erbjuda dem anställning.

Under hösten 2011 utannonserade SJ anställningar som komfortoperatörer. Personerna i domsbilaga 2 hade sagts upp från sina anställningar vid ISS och sökte dessa anställningar. SEKO och SJ enades om att alla tidigare ISS-anställda skulle kallas till intervju, vilket SJ också gjorde. SEKO misstänkte tidigt att SJ främst ville anställa yngre, men vid tvisteförhandlingarna hävdade SJ att de sökandes ålder inte hade beaktats och att det rådde en naturlig och normal åldersfördelning inom den aktuella medarbetargruppen. SEKO fick senare del av merituppgifter för 163 personer som SJ anställde som komfortoperatörer. Snittåldern för de som anställdes var 34 år. Snittåldern för motsvarande personalkategori hos ISS var 49–50 år. Vid nyrekryteringen sänkte SJ således medelåldern med cirka 15 år.

Vidare framgår att 27 av de personer SJ anställde som var 30 år eller yngre helt saknade städerfarenhet. Bland dem som var äldre än 30 år fanns bara nio stycken som saknade städerfarenhet. Om man gör motsvarande jämförelse vid 40-årsstrecket, är motsvarande siffror 32 respektive fyra personer.

SJ har gjort gällande att urvalet grundades på att de som anställdes hade uppvisat en positiv attityd och ett trevligt sätt vid intervjun, men enligt SEKO:s mening visar siffrorna att ungdom har premierats.

Det elektroniska ansökningsformulär som SJ använde innehöll både en inledande fråga om födelsedatum och en senare begäran om angivande av åldersintervall under avsnittet ”tjänstespecifika frågor”, vilket visar att den sökandes ålder var en ”tjänstespecifik fråga”.

Ett skäl till att SJ valde att anställa yngre hellre än äldre kan vara att bolaget ville minska lönekostnaden, eftersom arbetstagare med längre anställningstid enligt kollektivavtalet har högre lön. Även arbetets fysiska krav kan ha medfört att SJ valde att anställa yngre personer.

Det stämmer inte, som arbetsgivarparterna har gjort gällande, att J.B., B.K., K.M. och L.H. inte sökt anställning hos bolaget.

Arbetsgivarparterna

Sammanfattning av grunderna för talan

- a) Det har inte skett någon övergång av verksamhet från ISS till SJ.
- b) Även om Arbetsdomstolen skulle finna att det har skett en verksamhetsövergång har arbetstagarnas anställningar inte gått över till SJ. ISS sade upp arbetstagarna i domsbilaga 2 på grund av arbetsbrist så att anställningarna skulle löpa ut senast den 25 januari 2012. När uppsägningarna genomfördes kunde ISS inte veta om det skulle bli en verksamhetsövergång eller inte. Uppsägningarna har inte heller gjorts för förvärvarens räkning. Uppsägningarna strider därför inte mot uppsägningsförbudet i 7 § tredje stycket anställningsskyddslagen och de är sakligt grundade. Vidare har uppsägningarna inte angripits med ogiltighetstalan. Anställningarna upphörde därför vid uppsägningstidens utgång och gällde således inte vid tidpunkten för en eventuell övergång av verksamhet.
- c) Arbetstagarna i domsbilaga 1 har inte genom SEKO gjort någon förfrågan om arbete på sätt som avses i 2 kap. 1 § diskrimineringslagen. Om Arbetsdomstolen skulle finna att de har gjort en sådan förfrågan, har denna inte avvisats utan bemötts positivt. Arbetstagarna har inte fått något negativt besked utan har uppmanats att söka anställning. Om Arbetsdomstolen skulle finna att det förekommit en förfrågan som avvisats eller att det har fattats ett negativt beslut, görs gällande att detta inte haft samband med arbetstagarnas ålder.
- d) Personerna i domsbilaga 2, utom J.B., B.K., K.M. och L.H., har sökt men har inte erbjudits anställning hos SJ. Besluten att inte erbjuda dem anställning har inte haft samband med deras ålder.

Mellandomstema a)

Den personalkategori som utför tågstädningen kallas hos SJ för komfortoperatörer, och ingår där i den enhet som kallas depåproduktion. T.W. är chef för depåproduktionen. I var och en av städerna Stockholm, Göteborg och Malmö finns en platschef. Under platscheferna finns produktionschefer och produktionsledare, varav de sistnämnda är arbetsledare med personalansvar för komfortoperatörerna. T.W. håller regelbundna ledningsgruppsmöten med bl.a. platscheferna, där man diskuterar gemensamma frågor. Depåproduktionen för de tre städerna ska sålunda ses som en sammanhållen organisatorisk enhet. I Stockholm är arbetet uppdelat på två geografiska enheter, dels centralstationen och dels depån i Hagalund. På centralstationen utförs städningen mellan ankomst och avgång och äger normalt sett rum med resenärer ombord. I Hagalund ställs tågen upp för mer grundligt underhåll utan några resenärer ombord.

ISS är specialiserat på städuppdrag i transportbranschen, framför allt avseende spårbunden trafik men även lokalvård. Under den tid som ISS hade hand om städningen av SJ:s tåg var denna verksamhet inte organisatoriskt sammanhållen, utan Stockholm tillhörde en region medan Göteborg och Malmö tillhörde en

annan. Det fanns ingen gemensam chef för de båda regionerna, utan närmast över de personer som var chefer i respektive region fanns en verkställande direktör.

SJ har inte övertagit huvuddelen av personalstyrkan i fråga om antal och kompetens.

Eftersom SJ-kontraktet skulle upphöra sade ISS upp 129 personer på grund av arbetsbrist. Av de 129 personerna var 100 placerade i Stockholm, 17 i Göteborg och 12 i Malmö. I Stockholm arbetade ytterligare tre personer med SJ-kontraktet. Dessa hade timanställningar och behövde därför inte sägas upp. De arbetade all sin tid med SJ-kontraktet, men arbetade inte heltid utan deras sammanlagda arbetstid motsvarade två heltider. I Göteborg arbetade, utöver de 17 personer som angivits av SEKO, även J.S. och M.S. 75 procent vardera med SJ-kontraktet. Dessa sade upp sig själva. Totalt sett omfattade arbetet med SJ-kontraktet alltså 132,5 heltidssysselsättningar hos ISS.

I anslutning till att SJ övertog städningen av tågvagarna anställde bolaget 163 personer för detta arbete.

