

Till
Tjänstemännens Centralorganisation
Lise Donovan
Åsa Odín Ekman
114 94 Stockholm

Datum
2018-01-25

Vår referens
Hedvig Forsselius, Annakarin
Wall, Nikta Nabavi

Unionens yttrande över promemorian Mindre eller obetydliga fel gällande villkoren för arbetstillstånd, ds 2017:64

I. Sammanfattning av förslaget i promemorian

Enligt bestämmelser i utlänningslagen ska ett uppehållstillstånd för arbete återkallas om förutsättningarna för arbetstillståndet inte längre är uppfyllda. Sedan den 1 december 2017 gäller att undantag från återkallelse kan göras om arbetsgivaren avhjälpes bristen utan att Migrationsverket har vidtagit någon åtgärd.

I promemorian föreslås nu ytterligare undantag från återkallelsebestämmelsen. Undantag ska enligt förslaget också kunna göras vid ringa fall av brister i uppfyllandet av villkoren även då dessa upptäcks av Migrationsverket eller efter det att tillståndstiden har löpt ut.

Vidare föreslås att ett tillstånd normalt inte ska behöva återkallas om felet har begåtts av en tidigare arbetsgivare.

Förslaget innebär alltså ett utökat utrymme för när det ska vara möjligt att avstå från att återkalla ett uppehållstillstånd för arbete genom ändring av nuvarande bestämmelse i 7 kap. 7 e § 3 st utlänningslagen (UtlL) om återkallelse av uppehållstillstånd för arbete.

Nedan redovisas utredningens uppdrag, bakgrunden till uppdraget, gällande rätt och relevant praxis. Därefter redovisas förslaget i promemorian och Unionens synpunkter på förslaget i ljuset av den nya praxisen.

Av vikt att påpeka i sammanhanget är att de senaste vägledande domarna från Migrationsöverdomstolen meddelades först efter det att promemorian hade lämnats till tryck.

Där inget annat anges avses utlänningslagen i de fall hänvisningar görs till lagbestämmelser.

Utredningens uppdrag

Den 21 juni 2017 beslutade regeringskansliet att utreda frågan om mindre eller obetydliga fel gällande villkoren för arbetstillstånd. I uppdraget har ingått att:

- lämna förslag på författningsändringar som säkerställer att arbetskraftsinvandrare inte utvisas på grund av att arbetsgivare utan uppsåt begått mindre eller obetydliga fel gällande villkoren för arbetstillstånd, även om felet upptäcks efter det att tillståndstiden löpt ut eller om Migrationsverket uppmärksammat det,

- utredaren ska ange vad som anses utgöra mindre eller obetydliga fel samt lämna ett förslag som innebär att det finns möjlighet att underlåta återkallelse av arbetstillstånd för arbetstagare om en tidigare arbetsgivare begått mindre eller obetydliga fel,

- utredaren ska vidare överväga lämpligheten av, och vid behov lämna förslag på, sanktioner mot arbetsgivare och/eller ersättning till arbetstagare för det lidande och de kostnader som ett indraget tillstånd lett till.

I promemorian *Mindre eller obetydliga fel gällande villkoren för arbetstillstånd* (ds 2017:64) redovisas utredarens delförslag beträffande uppdraget som rör mindre eller obetydliga fel gällande villkoren för arbetstillstånd.

De delar av utredningen som rör förslag på sanktioner mot arbetsgivare och möjlighet för arbetstagare att erhålla ersättning ska redovisas senast den 28 februari 2018.

II. Bakgrunden till uppdraget – gällande bestämmelser och Migrationsöverdomstolens praxis

Den 15 december 2008 trädde de nya reglerna om arbetskraftsinvandring i kraft. Syftet med de nya reglerna var att underlätta för arbetsgivare att anställa utomeuropeisk arbetskraft och därigenom motverka arbetskraftsbrist och upprätthålla arbetskraftsutbudet. En grundläggande förändring jämfört med tidigare regler var att de s.k. myndighetsbaserade arbetsmarknadsprövningen upphörde att gälla. Utgångspunkten vid handläggningen av ärenden om uppehållstillstånd och arbetstillstånd är sedan 2008 i stället arbetsgivarens egen bedömning av behovet av rekrytering av arbetskraft från tredjeländ.

Särskilda regler infördes för att säkerställa att erbjudna anställningsvillkor och försäkringsskydd för den arbetssökande tredjelandsmedborgaren motsvarar vad som gäller för arbetstagare som redan finns i Sverige.

Enligt 6 kap. 2 § 1 st får arbetstillstånd ges till en utlänning som erbjudits anställning om

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

Ett arbetstillstånd får inte ges för längre tid än två år. Ett arbetstillstånd ska knytas till en viss arbetsgivare och avse ett visst slag av arbete. Efter en sammanlagd tillståndstid om två år ska tillståndet knytas endast till ett visst slag av arbete. 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. En utlänning som i sammanlagt fyra år under de senaste sju åren haft uppehållstillstånd för arbete får beviljas ett permanent uppehållstillstånd (5 kap. 5 § 1 st 1).

Efter en tid med de nya reglerna framkom uppgifter om att de missbrukades. Det handlade bl.a. om fall där arbetstagare från tredjeland i praktiken inte fått den lön och övriga anställningsvillkor som utlovats och som legat till grund för de beviljade arbetstillstånden. Det framkom också att det förekommit handel med anställningserbjudanden och att det i vissa fall varit fråga om rena skenanställningar.

2014 infördes mot denna bakgrund bestämmelsen om återkallelse i 7 kap. 7 e § 1 som stadgar att ett tidsbegränsat uppehållstillstånd för arbete *ska* återkallas om förutsättningarna för arbetstillståndet inte längre är uppfyllda, eller det arbete som arbetstillståndet beviljats för inte har påbörjats inom viss tid från tillståndets första giltighetsdag.

I 7 kap. 7 e § 2 st infördes en särskild bestämmelse för det fall att anställningen upphört efter att utredning om återkallelse inletts men innan beslut om återkallelse fattats. I dessa fall gäller i korthet att återkallelse inte kan göras om utlänning inom fyra månader får ny anställning som omfattas av arbetstillstånd. Denna bestämmelse infördes för att arbetstagare skulle få en chans att hitta en ny anställning under en omställningsperiod i fall där verket vid efterkontroll inlett utredning om återkallelse.

Vidare infördes bestämmelser om efterkontroller. En arbetsgivare till en utlänning som beviljats arbetstillstånd enligt 6 kap. 2 § första stycket utlänningslagen ska på begäran av Migrationsverket lämna skriftlig uppgift om de villkor som gäller för utlänningens anställning. Uppgifterna ska lämnas på heder och samvete. Efterkontrollerna ansågs vara ett effektivt verktyg för att följa upp beviljade arbetstillstånd under tillståndstiden och ge Migrationsverket goda förutsättningar att upptäcka och hindra missbruk av reglerna för arbetskraftsinvandring.¹

Migrationsöverdomstolens tidigare praxis för tillämpningen av återkallelserregeln i 7 kap. 7 e § 1 st – MIG 2015:11 och MIG 2015:20

Bestämmelsen om återkallelse infördes alltså 2014 och under 2015 meddelade Migrationsöverdomstolen ett par mycket uppmärksammade domar där uppehållstillstånd återkallades till följd av den nya obligatoriska bestämmelsen om återkallelse. I avgörandet MIG 2015:11 var frågan om en utlänning hade rätt till förlängt uppehållstillstånd och arbetstillstånd trots att lönen under en del av tidigare tillståndsperiod hade varit lägre än hon uppgett när hon beviljades det tidigare uppehålls- och arbetstillståndet. Utlänningen i målet hade arbetet i sådan begränsad omfattning att hennes månadsinkomst hade varit under 13 000 kr (under försörjningskravet) under en del av den tidigare tillståndsperioden. I domskälen angav Migrationsöverdomstolen bl.a. följande:

Om förutsättningarna för det tidsbegränsade arbetstillståndet 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. Konsekvensen 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 tillämpningen som lagstiftaren gett uttryck för när det gäller om ett tillstånd ska återkallas innebar också, enligt Migrationsöverdomstolens bedömning, att ett motsvarande förhållningssätt bör gälla vid prövning av om ett tillstånd ska förlängas. Enligt domstolen borde en förlängningsansökan

¹ Prop. 2013/14:227 s. 27 f.

därför inte beviljas om det framkommer att förutsättningarna för arbetstillståndet inte varit uppfyllda under den tidigare tillståndsperioden. Domstolen uttalade vidare att "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 att den princip som kom till uttryck i MIG 2015:11 skulle tillämpas på motsvarande sätt även då frågan gäller en ansökan om permanent uppehållstillstånd efter fyra års tidsbegränsade tillstånd för arbete eller en ansökan om förlängning av uppehållstillståndet och arbetstillståndet av särskilda skäl för längre tid än fyra år.

Sedan Migrationsöverdomstolen meddelade dessa domar och tillämpat denna praxis i flera liknande fall har det pågått en omfattande allmän debatt om utformningen och tillämpningen av regelverket om arbetstillstånd, vilken prövning som bör göras vid förlängning av tillstånd och när sådana ska kunna återkallas.

En statlig utredning, *Stärkt ställning för arbetskraftsinvandrare på arbetsmarknaden (SOU 2016:91)* tillsattes och föreslog bland annat viss lättnad i den obligatoriska regeln genom ett undantag.

Ny bestämmelse om undantag från återkallelse fr.o.m. 1 december 2017

Mot bakgrund av den omfattande debatten om den stränga tillämpningen av återkallelsebestämmelsen ändrades bestämmelsen den 1 december 2017 så att återkallelse inte behöver ske om arbetsgivaren har avhjälpt brister i anställningsvillkoren utan att Migrationsverket har vidtagit någon åtgärd. Ändringen utgick från förslaget i SOU 2016:91.

I propositionen uttalades bl.a. följande: *Regeringen anser att det är viktigt att upprätthålla legitimiteten för systemet för arbetskraftsinvandringen: att skydda individer från utnyttjande och motverka lönedumpning och illojal konkurrens mellan näringsidkare. Exempel på detta kan vara att arbetsgivaren felaktigt trott att korrekt försäkring för arbetskraftsinvandraren har tecknats, att arbetsgivaren har tagit fel på datum för inbetalning av försäkringspremie, att lönen har varit för låg på grund av systemfel hos arbetsgivaren vid löneutbetalning [...].²*

Undantaget bör enligt förarbetena dock inte tillämpas om en arbetsgivare t.ex. regelmässigt använder möjligheten att avhjälpa brister i ett senare skede istället för att uppfylla villkoren vid anställningstillfället.

Det ska i detta sammanhang också nämnas att majoriteten i socialförsäkringsutskottet i riksdagsbehandlingen av propositionen inte ansåg att regeringens förslag var tillräckligt långtgående. Utskottet utarbetade i all hast ett eget författningsförslag med huvudsaklig innebörd att huvudregeln om återkallelse istället skulle bli fakultativ. Omfattningen och karaktären för avvikelserna skulle vägas mot utlänningens intresse av att få bo och arbeta i Sverige vid bedömning av om återkallelse ska ske. Även arbetsgivarens intresse av att anställningen fortsatte skulle beaktas liksom betydelsen av utlänningens anknytning till den svenska arbetsmarknaden.³

² Möjlighet att avstå från återkallelse av uppehållstillstånd när arbetsgivaren självmant har avhjälpt brister (prop. 2016/17:212)

³ Förslaget utgick från följdmotion 2017/18:120, Johanna Jönsson m.fl. (C, M, L, KD)

Lagrådet avstyrkte utskottets förslag med hänvisning dels till den bristande beredningen, dels till att förslaget – utan att det uppmärksammats i remissen – innebar en grundläggande förändring av det nuvarande systemet för arbetskraftsinvandring⁴.

Till följd av Lagrådets kritik avstod riksdagen från att gå vidare med det egna förslaget och godkände istället regeringens proposition om att återkallelse inte behöver ske om arbetsgivaren har avhjälpit brister i anställningsvillkoren utan att Migrationsverket har vidtagit någon åtgärd. Utskottet riktade samtidigt ett tillkännagivande till regeringen att skyndsamt återkomma till riksdagen med ett lagförslag som kan träda i kraft så snart som möjligt, dock senast den 1 juli 2018 och som stärker proportionaliteten och säkerställer att en arbetskraftsinvandrare inte ska utvisas på grund av att arbetsgivaren utan uppsåt begått mindre eller obetydliga fel.⁵

Parallellt pågick då den nu aktuella utredningen med uppdrag att lämna sådana förslag på ytterligare utrymme för undantag från återkallelse för mindre eller obetydliga fel. Utredningen presenterade sitt förslag den 19 december 2017 i vilket man hann beakta material fram till den 11 december 2017.

Migrationsöverdomstolens nya vägledande domar, MIG 2017:24 och MIG 2017:25

Två dagar senare, d.v.s. den 13 december 2017 meddelade Migrationsöverdomstolen två nya vägledande domar om vilken bedömning som ska göras av om förutsättningarna för arbetstillstånd varit uppfyllda eller inte vid prövning av ansökan om förlängning av arbetstillstånd och ansökan om permanent uppehållstillstånd efter fyra års tidsbegränsade arbetstillstånd.

Den nya praxisen innebär en ny syn på vilken prövning som ska göras av om förutsättningarna för arbetstillstånd varit uppfyllda enligt 6 kap. 2 § 1 st jämfört med domstolens tidigare praxis. Det innebär i sin tur att domarna också får direkt betydelse för frågan om vad som ska utgöra sådana mindre fel och brister i uppfyllandet av förutsättningarna som ska kunna innebära att tillståndet inte återkallas.

I MIG 2017:24 uttalar domstolen beträffande villkoren och förutsättningarna för arbetstillstånd att man *”måste göra en helhetsbedömning av samtliga anställningsvillkor för att kunna avgöra om dessa är i överensstämmelse med vad som följer av kollektivavtal eller praxis inom yrket eller branschen. Det innebär också att t.ex. ett något sämre försäkringsskydd kan kompenseras av en högre lön och tvärt om. Så länge som de villkor som erbjuds vid en helhetsbedömning inte kan anses vara sämre än vad som är brukligt inom yrket eller branschen bör de kunna godtas.*

När det, som i detta fall, är fråga om att bedöma om de villkor som gällt under en tidigare anställningsperiod har varit sämre än vad som följer av kollektivavtal eller praxis inom yrket eller branschen bör man enligt Migrationsöverdomstolen på motsvarande sätt göra en helhetsbedömning av hur villkoren har sett ut. En sådan bedömning kan knappast göras månad för månad, eftersom såväl löner som andra villkor ibland avtalas för retroaktiv tid t.ex. om avtalsförhandlingarna mellan arbetsmarknadens parter drar ut på tiden. Andra avvikelser från villkoren kan av olika skäl också ha

4

<http://lagradet.se/yttranden/Mojlighet%20att%20avsta%20fr%E5n%20aterkallelse%20av%20uppehallstillstand%20for%20arbete.pdf>

⁵ Socialförsäkringsutskottets betänkande 2017/18:SfU7

funnits vid någon tidpunkt. Det får därför ske en prövning av om villkoren över tid har varit likvärdiga med kollektivavtal eller praxis inom yrket eller branschen eller om de har varit sämre än dessa.”⁶

I MIG 2017:25 understeg lönen, under en del av den tidigare tillståndsperioden, kollektivavtalsenlig lön. Domstolen erinrade om att 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 och uttalade att:

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.⁷

III. Förslaget om en möjlighet att avstå från återkallelse i ringa fall – ytterligare undantag i 7 kap. 7 e § 3 st UtL

Förslaget i promemorian innebär att det ska vara möjligt att avstå från att återkalla ett uppehållstillstånd för arbete även om det fel som annars skulle leda till återkallelse upptäcks av Migrationsverket eller först efter att tillståndstiden löpt ut.

