

Målnummer:	UM3717-19	Avdelning:	1
Avgörandedatum:	2019-11-05		
Rubrik:	Vid prövningen av om arbetstillstånd ska beviljas finns det inget som hindrar att arbetsgivarens ekonomiska förmåga att anställa bedöms med utgångspunkt i arbetsgivarens förhållande till andra bolag i samma koncern.		
Lagrum:	• 6 kap. 2 § utlänningslagen (2005:716)		
Rättsfall:	• MIG 2015:11 • MIG 2017:25		

REFERAT

I mars 2018 ansökte DK om uppehålls- och arbetstillstånd för att arbeta i Sverige. I samband med ansökan bifogade han ett anställningserbjudande från LTG Marketing AB där det bl.a. framgår att han har erbjudits en anställning som systemutvecklare. Migrationsverket beslutade i juni 2018 att avslå hans ansökan med bl.a. följande motivering. Det framgår av bifogade dokument att LTG Marketing AB fakturerar kostnader för personal till LTG Display AB, som i sin tur saknar anställda. Varken LTG Marketing AB eller LTG Display AB har kunnat visa eller göra troligt att företagen har ekonomiska förutsättningar att betala lön och lönekostnader för DK. Verket bedömer att de erbjudna villkoren inte kommer att kunna förverkligas och att det därför finns skäl att tro att anställningserbjudandet inte är seriöst. Det är inte visat att DK erbjudits en anställning i Sverige som han kan försörja sig på. DK kan därför inte beviljas arbetstillstånd med stöd av 6 kap. 2 § utlänningslagen (2005:716). Av denna anledning kan han inte heller beviljas uppehållstillstånd enligt 5 kap. 10 §.

DK överklagade Migrationsverkets beslut till migrationsdomstolen och förde fram bl.a. följande. LTG Marketing AB och LTG Display AB ingår i samma koncern. Personalen är anställda av LTG Marketing AB som varje månad fakturerar LTG Display AB för personalkostnaderna och betalar ut lön till de anställda.

Förvaltningsrätten i Malmö, migrationsdomstolen (2019-02-08, ordförande Tired), avslag överklagandet och anförde som skäl för sitt avgörande bl.a. följande. Eftersom DK erbjudits en anställning vid LTG Marketing AB är det gentemot detta företag som prövningen ska göras och det är följaktligen LTG Marketing AB som ska uppfylla de ekonomiska förutsättningarna för att kunna anställa honom. Sett till bestämmelsernas ordalydelse saknas det utrymme att beakta den ekonomiska situationen för ett annat företag än den arbetsgivare som framgår av anställningsavtalet, oavsett hur en eventuell företagskoncern som den i nuvarande fall är konstruerad. De intäkter som skulle täcka DK:s lön återfinns inte i de inlämnade räkenskaperna rörande LTG Marketing AB utan är avsedda att uppstå genom fakturering efter att anställningen har tillträtts. Vid prövningen av huruvida en tredjelandsmedborgare kan beviljas uppehållstillstånd i Sverige på grund av arbete bör det kunna krävas att arbetsgivarens räkenskaper medger utrymme för att anställa densamme redan vid tidpunkten för prövningen. Av överklagandet framgår att LTG Marketing AB:s redovisade vinst per år är låg. Mot bakgrund av de återopade räkenskaperna i målet finner migrationsdomstolen ingen anledning att göra en annan bedömning. Mot denna bakgrund samt vid beaktande av vad som i övrigt framkommit i målet har DK inte visat att LTG Marketing AB har ekonomisk förmåga att uppfylla villkoren i anställningserbjudandet.

