

Målnummer:	UM7549-18	Avdelning:	1
Avgörandedatum:	2019-09-24		
Rubrik:	Det finns förutsättningar att bevilja en utlänning fortsatt uppehållstillstånd på grund av arbete även om det inte är utrett att personen fått lagstadgade semesterförmåner under tidigare tillståndsperioder.		
Lagrum:	<ul style="list-style-type: none">• 5 kap. 5 § och 10 §, 6 kap. 1 §, 2 § och 2 a § samt 7 kap. 7 e § utlänningslagen (2005:716)• 1 §, 2 §, 2 a §, 4 §, 5 §, 8 §, 18 §, 26 § och 32 § semesterlagen (1977:480)		
Rättsfall:	<ul style="list-style-type: none">• MIG 2015:11• MIG 2015:20• MIG 2017:24• MIG 2018:12		

REFERAT

BA beviljades uppehålls- och arbetstillstånd i Sverige från och med april 2012 till och med april 2014 för arbete som byggnadsarbetare vid ett byggföretag. Han beviljades därefter uppehålls- och arbetstillstånd från och med april 2014 till och med april 2016 som byggnadssnickare vid samma företag. I mars 2016 ansökte han om uppehållstillstånd för arbete som snickare vid samma företag och gav även in ett anställningserbjudande samt ett anställningsavtal.

Migrationsverket avlog den 11 september 2017 BA:s ansökan om uppehålls- och arbetstillstånd och beslutade att utvisa honom. Migrationsverket angav bl.a. följande som skäl för beslutet. BA har enligt intyg från arbetsgivaren under maj och december 2012, september 2013 och september 2015 haft semesterledigt. Under ledigheten har han inte fått semesterlön utan i stället semestersättning utbetalad var tredje månad. Som arbetstagare har BA rätt till 25 semesterdagar varje semesterår och under semesterledigheten ska semesterlön utges. Semesterersättning ska inte ingå i grundlönen vid anställningar som varar längre än tre månader. Semesterlön med semestertillägg ska betalas ut i samband med semesterledigheten. Eftersom BA inte har fått semesterförmåner i enlighet med semesterlagen (1977:480), har hans anställningsvillkor varit sämre än vad som följer av kollektivavtal och svensk semesterlagstiftning. Han kan därför inte beviljas permanent uppehållstillstånd med stöd av 5 kap. 5 § utlänningslagen (2005:716). Det finns inte heller särskilda skäl att bevilja honom fortsatt arbetstillstånd med stöd av 6 kap. 2 a § samma lag. Därmed kan han inte heller beviljas uppehållstillstånd med stöd av 5 kap. 10 § samma lag. Det finns inte heller förutsättningar att bevilja honom uppehållstillstånd på grund av synnerligen ömmande omständigheter eller på annan grund.

BA överklagade Migrationsverkets beslut till Förvaltningsrätten i Malmö, migrationsdomstolen (2018-04-13, ordförande Emanuelsson), som avlog överklagandet om uppehållstillstånd på grund av arbete med i huvudsak följande motivering.

Det framgår inte av lönespecifikationerna hur många betalda semesterdagar som faktiskt är uttagna. Det är inte heller visat att BA i anslutning till ledigheten fått semesterlön. BA har inte visat att han fått de lagstadgade semesterförmåner som han varit berättigad till under föregående

tillståndsperiod. Eftersom semesterlagens tvingande bestämmelser inte har efterlevts och bristen inte har varit obetydlig, saknas det även vid en helhetsbedömning skäl att bevilja honom uppehållstillstånd.

BA överklagade domen och yrkade att beslutet om utvisning skulle upphävas och att han skulle beviljas uppehålls- och arbetstillstånd. Till stöd för sin talan förde han fram bl.a. följande.

