



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ**
Migrationsdomstolen
Avdelning 5

DOM
2016-11-25
Meddelad i Malmö

Mål nr
UM 2255-16

KLAGANDE

Danyar Qadir Mohammed Mohammed, [REDACTED]

Ombud:

1. jur. kand. Fredrik Bergman
2. jur. kand. Clarence Crafoord
Centrum för rättvisa
Skeppsbron 20 Box 2215
103 15 Stockholm

MOTPART

Migrationsverket
Förvaltningsprocessenheten Malmö
Box 3081
200 22 Malmö

ÖVERKLAGAT BESLUT

Migrationsverkets beslut den 21 mars 2016, se bilaga 1
Dnr 11-086048

SAKEN

Uppehålls- och arbetstillstånd

MIGRATIONSDOMSTOLENS AVGÖRANDE

Migrationsdomstolen avslår överklagandet.

YRKANDEN OCH INSTÄLLNING

Danyar Qadir Mohammed Mohammed yrkar att han ska beviljas förlängt uppehålls- och arbetstillstånd. Han anför bl.a. följande.

Den tillfälliga löneavvikelsen berodde på att arbetsgivaren missade att lägstanivån enligt kollektivavtalet höjdes den 1 juni 2014 från 20 499 kr till 20 989 kr. Hotell- och restaurangfacket informerar inte berörda arbetsgivare när sådan ändring sker. Arbetsgivaren upptäckte själv misstaget i juni 2015 och korrigerade omedelbart hans månadslön.

För det fall månadslönen under hela anställningstiden, 1 oktober 2013 – 30 juli 2016, beaktas har han fått ett löneöverskott om 7 820 kr i förhållande till kollektivavtalet. Hans genomsnittliga månadslön ($725\,325\text{ kr} / 34\text{ månader} = 21\,333\text{ kr}$) under samma period har varit 230 kr högre i månaden än den genomsnittliga kollektivavtalsenliga lönen.

Han kom till Sverige och påbörjade den tillståndsgrundade anställningen i september 2013. Han har under tiden september 2013 – augusti 2015 haft en löneförmån i form av fri bostad av sin arbetsgivare. Han har under denna period bott hemma hos arbetsgivaren med familj i en hyreslägenhet som har tre rum och kök och är belägen i samma fastighet som arbetsplatsen. Den fria bostaden har varit en uttrycklig del av det muntliga anställningsavtalet mellan honom och Norska Restaurangen HB. Varken han eller arbetsgivaren har känt till att värdet av fri tjänstebostad utgör en sådan skattepliktig förmån som ska betraktas som lön vid bedömningen av om anställningsvillkoren enligt 6 kap. 2 § utlänningslagen är uppfyllda. De har nu informerats om detta och har den 15 september 2016, med hjälp av deklaraionsombud, lämnat in självrättelser för inkomståren 2013 – 2015 till Skatteverket. Marknadsvärdet på den aktuella bostadsförmånen är 1 175 kr per månad. Således ska hans kontanta månadslön under den aktuella

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning 5

DOM

Sida 3
UM 2255-16

perioden höjas med detta förmånsbelopp vilket medför att månadslönen varje månad under tillståndsperioden överstigit den lägsta lön som följer av kollektivavtalet.

Redan med beaktande av den kontanta lön som han fått finns förutsättningar för att bevilja honom förlängda tillstånd. Den tillfälliga löneavvikelsen på 460 kr per månad jämfört med kollektivavtalet medför inte i sig att villkoren för arbetstillståndet inte varit uppfyllda under tillståndsperioden.

Migrationsverket har gjort en alltför långtgående tolkning av rättsfallet MIG 2015:11. Det finns en rimlig och godtagbar förklaring till avvikelsen. Sådana liknande bedömningsparametrar tas även upp i Migrationsverkets handbok. Han får i vart fall anses ha uppfyllt förutsättningarna för arbetstillståndet under tillståndsperioden om det till den kontanta månadslönen läggs värdet av bostadsförmånen han fått. Det finns inget stöd i utlänningslagen för att migrationsdomstolen skulle vara förhindrad att, i ett fall som förevarande, beakta en i förhållande till uppgifterna i anställningserbjudandet högre lön. En sådan tolkning av lönekravet skulle leda till uppenbart orimliga resultat. En utvisning av honom på grund av den tidigare löneavvikelsen är inte förenlig med proportionalitetsprincipen inom förvaltningsrätten. För det fall att migrationsdomstolen anser att den tidigare löneavvikelsen motiverar någon slags påföljd finns möjlighet att bevilja honom förlängt uppehålls- och arbetstillstånd för en kortare tid än två år. Detta skulle inte vara oförenligt med proportionalitetsprincipen.