Sammanlagt hade 39 av de personer som anställdes av SJ tidigare varit anställda av ISS. Räknat som antalet "huvuden" i förhållande till den ovan angivna siffran om 132,5 heltidssysselsättningar hos ISS, innebär detta att SJ övertog 29 procent av den berörda personalstyrkan.

Vid bedömningen av om det har skett en verksamhetsövergång, ska beaktas i vilken mån produktionsmedlen har övergått från ISS till SJ. Såvitt avser övertagandet av personalresurser ska beaktas i vilken omfattning de aktuella arbetstagarna har utfört arbete avseende just SJ-kontraktet under sin tid vid ISS. Ju mindre tid som respektive arbetstagare har lagt ned på detta arbete vid ISS, desto mindre bidrar vederbörande till att det ska anses föreligga identitet mellan verksamheterna.

Om man inte bara räknar antalet tidigare anställda hos ISS som började arbete hos SJ, utan beaktar hur stor del av dessas arbetstid som hos ISS avsåg arbete för SJ-kontraktet, framkommer följande. Som anförts ovan hade ISS 132,5 heltidssysselsättningar med SJ-kontraktet. De 39 tidigare ISS-anställda som fick arbete utförde hos ISS motsvarande 27,27 heltidssysselsättningar på SJ-kontraktet. De tidigare ISS-arbetstagare som fick anställning hos SJ utförde hos ISS 21 procent av arbetet på SJ-kontraktet ($27,27 / 132 = 21$).

Motsvarande siffror för respektive ort är följande.

I Stockholm anställde SJ 26 personer som tidigare hade arbetat hos ISS, varav 23 hade blivit uppsagda och de övriga tre hade varit timanställda. I Stockholm utförde de 26 anställda motsvarande 20 heltidssysselsättningar.

I Göteborg anställde SJ nio personer som tidigare hade arbetat med SJ-kontraktet, varav sju hade blivit uppsagda och två hade sagt upp sig själva. De nio

anställda utförde hos ISS motsvarande 5,6 heltidssysselsättningar med SJ-kontraktet.

I Malmö anställde SJ fyra personer som tidigare hade arbetat med SJ-kontraktet. Den arbetstid dessa utförde avseende SJ-kontraktet motsvarade 1,6 heltidssysselsättningar.

Personalplaneraren A.K. blev inte handplockad av SJ på det sätt som SEKO gör gällande. Hon sökte den anställning hon erhöll, på samma sätt som alla andra. En personalplanerare på SJ har ingen chefsfunktion och det skulle ta omkring fyra veckor att lära upp en nyanställd person till personalplanerare. A.K. är en duktig medarbetare men inte en nyckelperson.

J.S. och M.S. var arbetsledare på ISS, vilket var en chefsposition med personal- och arbetsmiljöansvar. Hos SJ är de skiftesledare, med uppgift att leda och fördela det dagliga arbetet. De har däremot inte längre något personal- och arbetsmiljöansvar och är heller inte några nyckelpersoner.

Kärnan i arbetet som komfortoperatör består av rengöring av golv och andra ytor i tågen, tömning av papperskorgar, rengöring av toaletter, påfyllning av hygienartiklar och liknande, transport av sopsäckar med hjälp av golfbil med släp, rengöring och skräpplockning på perronger, rengöring av städmaterial i tvättstugan, arbete i städförrådet och byte av vagnskyltar.

Hos ISS benämndes den aktuella personalkategorin ”fordonsvårdare”, men de kallas hos SJ ”komfortoperatörer”. Namnbytet saknar självständig betydelse. Det finns dock skillnader i arbetets innehåll. ISS hade avdelat vissa anställda specifikt för förrådsarbete. Så är inte fallet vid SJ. Hos SJ åker städarna i Malmö med till Köpenhamn och utför städningen där, medan städningen i Köpenhamn hos ISS utfördes av den danska personalen. Vid ISS arbetade städarna i Stockholm och Malmö antingen dag eller natt, medan de hos SJ arbetar i ett rullande schema. Hos ISS var städarna i Stockholm placerade antingen vid centralen eller i Hagalund, medan man vid SJ börjar och avslutar arbetspassen i Hagalund även om man är placerad på centralen. Hos SJ arbetar komfortoperatörerna enbart med SJ:s tåg, vilket inte var fallet hos ISS.

SJ har tillfört komfortoperatörerna nya arbetsuppgifter i förhållande till de uppgifter som utfördes av fordonsvårdarna hos ISS. I Stockholm utför komfortoperatörerna reparation av enklare skador i tågvagnarna, vattentryckning (dvs. påfyllning och tömning av vatten till bl.a. toaletterna). I Göteborg ombesörjer de tvättning av lokets front, särskilt under sommarhalvåret. Dessa arbetsuppgifter började införas successivt från och med hösten 2012 vad avser vattentryckningen, och under 2013 avseende fronttvätt och reparationer. Det var dock redan från början planerat att dessa uppgifter skulle läggas på komfortoperatörerna efterhand som en tidigare yrkesgrupp med motsvarande uppgifter försvinner.

Några arbetsredskap av värde har inte gått över från ISS till SJ.

SJ började använda vissa lokaler som ISS hade använt i Stockholm några månader efter den påstådda verksamhetsövergången. Skälet till fördröjningen var att lokalerna skulle repareras och renoveras. I Stockholm använder SJ ungefär 30 procent av den förrådsyta och en del av de omklädningsrum som ISS använde. Däremot har SJ inte tagit över ISS:s tidigare kontorsutrymmen och uppehållsrum. I Göteborg använder SJ, liksom ISS gjorde, ett garage med laddningsplatser för elbilar och en kretsloppsstation. Dessa används dock inte enbart av SJ utan även av andra företag. Övriga utrymmen som ISS använde i Göteborg, som kontor samt omklädnings- och uppehållsrum, används inte av SJ. I Malmö har SJ inte tagit över några lokaler alls från ISS.

Verksamheten i Stockholm, Malmö och Göteborg ska ses som en gemensam organisatorisk enhet vid prövningen av om en verksamhetsövergång har ägt rum, men även om man inte skulle göra det så har någon verksamhetsövergång heller inte skett beträffande verksamheten i någon av städerna sedd var för sig.

Mellandomstema b)

De arbetsbristuppsägningar som ISS genomförde verkställdes i turordning och inte efter i vilken utsträckning de olika arbetstagarna hade varit sysselsatta med just SJ-kontraktet. Anställningarna hade, av skäl som angivits ovan, upphört innan en eventuell övergång av verksamhet ägt rum.