Hans överklagande synes ha avslagits mot bakgrund av att han inte fått de lagstadgade semesterförmåner som han varit berättigad till. Av migrationsdomstolens avgörande följer att det anses råda brister avseende utformningen av hans lönebesked, vilket medför att han inte lyckats visa att han erhållit lagstadgade rättigheter. Detta är emellertid en sådan brist hos arbetsgivaren, som han inte ska lastas för. Inte heller ska han bära konsekvenserna av bristen genom att utvisas. Av lönebeskeden framgår tydligt att han fått semesterersättning med betydande belopp. Det måste framstå som uppenbart att han tagit ut den semester som han enligt lag är berättigad till mot bakgrund av den betydande semesterersättning som betalats ut till honom. Att han får semesterersättning varje kvartal är en förmån för honom eftersom det tillförsäkrar honom semesterersättning utifrån intjänade arbetsdagar. Att semesterersättning betalas ut, i regel, en gång per år medför en osäkerhet för arbetstagaren om arbetsgivaren skulle gå i konkurs. Att han således fått semesterersättning kvartalsvis medför en större garanti för honom att erhålla den intjänade ersättning som han har rätt till. Därtill har Svenska Byggnadsarbetareförbundet bekräftat att han har en arbetsgivare som anstränger sig för att leva upp till gällande kollektivavtal m.m. I målet finns även ingivet handlingar som visar att förbundet godkänt hans anställning som likvärdig ett kollektivavtal. Det är alltså frågan om ett sådant uppenbart administrativt misstag som han inte ska behöva bära konsekvenserna av.

BA gav in skriftlig bevisning i målet, bl.a. ett intyg daterat den 19 december 2018 av verkställande direktören vid byggföretaget angående BA:s ledigheter under 2012-2018.

Migrationsverket ansåg att överklagandet skulle avslås och förde fram i huvudsak följande.

När semesterlagen infördes får lagstiftaren anses ha värderat vissa förmåner högre än andra och utifrån denna värdering ansett att vissa förmåner inte bör vara möjliga att inskränka. Reglerna i semesterlagen ger en arbetstagare på den svenska arbetsmarknaden vissa rättigheter och garanterar en absolut lägsta miniminivå. Brister i lagstadgade förmåner är således alltid sämre än vad som följer av svenska kollektivavtal eller praxis inom branschen. Om Migrationsverket skulle bevilja tillstånd där lagstadgade anställningsvillkor inte varit uppfyllda skulle detta i förlängningen kunna innebära en generell försämring av villkoren på den svenska arbetsmarknaden. En sådan praxis riskerar att snedvrider konkurrensen till förmån för oseriösa arbetsgivare och slå ut seriösa arbetsgivare från konkurrensutsatta marknader. Även övriga anställningsvillkor bör beaktas vid en helhetsbedömning av om anställningsvillkoren under tidigare tillståndsperiod eller tillståndsperioder varit i nivå med kollektivavtal eller praxis inom yrket eller branschen. Brister avseende förmåner som följer av tvingande lagstiftning, t.ex. semesterlagen, ska vid denna bedömning ha en särskild tyngd och precis som vid försörjningskravet måste särskild försiktighet iakttas. Till skillnad från förmåner och anställningsvillkor som enbart följer av kollektivavtal som bygger på en arbetsgivares frivilliga åtaganden, måste en arbetsgivare erbjuda sådana anställningsvillkor som följer av tvingande lag. Villkor som inte är förenliga med svensk arbetsmarknadslagstiftning kan inte vara förenliga med vad som följer av kollektivavtal eller praxis inom yrket eller branschen. Möjligheterna för en arbetstagare att ensam se till att arbetsgivaren följer sina åtaganden enligt t.ex. semesterlagen får anses vara ytterst begränsade, särskilt för en arbetstagare som är nyetablerad på den svenska arbetsmarknaden och vars

uppehållstillstånd ofta är beroende av arbetsgivaren. Mot denna bakgrund måste det riktas särskild uppmärksamhet mot sådana brister för att säkerställa att sådana arbetstagare inte utnyttjas av oseriösa arbetsgivare. Det innebär även att det bör ställas särskilda krav på den kompensation som arbetstagaren fått i stället för de förmåner som skulle ha utgått enligt lag. Som jämförelse kan en arbetsgivare bli skyldig att betala skadestånd till en arbetstagare om denne inte följt lag eller kollektivavtal. En sådan kompensation borde vara godtagbar.

