

Målnummer:	UM908-21	Avdelning:	1
Avgörandedatum:	2022-02-28		
Rubrik:	En ansökan om förlängning av ett uppehållstillstånd för arbete som har meddelats med stöd av 5 kap. 15 a § utlänningslagen ska prövas enligt 6 kap. 2 § första och andra stycket samma lag.		
Lagrum:	<ul style="list-style-type: none">• 5 kap. 15 a § och 6 kap. 2 § utlänningslagen (2005:716)• 6 b § lagen (1982:80) om anställningsskydd		
Rättsfall:	<ul style="list-style-type: none">• MIG 2015:6		

REFERAT

BS, HH, BK och BKK (familjen) har tidigare beviljats uppehålls- och arbetstillstånd med stöd av bl.a. 5 kap. 15 a § utlänningslagen (2005:716) för perioden 23 mars 2018–31 mars 2019 på grund av HH:s arbete i Sverige som personlig assistent. HH ansökte den 15 mars 2019 om förlängning av sitt uppehålls- och arbetstillstånd. BS, BK och BKK ansökte samtidigt om förlängning av sina uppehållstillstånd som familjemedlemmar till henne. HH:s förlängningsansökan avsåg ursprungligen fortsatt deltidsanställning som personlig assistent hos samma arbetsgivare som tidigare. Under handläggningen hos Migrationsverket ändrade HH sin ansökan till att i stället avse arbete som personlig assistent hos en ny arbetsgivare. Hon påbörjade sin nya anställning den 1 januari 2020.

Migrationsverket beslutade den 23 oktober 2020 att avslå HH:s ansökan. Som skäl för beslutet angavs bl.a. följande. HH:s anställning har inte genom verksamhetsövergång enligt 6 b § lagen (1982:80) om anställningsskydd, LAS, övergått från den tidigare till den nya arbetsgivaren. Eftersom HH:s nya arbetsgivare inte har annonserat ut tjänsten inom EU/EES och i Schweiz under minst 10 dagar har kravet på unionsföreträde enligt 6 kap. 2 § utlänningslagen inte respekterats. Hennes anställningserbjudande uppfyller därmed inte kraven för arbetstillstånd.

Med hänsyn till utgången i HH:s ärende och då inga andra skäl för uppehållstillstånd framkommit beslutade Migrationsverket samma dag att avslå BS:s, BK:s och BKK:s ansökningar om uppehållstillstånd.

Familjen överklagade beslutet till migrationsdomstolen.

Förvaltningsrätten i Malmö, migrationsdomstolen (2021-01-05, ordförande Kihlefelt Bondesson), avslog överklagandet med i huvudsak följande motivering.

Det har inte skett någon verksamhetsövergång eftersom det inte framgår att den tidigare arbetsgivaren har köpts upp av den nya arbetsgivaren eller att verksamheten, eller delar av den, överlåtits till den nya arbetsgivaren på något annat sätt. Att den enskilde brukarens samtliga assistenter nu är anställda hos den nya arbetsgivaren ändrar inte denna bedömning. Eftersom det inte har skett någon verksamhetsövergång gäller kravet i 6 kap. 2 § utlänningslagen på att arbetsgivaren ska ha utannonserat tjänsten inom EU/EES och i Schweiz, vilket arbetsgivaren inte har gjort. Familjen kan mot denna bakgrund inte beviljas söka tillstånd.

Familjen överklagade och yrkade i första hand att deras ansökningar om uppehålls- och arbetstillstånd skulle beviljas. I andra hand yrkades att målet skulle visas åter till migrationsdomstolen eller Migrationsverket för prövning i sak. Familjen förde fram bl.a. följande.

Ansökan om förlängning av arbetstillståndet ska prövas i enlighet med bestämmelsen i 6 kap. 2 § utlänningslagen. Det är närmast uppenbart att EU-rätten och Sveriges åtaganden enligt denna inte har trätts för när enbart på den grund att den nya arbetsgivaren inte har annonserat tjänsten. Det har inte funnits någon tjänst att utannonsera eftersom det i enlighet med bestämmelserna i 6 b § LAS om övergång av verksamhet är fråga om samma anställning. Det saknar betydelse att den nya arbetsgivaren inte har köpt upp den tidigare arbetsgivaren eftersom det inte är en förutsättning för verksamhetsövergång. Inte heller är det en förutsättning att verksamheten eller delar av den har överlåtits på något sätt. Det är inte fråga om en traditionell överlåtelse av någon verksamhet i detta fall utan fråga är om byte av assistansanordnare. Det är brukaren som har valt att byta assistansanordnare. I och med detta har all personal och alla resurser som var involverade i verksamheten, inklusive anställda och arbetsledning, övergått till den nya arbetsgivaren. Hela den ekonomiska enheten som hanterade brukaren har bytt huvudman. Verksamheten behöll sin identitet också efter det att den nya arbetsgivaren hade tagit över ansvaret. Eftersom det rör sig om samma anställning gäller inte unionsföreträdet och kravet på annonsering. Även om det skulle ha funnits ett krav på annonsering, har underlåtenheten att annonsera inte inneburit ett sådant stort avsteg från Sveriges åtaganden mot gemenskapsrätten, att denna ska leda till att ansökan om förlängning avslås. Den eventuella underlåtenhetens effekt är närmast försumbar eftersom det i enlighet med bestämmelserna om övergång av verksamhet är fråga om samma anställning.