Mellandomstema c)

När ISS hade SJ-kontraktet förekom brister i tågstädningen och ISS fick därför betala avtalsviten till SJ. SJ har ingen närmare uppfattning om vad som var orsaken till bristerna i hur ISS uppfyllde SJ-kontraktet. Det stod dock klart att verksamheten inte fungerade. Efter att ISS hade sagt upp SJ-kontraktet, beslöt SJ – efter att ha övervägt frågan under en tid – att fortsättningsvis bedriva städningen i egen regi. Mot bakgrund av att tågstädningen hos ISS inte hade fungerat, var SJ inte intresserat av att ta över ISS:s organisation ”rakt av”. Detta ställningstagande hade inget att göra med åldern hos ISS:s personal utan berodde på att SJ ville ha ett så stort urval sökande som möjligt inför organisationen av den nya verksamheten.

Under augusti och september 2011 förekom kontakter mellan SJ och SEKO. SEKO menade att det var fråga om en övergång av verksamhet och ville att SJ skulle ta över anställningsavtalen från ISS. SEKO skickade den 26 augusti 2011 en sammanställning över anställda hos ISS som var intresserade att gå över till SJ. Sammanställningen saknade betydelse för SJ:s beslut att ha ett öppet rekryteringsförfarande.

SJ lämnade besked till SEKO att bolaget avsåg att anställa på sedvanligt sätt och att alla var välkomna att söka. Det överenskoms även att de anställda vid ISS som sökte skulle få skriva sina namn på särskilda listor, och SJ höll också informationsmöten på vissa orter. Alla som skrev upp sig på dessa listor kallades till anställningsintervju, vilket innebar en ”gräddfil” för de berörda personerna eftersom inte alla övriga sökande blev kallade till intervju.

Bestämmelsen i 2 kap. 1 § diskrimineringslagen är inte tillämplig på SJ:s beslut att inte överta anställningsavtalen från ISS. Sammanställningen över de personer som enligt SEKO var intresserade av att få anställning hos SJ utgjorde inte någon ansökan om anställning för specifika personer, eller någon sådan förfrågan om arbete som avses i diskrimineringslagen. Om Arbetsdomstolen skulle finna att det har framställts en sådan förfrågan görs dock gällande att denna har tagits emot positivt av SJ och att någon diskriminering därför inte har skett. SJ:s besked till SEKO var att de tidigare anställda hos ISS skulle få visst försteg i ansökningsförfarandet.

Mellandomstema d)

SJ fick under rekryteringsförfarandet nästan 1 600 ansökningar. Den 26 januari 2012 hade SJ beslutat om anställning av ungefär 120 personer. SJ anställde ytterligare personer under de följande veckorna, och när anställningsförfarandet var avslutat hade man totalt ungefär 250 anställda i de tre städerna, inklusive timanställningar.

Vid besluten om vilka som skulle anställas tillämpades vanliga kriterier, såsom erfarenhet av städarbete, betyg och referenser, på samtliga sökande. Anställningarna föregicks av intervjuer. Ett särskilt viktigt moment var att den sökande gjorde ett bra allmänt intryck vid intervjun, med ett öppet och trevligt sätt och en positiv attityd till arbetet. Intervjuerna varade ungefär en timme, ibland litet mer och ibland litet mindre. Kunskaper i svenska var också viktigt eftersom man måste kunna kommunicera i det dagliga arbetet. Det genomfördes även drogtester och kontroller mot belastningsregistret. Det är riktigt att vissa av de som anställdes saknade eller hade begränsad erfarenhet av städarbete. Detta har i sådana fall uppvägts av andra egenskaper. Om en sökande har en positiv attityd så kan själva städarbetet läras in på några veckor. Sökandenas ålder har inte spelat någon roll. Beträffande SEKO:s påstående att de som anställdes utan städerfarenhet i högre grad var yngre än äldre så kan detta säkert stämma, men det ska då framhållas att det är naturligt att yngre i högre grad än äldre saknar yrkeserfarenhet.

Det stämmer att uppgift om ålder fanns med i det elektroniska ansökningsformuläret *Easy Recruit*, men SJ har inte fäst något avseende vid den uppgiften. De flesta som sökte med ISS-bakgrund använde för övrigt inte *Easy Recruit*.

Medelåldern hos de nästan 1 600 sökandena var drygt 33 år. Medelåldern bland de 163 personer som fick anställning hos SJ efter den 26 januari 2012 uppgår till drygt 34 år. Medelåldern är alltså i stort sett densamma hos de som sökte och de som fick anställning, vilket visar att SJ inte fäste något avseende vid åldern. Vidare kan framhållas att medelåldern hos de som varit anställda hos ISS och som fick anställning var mellan 47 och 48 år, vilket är ungefär densamma som medelåldern hos de som varit anställda hos ISS och som inte fick anställning, nämligen 48,56 år.

Lönekostnaden skulle ha blivit lägre med yngre anställda, men denna effekt skulle ha fått en begränsad omfattning. Enligt tillämpligt kollektivavtal låg månadslönen den 26 januari 2012 på 17 600 kr för en person med mindre än ett

års städerfarenhet eller motsvarande, på 18 900 kr för en person med städerfarenhet eller motsvarande under ett år eller mera men mindre än två år, och på 20 600 kr för en person med städerfarenhet eller motsvarande under två år eller mera. Av de 120 personer som SJ hade beslutat att anställa per den 26 januari 2012 placerades 60 i den högsta nivån, 14 i mellannivån och 46 i den lägsta nivån. Om man istället för de sistnämnda 46 personerna hade anställt de cirka 50 personer som finns angivna i domsbilaga 2 och som SEKO anser borde ha fått anställning, och placerat dessa i den högsta nivån, så skulle SJ ha fått en ökad total lönekostnad om cirka 250 000 kr den första månaden. Detta belopp motsvarar 0,02–0,03 promille av bolagets årsomsättning. Skillnaden skulle där efter minska månad för månad allt efterhand som de olika personerna flyttades upp i nivåerna. Det har med andra ord inte funnits några ekonomiska skäl att prioritera yngre vid anställningsbesluten.

SJ har inte vägt in åldern med hänsyn till de fysiska kraven för anställningen, då det inte finns något som talar för att en 25-åring klarar städarbetet bättre än en 55-åring.

J.B., B.K., K.M. och L.H. har inte sökt anställning hos SJ.

