

Målnummer: UM6456-20**Avdelning:** 1**Avgörandedatum:** 2021-12-17**Rubrik:** En utlänning som inte har bedömts uppfylla förutsättningarna för förlängt arbetstillstånd enligt 6 kap. 2 § utlänningslagen har beviljats tidsbegränsat uppehålls- och arbetstillstånd med stöd av associeringsavtalet mellan EU och Turkiet. Även fråga om betydelsen av begreppet visst slag av arbete i 6 kap. 2 a § utlänningslagen.**Lagrum:**

- 6 kap. 2 och 2 a § tredje stycket utlänningslagen (2005:716)
- Avtalet av den 12 september 1963 om upprättandet av en associering mellan Europeiska ekonomiska gemenskapen och Turkiet
- Artikel 6.1 i associeringsrådets beslut nr 1/80 av den 19 september 1980 om utveckling av associeringen
-

Rättsfall:

- EU-domstolens dom den 20 september 1990 (Sevince, C-192/89, EU:C:1990:322)
- EU-domstolens dom den 16 december 1992 (Kus, C-237/91, EU:C:1992:527)
- EU-domstolens dom den 6 juni 1995 (Bozkurt, C-434/93, EU:C:1995:168)
- EU-domstolens dom den 29 maj 1997 (Eker, C-386/95, EU:C:1997:257)
- EU-domstolens dom den 5 juni 1997 (Kol, C-285/95, EU:C:1997:280)
- EU-domstolens dom den 30 september 1997 (Günaydin, C-36/96, EU:C:1997:445)
- EU-domstolens dom den 30 september 1997 (Ertanir, C-98/96, EU:C:1997:446)
- EU-domstolens dom den 26 november 1998 (Birden, C-1/97, EU:C:1998:568)
- EU-domstolens dom den 10 februari 2000 (Nazli, C-340/97) EU:C:2000:77)
- EU-domstolens dom den 19 november 2002 (Kurz, C-188/00, EU:C:2002:694)
- MIG 2013:17
- MIG 2015:11
- MIG 2017:24
- MIG 2017:25
- MIG 2019:15

REFERAT

Den turkiske medborgaren FK ansökte den 24 december 2014 om arbetstillstånd för att arbeta som pizzabagare hos företaget Pizzeria A. Migrationsverket beslutade den 10 februari 2015 att bevilja FK uppehålls- och arbetstillstånd för tiden 10 februari 2015–10 februari 2017. Arbetstillståndet gällde för arbete som pizzabagare hos Pizzeria A.

FK ansökte den 1 oktober 2015 om nytt uppehålls- och arbetstillstånd eftersom han fått en ny anställning som restaurangbiträde hos företaget Pizzeria B. Arbetsuppgifterna beskrevs omfatta bl.a. förberedande och tillagning av enklare maträtter. Enligt anställningserbudandet skulle anställningen påbörjas den 5 oktober 2015. Migrationsverket beslutade den 18 augusti 2016 att bevilja FK uppehålls- och arbetstillstånd för tiden 18 augusti 2016–18 augusti 2018. I beslutet angavs att arbetstillståndet till och med den 10 februari 2017 endast gällde för arbete som restaurangbiträde hos Pizzeria B. Därefter gällde arbetstillståndet arbete som restaurangbiträde utan begränsning till en viss arbetsgivare. Migrationsverket beslutade samtidigt att återkalla det tidigare beviljade uppehålls- och arbetstillståndet.

Den 10 augusti 2018 ansökte FK om förlängning av sitt tillstånd. Han gav bl.a. in ett arbetsgivarintyg och ett anställningsintyg från Pizzeria A samt ett anställningsintyg från Pizzeria B. Av arbetsgivarintyget framgick att han under perioden 1 april 2015–30 september 2015 arbetat som pizzabagare hos Pizzeria A. Av anställningsintyget från Pizzeria B framgick att han arbetat där som pizzabagare och kock under perioden 10 oktober 2015– 25 mars 2017. Av anställningsintyget från Pizzeria A framgick att FK arbetat som pizzabagare och kock hos företaget sedan den 1 april 2017 och att anställningen fortfarande pågick.

Migrationsverket beslutade den 16 juli 2019 att avslå FK:s ansökan om uppehålls- och arbetstillstånd och att utvisa honom. Som skäl för beslutet angav Migrationsverket att FK sedan han påbörjade anställningen som pizzabagare och kock hos Pizzeria B den 10 oktober 2015 arbetat utanför begränsningarna för sitt arbetstillstånd. Migrationsverket ansåg att arbetet därför inte kunde ligga till grund för bedömningen av om villkoren för arbetstillståndet varit uppfyllda. Arbetstillstånd kunde därför inte beviljas enligt 6 kap. 2 § utlänningslagen (2005:716) och det fanns därför inte heller grund för uppehållstillstånd enligt 5 kap. 10 § utlänningslagen. Migrationsverket prövade därefter om FK kunde beviljas förlängt uppehålls- och arbetstillstånd med stöd av associeringsavtalet mellan EEG och Turkiet, associeringsavtalet, samt artikel 6.1 i associeringsrådets beslut nr 1/80 av den 19 september 1980 om utveckling av associeringen, beslut nr 1/80. Migrationsverket ansåg att FK genom ett hemlandspass visat att han är turkisk arbetstagare. Han ansågs även ha visat att han utfört arbete i Sverige under någon annans ledning och erhållit lön för detta arbete samt att han arbetat med gällande uppehålls- och arbetstillstånd. FK ansågs dock ha arbetat illegalt eftersom han arbetat inom ett annat yrke än det som det beviljade arbetstillståndet varit giltigt för. Han kunde därför inte anses ha haft en reguljär anställning. Migrationsverket bedömde därför att FK inte kunde komma i åtnjutande av de rättigheter som följer av artikel 6.1 i beslut nr 1/80. Uppehålls- och arbetstillstånd kunde därför inte beviljas på den grunden. Det fanns inte heller förutsättningar för att bevilja honom uppehållstillstånd på grund av synnerligen ömmande omständigheter.

