



**KAMMARRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Migrationsöverdomstolen
Avdelning 01

DOM
2017-12-13
Meddelad i Stockholm

KLAGANDE

Danyar Qadir Mohammed Mohammed,

Ombud:

Jur.kand. Clarence Crafoord och jur.kand. Fredrik Bergman

MOTPART

Migrationsverket

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Malmö, migrationsdomstolens dom 2016-11-25 i
mål nr UM 2255-16

(Migrationsverkets ärende nr 11-086048)

SAKEN

Uppehållstillstånd m.m.

MIGRATIONSÖVERDOMSTOLENS AVGÖRANDE

Migrationsöverdomstolen bifaller överklagandet och ändrar migrationsdomstolens dom och Migrationsverkets beslut på så sätt att beslutet om utvisning upphävs och att Danyar Qadir Mohammed Mohammed beviljas uppehålls- och arbetstillstånd i två år från och med dagen för denna dom. Arbetstillståndet avser arbete som pizzabagare.

BAKGRUND

Danyar Qadir Mohammed Mohammed, i fortsättningen Danyar Mohammed, medborgare i Irak, ansökte i mars 2013 om uppehålls- och arbetstillstånd på grund av arbete. Migrationsverket beviljade hans ansökan för perioden den 31 juli 2013 till den 12 juli 2015. I juni 2015 ansökte Danyar Mohammed om förlängning av sitt uppehålls- och arbetstillstånd. Till ansökan bifogade han bl.a. anställningserbjudande, lönebesked för perioden december 2014 t.o.m. april 2015 och kontrolluppgifter från Skatteverket för inkomståren 2013 och 2014. Av anställningserbjudandet framgick att tillträdesdatum för den fortsatta anställningen var den 13 juli 2015 och att anställningen var 100 procent av heltid med lönen 21 975 kr per månad. Enligt kontrolluppgifterna hade Danyar Mohammed under 2013 och 2014 haft en kontant bruttolön om 41 058 kr respektive 246 490 kr. I lönebeskeden angavs att han för perioden december 2014 t.o.m. april 2015 haft en bruttolön om 20 529 kr per månad.

Migrationsverket skickade den 19 oktober 2015 ett meddelande till Danyar Mohammed om att hans månadslön under perioden december 2014 t.o.m. april 2015 understigit den kollektivavtalsenliga lönen om 20 989 kr för motsvarande period. Danyar Mohammed och hans arbetsgivare anförde i svar att det hade skett ett misstag och att mellanskillnaden hade betalats ut retroaktivt. Danyar Mohammed bifogade ett lönebesked för september 2015 där det framgick att han hade fått en retroaktiv löneutbetalning som täckte mellanskillnaden för den tid som lönen hade varit felaktig.

Migrationsverket avslog den 21 mars 2016 Danyar Mohammeds ansökan och beslutade samtidigt att utvisa honom. Som skäl för beslutet angav Migrationsverket i huvudsak följande. Migrationsöverdomstolen har i avgörandet MIG 2015:11 uttalat att en förlängningsansökan inte kan beviljas om det framkommer att förutsättningarna för arbetstillståndet inte varit uppfyllda under den tidigare tillståndsperioden. Danyar Mohammed har mellan december 2014 och april 2015 erhållit en lön om 20 529 kr per månad. Av kontrolluppgifter från arbetsgivaren framgår att Danyar

Mohammed under 2014 erhållit en lön om 246 490 kr, vilket motsvarar en månadslön om 20 540 kr. Lägsta kollektivavtalsenliga lön för yrket var mellan den 1 juni 2014 och den 31 maj 2015 20 989 kr. Lönen Danyar Mohammed har erhållit under den redovisade perioden motsvarar därmed inte vad som följer av svenska kollektivavtal. Denna omständighet förändras inte av att arbetsgivaren retroaktivt betalat ut löneskillnaden till Danyar Mohammed. Eftersom lönen var sämre än kollektivavtalsenlig nivå eller praxis inom yrket eller branschen har inte förutsättningarna för arbetstillstånd varit uppfyllda under hela den tidigare tillståndsperioden. Fortsatt arbetstillstånd hos samma arbetsgivare kan därför inte beviljas.