Utredningen

Målet har i denna del avgjorts efter huvudförhandling. Vid denna har på SEKO:s begäran hållits förhör under sanningsförsäkran med J.B., B.K., K.M., L.H. och L.E., samt vittnesförhör med K.S., J.P., P.F., K.H. och B.A. På arbetsgivarparternas begäran har hållits vittnesförhör med H.C., B.R., T.W., A.W., E.Q., P.A., M.L., P.B., Å.S. och A.S. Parterna har även åberopat skriftlig bevisning.

Domskäl

Tvisten

Denna mellandom omfattar fyra frågor. De två första rör övergång av verksamhet, medan de två senare avser åldersdiskriminering. Bakgrunden till frågorna är följande.

SEKO menar för det första att arbetstagarna i domsbilaga 1 har blivit avskedade av SJ och har yrkat bl.a. att avskedande ska ogiltigförklaras. SEKO:s talan förutsätter i denna del att det skett en verksamhetsövergång enligt 6 b § anställningsskyddslagen från ISS till SJ. Parterna är oense om så är fallet. Frågan om en verksamhetsövergång enligt 6 b § anställningsskyddslagen har ägt rum mellan ISS och SJ AB ska prövas genom mellandomstema a).

För det fall Arbetsdomstolen skulle finna att en övergång av verksamhet ägt rum, är parterna oense om anställningarna för arbetstagarna i domsbilaga 1 har övergått till SJ. Arbetsgivarparterna gör gällande att deras anställningar hos ISS upphört den 25 januari 2012 till följd av de uppsägningar som ISS vidtagit. Anställningarna gällde därför inte ”vid tidpunkten för övergången”, vilket är en förutsättning för att anställningarna ska kunna övergå enligt 6 b § anställnings-

skyddslagen. Arbetsgivarparterna menar vidare att ISS:s uppsägningar inte stått i strid med det s.k. uppsägningsförbudet i 7 § tredje stycket anställningsskyddslagen, dvs. uppsägningarna berodde inte på övergången i sig. Arbetsgivarparterna menar också att de uppsägningar som ISS vidtagit är giltiga eftersom dessa inte angripits med ogiltighetstalan. SEKO menar att de uppsägningar som ISS vidtagit strider mot uppsägningsförbudet och att arbetstagarna kan göra detta gällande mot SJ trots att uppsägningarna inte angripits hos ISS. Dessa frågor omfattas av mellandomstema b).

Mellandomstema c) rör frågan om SJ diskriminerade arbetstagarna i domsbilaga 1 på grund av ålder genom att i september 2011 avvisa en begäran från förbundet om att överta deras anställningar från ISS.

Det är vidare tvistigt om SJ, när bolaget rekryterade personal till tågstädningen, utsatte personerna i domsbilaga 2 för åldersdiskriminering genom att inte erbjuda dem anställning. Denna fråga omfattas av mellandomstema d).

Övergång av verksamhet – några rättsliga utgångspunkter

Bestämmelsen i 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”. Bestämmelsen infördes i anställningsskyddslagen i syfte att genomföra det så kallade överlåtelsedirektivet (ursprungligen direktiv 77/187/EEG, numera rådets direktiv 2001/23/EG) och ska tolkas i enlighet med överlåtelsedirektivet och EU-domstolens praxis.

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. Rättsläget har i AD 2014 nr 14 sammanfattats på följande vis:

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 helhetsbedömning av samtliga omständigheter i det enskilda fallet. Oftast görs denna bedömning i ett sammanhang och med beaktande av de så kallade Spijkers-kriterierna, dvs. 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).

EU-domstolen har i flera domar framhållit att enbart den omständigheten att lokalvård, som först utförs av ett städföretag och därefter av det företag som äger lokalerna, är likartad, inte kan leda till slutsatsen att det rör sig om övergång av verksamhet. En ekonomisk enhet kan nämligen inte likställas med den verksamhet som den bedriver, utan identitet följer även av andra omständigheter såsom dess personal, arbetsledning, organisation av arbetet, driftmetoder och, i förekommande fall, det driftkapital som den förfogar över (se t.ex. C-173/96 och C-247/96 *Hidalgo* REG 1998 s. I-8237, C-127/96 m.fl. *Hernández Vidal*

REG 1998 s. I-8179 och C-13/95 *Süzen* REG 1997 s. I-1259. Se även AD 2010 nr 25, AD 2008 nr 64, AD 2001 nr 101, AD 1998 nr 44 och AD 1997 nr 81).

Mellandomstema a)

SJ tog den 26 januari 2012 över städningen av SJ-tåg i Stockholm, Göteborg och Malmö från ISS. Verksamheten låg inte nere under någon period.

Av förhören med bl.a. T.W., K.S. och J.P. framgår följande. SJ hade ambitionen att förändra hur arbetet med tågstädning skulle organiseras och bedrivas. Detta skulle ske bl.a. genom att knyta tågstädningen närmare SJ:s övriga verksamhet och att bredda arbetsuppgifterna för den personal som utförde städarbetet. Att de som utför städningen hos SJ kallas komfortoperatörer istället för fordonsvårdare, vilket var beteckningen hos ISS, var ett sätt att markera denna ändrade inriktning. Avsikten var att komfortoperatörerna utöver tågstädning skulle kunna utföra bl.a. enklare reparationer, s.k. vattentryckning (dvs. påfyllning av vatten i vagnarna) och fronttvätt. Dessa förändringar kom dock bara att genomföras i begränsad omfattning i tiden närmast efter att SJ tog över arbetet. Arbetsdomstolen finner mot bakgrund härav att komfortoperatörerna hos SJ i anslutning till övertagandet från ISS i allt väsentligt utförde samma arbetsuppgifter som tidigare utfördes av fordonsvårdarna hos ISS.

Som framgått ovan är det inte tillräckligt att själva arbetsuppgiften går över för att det ska vara fråga om en övergång av verksamhet. Något ytterligare måste tillkomma.

Av utredningen framgår att SJ i viss utsträckning använder lokaler som tidigare användes av ISS. I Stockholm rör det sig om vissa förråd, omklädnings- och uppehållsrum. I Göteborg använder SJ en laddningsplats för elbilar och en kretsloppsstation som användes av ISS. I vissa typer av branscher har övertagandet av lokaler stor betydelse för verksamhetens identitet och möjligheten till fortsatt drift. För den som t.ex. driver en butik eller en restaurang kan tillgång till lokalerna vara en avgörande förutsättning för den fortsatta driften. Enligt Arbetsdomstolens mening har de lokaler som SJ tog över efter ISS inte sådan betydelse för städverksamhetens identitet att lokalerna ska tillmätas någon nämnvärd betydelse vid bedömningen av om en övergång av verksamhet ägt rum.