Han åberopar bl.a.

- Skatteverkets beslut den 26 september 2016 om Norska Restaurangen HB:s arbetsgivaravgifter oktober 2013 t.o.m. augusti 2015,
- Skatteverkets beslut den 24 oktober 2016 om hans inkomst och skatt år 2013 – 2015,
- kvitto på att han betalat in tillkommande skatt till Skatteverket den 1 november 2016.

Migrationsverket bestrider bifall till överklagandet och anför bl.a. följande. Omständigheten att förutsättningarna för arbetstillstånd inte har varit uppfyllda under hela den tidigare tillståndsperioden kvarstår. För det fall att den först nu uppgivna löneförmånen hade varit en uttrycklig del av det muntliga anställningsavtalet och hade avsetts att under tillståndsperioden vara en anställningsförmån och en del av lönen borde den först nu uppgivna löneförmånen ha redovisats redan från början i anställningserbudandet eller i vart fall kommit fram i ett tidigare skede. Vad som anförts om Danyar Qadir Mohammed Mohammeds personliga förhållanden utgör inte heller grund för uppehållstillstånd.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Arbete

Danyar Qadir Mohammed Mohammed beviljades bl.a. arbetstillstånd med stöd av 6 kap. 2 § utlänningslagen (2005:716) för perioden 2013-07-31 – 2015-07-12. I anställningserbudandet, som låg till grund för beslutet, och var daterat den 6 juli 2012 erbjöds Danyar Qadir Mohammed Mohammed anställning som pizzabagare med en månadslön om 20 529 kr, vilket enligt det fackliga yttrandet daterat den 10 juli 2012 inte var sämre än de villkor som följer av kollektivavtal eller praxis inom yrket eller branschen.

Danyar Qadir Mohammed Mohammed vill nu beviljas förlängt arbetstillstånd för samma arbetsgivare. För att detta ska kunna beviljas krävs att förutsättningarna för arbetstillståndet varit uppfyllda under den tidigare tillståndstiden (se MIG 2015:11).

Frågan i målet är om Danyar Qadir Mohammed Mohammeds lön inte varit sämre än de villkor som följer av svenska kollektivavtal eller praxis inom

yrket eller branschen under perioden 2014-06-01 – 2015-05-31, dvs. del av tillståndstiden. (6 kap. 2 § första stycket 2 utlänningslagen.)

Det är ostridigt i målet att Danyar Qadir Mohammed Mohammeds månadslön lägst skulle vara 20 989 kr under perioden 2014-06-01 – 2015-05-31 för att anses vara kollektivavtalsenlig.

I målet finns lönespecifikationer för december 2014 – april 2015 varav framgår att Danyar Qadir Mohammed Mohammeds månadslön var 20 529 kr. Danyar Qadir Mohammed Mohammed och arbetsgivaren har tillstått att hans månadslön under perioden 2014-06-01 – 2015-05-31 var 20 529 kr. Detta innebär att hans månadslön under perioden 2014-06-01 – 2015-05-31 understeg den lägsta lönen för honom (dvs. 20 989 kr) med 460 kr/månad.

Migrationsöverdomstolen har i MIG 2015:11 prövat en förlängningsansökan där frågan var om försörjningskravet varit uppfyllt under den tidigare tillståndstiden. I avgörandet uttalade Migrationsöverdomstolen följande. Den strikta tillämpning som lagstiftaren ger uttryck för när det gäller om ett tillstånd ska återkallas innebär att ett motsvarande förhållningssätt bör gälla vid prövningen av om ett tillstånd ska förlängas. En annan ordning skulle kunna leda till att legitimiteten för bestämmelserna minskade. Konsekvensen av att lagstiftaren bestämt att återkallelse ska vara obligatorisk, är att det inte ska göras en bedömning av omständigheterna i det enskilda fallet. Migrationsöverdomstolen avslog överklagandet trots att arbetsgivaren gjort en retroaktiv utbetalning till klaganden som kompensation och utan att pröva omständigheterna kring den retroaktiva utbetalningen.