DK överklagade domen och yrkade att han skulle beviljas uppehålls- och arbetstillstånd för arbete hos LTG Marketing AB och förde fram bl.a. följande. LTG Display AB har ekonomiska förutsättningar för att han ska bli anställd. Det är felaktigt att bara titta på ett bolag i en koncernstruktur för att avgöra om koncernen har ekonomiska möjligheter att betala hans lön. Hur migrationsdomstolen kom fram till att en viss arbetsgivare måste anses vara LTG Marketing AB och inte kan vara koncernen där även LTG Display AB ingår framgår inte. Det är inte ovanligt med en bolagsstruktur där ett bolag har alla anställda och ett annat bolag har verksamheten. Det första bolaget hyr då ut personalen till det andra bolaget som genom verksamheten finansierar deras löner. Även om det saknas ett uttryckligt avtal som reglerar ansvarsfördelningen mellan LTG Display AB och LTG Marketing AB så har vidarefaktureringen av personalkostnaderna hanterats på samma sätt under hela tiden som bolagen har ingått i samma koncern.

Migrationsverket ansåg att överklagandet skulle avslås och förde fram bl.a. följande. Vid bedömningen av vem som är arbetsgivare i ett ärende om arbetstillstånd utgår Migrationsverket ifrån det inlämnade anställningserbjudandet och de uppgifter i ansökan som den sökande lämnar gällande sin blivande arbetsgivare. Om dessa uppgifter inte är motstridiga förutsätts arbetsgivaren vara den fysiska eller juridiska personen som uppgetts. Det innebär att LTG Marketing AB måste anses vara DK:s arbetsgivare. Det innebär i sin tur att det är det bolaget som ska uppfylla kraven i 6 kap. 2 § utlänningslagen gentemot DK. Sett till ordalydelsen i 6 kap. 2 § saknas det utrymme att beakta den ekonomiska situationen för ett annat företag än den arbetsgivare som framgår av anställningsavtalet, oavsett om företaget ingår i en företagskoncern med en struktur som den aktuella. Även ur ett processeffektivt perspektiv är en sådan ordning att förespråka. Koncernstrukturer och bedömningen av de rättsliga förhållandena mellan olika arbetsgivare kan vara komplexa och svåra att överblicka. Sådana bedömningar skulle även riskera att vara tidskrävande vilket skulle påverka handläggningstiderna i en negativ riktning. För att Migrationsverket ska kunna utföra sitt uppdrag att motverka missbruk och skenanställningar krävs det att verket enkelt ska kunna identifiera vem som är arbetsgivare.

Koncernbolag har ingen skyldighet att dela sina tillgångar med andra bolag i koncernen, men de har möjlighet att fördela medel genom exempelvis koncernbidrag. Arbetsgivarens ansvar för att kraven i 6 kap. 2 § utlänningslagen är uppfyllda kan inte delas med eller delegeras till en tredje part. Om Migrationsöverdomstolen skulle finna att den ekonomiska förmågan hos andra personer, t.ex. ett koncernbolag, ska kunna beaktas vid bedömningen av arbetsgivarens förutsättningar att uppfylla villkoren i anställningserbjudandet bör det i vart fall krävas att det andra bolaget i en koncern är rättsligt bundet att stödja arbetsgivaren och att det är tydligt vilka rättsverkningarna blir för den enskilde. Det ska i sådana fall inte vara tillräckligt att tillhöra samma koncern.

Kammarrätten i Stockholm, Migrationsöverdomstolen (2019-11-05, Benson, Reimers och Krüll, referent /föredragande Seppälä), yttrade:

1. Vad målet gäller

Frågan i målet är hur bedömningen av en arbetsgivares ekonomiska förmåga att anställa ska göras vid prövningen av en ansökan om uppehålls- och arbetstillstånd när arbetsgivaren ingår i en koncern.

2. Gällande rätt m.m.

2.1 Tillämpliga bestämmelser

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

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

Arbetstillstånd får ges till en utlänning som erbjudits 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).

Ett arbetstillstånd enligt 2 § första stycket får inte ges för längre tid än två år. Det får heller inte avse längre tid än anställningstiden. Ett sådant arbetstillstånd ska knytas till en viss arbetsgivare och avse ett visst slag av arbete (6 kap. 2 § a första och tredje stycket utlänningslagen).