SJ har i övrigt inte övertagit några tillgångar. Den avgörande frågan är därför om SJ tog över huvuddelen av personalstyrkan såvitt avser antal och kompetens.

Arbetsdomstolen prövar denna fråga först i förhållande till verksamheten i Stockholm, Göteborg och Malmö sammantaget.

Parterna har presenterat en omfattande utredning om bl.a. hur många anställda som arbetade med SJ-kontraktet hos ISS, hur många ISS-anställda som fick jobb hos SJ, hur stor andel av sin arbetstid dessa arbetade med SJ-kontraktet och hur många komfortoperatörer som anställdes av SJ. Parternas uppfattningar skiljer sig i dessa frågor åt i viss utsträckning. Skillnaderna

mellan parternas uppfattningar är dock inte så stora att dessa påverkar den helhetsbedömning som Arbetsdomstolen har att göra.

Utredningen visar att runt 130 personer hos ISS arbetade med SJ-kontraktet i Stockholm, Göteborg och Malmö. Av dessa fick ungefär en tredjedel (39 stycken) anställning hos SJ. Hos ISS arbetade inte alla dessa heltid med SJ-kontraktet utan hade även andra arbetsuppgifter. Vidare framgår att SJ, i anslutning till att bolaget övertog tågstädningen från ISS, ökade antalet anställda. Inom någon månad efter övertagandet hade SJ anställt 163 personer för tågstädningen i Stockholm, Göteborg och Malmö. Av dessa 163 personer utgör de tidigare ISS-anställda en fjärdedel.

Vidare ska beaktas att SJ anställde vissa personer som hos ISS haft arbetsledande ställning. SJ anställde A.K. som personalplanerare i Stockholm. Enligt SEKO var A.K:s kunskaper och erfarenhet av så stor betydelse för verksamheten att SJ skulle haft svårigheter att ta över denna utan att anställa henne. Utredningen pekar entydigt på att A.K. är en högt kompetent och duktig medarbetare. Samtidigt framgår att hon är en av flera personalplanerare som arbetar med komfortoperatörerna i Stockholm. SJ anställde även J.S. och M.S. i Göteborg. Dessa var hos ISS arbetsledare och har hos SJ titeln skiftesledare. Parterna har olika uppfattning i vilken utsträckning J.S. och M.S. har arbetsledande uppgifter hos SJ. Frågan saknar avgörande betydelse för Arbetsdomstolens bedömning.

Arbetsdomstolen finner mot bakgrund av utredningen att SJ inte övertagit huvuddelen av sin personalstyrka ifråga om antal eller kompetens och att städverksamheten i Stockholm, Göteborg och Malmö, vid en helhetsbedömning av omsändigheterna i målet, inte behållit sin identitet efter att SJ tog över arbetsuppgifterna.

Nästa fråga blir då om ISS:s verksamhet i var och en av städerna Stockholm, Göteborg och Malmö utgör en ekonomisk enhet vilken behållit sin identitet hos SJ.

Hos ISS i Stockholm arbetade ungefär 100 personer med SJ-kontraktet. Av dessa kom ungefär en fjärdedel (26 stycken) att börja arbeta för SJ. SJ anställde runt 110 personer för arbetet i Stockholm. Av den personalstyrka som hos SJ i Stockholm utför tågstädningen kommer ungefär en fjärdedel från ISS. SJ tog över en av flera personalplanerare.

Hos ISS i Göteborg arbetade 17 personer med SJ-kontraktet. Av dessa kom strax över hälften (9 stycken) att börja arbeta för SJ. Dessa nio arbetstagare utförde hos ISS motsvarande mellan fem och sex heltidsarbeten för SJ-kontraktet. Av den i målet åberopade förteckningen över de 163 personer som anställdes av SJ, framgår att sammanlagt 30 personer anställdes för arbetet i Göteborg. Av det antal personer som hos SJ i Göteborg utför tågstädningen kommer en knapp tredjedel från ISS. Två arbetstagare med arbetsledande uppgifter hos SJ kommer från ISS.

Hos ISS i Malmö arbetade ungefär 12 personer med SJ-kontraktet. Av dessa kom en tredjedel (4 stycken) att börja arbeta för SJ. SJ anställde runt 24 personer för arbetet i Malmö. Av den personalstyrka som hos SJ i Malmö utför tågstädningen kommer lite mindre än en femtedel från ISS.

Arbetsdomstolens slutsats blir att SJ inte heller i var och en av städerna sedda var för sig övertagit huvuddelen av sin personalstyrka ifråga om antal eller kompetens och att städverksamheten i dessa inte behållit sin identitet efter att SJ tog över arbetsuppgifterna. Arbetsdomstolen behöver därför inte ta ställning till frågan om städverksamheten i var och en av städerna var tillräckligt självständig för att utgöra en ekonomisk enhet i överlåtelsedirektivets mening.

Mellandomstema a) ska därför besvaras så att någon verksamhetsövergång inte ägt rum mellan ISS och SJ.

Mellandomstema b)

Med den bedömning som Arbetsdomstolen gjort av mellandomstema a), behöver domstolen inte ta ställning till mellandomstema b).

Diskriminering vid anställning och förfrågan om arbete – några rättsliga utgångspunkter

En arbetsgivare får enligt 2 kap. 1 § diskrimineringslagen inte diskriminera den som gör en förfrågan om eller söker arbete. Direkt diskriminering föreligger, såvitt här är av intresse, om den som söker eller gör en förfrågan om arbete missgynnas genom att behandlas sämre än någon annan behandlas, har behandlats eller skulle ha behandlats i en jämförbar situation, om missgynnandet har samband t.ex. med ålder (1 kap. 4 § 1 p. diskrimineringslagen). För att det ska vara fråga om diskriminering förutsätts bl.a. att det finns ett orsakssamband mellan missgynnandet och diskrimineringsgrunden. Det räcker att diskrimineringsgrunden är en av flera orsaker till arbetsgivarens handlande eller beslut.

I 6 kap. 3 § diskrimineringslagen finns en särskild bevisbörderegulering som har sin bakgrund i EU-rätten, bl.a. artikel 10.1 i det s.k. arbetslivsdirektivet (2000/78/EG) och artikel 19.1 i det s.k. likabehandlingsdirektivet (2006/54/EG). Bestämmelsen syftar till att ge den som anser sig ha blivit diskriminerad en bevislättning och har sin främsta betydelse just för prövningen av om det finns ett orsakssamband mellan missgynnandet och diskrimineringsgrunden.