Migrationsdomstolen konstaterar att MIG 2015:11 handlar om försörjningskravet medan detta mål gäller frågan om lönen lägst varit kollektivavtalsenlig. Migrationsdomstolen konstaterar att de rättsliga

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning 5

DOM

Sida 6
UM 2255-16

utgångspunkterna och avvägningarna (se prop. 2013/14:227 s. 16 ff) bakom regleringarna är desamma för båda frågorna. Förarbetena bakom återkallelsereglerna (prop. 2013/14:227 s. 16 ff) ger, såsom Migrationsöverdomstolen konstaterade i MIG 2015:11, uttryck för en strikt tillämpning.

Migrationsverket beviljade Danyar Qadir Mohammed Mohammed arbetstillstånd grundat på ett anställningserbjudande där den erbjudna lönen utifrån yttrandet från facket inte var sämre än den som följer av kollektivavtal eller praxis inom yrket eller branschen. Det är arbetsgivarens ansvar att regelbundet bevaka och kontrollera om lönenivån enligt relevant kollektivavtal höjs och revidera lönen åtminstone därefter eftersom lönen enligt 6 kap. 2 § första stycket 2 utlänningslagen inte får understiga denna nivå. Danyar Qadir Mohammed Mohammeds månadslön understeg den lägsta lönenivån under ett år (2014-06-01 – 2015-05-31) av tillståndstiden. Han har därför fått en lön som varit sämre än vad som följer av relevant kollektivavtal under tillståndstiden. Vad Danyar Qadir Mohammed Mohammed anfört om genomsnittlig månadslön föranleder ingen annan bedömning. Förhållandet att han retroaktivt (i slutet av oktober 2015) fått kompensation för mellanskillnaden saknar betydelse, jfr MIG 2015:11.

Danyar Qadir Mohammed Mohammed har först hos migrationsdomstolen gjort gällande att han haft en bostadsförmån som ska räknas som lön och att hans lön genom detta tillägg inte understigit den kollektivavtalsenliga nivån under tillståndstiden.

Migrationsdomstolen anser att för att en bostadsförmån ska kunna räknas som lön i 6 kap. 2 § första stycket 2 utlänningslagens mening bör detta framgå av det skriftliga anställningserbjudandet - eftersom förmånen i målet gjorts gällande ha ingått i det uttryckliga anställningsavtalet från början - eller i vart fall av lönespecifikationerna vid varje tid bostadsförmånen

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning 5

DOM

Sida 7
UM 2255-16

faktiskt utgår samt beskattas på rätt sätt vid det tillfälle som den faktiskt utgår. Detta för att arbetsgivaren ska kunna bedömas ha skött de erbjudna anställningsvillkoren under tillståndstiden seriöst och i enlighet med det ansvar som åvilar denne. Eftersom åberopad bostadsförmån inte hanterats på detta sätt kan den – i linje med den i övrigt restriktiva synen på villkorens uppfyllande - inte tillgodoräknas honom vid bedömningen av om han fått lägst kollektivavtalsenlig lön under tillståndstiden.

Sammanfattningsvis har Danyar Qadir Mohammed Mohammed fått en lön som varit sämre än kollektivavtal under tillståndstiden. Redan detta innebär att han inte kan beviljas förlängt arbetstillstånd och således inte heller uppehållstillstånd på grund av arbete.

I detta sammanhang vill migrationsdomstolen också anmärka följande. Bedömningen av vilken tillståndstid som bör gälla för ett arbetstillstånd sker när förutsättningarna för att de för arbetstillstånd bedöms vara uppfyllda. När förutsättningarna för att de för arbetstillstånd bedöms vara uppfyllda, inte anledning att över huvud taget bedöma vilken tillståndstid som ska gälla. Det saknas därför lagligt utrymme för att, när förutsättningarna för arbetstillstånd inte bedöms vara uppfyllda, bevilja arbetstillstånd för kortare tid än två år.

Synnerligen ömmande omständigheter

Av 5 kap. 6 § första stycket utlänningslagen framgår följande. Om uppehållstillstånd inte kan ges på annan grund, får tillstånd beviljas en utlännings om det vid en samlad bedömning av utlänningsens situation finns sådana synnerligen ömmande omständigheter att han eller hon bör tillåtas stanna i Sverige. Vid bedömningen ska utlänningsens hälsotillstånd, anpassning till Sverige och situation i hemlandet särskilt beaktas.

