



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Märta Lindberg

Invandrad och utnyttjad?

*Om arbetsvillkoren för arbetskraftsinvandraren
från tredjeland med tillfälligt arbetstillstånd*

Examensarbete
30 högskolepoäng

Handledare Mia Rönmar

Arbetsrätt

Vårterminen 2012

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRORD	3
FÖRKORTNINGAR	4
1 INLEDNING	5
1.1 Introduktion till ämnet	5
1.2 Syfte och frågeställningar	6
1.3 Begrepp	7
1.4 Avgränsningar	8
1.5 Metod och material	9
1.6 Disposition	11
2 ARBETSKRAFTSINVANDRING – EN BAKGRUND	12
2.1 Sverige – en rättslig, politisk och samhällelig bakgrund	12
2.2 FN och ILO – en rättslig bakgrund	18
2.3 EU – en rättslig bakgrund	20
2.3.1 Allmänt	20
2.3.2 Ramdirektivet om ett enda ansökningsförfarande och en gemensam uppsättning rättigheter	23
2.3.3 Blåkortsdirektivet	24
2.3.4 Förslag till säsongsarbetardirektiv	25
2.3.5 Direktivet om varaktigt bosatta tredjelandsmedborgare	27
3 ANSTÄLLNINGENS TILLKOMST	29
3.1 Inledning	29
3.2 Den rättsliga ramen – villkor för att erhålla arbetstillstånd	29
3.3 Migrationsverkets roll	33
3.3.1 Allmänt	33
3.3.2 Skärpt utredning och kontroll samt certifiering	34
3.3.3 Särskilt om bärplockare	36
3.4 Fackföreningens och kollektivavtalets roll	37

4	PÅGÅENDE ANSTÄLLNING	39
4.1	Inledning	39
4.2	Den rättsliga ramen – arbetsvilkorens reglering	40
4.2.1	Utlänningslagen	40
4.2.2	Arbetsmiljölagen	42
4.2.3	Arbetstidslagen	44
4.2.4	Kollektivavtal	45
4.3	Kontroll av arbetsvillkor	47
4.3.1	Arbetsmiljöverket	47
4.3.2	Fackföreningen	48
4.4	OECD granskar det svenska systemet	52
4.5	Anställningserbjudandet – ett bindande avtal?	53
5	ANSTÄLLNINGENS UPPHÖRANDE	56
5.1	Inledning	56
5.2	Den rättsliga ramen – anställningsskyddet och återkallelse av arbetstillstånd	56
5.2.1	Lagen om anställningsskydd	56
5.2.2	Utlänningslagen	58
5.3	Fackföreningen och kollektivavtalets roll	62
6	ANALYS	63
6.1	Inledning	63
6.2	Regleringen på internationell och EU- nivå	64
6.3	Orsaker till arbetsvillkor under kollektivavtalsnivå – De lege lata	65
6.3.1	Regleringen – arbetsgivarens makt	65
6.3.2	Efterlevandet	67
6.3.2.1	Fackföreningens allt för stora ansvar	67
6.3.2.2	Migrationsverkets kontroll otillräcklig	69
6.3.2.3	Arbetsmiljöverkets roll otydlig	69
6.4	Åtgärder för att uppnå arbetsvillkor enligt kollektivavtal – De lege ferenda	70
6.4.1	Regeringen måste ta sitt ansvar för lagstiftningen	70
6.4.2	Anställningens tillkomst	71
6.4.2.1	Återinförande av arbetsmarknadsprövningen	71
6.4.2.2	Kräv bindande anställningsavtal för beviljande av arbetstillstånd	72
6.4.2.3	Fackföreningen bör fokusera på informationsarbete	73
6.4.3	Pågående anställning	74
6.4.3.1	Efterhandskontroll	74
6.4.3.2	Tydliga sanktioner mot arbetsgivaren	74

6.4.4	Anställningens upphörande	75
6.4.4.1	Förlängning av tremånadersregeln	75
6.4.4.2	Bevilja permanenta uppehållstillstånd	75

KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	77
--	-----------

RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	83
------------------------------	-----------

Summary

The Swedish and European population is aging and fewer are born. In other words, fewer young people have to provide for an increasing number of elderly people. On December 15 2008 new Swedish rules for labour migration from third countries were introduced. The old system where an application for work permit was first assessed according to the needs of the domestic market, the so-called "arbetsmarknadsprövningen" (labour market trial), was abolished. Today, work permits are instead tied to a specific employer who decides whether he or she is in need of manpower. This reform made the Swedish system for labour migration from third countries the most open within the EU. The purpose of this thesis is to, from the employee's perspective and within a European legal framework, examine this Swedish legal regulation on temporary work permits for migrant workers, and the compliance with the regulation. The work addresses the regulation from a *de lege lata* and a *de lege ferenda* perspective.

For the employee to be granted a work permit, it is required under the Swedish Aliens Act (2005:716) chapter 6 § 2, that an employer in Sweden offers a job with working conditions consistent with existing collective agreements or practice within the profession. The Swedish Migration Board is the decision-making authority and determines whether the terms of the Aliens Act are met. Once the employment has started, the control by the authorities decreases. In the Swedish model, the social partners together negotiate and decide the terms of the labour market and ensure that they are followed. However, the problem is that unions can't reach all migrant workers. Many of these workers are not connected to any union, and a large percentage is not covered by any collective agreement. Because of fear of losing their employment, which could result in withdrawal of their work permits, the labour migrants do not dare to complain about substandard working conditions.

To control the working conditions, the government refers not only to the social partners, but also to the Swedish Migration Board and to the Swedish Work Environment Authority. However, the Swedish Migration Board has no authority to make any follow-up inspections and the Work Environment Authority has a process with no distinct focus on migrant workers. The result is that the issues of labour migrants fall through the net. That the migrant workers' salary, insurance, and other working conditions compliance with Swedish collective agreements are not just an issue for the social partners, but also a precondition for a work permit. This means that the rules are also of a public character, which is why the government should take responsibility and review the legislation so that the vulnerability of the labour migrants is minimized. Binding contracts as a precondition of work permit, effective follow-up inspections and clear sanctions against employers who violate the regulation are examples of measures that would improve the situation of labour migrants.

Sammanfattning

Sveriges och Europas befolkning blir allt äldre samtidigt som färre föds. Med andra ord ska allt färre yngre människor försörja allt fler äldre. Den 15 december 2008 infördes nya svenska regler för arbetskraftsinvandring från tredjeland. Reformen innebar att det gamla systemet där ansökningar om arbetstillstånd först prövades mot behovet på den inhemska marknaden, den så kallade arbetsmarknadsprövningen, avskaffades. Nu knyts istället arbetstillståndet till en specifik arbetsgivare som själv avgör huruvida denne är i behov av arbetskraft. Reformen innebar att Sverige fick det mest öppna systemet för arbetskraftsinvandring från tredjeland inom hela EU. Syftet med detta arbete är att ur ett arbetstagarperspektiv och inom en EU-rättslig ram, undersöka denna svenska rättsliga reglering kring tillfälliga arbetstillstånd för arbetskraftsinvandrare från tredjeland, samt efterlevnaden av regleringen. Arbetet behandlar regleringen ur ett de lege lata- och ett de lege ferenda-perspektiv.

För att arbetstagaren ska beviljas arbetstillstånd krävs enligt 6 kap. 2 § utlänningslagen (2005:716) att en arbetsgivare i Sverige erbjuder en anställning där arbetsvillkoren är i överensstämmelse med gällande kollektivavtal eller praxis inom yrket. Migrationsverket är beslutande myndighet och avgör huruvida villkoren enligt utlänningslagen är uppfyllda. När väl anställningen är påbörjad avtar myndigheternas kontroll. Enligt den svenska modellen är det arbetsmarknadens parter som gemensamt förhandlar fram villkoren på arbetsmarknaden och ser till att dessa följs. Problemet är dock att fackföreningarna inte når alla arbetskraftsinvandrare. Många av dessa arbetstagare är inte anslutna till någon fackförening och en stor andel omfattas inte alls av något kollektivavtal. Av rädsla att bli av med sin anställning, med följden att få sitt arbetstillstånd återkallat, vågar inte arbetskraftsinvandrarna påtala felaktiga arbetsvillkor.

För kontroll hänvisar regeringen förutom till arbetsmarknadens parter, till Migrationsverket och Arbetsmiljöverket. Migrationsverket har dock inte befogenhet att göra några efterhandskontroller och Arbetsmiljöverket har en arbetsordning som inte har något tydligt fokus på arbetskraftsinvandrare med tillfälliga arbetstillstånd. Resultatet blir att arbetskraftsinvandrarnas frågor faller mellan stolarna. Att arbetskraftsinvandraren får lön, försäkringar och villkor i överensstämmelse med svenska kollektivavtal är dock inte bara en fråga för arbetsmarknadens parter, utan även en förutsättning för arbetstillstånd. Detta betyder att reglerna även är av offentligrättslig karaktär varför regeringen bör ta sitt ansvar och se över lagstiftningen så att arbetskraftsinvandrarnas utsatthet minimeras. Bindande anställningsavtal som villkor för arbetstillstånd, en effektiv efterhandskontroll och tydliga sanktioner mot arbetsgivaren är exempel på åtgärder som kan förbättra arbetskraftsinvandrarnas situation.

Förord

Under vårterminen och sommaren 2011 praktiserade jag och var anställd på Sveriges ambassad i Oslo. Det var en lärorik period på många sätt som gav mig erfarenheter och kunskaper som jag kommer att bära med mig under mitt framtida arbetsliv. Mitt intresse för arbetsrätten fanns där redan innan jag påbörjade praktiken, men det var i Oslo som idén till detta arbete väcktes.

Varje vecka kom det många kvinnor, män och familjemedlemmar med ursprung från tredjeländ till ambassaden i Oslo för att söka svenska arbetstillstånd. Reglerna säger nämligen att man måste ansöka om detta på svensk utlandsmyndighet innan inresa i Sverige. På ambassaden tog vi emot tillståndsansökningar som vi sedan skickade vidare till Migrationsverket i Sverige för beslut. I flera fall hade vi glädjen att återse familjerna när de kom tillbaka till oss för att hämta sina efterlängtrade arbets- och uppehållstillstånd. Det var i detta skede som jag började fundera: Vad händer med dessa människor nu? Hur kommer deras tillvaro i Sverige och på arbetsplatsen att se ut?

Jag vill rikta ett stort tack till min familj som trots många mil bort funnits nära och stöttat mig under hela utbildningen. Ett särskilt stort tack till min mamma och min pappa. Jag vill även tacka min handledare Mia Rönmar.

Förkortningar

AML	Arbetsmiljölagen
AMS	Arbetsmarknadsstyrelsen
ATL	Arbetsstidslagen
FEUF	Fördraget om EU:s funktionssätt
ILO	International Labour Organisation
LAS	Anställningsskyddslagen
LO	Landsorganisationen
MBL	Medbestämmandelagen
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development
OEEC	Organisation för European Economic Co-operation (ombildades 1961 till OECD)
UtIL	Utlänningslagen
UtIF	Utlänningsförordningen

1 Inledning

1.1 Introduktion till ämnet

Den 15 december 2008 infördes nya svenska regler för arbetskraftsinvandring. Dessa regler gav en större möjlighet för människor från länder utanför EU och EES att komma till Sverige för att arbeta. Den fria rörligheten inom EU innebär att EU-medborgare inte behöver något arbetstillstånd för att arbeta i ett annat medlemsland, men möjligheten för övriga arbetstagare att komma till Sverige för att arbeta var tidigare väldigt begränsad. Syftet med de nya svenska reglerna var att uppnå ett effektivare och mer flexibelt system för arbetskraftsinvandring med ändamålet att underlätta rekryteringen av arbetskraft från tredjeland.¹

Inom EU finns en önskan om att föra en mer gemensam och väl fungerande invandringspolitik. Under toppmötet i Tammerfors 1999 beslutade europeiska rådet att EU skulle säkerställa en likabehandling av alla inom unionen lagligen bosatta tredjelandsmedborgare. Ambitionen om en väl fungerande invandringspolitik genomsyrar även det så kallade Haagprogrammet från 2004 och Stockholmsprogrammet från 2010 som tagit vid där Haagprogrammet slutade.

Sveriges och Europas befolkning blir allt äldre samtidigt som färre föds. Med andra ord ska allt färre yngre människor försörja allt fler äldre. Att utöka möjligheterna till arbetskraftsinvandring skulle kunna ses som ett steg i EU:s invandringspolitik med syfte att förhindra effekterna av den demografiska situationen. De nya svenska reglerna gick dock vid sitt införande ett steg längre. EU har främst fokuserat på så kallad högkvalificerad arbetskraft,² något som den svenska regeringen ansåg var bra men inte tillräckligt. Behovet ansågs sträcka sig längre än till högutbildade tekniker och ingenjörer. De nya svenska reglerna innebar ett försök att möta det ökande behovet av arbetskraft samtidigt som det skulle komplettera det arbete som regeringen bedriver för att öka sysselsättningen och för att motverka arbetskraftsbrist.³

De nya reglerna innebar att det gamla systemet där ansökningar om arbetstillstånd först prövades mot den inhemska arbetsmarknaden, den så kallade myndighetsbaserade arbetsmarknadsprövningen, avskaffades. Nu har varken fackföreningar, som tidigare fungerat som remissinstanser, eller myndigheter en lika betydande del i tillståndsprocessen. Idag är det arbetsgivarna själva som gör bedömningen om de behöver anlita utländsk arbetskraft. Dessa nya bestämmelser ledde till debatt vid införandet i slutet

¹ Prop. 2007/2008:147, s. 1.

² Se Rådets direktiv 2009/50/EG av den 25 maj 2009 om villkor för tredjelandsmedborgares inresa och vistelse för högkvalificerad anställning.

³ Migrationsminister Tobias Billström i GP: EU måste öppna för arbetskraftsinvandring, 2007-10-10.

av år 2008, en debatt som åter blossat upp i medierna då missförhållanden uppdagats.⁴

Migrationsverket fattar beslut om arbetstillstånd ska utfärdas eller inte, och beslutet tas enbart på handlingarna. Yttrande från berörd fackförening bör bifogas, men det är inget absolut krav för att få arbetstillstånd. Endast *tillfälliga* arbetstillstånd utfärdas, till skillnad från tidigare.

När väl ett arbetstillstånd har utfärdats så kan den invandrande arbetstagaren flytta till Sverige och påbörja sitt arbete. Här avtar dock myndigheternas insyn och kontroll. Fackföreningarnas kontrollmöjligheter är begränsade eftersom arbetsgivarna i många fall inte har tecknat något kollektivavtal. I flertalet fall är inte heller arbetstagarna anslutna till någon fackförening.

Det finns en inneboende obalans i alla anställningsförhållanden där arbetstagaren är underordnad arbetsgivaren. Arbetstagaren måste utföra uppgifter efter arbetsgivarens anvisningar och under dennes ledning och kontroll. Arbetstagaren är dessutom typiskt sett den svagare parten.⁵ I förhållandet mellan *arbetsgivare och arbetstagare med tillfälligt arbetstillstånd* blir obalansen ännu större. Arbetstillståndet är nämligen knutet till den specifika arbetsgivaren och det specifika yrket och om anställningen upphör riskerar arbetstagaren att tvingas lämna Sverige. Detta gör det svårt för arbetskraftsinvandrarerna att hävda sina rättigheter vid en möjlig konflikt.

1.2 Syfte och frågeställningar

Mitt övergripande syfte är att ur ett arbetstagarperspektiv och inom en EU-rättslig ram, undersöka den svenska rättsliga regleringen kring tillfälliga arbetstillstånd för arbetskraftsinvandrare med medborgarskap i land utanför EU/EES, samt efterlevnaden av denna reglering.

Syftet är alltså att de lege lata och de lege ferenda undersöka om den svenska modellen, inbegripet lagar som kompletteras av kollektivavtal och fackföreningar, har de verktyg som krävs för att garantera arbetskraftsinvandrarerna arbetsvillkor i nivå med de villkor som följer av svenska kollektivavtal eller praxis inom yrket samt för att skydda dessa arbetskraftsinvandrare mot exploatering. Avsikten är att applicera den svenska modellen på de tre stadierna i anställningsförhållandet: anställningens tillkomst, den pågående anställningen och upphörandet av anställningen. Jag vill undersöka om det behövs en ändring av, eller ett komplement till, den svenska rättsliga regleringen om tillfälliga arbetstillstånd och hur dessa ändringar i så fall skulle se ut.

⁴ Se exempelvis DN:s artikelserie *I nytt land* och SVT:s Agenda, 2011-11-06.

⁵ Källström och Malmberg 2009, s. 23.

Centrala frågeställningar är:

- Hur *regleras* arbetskraftsinvandringen till Sverige idag och hur ser den samhälleliga och rättsliga *historien* ut som lett fram till denna reglering?
- Hur ser politiken och den rättsliga regleringen om arbetskraftsinvandring ut inom *EU och internationellt*?
- Vilka medel har *fackföreningen* för att säkerställa arbetsvillkor i nivå med de villkor som följer av svenska kollektivavtal eller praxis inom yrket?
- Vilken roll har *Migrationsverket* respektive *Arbetsmiljöverket* och hur långt sträcker sig deras kontrollmöjligheter?
- Behövs det *ny lagstiftning eller ny reglering* för att säkerställa arbetskraftsinvandrarens arbetsvillkor i nivå med de villkor som följer av svenska kollektivavtal eller praxis inom yrket samt för att skydda dem mot exploatering?

1.3 Begrepp

Det finns ett flertal begrepp som används för personer med utländskt medborgarskap som kommer till Sverige för att arbeta. Migrantarbetare, gästarbetare och arbetskraftsinvandrare är exempel på sådana begrepp. Enhetliga definitioner saknas dock.⁶ Jag har valt att i huvudsak använda mig av begreppen *arbetskraftsinvandrare* och *arbetskraftsinvandring* eftersom jag anser att dessa är beskrivande och relativt tydliga ord.

Arbetskraftsinvandrare kan komma från andra medlemsstater i EU eller från tredjeland. Med tredjeland menas länder utanför EU/EES. Detta arbete handlar främst om arbetskraftsinvandrare från tredjeland, men om detta inte framgår av texten så syftar jag på arbetskraftsinvandrare allmänt. När jag använder mig av begreppen *invandring* och *invandringspolitik* så syftar jag på den allmänna invandringen och inte särskilt på arbetskraftsinvandring.

Irreguljära invandrare/invandring samt *papperslösa* är begrepp som jag använder istället för det förekommande uttrycket illegala invandrare. Irreguljära invandrare eller papperslösa är personer som av någon anledning befinner sig i ett land utan tillstånd.

⁶ Lodenius och Wingborg 2008, s. 19.

1.4 Avgränsningar

Detta arbete tar fasta på *arbetsvillkoren* för *arbetskraftsinvandrare* med medborgarskap i *land utanför EU/EES* som fått *tillfälligt* arbetstillstånd i Sverige.

Jag kommer därför inte att behandla *arbetskraftsinvandrare* från andra EU/EES-länder förutom i de fall det har betydelse för, eller där man kan dra paralleller till, *arbetskraftsinvandrare* från tredjeland. *Arbetskraftsinvandrare* inom EU är inte i samma utsatta position som de från tredjeland, eftersom deras vistelse i Sverige inte är knutet till ett arbetstillstånd och en specifik arbetsgivare.