Prövningen av om det finns skäl att avstå från återkallelse ska göras efter en bedömning av omständigheterna i varje enskilt fall. Vid bedömningen ska särskilt beaktas om felet är mindre eller obetydligt i förhållande till intresset att motverka utnyttjande av enskilda arbetskraftsinvandrare samt villkorsdumpning och illojal konkurrens mellan näringsidkare. Vid bedömningen ska också särskilt beaktas om och när felet har avhjälpits.

Vidare föreslås att ett tillstånd normalt inte behöver återkallas om felet har begåtts av en tidigare arbetsgivare. I dessa fall bör undantag från återkallelse kunna göras oberoende av felets

⁶ <https://lagen.nu/dom/mig/2017:24>

⁷ <https://lagen.nu/dom/mig/2017:24>
<https://lagen.nu/dom/mig/2017:25>

beskaffenhet och trots att det inte är avhjälpt. I de fall det är fråga om missbruk eller kringgående av reglerna för arbetskraftsinvandring bör dock även fel som begåtts av tidigare arbetsgivare beaktas vid bedömningen av om ett tillstånd ska återkallas.

Förslaget innebär att en ändring görs av lagtexten genom att det förs in ytterligare ett undantag från återkallelse för ringa fall i 7 kap. 7 e § 3 st:

- Trots vad som anges i första stycket 1 behöver ett tillstånd inte återkallas om arbetsgivaren har avhjälpt bristen utan att Migrationsverket har vidtagit någon åtgärd *eller annars i ringa fall*.

Lagändringen föreslås träda i kraft den 1 juli 2018.

Vid bedömningen av om ett fel kan anses vara mindre eller obetydligt menar utredningen att det måste göras en samlad bedömning av bl.a. felets orsak, beskaffenhet och omfattning. Fel som begåtts i syfte att missbruka reglerna om arbetskraftsinvandring eller utnyttja dem för annat syfte än det avsedda kan enligt utredningen inte anses vara mindre eller obetydliga. Det måste också rimligen ställas krav på att arbetsgivare och arbetskraftsinvandrare håller sig informerade om gällande krav för arbetstillstånd och att de kontrollerar att kraven är uppfyllda under tillståndstiden. Det bör därför inte tolereras att en arbetsgivare, även om det sker utan avsikt, upprepade gånger eller under en längre tid tillämpar villkor som avviker från gällande krav. Detsamma bör gälla om villkorsavvikelserna är betydande. Fel som är betydande kan som regel tolereras kortare tid än fel som är av mindre vikt eller omfattning. Det måste emellertid finnas utrymme för misstag och felaktiga bedömningar. Det bör bl.a. kunna godtas att lönen under en period understiger lägsta godtagbara nivå om det finns en rimlig förklaring. Det kan t.ex. röra sig om de situationer som nämns i prop. 2016/17:212 om att arbetsgivaren missat att lönenivån enligt kollektivavtalet har ändrats eller där lönen har blivit för låg till följd av felaktigt registrerade uppgifter eller systemfel vid löneutbetalningen.

En för låg lön under vissa månader bör också kunna kompenseras av en högre lön andra månader under förutsättning att genomsnittslönens storlek når upp till gällande krav. Det bör enligt utredningen också kunna accepteras vissa mindre avsteg från andra krav som följer av lag eller kollektivavtal. Det kan t.ex. handla om arbetskraftsinvandrare som av förbiseende tagit ut för få semesterdagar eller om semesterersättning som betalats ut vid fel tidpunkt.

IV. Allmänna synpunkter på behov av förbättringar av regelverket

Unionen anser att det är mycket välkommet att regering och riksdag nu försöker komma tillrätta med de uppenbara brister och otydligheter som för närvarande finns i regelverket om arbetstillstånd och som lett till helt orimliga konsekvenser för enskilda arbetstagare som drabbats av återkallelse av uppehållstillstånd och arbetstillstånd till följd av mindre fel och misstag från arbetsgivares sida.

En justering av reglerna för när tillstånd ska återkallas och vilka mindre fel och brister som kan tålas om förutsättningarna för tillståndet inte längre är uppfyllda är välkommen.

Unionen anser att det krävs tydliga, rättssäkra och väl avvägda regler som förhindrar missbruk av arbetstagare vid arbetskraftsinvandring samtidigt som arbetsgivare måste kunna tillgodose sina behov av rätt kompetens utifrån ett förutsägbart och tydligt regelverk.

För att regelverket ska bli välfungerande och fylla dessa syften krävs det dock en rad ytterligare åtgärder utöver undantag för återkallelse av tillstånd till följd av mindre fel från arbetsgivarens sida. Unionen vill därför inledningsvis lämna några mer allmänna och övergripande synpunkter på regelverket och vad som i övrigt också behövs för att få ett rättssäkert, ändamålsenligt och välfungerande system.

För det första är den helt centrala bestämmelsen om vilka villkor som krävs för att kunna beviljas arbetstillstånd, och förlängning av sådant, fortfarande inte tillräckligt tydlig. Den situation som uppstått på området - där den närmare innebörden av de helt centrala bestämmelserna om förutsättningarna för arbetstillstånd och reglerna för återkallelse – nu istället kommit att löpande utvecklas i oförutsägbar praxis från Migrationsöverdomstolen är uppenbart olycklig. Det är inte en acceptabel ordning på ett område där myndighet fattar beslut av mycket stor betydelse för såväl enskilda arbetstagare som arbetsgivare och där behovet av rättssäkerhet och förutsägbarhet gör sig gällande i särskilt hög grad. Detta problem har också påtalats av Riksrevisionen som har föreslagit att det behövs ett tydliggörande av hur Migrationsverket ska tillämpa reglerna för att likabehandling och förutsägbarhet ska kunna säkerställas⁸.

Enligt Unionens uppfattning är det mycket angeläget att detta nu åtgärdas. Behovet gör sig än mer gällande mot bakgrund av att den nya praxisen från Migrationsöverdomstolen väcker frågor om vilken prövning som ska göras av de villkor som ska gälla.

Närmare föreskrifter borde enligt Unionens uppfattning kunna utarbetas av regeringen med stöd av det befintliga bemyndigandet i 6 kap. 8 § enligt vilket regeringen får meddela ytterligare föreskrifter om arbetstillstånd. Denna typ av centrala frågor och rekvisit bör inte vara föremål för bedömning av Migrationsverket självt genom rättsliga ställningstaganden eller handböcker.