FK överklagade beslutet till förvaltningsrätten i Malmö, migrationsdomstolen (2020-04-14, ordförande Löndahl), som avsåg överklagandet. Migrationsdomstolen ansåg vid en sammantagen bedömning av underlaget i målet att FK arbetat utanför ramarna för arbetstillståndet under föregående tillståndperiod eftersom det utförda arbetet var av annat slag än arbetet som restaurangbiträde. Migrationsdomstolen bedömde därför att det saknades förutsättningar för att bevilja FK ett förlängt uppehålls- och arbetstillstånd på grund av arbete enligt 6 kap. 2 § första stycket utlänningslagen. Den förklaring FK lämnat till varför han arbetat utanför ramarna för arbetstillståndet bedömdes utgöra en efterhandskonstruktion och lämnades utan avseende. Migrationsdomstolen bedömde vidare att FK inte kunde anses ha haft en reguljär anställning. Han kunde därför inte heller med stöd av artikel 6.1 i beslut nr 1/80 beviljas förlängt tillstånd. Slutligen bedömde migrationsdomstolen att det inte kommit fram sådana omständigheter som var att betrakta som synnerligen ömmande.

FK överklagade domen och yrkade att han i första hand skulle beviljas uppehålls- och arbetstillstånd enligt 6 kap. 2 § första stycket utlänningslagen och i andra hand uppehålls- och arbetstillstånd med stöd av associeringsavtalet. Han förde fram bl.a. följande.

Han vidhåller att han enbart arbetat som restaurangbiträde. Det har skett ett misstag när intygen om hans anställning utfärdades och fel yrke har angivits i intygen. Efter det att han påbörjade sin anställning hos Pizzeria B den 10 oktober 2015 har arbetsuppgifterna sammanblandats och han har fått utföra arbetsuppgifter som tillkommer en pizzabagare och kock. Det är inte särskilt stor skillnad mellan yrkena. Arbetet som han utfört bör därför omfattas av hans arbetstillstånd. Vid en prövning av om vissa arbetsuppgifter faller inom ramen för det slag av arbete som ett beviljat arbetstillstånd knutits till bör det beaktas vad som är arbetstagarens arbetsskyldighet. Avgränsningen av ett visst slag av arbete enligt utlänningslagen bör göras så att allt arbete som omfattas av arbetskyldigheten inkluderas.

En arbetstagare med arbetstillstånd bör behandlas likadant som inhemska arbetstagare och ha samma möjlighet att utföra mer kvalificerade arbetsuppgifter. Det framgår även av förarbetena till utlänningslagen att möjligheten att avancera inom yrket inte ska begränsas av att arbetstillståndet är knutet till ett visst slag av arbete. Ofta sker ett avancemang successivt, varför det är svårt att dra en klar gräns för när ett avancemang ska ha ägt rum och när det skulle vara lämpligt att ansöka om ett nytt arbetstillstånd.

Ett restaurangbiträde och en pizzabagare/kock har en rad arbetsuppgifter som överlappar varandra. Inom branschen är det en stor skillnad mellan små och stora restauranger. På en stor restaurang är yrkesrollerna mer definierade och snävt avgränsade och det finns fler anställda inom samma yrkesroll som kan täcka upp för varandra. På en mindre restaurang är det däremot nödvändigt att samtliga anställda kan utföra varandras arbetsuppgifter inom kärnverksamheten. Vidare är arbetet som pizzabagare och kock ett naturligt avancemang för ett restaurangbiträde.

Det har inte förekommit något missbruk eller utnyttjande av honom från arbetsgivarens sida. Han har haft en hög lön och anställningsvillkor som överstiger vad som följer av kollektivavtal. Kollektivavtalet mellan Visita och Hotell- och restaurangfacket visar på att det är möjligt att arbeta som pizzabagare eller kock utan att få den angivna minimilönen som anges för kvalificerat yrkesarbete fram till dess att en arbetstagare förvärvat långvarig praktisk erfarenhet av sådant arbete.

Han uppfyller förutsättningarna för att beviljas ett förlängt uppehålls- och arbetstillstånd med stöd av beslut nr 1/80. Han har följt Sveriges lagar och regler om inresa i landet och anställning och har haft rätt att arbeta här. Arbetstillståndet har inte heller varit ifrågasatt. Hans anställning får därför betraktas som reguljär i den mening som avses i artikel 6.1 i beslut nr 1/80. Migrationsverket anser att han under hela sin föregående tillståndstid har haft ett uppehållstillstånd som har kunnat återkallas enligt 7 kap. utlänningslagen vilket medför att hans situation inte kan anses ha varit stabil och säker. En sådan tolkning av artikel 6.1 skulle medföra att varje brist i anställningsförhållandena som gör att den obligatoriska återkallelserregeln i 7 kap. 7 e § skulle bli tillämplig utesluter att beslut nr 1/80 tillämpas. En sådan tolkning av begreppet laglig anställning är inte förenlig med EU-domstolens praxis och hindrar syftet med associeringsavtalet. Rättigheterna enligt artikel 6.1 första strecksatsen i beslut nr 1/80 uppstår efter ett års anställning även om tillståndet hade kunnat återkallas under den tidigare tillståndstiden. Utifrån syftet med associeringsavtalet bör en mindre avvikelse som gäller arbetsuppgifternas innehåll accepteras.

