

# Arbetskraftsinvandring – utvisning med bristande lagstöd?

Av Eddie Exelin\*

## Inledning

Den 29 november 2016 var Rättsfonden återigen värd för ännu ett välbesökt seminarium hos Advokatbyrån Bratt, Feinsilber och Harling under rubriken *Arbetskraftsinvandring – utvisning med bristande lagstöd?*

Panelen bestod av Johannes Forssberg, skribent tillika jur. stud. Henrik Stolare, advokat, Eva Edwardsson hovrättsråd samt Karin Åhman, Rättsfonden. Som moderator tjänstgjorde Clarence Craaford, Rättsfonden.

## Arbetskraftsinvandrares rättslöshet i Sverige

Johannes Forssbergs (Forssberg) rapport, *Arbetskraftsinvandrares rättslöshet i Sverige*, (Rapporten) omfattar sammanlagt 450 beslut under 2014–2015 från Migrationsverket gällande arbetskraftsrelaterade uppehållstillstånd i Sverige. Enligt Forssberg kan de granskade besluten delas in i tre huvudsakliga kategorier. **Den första kategorin**, tillika de vanligaste fallen (cirka 300 beslut), som även uppmärksammats mest i media, avser situationer där en arbetskraftsinvandrare (Sökanden) ansökt om s.k. *förlängt arbetstillstånd* (Förlängningstillstånd) och Migrationsverket avslagit ansökan och i samband därmed beslutat att Sökanden ska utvisas. För att beviljas förlängt arbetstillstånd krävs nämligen dels att Sökanden har en tillräckligt hög inkomst per månad (Försörjningskravet), dels att Sökandens anställningsvillkor i övrigt motsvarar vad som följer av gällande kollektivavtal (Villkorskravet).

Enligt Forssberg har Migrationsverket strikt upprätthållit dessa krav. Något utrymme för bedömningar med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet har inte förelegat. Snarare, menade han, kan Migrationsverkets rättstillämpning i de granskade besluten beskrivas som helt mekanisk. Om exempelvis Sökandens lön inte uppfyller Försörjningskravet eller om dennes anställningsvillkor i något hänseende varit sämre än gällande kollektivavtal har Migrationsverket kategoriskt

---

\* Biträdande jurist, Advokatfirman Fylgia.

avslagit ansökan. Någon möjlighet för Sökanden att lämna en förklaring till de eventuella bristerna i ansökan har inte heller funnits. Det har inte heller haft någon betydelse, fortsatte Forssberg, om bristerna i ansökan varit relaterade till tredje mans handlande eller underlåtenhet. Som exempel återgav han ett fall där Sökandens arbetsgivare glömt att justera upp Sökandens lön vilket medförde att lönen inte ansågs motsvara Försörjningskravet. Att bristen orsakats av arbetsgivaren, något som för övrigt var ostridigt, hade emellertid ingen som helst inverkan på Migrationsverkets ”beslut” att avslå ansökan.

När det gäller det rättsliga stödet för Migrationsverkets strikta rättstillämpning i de granskade besluten anges huvudsakligen två domar från Migrationsöverdomstolens, **MIG 2015:11** (*Förlängningstillstånd*) och **MIG 2015:20** (*Permanent uppehållstillstånd*). I bägge fallen bedömdes Sökandens lön under en längre period klart understiga Försörjningskravet varför besluten att avslå ansökningarna inte ändrades. Problemet med Migrationsverkets rättstillämpning i kölvattnet av dessa domar är dock, menade Forssberg, att Migrationsverket inte beaktar hur mycket eller hur lite Sökandens lön avviker från Försörjningskravet. Det är en sak, menade han, om lönen *klart* understiger Försörjningskravet, en annan om lönen *endast med ett fåtal hundralappar* understiger Försörjningskravet och detta kan förklaras på ett godtagbart sätt. Dessvärre synes Migrationsverket och Migrationsöverdomstolen inte dela denna uppfattning, konstaterade han och påpekade att varken lagtexten eller förarbeten ger uttryck för en sådan strikt rättstillämpning.

