

Målnummer:	UM19571-19	Avdelning:	1
Avgörandedatum:	2020-10-01		
Rubrik:	Det förhållandet att en arbetsgivare har lämnat in ett yttrande från en facklig organisation under tiden som tjänsten var utannonserad innebär inte att annonseringen har avbrutits och att unionsföreträdet inte har respekterats.		
Lagrum:	<ul style="list-style-type: none">• 6 kap. 2 § andra stycket utlänningslagen (2005:716)• 5 kap. 7 a § första stycket utlänningsförordningen (2006:97)		
Rättsfall:	<ul style="list-style-type: none">• MIG 2015:6• MIG 2017:2		

REFERAT

SA har haft uppehålls- och arbetstillstånd för arbete under perioden 9 juni 2017–12 juni 2019. Hans maka ZA, och minderåriga barn, IA, AA, AAA och SA har under motsvarande period haft uppehålls- och arbetstillstånd respektive uppehållstillstånd som familjemedlemmar till honom.

Den 6 maj 2019 ansökte SA och ZA samt barnen (familjen) om uppehålls- och arbetstillstånd. SA:s ansökan avsåg ett nytt arbete som inköpsingenjör hos Isin AB.

Migrationsverket beslutade den 20 juni 2019 att avslå familjens ansökningar och utvisa dem. Som skäl för beslutet avseende SA angavs bl.a. följande.

Av anställningserbjudandet framgår att tjänsten har annonserats ut på Arbetsförmedlingens platsbank och i EURES under perioden 11–24 april 2019. Arbetsgivaren har lämnat ett anställningserbjudande till honom den 26 april 2019. Det inlämnade yttrandet från den fackliga organisationen, som innehåller SA:s namn, är dock daterat den 16 april 2019. Detta innebär att han erbjudits tjänsten redan i samband med att den fackliga organisationen bereddes tillfälle att yttra sig över hans anställningsvillkor eller ännu tidigare. Att yttrandet innehåller hans namn innebär att den fackliga organisationen har fått uppgifter om honom och hans anställning och har med utgångspunkt i dessa uppgifter upprättat sitt yttrande. Det är således inte fråga om ett yttrande enbart över de allmänna anställningsvilkoren på arbetsplatsen. Att SA skulle ha varit omedveten om att han kunde komma att erbjudas en anställning är därför inte tillförlitligt. Annonseringen av anställningen har avbrutits i samband med att den fackliga organisationen bereddes tillfälle att yttra sig över hans anställningsvillkor. Arbetsgivaren har annonserat ut tjänsten i mindre än 10 dagar inom EU/EES och Schweiz och därmed inte respekterat unionsföreträdet. Erbjudandet om anställning uppfyller därför inte kraven för arbetstillstånd och SA kan inte få förlängt arbetstillstånd. Det har inte kommit fram några omständigheter som, sedda var för sig eller sammantaget, utgör skäl att bevilja honom uppehållstillstånd på grund av synnerligen ömmande omständigheter.

Avseende övriga familjemedlemmar motiverades besluten i huvudsak med att SA:s ansökan om uppehålls- och arbetstillstånd inte hade beviljats och att de därför inte kunde beviljas söka tillstånd som familjemedlemmar till honom. Det fanns inte heller några andra skäl att bevilja dem uppehållstillstånd.

Familjen överklagade besluten till migrationsdomstolen och förde fram bl.a. följande. Bolaget Isin AB var mycket intresserat av att anställa SA men avvaktade med att erbjuda honom tjänsten för det fall ytterligare ansökningar skulle komma in och till dess att platsannonsen varit tillgänglig i tio dagar. Eftersom det var brådskande att tillsätta tjänsten beslutade bolaget att förbereda möjligheten att anställa honom för det fall han var den enda intressanta kandidaten. Bolaget har haft erfarenhet av att fackliga organisationers yttranden kan dröja och därför skickades begäran till berörd facklig organisation så att yttrandet skulle vara klart så fort som möjligt.

Förvaltningsrätten i Malmö, migrationsdomstolen (2019-12-09, ordförande Jalili), avlog överklagandet och angav som skäl i huvudsak följande. Yttrandet över anställningsvillkoren för arbetstagaren SA från berörd facklig organisation har kommit in under tiden som tjänsten varit utannonserad. Mot denna bakgrund instämmer migrationsdomstolen i Migrationsverkets bedömning att rekryteringsförfarandet har avbrutits innan annonseringstiden har löpt ut. Kravet på unionsföreträde hade därför inte varit uppfyllt. SA kan därmed inte beviljas förlängt arbetstillstånd. Det saknas även förutsättningar att bevilja de medföljande familjemedlemmarna de sökta tillstånden. Det har inte kommit fram något annat skäl att bevilja familjen uppehållstillstånd.