Danyar Mohammed överklagade beslutet och yrkade att han skulle beviljas förlängt uppehålls- och arbetstillstånd. Till stöd för sin talan anförde han bl.a. följande. Den omständigheten att hans lön under vissa månader av den föregående tillståndsperioden på grund av ett misstag från arbetsgivarens sida varit 460 kr lägre än kollektivavtalet innebär inte i sig att förutsättningarna för arbetstillstånd inte har varit uppfyllda under den perioden. Migrationsverket har gjort en alltför långtgående tolkning av MIG 2015:11. Det finns en rimlig och godtagbar förklaring till avvikelserna. Det ska beaktas att han under hela sin anställning har haft en lön som han har kunnat försörja sig på och anställningsvillkoren har under anställningsförhållandet sett till dess helhet varit bättre än de som följer av gällande kollektivavtal. En utvisning av honom är inte förenlig med proportionalitetsprincipen inom förvaltningsrätten.

Migrationsverket bestred bifall till överklagandet.

Genom den överklagade domen avslog migrationsdomstolen Danyar Mohammeds överklagande. Som skäl för avgörandet anförde domstolen bl.a. följande.

Det är ostridigt att Danyar Mohammeds månadslön lägst skulle vara

20 989 kr under perioden den 1 juni 2014 till den 31 maj 2015 för att anses vara kollektivavtalsenlig. Av ingivna lönespecifikationer och enligt uppgift från Danyar Mohammed och hans arbetsgivare framgår att Danyar Mohammeds månadslön under denna period understeg den lägsta lönen för honom med 460 kr per månad. MIG 2015:11 handlar om försörjningskravet medan detta mål gäller frågan om lönen lägst varit kollektivavtalsenlig. De rättsliga utgångspunkterna och avvägningarna bakom regleringarna är desamma för båda frågorna. Förarbetena bakom återkallelsereglerna ger, såsom Migrationsöverdomstolen konstaterade i MIG 2015:11, uttryck för en strikt tillämpning. 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 (2005:716) inte får understiga denna nivå. Danyar Mohammeds månadslön understeg den lägsta lönenivån under ett år av tillståndstiden. Han har därför fått en lön som varit sämre än vad som följer av relevant kollektivavtal under tillståndstiden. Vad Danyar Mohammed anført om genomsnittlig månadslön föranleder ingen annan bedömning. Förhållandet att han retroaktivt fått kompensation för mellanskillnaden saknar betydelse. Det finns inte förutsättningar att bevilja Danyar Mohammed uppehålls- och arbetstillstånd.

YRKANDEN M.M.

Danyar Mohammed

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

Han arbetar sedan den 1 oktober 2013 som pizzabagare i Jokkmokk. Han har under hela anställningstiden haft en månadslön som överstigit försörjningskravet samt haft kollektivavtalsenliga försäkringar. Arbetsgivaren omfattas av kollektivavtal med Hotell- och restaurangfacket sedan 2012. Hans månadslön har med undantag för perioden den 1 juni 2014

till den 31 maj 2015 överstigit lönenivån i aktuellt kollektivavtal. Han har lämnat en rimlig förklaring till den aktuella avvikelserna, som berodde på att arbetsgivaren förbisåg att kollektivavtalets lönenivå ändrades den 1 juni 2014 med 460 kr jämfört med hans lön. Avvikelseperioden motsvarar på datumet tiden mellan två lönerevisioner av aktuellt kollektivavtal. Arbetsgivaren rättade misstaget när det upptäcktes i samband med nästkommande lönerevision, och utan att det först påtalats av Migrationsverket. Han har i efterhand kompenserats av arbetsgivaren för mellanskillnaden, 5 520 kr.