**Den andra kategorin** (cirka 80 beslut) avsåg fall där Sökandens ansökan om Förlängningstillstånd avslagits med hänvisning till att Sökandens tjänst inte annonserats på rätt sätt med följd att Sökanden utvisades. Det rättsliga stödet för Migrationsverkets beslut i dessa fall är en bestämmelse i utlänningslagen som stadgar att arbetstillstånd endast får beviljas om rekryteringsförfarandet är förenligt med Sveriges åtaganden inom EU. Problemet är emellertid, menade Forssberg, att detta område inte har harmoniserats inom EU, dvs. det finns inget EU-rättsligt krav eller norm i sammanhanget, vilket innebär att tillämpningen av rekvisitet ”Sverige åtaganden inom EU” blir väldigt svår. Visserligen innehåller förarbetena till bestämmelsen i utlänningslagen en anvisning om att tjänster i regel ska annonseras hos Arbetsförmedlingen under ett bestämt antal dagar. Men enligt Forssberg är förarbetsuttalandet inte förenligt med lagtexten som ju uttryckligen hänvisar till EU-rätten varför förarbetena i detta avseende, enligt honom, inte kan tillmätas avgörande betydelse.

**Den tredje och sista kategorin** avsåg fall där Sökandens Förlängningsansökan avslagits på grund av att ansökan ”*inkommit sent*” varpå Migrationsverket även beslutat om utvisning. Om exempelvis ansökan inkommit sju dagar för sent behandlas ansökan inte längre som en Förlängningsansökan utan istället som en *ny ansökan* om arbetstillstånd vilket innebär att Sökanden måste lämna Sverige för att över huvud taget kunna ansöka om arbetstillstånd. Enligt Forssberg saknar Migrationsverket emellertid lagstöd för en sådan strikt rättstillämpning vilket även

kom att bekräftas genom att Migrationsverket 2015 reviderade sitt ställningstagande vad gäller denna typ av situationer.

### Krona för krona

Enligt Henrik Stolare (Stolare) stämmer den beskrivning av rättsläget som Forssberg återgav väl överens med vad han som advokat möter i det praktiska rättslivet. Inte sällan tvingas han att tacka nej till uppdrag redan efter första kontakt med en potentiell klient eftersom han på förhand kan avgöra om situationen faller inom eller utom ramen för Migrationsverkets tyvärr mycket strikta hållning i dessa ärenden.

Ett av Stolares pågående ärenden gäller en urmakare (Klienten) från Uppsala som ansökt om Förlängningstillstånd. Innan Klienten skickade in sin ansökan till Migrationsverket stämde han av med facket (Handels) och fick besked att hans anställningsvillkor motsvarade gällande kollektivavtal. Således var, menade Stolare, såväl Försörjningskravet som Villkorskravet formellt sett uppfyllda vid tiden för ansökan. När väl ansökan kom in till Migrationsverket kontaktade Migrationsverket Handels varvid Migrationsverket fick information om att Klientens lön, under ett antal månader, understigit Försörjningskravet med 185 kr per månad (vilket berodde på en försenad lönerrevision). Till följd av detta avslag Migrationsverket Klientens ansökan om Förlängningstillstånd.

När beslutet sedan överklagades till Migrationsdomstolen kunde Stolare och Klienten visa att, även om Klienten tjänat mindre än Försörjningskravet under ett antal månader det aktuella året, översteg Klientens årsinkomst Försörjningskravet beräknat på ett helt år och vad som följde av gällande kollektivavtal. Migrationsdomstolen beaktade emellertid inte att bristen i Försörjningskravet berodde på ett administrativt misstag orsakad av tredje man (arbetsgivaren) och anförde att också lönen som avsåg det nya anställningserbjudandet, hade legat under kollektivavtalsnivån.