Det är inte visat att BA har tagit ut semester eller att semesterförmåner har betalats ut i enlighet med svensk lag eller kollektivavtal. Inkomna handlingar visar inte att han har fått och tagit ut semester i den omfattning som uppges. Av ärendet framgår inte att arbetsgivaren själv har uppmärksammat bristen eller avhjälpt den innan Migrationsverket uppmärksammade den. Vidare framgår att arbetsgivaren har betalat ut semesterersättning var tredje månad. Det är således inte fråga om ett administrativt misstag eller en mindre avvikelser. Det är inte heller visat att BA har fått andra mer förmånliga anställningsvillkor som eventuellt skulle kunna kompensera för denna brist.

Kammarrätten i Stockholm, Migrationsöverdomstolen (2019-09-24, Rolén, Linder, Jönsson, Fridström, Benson, Reimers, referent och Odung / föredragande Larsson), yttrade:

1. Vad målet gäller

BA har haft uppehålls- och arbetstillstånd i sammanlagt fyra år och har nu ansökt om fortsatt uppehållstillstånd och arbetstillstånd. Under de tidigare tillståndsperioderna har han fått semesterersättning utbetalad var tredje månad och det är oklart hur många semesterdagar han har tagit ut. Frågan är vilken betydelse som detta har vid bedömningen av om det finns förutsättningar att bevilja honom det nu sökta tillståndet.

2. Lagstiftning

2.1 Arbetstillstånd m.m.

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 en 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 (6 kap. 2 § första stycket utlänningslagen).

Den sammanlagda tillståndstiden för arbetstillstånd enligt 6 kap. 2 § första stycket får vara högst fyra år. Om det finns särskilda skäl får dock den sammanlagda tillståndstiden vara högst sex år (6 kap. 2 a § andra stycket utlänningslagen).

En utlänning som har permanent uppehållstillstånd behöver inte ha arbetstillstånd (2 kap. 8 c § 3 utlänningslagen).

Ett permanent uppehållstillstånd får bl.a. beviljas en utlänning som i sammanlagt fyra år under de senaste sju åren har haft uppehållstillstånd för arbete (5 kap. 5 § första stycket 1 utlänningslagen).

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

Ett tidsbegränsat uppehållstillstånd för arbete för en utlänning som har beviljats arbetstillstånd enligt 6 kap. 2 § första stycket utlänningslagen ska återkallas om förutsättningarna för arbetstillståndet enligt nämnda bestämmelse av något annat skäl än att anställningen har upphört inte längre är uppfyllda (7 kap. 7 e § första stycket 1 utlänningslagen). Trots vad som här anges behöver ett tillstånd inte återkallas om arbetsgivaren har avhjälpt bristen utan att Migrationsverket har vidtagit någon åtgärd (7 kap. 7 e § tredje stycket).

2.2 Förmåner m.m. enligt semesterlagen

Semesterförmåner utgörs av semesterledighet, semesterlön och semesterersättning (1 § semesterlagen). En arbetstagare har rätt till 25 semesterdagar varje semesterår. Under semesterledighet ska arbetstagaren ha semesterlön, om sådan har tjänats in (4 §).

När det gäller en anställning som avses pågå i högst tre månader och som inte varar längre tid, får det avtalas att semesterledighet inte ska läggas ut. I sådant fall har arbetstagaren rätt till semesterersättning (5 § semesterlagen).