Jag kommer inte heller att ta upp *arbetsvillkoren* för de som har fått permanent uppehållstillstånd med rätt att arbeta då dessa, av samma anledning som arbetstagarna inom EU, inte är i samma utsatta ställning som de med tillfälliga arbetstillstånd.

Papperslösa och deras rättigheter har varit en debatterad och omtalad fråga och berör till viss del även detta ämne. Många papperslösa i Sverige arbetar, men på grund av att de saknar identitetshandlingar och uppehållstillstånd är de i en väldigt utsatt situation och kan inte hävda sin rätt. Eftersom jag har valt att skriva om arbetstagare *med arbetstillstånd* blir de papperslösa per definition uteslutna,⁷ men paralleller kan göras. Missbruk av *arbetskraftsinvandrare* förekommer oavsett om personerna ifråga har arbetstillstånd eller är irreguljära *arbetskraftsinvandrare*. I den senare situationen är dock utsattheten ännu större och väcker andra frågeställningar än de som tas upp i detta arbete.

En utstationerad arbetstagare är en person som skickats till ett land av sin arbetsgivare för att arbeta där under en begränsad tid. En utstationerad arbetstagare kan komma från ett land inom EES men även från ett land utanför EES, och i det senare fallet behöver de arbetstillstånd om de ska arbeta i Sverige i längre än 3 månader. Dessa arbetstagare befinner sig i en något annorlunda situation då de förutom uppdragsgivaren i Sverige faktiskt har en arbetsgivare i sitt hemland. Trots viktiga frågeställningar angående utstationerade arbetstagare tar jag av utrymmesskäl inte upp de utstationerade arbetstagarna i detta arbete.⁸

En betydande del av de som invandrar till Sverige för att arbeta klassificeras som så kallad högkvalificerad arbetskraft. Det handlar då främst om ingenjörer av olika slag som rekryteras av stora företag för omfattande projekt. Dessa högkvalificerade arbetstagare är i regel inte i samma utsatta situation gentemot sin arbetsgivare som icke kvalificerade arbetstagare.

⁷ Papperslösa är en svensk benämning på de personer som bor i ett land utan tillstånd.

⁸ Se vidare bland annat kap. 6.2 Särskilda regler då arbetstagaren är fortsatt anställd i ett annat land, i TCO, *Bättre kontroll för bibehållen öppenhet – Så kan reglerna för arbetskraftsinvandring förbättras*, 2012.

Därför hålls redogörelsen av EU:s blåkortsdirektiv kort (avsnitt 2.3.3.). De icke kvalificerade arbetstagarna utgör den största delen av arbetskraftsinvandrarerna i Sverige och det är dessa som är i fokus i detta arbete.

Diskrimineringsaspekter såsom etnisk diskriminering behandlas inte särskilt i detta arbete.

1.5 Metod och material

I rättsvetenskapliga arbeten och framställningar anges ofta att en rättsdogmatisk metod använts. Det finns dock ingen allmän konsensus om vad detta begrepp egentligen innebär. En vanlig förklaring är att rättsdogmatiken syftar till att utifrån existerande rättskällor tolka och systematisera gällande rätt.⁹ Här uppstår dock fler oklarheter, exempelvis vilka rättskällor som skall tas hänsyn till.

Sandgren belyser problematiken och begreppsförvirringen kring rättsdogmatiken som metod. Han menar att metoden i praktiken framstår som föga *dogmatisk* då den i verkligheten utmärks av en relativt fri argumentation. Analysen kan vara mer eller mindre knuten till rättskällorna, och är ofta öppen mot omvärlden och tar intryck av den allmänna debatten och samhällsklimatet. Rättskällorna blir fler än de traditionella och utsträcks till att även innefatta avtalspraxis, underrätts- och myndighetspraxis och informell rätt.¹⁰

På grund av denna begreppsförvirring avstår jag från att försöka använda och definiera detta begrepp, även om det är mycket möjligt att en del av min metod skulle kunna benämnas som rättsdogmatisk. Jag väljer istället att benämna min metod som analytiskt rättsvetenskaplig.¹¹ Jag utgår från ett arbetstagarperspektiv där principen är att svagare part bör skyddas. Detta ämne har en karaktär som gör det svårt att separera juridiken från politiken. Därför får arbetet ett rättspolitiskt perspektiv som öppnar för en teleologisk och funktionell analys.

EU-rätten samt internationella konventioner från exempelvis FN och ILO är av väsentlig betydelse i arbetet, särskilt för att sätta den svenska regleringen i ett relevant sammanhang. Även rapporter från internationella organ såsom OECD beaktas.

Rättspraxis på området är knapphändig, främst på grund av att arbetskraftsinvandrarerna med rädsla för att förlora sitt arbetstillstånd inte vill väcka talan mot sin arbetsgivare. Det finns några rättsfall där återkallelse av tillstånd överklagats, men dessa rör främst uppehålls- och arbetstillstånd

⁹ Peczenik 1995, s. 33 ff.

¹⁰ Sandgren 2005, s. 648 ff.

¹¹ Jmfr Sandgren 2005, s. 656.

som förvärvats på grund av anknytning och har inte något med en anställning i Sverige att göra.

Jag använder mig av de traditionella rättskällorna lag, förarbeten och doktrin. Beträffande doktrinen så används främst verk inom områdena migration respektive arbetsrätt, samt de verk som behandlar samspelet mellan dessa två områden. Ämnet för detta arbete tillhör ett relativt utforskat område, men det finns forskare som arbetar med detta och näraliggande områden. Catharina Calleman, jur.dr och docent i arbetsrätt, har nyligen fått ett större forskningsanslag för att undersöka hur de svenska reglerna om arbetskraftsinvandring fungerar i praktiken.¹² Andreas Inghammar, jur.dr, har varit engagerad i utvecklingen av ett forskningsprojekt rörande irreguljära invandrades ställning i Sverige och har inom ramen för detta bland annat skrivit om papperslösa arbetstagare.¹³ Samuel Engblom, jurist på TCO, är en av de som från fackligt håll engagerat sig särskilt i det svenska systemet för arbetskraftsinvandring och bland annat författat promemorior i ämnet.¹⁴

Petra Herzfeld Olsson, jur.dr, arbetar som forskare i internationell arbetsrätt vid Uppsala Universitet och hennes nuvarande huvudprojekt rör EU:s framväxande regelverk om arbetskraft från tredjeland.¹⁵ Litteraturen om EU:s reglering av legal arbetskraftsinvandring är i övrigt begränsad på grund av regleringens unga ålder. Angående den internationella nivån så har ILO gett ut en bok som beskriver organisationens egna konventioner och andra utgångspunkter: *International Labour Migration. A rights-based approach*, ILO, Geneve, 2010.

Då ämnet för arbetet tillhör ett relativt utforskat område är det dock nödvändigt att se bortom de traditionella rättskällorna. Tidningsartiklar och debattinlägg, rapporter från olika organisationer, samt intervjuer fyller därför en viktig funktion.

Intervjuer har genomförts med syftet att inhämta ytterligare information och perspektiv på de frågor och problem som behandlas i arbetet. Avsikten har varit att intervjua särskilt insatta representanter från arbetsmarknadens parter samt från Migrationsverket och Arbetsmiljöverket. Resultatet blev intervjuer med Anders Fogelberg (arbetsmarknadsexpert Företagarna), Samuel Engblom (jurist TCO), Jorge Ramirez (beslutsfattare Migrationsverkets arbetstillståndsenhet i Stockholm) och Susanna Nordegran (jurist Arbetsmiljöverket). Intervju har även gjorts med Elin

¹² Se bland annat Calleman 2012, Arbetskraft, arbetsgivarmakt och mänskliga rättigheter, I: *Vänbok till Claes Sandgren – Utblick och inblick*.

¹³ Se bland annat Inghammar 2010, The Employment Contract Revisited. Undocumented Migrant Workers and the Intersection between International Standards, Immigration Policy and Employment Law, I: *European Journal of Migration and Law, Vol. 2, 2010*.

¹⁴ Se bland annat TCO, *Så kan reglerna för arbetskraftsinvandring vårdas och förbättras*, 2010 och dess uppföljare *Bättre kontroll för bibehållen öppenhet – Så kan reglerna för arbetskraftsinvandring förbättras*, 2012.

¹⁵ Se bland annat Herzfeld Olsson 2012, EU:s framväxande regelverk om arbetskraft från tredjeland – en splittrad union på villovägar, I: *Europaperspektiv 2012*.

Jansson (departementssekreterare, Enheten för migration och asylpolitik, Justitiedepartementet). Statistikuppgifter har lämnats av Rita Ylikivelä (Migrationsverkets statistikfunktion).

Arbetsrätten i Sverige utmärker sig från andra rättsområden på det sättet att kollektivavtalet har en central roll som rättskälla. Kollektivavtalet kan till och med påstås vara det viktigaste instrumentet för reglering av anställningsvillkoren. Någon undersökning av olika kollektivavtals innehåll görs inte. Istället utreds funktionen och betydelsen av kollektivavtal på det här området.

1.6 Disposition

Efter detta inledande kapitel 1 där bland annat ämnet presenterats följer kapitel 2 som är ett bakgrundskapitel. Avsnitt 2.1 innehåller en historisk bakgrund av arbetskraftsinvandringen till Sverige ur ett politiskt, samhälleligt och rättsligt perspektiv. Denna bakgrund är tänkt att skapa en grund för bättre förståelse av det system och de regler som finns i Sverige idag. Avsnitt 2.2 har ett internationellt perspektiv och presenterar viktiga rättsakter inom FN och ILO. I avsnitt 2.3 ges en bakgrund till EU-rätten rörande arbetskraftsinvandring där även viktiga EU-direktiv behandlas.

Därefter följer tre huvuddelar i arbetet som representerar de tre stadierna i anställningsförhållandet; *tillkomsten, den pågående anställningen* och *upphörandet*. I respektive del behandlas och utreds den rättsliga reglering och de frågor som är unika för just detta stadium.

Kapitel 3 handlar om anställningens tillkomst. I avsnitt 3.2 ges den rättsliga ramen för detta stadium, det vill säga utlänningslagens bestämmelser i kap. 6 om beviljande av arbetstillstånd. I avsnitt 3.3 behandlas Migrationsverkets roll vid tillkomsten av anställningsavtalet och i 3.4 redogörs för fackföreningens och kollektivavtalets roll.

Kapitel 4 handlar om den pågående anställningen. Avsnitt 4.2 innehåller en redogörelse för den rättsliga ramen, det vill säga utlänningslagen, arbetsmiljölagen och arbetstidslagen. I Avsnitt 4.3 utreds Arbetsmiljöverkets roll och i avsnitt 4.4 fackföreningens och kollektivavtalets roll. I avsnitt 4.5 redogörs för en OECD-rapport med syfte att utvärdera de svenska reglerna om arbetskraftsinvandring och i 4.6 undersöks anställningserbjudandets rättsliga ställning. Kapitel 5 handlar således om anställningens upphörande. Avsnitt 5.2 innehåller den rättsliga ramen, det vill säga UtL:s kap. 7 om återkallelse av tillstånd och i avsnitt 5.3 undersöks fackföreningens och kollektivavtalets roll vid uppsägning.

Till sist avslutas arbetet med ett analyserande och sammanfattande kapitel 6.

2 Arbetskraftsinvandring – en bakgrund

2.1 Sverige – en rättslig, politisk och samhällelig bakgrund

Sverige började bli ett sammanhängande rike under medeltiden och sedan dess har landets utveckling påverkats av migrationer. Under de tre perioderna senmedeltiden, stormaktstiden och årtiondena efter andra världskriget, har invandringen varit särskilt betydande. Import av arbetskraft till riket började redan på 1200-talet då tyskt handels- och köpmansborgerskap angjorde svenska städer och samtidigt tog med sig yrkesskickliga hantverkare.¹⁶

Invandringen fortsatte på 1600-talet på grund av den politik som staten förde. Denna politik ämnade stimulera invandring av bland andra holländska, skotska och tyska handelsmän och industriidkare vilka i sin tur förde med sig diverse yrkesarbetare. Under 1700-talet ökade arbetskraftsinvandringen då en omfattande textilindustri etablerades på privat initiativ men med statligt stöd. Under första hälften av 1800-talet kom engelska och skotska kapitalister till Sverige med maskiner och yrkeskunniga verkstadsarbetare.¹⁷

Trots denna, för landets utveckling, betydande historiska arbetskraftsinvandring dröjde det länge innan invandringen till Sverige fick större proportioner. I Sverige infördes en ny näringsfrihetslagstiftning på 1800-talet vilket symboliserade begynnelsen av en arbetets marknad. År 1846 avskaffades skråsystemet som reglerade hantverket och 1864 bestämmelserna att fabriksarbetares tjänstetid inte fick understiga sex månader. Nu blev ”det fria avtalet” den vägledande principen för regleringen av förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare. Någon stimulans för arbetskraftsinvandringen innebar dock inte dessa legala förändringar, trots att utländska medborgare från och med 1860 kunde resa in i landet obehindrat och bosätta sig här även utan tillstånd.¹⁸ Fram till 1917 kan invandringspolitiken karakteriseras som liberal då den rådande principen var ett fritt folkutbyte,¹⁹ men det var först under 1900-talets första årtionden som antalet invandrare började öka till antal.

Från 1917 till 1945 kan Sveriges invandringspolitik karakteriseras som mer restriktiv. Ett system för invandringskontroll infördes just år 1917 vilket

¹⁶ Svanberg 2010 s. 9 och Olsson 2003 s. 7.

¹⁷ Olsson 2003, s. 7.

¹⁸ Olsson 2003, s. 7 f.

¹⁹ Med undantag för lösdrivare, tiggare, zigenare och kriminella som kunde avvisas. Lundh och Ohlsson 1999, s. 11.

innebar att pass, visering och uppehållstillstånd krävdes för inresa i landet. Slutet av första världskriget och de ekonomiska svårigheterna under 1920-talet ledde till att många europeiska länder började tillämpa sina invandringslagar hårdare, vilket är en förklaring till att restriktionerna bibehölls även i Sverige. Fackföreningsrörelsen har i perioder velat begränsa invandringen, och redan 1919 blev de fackliga organisationerna remissinstanser vid ansökningar om arbetstillstånd.²⁰ Den restriktiva andan genomsyrade även Sveriges första utlänningslag, 1927 års utlänningslag, vars huvudsyfte var att reservera den svenska arbetsmarknaden åt den inhemska arbetskraften och förhindra att ej önskvärda personer bosatte sig här. Förarbetena till denna lag visar att det fanns en diskussion om att begränsa arbetstillstånden till arbete i visst företag. Argument mot att införa en sådan ordning var att den utländske arbetstagaren skulle komma i en alltför beroende ställning i förhållande till arbetsgivare.²¹ Lagutskottet kommenterade frågan i sitt yttrande över lagförslaget och menade att valet stod mellan två olika system för arbetstillstånd:

”Enligt den ena meddelas tillstånd för viss arbetsgivare att anställa visst antal utländska arbetare; enligt det andra gives arbetstillstånd åt viss arbetare. Utskottet betraktar det såsom en förtjänst i det kungliga förslaget, att detsamma upptagit det senare systemet. För den utländske arbetaren är det av utomordentlig vikt, att han personligen erhåller arbetstillstånd. Han kommer därigenom i en självständig ställning i förhållande till arbetsgivaren. Även i fråga om kontrollens effektivitet anser utskottet det förslagna systemet vara överlägset systemet med arbetstillstånd åt arbetsgivaren.”²²

Det blev system nummer två, det som lagutskottet förordade, som senare infördes i 1927 års utlänningslag. Detta system innebar alltså att arbetstillståndet tillföll arbetstagaren och medförde en rätt för denne att arbeta, istället för att det enligt det första systemet skulle tillfalla arbetsgivaren med en rätt för denne att anställa utländsk arbetskraft. Istället för att binda den utländske arbetskraftsinvandringen till en viss arbetsplats skulle tillstånden gälla visst slag av arbete, till exempel ”kontorsarbete, anställning såsom ingenjör inom verkstadsbranschen eller å flygmaskinsfabrik, såsom montör eller hembiträde m.m.”²³ Frågan om att begränsa arbetstillstånden till visst slag av arbete eller till specifik arbetsgivare verkar ha blivit avgjord för lång tid framåt i och med tillkomsten av lagen. Frågan togs nämligen inte upp i förarbetena till de senare utlänningslagarna eller i andra statliga dokument under 50-, 60- och 70-talen.²⁴

I 1927 års lag infördes en tidsbegränsning av arbetstillstånden som bland annat motiverades med att Socialstyrelsen, som skulle sköta

²⁰ Lundh och Ohlsson 1999, s. 12 och Frank 2005, s.19.

²¹ Prop. 1927:198, s. 54.

²² Andra lagutskottets utlåtande nr. 32 år 1927.

²³ Prop. 1927:198, s. 54

²⁴ Frank 2005, s. 66.

tillståndsärendena, därmed kunde kontrollera om det fanns anledning att vägra en utländsk medborgare nytt arbetstillstånd.²⁵

I början av 1930-talet minskade antalet emigranter till Amerika vilket bidrog till att Sverige gick från att vara ett utvandringsland till att bli ett invandringsland. Några år efter att de nordiska länderna dragits in i kriget ökade invandringen till Sverige kraftigt och föranledde regeringen i en kungörelse 1943 att undanta nordiska medborgare från skyldigheten att inneha arbetstillstånd.²⁶

Efter andra världskrigets slut tog en gradvis liberalisering av invandringspolitiken vid. Detta kan förklaras av ett flertal orsaker, men den främsta är den stora efterfrågan på arbetskraft som rådde från krigsslutet till mitten av 1970-talet. Denna efterfrågan har sin förklaring i den ekonomiska och industriella expansionen samt befolkningskurvans nedgång. En annan bidragande orsak till liberaliseringen var de positiva erfarenheterna av flyktingarna som arbetskraftsreserv under krigsåren. Den svenska liberaliseringen av invandringspolitiken stämmer dock även överens med den allmänna optimism och ekonomiska liberalisering som präglade västvärlden efter kriget.²⁷ Tanken på en gemensam nordisk arbetsmarknad, som diskuterats mellan de berörda länderna från mitten av 30-talet, togs upp på nytt. Efter överläggningar träffade Sverige ett avtal med Danmark om en gemensam arbetsmarknad, ett avtal som trädde ikraft år 1946. Norge och Finland valde dock att inte ansluta sig till avtalet på grund av att de såg skadlig utflyttning av arbetskraft som en risk.²⁸

Arbetskraftsbehovet fick under de första efterkrigsåren enskilda svenska företag att genomföra värvningskampanjer för att rekrytera arbetskraft i utlandet. Dessa värvningskampanjer kritiserades emellertid – dels för avsaknaden av hänsyn till behovet i arbetskraftsinvandrarnas hemländer, dels för att den invandrande arbetskraftens bristande kännedom om förhållandena i Sverige kunde få dem att acceptera sämre arbetsvillkor än vad svenskar skulle godta och därigenom hota stabiliteten på arbetsmarknaden. Mot bakgrund av detta tillsatte regeringen år 1946 en beredning om utländsk arbetskraft, vilken föreslog att organiserad överföring av arbetskraft skulle genomföras från utomnordiska länder. Avtal slöts år 1947 med Italien, Ungern och Österrike, och efterföljande år även med andra länder.²⁹

Ett nytt system för kollektiv överföring av arbetskraft utvecklades av Arbetsmarknadsstyrelsen (AMS) och från och med år 1950 föreskrevs att företag som önskade rekrytera utländsk arbetskraft skulle göra framställning härom till AMS. AMS skulle i sin tur höra vederbörande länsarbetsnämnd och fackförening. Under första hälften av 50-talet var den kollektiva

²⁵ Prop. 1927:198, s. 54.

