



Stockholm den 2 maj 2017

Kammarrätten i Stockholm
Migrationsöverdomstolen
Box 2302
103 17 Stockholm

**Mål nr UM 10747-16, Danyar Mohammed ./ Migrationsverket,
angående uppehållstillstånd m.m.**

Danyar Mohammed har fått tillfälle att yttra sig över Migrationsverkets svarsskrift (aktbilaga 25). I egenskap av ombud för honom får vi anföra följande.

1. VAD MÅLET GÄLLER

1.1 Den fråga som har föranlett Migrationsöverdomstolen att meddela prövningstillstånd i det här målet är om förlängning av arbetstillstånd kan beviljas när lönen under en period varit högre än försörjningskravet men understigit kollektivavtalsenlig lön (se aktbilaga 21).

1.2 Förutsättningarna för prövningen är ostridiga. Danyar Mohammeds anställningsvillkor har, vid tidpunkten för beviljat uppehålls- och arbetstillstånd och vid tidpunkten för ansökan om förlängning, uppfyllt villkoren i 6 kap. 2 § utlänningslagen.

1.3 Det enda skälet till att Migrationsverket och migrationsdomstolen har avslagit Danyar Mohammeds förlängningsansökan är att hans månadslön under perioden 2014-06-01–2015-05-31 understeg

kollektivavtalets lönenivå med 460 kr på grund av ett förbiseende från arbetsgivarens sida.

- 1.4 Migrationsöverdomstolen har att pröva om den bedömning som underinstanserna har gjort är riktig eller om Danyar Mohammed ska beviljas förlängt uppehålls- och arbetstillstånd i enlighet med sin ansökan.

2. ANGÅENDE GRUNDERNA FÖR MIGRATIONSVERKETS INSTÄLLNING

- 2.1 Med anledning av vad Migrationsverket har anfört om grunderna för sin inställning får Danyar Mohammed inledningsvis understryka att han inte gör gällande att arbetstillstånd ska kunna beviljas eller förlängas utan att det finns förutsättningar för detta enligt 6 kap. 2 § utlänningslagen. Han påstår inte heller att den bestämmelsen ska tolkas på så sätt att den endast ställer krav på anställningsvillkoren vid beslutstillfället och att oseriösa arbetsgivare sedan ska kunna försämma anställningsvillkoren efter att arbetstillstånd har beviljats.
- 2.2 Danyar Mohammed delar inte Migrationsverkets uppfattning att varje avvikelse från villkoren i 6 kap. 2 § utlänningslagen automatiskt och ovillkorligt ska leda till att en ansökan om förlängt arbetstillstånd inte kan beviljas. Det finns inte stöd i vare sig lagtexten eller dess förarbeten för en sådan uppfattning. Rättsfallen MIG 2015:11 och MIG 2015:20 har inte heller berört brister i villkoren i förhållande till kollektivavtal eller branschpraxis (se SOU 2016:91 s. 123 f.).
- 2.3 Danyar Mohammed anför till stöd för sitt överklagande att beslutet att avslå hans ansökan och utvisa honom ur Sverige, enbart på

grund av att hans månadslön under en period understeg kollektivavtalets lönenivå med 460 kr till följd av ett förbiseende från arbetsgivarens sida, går längre än vad som krävs för att tillgodose det allmänna intresset av att motverka förekomsten av oseriösa arbetsgivare och skenavtal, samt är oförenligt med proportionalitetsprincipen.

- 2.4 Att Migrationsverket och migrationsdomstolarna måste ta hänsyn till allmänna rättsgrundsatser som proportionalitetsprincipen vid tillämpningen av bestämmelserna om uppehålls- och arbetstillstånd innebär inte att legitimiteten för regelverket undergrävs eller att oseriösa förfaranden möjliggörs.
- 2.5 Proportionalitetsprincipen är en allmän rättsgrundsats med generell giltighet inom förvaltningsrätten. Den har vunnit erkännande i svensk rätt under inflytande av bland annat EU-domstolens rättstillämpning (se t.ex. Strömberg och Lundell, Allmän förvaltningsrätt, 26:e uppl., s. 73 samt prop. 2016/17:180 s. 60 ff.).
- 2.6 Vare sig den svenska lagstiftaren eller Migrationsöverdomstolen har på ett tydligt sätt tagit ställning till proportionalitetsprincipens betydelse vid bedömningen av om förutsättningarna för arbetstillstånd har varit uppfyllda.
- 2.7 Vid sidan av den allmänna bestämmelsen om villkoren för arbetstillstånd i 6 kap. 2 § utlänningslagen finns det inte någon särskild lagbestämmelse som anger när ett arbetstillstånd kan förlängas. I förarbetena till den obligatoriska återkallelsebestämmelsen i 7 kap. 7 e § utlänningslagen uttalas att ”det inte bör finnas utrymme för en *mer diskretionär* prövning av om uppehållstillståndet ska återkallas när förutsättningarna för arbetstillståndet inte längre är uppfyllda” utan att ”utgångspunkten