En arbetstagare får avstå från rätt till semesterledighet som inte är förenad med semesterlön (8 § semesterlagen). En arbetstagare, som under ett semesterår har rätt till mer än tjugo semesterdagar med lön, får spara en eller flera sådana överskjutande dagar till ett senare semesterår (18 §).

Arbetsgivaren ska betala ut semesterlön till arbetstagaren i samband med semesterledigheten (26 § semesterlagen).

Ett avtal mellan arbetsgivare och arbetstagare som innebär att arbetstagarens rättigheter enligt semesterlagen inskränks är ogiltigt i den delen, om inte något annat framgår av lagen (2 § semesterlagen). Vad gäller ovan nämnda bestämmelser får avvikelse göras endast från 26 §, dvs. från kravet att arbetsgivaren ska betala ut semesterlön i samband med semesterledigheten. Avvikelsen ska göras genom kollektivavtal, som på arbetstagsidan har slutits eller godkänts av en central arbetstagarorganisation (2 a § andra stycket).

En arbetsgivare som bryter mot semesterlagen ska till arbetstagaren utge, förutom den semesterlön eller semesterersättning som arbetstagaren kan vara berättigad till, ersättning för uppkommen skada (32 § semesterlagen).

3. Förarbeten

Bestämmelserna i 6 kap. 2 § utlänningslagen om villkor för tidsbegränsade arbetstillstånd infördes 2008. 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 i Sverige som han eller hon kan försörja sig på. 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 den bakgrunden bör det i utlänningslagen 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. Migrationsverket ska pröva om anställningsvillkoren uppfyller de krav som ställs i bestämmelsen. Migrationsverket bör vara uppmärksam på att det erbjudna avtalet inte är ett skenavtal. (Prop. 2007/08:147 s. 27 och 59.)

När det gällde frågan om arbetstillståndets giltighetstid anfördes i förarbetena bl.a. följande. Förlängning av ett tidsbegränsat arbetstillstånd bör kunna ske vid ett eller flera tillfällen men den sammanlagda tillståndstiden för utlänningen bör inte överstiga fyra år. Då bör i stället frågan om permanent uppehållstillstånd aktualiseras. En förlängning av ett tidsbegränsat arbetstillstånd bör föregås av en ny prövning av om de grundläggande villkoren för arbetstillstånd fortfarande är uppfyllda. En person som har haft uppehållstillstånd för arbete i sammanlagt fyra år bör kunna beviljas permanent uppehållstillstånd. Genom arbetet har arbetstagaren visat sig bidra till samhällsutvecklingen och fått en stark koppling till Sverige. Sammantaget bör detta berättiga till ett permanent uppehållstillstånd om inte skäl enligt 5 kap. 17 § utlänningslagen talar emot. (Prop. 2007/08:147 s. 29.)

I augusti 2014 infördes bestämmelserna i 7 kap. 7 e § första stycket utlänningslagen om återkallelse av uppehållstillstånd som beviljats för arbete om förutsättningarna för uppehållstillståndet enligt 6 kap. 2 § första stycket av något annat skäl än att anställningen har upphört inte längre finns. I förarbetena anfördes som bakgrund till bestämmelserna bl.a. följande. Det har kommit fram uppgifter om fall där arbetstagare från tredje land i praktiken inte har fått den lön och de övriga anställningsvillkor som utlovats och som legat till grund för de beviljade arbetstillstånden. Reglerna för arbetskraftsinvandring är utformade på ett sätt som syftar till att underlätta för arbetskraftsinvandring till Sverige. Reglerna får emellertid inte underlätta för oseriösa arbetsgivare att hitta arbetskraft genom att erbjuda anställningsvillkor som är sämre än för dem som gäller för arbetstagare redan bosatta i Sverige. Därför uppställs krav vid tillståndsprövningen som innebär att de erbjudna anställningsvillkoren inte får vara sämre än vad som gäller för arbetstagare som är bosatta i Sverige. Dessa krav gör sig dock i allra högsta grad gällande även sedan tillstånd beviljats och utlänningen befinner sig i Sverige. (Prop. 2013/14:227 s. 12-14.)