²⁶ Lundh och Ohlsson 1999, s. 57.

²⁷ Ibid, s. 12 och 55.

²⁸ SOU 1974:69, s. 44.

²⁹ Ibid.

överföringen av arbetskraft omfattande, men avtog rejält under den senare hälften då möjligheterna att rekrytera utländska yrkesarbetare minskade.³⁰ Nu blev istället en allmän liberalisering av lagstiftning och praxis viktig för att få utländska medborgare att på enskilt initiativ söka sig till Sverige. År 1949 tillsattes en utlänningskommitté som kom att förespråka idén om det fria folkutbytet och att denna skulle utgöra grunden för den nya lagstiftningen. Kommittén gick långt i sitt förslag till ny lagstiftning då den ville ge utländska medborgare en stärkt rättsställning genom att ge dem samma principiella rätt som svenska medborgare att resa in i landet, uppehålla sig var de vill samt att inneha anställning.³¹ Kommittéförslaget fick negativ kritik av flertalet remissinstanser samt inom regeringen, men trots denna kritik, och att utländska medborgare i slutändan inte fick samma rättsställning som svenskar, kom 1954 års utlänningslag att inledas med en principdeklaration:

Utlänning äger rätt att, i den utsträckning och på de villkor denna lag stadgar, inresa i riket och utresa ur riket samt här uppehålla sig och innehava anställning. Ej må han i annat fall eller i annan ordning än i denna lag angives tvingas lämna landet.

En nyhet som introducerades i den nya lagen var ett uppehållstillstånd utan tidsbegränsning: bosättningstillståndet. Detta skulle gälla för utländska medborgare som vistas länge i Sverige och skydda dessa mot att arbets- och uppehållstillstånd kunde dras in om förhållandena på den svenska arbetsmarknaden försämrades. Dock gjorde en väldigt restriktiv praxis att bestämmelsen fick begränsad betydelse.³²

Även om 1954 års utlänningslag inte blev så långtgående i sin liberalisering som kommittén önskat är det klart att lagen och den praxis som utvecklades starkt präglades av en positiv inställning till arbetskraftsinvandring. År 1954 var även det år då en nordisk överenskommelse om en gemensam arbetsmarknad slöts. I ingressen till överenskommelsen står att läsa om den ekonomiska och sociala utvecklingen som arbetskraftens fria rörlighet mellan länderna bidrar till. Överenskommelsen innebar full passfrihet för medborgare i de avtalsslutande länderna och ett avskaffande av kraven på uppehålls- och arbetstillstånd.³³

Statistiken över arbetskraftsinvandringen och tillståndsgivningen visar på det stora behovet av arbetskraft. Mellan åren 1961 och 1965 ansökte mer än 90 000 utländska medborgare om arbetstillstånd för första gången och över 140 000 om fortsatta eller ändrade tillstånd. Avslagen hos förstagsångsansökningarna uppgick till mindre än 5 procent, och var nästintill obefintliga i förlängningsansökningarna. Tillståndsproceduren var snarare endast en formalitet och blev oftast klar på ett par dagar.³⁴

³⁰ SOU 1974:69, s. 44 f.

³¹ Lundh och Ohlsson 1999, s. 61 f.

³² SOU 1974:69, s. 45.

³³ Lundh och Ohlsson 1999, s. 58.

³⁴ Ibid 1999, s. 63.

År 1965, då den stora invandringsvågen nådde sin kulmen, fortsatte debatten om en aktiv invandringspolitik i syfte att tillgodose behovet av arbetskraft. Från denna tid började det dock inom fackföreningsrörelsen växa fram ett motstånd mot den fria arbetskraftsinvandringens politik och det ifrågasattes om arbetskraftsinvandring av samma omfattning som tidigare krävdes för att motverka bristen på arbetskraft. Fackföreningarna menade också att invandrarna exploaterades av vissa arbetsgivare och rekryterades till svenska låglönebranscher inom bland annat hotell- och restaurangnäringen. Ett stort problem för fackföreningarna var att arbetskraftsinvandringarna ofta inte var fackligt anslutna.³⁵

Lågkonjunktur rådde i Sverige år 1966 vilket satte igång en debatt i medierna. 1954 års utlänningslag medgav anpassningar utifrån situationen på arbetsmarknaden, och efter en ändring i utlänningskungörelsen förbjöd regeringen beviljanden av arbetstillstånd till icke nordbor *efter* inresan. Dessa nya regler började gälla år 1967, samma år som regeringen utarbetade nya riktlinjer för invandringspolitikerna. De nya riktlinjerna godkändes av riksdagen år 1968 och innebar en återgång till den tidigare arbetsviseringen med en arbetsmarknadsmässig prövning innan inresa tilläts. År 1972 gick LO ut med en cirkulärskrivelse som uppmanade förbunden att föra en mer restriktiv politik vad gällde att tillstyrka arbetstillstånd för icke-nordisk arbetskraft. LO:s förklaring till uppmaningen var att svaga grupper på arbetsmarknaden, såsom ungdomar, kvinnor, handikappade och äldre, slagits ut och riskerade att inte kunna ta sig tillbaka in på arbetsmarknaden. AMS följde oftast de fackliga rekommendationerna vilket innebar att arbetskraftsinvandringen, om inte upphörde, så i alla fall minskade betydligt.³⁶

Efter oljekrisen vid mitten av 1970-talet minskade arbetskraftsinvandringen ytterligare, både i jämförelse med tidigare år men också i förhållande till den totala invandringen. Liberaliseringen av invandringspolitikerna fortsatte likväl i ett avseende: flyktingpolitiken. Flyktingar har oberoende av arbetsmarknadsläget fått komma hit, även utan uppehålls- och arbetstillstånd före inresa. Under 1980- och 90-talen minskade arbetskraftsinvandringen ytterligare, till knappt 200 beviljade tillstånd per år vilket motsvarade endast 1 procent av den totala utomnordiska invandringen.³⁷

När Sverige anslöt sig till EES-avtalet år 1994 och året därpå till EU var en föraning att invandringen till Sverige skulle öka markant. Nu stod det nämligen alla EES-medborgare fritt att flytta till Sverige för att söka arbete och bosätta sig, även om uppehållstillstånd var en formalitet som fanns kvar för icke nordbor. Trots att gränserna inom EU öppnades blev det ingen markant ökning av invandringstalen i Sverige (avsnitt 2.3.1). Under 2000-talet vidtog ett flertal olika åtgärder för att öka möjligheterna för tredjelandsmedborgare att arbeta i Sverige. Exempelvis behöver sedan

³⁵ SOU 1974:69, s. 47 samt Lundh och Ohlsson 1999, s. 65.

³⁶ Lundh och Ohlsson 1999, s. 70.

³⁷ Ibid, s. 71.

2002 inte gäststudenter med uppehållstillstånd för studier på högskolenivå arbetstillstånd under perioden uppehållstillståndet gäller, och asylsökande får arbeta om Migrationsverket bedömer att det tar över fyra månader att fatta beslut.³⁸ I samband med EU:s utvidgning år 2004 då antalet medlemsstater gick från 15 till 25, införde alla dåvarande medlemsstater förutom Sverige, Storbritannien och Irland övergångsregler för arbetskraftens fria rörlighet med syfte att begränsa invandringen och skydda de inhemska arbetsmarknaderna. Regeringen föreslog dock sådana regler,³⁹ men oenighet rådde om hur dessa regler i så fall skulle se ut. Regeringen meddelade sedermera som sin uppfattning att den svenska arbetsmarknaden inte kommer att drabbas av några störningar av fri rörlighet för kandidatländernas medborgare varför inga övergångsregler infördes i Sverige.⁴⁰

Den 15 december 2008 infördes nya regler för arbetskraftsinvandring till Sverige. Reglerna innebar en mycket omfattande förändring. Innan reformen användes den så kallade arbetsmarknadsprövningen enligt vilken arbetstillstånd först prövades mot den inhemska arbetsmarknaden. AMS utfärdade riktlinjer för bedömningen av arbetstillstånd som Migrationsverket sedan följde. Innan riktlinjer utfärdades fick sammanslutningar av arbetsgivare respektive arbetstagare tillfälle att yttra sig. Fackföreningarna gavs även tillfälle att yttra sig då Migrationsverket sökte samråd med AMS eller länsarbetsnämnd därför att ansökningen inte föll inom ramen för de utfärdade riktlinjerna. I det senare fallet gällde dock enligt UtIF kravet på det fackliga samrådet endast om ärendet var av principiell betydelse eller annars av större vikt. I praktiken hördes dock regelmässigt den berörda fackföreningen.⁴¹

Efter reformen är det istället arbetsgivarna som avgör om det finns behov av arbetskraft. Arbetskraftsinvandring tillåts inom alla yrkeskategorier med det enda kravet att arbetsgivaren erbjuder avtalsmässiga villkor och att arbetstagaren kan försörja sig själv. Den nya lagstiftningen betyder att Sverige gått från en restriktiv syn på arbetskraftsinvandring från tredjeland där endast tillstånd inom bristyrken beviljades, till en efterfrågestyrd och mindre reglerad arbetskraftsinvandring. De nya reglerna bygger på en överenskommelse mellan regeringen (Alliansen) och Miljöpartiet.⁴² Reglerna syftar främst till att möta det ökande behovet av arbetskraft, och de kan sägas ha haft effekt. Antalet beviljade arbets- och uppehållstillstånd har ökat betydligt, år 2011 fick närmare 18000 tredjelandsmedborgare sina arbetstillstånd beviljade.⁴³

³⁸ Migrationsverkets rapport 2:2010, *Migration 2000-2010*, s. 4.

³⁹ Regeringens skrivelse 2003/04:119, *Särskilda regler under en övergångsperiod för arbetstagare från nya medlemsstater enligt anslutningsfördraget*.

⁴⁰ Prop. 2003/04:25, s.22 f. Se även SOU 2002:116 och Nordens fackliga samorganisation, *Rapport Arbetskraftens rörlighet efter EU:s utvidgning 2004*.

⁴¹ SOU 2006:87, s. 127.

⁴² Prop. 2007/08:147, s. 2.

⁴³ Migrationsverket, *Översikt av beviljade arbets- och uppehållstillstånd åren 2005-2011*, www.migrationsverket.se/download/18.95fff51133976f7baf800032503/Översikt-2005-2011.pdf.

2.2 FN och ILO – en rättslig bakgrund

Efter andra världskrigets slut strävade segrarmakterna efter en ny och mer stabil världsordning. Detta resulterade i Förenta Nationernas uppkomst. En gemensam grundsyn på mänskliga rättigheter förklarades vara en förutsättning för att undvika framtida konflikter och den 10 december 1948 antogs FN:s deklaration om de mänskliga rättigheterna. I deklarationen gjordes en rad socialpolitiska utfästelser varav ett flertal även rörde arbetsmarknaden. I artikel 23 definieras arbete som en rättighet:

1. Var och en har rätt till arbete, fritt val av sysselsättning, rättvisa och tillfredsställande arbetsförhållanden samt till skydd mot arbetslöshet.
2. Var och en har utan diskriminering rätt till lika lön för lika arbete.
3. Var och en som arbetar har rätt till en rättvis och tillfredsställande ersättning som ger honom eller henne och hans eller hennes familj en människovärdig tillvaro och som vid behov kan kompletteras med andra medel för socialt skydd.
4. Var och en har rätt att bilda och ansluta sig till fackföreningar för att värna sina intressen.

FN:s internationella konvention om skydd för migrantarbetare och deras familjers rättigheter är en av FN:s nio så kallade kärnkonventioner.

Konventionen antogs av alla medlemsstater i FN:s generalförsamling i slutet av år 1990 men började gälla först den 1 juli 2003. Enligt konventionen har migrantarbetare rätt att bilda föreningar och fackförbund i den stat där de är anställda, rätt till likvärdig behandling som nationella arbetare vad gäller skydd mot avsked, arbetslöshetsförmåner och tillgång till alternativa anställningar samt skydd om arbetsgivaren bryter arbetskontrakt på ett otillbörligt sätt och rätt att föra sitt fall till behörig instans, samt rätt till likvärdig behandling som nationella arbetare vad gäller utbildnings-, yrkes- och socialtjänster.

Det är få stater som ratificerat konventionen och av dessa är det främst stater varifrån migrantarbetarna kommer. Varken Sverige eller någon annan EU-medlemsstat har ratificerat den. Sverige deltog dock aktivt i utformningen av konventionen men ansåg i likhet med många andra stater att konventionen inte kom att uppfylla de önskade kraven. Ett grundläggande problem anses vara att konventionen inte gör någon distinktion mellan personer som vistas och arbetar i ett land med tillstånd och de som gör det utan tillstånd. Staterna tvekar inför att uttryckligen utvidga vissa rättigheter, speciellt sociala rättigheter, till att även omfatta illegala arbetare. Detta har lett till att vissa delar av konventionen ger ett sämre skydd för migrerande arbetstagare och deras rättigheter än andra konventioner om mänskliga rättigheter.⁴⁴ En förklaring till varför så få stater valt att ratificera konventionen är just att de flesta rättigheterna täcks av andra ratificerade

⁴⁴ Arbetsmiljöverkets rapport 2012:4, *Migration, arbetsmiljö, hälsa*, s. 13.

konventioner om mänskliga rättigheter som redan omfattar migrantarbetare.⁴⁵

International Labour Organisation (ILO) är det organ inom FN som arbetar med arbetslivs- och sysselsättningsfrågor. ILO grundades år 1919 och är sedan år 1946 ett självständigt fackorgan inom FN med den huvudsakliga uppgiften att bidra till social rättvisa och bättre villkor i arbetslivet i medlemsländerna. Organisationen bygger på en trepartsstruktur där regeringar, företrädare för arbetsgivarorganisationer och företrädare för fackliga organisationer möts. ILO är unikt eftersom det är det enda FN-organet som ger någon annan än medlemsländerna självständig status och fullvärdigt medbestämmande – nämligen arbetslivets organisationsföreträdare. Sedan ILO bildades har närmare 200 konventioner antagits varav två särskilt behandlar migrantarbetare: Konvention nr 97 om sysselsättning från år 1949 och Konvention nr 143 om migrantarbetare från år 1975.⁴⁶ Enligt art. 11 i respektive konvention definieras en migrerande arbetstagare som en person som migrerar från ett land till ett annat med syfte att vara anställd på annat sätt än för egen räkning. Art. 6 i konvention nr 97 föreskriver likabehandling för den migrerande arbetstagaren med landets egna medborgare ifråga om bland annat löner, medlemskap i fackförening, åtnjutande av förmåner från kollektiva förhandlingar samt social trygghet. Konventionen rekommenderar också bilaterala avtal mellan stater om rekrytering, migrationspolitik och informationsutbyte.

Art. 1 i Konvention nr 143 stadgar att alla medlemmar för vilka denna konvention gäller, förbinder sig att respektera de grundläggande mänskliga rättigheterna för alla migrerande arbetstagare. Art. 2 till 7 handlar främst om bekämpning av illegala anställningar. Art. 8 stadgar att under förutsättning att en person uppehållit sig lagligt i territoriet för anställning, så ska denne person inte anses vara i en olaglig eller irreguljär situation enbart på grund av förlusten av sin anställning, vilken i sig själv inte ska innebära ett tillbakadragande av tillståndet för vistelse, eller i förekommande fall arbetstillstånd. Enligt andra paragrafen ska således migrerande arbetstagare åtnjuta likabehandling med medborgare i synnerhet i fråga om garantier för anställningstrygghet, bestämmelser om alternativ sysselsättning och omskolning.

Jämfört med FN:s migrantarbetarkonvention har fler länder som klassas som mottagarländer ratificerat de två ILO-konventionerna. Bland andra har Tyskland, Frankrike och Storbritannien ratificerat konvention nr 97, och Sverige, Portugal och Italien har ratificerat konvention nr 143.⁴⁷ De som ratificerat konventionerna förbinder sig att följa reglerna men det finns inga

⁴⁵ Boeles m fl. 2009, s. 226.

⁴⁶ ILO:s konvention om sysselsättning (reviderad), 1949, (Nr. 97). (*Migration for Employment Convention (Revised), 1949, (No. 97)*) och ILO:s konvention om migrantarbetare (kompletteringsföreskrifter), 1975, (Nr. 143). (*Migrant Workers (Supplementary Provisions) Convention, 1975, (No. 143)*).

⁴⁷ Ilolex, *Convention No. C097* och *Convention No. C143*, www.ilo.org/ilolex/english/convdisp1.htm, 2012-03-04.

formella sanktionsmöjligheter gentemot dem som bryter mot reglerna.⁴⁸ Dessa konventioner är dock inte lika långtgående som FN:s migrantarbetarkonvention då definitionen av migrantarbetare är snävare och inte tilldelas lika många rättigheter.

2.3 EU – en rättslig bakgrund

2.3.1 Allmänt

Redan innan bildandet av Europeiska kol- och stålgemenskapen och europeiska unionens början, inrättades år 1948 Organisation for European Economic Co-operation (OEEC).⁴⁹ Organisationen inrättades för att samordna återuppbyggnaden av Europa efter andra världskriget. En av de överenskomna punkterna var att medlemsländerna skulle underlätta arbetskraftens rörlighet.⁵⁰

Redan i samband med grundandet av EU etablerades vissa socialpolitiska åtaganden, men det är först på senare tid som invandringspolitik och sysselsättningsfrågor fått en mer betydande plats. En allmän förklaring till detta är de utmaningar som den ökade internationella konkurrensen och befolkningens åldrande nu bidrar till. Arbetsmarknadsfrågor och andra socialpolitiska frågor har på senare tid fått en mer framträdande plats på grund av Lissabonstrategin, numera ersatt av EU 2020-strategin, vars mål var att omvandla EU till ”världens mest konkurrenskraftiga och dynamiska kunskapsbaserade ekonomi”.⁵¹

Principen om fri rörlighet är en grundläggande frihet inom unionen och är mycket viktig för migrerande arbetstagare. Principen innebär att unionsmedborgare och deras familjemedlemmar kan flytta till en annan medlemsstat om de så önskar och där söka anställning och bosätta sig på samma villkor som landets egna medborgare. Art. 18 i fördraget om EU:s funktionssätt (FEUF) är en grundläggande bestämmelse för den fria rörligheten och förbjuder varje diskriminering på grund av nationalitet inom fördragets tillämpningsområde. Artikel 20.2 FEUF ger varje unionsmedborgare rätt att fritt röra sig och uppehålla sig inom medlemsstaternas territorier. För arbetskraftens fria rörlighet utgör artiklarna 45-48 FEUF de grundläggande bestämmelserna. Bortsett från dessa grundläggande bestämmelser finns även Europarådets konvention om migrerande arbetstagares rättsställning av den 24 november 1977 som reglerar utländska (men från annan medlemsstat inom Europarådet) arbetares och deras familjemedlemmars rättigheter med avseende på bland

⁴⁸ Olofsson och Wadensjö 2009, s. 117 ff.