Om Migrationsverkets beslut står fast kommer det dessutom att drabba barnen i familjen på ett orimligt vis. De har levt större delen av sina liv i Sverige och har rotat sig här. Migrationsverkets beslut är därför inte heller förenliga med barnens bästa och Sveriges åtaganden enligt FN:s barnkonvention.

Migrationsverket ansåg att överklagandet skulle avslås och förde fram bl.a. följande. En ansökan om uppehållstillstånd för arbete i Sverige efter att en utlänningsansökan fått avslag på sin asylansökan prövas enligt 5 kap. 15 a § utlänningslagen om ansökan kommit in inom två veckor från det att utlänningsbeslutet vann laga kraft. Bestämmelsen anger inte något krav på att rekryteringsförfarandet är förenligt med Sveriges åtaganden inom Europeiska unionen. Det har sin grund i att den asylsökande under vissa förutsättningar har rätt att utan begränsning av unionsföreträdet ta ett arbete i Sverige under sin tid som asylsökande.

Vid ansökningar om uppehållstillstånd som ska prövas enligt 6 kap. 2 § utlänningslagen gäller att Migrationsverket ska pröva om arbetsgivarens rekryteringsförfarande är förenligt med principen om unionsföreträde, det framgår av andra stycket. I praktiken innebär bestämmelsen att arbetsgivaren innan rekryteringen måste annonsera på ett sådant sätt att information om tjänsten finns tillgänglig för alla arbetssökanden inom EU/EES och i Schweiz under 10 dagar.

HH:s tillstånd är meddelat enligt 5 kap. 15 a § utlänningslagen. Migrationsverket har inte funnit några vägande skäl till varför villkoren för en förlängningsansökan enligt 6 kap. 2 § utlänningslagen ska bedömas olika beroende på vilken bestämmelse det ursprungliga tillståndet meddelades. Nuvarande förlängningsansökan ska prövas enligt 6 kap. 2 § utlänningslagen och omfattas därför av kravet på unionsföreträde enligt andra stycket. HH:s ansökan avser anställning hos en annan arbetsgivare än den som hon först beviljades tillstånd för arbete hos varför en fullständig prövning av anställningen ska göras enligt 6 kap. 2 § utlänningslagen.

Migrationsverket anser vidare att det inte finns något utrymme att bedöma att det rör sig om samma anställning som under tidigare tillståndsperiod. Att den assistansberättigade valt ett annat företag för administrering av assistansinsatserna medför inte att det ur ett arbetsrättsligt perspektiv kan bedömas vara samma anställning som tidigare. Anställningen hos den nya arbetsgivaren bygger på ett nytt anställningsavtal och det har inte framkommit något samband mellan den tidigare arbetsgivaren och den nya.

Kammarrätten i Stockholm, Migrationsöverdomstolen (2022-02-28, Östman Johansson, Hjulström, referent, och Johansson /föredragande Stade), yttrade:

1. Vad målet gäller

Frågan i målet är om 6 kap. 2 § andra stycket utlänningslagen om unionsföretråde ska tillämpas vid en ansökan om förlängning av ett tidsbegränsat uppehållstillstånd som meddelats med stöd av 5 kap. 15 a § utlänningslagen och, om så är fallet, det finns skäl att göra undantag från unionsföreträdet när det skett en verksamhetsövergång enligt 6 b § LAS.

2. Rättslig reglering

2.1 Tillämpliga bestämmelser

Ett tidsbegränsat uppehållstillstånd får enligt 5 kap. 15 a § utlänningslagen beviljas en utlännings vars ansökan om uppehållstillstånd som flykting eller annan skyddsbehövande avslagits genom ett lagakraftvunnet beslut, om utlänningsen vistas här och sedan minst fyra månader har en anställning som uppfyller de krav som anges i 6 kap. 2 § första stycket utlänningslagen och avser en tidsperiod om minst ett år från ansökningstillfället.