Han 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.

När det gäller fall där försörjningskravet har varit uppfyllt men där det funnits brister i villkoren i förhållande till kollektivavtal finns det skäl att tillåta en mer nyanserad bedömning av om förutsättningarna för arbetstillståndet har varit uppfyllda; inte för att möjliggöra för arbetsgivare att erbjuda utlänningsanställningsvillkor som är sämre än dem som följer av svenska kollektivavtal, utan för att undvika att mindre fel och misstag av i grunden seriösa arbetsgivare får oproportionerliga konsekvenser.

En faktor som bör beaktas vid bedömningen av om en brist i förhållande till ett kollektivavtal ska medföra att utlänningsansökan nekas förlängt uppehålls- och arbetstillstånd och utvisas ur Sverige är proportionalitetshänsyn. Proportionalitetsprincipen är en allmän rättsprincip inom förvaltningsrätten och kommer till direkt uttryck i 1 kap. 8 § utlänningslagen. Den har vunnit erkännande i svensk rätt under inflytande av bl.a. EU-domstolens rättstillämpning. 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 det enskilda fallet och med respekt för proportionalitetsprincipen. Det saknas skäl för att i svensk rätt tillämpa olika principer för olika kategorier av arbetskraftsinvandrare. En proportionalitetsavvägning aktualiseras även när en arbetskraftsinvandrare har fått en sådan anknytning till Sverige att rätten till privatliv enligt artikel 8 i Europakonventionen påverkas (jfr MIG 2012:13). 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.

Det kan 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, genom 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.

Migrationsverket

Migrationsverket anser att överklagandet ska avslås och anför bl.a. följande.

Bestämmelsen i 6 kap. 2 § utlänningslagen är fakultativ, vilket innebär att det inte finns någon ovillkorlig rätt för en utländsk medborgare att få ett arbetstillstånd. Det är den som ansöker om arbetstillstånd som har bevisbördan för att tydligt visa att villkoren för arbetstillstånd är uppfyllda och som har att visa att förutsättningarna för arbetstillstånd har varit uppfyllda under hela den föregående tillståndstiden. En förutsättning för en förlängning av ett arbetstillstånd är att samtliga kriterier i 6 kap. 2 § utlänningslagen fortsatt är uppfyllda. Någon rangordning eller åtskillnad

mellan de i 6 kap. 2 § utlänningslagen uppställda kriterierna kan inte göras. Att det inte kan göras någon åtskillnad mellan kriterierna har stöd i förarbetena till lagrummet. Av prop. 2007/08:147 s. 27 framgår bl.a. att regeringen anser att det i utlänningslagen bör uppställas som villkor för att en utlänning ska beviljas uppehålls- och arbetstillstånd att de erbjudna anställningsvillkoren inte får vara sämre än de som gäller för arbetstagare i Sverige. En kollektivavtalsenlig lön är således en förutsättning för att arbetstillstånd ska kunna beviljas. Arbetsgivarens utfästelse om att den utlänning som erbjuds en anställning kommer att erhålla en kollektivavtalsenlig lön måste vara en utfästelse om att utlänningen fortsatt under hela anställningen ska erhålla en lön som även framledes är i nivå med den kollektivavtalsenliga lönen för yrket. Det måste därför anses ankomma på den sökandes arbetsgivare att se till att villkoren för arbetstillståndet är uppfyllda under tillståndsperioden och det åligger arbetsgivaren att hålla sig uppdaterad om utveckling och förändring av för anställningen relevant kollektivavtal.

Migrationsverket har av lagstiftaren getts uppgiften att vid prövningen motverka förekomsten av oseriösa arbetsgivare och skenavtal. För att upprätthålla legitimiteten för systemet måste verket vara observant på att anställningsavtalen inte är skenavtal. Om förutsättningarna för ett tidsbegränsat arbetstillstånd av något annat skäl än att anställningen har upphört inte längre är uppfyllda gäller enligt den obligatoriska regeln i 7 kap. 7 e § utlänningslagen att tillståndet ska återkallas.