⁴⁹ Numera OECD (Organisation for Economic Co-operation and Development)

⁵⁰ Sveriges utlänningslag från 1954, samt den praxis som utvecklades, präglades av denna positiva inställning till arbetskraftsinvandring. Lundh och Ohlsson 1999, s. 62.

⁵¹ Punkt 6 i ingressen till Europaparlamentets och rådets beslut nr 50/2002/EG av den 7 december 2001 om inrättande av ett program för gemenskapsåtgärder som skall uppmuntra medlemsstaterna att samarbeta för att motverka social utslagning.

annat inresa, arbetstillstånd, uppehållstillstånd, familjeåterförening, information, bostads- och arbetsförhållanden, skatter, social trygghet, socialvård, sjuk- och hälsovård, utbildning, rättsskydd och rättshjälp. Sverige var ett av åtta länder som undertecknade konventionen redan den 24 november 1977.⁵²

Inför Sveriges anslutning till EU uttrycktes farhågor för att Sverige med sina jämförelsevis låga arbetslöshetssiffror skulle få en stor ström av lågutbildad arbetskraft från andra länder som lockats hit av högre löner. Dessa farhågor har dock inte besannats, varken vid Sveriges tillträde i unionen eller vid unionens utvidgningar.⁵³

Det bedöms finnas över tolv miljoner tredjelandsmedborgare som lagligen uppehåller sig inom EU, men reglerna om fri rörlighet gäller idag inte dem.⁵⁴ Notera dock att tredjelandsmedborgare har fri rörlighet inom unionen i den mån de är familjemedlemmar till en unionsmedborgare.⁵⁵

EU:s stats- och regeringschefer antar vart femte år ett nytt arbetsprogram kring rättsliga och inrikes frågor som bland annat omfattar asyl- och migrationsfrågor. Programmet i Tammerfors från 1999 var det första som antogs. Detta program var väldigt ambitiöst och ledde till snabba antaganden av ett flertal direktiv om legal migration.⁵⁶ I Tammerfors programförklaring framträdde ett välkomnande system där arbetstagare från tredjeländer som ville skulle få stanna. Inom bristbranscher skulle de tillåtas komma för att söka arbete utan direkt anställningserbjudande. De skulle tillerkännas rättigheter som möjliggör omedelbar integration och de skulle kunna röra sig mer fritt mellan medlemsstaterna. Av dessa viktiga aspekter verkar idag flera inte komma att uppfyllas.⁵⁷

Efter mötet i Tammerfors förklarade Kommissionen att den avsåg att presentera ett direktivförslag om villkor för inresa och bosättning i EU, bland annat i samband med betald anställning. Direktivets syfte skulle vara att harmonisera alla enskilda tillståndssystem. Kommissionen fick dock ändra strategi då detta visade sig omöjligt, och istället framföra ett ramdirektiv och ett antal sektorsdirektiv.⁵⁸ Redan år 2001 lade kommissionen fram ett förslag till ramdirektiv om tillträde och bosättning för arbetstagare från tredjeländ – ett horisontellt förslag med

⁵² Prop. 1977/78:162, s. 2 f.

⁵³ Nyström 2011, s. 19 och Lundh och Ohlsson 1999, s. 71 ff.

⁵⁴ Nyström 2011, s. 123.

⁵⁵ Se exempelvis Mål C-200/02 *Zhu och Chen* där ett barn till en tredjelandsmedborgare fötts på Irland och förvärvat irländskt medborgarskap. Trots att det var ostridigt att tredjelandsmedborgaren begett sig till Irland i syfte att erhålla medborgarskap för barnet, så att de sedan skulle kunna flytta till Storbritannien, konstaterade domstolen att barnet hade rätt till permanent uppehållstillstånd i Storbritannien och föräldern rätt att uppehålla sig tillsammans med barnet. Se även Holm 2010, s. 73 ff.

⁵⁶ Exempelvis *Rådets direktiv 2003/109/EG* av den 25 november 2003 om varaktigt bosatta tredjelandsmedborgares ställning. Se Wiesbrock 2010, s. 137 f.

⁵⁷ Herzfeld Olsson 2012, s. 86 f.

⁵⁸ Herzfeld Olsson 2012, s. 80 ff.

utgångspunkten att samma regler i princip skulle gälla för alla arbetstagare. Förslaget innehöll bestämmelser om förenklade ansökningsförfaranden, kriterier för ett kombinerat arbets- och uppehållstillstånd och de rättigheter som följde med ett sådant tillstånd. Förslaget mötte dock ett omfattande motstånd hos medlemsstaterna. Kritiken var splittrad och gällde olika delar av direktivet.⁵⁹

Arbetet med en harmonisering av medlemsstaternas tillståndssystem överfördes till 2004 års Haagprogram. Detta program betonar vikten av legal invandring som ett bidrag till den ekonomiska tillväxten inom unionen men betonar samtidigt den nationella suveräniteten ifråga om arbetskraftsinvandring.⁶⁰ Haagprogrammet presenterar tio prioriteringar för åren 2005-2010 varav en är en balanserad strategi avseende migration.⁶¹

I enlighet med Haagprogrammet presenterade kommissionen i december 2005 en strategisk plan för laglig migration.⁶² Nu hade idén om horisontella villkor för tillträde till medlemsstaterna enligt 2001 års direktivförslag fått överges. Då stöd enbart fanns för tillträdesvillkor för vissa arbetstagargrupper föreslogs fyra sektorsdirektiv för högkvalificerad arbetskraft, säsongsarbetare, företagsinterna förflyttningar och avlönade praktikanter. Därutöver skulle ett ramdirektiv presenteras som innehöll regler om förenklade ansökningsprocedurer och ett gemensamt knippe rättigheter för arbetstagare från tredjeländ.⁶³ Europaparlamentets och rådets direktiv 2011/98/EU (ramdirektivet) antogs i december 2011, det vill säga under Stockholmsprogrammet (avsnitt 2.3.2).

Stockholmsprogrammet antogs under det svenska ordförandeskapet i EU och gäller för perioden 2010-2014. Medlemsstaterna uppmanas här att fortsatt genomföra den strategiska planen för laglig migration. Betydelsen av en flexibel invandringspolitik för att möta kommande arbetskraftsbehov inom EU framhävs, samt att en väl hanterad migration kan vara positiv för alla berörda. Målet är att migrationsfrågorna tydligare ska integreras i fler av EU:s politikområden av vilken den gemensamma utrikespolitiken är ett.⁶⁴

Av de år 2005 fem aviserade direktivförslagen har idag fyra lagts fram varav ramdirektivet samt direktivet om högkvalificerad arbetskraft har antagits. I mitten av år 2010 presenterades förslag om direktiv för säsongsanställda och företagsinterna förflyttningar men dessa förhandlas fortfarande. Enligt Herzfeld Olsson framträder genom de antagna direktiven en ny bild av EU-regleringen av arbetskraftsinvandring där det antagna regelverket gör skillnad mellan olika arbetstagargrupper.

⁵⁹ Ibid, s. 87 f.

⁶⁰ Wiesbrock 2010, s. 137 f.

⁶¹ Europa.eu, *Haagprogrammet: tio prioriteringar för de kommande fem åren*, http://europa.eu/legislation_summaries/human_rights/fundamental_rights_within_european_union/116002_sv.htm, 2009-11-13.

⁶² (KOM (2005) 669)

⁶³ Herzfeld Olsson 2012, s. 89.

⁶⁴ Regeringen, *Stockholmsprogrammet*, www.regeringen.se/sb/d/11627/a/119953, 2010-12-22.

Regelverket har gått från att – åtminstone i 2001 års förslag – vara ett rättighetsbaserat välkomnande system, till ett sådant där de ankommande arbetstagarna snarare ses som ekonomiska enheter än som rättighetsbärande individer. Herzfeld Olsson menar att många av de avgörande frågorna för många arbetstagargrupper lämnas åt medlemsstaterna att avgöra själva, vilket i synnerhet gäller för de grupper som inte omfattas av sektorsdirektiven.⁶⁵

2.3.2 Ramdirektivet om ett enda ansökningsförfarande och en gemensam uppsättning rättigheter

Det senast antagna direktivet med värde för arbetskraftsinvandrare från tredjeland är Europaparlamentets och rådets direktiv 2011/98/EU av den 13 december 2011 om ett enda ansökningsförfarande för ett kombinerat tillstånd för tredjelandsmedborgare att vistas och arbeta på en medlemsstats territorium och om en gemensam uppsättning rättigheter för arbetstagare från tredjeland som vistas lagligen i en medlemsstat (ramdirektivet). Direktivet är en följd av behovet av harmonisering av nationell rätt som för första gången uppmärksammades under mötet i Tammerfors, och syftar till att säkerställa en rättvis behandling av tredjelandsmedborgare som lagligen vistas på medlemsstaternas territorium. Ett förslag till direktiv lades fram av kommissionen redan 2001 men mötte på kraftigt motstånd varför det dröjde ända till december 2011 för ett antagande av direktivet.

Ett antal grupper exkluderas från direktivets tillämpningsområde. Med motiveringen att de inte kommer att utgöra en del av den nationella arbetsmarknaden exkluderas exempelvis arbetstagare som är föremål för företagsinterna förflyttningar, kontraktuella tjänsteleverantörer samt utstationerade arbetstagare. Säsongsarbetare exkluderas med motiveringen att deras ställning är av särskild och tillfällig art. Fackföreningsrörelsen har protesterat mot dessa exkluderingar och även ILO har uttryckt tveksamhet över detta vägval.⁶⁶

Direktivets art. 4 föreskriver ett enda ansökningsförfarande för utfärdandet av ett kombinerat tillstånd att både vistas och arbeta på medlemsstatens territorium. Enligt art. 11 följer vissa rättigheter med det kombinerade tillståndet. Dessa rättigheter är bland andra att resa in i och vistas i den berörda medlemsstatens territorium och att informeras om de rättigheter som följer av detta direktiv och/eller av nationell rätt.

Art. 12 stadgar att arbetstagare från tredjeland ska åtnjuta likabehandling med medborgarna i den medlemsstat de vistas i, ifråga om bland annat arbetsvillkor, föreningsfrihet, utbildning, erkännande av examensbevis, social trygghet, skatteförmåner, tillgång till allmänt tillgängliga varor och

⁶⁵ Herzfeld Olsson 2012, s. 89.

⁶⁶ Ibid, s. 91.

tjänster (såsom bostad) samt rådgivningstjänster som tillhandahålls av arbetsförmedlingar. Många av dessa rättigheter känns igen från Europarådets konvention om migrerande arbetstagares rättsställning av den 24 november 1977 samt från Rådets direktiv 2003/109/EG av den 25 november 2003 om varaktigt bosatta tredjelandsmedborgare (avsnitt 2.3.1 och 2.3.5). Enligt art. 16 ska direktivet ha införlivats i medlemsstaterna senast den 25 december 2013 och har inte implementerats i Sverige ännu.

Kommissionen föreslog inte att någon bestämmelse om sanktioner och effektiva efterlevnadsmekanismer skulle ingå i direktivet. Dock bör noteras att Europaparlamentet aktivt försökt få med en sådan utan att lyckas. Möjligheten att säkerställa likabehandling med medlemsstaternas egna medborgare är dessutom beroende av ett flertal andra faktorer som lämnas utanför direktivet. Möjligheterna att begränsa likabehandling i fråga om utbildning och yrkesutbildning samt de sociala rättigheterna är tämligen omfattande. Regler om familjeåterförening och möjlighet att uppnå permanent status saknas också. Direktivet är ett minimidirektiv vilket gör att den status och de rättigheter som migranterna får enligt direktiven till stor del är beroende av nationell reglering. I ett generöst nationellt system som inte utnyttjar undantagsmöjligheterna och som har effektiva övervakningsstrukturer och sanktioner kan invandraren få en trygg status och bra villkor.⁶⁷

2.3.3 Blåkortsdirektivet

I skiljelinjen mellan Haagprogrammet och Stockholmsprogrammet lades två förslag till sektorsdirektiv fram. Det ena förslaget resulterade i det så kallade blåkortsdirektivet; Rådets direktiv 2009/50/EG av den 25 maj 2009 om villkor för tredjelandsmedborgares inresa och vistelse för högkvalificerad anställning. Detta direktiv möjliggör ett påskyndat tillståndsförfarande för högkvalificerad arbetskraft från tredjeland. Direktivets syfte är att locka högkvalificerad arbetskraft till EU vilket i sin tur är ett steg för att stärka konkurrenskraften inom ramen för Lissabonstrategin.

Tredjelandsmedborgare med blåkort får tillsammans med sina familjemedlemmar resa in i, vistas i och resa ut från den utfärdande medlemsstaten och resa genom andra medlemsstater. De får även tillträde till arbetsmarknaden inom hela den berörda sektorn och är alltså inte bundna till en specifik arbetsgivare. Direktivet föreskriver även en rätt till lika behandling som medborgare i medlemsstaten, inbegripet arbetsvillkor, social trygghet, pensioner och utbildning. Efter arton månaders laglig vistelse får de flytta till en annan medlemsstat för högkvalificerad anställning.⁶⁸ Likabehandlingskraven ter sig på ett likartat sätt här som i ramdirektivet, men inskränkningsmöjligheterna är färre i detta direktiv.⁶⁹ Direktivet hindrar inte medlemsstaterna från att ha egna nationella regler som omfattar högkvalificerade arbetskraftsinvandrare, men till skillnad från

⁶⁷ Herzfeld Olsson 2012, s. 92 f.

⁶⁸ Boeles 2009, s. 230 f.

⁶⁹ Herzfeld Olsson 2012, s. 97 ff.

blåkortet ger sådana nationella bestämmelser inte någon rätt för migranten att bosätta sig i andra medlemsstater.

Medlemsstaterna var skyldiga att införliva direktivet i sin nationella lagstiftning före den 19 juni 2011. Sverige är tillsammans med Tyskland, Italien, Malta, Polen och Portugal de enda länder som ännu inte införlivat direktivet i nationell lagstiftning. Kommissionen har därför beslutat att utfärda motiverade yttranden i enlighet med art. 258 FEUF med uppmaningen att vidta åtgärder.⁷⁰

2.3.4 Förslag till säsongsarbetardirektiv

Förslaget till det ännu ej antagna sektorsdirektivet om villkor för tredjelandsmedborgares inresa och vistelse för säsongsanställning (säsongsarbetardirektivet) presenterades den 15 juli 2010.⁷¹ Kommissionens förslag syftar till att skapa gemensamma regler för inresa och vistelse för säsongsarbetare från tredjeland samt att dessa arbetstagare ska garanteras vissa arbets- och anställningsvillkor enligt nationella regler och/eller kollektivavtal. Enligt förslaget ska säsongsarbetare även åtnjuta samma behandling som den berörda medlemsstatens egna medborgare vad gäller vissa sociala och ekonomiska rättigheter. I direktivförslaget framhålls särskilt fyra skäl till varför ett direktiv på EU-nivå behövs:

- Behovet av säsongsarbetare finns i allmänhet i de flesta medlemsstater, men fastän säsongsarbetare från tredjeländer reser in i en viss EU-medlemsstat, kan en enskild medlemsstats beslut om tredjelandsmedborgares rättigheter påverka andra medlemsstater och eventuellt också *förorsaka störningar i migrationsströmmarna*.
- För Schengenområdet, som saknar inre gränser, krävs en gemensam princip (gemensamma minimiregler) för att *minimera risken för att någon stannar utöver den fastställda perioden* eller reser in på olaglig väg, vilket kan bero på eller vara resultatet av tójbara och skiftande regler om inresa för säsongsarbetare.
- Problemen med exploatering och ovärdiga arbetsvillkor för säsongsarbetare från tredjeländer måste lösas genom att de *garanteras vissa socioekonomiska rättigheter inom ramen för bindande och därmed verkställbar EU-lagstiftning*. Detta ligger i linje med uppmaningen vid Europeiska rådets möte i Tammerfors 1999 att bevilja tredjelandsmedborgare lika behandling och en säker rättslig ställning.

⁷⁰ Pressmeddelande från Europeiska Kommissionen, *EU-blåkort för kvalificerade migranter – sex EU-länder bryter mot EU-lagstiftningen*, 2011-10-27.

⁷¹ KOM (2010) 379 - Kommissionens förslag till direktiv om villkor för inresa och vistelse för säsongsarbetande tredjelandsmedborgare.
Se även faktagromemoria 2009/10:FPM124, *Direktiv om säsongsanställning*.

- Med tanke på de externa aspekterna av migrationspolitiken är en EU-rättsakt om säsongsarbetare helt avgörande för ett *resultatrikt samarbete med tredjeländer och för ytterligare en fördjupning av politikens globala inriktning*. Det finns två skäl till detta: För det första skulle EU med hjälp av en sådan rättsakt kunna undanröja hindren för att lågutbildad och ickekvalificerad arbetskraft ska kunna migrera. För det andra skulle den kunna bli avgörande för att stärka tredjeländers engagemang i arbetet mot den illegala invandringen.

Kommissionen föreslår att direktivet först och främst ska innehålla ett första kapitel med allmänna bestämmelser där bland annat definitioner anges. I ett andra kapitel anges villkoren för inresa och vistelse. Enligt art. 5 måste bland annat en ansökning om inresa till en medlemsstat enligt direktivet åtföljas av *ett giltigt anställningsavtal eller ett bindande anställningserbjudande*. Dessa avtal ska innehålla uppgifter om ersättningsnivån och antalet arbetstimmar per vecka eller månad samt, i tillämpliga fall, övriga arbetsvillkor. Enligt samma paragraf måste den sökande också kunna visa giltig resehandling, ansökan om sjukförsäkring samt tillgång till bostad.

I ett tredje kapitel behandlas förfarande och tillstånd. Enligt art. 8 ska medlemsstaterna vidta nödvändiga åtgärder för att tillhandahålla information om inrese- och uppehållsvillkor, inbegripet rättigheter och samtliga de underlag som krävs för att lämna in en ansökan. Enligt art. 11 får säsongsarbetare beviljas uppehållstillstånd för högst sex månader under ett kalenderår, vartefter de är skyldiga att återvända till ett tredjeland. Enligt art. 12 ska medlemsstaterna underlätta återinresa genom att i samband med ansökan och i ett enda administrativt avgörande utfärda högst tre säsongsarbetstillstånd eller erbjuda ett förenklat förfarande för tredjelandsmedborgare som av denna medlemsstat beviljats inresa som säsongsarbetare och som ansöker om att åter tas emot efterföljande år.