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

Det har inte kommit fram någon rimlig förklaring till varför arbetsgivaren angett yrkeskategorin pizzabagare och kock i intygen om FK endast utfört arbetsuppgifter som restaurangbiträde. Det är FK som bär bevisbördan för vilket arbete han faktiskt arbetat inom. FK har inte visat att han arbetat som restaurangbiträde och hans ansökan ska därför bedömas utifrån att han arbetat som pizzabagare och kock.

Det är arbetstagarens ansvar att hålla sig inom de begränsningar och förutsättningar som anges i arbetstillståndet. Eventuella förändringar bör omedelbart anmälas till Migrationsverket genom en ny ansökan om uppehållstillstånd så att Migrationsverket kan pröva förutsättningarna för arbetstillstånd utifrån det nya anställningsförhållandet. Yrkesbegränsningen för arbetstillstånd enligt 6 kap. 2 § utlänningslagen är en grundläggande förutsättning för tillståndet som följer av lag. Vilket yrke som en arbetstagare utövar under tillståndstiden kan därför inte ses som en omständighet som ska bedömas som ett anställningsvillkor jämförbart med lön m.m. Att klaganden arbetat i ett annat yrke under tillståndstiden är därför inte relevant att beakta vid en sammantagen bedömning av anställningsvillkoren på så sätt som fastställts i praxis genom exempelvis MIG 2017:24 och MIG 2017:25.

Att arbetsuppgifterna för yrkena pizzabagare och kock respektive restaurangbiträde till viss del överlappar varandra innebär inte att avsteget från yrkesbegränsningen kan anses vara så ringa att det inte ska tillmätas någon betydelse. För yrket pizzabagare och kock krävs ingående kunskaper i matlagning och livsmedelshygien. Yrket innebär ett stort ansvar för att servera säkra och hygieniskt godtagbara måltider. Något sådant ansvar och krav på utbildning har inte ett restaurangbiträde som genom sitt arbete endast bistår en pizzabagare och kock. De två yrkeskategorierna skiljer sig därför väsentligt från varandra trots att samma arbetsuppgifter kan utföras inom ramen för båda yrkena. Det finns utrymme att avancera inom arbetstillståndets begränsning till yrke, dock måste ett nytt tillstånd sökas om den nya anställningen inte omfattas av befintligt arbetstillstånd.

FK har visserligen arbetat i mer än ett år hos samma arbetsgivare. Arbetet har dock inte varit reguljärt i den mening som avses i artikel 6.1 första strecksatsen i beslut nr 1/80 eftersom han arbetat inom ett yrke som inte omfattats av hans arbetstillstånd. FK kan inte anses ha följt svenska lagar för sin vistelse i Sverige eftersom han arbetat illegalt i ett yrke som han inte haft tillstånd att utöva. Begreppet laglig anställning kan inte tolkas så generöst att enbart den omständigheten att klaganden rest in legalt och haft ett faktiskt anställningsförhållande där det har betalats skatter och avgifter enligt lag medför att rekvisitet är uppfyllt. FK har under hela sin föregående tillståndstid haft ett uppehållstillstånd som har kunnat återkallas enligt 7 kap. utlänningslagen. Hans situation på den svenska arbetsmarknaden kan därför inte anses ha varit stabil och säker.

Yrkesbegränsningen är en grundläggande utgångspunkt för de bedömningar som ska göras enligt beslut nr 1/80. Att en arbetstagare så småningom genom praktisk yrkeserfarenhet uppfyller kraven för att ta anställning som pizzabagare och kock, eller redan uppfyllde de högre kraven vid anställningstillfället, medför inte att en denne kan erhålla en rätt enligt beslut nr 1/80 genom utövande av ett annat yrke än det som det beviljade arbetstillståndet avser.

Kammarrätten i Stockholm, Migrationsöverdomstolen (2021-12-17, Fridström, Eriksson och C Bohlin, referent, yttrade:

1. Det som målet gäller

FK har haft uppehålls- och arbetstillstånd i Sverige sedan den 10 februari 2015. Det senaste arbetstillståndet var begränsat till att gälla för arbete som restaurangbiträde. Vid hans ansökan om förlängning kom det fram att han under den tidigare tillståndperioden arbetat som pizzabagare och kock. Frågan är vilken betydelse detta har vid bedömningen av om FK har rätt till ett förlängt arbetstillstånd enligt 6 kap. 2 § utlänningslagen eller med tillämpning av beslut nr 1/80.

2. Förlängt arbetstillstånd enligt 6 kap. 2 § utlänningslagen

2.1 Bestämmelserna i utlänningslagen

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.)

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).

Ett arbetstillstånd enligt 6 kap. 2 § första stycket 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. (6 kap. 2 a § tredje stycket.)

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

2.2 Utgångspunkter för bedömningen

FK ansökte den 1 oktober 2015 om nytt arbetstillstånd för arbete som restaurangbiträde. Det uppehålls- och arbetstillstånd som FK sedan beviljades för perioden 18 augusti 2016–18 augusti 2018 var begränsat till att gälla för arbete som restaurangbiträde. Av intyg som utfärdats av Pizzeria A och Pizzeria B framgår att FK sedan den 10 februari 2015 arbetat som pizzabagare och kock.