Ett förslag för ökad tydlighet skulle möjligen kunna vara att tydligare klargöra vilka villkor och vilken prövning som ska göras för prövningen av 6 kap. 2 § när arbetstillståndet söks respektive vilken prövning som ska göras i ett senare skede, t.ex. inom ramen för ansökan om förlängning, permanent uppehållstillstånd eller återkallelse. Såsom rättsläget nu utvecklats är det tydligt att det numera i praktiken är fråga om olika prövningar, inte minst mot bakgrund av den ”ventil” i form av det undantag från återkallelse som införts. Dessutom gör sig olika överväganden delvis gällande beroende på om arbetsgivaren är bunden av kollektivavtal eller ej där det i det senare fallet ofta framförs synpunkter på Migrationsverkets bedömning. Unionen redovisar sina synpunkter i dessa frågor nedan.

Det kan också konstateras att ytterligare tydlighet också väsentligt skulle förbättra förutsättningarna för att arbetstagarorganisationerna ska kunna lämna ändamålsenliga yttranden i ärenden om arbetstillstånd.

För det andra, för att syftet med regelverket ska kunna uppfyllas och missbruk kunna förebyggas krävs det också att en arbetsgivare som bryter mot villkoren kan åläggas sanktioner och en möjlighet för arbetstagare att erhålla ersättning. Det är därvid inte tillräckligt med en ”undantagsventil” om att återkallelse inte behöver göras till följd av mindre fel och brister från arbetsgivarens sida.

⁸ *Ett välfungerande system för arbetskraftsinvandring?* (RiR 2016:32)

Unionen har med tillfredsställelse noterat att utredningen också har i uppdrag att lämna förslag i dessa delar i slutet av februari. Det är dock beklagligt att förslagen från utredningen inte kunde presenteras som en helhet eftersom utformningen av de kommande förslagen om sanktioner och ersättning i hög grad påverkar förutsättningarna för, och bedömningen av, i vilken utsträckning brister i villkoren kan anses vara av så begränsad omfattning att återkallelse inte behöver ske. Mot bakgrund av de senaste årens debatt och frågornas stora vikt för enskilda och att olika intressen noggrant måste vägas mot varandra för att hitta en mer ändamålsenlig ordning hade det varit önskvärt om regeringen istället hade tagit ett samlat grepp om frågan istället för att olika åtgärdsförslag nu presenteras styckevis och delat.

V. Närmare synpunkter på promemorians förslag om en möjlighet att avstå från återkallelse i ringa fall

Unionen anser allmänt att promemorians förslag betraktat för sig är väl avvägt. Det ligger i linje med synpunkter som Unionen tidigare framfört ifråga om när återkallelse bör kunna underlåtas. Ett undantag för mindre eller obetydliga fel, ringa fall, bör finnas för att arbetstagaren inte ska behöva riskera återkallat tillstånd och utvisning p.g.a. mindre fel och misstag från arbetsgivarens sida utan uppsåt eller i avsikt att missbruka eller kringgå systemet. Detta bör gälla även om det upptäcks av Migrationsverket eller av annan, om det är ursäktligt att rättelse inte skett före dess eller det på annat sätt kan vara att bedöma som ringa.

Särskild vikt bör därvid kunna fästas vid om misstaget på något sätt kan anses ursäktligt eller om det finns en godtagbar förklaring till misstaget. En omständighet som också bör kunna beaktas är om arbetsgivaren varit aktsam och kan visa att han eller hon på ett rimligt sätt försökt informera sig om regelverket för att uppfylla villkoren. Även t.ex. det förhållandet att arbetsgivaren fått fel besked från professionell rådgivare bör kunna utgöra sådana "ursäktliga" misstag. Andra exempel kan vara att arbetsgivaren av misstag betalat in försäkring till fel bolag eller misstagit sig och tecknat fel försäkring, att inbetalning av misstag vid ett fåtal tillfällen skett för sent eller med för små belopp.

Unionen vill dock i detta sammanhang erinra om vad som måste vara den naturliga och nödvändiga utgångspunkten för att syftet med lagstiftningen ska kunna uppfyllas, nämligen att det främst bör vara arbetsgivarens ansvar att regelbundet bevaka och kontrollera att villkoren för arbetstillståndet är uppfyllda. För arbetsgivare som omfattas av kollektivavtal innebär det en kontroll av att villkoren enligt kollektivavtalet beträffande lön och försäkringar följs och att följa förändringar avseende dessa villkor i avtalen. Påståenden och invändningar om att det är svårt för en arbetsgivare att bedöma vilka anställningsvillkor som denne har att följa enligt kollektivavtalet har enligt Unionen ingen större tyngd. Eventuella oklarheter ifråga om lönenivåer och vilka kollektivavtalade försäkringar som ska tecknas kan i normalfallet lätt redas ut, t.ex. genom en kontakt med den egna arbetsgivarorganisationen eller berörd arbetstagarorganisation.

I skälen till en ny bestämmelse bör det enligt Unionen tydligt redovisas att bedömningen enligt 7 kap. 7 e § 3 st bör göras med utgångspunkt från lagstiftningens syfte att förhindra missbruk.

När det gäller sådana brister som inte bör kunna tolereras anser utredningen att den omständigheten att en arbetsgivare utan godtagbara skäl dröjer med att avhjälpa ett fel eller annars inte medverkar till att ett avhjälpande kommer till stånd starkt talar emot att tillståndet inte behöver

återkallas. Enligt utredningen bör utrymmet att avstå från att återkalla ett tillstånd om arbetsgivaren inte avhjälpert ett fel trots att det är möjligt bör vara ytterst begränsat.

Även om Unionen som utgångspunkt delar denna bedömning vill Unionen dock framhålla vikten och värdet av att regelverket så långt som möjligt också bör utformas på ett sådant sätt att det inte ska innebära en risk i tillståndshänseende för en enskild arbetstagare som vill kräva de villkor han eller hon har rätt till. Det bör inte vara så att arbetstagaren, av rädsla för att uppehållstillståndet ska återkallas, inte vågar framställa ett yrkande om att få den lön och andra villkor han eller hon har rätt till enligt kollektivavtal eller anställningsavtalet. För att minimera den risken bör särskild hänsyn också kunna tas till om arbetstagaren försökt påtala felet och få till stånd en rättelse av ett fel eller en brist som beror på orsaker som arbetstagaren inte råder över och som arbetstagaren inte har ansvaret för.

För att systemet ska kunna fungera ändamålsenligt krävs, som redan påpekats, att regelverket också innehåller sanktionsmöjligheter mot arbetsgivare som medvetet missbrukat eller kringgått reglerna. Så länge som arbetstagaren ensam "får stå risken" finns annars fortfarande anledning att befara att det kan missbrukas och att arbetstagare inte kommer våga kräva att få ut sina villkor.

Visserligen kan en arbetstagare idag i denna situation välja att säga upp sig och hoppas på att inom fyra månader hitta ett nytt jobb som kan ge rätt till arbetstillstånd, den så kallade omställningstiden. Det är dock inte en ordning som kan sägas ha någon preventiv effekt i förhållande till arbetsgivare som medvetet inte följer regelverket.

Synpunkter på förslaget att tillståndet inte ska behöva återkallas om felet begåtts av tidigare arbetsgivare – förhållandet till de fall där anställningen upphört

Med anledning av förslaget att ett tillstånd normalt inte behöver återkallas om felet har begåtts av en tidigare arbetsgivare har Unionen vissa närmare synpunkter på författningsförslaget som redovisas i särskilt avsnitt nedan.

Unionen vill därutöver väcka ett par frågeställningar angående hur promemorians förslag till ändring av tredje stycket ska förstås i förhållande till det befintliga andra stycket i paragrafen och det fallet att arbetstagarens anställning upphört innan ett beslut om återkallelse fattats.