Danyar Mohammed beviljades ett arbetstillstånd grundat på ett anställnings-erbjudande där den erbjudna lönen utifrån yttrandet från fackföreningen inte var sämre än den som följer av kollektivavtal eller praxis inom yrket eller branschen. Eftersom hans lön under längre tid med ett inte obetydligt belopp varit sämre än kollektivavtalsenlig nivå eller praxis inom yrket eller branschen, och korrigerats först efter två lönerevideringar, har förutsättningarna för arbetstillstånd inte varit uppfyllda under hela den tidigare tillståndsperioden. Fortsatt arbetstillstånd hos samma arbetsgivare

kan därför inte beviljas. Förhållandet att arbetsgivaren retroaktivt betalat ut kompensation för mellanskillnaden saknar betydelse. Varken lagen, förarbeten eller Migrationsöverdomstolens avgöranden i MIG 2015:11 och MIG 2015:20 ger utrymme för att göra en proportionalitetsbedömning vid prövning av förutsättningarna för arbetstillstånd.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

1. Vad målet gäller

Frågan i målet är om Danyar Mohammed kan beviljas förlängt uppehålls- och arbetstillstånd när hans lön, under en del av den tidigare tillståndsperioden, understigit kollektivavtalsenlig lön.

2. Lagstiftning

Ett tidsbegränsat uppehållstillstånd får beviljas en utlänning som önskar vistas här i landet för arbete. (5 kap. 10 § utlänningslagen.)

Ett arbetstillstånd ska ges för viss tid. Det får avse ett visst slag av arbete och förenas med de övriga villkor som behövs. (6 kap. 1 § första stycket utlänningslagen.)

Arbetstillstånd får ges till en utlänning som erbjudits anställning om

1. anställningen gör det möjligt för honom eller henne att försörja sig,
2. lönen, försäkringsskyddet och övriga anställningsvillkor inte är sämre än de villkor som följer av svenska kollektivavtal eller praxis inom yrket eller branschen. (6 kap. 2 § första stycket utlänningslagen.)

Ett arbetstillstånd enligt 6 kap. 2 § utlänningslagen får inte ges för längre tid än två år och den sammanlagda tillståndstiden för ett sådant arbetstillstånd får vara högst fyra år. Om det finns särskilda skäl får dock den sammanlagda

tillståndstiden vara högst sex år. (6 kap. 2 a § första-tredje styckena utlänningslagen.)

3. Förarbeten

Den 15 december 2008 trädde nya regler för arbetskraftsinvandring för tredjelandsmedborgare, dvs. för personer utanför EES-området och Schweiz i kraft. Syftet var att underlätta för arbetsgivare att rekrytera arbetskraft från tredjeland.

Regeringen uttalade i de förarbeten som låg till grund för bestämmelserna bl.a. följande. Det ska även i fortsättningen vara en förutsättning för arbetstillstånd att utlänningen har erbjudits en anställning som han eller hon kan försörja sig på. Att utlänningen kan försörja sig på anställningen ställer i första hand krav på arbetstiden. Den måste vara av sådan omfattning att inkomsten från den erbjudna anställningen inte är så låg att utlänningen behöver försörjningsstöd enligt 4 kap. 1 § socialtjänstlagen (2001:453) för att täcka kostnaderna för bl.a. boende och uppehälle. Att utlänningen kan försörja sig på anställningen ställer dock inte tillräckliga krav på lönesättningen och saknar helt betydelse för anställningsvillkoren i övrigt. Det nya systemet får inte underlätta för oseriösa arbetsgivare att hitta arbetskraft genom att erbjuda anställningsvillkor som är sämre än dem som gäller för arbetstagare redan bosatta i Sverige. Mot denna bakgrund anser regeringen att det i utlänningslagen bör uppställas som villkor för att en utlänning ska beviljas uppehålls- och arbetstillstånd att de erbjudna anställningsvillkoren inte får vara sämre än de som gäller för arbetstagare i Sverige. Svenska kollektivavtal eller vad som är praxis inom yrket eller branschen kan tjäna som vägledning i detta avseende. (Prop. 2007/08:147 s. 27 och 59.)