bör vara att återkallelse ska ske”, samt att det ”inte bör komma i fråga att ett uppehållstillstånd som beviljats för arbete tillåts fortsätta gälla trots kännedom om att t.ex. utlännen arbetar under undermåliga anställningsvillkor eller inte arbetar alls” (prop. 2013/14:227 s. 18 ff.).

- 2.8 Migrationsöverdomstolen uttalade i rättsfallet MIG 2015:11, som gällde en varaktig avvikelse från försörjningskravet, att den strikta tillämpning som lagstiftaren ger uttryck för när det gäller återkallelse innebär att ett ”motsvarande synsätt” bör gälla vid prövningen av om ett tillstånd ska förlängas samt att en förlängningsansökan ”bör därför inte beviljas om det framkommer att förutsättningarna för arbetstillståndet inte varit uppfyllda under den tidigare tillståndsperioden”.
- 2.9 Danyar Mohammeds uppfattning är att vare sig den lagfästa återkallelsebestämmelsen, eller Migrationsöverdomstolens hänvisning till det synsätt som den bestämmelsen ger uttryck för, utesluter att proportionalitetshänsyn tas vid bedömningen av om förutsättningarna för arbetstillstånd har varit uppfyllda.
- 2.10 Frågan är då vilken betydelse som den grundläggande proportionalitetsprincipen har vid bedömningen av om en ansökan om förlängt arbetstillstånd kan beviljas.
- 2.11 Viss vägledning kan i det avseendet hämtas från EU-rätten, som i allt större utsträckning reglerar förutsättningarna för arbetstillstånd. Av betydelse är bland annat Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/36/EU av den 26 februari 2014 om villkor för tredjelandsmedborgares inresa och vistelse för säsongsanställning (det s.k. säsongsarbetardirektivet) samt Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/66/EU av den 15 maj 2014 om villkor för

inresa och vistelse för tredjelandsmedborgare inom ramen för företagsintern förflyttning av personal (det s.k. ICT-direktivet).

- 2.12 Gemensamt för dessa två direktiv är att de inte bara anger under vilka förutsättningar som arbetstillstånd ska beviljas för de kategorier av arbetstagare som de omfattar, utan också under vilka förutsättningar som medlemsstaterna får avslå en ansökan om arbetstillstånd, återkalla ett arbetstillstånd samt avslå en ansökan om förlängt arbetstillstånd. I direktiven anges att alla sådana beslut ska fattas ”med beaktande av de särskilda omständigheterna i fallet och med respekt för proportionalitetsprincipen”, se artiklarna 8.5 (avslag), 9.5 (återkallelse) samt 15.11 (förlängning) i säsongarbetardirektivet samt artiklarna 7.5 (avslag) och artikel 8 (återkallelse och förlängning) i ICT-direktivet.
- 2.13 Säsongarbetardirektivet och ICT-direktivet skulle ha varit genomförda i svensk rätt senast den 30 september 2016 respektive den 29 november 2016. Så har emellertid inte skett. Tills vidare får därför ansökningar om arbetstillstånd som omfattas av direktivens tillämpningsområde, t.ex. för säsongarbete, handläggas enligt de befintliga bestämmelserna i 6 kap. utlänningslagen. Dessa regler måste då i vart fall tolkas och tillämpas på ett sätt som är förenligt med bestämmelserna i direktiven (se t.ex. Hettne och Otken Eriksson, EU-rättslig metod, 2:a uppl., 2011, s. 184 ff.).
- 2.14 Det ska även noteras att EU-kommissionen den 7 juni 2016 har antagit ett förslag till ett nytt direktiv om villkor för tredjelandsmedborgares inresa och vistelse för högkompetent anställning, Com (2016) 378. Direktivet föreslås ersätta det befintliga s.k. blåkortsdirektivet, som för svensk del har införlivats genom bestämmelserna i 6 a kap. utlänningslagen. Det nya

blåkortsdirektivet innehåller motsvarande krav som angetts ovan, nämligen att alla beslut om avslag, återkallelse och förlängning ska fattas ”med beaktande av de särskilda omständigheterna i fallet och med respekt för proportionalitetsprincipen”, se artikel 6.5 (avslag) samt artikel 7.4 (återkallelse och förlängning).