Följaktligen avsågs ansökan med hänvisning till domstolens strikta hållning i MIG 2015:11. Migrationsdomstolens dom överklagades sedan till Migrationsöverdomstolen varvid det även framkom att Migrationsverket och Migrationsdomstolen fattat beslut på felaktiga grunder. Migrationsöverdomstolen beslutade likväl att inte meddela prövningstillstånd i ärendet.

Enligt Stolare ligger grundproblematiken i motsättningen mellan *fakultativa* och *obligatoriska* regler i utlänningslagen i kombination med att handläggningen av ärenden gällande Förlängningstillstånd, såvitt nu är ifråga, inte är tillräckligt reglerad i lag. Till följd av Migrationsöverdomstolens avgöranden tillämpas de obligatoriska reglerna om återkallande av tillstånd i ärenden gällande Förlängningstillstånd vilket, enligt Stolare, förklarar den strikta hållning som kommer till uttryck i Migrationsöverdomstolens domar. Vad gäller Villkorskravet belyste Stolare särskilt konsekvenserna av att kollektivavtal ändras och justeras vilket

har direkt betydelse vid ansökan om Förlängningstillstånd. Det är inte ovanligt, menade han, att villkoren i kollektivavtalet som gällde vid tiden för beviljandet av arbetstillståndet inte gäller vid ansökan om Förlängningstillstånd vilket innebär att Sökanden, även om villkoren enligt det tidigare kollektivavtalet är uppfyllda, inte beviljas Förlängningstillstånd med hänvisning till att villkoren enligt det nya kollektivavtalet inte är uppfyllda och detta beror på att arbetsgivaren inte hunnit anpassa verksamheten efter det nya kollektivavtalet.

### Arbetstillstånd – förmån eller rättighet?

Enligt Eva Edwardsson (Edwardsson), som för övrigt dömde i de bägge omtalade målen från Migrationsöverdomstolen 2015, är det viktigt att understryka, vilket domstolen även gör i bl.a. MIG 2015:11, att arbetstillstånd är något som *får* beviljas en utländsk medborgare, medan återkallelse av arbetstillstånd *ska* ske om förutsättningarna för arbetstillstånd inte är uppfyllda. I det aktuella målet (MIG 2015:11), menar Edwardsson, var omständigheterna följaktligen sådana att arbetstillståndet skulle (jfr *ska*) återkallas. I fråga om försörjningskravet finns i Sverige inga minimilöner. Migrationsöverdomstolen har godtagit Migrationsverkets bedömning att inkomstgränsen för att försörjningskravet ska vara uppfyllt går vid 13 000 kr per månad, vilket bygger på Socialstyrelsens riktlinjer. Upprepade avsteg från Försörjningskravet har betydelse även om beloppen är ringa vilket förklarar varför Migrationsverket avslagit ansökan om Förlängningstillstånd i sådana fall där avvikelserna beloppsmässigt är ringa, menade Edwardsson.

Vad gäller kritiken mot Migrationsöverdomstolen konstaterade Edwardsson bestämt dels att Migrationsöverdomstolen är en prejudikatinstans, inte en *ändringsinstans*, varför Migrationsöverdomstolens möjligheter att ta upp ärenden för prövning är begränsade, dels att det inte ankommer på domstolarna att ”fixa” enskilda individers problem när det finns tydliga lagar som har anger förutsättningarna i olika hänseenden. Domstolarna har, menade hon, inte möjlighet att bortse från brister i Sökandens ansökan när, som i de nu aktuella arbetstillståndsärendena, de lagstadgade förutsättningarna för arbetstillstånd inte är för handen. I sammanhanget belyste Edwardsson även den tredje kategorin av de beslut som omfattades av Forssbergs Rapport och påpekade att Migrationsverket, efter Migrationsdomstolens domar, ändrat sin hållning på grund av bristande lagstöd när detta varit påkallat.