I fråga om förslaget till grunderna för återkallelse anförde regeringen bl.a. följande. Vid prövningen av om återkallelse ska ske 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. (Prop. 2013/14:227 s. 19.)

4. Praxis

I rättsfallet MIG 2015:11 uttalade Migrationsöverdomstolen att den strikta tillämpning som lagstiftaren ger uttryck för när det gäller om ett uppehållstillstånd ska återkallas enligt 7 kap. 7 e § första stycket 1 utlänningslagen 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 för arbetstillståndet 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 rättsfallet MIG 2015:20 uttalade Migrationsöverdomstolen att detsamma bör gälla när frågan rör om permanent uppehållstillstånd kan beviljas en utlänning som haft uppehållstillstånd på grund av arbete. Båda rättsfallen gällde arbetstagare vars lön inte hade uppfyllt försörjningskravet.

Rättsfallet MIG 2017:24 rörde en utlänning som haft uppehålls- och arbetstillstånd i sammanlagt fyra år och som ansökte om permanent uppehållstillstånd enligt 5 kap. 5 § utlänningslagen. Han hade under delar av den första tillståndperioden saknat tjänstepensions- och sjukförsäkring. Frågan var om hans anställningsvillkor därmed kunde anses ha varit sämre än vad som följer av kollektivavtal eller praxis inom yrket eller branschen och att han därför inte kunde beviljas det sökta tillståndet. Migrationsöverdomstolen uttalade bl.a. följande. Så som bestämmelsen i 6 kap. 2 § första stycket 2 utlänningslagen är utformad får en utlännings anställningsvillkor, bl.a. lön och försäkringskydd, inte vara sämre än de villkor som följer av svenska kollektivavtal eller praxis inom yrket eller branschen. Enligt Migrationsöverdomstolen innebär det 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. 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 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 på motsvarande sätt göra en helhetsbedömning av hur villkoren har sett ut. Förutsättningarna för permanent uppehållstillstånd ansågs här vara uppfyllda.

I rättsfallet MIG 2018:12 var omständigheterna sådana att en utlänning hade haft ett tidsbegränsat uppehållstillstånd för arbete under sammanlagt fyra år, varav tre månader med en lön som understeg det schabloniserade försörjningskravet. Vidare hade arbetsgivaren inte redovisat semesterförmåner på ett tydligt sätt. Vid en helhetsbedömning av om förutsättningarna för tillstånd varit uppfyllda under tidigare tillståndperioder ansåg Migrationsöverdomstolen att anställningsvillkoren inte var sämre än de villkor som följer av kollektivavtal eller praxis inom yrket eller branschen. Den omständigheten att utlänningens lön understigit den lön som enligt ansökan hade erbjudits honom ansågs inte utgöra hinder för att bevilja permanent uppehållstillstånd, eftersom förklaringarna till avvikelserna var godtagbara.

5. Migrationsöverdomstolens bedömning

5.1 Utgångspunkter för bedömningen

Av Migrationsöverdomstolens praxis framgår att vid en ansökan om permanent uppehållstillstånd på grund av tidigare arbete eller om fortsatt tidsbegränsat uppehållstillstånd för arbete ska en prövning göras av om förutsättningarna för arbetstillståndet avseende tidigare tillståndperioder varit uppfyllda, dvs. en bakåtsyftande bedömning. Vid denna prövning ska en bedömning göras av anställningsvillkoren under hela tillståndperioden i förhållande till kollektivavtal eller praxis inom yrket eller branschen, dvs. en helhetsbedömning. Det är den enskilde som har bevisbördan för att han eller hon uppfyller villkoren för att beviljas permanent uppehållstillstånd på grund av tidigare arbete eller för fortsatt tidsbegränsat uppehållstillstånd för arbete.