Migrationsöverdomstolen anser att FK inte har gjort sannolikt att de intyg som utfärdats av arbetsgivarna av misstag innehåller felaktig information om anställningen och att han egentligen arbetat som restaurangbiträde. Domstolen utgår därför vid sin bedömning från att FK sedan oktober 2015, då han påbörjade den anställning som arbetstillstånd senare beviljades för, arbetat som pizzabagare och kock.

Migrationsverket har bedömt att FK inte kan beviljas ett förlängt uppehålls- och arbetstillstånd eftersom han under den tidigare tillståndperioden arbetat utanför tillståndets begränsning när det gäller slaget av arbete. FK har fört fram att yrket pizzabagare och kock utgör samma slag av arbete som restaurangbiträde och att han därför inte har arbetat utanför arbetstillståndets begränsning. Den första frågan Migrationsöverdomstolen tar ställning till är därför om FK kan anses ha arbetat med samma slag av arbete som arbetstillståndet varit begränsat till under den period då han arbetat som pizzabagare och kock i stället för som restaurangbiträde.

2.3 Vad avses med begreppet ett visst slag av arbete?

Att ett arbetstillstånd ska begränsas till att vara giltigt för ett visst slag av arbete framgår av 6 kap. 2 a § utlänningslagen.

Bestämmelsen kom till i samband med de reformerade reglerna för arbetskraftsinvandring som trädde i kraft den 15 december 2008. Avsikten var att genom de nya reglerna införa ett mer effektivt och flexibelt system för arbetskraftsinvandring med syftet att underlätta rekrytering av arbetskraft från tredjeländ (prop. 2007/08:147 s. 1). Samtidigt uttalades att det nya systemet inte får underlätta för oseriösa arbetsgivare att hitta arbetskraft genom att erbjuda anställningsvillkor som är sämre än dem som gäller för arbetstagare som redan är bosatta i Sverige (s. 27 och 37). Det uttalades vidare att det för att upprätthålla legitimiteten för systemet krävs att Migrationsverket är observant på att anställningsavtalen inte är skenavtal (s. 37).

När det gäller att arbetstillståndet ska avse ett visst slag av arbete uttalades i huvudsak följande i förarbetena (prop. 2007/08:147 s. 30-31). När ett arbetstillstånd beviljas första gången bör tillståndet kopplas till en viss arbetsgivare och ett visst slag av arbete. Detta ligger i linje med att arbetstillstånd beviljats för att avhjälpa en enskild arbetsgivares svårighet att rekrytera samt att det är mot en viss anställning som villkoren för tillståndet prövats. Att arbetstillståndet är knutet till ett visst slag av arbete innebär inte en begränsning av möjligheterna att avancera inom det yrket. Den som har ett arbetstillstånd knutet till ett visst slag av arbete har dessutom möjlighet att byta anställning och söka anställning inom ett annat slag av arbete.

Migrationsöverdomstolen konstaterar att varken lagtexten eller förarbetena ger vägledning i hur begreppet "ett visst slag av arbete" i 6 kap. 2 a § tredje stycket utlänningslagen ska definieras. En förutsättning för att beviljas arbetstillstånd är att villkoren i 6 kap. 2 § första stycket 1 och 2 är uppfyllda. Prövningen ska göras i förhållande till den anställning som angetts i ansökan om arbetstillstånd. Syftet med att knyta arbetstillståndet till ett visst slag av arbete får därför enligt Migrationsöverdomstolen anses vara att säkerställa att personen faktiskt kommer att arbeta med det yrke som arbetstillståndet beviljats för och för vilket bedömningen gjorts att villkoren för arbetstillstånd är uppfyllda. Genom en sådan ordning främjas även ett av de allmänna syftena med reglerna om arbetskraftsinvandring, nämligen att motverka missbruk av reglerna och utnyttjande av utländsk arbetskraft.

Mot bakgrund av syftet med begränsningen av arbetstillståndet anser Migrationsöverdomstolen att det finns skäl att tolka begreppet "ett visst slag av arbete" med försiktighet. Begreppet kan därför inte tolkas så att det angivna slaget av arbete omfattar alla typer av närliggande yrken inom en viss bransch, även om yrkena till viss del har överlappande arbetsuppgifter. I stället får en objektiv bedömning göras av om två yrken normalt sett kan anses vara samma slag av arbete. I den bedömningen får då bl.a. beaktas vilka arbetsuppgifter som karaktäriserar ett visst yrke. I förarbetena uttalas att arbetstillståndets koppling till ett visst slag av arbete inte ska begränsa möjligheten att avancera inom yrket. Det måste därför enligt Migrationsöverdomstolens mening kunna godtas att arbetsuppgifterna till viss del varierar eller förändras i förhållande till de arbetsuppgifter som angetts i ansökan om arbetstillstånd, utan att det bedöms utgöra ett nytt slag av arbete. Den enskilde arbetstagaren har dock en skyldighet att ansöka om ett nytt arbetstillstånd om arbetsuppgifterna förändras på ett sådant sätt att anställningen övergår till ett annat yrke än det som arbetstillståndet beviljats för.