Enligt andra stycket gäller att frågan om återkallelse i fall där anställningen upphört ska prövas enligt 7 kap. 3 § första stycket 2. Enligt den bestämmelsen får uppehållstillstånd i nu aktuella fall då återkallas om inte utlänningen inom fyra månader har fått en ny anställning som omfattas av arbetstillståndet eller inom samma tid ansökt om arbetstillstånd med anledning av en ny anställning och ansökan därefter beviljas.

I förarbetena till denna bestämmelse om så kallad omställning uttalade regeringen att:
Bestämmelsen innebär bl.a. att en utlänning som säger upp sig från sin anställning så att anställningen upphör innan Migrationsverket fattar beslut om återkallelse ... får viss tid på sig att söka nytt arbete och i förekommande fall ett nytt arbetstillstånd innan en återkallelse av tillståndet kan bli aktuell.

Vidare uttalades att underrättelse om att en utredning inletts kan ske t.ex. i samband med Migrationsverkets kommunikering i återkallelseärendet.

Unionen konstaterar att återkallelse i de fall som omfattas av andra stycket är en fakultativ bestämmelse ("får") till skillnad från huvudregeln i 7 kap. 7 e § 1 st som är obligatorisk, återkallelse ska ske. Av lagtexten följer också att återkallelse inte kan göras om utlänningen får en ny anställning på det sätt som anges i 7 kap. 3 § första stycket 2.

I dessa fall synes alltså rättsläget idag vara sådant att den tidigare arbetsgivarens brister inte spelar någon roll för bedömningen av ett nytt arbetstillstånd eller om utlänningen får ett nytt arbete som omfattas av det tidigare beviljade arbetstillståndet. Undantaget från återkallelse som infördes den 1 december 2017 i 7 kap. 7 e § 3 st gäller nämligen uttryckligen inte där anställningen upphört.

Såvitt Unionen kan förstå innebär detta för närvarande att en arbetstagare som får besked om att Migrationsverket påbörjat ett ärende om återkallelse i praktiken har att välja mellan att lämna den aktuella anställningen för att försöka hitta en ny anställning inom omställningsperioden eller att stanna kvar i anställningen och hoppas att bristerna bedöms vara så små att de omfattas av undantaget i 7 kap. 7 e § 3 st och inte behöver föranleda återkallelse.

Fördelen för arbetstagaren att i det läget säga upp sig själv skulle vara att den tidigare arbetsgivarens brister inte påverkar bedömningen av den nya anställningen. Men, om utlänningen inte lyckas få någon ny anställning inom den angivna omställningstiden får tillståndet återkallas.

Fördelen med att stanna kvar i anställningen skulle vara just att ha sin anställning kvar. Arbetstagaren står dock i det fallet risken att bli av med sitt uppehålls- och arbetstillstånd och att bli utvisad om arbetsgivarens brister inte skulle bedömas vara av sådan liten omfattning att de omfattas av 7 kap. 7 e § 3 st.

Den enskilda arbetstagaren riskerar alltså här att hamna i en mycket olycklig valsituation, i grund och botten föranledd av att arbetsgivaren inte följt kraven i 6 kap 2 § 1 st om anställningsvillkoren.

I kombination med promemorians förslag synes rättsläget kunna bli ännu mer komplicerat mot bakgrund av att förslaget innebär att ett tillstånd normalt inte behöver återkallas om felet har begåtts av en tidigare arbetsgivare.

Om det förslaget blir lag så verkar konsekvensen nämligen bli att en arbetstagare som kan få ett *nytt jobb utan att den första anställningen upphör* i någon mån kommer befinna sig i ett bättre läge eftersom brister hos den förste arbetsgivaren enligt förslaget i princip helt ska bortses från. Undantag från återkallelse ska enligt förslaget i dessa fall kunna göras oberoende av felets beskaffenhet och trots att det inte är avhjälpt. Detta ska dock inte gälla om det är fråga om missbruk eller kringgående.

Den *arbetstagare vars anställning istället upphört* behöver visserligen inte heller oroa sig för brister från den förste arbetsgivarens sida eftersom dessa inte prövas för tillstånd enligt 7 kap 3 §. Däremot får uppehållstillståndet återkallas om en arbetstagare i den situationen inte lyckas hitta ett nytt jobb inom omställningstiden. Såvitt Unionen förstår lagtexten gäller i dessa fall att hänsyn också ska tas till den anknytning som utlänningen har till det svenska samhället och till om andra skäl talar mot att tillståndet återkallas enligt 7 kap. 4 §. Vid bedömningen ska särskilt beaktas utlänningens levnadsomständigheter, om utlänningen har barn i Sverige, övriga familjeförhållanden och hur länge utlänningen har vistas i Sverige. Denna bedömning kan alltså resultera i att en utlänning kan få behålla uppehållstillståndet även om något arbetstillstånd inte beviljas.

Unionen ställer sig frågande till rimligheten med en sådan ordning och anser att dessa frågor bör analyseras närmare i det fortsatta lagstiftningsarbetet. Utgångspunkten bör vara att regelverket ska bli tydligt och förutsägbart och att arbetstagaren så långt möjligt inte ska behöva hamna i det dilemma som redovisats ovan.

I utredningens skäl till varför tillstånd normalt inte ska behöva återkallas om felet har begåtts av en tidigare arbetsgivare nämns exemplet att en tidigare arbetsgivare inte alltid kan avhjälpa ett fel, t.ex. om företaget gått i konkurs. Unionen antar att det syftar på fall som inte omfattas av andra stycket. I det kommande lagstiftningsarbetet finns anledning att förtydliga skillnaderna mellan första och tredje stycket respektive andra stycket och konsekvenserna av promemorians förslag i dessa avseenden.

Unionen befarar att det mot bakgrund av Migrationsöverdomstolens nya praxis framöver kan komma visa sig att prövningen av huruvida fråga är om missbruk eller kringgående eller inte kan bli väldigt svår att göra inom ramen för den helhetsbedömning som domstolen menar ska göras. Det skulle kunna leda till nya individfall där regelverket istället kommer anses alltför liberalt och riskera att öppna för missbruk eller alltför strikt. I vilket fall kommer det kunna anklagas för att varken vara förutsägbart eller rättssäkert. Unionen anser mot denna bakgrund att regeringen i den kommande lagrådsremissen närmare bör utveckla vilka omständigheter som kan anses utgöra missbruk och kringgående. I promemorian nämns exemplet att en arbetsgivare sätter i system att börja bedriva sin verksamhet i en ny juridisk person efter att Migrationsverket har upptäckt felaktigt agerande i den tidigare.

Avslutningsvis bör tidigare arbetsgivares underlåtenhet att följa bestämmelserna också på något sätt kunna sanktioneras för att förhindra och beivra missbruk även om den enskilde får behålla sitt uppehållstillstånd. Unionen återkommer med synpunkter i denna fråga när förslaget om sanktioner mot arbetsgivare har presenterats.

Kommentarer angående uppfyllandet av villkoren enligt 6 kap. 2 § 1 st UtlL mot bakgrund av Migrationsöverdomstolens nya praxis

Som tidigare nämnts lämnades förslaget i den nu aktuella promemorian utan att utredaren hann beakta de nya vägledande domarna. Förslagen i promemorian har alltså utarbetats med utgångspunkt från den tidigare strikta praxisen om återkallelse från 2015. Den nya praxisen där Migrationsöverdomstolen uttalar sig om förutsättningarna för arbetstillstånd och att en helhetsbedömning ska göras av om dessa varit uppfyllda eller ej får, om än indirekt, stor betydelse för bedömningen av konsekvenserna förslaget i promemorian. Detta eftersom frågan om återkallelse i hög grad beror på om förutsättningarna för arbetstillståndet varit uppfyllda eller ej.