Familjen överklagade domen och yrkade att de skulle beviljas uppehålls- och arbetstillstånd och förde fram bl.a. följande.

SA blev erbjuden anställning hos Isin AB den 26 april 2019 och ansökan om uppehålls- och arbetstillstånd lämnades in till Migrationsverket först efter detta datum. Eftersom det var brådskande att tillsätta den aktuella tjänsten förberedde bolaget möjligheten att anställa honom i det fall han skulle komma att bli den enda intressanta kandidaten. Migrationsverkets blankett om yttrande skickades därför till berörd facklig organisation för att ha yttrandet klart så fort som möjligt såvida inte ytterligare relevanta ansökningar inkom.

Yttrandet från den fackliga organisationen är inget anställningserbjudande utan enbart ett yttrande om anställningsvillkoren på den arbetsplats där en anställning av en utländsk medborgare från ett land utanför EU/EES och Schweiz kan komma att bli aktuell. Det framgår ordagrant av Migrationsverkets blankett att yttrandet enbart är "en del av" anställningserbjudandet och som ska bifogas ansökan om uppehålls- och arbetstillstånd. Detta steg i rekryteringsprocessen innebär inte att SA kan sägas ha blivit erbjuden en tjänst. Yttrandet görs inte med hänsyn till exempelvis en uppgift om namn på en viss individ. Att yttrandet innehåller hans namn beror endast på att blanketten innehåller ett fält för ifyllande av en individs namn. Det finns inte reglerat i vare sig lag, förarbeten eller praxis i vilket skede av en rekrytering som den fackliga organisationen ska yttra sig över anställningsvillkoren. Den fackliga organisationen ombads att yttra sig innan SA var medveten om att han eventuellt skulle komma att erbjudas en anställning. Detta steg i ansökningsprocessen vilar helt på arbetsgivaren. Något anställningserbjudande som har avbrutit annonseringsförfarandet har genom detta inte lämnats från arbetsgivaren till individen. Det är först när en arbetstagare har blivit erbjuden en anställning och en ansökan om arbetstillstånd med bifogat anställningserbjudande har kommit in till Migrationsverket som rekryteringen kan anses ha avbrutits.

Isin AB har respekterat unionsföreträdet genom att annonsera ut tjänsten i tio dagar innan något anställningserbjudande lämnades. Under denna tid har det varit fullt möjligt för intresserade att söka den lediga tjänsten, vilket också skedde. Efter att annonseringstiden löpte ut bedömdes SA vara den mest lämpade av de sökande för tjänsten och han blev erbjuden anställning.

Migrationsverket

Migrationsverket ansåg att överklagandet skulle avslås och förde fram bl.a. följande.

Med hänvisning till MIG 2017:2 är det klart att annonseringen av en tjänst ska anses avbruten när en ansökan om uppehålls- och arbetstillstånd har kommit in till Migrationsverket. Till följd härav får en annonsering anses avbruten redan när ett anställningserbjudande upprättats även om det inte samtidigt lämnas in en ansökan om uppehålls- och arbetstillstånd. Aktuell annonsering får anses avbruten så snart tjänsten inte längre är aktuell att söka oavsett om avbrottet sker genom att en ansökan om uppehålls- och arbetstillstånd kommer in till Migrationsverket eller på annat sätt, t.ex. genom att arbetsgivaren bestämt sig för en kandidat.

Ett fackligt yttrande kan inte betraktas endast som ett yttrande om villkoren på en arbetsplats där en anställning kan komma att bli aktuell, när detta även innefattar individens namn. I vilket skede under rekryteringsprocessen som den fackliga organisationen ska yttra sig behöver inte vara reglerad i utlänningslagen (2005:716) för att det ska vara uppenbart att SA redan var tilltänkt för en anställning eftersom anställningserbjudandet som skickades till den fackliga organisationen innefattade hans namn. Även efterföljande yttrande från den fackliga organisationen inrymmer hans namn. Migrationsverkets beslut står inte i strid med MIG 2017:2 eftersom arbetsgivaren i vart fall senast dagen för den fackliga organisationens yttrande hade bestämt sig för att anställa SA. Efter detta datum har tjänsten inte varit tillgänglig för unionsmedborgare att söka, varför unionsföreträdet inte har respekterats på det sätt som har slagits fast i praxis.