Av regeln framgår att om den som anser sig ha blivit diskriminerad visar omständigheter som ger anledning att anta att han eller hon har blivit diskriminerad, så ska svaranden visa att diskriminering inte har förekommit. Bestämmelsen har uppfattats som en presumtionsregel. Detta innebär att om käranden visar att vissa omständigheter (de presumerande omständigheterna) föreligger, så presumeras en annan omständighet föreligga, nämligen den omständighet som ska bevisas i tvisten (rättsfaktum), se NJA 2006 s. 170 och

prop. 2007/08:95 s. 444 f. och 561 f. I rättspraxis har, beroende på de närmare omständigheterna i målet, t.ex. det förhållandet att käranden kunnat bevisa att det förelåg ett nära tidssamband mellan missgynnandet och arbetsgivarens kännedom om diskrimineringsgrunden, ansetts kunna utgöra en omständighet som ger anledning att anta att ett relevant orsakssamband föreligger (se AD 2011 nr 2 och AD 2005 nr 32. Jfr däremot AD 2010 nr 14). I exemplet är, med nyss nämnda terminologi, tidssambandet den presummerande omständigheten medan orsakssambandet utgör rättsfaktum.

Käranden har, som utgångspunkt, bevisbördan för de omständigheter som gör det antagligt att diskriminering föreligger (de presummerande omständigheterna). Av artikel 10.1 arbetslivsdirektivet framgår att käranden ska lägga fram *fakta* som ger anledning att anta att diskriminering förekommit, se även t.ex. artikel 19.1 likabehandlingsdirektivet. EU-domstolen har angett att dessa fakta ska styrkas, se C-81/12 *Asociația Accept* dom 2013-04-25 p. 42 och 55.

Det ankommer på de nationella domstolarna att ta ställning till vilka bevisade omständigheter som är presummerande (se t.ex. skäl 15 i arbetslivsdirektivet och skäl 30 i likabehandlingsdirektivet). Bedömningen får göras med beaktande av omständigheterna i det enskilda fallet, se bl.a. C-415/10 *Meister*, dom 2012-04-19 p. 42, NJA 2006 s. 170 och prop. 2007/08:95 s. 561.

I anställningssituationer kan det förhållandet att en arbetsgivare t.ex. givit försteg till en man med sämre förutsättningar för arbetet framför en kvinna med bättre förutsättningar, göra det antagligt att kvinnan förbigåtts på grund av kön (se t.ex. AD 2010 nr 91). Frågan om den arbetssökande beträffande meriter och förutsättningar för arbetet befinner sig i en jämförbar situation med den som fick arbetet, blir därför ofta av betydelse. I detta sammanhang bör beaktas att varken diskrimineringslagen eller de bakomliggande EU-direktiven anger vilka meritkrav och bedömningsgrunder som ska eller får användas vid värdering av om arbetssökande befunnit sig i en jämförbar situation. Utgångspunkten är att arbetsgivaren får avgöra vilka meritkrav och bedömningsgrunder som ska tillämpas vid rekrytering. Dessa får dock inte vara direkt eller indirekt diskriminerande eller i övrigt osakliga. Ofta anger arbetsgivaren i en platsannons eller liknande vilka bedömningsnormer som uppställs. Ett påstående från arbetsgivarens sida att andra bedömningsnormer tillämpats än de som angivits i annonsen kan ha till syfte att dölja att den som fick arbetet i själva verket har sämre sakliga förutsättningar för arbetet än den person som blev förbigången. Om arbetsgivaren påstår sig ha tillämpat andra bedömningsnormer vid tillsättningen än de som framgår av annonsen, finns det anledning att noggrant pröva hållfastheten i den av arbetsgivaren lämnade förklaringen till att denne ändrat uppfattning (se t.ex. AD 2003 nr 58). Om det inte kan klarläggas vilka kriterier arbetsgivaren tillämpat får domstolen värdera de sökandes meriter från bedömningsgrunder som är allmänt förekommande på arbetsmarknaden, såsom utbildning, yrkes- och arbetslivserfarenhet samt personlig lämplighet (jfr t.ex. AD 2010 nr 91 och AD 2004 nr 44). När det därefter gäller att bedöma den personliga lämpligheten godtas inte en rent subjektivt betonad bedömning eller enbart löst

grundade uppgifter, t.ex. från personer som inte har någon förstahandskunskap om den sökande saken gäller. Vad som kan beaktas är däremot sådana uppgifter som en seriöst syftande arbetsgivare inhämtar och väger in i sitt anställningsbeslut (se AD 2009 nr 16 och där angivna rättsfall).

Mellandomstema c)

Frågan är om SJ diskriminerat arbetstagarna i domsbilaga 1 genom att inte ta över dessa från ISS. Bakgrunden är följande. Under augusti och september 2011 förekom kontakter mellan SEKO och SJ, genom SEKO:s centrala ombudsman P.F. och personalchefen vid SJ P.B. SEKO hävdade vid dessa kontakter att det var fråga om en övergång av verksamhet medan SJ menade att så inte var fallet. Parterna sökte efter en samförstånds lösning. SEKO skickade en lista över berörd personal hos ISS, med uppgifter om utbildning och ålder. Listan var i flera avseenden ofullständig. SEKO och SJ utarbetade en gemensam informationstext till de berörda arbetstagarna, men SJ meddelades senare att bolaget inte kunde ställa sig bakom innehållet i informationen.

SEKO har i denna del sammanfattningsvis gjort gällande följande. SEKO erbjöd under augusti och september 2011 SJ att ta över de berörda arbetstagarna. Detta erbjudande är att uppfatta som att arbetstagarna genom sin fackförening gjort en förfrågan om arbete enligt 2 kap. 1 § diskrimineringslagen. SJ har avböjt erbjudandet av skäl som har samband med gruppens ålder. SJ fick reda på gruppens åldersammansättning när SEKO skickade över listan med bl.a. uppgifter om de berörda arbetstagarnas ålder. Strax efter att SJ fått del av listan beslutade bolaget att anställningarna som komfortoperatörer skulle utlysas.

Arbetsgivarparterna har vidgått att SJ bestämt sig för att inte ta över de hos ISS anställda tågstädarna som grupp, men bestritt att bolaget därigenom gjort sig skyldig till diskriminering. Arbetsgivarparterna har riktat flera invändningar mot SEKO:s argumentation, bl.a. att detta beslut att saknade samband med tågstädarnas ålder.