BA ansöker om fortsatt uppehålls- och arbetstillstånd. Han har under de senaste sju åren före sin ansökan haft tidsbegränsade uppehållstillstånd för arbete under sammanlagt fyra år. Därmed uppfyller han i formell mening kraven i 5 kap. 5 § första stycket 1 utlänningslagen för att kunna beviljas permanent uppehållstillstånd. Migrationsöverdomstolen tar därför först ställning till om BA kan beviljas ett permanent uppehållstillstånd.

5.2 Är det en förutsättning för tillstånd att semesterförmåner enligt semesterlagen har erhållits under tidigare tillståndperioder?

Migrationsverket gör gällande att BA inte ska beviljas permanent uppehållstillstånd eftersom det vid en bakåtsyftande bedömning av hans anställningsvillkor under tidigare tillståndperioder inte är visat att han har tagit

ut semester eller att semesterförmåner har erhållits i enlighet med svensk lag eller kollektivavtal. Det är enligt Migrationsverket inte heller visat att BA har fått andra mer förmånliga anställningsvillkor som eventuellt skulle kunna kompensera för dessa brister. Villkor som inte är förenliga med svensk arbetsmarknadslagstiftning kan enligt Migrationsverket inte vara förenliga med vad som följer av kollektivavtal eller praxis inom yrket eller branschen.

Bestämmelsen i 5 kap. 5 § utlänningslagen om permanent uppehållstillstånd på grund av tidigare tillståndsp perioder för arbete är fakultativ och innebär inte någon rätt till uppehållstillstånd. Möjligheterna att bevilja arbetstillstånd enligt bestämmelserna i 6 kap. är i grunden också fakultativa. Av 6 kap. 2 § första stycket 1 följer emellertid en skyldighet för Migrationsverket att vägra arbetstillstånd om en utlänning har erbjudits en anställning som inte gör det möjligt för honom eller henne att försörja sig. Detsamma gäller enligt samma stycke 2 om lönen, försäkringskyddet eller övriga anställningsvillkor är sämre än de villkor som följer av svenska kollektivavtal eller praxis inom yrket eller branschen. Om det vid den framåtsyftande helhetsbedömning som ska göras i samband med en ansökan om arbetstillstånd visar sig att nämnda villkor inte är uppfyllda, innebär alltså 6 kap. 2 § första stycket att ett arbetstillstånd inte får beviljas. Till bestämmelsen är också kopplad ett krav på, som huvudregel, obligatorisk återkallelse av uppehållstillstånd för arbete om det under tillståndsp perioden visar sig att förutsättningarna för tillståndet enligt 6 kap. 2 § första stycket av något annat skäl än att anställningen har upphört inte längre är uppfyllda (7 kap. 7 e § första stycket 1).

Semester, semesterlön och semesterersättning är, som framgår av redogörelsen ovan, lagstadgade rättigheter som inte kan avtalas bort annat än i vissa särskilt angivna fall. Bestämmelsen i 6 kap. 2 § första stycket 2 utlänningslagen omfattar uttryckligen endast anställningsvillkor som följer av kollektivavtal eller praxis inom yrket eller branschen. Enligt bestämmelsens ordalydelse avses alltså inte något annat än sådana villkor som gäller vid sidan av villkor för anställningen som följer av lag eller annan författning. Inte heller av förarbetena framgår något annat än att vad som avses är villkor för anställningen som arbetsgivaren råder över och där det alltså finns utrymme för denne att själv ta ställning till vilka villkor som ska

erbjudas (jfr prop. 2007/08:147 s. 27). Den omständigheten att det till 6 kap. 2 § första stycket är kopplat ett krav på en i princip obligatorisk återkallelse av uppehållstillstånd för arbete om det under tillståndsp perioden visar sig att förutsättningarna inte längre är uppfyllda innebär vidare att något annat än en strikt tolkning av lagtexten inte kan komma ifråga (jfr Lagrådets yttrande i prop. 2013/14:227 s. 49). Mot den bakgrunden anser Migrationsöverdomstolen att bestämmelserna i 6 kap. 2 § första stycket inte innefattar en skyldighet för Migrationsverket att vägra arbetstillstånd i andra fall än de som uttryckligen framgår av lagrummets ordalydelse.