Enligt Migrationsöverdomstolen kan pizzabagare och kock vid en objektiv bedömning inte anses utgöra samma slag av arbete som restaurangbiträde. Dessa yrken karaktäriseras normalt sett av olika typer av arbetsuppgifter, även om ett restaurangbiträde kan utföra vissa arbetsuppgifter som även en pizzabagare och kock utför och vice versa. Något som ytterligare talar för att det rör sig om två olika slag av arbeten är att den kollektivavtalsenliga månadslönen för pizzabagare och restaurangbiträden enligt yttranden från Hotell- och restaurangfacket skiljt sig åt under den period som är aktuell i målet.

Migrationsöverdomstolen bedömer därför att FK fr.o.m. oktober 2015 har arbetat med ett annat slag av arbete än det som han i augusti 2016 beviljades arbetstillstånd för. Nästa fråga är då vilken betydelse detta förhållande har vid bedömningen av om det finns förutsättningar för att nu bevilja honom förlängt uppehålls- och arbetstillstånd enligt 6 kap. 2 § första stycket utlänningslagen.

2.4 Är det en förutsättning för arbetstillstånd att utlänningen under tidigare tillståndsperioder arbetat inom det slag av arbete som arbetstillståndet varit begränsat till?

Bestämmelsen i 6 kap. 2 § utlänningslagen är fakultativ. Det innebär att det inte finns någon ovillkorlig rätt för en utländsk medborgare att få ett arbetstillstånd. En bedömning måste göras i varje enskilt fall av om en ansökan ska beviljas.

I förarbetena till 6 kap. 2 § utlänningslagen uttalades att en förlängning av ett arbetstillstånd bör föregås av en ny prövning av om de grundläggande villkoren för arbetstillstånd fortfarande är uppfyllda (prop. 2007/08:147 s. 29). Om villkoren i 6 kap. 2 § första stycket 1 och 2 vid en framåtsyftande helhetsbedömning visar sig inte vara uppfyllda ska alltså en ansökan om arbetstillstånd inte beviljas.

Migrationsöverdomstolen har slagit fast att en ansökan om förlängning även ska avslås om det vid en bakåtsyftande helhetsbedömning visar sig att villkoren för arbetstillståndet i 6 kap. 2 § första stycket 1 och 2 utlänningslagen inte varit uppfyllda under den tidigare tillståndsperioden (MIG 2015:11, MIG 2017:24 och MIG 2017:25). Att en sådan ordning bör gälla vid prövningen av en förlängningsansökan har av Migrationsöverdomstolen ansetts motiverat mot bakgrund av reglerna om återkallelse i 7 kap. 7 e §.

Enligt 7 kap. 7 e § utlänningslagen ska ett tidsbegränsat uppehållstillstånd för arbete för en utlänning som har beviljats arbetstillstånd enligt 6 kap. 2 § första stycket återkallas om förutsättningarna för arbetstillståndet enligt detta lagrum, av något annat skäl än att anställningen har upphört, inte längre är uppfyllda. Bestämmelsen är obligatorisk och lämnar alltså inte utrymme för att göra en bedömning av omständigheterna i det enskilda fallet.

Migrationsöverdomstolen har i MIG 2015:11 uttalat att samma strikta tillämpning som lagstiftaren gett uttryck för när det gäller om ett tillstånd ska återkallas även bör gälla vid prövningen av om ett tillstånd ska förlängas. En annan ordning har ansetts kunna leda till en minskad legitimitet för bestämmelserna, 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 2019:15 ansåg Migrationsöverdomstolen att det fanns förutsättningar för att bevilja en utlänning fortsatt uppehållstillstånd på grund av arbete även om det inte var utrett att personen fått lagstadgade semesterförmåner under tidigare tillståndsperioder. Migrationsöverdomstolen konstaterade att utlänningens semesterförmåner följde av semesterlagen och att det inte rörde sig om förmåner som följer av kollektivavtal eller praxis inom yrket eller branschen. Under dessa förhållanden saknade återkallelsebestämmelsen i

7 kap. 7 e § utlänningslagen betydelse för bedömningen av om fortsatt uppehållstillstånd skulle beviljas. Vilken betydelse brister i lagstadgade semesterförmåner ska ha vid prövningen av om förlängt uppehållstillstånd eller permanent uppehållstillstånd ska beviljas fick enligt Migrationsöverdomstolen i stället bedömas mot bakgrund av de allmänna syftena med reglerna om arbetskraftsinvandring. Eftersom bestämmelserna om arbetstillstånd i 6 kap. är fakultativa finns det utrymme att vägra arbetstillstånd av även andra skäl än att förutsättningarna enligt 6 kap. 2 § inte är uppfyllda. Eftersom en utländsk arbetstagare som arbetat under en tid i Sverige har samma rättigheter till semesterförmåner enligt semesterlagen som en svensk arbetstagare med motsvarande anställning ansåg Migrationsöverdomstolen att det inte skulle tjäna syftet att motverka oseriösa arbetsgivare som missbrukar reglerna och utnyttjar arbetskraft att vägra utlänningsen fortsatt tillstånd enbart på den grunden att utlänningsen eventuellt inte fått rätt semesterförmåner. Det var därför inte en förutsättning för att bevilja utlänningsen uppehållstillstånd att han fått lagstadgade semesterförmåner under tidigare tillståndsperioder.