2.2 Förarbeten

Den 15 december 2008 trädde nya regler om arbetskraftsinvandring för tredjelandsmedborgare, dvs. personer utanför EES-området och Schweiz, i kraft. Syftet var att underlätta för arbetsgivare att rekrytera arbetskraft från tredjeland. Regeringen uttalade i de förarbeten som låg till grund för ändringarna bl.a. följande. Det är den enskilde arbetsgivaren som har bäst kunskaper om vilka rekryteringsbehov som föreligger i den egna verksamheten. Därav följer att arbetsgivarens bedömning av om det finns ett behov av att rekrytera från tredjeland bör vara utgångspunkten vid handläggningen av ärenden om uppehålls- och arbetstillstånd. Den myndighetsbaserade arbetsmarknadsprövningen bör därför upphöra. En sådan ordning innebär även att arbetsgivarens kompetensbehov bättre och snabbare kan tillgodoses. I förarbetena anfördes vidare bl.a. följande. Även i fortsättningen ska dock en förutsättning för arbetstillstånd vara att utlänningen har erbjudits en anställning som han eller hon kan försörja sig på. 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. För att upprätthålla legitimiteten för systemet måste Migrationsverket vara observant på att anställningsavtalen inte är skenavtal. (Prop. 2007/08:147 s. 25-27 och 59.)

I förarbetena till bestämmelserna i 6 kap. 2 a § utlänningslagen anförde regeringen bl.a. följande. När ett arbetstillstånd beviljas första gången bör tillståndet kopplas till en viss arbetsgivare och ett visst slag av arbete. Detta bedömdes ligga i linje med att arbetstillstånd beviljas för att avhjälpa en enskild arbetsgivares svårighet att rekrytera samt att det är mot en viss anställning som villkoren för tillståndet provas. (Prop. 2007/08:147 s. 30.)

3. Migrationsöverdomstolens bedömning

En förutsättning för att DK ska kunna beviljas arbetstillstånd är att anställningen gör det möjligt för honom att försörja sig. Denna prövning tar sikte på den anställning som tillståndet avser, dvs. det rör sig om en framåtsyftande bedömning (jfr MIG 2017:25).

Den anställning som DK har angett som grund för sin ansökan avser en tillsvidareanställning som systemutvecklare hos LTG Marketing AB. Av 6 kap. 2 a § tredje stycket utlänningslagen följer att arbetstillståndet ska knytas till den arbetsgivaren och avse det slaget av arbete. Eftersom arbetstillståndet ska knytas till LTG Marketing AB är det också mot den anställningen som bedömningen ska göras om anställningen gör det möjligt för honom att försörja sig.

I likhet med underinstanserna anser Migrationsöverdomstolen att bedömningen av om en anställning gör det möjligt för en sökande att försörja sig innefattar en prövning av arbetsgivarens ekonomiska förmåga att betala de lönekostnader som uppkommer till följd av anställningen.

Det bör inledningsvis framhållas att bestämmelsen i 6 kap. 2 § är fakultativ och innebär ingen ovillkorlig rätt för en utländsk medborgare att få ett arbetstillstånd. Det är den enskilde som har bevisbördan för att han eller hon uppfyller förutsättningarna för att få ett arbetstillstånd. Det åligger alltså den som ansöker om arbetstillstånd att komma in med utredning till stöd för att anställningen gör det möjligt för honom eller henne att försörja sig. Detsamma gäller arbetsgivarens ekonomiska förmåga att betala de lönekostnader som uppkommer till följd av anställningen. Som Migrationsöverdomstolen har uttalat i MIG 2015:11 måste en bedömning göras i varje enskilt fall av om en ansökan ska beviljas. Det kan därför inte slås fast vilket slags underlag som ska finnas för att visa att arbetsgivaren har ekonomisk förmåga att betala de aktuella lönekostnaderna. Som ett allmänt krav bör dock gälla att underlaget ger en rättvisande bild av arbetsgivarens ekonomiska förmåga. Vad som kan komma ifråga är t.ex. arbetsgivarens årsredovisningar, balansrapporter och uppgifter om kundförhållanden samt likviditet. Även andra handlingar kan visa på arbetsgivarens ekonomiska förmåga.