Det kan i och för sig, fortsatte Edwardsson, sättas i fråga om inte domstolarna, lagkraven till trots, borde göra en s.k. *proportionalitetsbedömning* i de enskilda fallen. En genomgång av proportionalitetsprincipens olika steg föranledde, enligt Edwardsson, emellertid slutsatsen att någon anledning för domstolarna att göra avsteg från lagkraven inte föreligger. Detta särskilt, menade hon, med hänvisning till att lagstiftaren redan i förarbetena uttryckligen anfört att det inom ramen för rättstillämpningen inte ska finnas något utrymme för skönsmässiga prövningar

i det enskilda fallet. Enligt Edwardsson är det sammantaget så att det allmännas intresse överväger individens intresse i dessa fall eftersom lagkravet med dess efterverkningar för den enskilde inte kan betraktas som oproportionerligt, särskilt inte med hänsyn till att den enskilde har möjlighet att närmast i direkt anslutning till avslagsbeslutet ansöka om arbetstillstånd på nytt. Att en senare ansökan dock måste ske från Sökandens hemland saknar betydelse i sammanhanget, menade Edwardsson, och refererade till vad som gäller i liknande situationer i bl.a. USA.

Avslutningsvis påpekade Edwardsson att den praxis som utbildats inom området är begränsad och att det därmed inte är osannolikt att nyare, och möjligtvis något mer nyanserade avgöranden, är att vänta. Tills dess har man dock att förhålla sig till den praxis som för närvarande gäller.

## Digital rättstillämpning

Enligt Karin Åhman (Åhman), som fick i uppgift att samla upp panellisternas anföranden, kan rättsläget liknas vid en återvändsgränd, särskilt mot bakgrund av Forssbergs Rapport och beskrivning, som pendlar mellan att å ena sidan (kategori 1–2) vara mekanisk och oflexibel, låt vara förutsebar och att å andra sidan (kategori 3), sakna lagstöd. Vad gäller Stolares redogörelse för fall från det praktiska rättslivet och särskilt Migrationsöverdomstolens beslut att inte meddela prövningstillstånd, trots att avslagsbesluten meddelats på till synes felaktiga grunder, ansåg Åhman att det fanns anledning att erinra om bestämmelsen i 1 kap. 9 § regeringsformen och kravet på saklighet och att beslut ska fattas mot bakgrund av omständigheterna vid tiden för beslutet.

Vad slutligen gäller Edwardssons anförande, särskilt kring proportionalitetsprincipen, menade Åhman att rättsläget gällande proportionalitetsprincipens tillämpning i konkreta ärenden inte är helt oproblematiskt, inte minst när lagstiftningen med efterföljande rättstillämpning, enligt Åhman, kan beskrivas som digital. Principen ställer dessutom skarpa frågor om domstolarnas roll och ställning på sin spets, inte minst i vad mån domstolarna får eller bör ”rätta till” lagar som slår fel. Det förhållandet att lagstiftaren uttryckligen förvägrat domstolarna möjligheten att genom proportionalitetsprincipen ”ompröva” lagstiftarens ställningstaganden har naturligtvis betydelse, menade Åhman, och ställer frågan om inte lagstiftaren borde säkerställa förekomsten av ventiler avsedda för situationer där rättstillämpningen ger ”icke önskvärda” effekter för enskilda. Något som dessutom försvårar saken, såvitt gäller arbetstillstånd, är enligt Åhman det faktum att det inte rör sig om *rättigheter* för enskilda utan snarare *förmåner*. Möjligtvis, fortsatte Åhman, vore en utvidgad proportionalitetsbedömning, likt den som beskrivs i förslaget till ny förvaltningslag (SOU 2010:59), att föredra där avgörande inte nödvändigtvis är om saken gäller en *rättighet* för eller om *tvång* eller *våld* gentemot den enskilde, utan om omständigheterna ger vid handen att det allmännas agerande utgör ett *ingrepp* gentemot den enskilde.