- 2.15 Det kan vidare noteras att det i skäl 22 i direktivets ingress anges följande: ”Alla beslut om att avslå en ansökan om blåkort eller om återkallande eller vägran att förlänga ett blåkort ska beakta de särskilda omständigheterna i fallet och följa proportionalitetsprincipen. *När det enda skälet till avslag rör arbetsgivarens verksamhet bör en mindre förseelse inte under några förutsättningar få utgöra enda skäl till att ansökan avslås, återkallas eller att förlängning av tillståndet vägras.*” (Vår kursivering.)
- 2.16 Sammanfattningsvis kan konstateras att proportionalitetsprincipen är en allmän rättsgrundsats med generell giltighet inom förvaltningsrätten. Den har vunnit erkännande i svensk rätt under inflytande av bland annat EU-domstolens rättstillämpning. EU-rätten reglerar i allt större utsträckning förutsättningarna för arbetstillstånd för tredjelandsmedborgare. I de delar som reglerna om arbetstillstånd påverkas av EU-rätten är det numera ett uttryckligt krav att alla beslut om att bl.a. avslå en ansökan om förlängt arbetstillstånd ska ske med beaktande av de särskilda omständigheterna i fallet och med respekt för proportionalitetsprincipen.
- 2.17 Även om de angivna direktiven inte är direkt tillämpliga på omständigheterna i det här målet, saknas det skäl för att i svensk rätt tillämpa olika principer för olika kategorier av

arbetskraftsinvandrare. En sådan ordning skulle t.ex. innebära att proportionalitetsprincipen ska beaktas vid prövningen av om en utlänning som har haft ett kortare arbetstillstånd för säsongarbete ska beviljas förlängning, men inte vid en motsvarande prövning för en utlänning som har en tillsvidareanställning som inte omfattas av ICT-direktivet eller det nya blåkortsdirektivet. Med andra ord skulle det finnas ett större utrymme för att godta brister i anställningsvillkoren för säsongarbetare, t.ex. bärplockare, än för arbetstagare med tillsvidareanställningar (jfr Uppsala universitets remissyttrande avseende SOU 2016:91, bilaga 1, s. 3).

- 2.18 Danyar Mohammed delar inte Migrationsverkets uppfattning att ett beaktande av proportionalitetsprincipen i det här fallet skulle innebära att det görs en osaklig ”rangordning eller åtskillnad” mellan försörjningskravet och kravet på kollektivavtalsenliga anställningsvillkor. Vid bedömningen av om förutsättningarna för arbetstillstånd har varit uppfyllda under tidigare tillståndsperiod bör emellertid de respektive villkorens ändamål och funktion beaktas.
- 2.19 Det grundläggande försörjningskravet syftar i första hand till att utlänningen ska ha en arbetstid av sådan omfattning att hon eller han kan försörja sig på sitt arbete. Den måste vara av sådan omfattning att inkomsten från den erbjudna anställningen inte är så låg att han eller hon behöver försörjningsstöd enligt socialtjänstlagen (prop. 2007/08:47 s. 27). Det finns knappast något utrymme att bedöma att förutsättningarna för arbetstillståndet har varit uppfyllda om utlänningen som i MIG 2015:11 haft en lön som mer varaktigt understigit försörjningskravet, eftersom lagstiftningens syfte om godtagbar försörjning i så fall skulle undergrävas. Vidare kan avvikelser från försörjningskravet sällan sägas bero på misstag eftersom försörjningskravets innebörd är

konstant och förutsebar (månadslönen måste uppgå till minst 13 000 kr).