Arbetsdomstolen väljer att pröva denna invändning först. I denna del visar utredningen följande.

I förhören med T.W., som är chef för SJ:s depåproduktion, och P.B., personalchef på SJ, har följande framkommit om bakgrunden till SJ:s beslut att utföra städarbetet i egen regi. Under 2010 hade ISS problem att uppfylla de krav på kvalitén i tågstädningen som SJ-kontraktet uppställde. ISS fick som följd härav betala avtalsviten på över 2 miljoner kronor. Detta var skälet till att ISS i januari 2011 sade upp SJ-kontraktet. Inledningsvis övervägde SJ hur städverksamheten skulle anordnas efter att SJ-kontraktet löpt ut i januari 2012. Under senare delen av våren bestämde sig SJ för att driva tågstädningen i egen regi. SJ hade redan depåer i Stockholm, Göteborg och Malmö och bolaget ansåg att tågstädningen skulle kunna inordnas i dessa. SJ ville bredda arbetsuppgifterna för dem som utförde tågstädningen och höja deras status i syfte att få verksamheten att fungera bättre. Eftersom man inom

SJ inte var nöjd med hur städverksamheten fungerade hos ISS, var SJ inte intresserat av att ta över ISS verksamhet. Bolaget bestämde sig därför för att inte hantera övertagandet som en övergång av verksamhet genom att ta över alla anställda från ISS. Redan vid ett informationsmöte den 23 juni 2011 förklarade SJ att bolaget inte ansåg att det var fråga om en verksamhetsövergång, medan SEKO förklarade att de ansåg att så var fallet.

Av förhören med P.B. och P.F. framgår att SEKO och SJ under kontakterna i augusti och september vidhöll sina respektive uppfattningar. De förde diskussioner om att hitta lösningar och skrev bl.a. utkast till information till de anställda vid ISS. Av förhöret med P.B. framgår att bolagets ingång var att hitta lösningar för att underlätta för de ISS-anställda att söka arbete hos SJ. När det stod klart att SEKO vidhöll att SJ:s övertagande skulle hanteras som en verksamhetsövergång avbröt han diskussionerna.

Arbetsdomstolen gör följande bedömning.

SJ avbröt i början av september diskussionen med SEKO om hur de anställda hos ISS borde hanteras när SJ tog över städverksamheten. De omständigheterna att SJ en kortare tid dessförinnan fått en förteckning med uppgift om arbetstagarnas ålder och att bolaget sedermera rekryterade arbetstagare med avsevärt lägre genomsnittlig ålder än de aktuella arbetstagarna, ger, enligt Arbetsdomstolens mening, inte anledning att anta att bolagets beslut att inte samfällt ta över de anställda från ISS haft samband med deras ålder. Tvärtom har SJ, enligt Arbetsdomstolens bedömning, visat att bolagets beslut att inte ta över de anställda hos ISS saknade samband med dessas ålder.

I förhören med T.W. och P.B. har framkommit att SJ senast i juni 2011 hade bestämt sig för bedriva städverksamheten i egen regi och att inte hantera övertagandet som en övergång av verksamhet, dvs. att SJ inte avsåg ta över de anställda hos ISS som en grupp. Vidare har T.W. och P.B. i förhören berättat att skälet till detta var att städverksamheten hos ISS fungerade dåligt och att SJ ville ha möjlighet att förändra organisationen kring tågstädningen. I målet har inte framkommit något som ger skäl att ifrågasätta vad T.W. och P.B. uppgivit i dessa avseenden. Utredningen visar härigenom dels att SJ redan i juni beslutat att inte ta över de ISS-anställda i grupp, dels att detta berodde på att SJ ansåg att ISS:s städverksamhet fungerade dåligt.

Arbetsdomstolen finner således att SJ:s beslut att inte överta de anställda i ISS, inte har haft samband med deras ålder. Med denna bedömning behöver Arbetsdomstolen inte pröva de övriga invändningar som arbetsgivarparterna gjort avseende mellandomstema c).

Mellandomstema c) ska därför besvaras på följande sätt. SJ har inte diskriminerat arbetstagarna i domsbilaga 1 enligt 2 kap. 1 § diskrimineringslagen genom att inte ta över deras anställningar från ISS.

Mellandomstema d)

Inledning

Inför och i anslutning till att SJ tog över tågstädningen i Stockholm, Göteborg och Malmö anställde bolaget 163 personer till denna verksamhet, huvudsakligen som komfortoperatörer.

SEKO gör gällande att personerna i domsbilaga 2 har sökt anställning hos SJ, att dessa befunnit sig i en jämförbar situation med vissa av de sökande som erbjudits anställning, att de missgynnats genom att inte erbjudas arbete samt att missgynnandet haft samband med deras ålder.

SJ har vidgått att alla i domsbilaga 2, utom fyra, har sökt arbete och att de inte erbjudits arbete. Däremot menar bolaget att dessa inte befunnit sig i en jämförbar situation med dem som erbjudits arbete och att skälet till att de inte erbjöds anställning saknar samband med deras ålder.

Närmare om utredningen

Omkring 1 600 personer sökte de aktuella anställningarna. Efter en första gallring kallades återstående sökande till träffar. Vid dessa hölls en personlig intervju. Det genomfördes också en gruppövning, vilken innefattade en övning om hur gruppen skulle lösa uppgiften att städa ett tåg. Efter träffen inhämtades referenser beträffande de sökande som bedömdes intressanta. Bolaget genomförde även drog- och alkoholtester samt begärde utdrag ur belastningsregistret.

Vid förhören med T.W., E.Q., P.A. och Å.S., som alla arbetar hos SJ, har följande framkommit. SJ önskade höja kvalitén i tågstädningen, bl.a. genom att integrera denna med SJ:s övriga verksamhet och bredda arbetsuppgifterna. Mot bakgrund härav var de sökandes attityd till och motivation för arbetet en viktig bedömningsgrund vid urvalet av de sökande. SJ lade även stor vikt vid de sökandes förmåga att samarbeta. Gruppövningen syftade till att bedöma de sökandes initiativ- och samarbetsförmåga. Vidare tillmättes tidigare erfarenhet av städning viss betydelse, men var inte avgörande eftersom upplärningstiden är kort. Alla komfortoperatörer fick en kortare utbildning. Det var även viktigt att de sökande hade tillräckliga språkkunskaper för att kunna kommunicera på arbetet. Det förekom inga fysiska tester, men väl frågor om hälsan.