Danyar Qadir Mohammed Mohammed har inte gjort gällande något avseende hans hälsotillstånd eller hans situation i hemlandet. Beträffande hans anpassning till Sverige har han uppgett bl.a. följande. Han är 27 år och har bott i Jokkmokk i sju år. Efter avslag på asylansökan åkte han hem för att sedan återvända för att arbeta på pizzerian där han tidigare hade praktiserat. Han är numera ansvarig för restaurangens löpande verksamhet och har även blivit erbjuden delägarskap i företaget. Han leder det dagliga arbetet, bakar pizza, bestämmer menyn, sköter kassan, beställer råvaror, städar och utbildar den övriga personalen. Han har sedan han återvände till Jokkmokk ordnat en egen lägenhet, genomgått kommunens utbildning för utskänkningstillstånd och tagit körkort. Han har lärt sig svenska och klarat gymnasiet och på fritiden jobbar han ideellt på ortens asylboende där han hjälper nyanlända ungdomar att lära sig om det svenska samhället. Hans enskilda intresse av att få bo kvar och arbeta i Sverige väger tyngre än det allmänna intresset av att motverka att reglerna för arbetstillstånd missbrukas.

Vid en samlad bedömning av Danyar Qadir Mohammed Mohammeds situation – varvid särskilt beaktas hans anpassning till Sverige - finner migrationsdomstolen att omständigheterna inte är synnerligen ömmande (jfr MIG 2014:9).

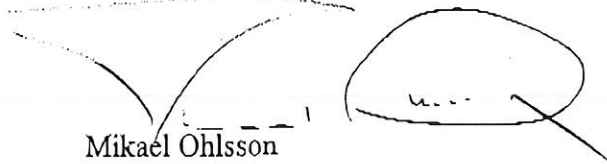
Utvisningen av honom – som i vart fall är att anse proportionerlig - strider inte mot artikel 8 i Europakonventionen.

Sammanfattning

Sammanfattningsvis finns det inte förutsättningar att bevilja Danyar Qadir Mohammed Mohammed uppehålls- och arbetstillstånd i Sverige. Annan grund för uppehållstillstånd har inte kommit fram eller starkt indikerats.

Utvisningen strider inte mot artikel 8 i Europakonventionen. Överklagandet ska således avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 2 (DV 3110)



Mikael Ohlsson

I avgörandet har även nämndemännen Figge Bergquist (skiljaktig), Lars Dahlstam och Sarah Nylund (skiljaktig) deltagit.

Lina Thuné har föredragit målet.

Figge Bergquists och Sarah Nylunds skiljaktiga mening

Vi noterar att i rättsfallet MIG 2015:11 var fråga om försörjningskravet var uppfyllt under den tidigare tillståndstiden medan aktuellt mål gäller om Danyar Qadir Mohammed Mohammeds lön varit sämre än de villkor som följer av svenska kollektivavtal. Det torde därmed finnas ett visst utrymme att ta hänsyn till de omständigheter i övrigt som förekommit i målet.

Det är klarlagt att det tog ett år för arbetsgivaren innan denne upptäckte att kollektivavtalsnivån höjts eller justerade denna. Av utredningen i målet framgår också att arbetsgivaren i juni 2015 endast höjde månadslönen men inte betalade ut retroaktiv lön förrän i slutet av oktober samma år. Förhållandet att arbetsgivaren justerade månadslönen och betalade ut retroaktiv lön så att lönen i slutändan blev rätt är enligt oss ändå tillräckligt för att anse att arbetsgivaren är seriös och att Danyar Qadir Mohammed Mohammed inte riskerar att bli utnyttjad. Vi beaktar också att det varit fråga om förhållandevis små belopp, ca 400 kr per månad, som lönen understigit den kollektivavtalsenliga lönen.

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning 5

DOM

Sida 10
UM 2255-16

Genom detta anser vi således att kravet på att lönen inte ska ha varit sämre än de villkor som följer av svenska kollektivavtal är uppfyllt. Danyar Qadir Mohammed Mohammeds anställning har därför uppfyllt förutsättningarna för tillståndet under den tidigare beviljade tillståndstiden. Med hänsyn till det anförda ska han beviljas arbets- och uppehållstillstånd i Sverige. Överklagandet ska därför bifallas.