- 2.20 Kravet att anställningsvillkoren inte får vara sämre än de villkor som följer av kollektivavtal eller praxis inom yrket eller branschen är motiverat av att systemet med arbetskraftsinvandring inte får underlätta för oseriösa arbetsgivare att hitta arbetskraft genom att erbjuda anställningsvillkor som är sämre än dem som gäller för arbetstagare redan bosatta i Sverige (prop. 2007/08:47 s. 27). I linje med detta uttalades när återkallelsebestämmelsen i 7 kap. 7 e § utlänningslagen infördes att det inte bör komma i fråga att arbetstillstånd för arbete tillåts fortsätta gälla trots kännedom om att utläningen arbetar under undermåliga arbetsvillkor (prop. 2013/14:227 s. 20).
- 2.21 Som påpekats av såväl remissinstanser som LO (prop. 2013/14:227 s. 20) som av Riksrevisionen (RIR 2016:32 s. 9) kan det emellertid vara svårt för en arbetsgivare att bedöma hur anställningsvillkoren förhåller sig till regler i kollektivavtal. Det kan t.ex. framhållas att många kollektivavtal saknar centralt bestämda lönenivåer, och i stället förutsätter att lönebildningen sker lokalt på företaget eller individuellt, s.k. sifferlösa avtal. Vidare förändras kollektivavtalsvillkoren kontinuerligt. Detta innebär sammantaget att det vad gäller villkor som bestäms genom kollektivavtal i större utsträckning än i fråga om försörjningskravet kan förekomma att villkorsavvikelser inträffar som beror på ett misstag från en i grunden seriös arbetsgivare. Syftet med kravet på kollektivavtalsenliga villkor undergrävs inte av att mindre förseelser från arbetsgivarens sida inte automatiskt föranleder avslag på en förlängningsansökan, eftersom sådana brister saknar samband med de ageranden som kravet ska förhindra.

3. ANGÅENDE MÅLET I SAK

- 3.1 Danyar Mohammed har arbetat som pizzabagare på restaurang Lilla Paradiset i Jokkmokk sedan 2013. Han har under hela anställningstiden haft en månadslön som överstigit försörjningskravet samt kollektivavtalsenliga försäkringar. Arbetsgivaren omfattas av kollektivavtal med Hotell- och restaurangfacket sedan 2012.
- 3.2 Danyar Mohammeds månadslön har med undantag för perioden 2014-06-01–2015-05-31 överstigit lönenivån i aktuellt kollektivavtal. Det är ostridigt att månadslönen under denna period understeg kollektivavtalets lönenivå med 460 kr och att denna avvikelse är det enda skälet till att Migrationsverket och migrationsdomstolen avslog hans ansökan om förlängt arbetstillstånd.
- 3.3 Danyar Mohammed har lämnat en rimlig förklaring till den aktuella avvikelsen, som alltså berodde på att arbetsgivaren förbisåg att kollektivavtalets lönenivå ändrades den 1 juni 2014 med 460 kr jämfört med Danyar Mohammeds lön. Hans uppgifter får klart stöd av omständigheterna i målet. Avvikelseperioden motsvarar på datumet tiden mellan två lönerevisioner av aktuellt kollektivavtal. Det är därmed uppenbart att löneavvikelsen berodde på att arbetsgivaren förbisåg en höjning av kollektivavtalslönen. Arbetsgivaren rättade misstaget när det upptäcktes i samband med nästkommande lönerevision, och utan att det först påtalats av Migrationsverket. Arbetsgivaren har i efterhand kompenserat Danyar Mohammed för mellanskillnaden på 5 520 kr.
- 3.4 Även om det ankommer på arbetsgivaren att se till att villkoren för arbetstillståndet är uppfyllda under tillståndsperioden kan inte varje

förseelse från arbetsgivarens sida tillmätas den betydelsen att den ofrånkomligen ska innebära att arbetstagaren nekas förlängt arbetstillstånd och utvisas ur landet. En sådan rättstillämpning går längre än vad som krävs för att tillgodose det allmänna intresset av att motverka förekomsten av oseriösa arbetsgivare och skenavtal, och leder till resultat som inte är förenliga med proportionalitetsprincipen.

- 3.5 Den omständigheten att Danyar Mohammeds månadsinkomst under en del av föregående tillståndsperiod kom att understiga kollektivavtalets lönenivå med 460 kr beror på ett förbiseende som uppenbarligen saknar samband med att arbetsgivaren är oseriös eller att anställningen är ett skenavtal. Den aktuella bristen får därmed betraktas som en sådan mindre förseelse från arbetsgivarens sida som inte i sig kan ligga till grund för att avslå Danyar Mohammeds ansökan om förlängt arbetstillstånd.
- 3.6 Danyar Mohammed bifogar kontrolluppgift för 2016 samt lönespecifikationer för januari–mars 2017 för att visa att hans månadslön fortfarande och så som varit fallet under den övriga anställningstiden, fränsett perioden 2014-06-01–2015-05-31, överstiger månadslönen i aktuellt kollektivavtal ([bilaga 2](#)).
- 3.7 Danyar Mohammed hänvisar i övrigt till sitt överklagande och vidhåller vad han anfört i detta.

Som ovan,


Clarence Crafoord


Fredrik Bergman