Unionen välkomnar på ett övergripande plan de domarna från Migrationsöverdomstolen när det gäller domsluten och det avstamp som domstolen gör i lagstiftningsens syfte. Däremot domskälen ifråga om den helhetsbedömning som domstolen redovisar för vilken prövning ska göras av om villkoren varit uppfyllda i vissa delar alldeles för långtgående enligt Unionens uppfattning. Det kan också ifrågasättas om den extensiva bedömningen i alla delar har stöd i lagen och förarbetena.

När det gäller domstolens uttalanden i MIG 2017:24 om att t.ex. ett något sämre försäkringsskydd kan kompenseras av en högre lön eller att villkoren kan sägas vara likvärdiga med kollektivavtal vill

Unionen framhålla att en sådan ”äpplen mot päron-bedömning” inte kan bli aktuell för arbetsgivare som omfattas av kollektivavtal med mindre än att kollektivavtalet tillåter det.

En arbetsgivare som är bunden av kollektivavtal – antingen som medlem i en arbetsgivarorganisation eller genom hängavtal – är helt enkelt skyldig att följa avtalet och att tillämpa det på alla arbetstagare oavsett om de är medlemmar i facket eller ej.

Majoriteten av arbetsgivarna på arbetsmarknaden i Sverige är anslutna till kollektivavtal, varför dessa kollektivavtal får anses vara praxis i förevarande fall. Täckningsgraden, d.v.s. den andel av arbetstagarna som omfattas av kollektivavtal, ligger närmare 90 % även om det finns branscher med lägre täckningsgrad. Det innebär enligt Unionens uppfattning att de kollektivavtalade försäkringarna också utgör fast praxis inom de flesta yrken och branscher.

Det innebär i sin tur att kollektivavtalens innehåll får betydelse också för bedömningen av vad som utgör praxis inom yrket eller branschen för arbetsgivare som inte omfattas av kollektivavtal. Det är nämligen inte ovanligt att arbetsgivare som inte omfattas av kollektivavtal ändå många gånger tillämpar villkoren som motsvarar vad som gäller enligt det kollektivavtal som är aktuellt i branschen. Unionen delar inte den beskrivning som förts fram av Svenskt Näringsliv om att kravet på försäkringsskydd i anställningsvillkoren, i form av bl.a. tjänstepensions- och sjukförsäkring, i dessa sammanhang ska vara att betrakta som ett tilläggskydd utöver det allmänna systemet.

Ifråga om försäkringsskydd anser Unionen, för arbetsgivare som är bundna av kollektivavtal, att den självklara utgångspunkten fortsatt bör vara att det är de kollektivavtalade försäkringarna som ska tecknas och betalas. Se vissa särskilda kommentarer angående garantier i de kollektivavtalade försäkringarna nedan.

Även om man i viss mån ur ett mer allmänt perspektiv kan ha förståelse för synpunkten att en väldigt hög lön i viss mån borde kunna uppväga frånvaro av, eller sämre, försäkringsvillkor ifrågasätter Unionen att en sådan bedömning idag har stöd i lagtexten och förarbetena. För arbetsgivare som omfattas av kollektivavtal kan avsteg inte göras utöver vad avtalen medger med hänvisning till vad som anförs ovan. Men Migrationsöverdomstolens betraktelsesätt riskerar att även i övrigt få väldigt långtgående konsekvenser genom att det blir ännu otydligare vilka villkor som faktiskt är en förutsättning för arbetstillståndet och för förlängning av sådant. En sådan ordning skulle innebära ett långtgående behov av kontroller, såväl i samband med ansökan som av efterkontroller för att inte riskera att öppna upp för missbruk och att arbetstagarna inte får de villkor som är en förutsättning för att tillståndet beviljades. I detta sammanhang kan tilläggas att Migrationsverket enligt egen uppgift inte längre granskar tidigare perioder på samma noggranna sätt som tidigare. Istället fokuserar man i högre grad på kontroller där indikationer finns om att något är fel eller där kontrolluppgifter eller liknande ger anledning till närmare kontroll.

I fall där arbetsgivaren inte omfattas av kollektivavtal anser Unionen mot denna bakgrund att det måste tydliggöras vilket försäkringsskydd som bör kunna accepteras i dessa fall för att skapa rättssäkerhet och förutsägbarhet i regelverket såväl för arbetstagaren som för arbetsgivaren. Som framfördes inledningsvis bör närmare föreskrifter kunna utarbetas av regeringen med stöd av det befintliga bemyndigandet i 6 kap. 8 §.

Unionen kan också konstatera att frågeställningen om och hur brister i försäkringsskyddet kan läkas i efterhand i sin tur också är intimt förknippade med vilka krav som ställs på arbetsgivaren i fråga om läka sådana brister på annat sätt, t.ex. genom ersättning för bortfall av sjukersättning m.m. I avvaktan på att utredningen presenterar sina förslag i fråga om sanktioner mot arbetsgivare och ersättning till arbetstagare är det därför tyvärr inte möjligt att ta ställning till frågan om hur brister i försäkringsvillkoren bör bedömas inom ramen för prövning av om uppehållstillståndet ska återkallas.

Unionen delar regeringens syn på vikten av att upprätthålla legitimiteten för systemet för arbetskraftsinvandring, nämligen att skydda individer från utnyttjande och motverka lönedumpning och illojal konkurrens mellan näringsidkare. Mot bakgrund av den glidning ifråga om villkoren som riskerar följa i spåren på den nya praxisen vill Unionen framhålla vikten av att regeringen i det kommande arbetet med lagrådsremiss och proposition tydligt bekräftar att någon ändring ifråga om de grundläggande förutsättningarna för att kunna beviljas arbetstillstånd i 6 kap 2 § inte är aktuell.

Det närmare utrymmet för när undantag bör kunna göras och återkallelse inte behöver ske får nu nämligen inte i kombination med den nya praxisen riskera bli sådant att det – tvärtom mot syftet – istället för att stärka den enskilde arbetstagarens rättigheter och villkor istället leder till en allmän utspädning av dessa villkor hos arbetsgivare som inte omfattas av kollektivavtal. Lösningen på problematiken bör enligt Unionens uppfattning inte vara att börja tumma på de grundläggande kraven – nämligen att lönen och anställningsvillkoren inte ska vara sämre än KA eller praxis. En sådan ordning riskerar i förlängningen att bli direkt kontraproduktiv i förhållande till lagstiftningens syfte och kan i värsta fall på nytt öppna upp för sådant kringgående och missbruk som var skälet till att riksdagen för fyra år sedan införde bestämmelsen om återkallelse av uppehållstillstånd för arbete.

I förarbetena till det nya systemet för arbetskraftsinvandring från 2008 uttalades: *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.*⁹

Med utgångspunkt från detta syfte måste lösningen enligt Unionens uppfattning istället vara att värna att lönen, försäkringsskyddet och övriga anställningsvillkor inte är sämre än de villkor som följer av svenska kollektivavtal eller praxis inom yrket eller branschen.

Som Unionen framhållit ovan är det angeläget att ytterligare tydlighet nu skapas såväl i fråga om de närmare villkoren för att få beviljas arbetstillstånd som vilken prövning som ska göras vid förlängning och andra ärenden som innefattar en prövning av om villkoren varit uppfyllda, t.ex. ärenden om återkallelse.