Kammarrätten i Stockholm, Migrationsöverdomstolen (2020-10-01, Fridström, Berselius, referent, och Braun Hotti / föredragande Orre), yttrade:

1. Vad målet gäller

Frågan i målet är om unionsföreträdet har respekterats när den fackliga organisationen har avgett sitt yttrande om villkoren för anställningen under den tid som anställningen var utannonserad.

2. Gällande rätt m.m.

2.1. Tillämpliga bestämmelser

Enligt 6 kap. 2 § första stycket utlänningslagen får arbetstillstånd ges till en utlänning som erbjudits en anställning, om anställningen gör det möjligt för honom eller henne att försörja sig, och lönen, försäkringsskyddet och övriga anställningsvillkor inte är sämre än de villkor som följer av svenska kollektivavtal eller praxis inom yrket eller branschen. Av andra stycket framgår att arbetstillstånd enligt första stycket endast får ges om rekryteringsförfarandet är förenligt med Sveriges åtaganden inom Europeiska unionen.

För att säkerställa att lön, försäkringsskydd och övriga anställningsvillkor inte är sämre än de villkor som följer av svenska kollektivavtal eller praxis inom yrket eller branschen ska Migrationsverket vid handläggningen av bl.a. en ansökan om arbetstillstånd enligt 6 kap. 2 § utlänningslagen ge sammanslutningar av arbetstagare inom det verksamhetsområde som tillståndet avser tillfälle att yttra sig i ärendet. Migrationsverket får dock avgöra ärendet utan att så har skett om arbetsgivaren redan har inhämtat ett sådant yttrande, det annars är obehövligt eller det finns särskilda skäl (5 kap. 7 a § första stycket utlänningsförordningen [2006:97]).

2.2. Förarbeten

Den 15 december 2008 trädde nuvarande regler för arbetskraftsinvandring för tredjelandsmedborgare, dvs. personer utanför EU/EES-området och Schweiz, i kraft. Ändringarna innebär bl.a. att den s.k. myndighetsbaserade arbetsmarknadsprövningen upphörde att gälla. Utgångspunkten vid handläggningen av ärenden om uppehålls- och arbetstillstånd är i stället arbetsgivarens egen bedömning av behovet av att rekrytera arbetskraft från tredje land, samtidigt som det s.k. unionsföreträdet ska beaktas. Med detta avses att det egna landets befolkning och befolkningen i övriga EU/EES och Schweiz ska ha företräde till befintliga arbetstillfällen. Även i fortsättningen ska 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, 37 och 59.)

För att unionsföreträdet ska kunna respekteras måste personer bosatta inom EU/EES och i Schweiz få kännedom om vakanser på den svenska arbetsmarknaden. Rekryteringen kan inledas av att arbetsgivaren anmäler den lediga anställningen till Arbetsförmedlingen för utannonsering. När en ledig tjänst utannonseras i Arbetsförmedlingens platsbank blir den också synlig i den europeiska internetbaserade platsportalen EURES, varigenom tjänsten görs tillgänglig för medborgare i EU/EES och Schweiz. Det finns dock inget som hindrar att arbetsgivaren väljer att vidta andra motsvarande åtgärder för att uppfylla kravet på unionsföreträde. Det avgörande är att underlaget gör det möjligt att bedöma om unionsföreträdet har iakttagits. Har inte unionsföreträdet iakttagits eller går det inte att bedöma om så är fallet, ska något arbetstillstånd inte meddelas. (Prop. 2007/08:147 s. 36 och 60.)

2.3. Praxis

Vad gäller frågan om hur länge en tjänst ska vara utannonserad för att rekryteringsförfarandet ska vara förenligt med unionsföreträdet har Migrationsöverdomstolen uttalat att det krävs att den lediga tjänsten ska ha varit utannonserad under minst tio dagar (MIG 2015:6).

I MIG 2017:2 hade en ansökan om uppehålls- och arbetstillstånd med ett erbjudande om anställning kommit in till Migrationsverket tre dagar efter att en utannonsering av den aktuella anställningen hade skett. Migrationsöverdomstolen uttalade bl.a. att det är mot en viss anställning som villkoren för anställningen ska prövas. Följden av att en ansökan om uppehålls- och arbetstillstånd med ett erbjudande om anställning ges in till Migrationsverket är att just denna anställning inte längre är aktuell för någon annan att söka. Detta innebär att annonseringen av en anställning måste anses avbruten när en ansökan om uppehålls- och arbetstillstånd kommit in till Migrationsverket. Detta får i sin tur till följd att det är omständigheterna vid ansökningstillfället som bör läggas till grund för bedömningen av om unionsföreträdet har respekterats. Ett annat synsätt skulle innebära att syftet med unionsföreträdet skulle kunna kringgå. Det saknar betydelse att annonsen fanns kvar på annonseringsplatsen efter det att ansökan kom in till Migrationsverket.