Regeringen uttalade vidare att en förlängning av ett tidsbegränsat arbetstillstånd bör föregås av en ny prövning av om de grundläggande

villkoren för arbetstillstånd fortfarande är uppfyllda. (Prop. 2007/08:147 s. 29.)

4. Praxis

Migrationsöverdomstolen konstaterade i MIG 2015:11 att bestämmelsen i 6 kap. 2 § utlänningslagen är fakultativ vilket innebär att det inte finns någon ovillkorlig rätt för en utländsk medborgare att få ett arbetstillstånd. En bedömning måste göras i varje enskilt fall om en ansökan ska beviljas. I rättsfallet konstaterade domstolen att om förutsättningarna för det tidsbegränsade arbetstillståndet av något annat skäl än att anställningen har upphört inte längre är uppfyllda gäller den obligatoriska regeln i 7 kap. 7 e § utlänningslagen, vilken innebär att uppehållstillståndet för arbete ska återkallas. Konsekvenserna av att lagstiftaren har bestämt att återkallelse ska vara obligatorisk, är att det inte ska göras en bedömning av omständigheterna i det enskilda fallet. Den strikta tillämpning som lagstiftaren ger uttryck för när det gäller om ett uppehållstillstånd ska återkallas innebär att ett motsvarande förhållningssätt bör gälla vid prövningen av om ett arbetstillstånd ska förlängas. En förlängningsansökan bör därför inte beviljas om det framkommer att förutsättningarna inte varit uppfyllda under den tidigare tillståndsperioden. En annan ordning skulle kunna leda till att legitimiteten för bestämmelserna minskade, framför allt mot bakgrund av att det oftast är först vid en ansökan om förlängning som det kan kontrolleras om förutsättningarna varit uppfyllda.

I MIG 2015:20 uttalade Migrationsöverdomstolen, med hänvisning till MIG 2015:11, att förlängning av arbetstillstånd av särskilda skäl för längre tid än fyra år inte bör beviljas om förutsättningarna för tillstånd inte varit uppfyllda under den tidigare tillståndsperioden.

5. Migrationsöverdomstolens bedömning

Danyar Mohammeds anställning har, vid tidpunkten för beviljat uppehålls- och arbetstillstånd och vid tidpunkten för ansökan om förlängning, uppfyllt kraven i 6 kap. 2 § första stycket utlänningslagen. Frågan är vilken betydelse det har vid bedömningen av om hans förlängningsansökan kan beviljas att hans lön, under en del av den tidigare tillståndsperioden, varit lägre än kollektivavtalsenlig lön.

Enligt 6 kap. 2 § utlänningslagen får arbetstillstånd ges till en utlänning som uppfyller förutsättningarna i bestämmelsen. Bestämmelsen är fakultativ vilket innebär att det inte finns någon ovillkorlig rätt för en utländsk medborgare att få ett arbetstillstånd. Som Migrationsöverdomstolen uttalat i MIG 2015:11 måste en bedömning göras i varje enskilt fall av om en ansökan ska beviljas.

Vid prövning av en ansökan om arbetstillstånd ska det göras en bedömning av om villkoren för tillståndet enligt 6 kap. 2 § utlänningslagen är uppfyllda. Denna prövning tar sikte på den anställning som tillståndet avser, dvs. det rör sig om en framåtsyftande bedömning. Av Migrationsöverdomstolens praxis följer att det vid prövning av en ansökan om förlängning av arbetstillstånd även ska göras en bedömning av om förutsättningarna för arbetstillståndet avseende den tidigare tillståndsperioden varit uppfyllda, dvs. en bakåtsyftande bedömning.