Unionen anser att det inom ramen för det fortsatta arbetet med utarbetande av lagrådsremiss är viktigt att regeringen nu inte bara tar ställning till vad som kan utgöra undantag för återkallelse utan att regeringen också förtydligar vilken närmare prövning som ska göras av om villkoren ska anses ha varit uppfyllda.

Vid en ansökan om förlängning av ett arbetstillstånd till följd av en ny anställning bör prövningen enligt Unionen ta sin utgångspunkt i en framåtsyftande bedömning av villkoren i det enskilda fallet i kombination med en kontroll av om villkoren varit uppfyllda under tidigare period.

⁹ Prop. 2007/08:147 s. 27 och 59

Unionen anser att uttalande i förarbetena till återkallelseregeln alltså bör äga giltighet:

Vid prövningen av om återkallelse ska ske på den ovan angivna grunden bör de faktiska anställningsvillkoren jämföras med villkoren enligt svenska kollektivavtal eller praxis inom yrket eller branschen. Att anställningsvillkoren ändrats i förhållande till de i tillståndsärendet erbjudna villkoren bör i sig inte utgöra grund för återkallelse. Om anställningsvillkoren har ändrats i förhållande till vad som angavs i ansökningsförfarandet, men fortfarande är i nivå med kollektivavtal eller praxis inom yrket eller branschen ska återkallelse inte ske.

Vid prövningen av anställningsvillkoren måste Migrationsverket vara uppmärksam på företeelser och upplägg vars huvudsakliga syfte är att kringgå kraven avseende anställningsvillkoren. Det kan t.ex. vara fråga om arbetsgivare som vid löneutbetalning till utlänningen gör avdrag för utlägg eller kostnader som saknar verklig grund eller är starkt överdrivna och som får till följd att den ersättning som faktiskt utbetalas till arbets-tagaren inte är i nivå med kollektivavtal eller branschpraxis. Det kan också vara fråga om arbetsgivare som kräver att arbetstagaren ska stå för kostnader som åligger arbetsgivaren på grund av anställningen (t.ex. socialavgifter). Migrationsverket bör i sådana fall göra en bedömning av den verkliga lörens storlek och pröva hur den förhåller sig till kollektivavtal eller branschpraxis.¹⁰

Även för frågan om när undantag ska kunna göras finns det anledning att notera vad domstolen uttalar i MIG 2017:25: "För att ett fel ska anses avhjälpbart bör (min kurs) arbetsgivaren också på lämpligt sätt se till att kompensera arbetskraftsinvandraren för den ersättning eller de förmåner som han eller hon har gått miste om till följd av felet."

Unionen vill tydligt inskräpa sin uppfattning att det, i den mån det är möjligt för arbetsgivaren att kompensera arbetstagaren genom retroaktiv inbetalning eller ersättning för uteblivna förmåner, så ska sådan kompensation erläggas. Om syftet med lagstiftningen ska kunna värnas kan det inte accepteras att arbetsgivaren slipper undan sina skyldigheter. Fokus bör ligga på att arbetsgivaren rättar bristen, inte på att arbetstillståndet återkallas eller villkoren urvattnas.

Unionen konstaterar att denna fråga också är nära förknippad med de ytterligare förslag om ersättning till arbetstagaren som utredningen ska presentera i slutet av februari.

Garantier i kollektivavtal

När det gäller försäkringsvillkor enligt kollektivavtal vill Unionen också framhålla att vissa villkor och förmåner innehåller garantiregler som innebär att arbetstagaren kan tillgodoräknas förmånen även om arbetsgivaren försummar sin skyldighet. En sådan garanti finns t.ex. ifråga om tjänstepensioner för tjänstemän på det privata området.

På detta område gäller som utgångspunkt följande.

En arbetsgivare som genom kollektivavtal är skyldig att teckna tjänstepensionsavtal och som sedan försummar sina skyldigheter enligt avtalet, ska tjänsteman tillgodoräknas avgifter och andra förmåner i samma utsträckning som om arbetsgivaren fullgjort sina skyldigheter.

¹⁰ Prop. 2013/14:227

Detta innebär alltså i praktiken att arbetstagare, som enligt kollektivavtal ska omfattas av ovan försäkringar, inte ska behöva gå miste om de kollektivavtalade förmånerna även om arbetsgivaren inte fullgör sin skyldighet. Kollektivavtalsgarantin går då in och fullgör arbetsgivarens skyldigheter enligt kollektivavtalet. Det bör också noteras att garantiregeln innebär att skadestånd på grund av kollektivavtalsbrott inte krävas av arbetsgivaren.

En liknande garantikonstruktion finns också på tjänstemannasidan för de kollektivavtalade försäkringarna TFA (trygghetsförsäkring vid arbetsskada) och TGL (tjänstegrupplivförsäkringen).

I den mån som denna typ av kollektivavtalsgarantier fullgör arbetsgivarens skyldigheter uppstår alltså aldrig någon brist i uppfyllandet av villkoren i förhållande till arbetstagaren. Enligt Unionens uppfattning bör sådana villkor och förmåner som kan ersättas av kollektivavtalsgaranti därmed också betraktas som uppfyllda inom ramen för den prövning som ska göras av om villkoren för arbetstillståndet varit uppfyllda enligt 6 kap. 2 §. Dessa situationer utgör enligt Unionens uppfattning därmed inte "brister" som ska prövas enligt 7 kap. 7 e § 3 st.

Justeringar av kollektivavtal med retroaktiv verkan

Ett annat exempel när brist inte föreligger är när parternas enas om att justeringar av kollektivavtalsvillkor ska göras med retroaktiv verkan. Det kan t.ex. bero på att avtalsförhandlingarna dragit ut på tiden. Inte heller i dessa fall föreligger en brist förrän arbetsgivaren faktiskt måste fullgöra skyldigheten och brister i fullgörandet. Innan ersättningen behöver utbetalas bör någon brist inte anses föreligga i betydelsen att förutsättningarna för tillståndet inte är uppfyllda. Det blir i detta fall alltså inte ens fråga om ett "ringa fall".

Unionen anser att systemet av nödvändighet behöver utformas på ett sådant sätt att en avtalsenlig tillämpning och eftersläpningar ifråga om när villkoren ändras aldrig ska anses vara en brist i uppfyllandet av villkoren i 6 kap. 2 § 1 st.

I detta sammanhang kan konstateras att Migrationsverket enligt 5 kap 7 § a § 2 st utlänningsförordningen också ska ge facket tillfälle att yttra sig i ärenden om återkallelse av uppehållstillstånd enligt 7 kap. 7 e § första stycket 1.

Omständigheter till grund för gynnande förvaltningsbeslut vid förlängning bör inte senare kunna omprövas och leda till negativt besked för den enskilda

I MIG 2017:24 ansökte arbetstagaren om permanent uppehållstillstånd efter fyra års arbetstillstånd (två år och förlängning med två år). Såvitt framgår av domen godkände Migrationsverket förlängningen efter två år och måste då ha ansett att förutsättningarna för tillståndet varit uppfyllda under den föregående tillståndspanoden. Därefter, i samband med prövning av ansökan om permanent uppehållstillstånd, upptäckte Migrationsverket brister i den första tillståndspanoden och ändrade då sin tidigare bedömning och nekade permanent uppehållstillstånd med hänvisning till att förutsättningarna inte varit uppfyllda under den första tillståndspanoden.

Enligt Unionens uppfattning är det inte acceptabelt att Migrationsverket på detta sätt ska kunna ändra sin bedömning avseende samma tidsperiod och efter att ha meddelat ett gynnande förvaltningsbeslut för den perioden.