Att ett arbetstillstånd ska begränsas till att gälla för ett visst slag av arbete följer av 6 kap. 2 a § tredje stycket utlänningslagen. Bedömningen av om villkoren för arbetstillstånd är uppfyllda ska göras mot det slag av arbete som tillståndet sedan begränsas till. Till bilden hör dock att arbetstillståndets begränsning till ett visst slag av arbete inte i sig omfattas av bestämmelsen om obligatorisk återkallelse enligt 7 kap. 7 e §. Denna bestämmelse är därför inte tillämplig för det fall det under en pågående tillståndsperiod skulle komma fram att en utlänningsen arbetat med en annan typ av arbete än det som arbetstillståndet varit begränsat till. Återkallelsebestämmelsen i 7 kap. 7 e § saknar därför betydelse för bedömningen av om fortsatt uppehålls- och arbetstillstånd kan beviljas när utlänningsen arbetat utanför arbetstillståndets begränsning.

Det finns andra bestämmelser i 7 kap. utlänningslagen om återkallelse av tillstånd som kan aktualiseras om det kommer fram att en utlänningsen arbetar med ett annat slag av arbete än det som arbetstillståndet är begränsat till.

Enligt 7 kap. 2 § utlänningslagen får ett arbetstillstånd återkallas om det finns särskilda skäl för det. I förarbetena beskrivs att det t.ex. kan vara frågan om att utlänningsen inte längre har det slag av arbete som det antogs att utlänningsen skulle ha när tillståndet beviljades (prop. 1988/89:86 s. 63).

Om en person skulle fortsätta arbeta sedan arbetstillståndet återkallats kan personens uppehållstillstånd återkallas med stöd av 7 kap. 3 § första stycket 1 utlänningslagen enligt vissa i lagrummet angivna förutsättningar. Denna grund för återkallelse får inte användas för en utlänningsen som vistats i Sverige mer än tre år när frågan prövas av den myndighet som först beslutar i saken.

Vidare får enligt 7 kap. 3 § första stycket 2 utlänningslagen ett uppehållstillstånd återkallas för en utlänningsen som rest in i landet om utlänningsen har beviljats arbetstillstånd enligt 6 kap. 2 § första stycket och anställningen upphört, om inte utlänningsen inom tre 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.

De nu nämnda bestämmelserna är dock, till skillnad från 7 kap. 7 e § utlänningslagen, fakultativa och lämnar därmed visst utrymme för Migrationsverket att inte återkalla tillståndet trots att bestämmelserna är tillämpliga. Enligt Migrationsöverdomstolen finns det därför i en situation som den som nu är aktuell inte skäl att mot bakgrund av bestämmelserna om återkallelse avslå en ansökan om förlängning.

Att utlänningen arbetat med ett annat slag av arbete än det som arbetstillståndet varit begränsat till bör vid prövningen av en ansökan om förlängt arbets- och uppehållstillstånd 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.

Som nämnts tidigare så sker prövningen av om villkoren för arbetstillstånd enligt 6 kap. 2 § första stycket utlänningslagen är uppfyllda i förhållande till det arbete som arbetstillståndet sedan begränsas till. Det är därför enligt Migrationsöverdomstolen grundläggande att utlänningen efter att tillståndet beviljats faktiskt arbetar med det slag av arbete som tillståndet avser. Vid en ansökan om förlängning är det möjligt att kontrollera att så faktiskt skett under tidigare tillståndsp perioder. Att vägra fortsatt tillstånd därför att utlänningen arbetat med ett annat slag av arbete främjar alltså syftet att motverka missbruk av reglerna och utnyttjande av utländsk arbetskraft samt garanterar även att unionsföreträdet som regleras i 6 kap. 2 § andra stycket respekteras.

Mot denna bakgrund anser Migrationsöverdomstolen att en förutsättning för att ge FK uppehålls- och arbetstillstånd med stöd av 6 kap. 2 § utlänningslagen är att han arbetat med det slag av arbete som hans arbetstillstånd varit beviljat för under tidigare tillståndsp perioder. FK har inte uppfyllt denna förutsättning och han kan därmed inte beviljas uppehålls- och arbetstillstånd. Migrationsöverdomstolen övergår därefter till att ta ställning till om FK i stället har rätt att få förlängt uppehålls- och arbetstillstånd med tillämpning av artikel 6.1 i beslut nr 1/80.

3. Förlängt arbetstillstånd med tillämpning av artikel 6.1 i beslut nr 1/80

3.1 Rättslig reglering m.m.

Av 6 kap. 2 § tredje stycket utlänningslagen framgår att arbetstillstånd får ges till en utlänning om det följer av ett internationellt avtal eller ett avtal med ett annat land.

Ett exempel på ett internationellt avtal av detta slag är det år 1963 undertecknade avtalet om associering mellan Europeiska ekonomiska gemenskapen (EEG) och Turkiet. Avtalet innefattar inrättandet av ett associeringsråd med befogenhet att fatta beslut för att genomföra associeringsavtalets mål. Associeringsrådets beslut nr 1/80 är ett sådant beslut. I artikel 6.1 i beslutet finns föreskrifter om de närmare förutsättningarna för turkiska medborgare att få förlängt arbetstillstånd i en medlemsstat. Syftet med föreskrifterna är att förbättra det system som gäller till förmån för turkiska arbetstagare och deras familjemedlemmar och de utgör ytterligare ett steg mot genomförandet av fri rörlighet för turkiska arbetstagare i enlighet med artiklarna 48, 49 och 50 i EG-fördraget (EU-domstolens dom den 30 september 1997, Günaydin, C-36/96, EU:C:1997:445, punkt 20-21). Beslutets syfte är också att främja turkiska arbetstagares integration i värdmedlemsstaten (EU-domstolens dom den 19 november 2002, Kurz, C-188/00, EU:C:2002:694 punkt 45).