Kapitel fyra föreskriver säsongsarbetarens rättigheter enligt direktivförslaget. Enligt art. 15 ska arbetstagaren under den period som säsongsarbetstillståndet är giltigt ha rätt att resa in i samt röra sig fritt på den tillståndsfärdande medlemsstatens territorium. Art. 16 stadgar att oavsett vilken lag som gäller för anställningsförhållandet så ska arbetstagaren garanteras arbetsvillkor, inbegripet löne- och uppsägningsvillkor och villkor som rör hälsa och säkerhet som gäller säsongsarbete, enligt lag, föreskrifter eller förvaltningsbestämmelser eller enligt allmänt gällande kollektivavtal i den mottagande staten. Om det saknas ett system för att förklara att kollektivavtal har allmän giltighet, kan medlemsstaterna utgå ifrån kollektivavtal som gäller allmänt för alla likartade företag inom den aktuella sektorn eller det aktuella arbetet och inom det berörda geografiska området, och/eller kollektivavtal som har ingåtts av de mest representativa arbetsmarknadsorganisationerna på nationell nivå och som gäller inom hela det nationella territoriet.

Enligt art. 16 ska säsongsarbetare även garanteras lika behandling som medborgarna i värdmedlemsstaten i fråga om bland annat föreningsfrihet

och frihet att tillhöra en arbetstagar- eller arbetsgivarorganisation. Lika behandling ska även gälla social trygghet och omfattar de förmåner som anges i artikel 3 i förordning (EG) nr 883/04 om samordning av de sociala trygghetssystemen. Syftet med dessa bestämmelser är enligt direktivförslaget att skapa gemensamma regler inom EU, att erkänna att säsongsarbetare från tredjeland bidrar till den europeiska ekonomin, samt att tjäna som ett skydd för att minska orättvis konkurrens mellan egna medborgare och tredjelandsmedborgare som kan bero på att de utsätts för exploatering.⁷² Art. 17 behandlar förenklade klagomålsförfaranden och anger att även tredje parter med ett berättigat intresse av att direktivet efterlevs får, på säsongsarbetarens vägnar eller för att stödja denne, engagera sig i de rättsliga eller administrativa förfaranden som finns för att säkerställa efterlevnaden av direktivet. Mekanismer för klagomål bör inrättas för att effektivisera tillämpningen och dessa bör vara öppna för tredje parter då det finns belägg för att säsongsarbetare från tredjeland ofta inte är medvetna om att sådana mekanismer finns, alternativt att de tvekar att vända sig dit i eget namn då de fruktar konsekvenserna för möjligheterna till framtida anställning.⁷³

Enligt detta förslag ges säsongsarbetarna en svagare position jämfört med ramdirektivet och direktivet för högkvalificerad arbetskraft. Det finns ingen absolut rätt till likabehandling när det gäller arbetsvillkor och lön och de sociala rättigheterna är svagare. Dock innehåller förslaget bestämmelser om ett effektivt genomförande av de rättigheter som finns och förenklade klagomålsförfaranden för att realisera dessa rättigheter, något som de andra direktiven saknar.⁷⁴

De svenska reglerna för arbetskraftsinvandring som infördes 2008 överensstämmer till stora delar med detta direktivförslag men det kan inte uteslutas att vissa ändringar av gällande svenska regler kan behövas. Exempelvis utgår direktivet från en sektorsvis uppdelad arbetsmarknad vilket de svenska reglerna inte gör.⁷⁵ Direktivförslaget är inte antaget ännu utan är fortfarande under förhandling.

2.3.5 Direktivet om varaktigt bosatta tredjelandsmedborgare

Ytterligare ett direktiv som har stor betydelse för många arbetskraftsinvandrare är Rådets direktiv 2003/109/EG av den 25 november 2003 om varaktigt bosatta tredjelandsmedborgare. Detta är ett fristående direktiv utan förbindelse till ramdirektivet och utan egenskapen av ett sektorsdirektiv. Syftet med direktivet är att tredjelandsmedborgare som har vistats i en medlemsstat en längre tid ska kunna erhålla en särskild rättslig ställning och erkännas vissa särskilda rättigheter som liknar de rättigheter

⁷² KOM (2010) 379, s. 12.

⁷³ KOM (2010) 379, s. 12 f.

⁷⁴ Herzfeld Olsson 2012, s. 99 ff.

⁷⁵ Faktapromemoria 2009/10:FPM124, *Direktiv om säsongsanställning*.

som tillkommer unionsmedborgare.⁷⁶ Enligt artikel 4 ska tredjelandsmedborgaren ha varit lagligen och oavbrutet bosatt i samma medlemsstat i minst 5 år för att denna medlemsstat ska kunna bevilja ställning som varaktigt bosatt. Enligt art. 8 ska ställning som varaktigt bosatt i huvudsak vara permanent och personen i fråga få utfärdat ett speciellt uppehållstillstånd för varaktigt bosatta. Tillståndet ska gälla i minst fem år och förnyas automatiskt när det löper ut.

Enligt art. 11 skall varaktigt bosatta, med vissa begränsningar, åtnjuta den behandling som en medlemsstats egna medborgare får i fråga om tillträde till arbetsmarknaden, utbildning, erkännande av yrkesutbildningsbevis, social trygghet, skatteförmåner, tillgång till varor, tjänster och bostäder, föreningsfrihet samt fritt tillträde till hela den berörda medlemsstats territorium. Enligt art. 12 får inte medlemsstaterna utvisa den varaktigt bosatta, med undantag för om han eller hon utgör ett reellt och tillräckligt allvarligt hot mot allmän ordning eller säkerhet. Enligt art. 14.1 skall en varaktigt bosatt person ha rätt att bosätta sig i andra medlemsstater under längre tid än tre månader för att exempelvis bedriva ekonomisk verksamhet som anställd eller egenföretagare. Enligt art. 14.3-4 finns det dock möjlighet att begränsa mottagandet av dessa personer av arbetsmarknadspolitiska skäl och att exempelvis ge företräde åt unionsmedborgare eller andra tredjelandsmedborgare.

⁷⁶ Prop. 2005/06:77, s. 129.

3 Anställningens tillkomst

3.1 Inledning

Detta kapitel behandlar det första stadiet av anställningsförhållandet mellan tredjelandsmedborgaren och den svenska arbetsgivaren – anställningens tillkomst. Arbetstillstånd är en förutsättning för att en utländsk medborgare utanför EU/EES ska få arbeta i Sverige. Utan arbetstillstånd – ingen anställning. Därför ges i avsnitt 3.2 en genomgång av villkoren för erhållandet av arbetstillstånd. Dessa villkor har betydelse för arbetsvillkoren eftersom de bland annat ställer krav på lönen, försäkringsskyddet och övriga anställningsvillkor.

I avsnitt 3.3 behandlas Migrationsverkets roll som beslutsfattare och dess ansvar att kontrollera att arbetsvillkor enligt gällande kollektivavtal eller praxis inom branschen utlovas. I avsnitt 3.4 behandlas fackföreningens och kollektivavtalets roll vid arbetstillståndets och anställningens tillkomst.

Vad gäller den EU-rättsliga regleringen för tillkomsten av tredjelandsmedborgares anställning i Sverige och EU så finns det främst två relevanta direktiv: Ramdirektivet 2011/98/EU om ett enda ansökningsförfarande och en gemensam uppsättning rättigheter samt det så kallade blåkortsdirektivet 2009/50/EG. Ramdirektivet ska införlivas i medlemsstaterna senast i december 2013 (avsnitt 2.3.2). Blåkortsdirektivet ska sedan den 19 juni 2011 vara införlivat i medlemsstaterna, men Sverige har ännu inte införlivat det (avsnitt 2.3.3). Vid ett eventuellt antagande av förslaget till säsongsarbetardirektiv kan även detta komma att få betydelse (avsnitt 2.3.4). Bestämmelserna i direktiven beskrivs löpande i den kommande texten.

3.2 Den rättsliga ramen – villkor för att erhålla arbetstillstånd

2 kap. 7 § utlänningslagen (UtlL) stadgar att arbetstillstånd är ett tillstånd att arbeta i Sverige. En utlänning som ska arbeta i Sverige på grund av anställning här eller utomlands ska ha arbetstillstånd. Reglerna om arbetstillstånd undergick en omfattande reform år 2008 då bland annat den tidigare arbetsmarknadsprövningen togs bort och arbetsgivarna gavs makten att själva avgöra om de är i behov av arbetskraft från tredjeland eller ej. EU:s ramdirektiv påverkar enligt sin art. 1 punkt 2 inte medlemsstaternas behörighet att reglera inresa, inklusive omfattningen av arbetskraftsinvandringen från tredjeländer.

För att harmonisera och förenkla de regler som för närvarande gäller i EU:s medlemsstater föreskriver ramdirektivet enligt art. 1 och 4 ett enda ansökningsförfarande för utfärdande av ett kombinerat tillstånd för tredjelandsmedborgare att vistas och arbeta i en medlemsstat. Syftet är även att underlätta kontrollen av tredjelandsmedborgarnas ställning. 6 kap. UtL rymmer de centrala bestämmelserna angående arbetstillstånd. Om man ska arbeta längre än 3 månader i Sverige måste man även ha ett uppehållstillstånd. I ansökan om arbetstillstånd noterar den sökande om även uppehållstillstånd önskas.⁷⁷ Detta gör att Sverige redan uppfyller kravet på ett enda ansökningsförfarande.

Av 6 kap. 1 § UtL framgår att ett arbetstillstånd alltid är tidsbegränsat. Denna bestämmelse har inte ändrats genom reformen år 2008. I 6 kap. 2 a § regleras arbetstillståndets giltighetstid ytterligare, se nedan. Enligt 1 § första stycket får även arbetstillståndet avse visst slag av arbete och förenas med de övriga villkor som behövs. Andra stycket i 1 § hänvisar till ett undantag för kravet på arbetstillstånd. En innehavare av permanent uppehållstillstånd behöver nämligen enligt 2 kap. 8 § inget arbetstillstånd.⁷⁸ Det finns ett stort värde i ett permanent uppehållstillstånd, och det är tryggheten och vetskapen om att få stanna i Sverige (avsnitt 4.2.1).

6 kap. 2 § UtL anger de grundläggande förutsättningarna för ett beviljande av arbetstillstånd. Migrationsverkets tillämpning av denna paragraf utgör den första instansen där lön och andra arbetsvillkor utreds för att säkerställa att de överensstämmer med svenska kollektivavtal och praxis. Paragrafen var ny vid tillkomsten av 2005 års UtL men fick efter den omfattande reformen av arbetskraftsinvandring år 2008 en ny utformning. Enligt paragrafens första stycke krävs att den utländske medborgaren fått ett erbjudande om anställning och att denna anställning gör det möjligt för personen i fråga att försörja sig under vistelsen i Sverige. Det innebär att inkomsten från den erbjudna heltids- eller deltidsanställningen måste vara av sådan storlek att personen inte behöver försörjningsstöd enligt 4 kap. 1 § socialtjänstlagen (2001:453) för att täcka sina kostnader för bland annat boende och uppehälle. I praktiken innebär det att arbetet måste vara av sådan omfattning att lönen uppgår till minst 13 000 kronor per månad. Paragrafen kan jämföras med art. 5 punkt 2 i förslaget till säsongarbetardirektiv enligt vilken medlemsstaterna ska säkerställa att säsongarbetaren har tillräckliga medel för sin försörjning utan att utnyttja det sociala trygghetssystemet i den berörda medlemsstaten. Varken ramdirektivet eller blåkortsdirektivet har någon motsvarande bestämmelse.

Att arbetskraftsinvandraren kan försörja sig på anställningen ställer dock inte tillräckliga krav på lönesättningen och saknar helt betydelse för anställningsvillkoren i övrigt.⁷⁹ Som en ytterligare förutsättning för arbetstillstånd krävs nämligen att lönen, försäkringsskyddet och övriga anställningsvillkor inte är sämre än de villkor som följer av svenska

⁷⁷ Migrationsverkets blankett *Ansökan om tillstånd att arbeta i Sverige*.

⁷⁸ Wikrén och Sandesjö 2010, s. 342 f.

⁷⁹ Wikrén och Sandesjö 2010, s. 345 och prop. 2007/08:147, s. 27.

kollektivavtal eller praxis inom yrket eller branschen. Enligt den nu gällande ordningen åläggs det arbetsgivaren att inhämta yttrande från berörd arbetstagarorganisation om arbetsvillkoren. Yttrandet bifogas till ansökningshandlingarna. I undantagsfall kan Migrationsverket själva inhämta yttrande, till exempel om lokal facklig representant saknas (avsnitt 3.4).⁸⁰ I anställningserbjudandet som lämnas in till Migrationsverket ska arbetsgivaren ange vilka försäkringar som är tecknade för de anställda eller vilka försäkringar som planeras tecknas och huruvida dessa är i nivå med kollektivavtal eller praxis i branschen.⁸¹

Ramdirektivets art. 12 punkt 1a samt blåkortsdirektivets art. 14 punkt 1a föreskriver att arbetstagare från tredjeland ska åtnjuta likabehandling med medborgarna i den medlemsstat där de vistas när det gäller arbetsvillkor, inbegripet löne- och uppsägningsvillkor samt villkor som rör hälsa och säkerhet på arbetsplatsen. Säsongsarbetare undantas dock från ramdirektivet och enligt art. 16 punkt 1 i förslaget till säsongsarbetardirektiv garanteras de ingen absolut likabehandling, utan endast arbetsvillkor ”som gäller säsongsarbete enligt lag, föreskrifter eller förvaltningsbestämmelser eller enligt allmänt gällande kollektivavtal”. Angående försäkringsskydd kan nämnas att både blåkortsdirektivet och förslaget till säsongsarbetardirektiv fastställer att den sökande, och inte arbetsgivaren, innan inresa ska lägga fram bevis på att han har ansökt om en sjukförsäkring som täcker alla risker som normalt täcks för medborgare i den berörda medlemsstaten under perioder när sådant försäkringsskydd inte tillhandahålls i samband med anställningskontraktet – se art. 5 punkt 1e blåkortsdirektivet respektive art. 5 punkt 1c säsongsarbetardirektivet.

Enligt 6 kap. 2 § andra stycket får tillstånd endast beviljas om rekryteringsförfarandet är förenligt med Sveriges åtaganden inom EU. Detta innebär att Migrationsverket ska pröva om arbetsgivarens rekrytering är förenlig med principen om gemenskapsföreträde. Denna princip innebär att arbetskraftsbrist i första hand ska täckas av arbetstagare inom den europeiska unionen. Först när detta inte är möjligt kan arbetstagare från tredjeland anställas. För att säkerställa att principen om gemenskapsföreträde respekteras kan arbetsgivaren anmäla den lediga anställningen till Arbetsförmedlingen för utannonsering. När detta görs blir annonsen även synlig i den europeiska internetbaserade platsportalen Eures, varigenom tjänsten görs tillgänglig för medborgare i EU och EES.⁸²

6 kap. 2 a § är en paragraf som infördes år 2008, också den som en följd av reformen för arbetskraftsinvandring. Paragrafen reglerar arbetstillståndets giltighet i tiden samt dess koppling till arbetsgivare och slag av arbete. Enligt första stycket får ett arbetstillstånd inte ges för längre tid än två år och aldrig längre tid än anställningstiden. Enligt andra stycket får den sammanlagda tillståndstiden inte överstiga fyra år. Enligt tredje stycket ska

⁸⁰ Wikrén och Sandesjö 2010, s. 350.

⁸¹ Migrationsverkets blankett *Anställningserbjudande. Bilaga till ”Ansökan om tillstånd för att arbeta i Sverige”*.

⁸² Wikrén och Sandesjö 2010, s. 345 f.

arbetstillståndet knyts till viss arbetsgivare och avse visst slag av arbete. Efter en sammanlagd tillståndstid om två år ska tillståndet endast knyts till visst slag av arbete. Detta kan jämföras med art. 12 i blåkortsdirektivet som stadgar att EU-blåkortsinnehavarens tillträde till arbetsmarknaden de första två åren ska vara knutet till den anställning som uppfyllt villkoren för inresa. Att arbetstillståndet är tidsbegränsat och knutet till en specifik arbetsgivare kan bidra till att arbetstagarna inte påtalar oriktiga arbetsvillkor av rädsla att förlora tillstånd och vara tvungna att lämna Sverige (avsnitt 4.2).

Innan reformen år 2008 var det vanligast att arbetstillstånd i Sverige initialt gavs för tolv månader med möjlighet till förlängning sex plus sex månader. Efter en sammanlagd tid av 24 månader beviljades ingen ytterligare förlängning, antagligen på grund av att arbetstillståndet utfärdades för "täckande av tillfällig brist på arbetskraft" och därför inte var menat att vara av mer permanent karaktär. I förarbetena till 2008 års reform uttalas att den tidigare ordningen inte var tillfredsställande: "Det är regeringens uppfattning att arbetstillstånd från början bör beviljas för en kortare tid men att tillståndet ska kunna övergå till ett permanent tillstånd att vistas och arbeta i Sverige".⁸³ Enligt förarbetena har den person som arbetat sammanlagt fyra år i Sverige genom sitt arbete visat sig bidra till samhällsutvecklingen och fått en stark koppling till Sverige vilket bör berättiga till ett permanent uppehållstillstånd.⁸⁴

6 kap. 3 § innebar vid tillkomsten av 2005 års UtlL en kodifiering av gällande praxis och stadgar att arbetstillstånd får ges till en utlänning som har tidsbegränsat uppehållstillstånd. Denna paragraf rör främst de utländska medborgare som på grund av anknytning har beviljats tidsbegränsade uppehållstillstånd inom ramen för så kallad uppskjuten invandringsprövning.⁸⁵ Migrationsverket ger till en början inte permanent uppehållstillstånd till den sökande som hänvisar till ett sammanboende eller äktenskap som varat en kort tid. Denna sökande får istället ett tillfälligt tillstånd på vanligtvis två år med tillhörande provotid varefter tillståndet kan bli permanent. Detta kallas uppskjuten invandringsprövning.⁸⁶

Enligt 6 kap. 4 § ska den utländska medborgaren som vill ha arbetstillstånd i Sverige ha ansökt om och beviljats ett sådant tillstånd före inresan i landet. Bestämmelser om var ansökningar om arbetstillstånd ska ges finns i 5 kap. 8 § UtlF. När den utländske medborgaren vistas utomlands, vilket förutsätts vanligen vara fallet när tillstånd söks första gången, ska ansökningen ställas till Migrationsverket och lämnas till svensk beskickning eller svenskt konsulat i hemlandet eller i annat land där utlänningen är stadigvarande bosatt.⁸⁷ Endast enligt de undantag som 5 kap. 18 och 19 §§ stadgar får arbetstillstånd bifallas efter inresan. Två exempel på när arbetstillstånd kan beviljas efter inresa i landet är att personen har *rätt till uppehållstillstånd*

⁸³ Prop. 2007/08:147, s. 28 f.

⁸⁴ Ibid, s. 29 f.

⁸⁵ Wikrén och Sandesjö 2010, s. 348 f.

⁸⁶ Migrationsverket, *Uppskjuten invandringsprövning*, www.migrationsverket.se/info/732.html, 2010-01-22.