Ovan nämnd praxis på området från 2015 och 2017 har också rört fall där omständigheterna varit sådana att det vid en bakåtsyftande bedömning av tidigare tillståndsp perioder för arbete har kunnat konstateras brister i fråga om försörjningskrav eller andra villkor för anställningen som avses i 6 kap. 2 § första stycket utlänningslagen. I dessa fall har det alltså varit frågan om situationer där, om de bristande förutsättningarna hade uppdagats under pågående tillståndstid, det fanns stöd i lag för att aktualisera frågan om obligatorisk återkallelse enligt 7 kap. 7 e § första stycket 1 samma lag.

I nu aktuellt fall följer BA:s semesterförmåner av semesterlagen och det är inte förmåner som följer av kollektivavtal eller praxis inom yrket eller branschen. Då förhållandena ser ut på detta sätt saknar utformningen av återkallelsebestämmelsen betydelse för bedömningen av om fortsatt uppehållstillstånd ska beviljas.

Vilken betydelse brister i lagstadgade semesterförmåner ska ha vid prövningen av om förlängt uppehållstillstånd eller permanent uppehållstillstånd ska beviljas får enligt Migrationsöverdomstolens mening i stället bedömas mot bakgrund av de allmänna syftena med reglerna om arbetskraftsinvandring. Reglerna har kommit till för att å ena sidan arbetskraftsinvandringen till Sverige ska underlättas och å andra sidan missbruk av reglerna och utnyttjande av utländsk arbetskraft ska motverkas. Eftersom bestämmelserna om arbetstillstånd i 6 kap. utlänningslagen i grunden är fakultativa finns det utrymme för Migrationsverket att vid prövning av om en ansökan om arbetstillstånd ska beviljas vägra arbetstillstånd av även andra skäl än att förutsättningarna enligt 6 kap. 2 § första stycket inte är uppfyllda. Regelverket ger alltså Migrationsverket möjlighet att välja att inte bevilja det sökta arbetstillståndet och därmed förhindra att anställningen påbörjas.

I nu aktuellt mål är det inte frågan om att arbetstillstånd ska beviljas för att en ny anställning ska kunna påbörjas. Det som ska prövas är om det finns förutsättningar att bevilja BA fortsatt uppehållstillstånd på grund av att han redan är etablerad på den svenska arbetsmarknaden genom tidigare perioder med arbetstillstånd för arbete och hur eventuella brister i lagstadgade semesterförmåner under tidigare tillståndsperioder då ska beaktas. I det sammanhanget konstaterar Migrationsöverdomstolen följande.

Semesterlagen är en tvingande civilrättslig lagstiftning till arbetstagarnas förmån. Avtal som innebär att en arbetstagares rättigheter inskränks är ogiltigt i den delen. Någon övervakning från en myndighet över exempelvis att arbetsgivaren fullgör sina åligganden enligt semesterlagen gentemot arbetstagaren förekommer inte. Det finns inte heller bestämmelser om straffpåföljd om arbetsgivaren bryter mot lagen. Den sanktion som kan följa enligt semesterlagen är att arbetsgivaren får betala skadestånd och det är arbetstagarens egen sak att bevaka sina rättigheter enligt lagen. Varje arbetstagare har rätt till semesterledighet, utan krav på tidigare anställning, medan rätten till semesterlön beror på om sådan lön har tjänats in. Lagen omfattar alla arbetstagare utan undantag och gäller alltså i fråga om alla anställningar och yrken samt för både organiserade och oorganiserade arbetstagare. Den är också tillämplig i fråga om varje slag av anställning. Det saknar för tillämpningen betydelse om anställningen gäller tills vidare eller begränsas till viss tid, viss säsong eller visst arbete. (Jfr Wikrén, Kommentar till 1, 2 och 32 §§ semesterlagen, Zeteo, 2015-02-01.)