SJ använde vid rekryteringen det elektroniska ansökningsformuläret Easy Recruit, vilket innehöll frågor dels om den sökandes ålder, dels om vilken åldersspann den sökande tillhörde. Den senare frågan återfanns under avsnittet ”tjänstespecifika frågor”. T.W. och P.A. har i förhör uppgivit att Easy Recruit är ett standardiserat program och att de inte vet hur det kom sig att frågan om åldersspann fanns med.

De tidigare ISS-anställda fick ett visst försteg i rekryteringsprocessen. De behövde inte ansöka via Easy Recruit utan fick skriva upp sig på särskilda listor. Alla tidigare ISS-anställda som anmälde sig fick komma till personliga träffar och delta i gruppövningen.

Föreligger omständigheter som gör det antagligt att diskriminering förekommit?

SEKO har lyft fram flera omständigheter som enligt förbundet, var för sig eller tillsammans, ger anledning att anta att personerna i domsbilaga 2 blivit diskriminerade på grund av ålder. SEKO har för det första gjort gällande följande. Genom sin anställning hos ISS hade personerna i domsbilaga 2 lång erfarenhet av tågstädning. Bland de komfortoperatörer som SJ anställde finns många som helt saknar erfarenhet av städning och personerna i domsbilaga 2 har därför minst lika bra sakliga förutsättningar för arbetet som dessa. Bland de komfortoperatörer utan tidigare städerfarenhet som SJ anställde finns personer som är yngre än var och en av personerna i domsbilaga 2. Dessa har därför behandlats sämre än yngre arbetssökande i jämförbar situation. Det är därför antagligt att personerna i domsbilaga 2 diskriminerats på grund av ålder.

Arbetsdomstolen kan inte dela denna uppfattning.

I de ovan redovisade förhören har framkommit att SJ lade stor vikt vid personliga egenskaper, såsom motivation för arbetet och samarbetsförmåga, och att även grundläggande språkkunskaper värdesattes. Däremot tillmättes tidigare städerfarenhet inte avgörande betydelse. Dessa uppgifter vinner visst stöd av vad som framkommit om SJ:s ambition att ändra städverksamhetens organisation i syfte att höja kvalitén på städningen. Uppgifterna är också förenliga med den vikt som SJ under rekryteringsprocessen lade vid att under gruppövningarna studera hur de arbetssökande agerade. Det är därigenom utrett att SJ vid rekryteringen tillmätt personliga egenskaper större vikt än städerfarenhet. Det förhållandet att de aktuella personerna hade erfarenhet av städning, vilket en del av de som SJ anställde saknade, medför inte att dessa befunnit sig i en jämförbar situation. Det ska i sammanhanget erinras om att det i målet inte lagts fram någon individualiserad utredning om t.ex. de personliga kvalifikationerna hos de olika sökandena. Inte heller har det framkommit något som ger skäl att ifrågasätta om SJ:s bedömning av de sökandes personliga meriter grundats på rent subjektiva värderingar eller löst grundade uppgifter.

Under huvudförhandlingen har framförts synpunkten att de kvalifikationskrav som SJ uppställde medfört att bolaget anställt personer som inte stannat kvar som komfortoperatörer, vilket medfört en ökad personalomsättning. Det är inte Arbetsdomstolens uppgift att ta ställning till vilka urvalskriterier som utifrån olika utgångspunkter kan vara mest lämpade. Domstolens prövning är begränsad till att ta ställning till vilka bedömningsnormer arbetsgivaren faktiskt tillämpat och om dessa normer är diskriminerande eller osakliga.

Med beaktande härav medför inte den omständigheten att de aktuella personerna hade ett försteg ifråga om erfarenhet av att städa tåg, att det är antagligt att dessa har missgynnats på grund av ålder.

SEKO har vidare framhållit att genomsnittsåldern för de anställda som städar tågen vid nyrekryteringen till SJ sänktes med cirka 15 år. Hos ISS var

medelåldern 49–50 år och hos SJ blev den ca 34 år. Även denna omständighet gör det enligt SEKO antagligt att de aktuella personerna missgynnats på grund av ålder.

Arbetsdomstolen kan inte dela denna uppfattning heller. Som arbetsgivarparterna har framhållit var medelåldern hos de som sökte anställning hos SJ väsentligen densamma som medelåldern hos de som anställdes. Enligt arbetsgivarparternas beräkningar, som inte har ifrågasatts av SEKO, framgår följande. Medelåldern hos de nästan 1 600 sökandena var runt 34 år, dvs. nästan densamma som medelåldern bland de 163 personer som fick anställning hos SJ. Medelåldern hos de som varit anställda hos ISS och som fick anställning hos SJ var drygt 47 år, medan medelåldern hos de som varit anställda hos ISS och som inte fick anställning var drygt 48 år. Enligt Arbetsdomstolens mening ger det åldersmässiga utfallet av SJ:s rekrytering inte anledning att anta att SJ:s beslut att inte anställa personerna i domsbilaga 2 hade samband med deras ålder.

Inte heller vad SEKO anfört om uppgiften angående åldersspann i det elektroniska ansökningsformuläret, den högre lön som enligt kollektivavtalet utgår till arbetstagare med städerfarenhet eller arbetets fysiska krav, ger – var för sig eller tillsammans med vad SEKO i övrigt anfört – anledning att anta att SJ:s beslut att inte anställa de aktuella personerna hade samband med deras ålder.

Vid denna bedömning finns inte anledning att ta ställning till frågan om J.B., B.K., K.M. och L.H. sökt anställning hos bolaget.

Mellandomstema d) ska alltså besvaras på så vis att SJ inte har diskriminerat personerna i domsbilaga 2 genom att inte erbjuda dem de anställningar de sökt.

Domslut

1. Det har inte ägt rum en verksamhetsövergång enligt 6 b § anställningsskyddslagen mellan ISS Trafficare AB och SJ AB.
2. SJ AB har inte diskriminerat de arbetstagare som framgår av domsbilaga 1 enligt 2 kap. 1 § diskrimineringslagen genom att inte ta över deras anställningar från ISS Trafficare AB.
3. SJ AB har inte diskriminerat de personer som framgår av domsbilaga 2 enligt 2 kap. 1 § diskrimineringslagen genom att inte erbjuda dem de anställningar dessa sökt.

Ledamöter: Jonas Malmberg, Hans Blyme, Christer Måhl, Ari Kirvesniemi och Staffan Holmertz. Enhälligt.

Sekreterare: Pontus Woxner