⁸⁷ Wikrén och Sandesjö 2010, s. 352.

som flykting eller att det föreligger *synnerliga skäl*. Angående synnerlighetsrekvisitet har regeringen i förarbetena angett att större tonvikt än tidigare bör läggas vid de svårigheter en sökande kan möta när det gäller att återvända till hemlandet för att ge in en ansökan därifrån.⁸⁸ Migrationsverket tillämpar dock reglerna om möjlighet till beviljande efter inresa till landet restriktivt.⁸⁹

3.3 Migrationsverkets roll

3.3.1 Allmänt

Enligt art. 5 ramdirektivet ska medlemsstaten utse den myndighet som ska vara behörig att ta emot ansökan och att utfärda tillstånd. Enligt samma artikel ska även denna myndighet fatta beslut om den fullständiga ansökan så snart som möjligt, och under alla omständigheter senast fyra månader från den dag då ansökan gavs in. Migrationsverket är beslutande myndighet för beviljande av arbetstillstånd enligt 6 kap. 5 § UtlL. Bestämmelsen var densamma även innan reformen av arbetskraftsinvandring kom till. Idag är väntetiden i Sverige för ett beslut om arbetstillstånd 6 månader för en webbansökan och sex till sju månader för en pappersansökan.⁹⁰

Den tidigare så kallade myndighetsbaserade arbetsmarknadsprövningen i ärenden om arbetstillstånd har slopats, vilket bland annat innebär att Arbetsförmedlingens uppgift att besluta om riktlinjer för bedömningen av ärenden om arbetstillstånd har upphört. I förarbetena till den nya regleringen från 2008 säger dock regeringen att även om den myndighetsbaserade arbetsmarknadsprövningen upphör, är det fortfarande statens ansvar att gemenskapsföreträdet respekteras samt att de erbjudna villkoren avseende lön, försäkringsskydd och övriga anställningsvillkor lägst ska motsvara vad som gäller för redan i landet bosatta arbetstagare.⁹¹ Här får Migrationsverket en viktig roll.

Enligt den nuvarande handlägningsordningen är det Migrationsverket som kontrollerar att 6 kap. 2 § andra stycket är uppfyllt, det vill säga om arbetsgivarens rekrytering är förenlig med principen om gemenskapsföreträde. Exempelvis kan arbetsgivaren anmäla den lediga anställningen till Arbetsförmedlingen för utannonsering vilket betyder att den via den svenska platsbanken även blir synlig i den europeiska internetbaserade platsportalen Eures, varigenom tjänsten görs tillgänglig för EU-/EES-medborgare. Om kravet på gemenskapsföreträde inte uppfyllts ska inte arbetstillståndet beviljas.⁹² Annons med publiceringsdatum bör kunna

⁸⁸ Prop. 1999/2000:43, s. 59.

⁸⁹ Enligt samtal med Jorge Ramirez, Migrationsverkets arbetstillståndsenhet Stockholm, 2012-02-21.

⁹⁰ Migrationsverket, *Väntetider för arbetstillstånd*, www.migrationsverket.se/info/2272.html, 2012-02-27.

⁹¹ Prop. 2007/08:147, s. 26.

⁹² Wikrén och Sandesjö 2010, s. 345 f. och s. 350.

visas vid ansökningstillfället, men Migrationsverkets handläggare kontrollerar detta mot Arbetsförmedlingen endast i vissa fall. Ibland kan även arbetsgivaren redovisa om annonsering över telefon.⁹³

Det ankommer på Migrationsverket att inhämta arbetstagarorganisationernas synpunkter avseende lön, försäkringsskydd och övriga anställningsvillkor. Enligt den nu gällande ordningen förutsätts dock att arbetsgivaren inhämtar den berörda arbetstagarorganisationens yttrande över de villkor som arbetsgivaren erbjuder. Först om det finns någon rimlig anledning till varför yttrande inte finns, till exempel om lokal facklig representant saknas, ankommer det på Migrationsverket att remittera ärendet direkt till den fackliga organisationen (avsnitt 3.4).⁹⁴

3.3.2 Skärpt utredning och kontroll samt certifiering

Som nämnts i presentationen av ämnet för denna uppsats blossade en debatt upp i medierna under andra halvåret 2011 och intensifierades vid årets slut. Reglerna för arbetskraftsinvandring från 2008 ifrågasattes nu på nytt och ansågs kunna orsaka att arbetstagarorganisationerna utnyttjas av sina arbetsgivare. Migrationsverket framhöll att de inte utan lagstöd kan gå in och göra efterhandskontroller för att försäkra att arbetstagarorganisationerna verkligen får den lön och de övriga arbetsvillkor vilka angetts i anställningserbjudandet som legat till grund för arbetstillståndet. Kritiken fortsatte dock och i slutet av november år 2011 meddelade Migrationsverket om skärpt utredning och kontroll för beviljande av arbetstillstånd. Syftet var att, så långt det går inom ramen för gällande lagstiftning, hindra att människor utnyttjas på den svenska arbetsmarknaden.⁹⁵

Verksamhetschefen på Migrationsverket, Jonas Lindgren, menade att de sett att vissa branscher är överrepresenterade när det gäller utnyttjande av utländsk arbetskraft och att de därför koncentrerar resurserna där genom utökade kontroller vid ansökningstillfället.⁹⁶ De nya reglerna innebär att företag inom branscherna städ, hotell- och restaurang, bygg, handel, jord- och skogsbruk, bilverkstad, service och bemanning samt i samband med ansökan om arbetstillstånd ska visa att lön kan garanteras för den anställde. Detsamma gäller för nystartade företag i alla branscher. Detta krav uppfylls genom att arbetsgivaren styrker att det finns förutsättningar att betala ut lön under minst tre månader med hjälp av till exempel dokument på likvida bankmedel, årsredovisningar, tidigare års bokslut, balans- och resultatrapporter för tidigare och nuvarande år, eller ingångna kontrakt om uppdrag. Migrationsverket kräver också att arbetsgivaren, i samband med att en förlängning av arbetstillstånd lämnas in, redovisar specifikationer över

⁹³ Enligt samtal med Jorge Ramirez, Migrationsverkets arbetstillståndsenhet Stockholm, 2012-02-21.

⁹⁴ Wikrén och Sandesjö 2010, s. 350.

⁹⁵ Migrationsverket, *Skärpta regler för att motverka skenanställningar*, www.migrationsverket.se/info/5091.html, 2011-11-23.

⁹⁶ Ibid.

utbetalda löner samt kontrolluppgifter från Skatteverket.⁹⁷ De nya reglerna började tillämpas den 16 januari 2012.

Åsikterna om de nya skärpta reglerna går isär. Ulf Lindberg, näringspolitisk chef på Almega, säger att Sverige slåss om arbetskraften globalt och menar att alla inskränkningar i regelverket är negativa. Han menar dock att i den mån det förekommer oegentligheter så bör de beivras, men att det vore bättre om detta sker genom en skärpt efterkontroll. LO:s ordförande Wanja Lundby-Wedin tycker tvärtom att skärpningen är bra. Även hon förespråkar dock en efterkontroll och menar att det hade varit bättre om regeringen lyssnat på kritiken och stramat upp lagstiftningen.⁹⁸

Anders Fogelberg, arbetsmarknadsexpert Företagarna, och Karin Ekenger, arbetsmarknadsexpert Svenskt Näringsliv, har tillsammans skrivit ett debattinlägg i Svenska Dagbladet. Där går de hårt åt de nya reglerna som de menar är orimliga och kommer att underminera tankarna bakom reformen som var att göra det enklare att klara av arbetskraftsbrist genom arbetskraftsinvandring. De kallar reglerna för stoppregler och menar att små företag inte längre kommer att kunna täcka upp sitt behov av personal genom att anställa personer från länder utanför EU.⁹⁹ Jonas Lindgren besvarar debattinlägget och menar att uppvisande av den information som verket kräver inte ska vara svårt för ett företag med ”papperna i ordning”. Lindgren menar att Migrationsverket upptäckt fall där människor utnyttjas och far illa på den svenska arbetsmarknaden och betonar syftet med satsningen som är att motverka och hindra just detta.¹⁰⁰

Även Ella Niia, ordförande Hotell- och restaurangfacket, bidrar med ett inlägg i debatten. Hon säger att Migrationsverkets regler endast är ”mer av samma tandlöshet” som innan och menar att pappersdokumentation utan tillsynsfunktion inte på något sätt kan kallas ”stoppregler”.¹⁰¹ Eva Nordmark och Samuel Engblom, TCO, anför i ett debattbidrag att skärpningen av Migrationsverkets granskning av presumtiva arbetsgivare är bra, samtidigt som det givetvis inte får leda till att seriösa företag hindras från att rekrytera, men menar att det kan aldrig ersätta efterhandskontroll och sanktioner. Som ett effektivt system för efterhandskontroll föreslår de att Migrationsverket systematiskt ska kontrollera med Skatteverket att inbetalda skatter och avgifter motsvarar den utlovade lönen.¹⁰²

I oktober år 2011 startade Migrationsverket ett nytt system för certifiering av företag som anställer arbetskraftsinvandrare. Målet var främst att korta handläggningstiden från flera månader till en dryg vecka. Systemet går ut på att arbetsgivaren övertar en del uppgifter som normalt sett tillfaller

⁹⁷ Migrationsverket, *Skärpt utredning och kontroll för vissa branscher*, www.migrationsverket.se/info/5189.html, 2012-01-23.

⁹⁸ DN, *Regler för arbetsstillstånd skärps*, 2011-11-23.

⁹⁹ SvD, *Brännpunkt – Migrationsverket går för långt*, 2012-01-25.

¹⁰⁰ SvD, *Vår satsning hindrar att människor far illa*, 2012-01-30.

¹⁰¹ SvD, *Brännpunkt – Bara mer av samma tandlöshet*, 2012-01-31.

¹⁰² SvD, *Brännpunkt – Arbetsgivarna måste kunna kontrolleras*, 2012-02-05.

Migrationsverket. Företagen får själva sköta alla kontakter dels med den som ansöker om arbetstillstånd, dels med fackföreningen. I den första fasen har ett tiotal företag uppnått de kvalitetskrav som uppställts för att få delta i certifieringsprocessen, däribland IKEA och Ericsson. Det handlar främst om företag som kontinuerligt skött sig exemplariskt i ansökningsprocessen och har många medarbetare som rör sig mellan olika länder. Certifieringen tros komma att bli mest till nytta för företag som behöver högutbildad specialiserad arbetskraft.¹⁰³

3.3.3 Särskilt om bärplockare

Under åren 2009 och 2010 började bärplockarnas utsatta situation uppmärksammas mer och mer. Kritiken gällde usla arbetsvillkor och lön som uteblev. I flera fall hade också bärplockarna, som främst kom från Thailand, betalat dyrt för att ta sig till Sverige och hade efter utebliven lön ingen möjlighet att ta sig hem igen. Migrationsverket lyssnade till kritiken och introducerade nya skärpta regler inför bärsäsongen år 2011. Reglerna som bland annat innebar att företagen som anställde bärplockare måste redovisa att de klarar av att utbetala en minimilön även om tillgången på bär blir dålig eller om bärplockaren inte skulle klara av att plocka upp till en viss nivå, har stått modell för de skärpta regler som Migrationsverket i år infört vid tillståndsförfarandet för flertalet andra branscher (avsnitt 3.3.2). Sedan regeländringarna år 2011 halverades antalet bärplockare från länder utanför EU jämfört med året innan, men den största gruppen kommer fortfarande från Thailand. Till skillnad från år 2009 och 2010 kom det år 2011 inga bärplockare från Vietnam.¹⁰⁴

Idag tillämpas samma regler om beviljande av tillstånd för bärplockare som för andra arbetstagare, men med några ytterligare villkor. Inför bärsäsongen 2012 har Migrationsverket uppdaterat sina riktlinjer för de företag som erbjuder anställning till bärplockare från tredjeland. Förutom redovisning av hur företaget klarar av att betala den erbjudna lönen måste arbetsgivaren visa:

- att förutsättningar finns för att organisera arbetet och vägleda bärplockarna i deras yrkesutövning på det sätt som är brukligt inom branschen. Arbetet ska även praktiskt organiseras på ett sätt som är i enlighet med praxis inom branschen exempelvis avseende transportmedel, mat och logi,
- en redovisning av samtliga kostnader som belastar bärplockaren *och*

¹⁰³ Migrationsverket, *Nytt certifieringssystem för företag*, www.migrationsverket.info/4650.html, 2011-09-03 och DN, *Snabbkö för invandrad arbetskraft*, 2011-09-30.

¹⁰⁴ Migrationsverket, *Stor minskning av antalet bärplockare*, www.migrationsverket.se/info/4369.html, 2011-04-08.

- dokumenterad och styrkt överföring till bärplockaren av information om arbetets art, de erbjudna anställningsvillkoren, allemansrätten och i Sverige gällande trafiksäkerhetsregler. Informationen om de erbjudna anställningsvillkoren ska förutom lön inkludera uppsägningstid och försäkringsskydd.¹⁰⁵

För bärplockarna kan EU:s direktivförslag om villkor för tredjelandsmedborgares inresa och vistelse för säsongsanställning, det så kallade säsongsarbetardirektivet, komma att få betydelse vid ett eventuellt införande. Förslaget presenterades den 15 juli 2010 och är fortfarande under betänkande (avsnitt 2.3.4). Direktivet behandlas också i relevanta delar i kapitel 3-6 i detta arbete.

3.4 Fackföreningens och kollektivavtalets roll

Fackföreningarna har historiskt sett haft inflytande på arbetskraftsinvandringen till Sverige. Fram till år 2008 då den så kallade arbetsmarknadsprövningen upphörde hade fackföreningarna en mer betydande roll i bedömningen av huruvida arbetstillstånd skulle utfärdas. Arbetsmarknadsprövningen innebar att arbetstillstånd först prövades mot den inhemska arbetsmarknaden. AMS utfärdade riktlinjer för bedömningen av arbetstillstånd som Migrationsverket sedan följde. Innan riktlinjer utfärdades fick sammanslutningar av arbetsgivare respektive arbetstagare tillfälle att yttra sig.

Fackföreningarna gavs även tillfälle att yttra sig då Migrationsverket sökte samråd med AMS eller länsarbetsnämnd därför att ansökningen inte föll inom ramen för de utfärdade riktlinjerna. I det senare fallet gällde dock enligt UtIF kravet på det fackliga samrådet endast om ärendet var av principiell betydelse eller annars av större vikt. I praktiken hördes dock regelmässigt den berörda fackföreningen.¹⁰⁶ Genom sin bedömning av arbetsvillkoren och huruvida arbetskraftsbrist förelåg kunde alltså fackföreningarna påverka arbetskraftsinvandringen i större grad än idag.

Även i den nu gällande ordningen förutsätts dock att arbetsgivaren i de allra flesta fall inhämtar den berörda arbetstagarorganisationens yttrande över de erbjudna arbetsvillkoren. Enligt 5 kap. 7 a § UtIF ska Migrationsverket vid handläggningen av en ansökan om arbetstillstånd ge sammanslutningar av arbetstagare inom det verksamhetsområde som tillståndet avser tillfälle att yttra sig i ärendet, detta 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. Enligt samma

¹⁰⁵ Migrationsverket, *Riktlinjer 2012 för företag som erbjuder anställning till bärplockare från tredjeland*, www.migrationsverket.se/download/18.7fb5ae7d1357d06181880001291/Bilaga_bärplockare_120217.pdf

¹⁰⁶ SOU 2006:87, s. 127.

paragraf andra meningen får dock Migrationsverket avgöra ärendet utan att så har skett, om arbetsgivaren redan har inhämtat ett sådant yttrande, det annars är obehövt eller det föreligger särskilda skäl.¹⁰⁷

Den normala gången är att arbetsgivaren inhämtar yttrande från den fackliga organisationen, oavsett om arbetsgivaren tecknat kollektivavtal eller ej. Först om lokal facklig representant saknas eller om det finns någon annan rimlig anledning till varför yttrande om arbetsvillkor inte finns, ankommer det Migrationsverket att remittera ärendet till den fackliga organisationen. Förarbetena ger inte vidare ledning om när remitteringen får undantas eftersom det inte ges någon förklaring till ”obehövt” eller ”särskilda skäl”.¹⁰⁸ I praktiken är fackföreningens yttrande att likna vid en konsultation eftersom det ytterst är Migrationsverket som beslutar om arbetstillstånd.

I EU:s ramdirektiv, blåkortsdirektiv och förslag till säsongsarbetardirektiv ges inte uttryckligen någon roll åt fackföreningarna vad gäller ansökningsförfarandet, inresan eller annan del av anställningens tillkomst. Dock tas rätten till föreningsfrihet upp i alla dessa direktiv. Rätten att bilda och ansluta sig till en fackförening finns även fastställd i FN:s deklaration om de mänskliga rättigheterna, FN:s migrantarbetarkonvention och i ILO:s konvention nr 97 (avsnitt 2.2).

¹⁰⁷ Se även Wikrén och Sandesjö 2010, s. 350.

¹⁰⁸ Prop. 2007/08:147, s. 37.

4 Pågående anställning

4.1 Inledning

Detta kapitel behandlar regleringen av de *faktiska* arbetsvillkoren, det vill säga arbetsvillkoren under den pågående anställningen, med beaktande av de olika nivåer där denna reglering görs. Det handlar om EU-direktiv, svensk lagstiftning samt kollektivavtal. Efterlevnaden och kontrollen av regleringen behandlas i avsnitt 4.3 om Arbetsmiljöverket och fackföreningens roll. Arbetskraftsinvandrarens likabehandling med andra arbetstagare ifråga om arbetsvillkor utgör en central aspekt i detta kapitel, bland annat vad gäller möjligheten att påverka sina arbetsvillkor.

I avsnitt 4.2 om den rättsliga ramen beskrivs de bestämmelser i utlänningslagen som har en mer direkt koppling till den pågående anställningen. Bland annat beskrivs här reglerna om permanent uppehållstillstånd och ställning som varaktigt bosatt då dessa bestämmelser är av vikt för den arbetstagare som haft en pågående anställning under en längre tid. AML och ATL behandlas översiktligt och därefter arbetsvillkorens reglering i kollektivavtal.

I avsnitt 4.3.2 om fackföreningarnas roll redovisas bland annat en undersökning gjord av Hotell- och Restaurangfacket som handlar om arbetskraftsinvandrarernas arbetsvillkor under pågående anställning samt en rapport från LO om fackliga verktyg för migranter. Därpå följer ett avsnitt om OECD:s rapport om arbetskraftsinvandring i Sverige. Kapitlet avslutas med avsnitt 4.5 om det skriftliga anställningserbjudandets rättsliga ställning, eftersom det har betydelse för huruvida man kan åberopa erbjudandet i en tvist om de faktiska arbetsvillkoren.

Angående den internationella regleringen så fastställer art. 23 i FN:s deklaration om de mänskliga rättigheterna bland annat att var och en har rätt till rättvisa och tillfredsställande arbetsförhållanden och en rättvis och tillfredsställande ersättning. ILO:s konvention nr 97 stadgar likabehandling gällande bland annat löner och social trygghet (avsnitt 2.2).