Som redan konstaterats är LTG Marketing AB den arbetsgivare till vilken det sökta arbetstillståndet ska knytas. Det är alltså inte frågan om att bedöma om något annat bolag i den aktuella koncernen är arbetsgivare i den mening som avses i 6 kap. 2 a § tredje stycket utlänningslagen. Vad som ska bedömas är LTG Marketing AB:s ekonomiska förmåga att betala de lönekostnader som uppkommer till följd av den anställning som är aktuell i målet. Det kan i det sammanhanget konstateras att det är vanligt att bolag inom samma koncern delar upp olika företagsfunktioner på separata bolag och att resultatutjämnning sker mellan bolag inom koncernen. Inom skatterätten framgår förutsättningarna för sådan resultatutjämnning bl.a. genom bestämmelserna om koncernbidrag (se 35 kap. inkomstskattelagen [1999:1229]). Enligt Migrationsöverdomstolen saknas det skäl att i ett migrationsrättsligt sammanhang ha ett annat synsätt när det gäller bolagsförhållanden inom en koncern. Vid en prövning enligt 6 kap. 2 § första stycket utlänningslagen av den ekonomiska förmågan hos arbetsgivaren är det därför inget som hindrar att arbetsgivarens ekonomiska förmåga bedöms med utgångspunkt i dennes förhållande till andra bolag i samma koncern.

Av utredningen i målet framgår att LTG Marketing AB ingår i en koncern i Sverige och att bolaget under år 2018 hade 30 anställda. Vidare är det ostridigt att LTG Marketing AB månadsvis fakturerar för personalkostnader till sitt systerbolag LTG Display AB. Vad gäller LTG Display AB framgår bl.a. att bolagets verksamhet startade år 1996 och att bolaget saknar anställda. I ett intyg från LTG Display AB:s revisor anges bl.a. att bolaget har en betryggande lönsamhet och att bolagets resultat varierar eftersom näringsverksamhetens överskott för varje år slussas uppåt i koncernen genom koncernbidrag. Något uttryckligt avtal som reglerar ansvarsfördelningen mellan LTG Marketing AB och LTG Display AB finns emellertid inte. Det kan dock konstateras att det inte är fråga om en nystartad utan en etablerad verksamhet och det har heller inte kommit fram motstridiga uppgifter om hur personalkostnaderna betalas. Enligt Migrationsöverdomstolens mening har det inte kommit fram något som ger anledning att ifrågasätta att personalkostnaderna faktiskt betalas. Något krav på ytterligare underlag för att visa LTG Marketing AB:s ekonomiska förmåga att stå för den aktuella lönekostnaden behöver därför inte ställas upp. DK har alltså gjort sannolikt att han har erbjudits en anställning som han kan försörja sig på. Det är ostridigt att den lön och övriga anställningsvillkor som DK har erbjudits inte är sämre än de villkor som följer av svenska kollektivavtal eller praxis inom yrket eller branschen. Inte heller har det kommit fram något som i övrigt gör att det finns anledning att ifrågasätta LTG Marketing AB:s seriositet som arbetsgivare.

Vid en sammantagen bedömning anser Migrationsöverdomstolen att samtliga förutsättningar för att bevilja DK uppehålls- och arbetstillstånd är uppfyllda. Uppehålls- och arbetstillstånden ska vara tidsbegränsade och bestäms till två år räknat från dagen för denna dom. Arbetstillståndet ska avse arbete som systemutvecklare hos LTG Marketing AB.

Migrationsöverdomstolens avgörande. Migrationsöverdomstolen bifaller överklagandet och beviljar DK tidsbegränsat uppehålls- och arbetstillstånd för arbete som systemutvecklare hos LTG Marketing AB. Tillstånden gäller under två år räknat från dagen för denna dom.

Sökord:

Litteratur: Prop. 2007/08:147 s. 25-27, 30 och 59