I 6 kap 2 § första stycket 2 utlänningslagen anges att lönen, försäkringsskyddet och övriga anställningsvillkor inte får vara sämre än de villkor som följer av svenska kollektivavtal eller praxis inom yrket eller branschen. Kravet på att de erbjudna anställningsvillkoren inte får vara sämre än vad som gäller för arbetstagare bosatta i Sverige har tillkommit för att motverka missbruk av reglerna och utnyttjande av utländsk arbetskraft. Bestämmelsens utformning medför enligt Migrationsöverdomstolens uppfattning att det måste göras en helhetsbedömning av samtliga

anställningsvillkor i det enskilda fallet för att kunna bedöma att dessa inte är sämre än vad som följer av kollektivavtal eller praxis inom yrket eller branschen. Om anställningsvillkoren vid en sådan bedömning inte kan anses sämre än vad som gäller för motsvarande arbetstagare bosatta i Sverige bör villkoren kunna godtas.

Vid en ansökan om förlängning av arbetstillstånd ska en prövning göras av om förutsättningarna för arbetstillståndet avseende den tidigare tillståndperioden varit uppfyllda. Även vid denna prövning bör enligt Migrationsöverdomstolen en motsvarande helhetsbedömning av anställningsvillkoren göras. Anställningsvillkoren kan komma att ändras under en tillståndsperiod t.ex. till följd av avtalsförhandlingar mellan arbetsmarknadens parter. Ibland genomförs sådana ändringar retroaktivt. För vissa arbetstagare är det möjligt att ingå enskilda överenskommelser med arbetsgivaren om anställningsvillkor rörande t.ex. semester och pensionsinbetalningar. Detta innebär enligt Migrationsöverdomstolen att det vid den bakåtsyftande bedömningen av om anställningsvillkoren är uppfyllda inte går att bedöma villkoren månad för månad. Vid prövningen bör det i stället göras en bedömning av anställningsvillkoren under hela tillståndsperioden i förhållande till kollektivavtal eller praxis inom yrket eller branschen.

Migrationsöverdomstolen konstaterar att Danyar Mohammed under den aktuella perioden har haft en lön som med god marginal överstigit försörjningskravet på 13 000 kr. Hans lön har under juli 2013–maj 2014 varit i nivå med kollektivavtalsenlig lön och från och med den 1 juni 2015 har han haft en lön som överstigit denna nivå. Lönen har dock under ett års tid understigit lönenivån i kollektivavtalet. Det finns ingen anledning att betvivla att detta berott på ett rent administrativt misstag från arbetsgivarens sida. Arbetsgivaren har kompenserat detta förhållande genom att utbetala det aktuella beloppet retroaktivt. Att övriga anställningsvillkor varit i enlighet med kollektivavtal eller praxis inom yrket eller branschen har inte ifrågasatts. Det finns inte anledning att ifrågasätta arbetsgivarens seriositet.

Migrationsöverdomstolen anser sammanfattningsvis att den helhetsbedömning som ska göras utmynnar i att de grundläggande villkoren för Danyar Mohammeds arbetstillstånd har varit uppfyllda under den tidigare tillståndsperioden. Några andra skäl mot att bevilja uppehållstillstånd har inte framkommit. Detta innebär att förutsättningarna för att förlänga hans uppehålls- och arbetstillstånd är uppfyllda och att beslutet om utvisning ska upphävas. Överklagandet ska alltså bifallas.

Det ankommer på Migrationsverket att utfärda bevis om tillstånden.

Domen får inte överklagas (16 kap. 9 § tredje stycket utlänningslagen).

Ingela Fridström
kammarrättsråd
ordförande

Ann-Jeanette Eriksson
kammarrättsråd

Carin Jahn
kammarrättsråd
referent

Eva-Maria Orre
föredragande