I propositionen uttalade regeringen att en förlängning av ett tidsbegränsat arbetstillstånd bör föregås av en ny prövning av om de grundläggande villkoren för arbetstillstånd fortfarande är uppfyllda.¹¹

Enligt Unionens uppfattning varken kan eller bör detta dock tolkas som att Migrationsverket ska göra en omprövning av samma tidsperiod som man tidigare prövat och funnit uppfyllt förutsättningarna. Ett beslut om återkallelse bör helt enkelt inte kunna grundas på fel eller brister i en tillståndsperiod som verket tidigare godkänt och som Migrationsverket upptäcker i ytterligare en senare prövning. I den mån verket då bedömt att förutsättningarna varit uppfyllda och godkänt förlängning bör verket enligt Unionens uppfattning bara kunna ändra sin bedömning avseende den perioden om det framkommer uppgifter eller omständigheter som tyder på att det varit fråga om kringgående eller missbruk av reglerna. Detta följer av allmänna förvaltningsrättsliga principer om gynnande förvaltningsbeslut och de undantag som finns från denna princip, t.ex. återkallelseförbehåll. Regeln i 7 kap. 7 e § 1 st utgör visserligen ett sådant förbehåll varför en första ansökan om förlängning kan nekas om förutsättningarna inte är uppfyllda. Men i den mån förutsättningarna då bedöms uppfyllda bör alltså inte en motsatt bedömning kunna göras av samma period i ett senare beslut.

Unionen är osäker på om detta lämpligen kan rymmas under rubriceringen och som ett exempel av "ringa fall" i tredje stycket. Frågan handlar ju inte i detta skede om arbetsgivarens brist utan om en tillämpning i linje med den förvaltningsrättsliga principen om gynnande förvaltningsbeslut där Migrationsverket inte bör kunna göra en ny bedömning av en period som tidigare prövats och funnits uppfylla kraven. Från arbetstagares och arbetsgivares perspektiv torde dock frågan om var och hur denna princip värnas inom ramen för verkets handläggning gissningsvis vara av underordnad betydelse. Unionen nöjer sig därför med synpunkten att frågan bör analyseras närmare i det fortsatta arbetet med utarbetande av en lagrådsremiss.

Vissa närmare kommentar på författningsförslaget

Unionen anser att de ytterligare exempel som Unionen redovisat ifråga om vad som bör kunna betraktas som ringa fall och vilken hänsyn som därvid ska kunna tas till olika omständigheter bör anges i skälen och i relevanta delar i författningskommentaren i kommande lagrådsremiss. Dessutom bör de exempel som lämnats på vad som inte ens ska vara att betrakta som en brist redovisas.

Möjligen kan det också vara av värde med ett förtydligande om skillnaden mellan de fall som omfattas av det undantag som infördes den 1 december och de fall som ska omfattas av det nya. Möjligen finns där nu en viss överlappning till följd av rekvisitens utformning. Frågan är om ordalydelsen "utan att Migrationsverket vidtagit någon åtgärd" inte i någon mån redan innehåller det som nu föreslås?

Som ovan redovisats finns det enligt Unionens uppfattning i det sammanhanget också skäl att tydligare redovisa att det inte är samma prövning som görs enligt 6 kap. 2 § för att bedöma om ett arbetstillstånd kan beviljas som den prövning som Migrationsverket har att göra inom ramen för ansökan om förlängning av arbetstillstånd eller ansökan om permanent uppehållstillstånd. 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

¹¹ Prop. 2007/08:147 s. 29

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 tillståndperioden varit uppfyllda, dvs. en bakåtsyftande bedömning.

Ett sådant förtydligande har också stöd i förarbetena till det undantag som infördes den 1 december där regeringen uttalade att det bör vara möjligt för Migrationsverket att avstå från att återkalla ett uppehållstillstånd i vissa fall även om villkoren under en period av tillståndstiden inte har varit uppfyllda.

Möjligen bör denna skillnad tydligare framgå av lagtexten, t.ex. genom att 7 kap. 7 e § 1 st formuleras på ett sätt som tydligare redovisar att fråga är om en efterföljande kontroll och inte den ursprungliga kontrollen enligt 6 kap. 2 §?

Mot bakgrund av utredningens förslag att det ska vara möjligt att helt bortse från fel som begåtts av tidigare arbetsgivare och oberoende av felets beskaffenhet vill Unionen också väcka frågan om detta framgår tillräckligt tydligt i förslaget till författningstext. Såvitt Unionen kan förstå kan felet då vara av större omfattning än att de kan kvalificeras som "ringa fall" men utan att utgöra missbruk eller kringgående. Om detta är riktigt uppfattat bör det möjligen regleras särskilt i paragrafen?
Ett utkast för närmare överväganden bifogas:

Trots vad som anges i första stycket 1 behöver ett tillstånd inte återkallas om arbetsgivaren har avhjälpt bristen utan att Migrationsverket har vidtagit någon åtgärd, *eller annars i ringa fall*.

Utkast till tillägg: Om felet begåtts av tidigare arbetsgivare utan att andra stycket är tillämpligt behöver ett tillstånd inte heller återkallas såvida inte felet inneburit ett missbruk, kringgående eller försök till sådant av villkoren för arbetstillståndet.

Här vill vi också hänvisa till synpunkterna ovan om förhållandet mellan de olika styckena i 7 kap. 7 e §.

Behov av tydlighet i fråga om det nya undantagets tillämpning på omständigheter som inträffat före undantagets införande

Unionen noterar att inga övergångsbestämmelser föreslås. Även om det inte formellt krävs vill Unionen föreslå att det tydliggörs att frågan om undantag ska prövas enligt den nya lydelsen i 7 kap. 7 e § 3 st även i de fall då bristerna eller felet uppstod före det att ändringen i 7 e § trädde i kraft.

Detta självfallet förutsett att vårt antagande är korrekt, d.v.s. att eventuella brister och förseelser som begåtts före ändringen i 7 kap. 7 e § 3 st ska prövas enligt lagrummets lydelse vid tidpunkten för själva prövningen av ärendet om återkallelse av arbetstillstånd eller av förlängning av arbetstillstånd.

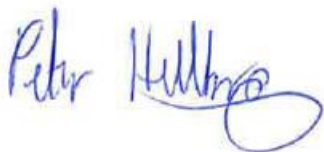
Konsekvensbeskrivningen

Unionen anser att konsekvensbeskrivningen behöver kompletteras i flera avseenden. Det gäller inte minst förslagets övergripande konsekvenser på ansökningar om arbetstillstånd, och förlängningsärenden i ljuset av Migrationsöverdomstolens nya praxis. Unionen anser att en särskild fråga som där behöver analyseras närmare är om, i vilken utsträckning, utrymmet och riskerna för missbruk och kringgående kan tänkas öka.

Dessutom behöver en samlad konsekvensbeskrivning göras av nu liggande förslag tillsammans med de kommande förslagen om sanktioner mot arbetsgivare. Dessa förslag kan i hög grad tänkas

påverka efterlevnaden av regelverket och ha preventiv effekt. Dessa förslag får därmed indirekt också stor betydelse för frågan om vilka misstag som kan accepteras. Det omvända gäller också, utrymmet för vilka fel och brister som kan "tålas" beror i sin tur också på vilka sanktioner och andra verktyg som finns för regelverkets efterlevnad.

Unionen noterar också att det saknas en konsekvensbeskrivning av förslagens effekter på arbetstagarorganisationerna och deras arbete med att yttra sig över anställningsvillkoren vilket kan påverkas av den nya praxisen ifråga om vilken bedömning som ska göras av villkoren.



Peter Hellberg, 1:e vice ordförande, Unionen