Enligt 6 kap. 2 § första stycket utlänningslagen får arbetstillstånd ges till en utlännings som erbjudits en anställning, om 1. anställningen gör det möjligt för honom eller henne att försörja sig, och 2. lönen, försäkringskyddet och övriga anställningsvillkor inte är sämre än de villkor som följer av svenska kollektivavtal eller praxis inom yrket eller branschen. Enligt andra stycket får arbetstillstånd enligt första stycket endast ges om rekryteringsförfarandet är förenligt med Sveriges åtaganden inom Europeiska unionen.

Vid övergång av ett företag, en verksamhet eller en del av en verksamhet från en arbetsgivare till en annan, övergår också de rättigheter och skyldigheter på grund av de anställningsavtal och de anställningsförhållanden som gäller vid tidpunkten för övergången på den nya arbetsgivaren. (6 b § första stycket LAS).

2.2 Förarbeten

Bestämmelsen i 5 kap. 15 a § utlänningslagen infördes i december 2008 som ett led i de nya reglerna om ett effektivare system för arbetskraftsinvandring. I förarbetena till bestämmelsen uttalades bl.a. följande. Sverige ska även i fortsättningen ha en reglerad invandring där huvudregeln är att uppehålls- och arbetstillstånd ska ha sökts och beviljats före inresan i Sverige. Det är väsentligt att det inte skapas en ordning som leder till att asylsystemet utnyttjas av den som vill resa in i Sverige för att få tillträde till arbetsmarknaden. Det skulle kunna leda till en urholkning av asylrätten och dess legitimitet. För samhället kan det även leda till att kostnaderna för mottagandet av asylsökande ökar. För att upprätthålla legitimiteten i asylsystemet är det också viktigt att lagakraftvunna beslut respekteras. Att införa en möjlighet att ansöka om uppehålls- och arbetstillstånd efter ett

lagakraftvunnet beslut om avvisning eller utvisning kan skapa osäkerhet om slutpunkten i asylprocessen. Mot detta ska vägas att en utlänning som har kommit till Sverige och arbetat under tiden för handläggningen av ansökan om uppehållstillstånd som flykting eller skyddsbehövande i övrigt, har påbörjat en etablering på den svenska arbetsmarknaden. Att någon i en sådan situation ska tvingas lämna Sverige för att ansöka om uppehållstillstånd för arbete är inte i linje med regeringens övriga förslag om ett effektivare system för arbetskraftsinvandring (prop. 2007/08:147 s. 47).

3. Migrationsöverdomstolens bedömning

3.1 Ska 6 kap. 2 § andra stycket utlänningslagen om unionsföretråde tillämpas vid en ansökan om förlängning av ett uppehållstillstånd som meddelats med stöd av 5 kap. 15 a § utlänningslagen?

För att ett arbetstillstånd ska kunna beviljas måste rekryteringsförfarandet vara förenligt med Sveriges åtaganden inom Europeiska unionen. Det innebär bl.a. att unionsföreträdet ska ha respekterats genom att den aktuella tjänsten ska ha gjorts tillgänglig för personer inom EU/EES och i Schweiz.

Ett undantag från denna huvudregel finns i 5 kap. 15 a § utlänningslagen där det framgår att unionsföreträdet inte gäller vid en ansökan om uppehållstillstånd enligt denna bestämmelse. Bestämmelsen tar dock sikte på situationen då en utlänning efter ett lagakraftvunnet avlägsnandebeslut för första gången ansöker om uppehållstillstånd på grund av arbete. Det saknas bestämmelser som reglerar vilken prövning som ska göras vid en ansökan om förlängning av ett uppehållstillstånd som meddelats med stöd av 5 kap. 15 a § utlänningslagen.

Bestämmelsen i 5 kap. 15 a § utlänningslagen är fakultativ och innebär ingen ovillkorlig rätt till uppehållstillstånd. En bedömning bör då göras av syftet med bestämmelsen och om undantaget från unionsföreträdet är tänkt att gälla även vid en förlängningsansökan.

En utlänning som efter att en asylansökan avslagits ansöker om uppehållstillstånd enligt 5 kap. 15 a § utlänningslagen är undantagen från huvudregeln om att ett uppehållstillstånd ska beviljas före inresan i landet och från kravet på unionsföretråde. Detta utgör en särbehandling jämfört med andra utlänningar som ansöker om uppehållstillstånd på grund av arbete. Undantaget från huvudregeln att uppehållstillståndet ska ha beviljats före inresan har motiverats med att sökanden har påbörjat en etablering på den svenska arbetsmarknaden under tiden för handläggningen av sin asylansökan.

Vid en ansökan om förlängt uppehållstillstånd för arbete krävs inte att ansökan görs innan inresan i Sverige och detta oavsett om uppehållstillståndet som förlängningsansökan avser beviljats med stöd av 5 kap. 15 a § eller 5 kap. 10 § utlänningslagen. För den som meddelats uppehållstillstånd för arbete enligt 5 kap. 10 § utlänningslagen och som ansöker om förlängning av tillståndet gäller kravet på unionsföretråde.