4. Migrationsöverdomstolens bedömning

SA har erbjudits en tjänst som inköpsingenjör hos ett svenskt företag. Den 6 maj 2019 kom han och hans familjs ansökningar om uppehålls- och arbetstillstånd in till Migrationsverket. Till ansökningarna bifogades arbetsgivarens anställningserbjudande till SA daterat den 26 april 2019 samt det tillhörande yttrandet från den fackliga organisationen utfärdat den 16 april 2019. Enligt arbetsgivaren var tjänsten utannonserad i Arbetsförmedlingens platsbank och i den europeiska internetbaserade platsportalen EURES under perioden 11–24 april 2019.

Migrationsverket har inte ifrågasatt uppgiften att arbetsgivaren har annonserat ut den aktuella tjänsten i den svenska platsbanken och i EURES under minst tio dagar före det att ansökningarna om uppehålls- och arbetstillstånd kom in till verket. Migrationsverket gör dock gällande att annonseringen av tjänsten har avbrutits och unionsföreträdet inte respekterats i och med att arbetsgivaren under annonseringstiden låtit den fackliga organisationen yttra sig över anställningsvillkoren för en tjänst där SA angetts som arbetstagare. Arbetsgivaren har, enligt Migrationsverkets uppfattning, åtminstone senast vid tidpunkten för den fackliga organisationens yttrande i sådant fall bestämt sig för viss sökande till tjänsten, vilket fått till följd att tjänsten inte längre varit tillgänglig för andra att söka.

Migrationsöverdomstolen har i MIG 2017:2 uttalat att följderna av att en ansökan om uppehålls- och arbetstillstånd med ett erbjudande om anställning ges in till Migrationsverket är att just denna anställning inte längre är aktuell för någon annan att söka. Migrationsöverdomstolen uttalade vidare att detta innebär att en annonsering av en anställning måste anses avbruten när en ansökan om uppehålls- och arbetstillstånd kommer in till Migrationsverket och att detta i sin tur får till följd att det är omständigheterna vid ansökningstillfället som bör läggas till grund för bedömningen av om unionsföreträdet har respekterats. Det kan noteras att den aktuella tjänsten i det avgörandet visserligen hade varit utannonserad i den svenska platsbanken under minst tio dagar, men att annonseringen endast pågått under tre dagar när ansökan om uppehålls- och arbetstillstånd kom in till Migrationsverket.

När det gäller SA:s ansökan om uppehålls- och arbetstillstånd har Migrationsverket, till skillnad från uttalandena i MIG 2017:2, vid sin bedömning av om unionsföreträdet respekterats utgått från omständigheter som ligger före den tidpunkt då ansökningarna gjordes. Migrationsöverdomstolen delar inte den uppfattningen, utan anser i likhet med vad domstolen uttalade i MIG 2017:2 att det även i detta fall är omständigheterna vid ansökningstillfället som bör läggas till grund för bedömningen av om unionsföreträdet har respekterats. Det är först när en ansökan om uppehålls- och arbetstillstånd med ett erbjudande om anställning ges in till Migrationsverket som följderna blir att just denna anställning inte längre är aktuell för någon annan att söka.

Att en arbetsgivare, som vill kunna påskynda en rekrytering under tiden som tjänsten utannonseras i den svenska platsbanken och i EURES, redan före det att en ansökan ges in till Migrationsverket hämtar in den fackliga organisationens yttrande över en sökandes villkor för en eventuell anställning, innebär enligt Migrationsöverdomstolens uppfattning inte att rekryteringsförfarandet har avslutats.

I detta mål har tjänsten varit utannonserad i den svenska platsbanken och i EURES under minst tio dagar före det att SA:s och hans familjs ansökningar kom in till Migrationsverket.

Migrationsöverdomstolen anser att unionsföreträdet har respekterats i aktuellt hänseende. Mot den bakgrunden ska underinstansernas avgöranden upphävas och målet visas åter till Migrationsverket för fortsatt handläggning av familjens ansökningar om uppehållstillstånd m.m.

Migrationsöverdomstolens avgörande. Migrationsöverdomstolen upphäver migrationsdomstolens dom och Migrationsverkets beslut och visar målet åter till Migrationsverket för fortsatt handläggning av SA och ZA samt deras barns ansökningar om uppehållstillstånd m.m.

Sökord:

Litteratur: Prop. 2007/08:147 s. 25-27, 36-37 och 59-60