## Avslutande diskussion

Den efterföljande diskussionen, under ledning av moderator Clarence Craaford (Craaford), tog framförallt avstamp i frågan i vad mån Myndighetens tillämpning av reglerna för arbetskraftsinvandring stod i rimlig proportion till konsekvenserna för de enskilda som drabbas av Myndighetens strikta rättstillämpning.

Forsberg påpekade i sammanhanget att även om Sökanden vid ett avslagsbeslut har möjlighet att ansöka om arbetstillstånd på nytt, låt vara från dennes hemland, är det inte sällan så att den aktuella tjänsten redan har tillsatts när det är dags för Sökanden att ansöka om arbetstillstånd på nytt. Vad gäller frågan om Myndighetens skyldighet att, när förutsättningarna för arbetstillstånd inte är uppfyllda, återkalla arbetstillståndet menade Forsberg att förarbetena snarare ger uttryck för uppfattningen att det huvudsakligen är i de mest flagranta fall som arbetstillståndet ska återkallas. Dessutom, fortsatte han, infördes skyldigheten att återkalla arbetstillstånd även för att möjliggöra för Myndigheten att återkalla beslut om arbetstillstånd trots principen om rättsverkan av positiva myndighetsbeslut. Sammantaget menade Forsberg att den tolkning som av förarbetena som Myndighetens rättstillämpning ger uttryck för svårligen harmoniserar med de *ändamålsöverväganden* som kommer till uttryck i förarbetena. I bästa fall, menade han, ägnar sig Myndigheten åt en extensiv och analog tolkning av reglerna för återkallelseärenden trots att saken gäller ansökan om förlängning av tillstånd och inte återkallelse.

Enligt Stoltare är rättighetsskyddet ett alltför trubbigt verktyg för att användas i dessa situationer men i likhet med Craaford ansåg han att *rätten till privat- och familjeliv* i och för sig tangerats i de fall där han företrätt Sökanden. Vidare menade Stoltare att följderna för Sökanden, att tvingas lämna landet med allt vad det innebär, knappast står i rimlig proportion till de brister som uppdragats vid de aktuella prövningarna av ansökan om förlängning av arbetstillstånd. Avslutningsvis konstaterade han, att även om Myndighetens strikta rättstillämpning finner stöd i förarbetena, bygger förarbetena i delvis på otillräckliga uppgifter om verkligheten där det inte sällan är just tillfälligheter eller bagatellartade misstag å arbetsgivarernas eller någon annan tredje mans sida som medför att Sökanden, vid en förlängningsansökan, inte bedöms uppfylla kraven för att beviljas arbetstillstånd. Detta är knappast tillfredsställande.

Edwardsson menade däremot att det redan av lagtexten framgår att arbetstillstånd ska återkallas när förutsättningarna för arbetstillstånd inte föreligger. Eftersom lagtexten talar om bristande förutsättningar för att meddela arbetstillstånd, fortsatte Edwardsson, saknar det betydelse att saken händelsevis gäller just en förlängning av ett tillstånd och inte ett rent återkallelseärende. Istället, menade Edwardsson, ligger det rimligtvis i sakens natur att, vid en ansökan om förlängning av ett tillstånd, även pröva i vad mån förutsättningarna för att bevilja fortsatt tillstånd är uppfyllda. Annars, konkluderade hon, har Myndigheten ringa möjligheter att undersöka om förutsättningarna för fortsatt arbetstillstånd är för handen när väl ett arbetstillstånd har beviljats. Avslutningsvis motsatte sig Edwardsson

*Eddie Exelin*

bestämt, med hänvisning till bl.a. förarbetena, att fråga skulle vara om en på något sätt oberättigad tillämpning av reglerna för återkallelseärenden i de nu aktuella förlängningsärendena. Istället menade hon att just de ändamålsskäl som Forssberg belyste i sitt tidigare inlägg motiverar den strikta hållning som Myndigheten uppvisat även i förlängningsärendena.