Vid tidpunkten för BA:s nu aktuella ansökan om fortsatt tillstånd för att få uppehålla sig och arbeta i Sverige hade han arbetat här under flera år. Eftersom semesterlagen är tillämplig från den första anställningsdagen hade han vid tiden för ansökan redan erhållit rätt till semesterförmåner enligt lagen. Som framgått ovan är det, mot bakgrund av semesterlagens civilrättsliga karaktär, arbetstagarens egen sak att bevaka sina rättigheter enligt lagen. Det innebär att om en arbetstagare anser att han eller hon inte har fått en semesterförmån enligt lagen får arbetstagaren i första hand vända sig till arbetsgivaren med sitt anspråk. Det rättsmedel som semesterlagen anvisar i det fall arbetsgivaren är av en annan åsikt är att tvisten prövas i domstol genom en arbetsrättslig eller skadeståndsrättslig process (se 34 § semesterlagen med hänvisning till lagen [1974:371] om rättegången i arbetstvister). Det är alltså först på talan av en arbetstagare i en tvist där denne gentemot arbetsgivaren hävdar sina rättigheter enligt semesterlagen som det rättsligt kan klargöras om, och i så fall på vilket sätt, en arbetsgivare inte har uppfyllt sina skyldigheter enligt lagen under en tidigare anställningsperiod.

Eftersom rätten till semesterförmåner enligt semesterlagen gäller för alla slags arbetstagare och för alla slags anställningar har en utländsk arbetstagare som har arbetat under en tid i Sverige samma rättigheter enligt semesterlagen, både i fråga om förmåner och rättsmedel, som en svensk arbetstagare med motsvarande anställning. Vid tidpunkten för BA:s nu aktuella ansökan om

tillstånd för att fortsatt uppehålla sig och arbeta i Sverige var han alltså inte i den situationen att han i fråga om sin rätt till lagstadgade semesterförmåner erbjöds anställningsvillkor som var sämre än dem som gäller för arbetstagare redan bosatta i Sverige. Att enbart på grund av att han eventuellt inte fått rätt semesterförmåner, vägra honom fortsatt tillstånd att uppehålla sig och arbeta i Sverige och i stället utvisa honom, skulle därför inte tjäna syftet att motverka oseriösa arbetsgivare som missbrukar reglerna och utnyttjar arbetskraft.

Mot bakgrund av vad som nu sagts anser Migrationsöverdomstolen att det inte är en förutsättning för att bevilja BA uppehållstillstånd att han har fått lagstadgade semesterförmåner under tidigare tillståndsperioder.

Vid en bakåtsyftande helhetsbedömning har det inte kommit fram något annat än att försörjningskravet enligt 6 kap. 2 § första stycket utlänningslagen varit uppfyllt och att övriga villkor för BA:s anställning inte har varit sämre än de villkor som följer av kollektivavtal eller praxis inom yrket eller branschen. Något skenavtal har det inte heller varit frågan om.

5.3 Slutsats

Av utredningen framgår att BA genom sin anställning har en stark anknytning till den svenska arbetsmarknaden. Några skäl mot att bevilja honom permanent uppehållstillstånd har inte kommit fram. Förutsättningarna för att bevilja BA permanent uppehållstillstånd är därmed uppfyllda. Överklagandet ska därför bifallas.

Migrationsöverdomstolens avgörande. Migrationsöverdomstolen bifaller överklagandet och beviljar BA permanent uppehållstillstånd.

Sökord:

Litteratur: Prop. 2007/08:147 s. 27, 29 och 59; Prop. 2013/14:227 s. 12-14, 19 och 49