Artikel 6.1 första strecksatsen har följande lydelse enligt den svenska översättningen:

Med undantag för bestämmelserna i artikel 7 om familjemedlemmars rätt till anställning har en turkisk arbetstagare på den reguljära arbetsmarknaden i en medlemsstat

- rätt att efter ett års reguljär anställning i denna medlemsstat få sitt arbetstillstånd förnyat hos samma arbetsgivare om denne har arbete åt arbetstagaren.

I EU-domstolens praxis har begreppet "reguljär" i artikel 6.1 ansetts synonymt med begreppet "laglig" (EU-domstolens dom den 26 november 1998, Birden, C-1/97, EU:C:1998:568, punkt 50-51).

Artikel 6.1 har direkt effekt i medlemsstaterna. Turkiska medborgare som uppfyller de i artikel 6.1 föreskrivna villkoren ska därför direkt kunna göra gällande de rättigheter som de tilldelats genom de olika strecksatserna i bestämmelsen (EU-domstolens dom den 20 september 1990, Sevince, C-192/89, EU:C:1990:322, punkt 21-26, Günaydin, punkt 24 och Kurz, punkt 26).

3.2 Utgångspunkter för bedömningen

I målet ska Migrationsöverdomstolen ta ställning till om FK uppfyllt de föreskrivna villkoren för att ha rätt till förlängt arbetstillstånd enligt första strecksatsen i artikel 6.1 i beslut nr 1/80.

FK är en turkisk arbetstagare. Han har arbetat hos Pizzeria A sedan den 1 april 2017. Frågorna som behöver besvaras är dels om detta innebär att FK kan anses vara en arbetstagare på den lagliga arbetsmarknaden i Sverige, dels om han vid ansökningstillfället haft ett års laglig anställning här.

3.3 Begreppen den lagliga arbetsmarknaden och laglig anställning

3.3.1 Den lagliga arbetsmarknaden

Av EU-domstolens praxis framgår att det för att kontrollera om en arbetstagare tillhör den lagliga arbetsmarknaden i en medlemsstat ska bedömas om arbetet i rättsligt hänseende kan lokaliseras till en medlemsstats territorium eller har tillräckligt nära anknytning till detta territorium (EU-domstolens dom den 6 juni 1995, Bozkurt, C-434/93, EU:C:1995:168, punkt 22-23, Günaydin, punkt 29, dom den 30 september 1997, Ertanir, C-98/96, EU:C:1997:446, punkt 39 och Birden, punkt 33).

Vidare framgår av EU-domstolens praxis att begreppet "den reguljära arbetsmarknaden" i artikel 6.1 i beslut nr 1/80 omfattar samtliga arbetstagare som följer den berörda medlemsstatens lagar och författningar när det gäller inresa i landet och anställning och som därmed har rätt att utöva yrkesverksamhet i den aktuella medlemsstaten (Birden, punkt 51 och dom den 10 februari 2000, Nazli, C-340/97, EU:C:2000:77, punkt 31-32).

3.3.2 Laglig anställning

För att rättigheten enligt artikel 6.1 första strecksatsen ska uppstå krävs att den turkiska arbetstagaren under en oavbruten period av ett år innehar en laglig anställning hos samma arbetsgivare som förlängningsansökan avser (EU-domstolens dom den 29 maj 1997, Eker, C-386/95, EU:C:1997:257, punkt 31). För att en anställning ska vara laglig förutsätts enligt EU-domstolens praxis att arbetstagaren har en stabil och säker situation på arbetsmarknaden i medlemsstaten. Det förutsätter en varaktig och inte endast tillfällig ställning på arbetsmarknaden och därmed en icke ifrågasatt rätt att vistas i en medlemsstat (Sevince, punkt 30, EU-domstolens dom den 16 december 1992, Kus, C-237/91, EU:C:1992:57, punkt 12 och 22 och Birden, punkt 55).

Bedömningen av om arbetet som utförts under en viss period är lagligt ska göras med hänsyn till den nationella lagstiftningen, som reglerar under vilka villkor en turkisk arbetstagare får komma till landet och arbeta (Bozkurt, punkt 27).

Artikel 6.1 i beslut nr 1/80 påverkar inte medlemsstaternas behörighet att vägra en turkisk medborgare att inresa till deras område och där inneha en första avlönad anställning och hindrar i princip inte att medlemsstaterna fastställer villkor för arbetstagarens anställning till dess att ett år gått. Bestämmelsen kan dock inte tolkas så att en medlemsstat ensidigt kan ändra räckvidden av systemet för en gradvis integrering av turkiska arbetstagare på medlemsstatens arbetsmarknad och frånta en turkisk arbetstagare, som tillåtit inresa till dess territorium och som där lagligen utövar en verklig och faktisk ekonomisk verksamhet under mer än ett år hos samma arbetsgivare, de rättigheter som han gradvis har fått enligt bestämmelsen. (Birden, punkt 37.)

Om en arbetstagare har beviljats uppehållstillstånd på grundval av vilseledande uppgifter kan det påverka bedömningen av de anställningsperioder som utlänningen fullgjort efter att ha beviljats sitt första uppehållstillstånd. I ett sådant fall riskerar arbetstagaren att inte anses ha en stabil och säker situation på arbetsmarknaden. (EU-domstolens dom den 5 juni 1997, Kol, C-285/95, EU:C:1997:280, punkt 26-28 och MIG 2013:17.)

3.4 Har FK tillhört den lagliga arbetsmarknaden?

FK har utfört arbete i Sverige för en svensk arbetsgivare. Kravet på att arbetet ska kunna lokaliseras till Sverige är därför uppfyllt.