Vad gäller den EU-rättsliga regleringen för tredjelandsmedborgarens arbetsvillkor under pågående anställning så blir även här främst ramdirektivet om ett enda ansökningsförfarande och en gemensam uppsättning rättigheter samt blåkortsdirektivet aktuella (avsnitt 2.3.2 samt 2.3.3). Om förslaget till säsongsarbetardirektiv antas blir även det aktuellt för den pågående anställningen då direktivförslaget förutom inresa även behandlar säsongsarbetarnas vistelse i mottagarlandet (avsnitt 2.3.4). EU:s direktiv om varaktigt bosatta tredjelandsmedborgare (avsnitt 2.3.5) implementerades i Sverige genom införandet av kap. 5a UtIL. Samtliga direktiv behandlas i relevanta avsnitt nedan.

4.2 Den rättsliga ramen – arbetsvilkorens reglering

4.2.1 Utlänningslagen

Bestämmelserna om arbetstillstånd i utlänningslagen är främst hänförliga till arbetstillståndets beviljande och anställningens tillkomst, vilket endast indirekt berör arbetsvilkoren under den pågående anställningen. 6 kap. 2 § andra punkten till exempel, stadgar att arbetstillstånd får ges till en utlännings som erbjudits en anställning om lönen, försäkringsskyddet och övriga anställningsvillkor inte är sämre än de villkor som följer av svenska kollektivavtal eller praxis inom yrket eller branschen. Denna paragraf talar alltså om *beviljandet* av arbetstillstånd och vad den sökande blivit *erbjuden* och inte om de faktiska villkoren under pågående anställning.

6 kap. 2 a § tredje stycket kan dock sägas ha en mer direkt koppling till pågående anställning och arbetsvilkoren. Enligt detta stycke ska det tillfälliga arbetstillståndet knytas till viss arbetsgivare och avse visst slag av arbete. Detta ligger enligt regeringen i linje med att arbetstillstånd beviljas för att avhjälpa en enskild arbetsgivares arbetskraftsbrist och att det är mot en viss anställning som villkoren för tillståndet prövas. Paragrafen säkerställer att arbetskraftsbehovet verkligen tillgodoses hos den arbetsgivare som gjort särskilda ansträngningar för att rekrytera från tredjeländ. ¹⁰⁹ Utredningskommittén tar i sitt förslag upp nackdelen att den utländske arbetstagaren blir hänvisad till och beroende av en enda arbetsgivare:

Skulle inte samarbetet dem emellan fungera så att arbetstagaren vill sluta eller om arbetsgivaren säger upp den nyanställde, skulle kopplingen till arbetsgivaren innebära att arbetstagaren måste återvända hem. Detsamma skulle gälla om arbetsgivarens verksamhet upphörde. ¹¹⁰

I prop. 2007/08:147 tar även regeringen upp detta som en nackdel. För att motverka risken föreslås därför att en arbetstagare som blir arbetslös under sin tillståndsperiod ska kunna söka nytt arbete under 3 månader innan denne måste lämna landet, en bestämmelse som senare kom att införas (avsnitt 5.2). Regeringen anser att denna bestämmelse gör att ”den föreslagna kopplingen till ett visst slag av arbete och en viss arbetsgivare inte medför ett för starkt beroendeförhållande mellan arbetstagare och arbetsgivare”. ¹¹¹ I förarbetena nämns alltså omständigheten att arbetstagaren kan behöva återvända hem som en nackdel, men inget sägs uttryckligen om de eventuella följdverkningarna till detta – det vill säga att arbetstagarna i rädsla för att detta ska hända inte påtalar oriktiga arbetsvillkor och därför

¹⁰⁹ SOU 2006:87, s. 133 f. och prop. 2007/08:147, s. 30.

¹¹⁰ SOU 2006:87, s. 134.

¹¹¹ Prop. 2007/08:147, s. 31.

utsätts för exploatering. EU:s ramdirektiv innehåller varken bestämmelser om arbetstillståndets bundenhet till arbetsgivaren eller om hur lång tid arbetstagaren får gå arbetslös utan påföljder. Blåkortsdirektivets art. 13 punkt 1 stadgar dock att arbetslöshet i sig inte ska kunna ligga till grund för återkallande av ett EU-blåkort, om inte arbetslösheten överstiger tre månader i följd eller inträffar mer än en gång under blåkortets giltighetstid.

För de arbetstagare från tredjeland som arbetat och bott i Sverige i flera år gäller 5 kap. 5 § UtIL om uppehållstillstånd på grund av arbete eller försörjning på annat sätt, samt 5a kap. UtIL om tredjelandsmedborgares ställning som varaktigt bosatta i Sverige. Dessa bestämmelser får betydelse för arbetsvillkoren på så sätt att den nämnda rädslan att påtala oegentligheter blir mindre då följden att behöva lämna Sverige inte längre kvarstår.

Enligt den förstnämnda paragrafen *får* ett permanent uppehållstillstånd beviljas en utlänning som under de senaste fem åren har haft uppehållstillstånd för arbete under sammanlagt fyra år. Arbetstillstånd enligt 6 kap. 2 § får inte ges för längre sammanlagd tid än fyra år varför 5 kap. 5 § blir aktuell när dessa fyra år har gått. Bestämmelsen hindrar inte att permanent uppehållstillstånd beviljas tidigare än efter fyra år, exempelvis då det finns grund till det enligt reglerna för uppehållstillstånd för skyddsbehövande eller på grund av familjeanknytning.¹¹²

Inför reformen 2008 framhöll regeringen att en person som haft uppehållstillstånd för arbete i sammanlagt fyra år bör kunna beviljas permanent uppehållstillstånd, eftersom han eller hon genom arbetet har visat sig bidra till samhällsutvecklingen och fått en stark koppling till Sverige. Sammantaget bör detta enligt regeringen berättiga till ett permanent uppehållstillstånd om inte skäl enligt 5 kap. 17 § UtIL talar emot.¹¹³ 5 kap. 17 § stadgar bland annat att det vid prövningen om uppehållstillstånd särskilt ska beaktas om den sökande gjort sig skyldig till brottslighet. De fyra åren med uppehållstillstånd för arbete bör normalt vara sammanhängande men enligt förarbetena vore det orimligt om varje mindre avbrott skulle medföra att permanent uppehållstillstånd inte skulle kunna utfärdas. Det är mot denna bakgrund som uppehållstillstånd får beviljas för den som under de senaste *fem åren* haft uppehållstillstånd för arbete under sammanlagt fyra år. Om inte uppehållstillstånd beviljas ska utlänningen lämna landet.¹¹⁴ Eftersom den svenska arbetskraftsreformen infördes år 2008 vet vi inte förrän i slutet av år 2012 – då arbetskraftsinvandrarerna arbetat två plus två år och därmed har rätt att ansöka om permanent uppehållstillstånd – hur denna paragraf kommer att tillämpas i praktiken, om arbetskraftsinvandrarerna faktiskt beviljas permanenta arbetstillstånd.¹¹⁵

¹¹² Wikrén och Sandesjö 2010, s. 262.

¹¹³ Prop. 2007/08:147, s. 29 f.

¹¹⁴ Ibid.

¹¹⁵ Se även SvD, *Brännpunkt – Bäddat för godtycke för arbetskraftsinvandrare*, 2011-11-10.

5a kap. UtIL, innehåller de grundläggande bestämmelserna om tredjelandsmedborgares ställning som varaktigt bosatta i Sverige och kom till som en följd av införlivandet av Rådets direktiv 2003/109/EG av den 25 november 2003 om varaktigt bosatta tredjelandsmedborgare (avsnitt 2.3.5). I sammanhanget kan nämnas att ramdirektivet om ett enda ansökningsförfarande och en gemensam uppsättning rättigheter, enligt sin art. 3 punkt 1i, inte gäller för den som räknas som varaktigt bosatt. Detta med hänsyn till dennes mer privilegierade ställning och särskilda typ av uppehållstillstånd.

Ställning som varaktigt bosatt är en ny rättsfigur som innan 2005 års utlänningslag inte fanns i svensk rätt.¹¹⁶ Till denna ställning har knutits vissa rättigheter som liknar dem som unionsmedborgare har, bland annat har personen under vissa villkor rätt att bosätta sig i en annan medlemsstat. Rättsställningen ska enligt 5a kap. 1 § tilldelas en tredjelandsmedborgare som har vistats i Sverige utan avbrott under minst fem år och under denna tid har haft, och vid tiden för ansökan har; permanent uppehållstillstånd, ställning som varaktigt bosatt i en annan EU-stat och uppehållstillstånd i Sverige, eller uppehållstillstånd i Sverige som anhörig till en person med ställning som varaktigt bosatt i en annan EU-stat. Enligt artikel 3.1 i direktivet krävs, förutom att vistelsen i medlemsstaten ska vara laglig, att den är av varaktig natur. I direktivet och i den svenska UtIL undantas personer som endast beviljats tidsbegränsade uppehållstillstånd.¹¹⁷ I Sverige finns endast tidsbegränsade arbetstillstånd som dessutom kan gälla för högst fyra år, varför ställning som varaktigt bosatt inte kommer arbetskraftsinvandrarerna med arbetstillstånd till del. Först när arbetskraftsinvandrarerna erhållit permanent uppehållstillstånd enligt 5 kap. 5 § UtIL blir detta kapitel tillämpligt även för dessa arbetstagare.

5a kap. 2 § uppställer krav på egen försörjningsförmåga och enligt 3 § får en person som utgör hot mot allmän ordning och säkerhet enligt 3 § inte anses som varaktigt bosatt. 4 § undantar skyddsbehövande från bestämmelserna och i 5 § regleras återkallelse av ställningen som varaktigt bosatt. Enligt 7 § är Migrationsverket beslutande myndighet. Sedan direktivet införlivades i svensk rätt har även några fler bestämmelser i UtIL tillkommit eller ändrats. Bland annat har i 2 kap. 3 och 4 §§ ställning som varaktigt bosatt jämförts med uppehållstillstånd.¹¹⁸

4.2.2 Arbetsmiljölagen

EU:s kompetens på arbetsmiljöområdet regleras idag i artikel 153 FEUF. Rådets direktiv 89/391/EEG av den 12 juni 1989 om åtgärder för att främja förbättringar av arbetstagarnas säkerhet och hälsa i arbetet, utgör grunden till den europeiska lagstiftningen på arbetsmiljöområdet. Direktivet innehåller minimikrav för säkerhet och hälsa, men medlemsstaterna kan

¹¹⁶ Wikrén och Sandesjö 2010, s. 334.

¹¹⁷ Ibid, s. 335.

¹¹⁸ Se vidare Wikrén och Sandesjö 2010, s. 333 f.

behålla eller införa strängare bestämmelser.¹¹⁹ Förutom detta direktiv finns många olika särdirektiv som behandlar mer specifika delar av arbetsmiljön. Art. 12 punkt 1a i ramdirektivet om ett enda ansökningsförfarande och en gemensam uppsättning rättigheter föreskriver att arbetskraftsinvandrare ska behandlas lika som medborgarna i den medlemsstat där de vistas när det gäller hälsa och säkerhet på arbetsplatsen.

Den svenska arbetsmiljölagens (1977:1160) övergripande syfte är att trygga en god och säker arbetsmiljö. Lagen ska fungera som ett hjälpmedel dels när det gäller att förebygga riskerna för skador och ohälsa till följd av brister i miljön, dels när det gäller att skapa en god arbetsorganisation som ger de anställda möjlighet att utvecklas och att påverka sin egen arbetssituation. Målet är ”det goda arbetet”.¹²⁰ När det gäller arbetskraftsinvandrare som arbetstagare kan särskilda svårigheter för att trygga en god och säker arbetsmiljö uppstå, bland annat på grund av bristande språkkunskaper. Här blir arbetsmiljölagen särskilt viktig.

Lagens ändamål är enligt 1 kap. 1 § att förebygga ohälsa och olycksfall i arbetet samt att även i övrigt uppnå en god arbetsmiljö.¹²¹ 2 § stadgar att lagen gäller varje verksamhet i vilken arbetstagare utför arbete för en arbetsgivares räkning, vilket betyder att givetvis även arbetskraftsinvandrare omfattas. Lagens 2 kap. behandlar arbetsmiljöns beskaffenhet och förordnar bland annat att arbetsmiljön ska vara tillfredsställande med hänsyn till arbetets natur och den sociala och tekniska utvecklingen i samhället.¹²² 3 kap. behandlar allmänna skyldigheter och ska enligt 1 § tillämpas med beaktande av kraven på arbetsmiljöns beskaffenhet enligt 2 kap.¹²³ Enligt 3 kap. 2 § ska arbetsgivaren vidta alla åtgärder som behövs för att förebygga att arbetstagaren utsätts för ohälsa eller olycksfall.¹²⁴

4 kap. reglerar hur och när bemyndiganden får göras,¹²⁵ och 5 kap. handlar särskilt om minderåriga.¹²⁶ 6 kap. rör samverkan mellan arbetsgivare och arbetstagare och föreskriver bland annat regler om skyddsombud.¹²⁷ 7 kap. handlar om tillsyn och enligt 1 § är det Arbetsmiljöverket som utövar tillsynen över lagen och föreskrifter som meddelats med stöd av lagen. Enligt 7 kap. 7 § får Arbetsmiljöverket gentemot den som har skyddsansvar besluta om de förelägganden eller beslut som behövs för att lagen ska följas. 8 kap. innehåller påföljdsbestämmelser och stadgar bland annat att den som bryter mot förelägganden eller beslut kan dömas till böter eller fängelse i högst ett år. 9 kap. innehåller regler om överklagande. Överklagande av Arbetsmiljöverkets beslut görs hos allmän förvaltningsdomstol.

¹¹⁹ Arbetsmiljöverkets Rapport 2012:4, *Migration, arbetsmiljö, hälsa*, s. 35.

¹²⁰ Ericson och Gustafsson 2011, s. 15.

¹²¹ Se vidare prop. 1993/94:186, s. 24 f.

¹²² Se vidare prop. 1976/77:149, s. 220 ff.

¹²³ Se vidare prop. 1976/77:149, s. 250 ff.

¹²⁴ Se vidare prop. 2001/02:145.

¹²⁵ Se vidare prop. 1999/2000:141.

¹²⁶ Se vidare prop. 1976/77:149, s. 318 ff. och Arbetsmiljöverket AFS 1996:1, *Minderåriga* där vad som krävs rörande minderårigas arbete ytterligare utvecklas och preciseras.

¹²⁷ Se vidare prop. 1976/77:149, s. 329 ff.

4.2.3 Arbetstidslagen

Arbetstidslagen (1982:673) har sin grund i den äldre arbetstidslagen från år 1970 men innehåller några förändringar varav den viktigaste rör begreppet övertid. Arbetstidslagen innehåller numera även vissa EU-regler som har sin grund i Europaparlamentets och rådets direktiv 2003/88/EG av den 4 november 2003 om arbetstidens förläggning i vissa avseenden. EU-reglerna handlar främst om veckoarbetstid, dygnsvila och nattarbete.

Det finns farhågor att vissa arbetsgivare som anställer arbetstagare från tredjeland bland annat låter arbetstagarna jobba övertid utan ersättning. Ett exempel är arbetsgivare som i anställningserbjudandet anger att anställningen endast omfattar deltid, då det i själva verket rör sig om en heltidsanställning. Arbetstagaren får dock endast lön som om det vore en deltidsanställning, och utan övertidsersättning. Här blir arbetstidslagen betydelsefull. Enligt 1 § gäller arbetstidslagen varje verksamhet där arbetstagare utför arbete för en arbetsgivares räkning, bortsett från några inskränkningar i 2 §.¹²⁸ Detta betyder givetvis att även arbetskraftsinvandrare omfattas av lagen. Enligt 5 § får den ordinarie arbetstiden inte överstiga 40 timmar i veckan. Endast när det behövs med hänsyn till arbetets natur eller arbetsförhållandena i övrigt, får arbetstiden uppgå till högst 40 timmar i veckan i genomsnitt för en tid av högst fyra veckor. 7-9 §§ behandlar övertid och huvudregeln där är att övertid endast fås tas ut när det finns särskilt behov av ökad arbetstid.¹²⁹ 10 och 10a §§ behandlar mertid vid deltidsanställning.¹³⁰

Enligt 11 § ska arbetsgivaren föra anteckningar om jourtid, övertid och mertid. Enligt samma paragraf har arbetstagarna rätt att ta del av anteckningarna, en rätt som även tillkommer fackliga organisationer som företräder arbetstagare på arbetsstället. 12-18 §§ gäller arbetstidens förläggning. Exempelvis är huvudregeln enligt 13 § att alla arbetstagare ska ha minst elva timmars sammanhängande ledighet under varje period om 24 timmar – så kallad dygnsvila.¹³¹ 19 § föreskriver att Arbetsmiljöverket i vissa fall kan ge dispens från reglerna. Enligt 20 § är det Arbetsmiljöverket som ska ha tillsyn över att lagen och lagens föreskrifter följs. Enligt 21 § har Arbetsmiljöverket rätt att på begäran få de handlingar och upplysningar som behövs för att utföra tillsynen. Arbetsmiljöverket har även rätt att komma in på arbetsställena. Enligt 22 § får Arbetsmiljöverket meddela förelägganden och förbud som behövs för att lagen ska följas. 23-25 §§ innehåller straffbestämmelser. En arbetsgivare kan dömas till böter eller fängelse i högst ett år för att uppsåtligt eller av oaktsamhet ha brutit mot förbud eller förelägganden som meddelats med stöd av 22 §, eller till böter för att ha brutit mot någon av lagens andra paragrafer. Så kallad övertidsavgift behandlas i 26 och 27 §§. Överklagande behandlas i 29-32 §§. Arbetsmiljöverkets beslut överklagas hos allmän förvaltningsdomstol.

¹²⁸ Se vidare prop. 1981/82:154, s. 61 ff.

¹²⁹ Se vidare prop. 1981/82:154, s. 65 ff.

¹³⁰ Se vidare prop. 2010/11:89, s. 49 f.

¹³¹ Se vidare prop. 2003/04:180, s. 14 ff.

4.2.4 Kollektivavtal

Kollektivavtalet är det viktigaste instrumentet för reglering av lön och andra arbetsvillkor i Sverige och har en viktig roll i den svenska arbetsmarknadsmodellen. Kollektivavtalet träffas mellan en fackförening och en arbetsgivarorganisation eller en arbetsgivare. Ett kollektivavtal innehåller ofta bestämmelser om anställningsformer, löner och ersättningar, arbetstider, ledighet, uppsägningar och pensions- och olycksfallsförsäkringar med mera. År 2011 fanns det 665 registrerade avtal i Medlingsinstitutets databas, varav 647 avsåg privat sektor. Av de 151 avtalen för privat sektor som undertecknades år 2011 innehåller två tredjedelar bestämmelser om minimi-/lägstalöner eller har tarifflöner. Ålder, kompetenskrav, yrkeserfarenhet och anställningstid är exempel på faktorer som lägstalönerna kan vara bestämda utifrån. Det förekommer även att lägstalönerna är bestämda utifrån kombinationer av dessa faktorer.¹³²

Enligt 23 § medbestämmandelagen (MBL) ska kollektivavtalet vara skriftligt och röra anställningsvillkor för arbetstagare eller förhållandet i övrigt mellan arbetsgivare och arbetstagare. Kollektivavtalet binder avtalsparterna som består av arbetsgivar- och arbetstagarorganisation, men enligt 26 § MBL binder det även inom sitt tillämpningsområde medlem i organisationen. Att arbetsgivare och arbetstagare är bundna av kollektivavtalet innebär att dessa vid domstol direkt kan åberopa kollektivavtalets innehåll och göra gällande de sanktioner som följer av kollektivavtalsbrott, främst allmänt skadestånd.¹³³ Enligt 27 § MBL kan arbetsgivare och arbetstagare som är bundna av kollektivavtal ej med giltig verkan träffa överenskommelse som strider mot avtalet.