Migrationsöverdomstolen bedömer att det mot denna bakgrund inte kan ha varit lagstiftarens avsikt att en person som tidigare har varit asylsökande och som beviljats uppehållstillstånd för arbete med stöd av 5 kap. 15 a § utlänningslagen och som ansöker om förlängt uppehålls- och arbetstillstånd ska få en förmånligare prövning än den som har beviljats uppehållstillstånd för arbete enligt 5 kap. 10 § utlänningslagen. Det innebär att den som ansöker om förlängning av ett uppehållstillstånd som har beviljats med stöd av 5 kap. 15 a § utlänningslagen inte är undantagen från kravet på unionsföretråde som följer av 6 kap. 2 § andra stycket utlänningslagen. En ansökan om förlängning av ett uppehållstillstånd för arbete som har meddelats med stöd av 5 kap. 15 a § utlänningslagen ska alltså prövas enligt 6 kap. 2 § första och andra stycket samma lag.

3.2 Finns det skäl att göra undantag från unionsföreträde vid en verksamhetsövergång enligt 6 b § LAS?

Kravet på unionsföreträde enligt 6 kap. 2 § andra stycket utlänningslagen innebär att en arbetsgivare vid en nyrekrytering ska annonsera ut tjänsten i Sverige och inom EU/EES och i Schweiz i minst 10 dagar (MIG 2015:6).

HH:s nya arbetsgivare har inte annonserat ut den aktuella tjänsten och har motiverat detta med att anställningen avser samma arbete som tidigare. HH gör även gällande att det inte har funnits något krav på utannonsering i hennes fall eftersom det är fråga om en så kallad övergång av verksamhet enligt 6 b § LAS.

Migrationsöverdomstolen konstaterar att HH:s anställning avser en ny arbetsgivare och att den bygger på ett nytt anställningsavtal. Det är alltså inte fråga om samma anställning och därmed en sådan nyrekrytering som i princip ska utannonseras.

Nästa fråga att ta ställning till är om det i HH:s fall är fråga om en verksamhetsövergång enligt 6 b § LAS och om tjänsten därför inte behöver annonseras.

Reglerna om övergång av verksamhet i 6 b § LAS syftar till att trygga kontinuiteten i anställningsförhållanden inom en ekonomisk enhet, oberoende av om det skett ett ägarbyte. Vid en övergång av verksamhet övergår enligt den bestämmelsen rättigheter och skyldigheter på grund av de anställningsavtal och anställningsförhållanden som gäller vid tidpunkten för övergången på den nya arbetsgivaren. En arbetstagare, som har ett arbetstillstånd knutet till en viss arbetsgivare, måste dock söka ett nytt arbetstillstånd i och med att den nya arbetsgivaren ersätter den tidigare.

Vid en verksamhetsövergång övergår anställningen alltså till den nya arbetsgivaren och något rekryteringsförfarande aktualiseras aldrig.

HH:s anställning hos den nya arbetsgivaren bygger som ovan nämnts på ett nytt anställningsavtal. Anställningsvillkoren skiljer sig åt från de som gällde för hennes tidigare anställning, både i fråga om anställningens omfattning och lön. Migrationsöverdomstolen fäster även vikt vid att HH har varit anställd av assistansbolaget och inte av den assistansberättigade. Att brukaren väljer att byta assistansbolag medför inte någon förpliktelse för det nya assistansbolaget att anställa dennes tidigare assistenter. Att HH:s nya arbetsgivare har anställt brukarens samtliga assistenter anser Migrationsöverdomstolen inte är tillräckligt för att det ska röra sig om ett övertagande av en bestående ekonomisk enhet.

Migrationsöverdomstolen anser mot denna bakgrund att det i HH:s fall inte har skett en verksamhetsövergång enligt 6 b § LAS. Det har därför funnits ett krav på utannonsering av den aktuella tjänsten. Eftersom någon annonsering inte har skett uppfyller HH:s anställningserbjudande inte villkoren för arbetstillstånd enligt 6 kap. 2 § andra stycket utlänningslagen. Hon kan därför inte beviljas sökt tillstånd på denna grund. Mot denna bakgrund saknas det även grund att bevilja BS, BK och BKK uppehållstillstånd som familjemedlemmar till HH. Överklagandet ska därför avslås.

Migrationsöverdomstolens avgörande. Migrationsöverdomstolen avslår överklagandet. Genom denna dom upphör tidigare meddelat beslut om inhibition att gälla.

Sökord:

Litteratur: Prop. 2007/08:147 s. 47