Nästa fråga som Migrationsöverdomstolen ska ta ställning till är om FK kan anses ha följt svenska lagar och författningar när det gäller inresa i landet och anställning och om han därmed har haft rätt att utöva yrkesverksamhet i Sverige.

För att en utlänning ska få vistas i Sverige i längre tid än tre månader och arbeta här krävs att han eller hon har ett giltigt uppehålls- och arbetstillstånd (2 kap. 5 och 7 §§ utlänningslagen).

FK har rest in i Sverige efter att han beviljats uppehålls- och arbetstillstånd. Han har även under den tid han arbetat i landet haft giltiga uppehålls- och arbetstillstånd. Migrationsverket har dock fört fram att FK:s arbete i landet varit illegalt eftersom han arbetat med ett annat slag av arbete än det som arbetstillståndet varit giltigt för.

Det finns ingen grund i svensk rätt för att ett uppehålls- eller arbetstillstånd automatiskt skulle bli ogiltigt som en följd av att utlänningen arbetat utanför arbetstillståndets begränsningar när det gäller arbetsgivare eller slag av arbete. Om det däremot under en pågående tillståndsperiod kommer fram att utlänningen arbetar utanför arbetstillståndets begränsningar finns, som redogjorts för i avsnitt 2.4, en fakultativ möjlighet för Migrationsverket att återkalla hans eller hennes tillstånd enligt 7 kap. 2 och 3 §§ utlänningslagen. Om en återkallelse skulle ske blir tillstånden ogiltiga och utlänningen har inte längre någon laglig rätt att vistas i landet utan ska utvisas (8 kap. 6 §).

I det aktuella fallet har FK:s tillstånd inte återkallats under tidigare tillståndsperiod, utan det var först vid hans ansökan om förlängning som det kom fram att han arbetat utanför arbetstillståndets begränsningar. Om denna omständighet hade kommit fram under den pågående tillståndsperioden hade de fakultativa bestämmelserna om återkallelse i 7 kap. utlänningslagen kunnat aktualiseras. Med hänsyn till att bestämmelserna om återkallelse i en sådan situation är fakultativa får dock en återkallelse betraktas som en risk snarare än som den direkta följden av att det kommit fram att utlänningen arbetar utanför tillståndets begränsning. Enligt Migrationsöverdomstolen medför inte detta att FK inte haft rätt att utöva yrkesverksamhet i Sverige. FK har därmed tillhört den reguljära arbetsmarknaden i den mening som avses i artikel 6.1 i beslut nr 1/80 och han har alltså tillhört den lagliga arbetsmarknaden i Sverige.

3.5 Har FK vid ansökningstillfället haft ett års laglig anställning i Sverige?

Avgörande för om FK ska anses ha haft en laglig anställning i Sverige i den mening som avses i artikel 6.1 första strecksatsen i beslut nr 1/80 är om han har haft en stabil och säker situation på arbetsmarknaden och därmed ett icke ifrågasatt uppehållstillstånd.

Migrationsöverdomstolen anser att det som har kommit fram i målet inte visar att FK medvetet har lämnat vilseledande uppgifter om sitt anställningserbjudande till Migrationsverket i syfte att beviljas det uppehålls- och arbetstillstånd som han arbetat med stöd av från den 18 augusti 2016 fram tills att han ansökte om förlängning den 10 augusti 2018.

FK:s rätt att vistas eller arbeta i Sverige har inte varit ifrågasatt eller föremål för prövning under de tidsperioder som han arbetat i landet. Att det i svensk rätt finns fakultativa bestämmelser om återkallelse i 7 kap. utlänningslagen innebär enligt Migrationsöverdomstolen med beaktande av EU-domstolens praxis inte att FK har befunnit sig i en situation på arbetsmarknaden som när som helst skulle ha kunnat ifrågasättas. Migrationsöverdomstolen anser därför att FK har haft en stabil och säker situation på arbetsmarknaden i den mening som avses i beslut nr 1/80.

FK har ansökt om förlängning av sitt arbetstillstånd för att arbeta hos Pizzeria A. Vid ansökningstillfället den 10 augusti 2018 hade han arbetat hos Pizzeria A under en oavbruten period som översteg ett år. Han har därmed uppfyllt kravet i artikel 6.1. första strecksatsen i beslut nr 1/80 på att ha haft en laglig anställning i Sverige under ett år hos samma arbetsgivare som ansökan om förlängning avser (Eker, punkt 20–22, 24–25 och 31).

Migrationsöverdomstolen anser därför att FK uppfyller alla kriterier i artikel 6.1 i beslut nr 1/80 och att han därmed enligt första strecksatsen ska beviljas ett förnyat arbetstillstånd för arbete hos Pizzeria A. Han ska även beviljas ett förlängt tidsbegränsat uppehållstillstånd enligt 5 kap. 10 § utlänningslagen. Migrationsöverdomstolen överlämnar till Migrationsverket att närmare besluta om tillståndstidens längd och övriga villkor för tillstånden.

Migrationsöverdomstolen avgörande. Migrationsöverdomstolen bifaller överklagandet och beviljar FK tidsbegränsat uppehålls- och arbetstillstånd. Migrationsöverdomstolen överlämnar till Migrationsverket att besluta om tillståndstidens längd och övriga villkor för tillstånden.

Sökord:

Litteratur: Prop. 1988/89:86 s. 63, prop. 2007/08:147 s. 1, 27, 29-31, 37.