Omkring 90 procent av löntagarna i Sverige omfattas av kollektivavtal, och detta trots att Sverige saknar lagstiftning om allmängiltigförklaring av kollektivavtal. Kollektivavtalens täckningsgrad har länge varit stabil, men en mindre nedgång kan anas efter år 2005.¹³⁴ Migrationsverket anger att av de som beviljades arbetstillstånd år 2011 uppgav 65 % i sin ansökan att de omfattas av kollektivavtal.¹³⁵ En viktig anledning till kollektivavtalens höga täckningsgrad är att arbetstagare och arbetsgivare i stor utsträckning är fackligt organiserade. Den fackliga organisationsgraden i Sverige har visserligen minskat sedan mitten på 1990-talet, men är fortfarande en av de högsta i världen med sina 71 %. Om man delar upp statistiken på olika branscher och socioekonomiska grupper får man en delad bild där organisationsgraden inom vissa grupper minskar och inom andra grupper är oförändrad eller till och med ökar. Till exempel så minskade antalet fackanslutna bland arbetarna i den privata tjänstesektorn med 11 procent (från 66 till 55 %) för perioden 2006-2011 men endast med 2 procent (från 65 till 63 %) för tjänstemännen i samma sektor.¹³⁶

¹³² Medlingsinstitutets årsrapport, *Avtalsrörelsen och lönebildningen 2011*, s. 148.

¹³³ Källström och Malmberg 2009, s. 169.

¹³⁴ Medlingsinstitutets årsrapport, *Avtalsrörelsen och lönebildningen 2011*, s. 33 f.

¹³⁵ Enligt uppgift från Rita Ylikivelä, Migrationsverkets statistikfunktion.

¹³⁶ Medlingsinstitutets årsrapport, *Avtalsrörelsen och lönebildningen 2011*, s. 37.

Arbetarna inom hotell- och restaurangbranschen står för den allra största minskningen, med 52 procent fackanslutna 2006 till 36 procent 2010 och 33 procent preliminärt 2011.¹³⁷ Av de personer som blev beviljade arbetstillstånd i Sverige år 2011 tillhör en stor andel hotell och restaurangbranschen. Utlandsfödda och arbetskraftsinvandrare är överlag överrepresenterade i branscher och yrken där organisationsgraden genomgående är låg och sjunkit mycket vilket också gör att man kan anta att även kollektivavtalens täckningsgrad blir lägre än för övriga arbetstagare.¹³⁸

26 § MBL är inte tillämplig på utanförstående arbetstagare, men detta betyder inte att kollektivavtal helt saknar betydelse för dessa arbetstagares arbets- och anställningsvillkor. Även om något personligt avtal att tillämpa kollektivavtal inte har träffats mellan arbetsgivaren och den utanförstående arbetstagaren utgår man i rättspraxis från att anställningsavtalet hämtar sitt innehåll från vid varje tidpunkt gällande kollektivavtal. Detta gäller om inte annat har avtalats mellan arbetsgivaren och arbetstagaren,¹³⁹ och kallas för kollektivavtalets utfyllande verkan.

Utgångspunkten är att den utanförstående arbetstagaren har rätt till de löneförmåner och anställningsvillkor som finns i kollektivavtalet, men också en skyldighet att följa avtalets förpliktelser.¹⁴⁰ Enligt rättspraxis är kollektivavtalets utfyllande verkan för oorganiserade arbetstagare begränsad till ”de normer som kan härledas ur kollektivavtalet såsom tillämpliga för hela den grupp arbetstagare som den oorganiserade tillhör”, vilket innebär att endast normer av generell karaktär omfattas.¹⁴¹

Hos arbetsgivare som inte är bundna av något kollektivavtal alls är utgångspunkten att parterna har frihet att utforma anställningsvillkoren inom de ramar som följer av tvingande rättsregler i övrigt, oavsett om arbetstagaren är organiserad eller inte.¹⁴² Detta får betydelse för arbetsvillkoren för alla de arbetskraftsinvandrare som inte omfattas av kollektivavtal.

¹³⁷ Ibid.

¹³⁸ Migrationsverket, *Beviljade arbetstillstånd helåret 2011*, <http://www.migrationsverket.se/download/18.46b604a812cbcd7dba800027742/Beviljade+arbetsstillstand+2011+-+Work+permits+granted+2011.pdf>.

¹³⁹ AD 2006 nr 76.

¹⁴⁰ AD 1977 nr 62 och AD 1990 nr 33.

¹⁴¹ Källström och Malmberg 2009, s. 181 f. och AD 1984 nr 79.

¹⁴² Källström och Malmberg 2009, s. 183.

4.3 Kontroll av arbetsvillkor

4.3.1 Arbetsmiljöverket

Enligt 7 kap. 1 § arbetsmiljölagen och 20 § arbetstidslagen är det Arbetsmiljöverket som ska utföra tillsynen över dessa lagar, och de föreskrifter som meddelats med stöd av dessa lagar. Migrationsminister Tobias Billström har i inlägg om arbetskraftsinvandrarernas arbetsvillkor poängterat att det bortsett från arbetsmarknadens parter är Arbetsmiljöverket som har ansvaret för att arbetsmiljölagen och arbetstidslagen följs.¹⁴³

Susanna Nordegran, jurist på Arbetsmiljöverket, säger angående den svenska regleringen av arbetskraftsinvandring att de ställer sig positiva till att människor kommer hit och arbetar men att det samtidigt leder till nya utmaningar. Arbetsmiljöverket märker att migrationsfrågor som företeelse ökar allt mer och att antalet arbetskraftsinvandrare ökar. Arbetsmiljöverkets arbete sträcker sig från hantering av det som upptäcks vid inspektion till mer strategiska frågor. För att öka riskmedvetenheten hos utländska arbetstagare har Arbetsmiljöverket sedan år 2009 satsat särskilt på sitt informationsarbete. I februari 2012 publicerade även Arbetsmiljöverket en kunskapsöversikt om migration, arbetsmiljö och hälsa, Rapport 2012:4.

Tillsynen som Arbetsmiljöverket utövar utförs genom inspektioner på arbetsplatser. Enligt lag har inspektörerna rätt att komma oanmälda men vanligen anmäls besöket i förväg över telefon eller brev. Tillvägagångssättet och antalet inspektörer skiftar beroende på bransch, organisationens storlek och andra omständigheter. Normalt deltar skyddsombud eller en personalföreträdare vid inspektionen. I samband med inspektionen redogör inspektören muntligt för hur han eller hon uppfattat arbetsmiljön och de eventuella brister som observerats. Om några brister upptäcks meddelas dessa också skriftligt i ett så kallat inspektionsmeddelande.¹⁴⁴ I meddelandet uppmanas arbetsgivaren redogöra för hur de beskrivna bristerna i arbetsmiljön ska åtgärdas samt redovisa hur kraven uppfyllts till Arbetsmiljöverket. Detta ska göras inom en viss tidsram. Inspektionsmeddelandet är inget formellt beslut, utan skall ses som en uppmaning till arbetsgivaren att vidta de åtgärder som Arbetsmiljöverket kräver utifrån arbetsmiljölagstiftningen, varför inspektionsmeddelandet inte heller kan överklagas.¹⁴⁵ Om arbetsgivaren inte följer de krav som står i inspektionsmeddelandet, kan Arbetsmiljöverket meddela föreläggande eller förbud, som kan förenas med vite.

Arbetsmiljöverkets tillsyn gäller allt arbete i Sverige varför det enligt Nordgren inte görs någon skillnad på hanteringen av tillsynsärenden där det

¹⁴³ Se bland annat Svar på skriftlig fråga 2011/12:17, *Social dumpning*.

¹⁴⁴ Arbetsmiljöverket, *Hur går en inspektion till?*, www.av.se/inspektion/stegforsteg/, 2012-03-04.

¹⁴⁵ Arbetsmiljöverket, *Inspektionsmeddelande*, www.av.se/inspektion/stegforsteg/inspektionsmeddelande.aspx, 2012-03-04.

handlar om arbetstagare med tillfälliga arbetstillstånd jämfört med övriga ärenden. Arbetsmiljöverket har inte heller tillgång till underlag som ger information om arbetstillstånd, men mot bakgrund av verkets uppdrag – att utöva tillsyn av arbetstids- och arbetsmiljöreglerna – menar Nordegran att det också saknas förutsättning att efterfråga sådan information. I vissa fall har dock Arbetsmiljöverket genomfört inspektioner med andra myndigheter såsom Socialstyrelsen och Polisen.¹⁴⁶

Arbetsmiljöverket för ingen statistisk överblick över hur många ärenden som rör arbetstagare från tredjeländer med tillfälliga arbetstillstånd och inte heller över hur många som rör utländska arbetstagare generellt.¹⁴⁷

4.3.2 Fackföreningen

Den svenska modellen innebär att riksdag och regering har överlämnat åt arbetsmarknadens parter att i kollektivavtal reglera villkor och löner. Övervakningen av efterlevnaden av lönevillkor och övriga arbetsvillkor utövas av fackföreningarna, något som även Tobias Billström betonat vid diskussioner om arbetskraftsinvandrarernas arbetsvillkor.¹⁴⁸ Utöver Arbetsmiljöverket är det idag endast fackföreningen som kan utföra någon slags kontroll av arbetskraftsinvandrarernas arbetsvillkor efter det att anställningen påbörjats. Samuel Engblom, jurist TCO, uttrycker i en promemoria om de svenska reglerna för arbetskraftsinvandring att arbetsmarknadens parter visserligen har en viktig roll att spela när det gäller arbetskraftsinvandrarernas arbetsvillkor, men att reglerna samtidigt är av offentligrättslig karaktär. Att arbetskraftsinvandrarerna får lön, försäkringar och villkor i höjd med kollektivavtalen är inte bara en fråga mellan arbetsgivaren och den anställde utan även en förutsättning för arbetstillstånd. Det ligger enligt Engblom därmed i statens intresse att kontrollera att denna förutsättning inte bara uppfylls på pappret utan även i verkligheten, något som inte skulle innebära något avsteg från den svenska modellen.¹⁴⁹

7 § MBL föreskriver att föreningsrätt innebär en rätt för arbetsgivare och arbetstagare att tillhöra arbetsgivar- eller arbetstagarorganisation, att utnyttja medlemskapet och att verka för organisationen eller för att sådan bildas. Enligt 8 § MBL ska föreningsrätten lämnas okränkta. Enligt ramdirektivet art. 12 punkt 1b, blåkortsdirektivet art. 14 punkt 1b och förslag till säsongarbetardirektiv art. 16 punkt 2a gäller likabehandling med medborgarna i värdmedlemsstaten ifråga om föreningsfrihet och frihet att tillhöra en arbetstagar- eller arbetsgivarorganisation, inklusive de förmåner som sådana organisationer tillhandahåller, utan att det påverkar

¹⁴⁶ Enligt samtal med Susanna Nordegran, Arbetsmiljöverkets juridiska enhet, 2012-02-23.

¹⁴⁷ Enligt samtal med Susanna Nordegran, Arbetsmiljöverkets juridiska enhet, 2012-02-23.

¹⁴⁸ Se bland annat SVT:s Agenda, 2011-11-06 och Svar på skriftlig fråga 2011/12:17, *Social dumpning*.

¹⁴⁹ TCO, *Så kan reglerna för arbetskraftsinvandring vårdas och förbättras*, 2010, s. 10 samt dess uppföljare *Bättre kontroll för bibehållen öppenhet – Så kan reglerna för arbetskraftsinvandring förbättras*, 2012, s. 18.

tillämpningen av nationella bestämmelser om allmän ordning och säkerhet.¹⁵⁰ Som nämnts tidigare finns en rätt att bilda och ansluta sig till fackföreningar även fastställd i FN:s deklaration om de mänskliga rättigheterna, FN:s migrantarbetarkonvention och i ILO:s konvention nr 97.

Förhandlingsrätten och vad som sammanhänger därmed behandlas i flera olika avsnitt av medbestämmandelagen. I 10-17 §§ ges de grundläggande bestämmelserna. Enligt 10 § MBL första stycket regleras vad som kallas för allmän förhandlingsrätt. Enligt denna paragraf har arbetstagarorganisation rätt till förhandling med arbetsgivare i fråga rörande förhållandet mellan arbetsgivaren och sådan medlem i organisationen som är eller har varit arbetstagarare hos arbetsgivaren. Arbetsgivaren har motsvarande rätt att förhandla med arbetstagarorganisation. Enligt 11 § MBL ska en arbetsgivare på eget initiativ förhandla med arbetstagarorganisation i förhållande till vilken han är bunden av kollektivavtal. Detsamma ska iakttas innan arbetsgivaren beslutar om viktigare förändring av arbets- eller anställningsvillkoren för arbetstagarare som tillhör organisationen. Enligt 12 § MBL ska arbetsgivaren även, när arbetstagarorganisation som avses i 11 § påkallar det, förhandla med organisationen innan han fattar eller verkställer beslut som rör medlem i organisationen.¹⁵¹

Reglerna om rätt till information och insyn inleds i medbestämmandelagen med 18 § som stadgar en editionsplikt av handling som åberopas vid en förhandling. Skyldigheten att hålla skriftlig handling tillgänglig för motparten gäller till förmån för var och en som har allmän förhandlingsrätt enligt 10 § MBL och således även till förmån för organisation som inte är kollektivavtalsbärande. 19 § MBL är en mera vittsyftande paragraf som säger att arbetsgivare fortlöpande ska hålla arbetstagarorganisation i förhållande till vilken han är bunden av kollektivavtal underrättad om hur hans verksamhet utvecklas produktionsmässigt och ekonomiskt liksom om riktlinjerna för personalpolitiken. Arbetsgivaren ska dessutom bereda arbetstagarorganisationen tillfälle att granska böcker, räkenskaper och andra handlingar, som rör arbetsgivarens verksamhet, i den omfattning som organisationen behöver för att tillvarata medlemmarnas gemensamma intressen i förhållande till arbetsgivaren. Trots att syftet enligt 19 § är att tillvarata arbetstagararnas intresse får informationsrätten inte användas som underlag för ställningstaganden i avtals- och tvisteförhandlingar. AD menar att detta är nödvändigt eftersom motsvarande rätt inte tillkommer arbetsgivaren och icke-kollektivavtalsbundna organisationer.¹⁵²

Historiskt sett har ett problem för fackföreningarnas arbete varit att många av arbetskraftsinvandrarerna inte varit anslutna, och att arbetsgivarna inte tecknat kollektivavtal (avsnitt 2.1). Vissa siffror tyder på att dessa problem finns även idag, då andelen utlandsfödda arbetare som är anslutna till en fackförening har minskat kraftigt de senaste åren. Utlandsfödda är även överrepresenterade i branscher och yrken där organisationsgraden

¹⁵⁰ Se även Herzfeld Olsson 2003, *Facklig föreningsfrihet som mänsklig rättighet*.

¹⁵¹ Schmidt 2008, s. 141 ff.

¹⁵² Ibid, s. 171 samt AD 1989 nr 166 och 1992 nr 16.

genomgående är låg och sjunkit mycket, exempelvis i hotell- och restaurangbranschen och i den privata tjänstesektorn.¹⁵³ Av de som beviljades arbetstillstånd år 2011 uppger Migrationsverket att 65 % i sin ansökan angav att de omfattades av kollektivavtal.¹⁵⁴ (För täckningsgrad och organisationsgrad, se även avsnitt 4.2.4) Enligt 13 § andra stycket MBL är en arbetsgivare som inte är bunden av något kollektivavtal alls, endast skyldig att förhandla enligt 11 § med alla berörda arbetstagarorganisationer i frågor om uppsägning på grund av arbetsbrist eller övergång av verksamhet. AD har även angående rätten till information enligt 19 § sagt att den inte innebär en skyldighet för arbetsgivaren att lämna ut uppgifter om lön med mera avseende oorganiserade arbetstagare.¹⁵⁵

En fackförening som har engagerat sig särskilt i frågan om arbetskraftsinvandrare och deras arbetsvillkor är Hotell- och restaurangfacket. De har bland annat under tre månader 2011 bedrivit ett projekt kallat "Migrationsprojektet". Projektets syfte var att undersöka hur kollektivavtalen följs på arbetsplatser där man valt att anställa arbetskraft från tredjeländer i enlighet med den lagändring som skedde år 2008 och i samband med detta tecknat kollektivavtal. Målet för projektgruppen var att se till att arbetskraftsinvandarna som arbetar på arbetsplatser med kollektivavtal också åtnjuter villkor enligt dessa avtal vilket i förlängningen innebär att osund konkurrens förhindras och att allas anställningar tryggas.

Projektgruppen besökte 54 arbetsplatser i syfte att samla in information och att vid "felaktigheter" kalla arbetsgivaren till förhandling. Av totalt 54 arbetsplatsbesök gick 33 ärenden vidare till förhandling. I rapporten påpekas dock att av de 21 avskrivna ärendena var det "få som var felfria". Felaktigheterna var dock så pass få eller av mindre allvarlig art, att dessa kunnat rättas till vid första kontakten. Felaktiga löner samt ofullständiga lönespecifikationer och anställningsbevis är de vanligaste lag-/avtalsbrotten – i hela 26 respektive 22 fall förekom detta. Felaktig semesterersättning förekom i 11 fall och felaktig arbetstid i 5 fall. Majoriteten av ärendena slutade efter förhandlingar i enighet parterna emellan. Några få gick vidare för central förhandling. De skadestånd som Hotell- och Restaurangfacket förhandlade fram bestod av allmänt eller ekonomiskt skadestånd till förbundet. Inte ett enda skadestånd tillföll en medlem, detta enligt rapporten på grund av att medlemmar med arbetstillstånd har en rädsla för att förlora sitt arbetstillstånd.¹⁵⁶

LO:s rapport "Fackliga verktyg för migranter" från år 2008 är resultatet av det arbete som en förbundsgemensam arbetsgrupp genomförde på uppdrag av LO:s styrelse. Uppdraget var att forma en struktur för samverkan på olika nivåer i arbetet med information och stöd kring den ökade migrationen samt att överväga på vilket sätt stödet till migrerande arbetskraft kan genomföras

¹⁵³ Medlingsinstitutets årsrapport, *Avtalsrörelsen och lönebildningen 2011*, s. 37 f. och LO-tidningen, *Invandrare lämnar fack och a-kassa*, 2011-03-11.

¹⁵⁴ Enligt uppgift från Rita Ylikivelä, Migrationsverkets statistikfunktion.

¹⁵⁵ AD 1989:94 och AD 1995:73.

¹⁵⁶ Hotell- och Restaurangfacket, *Slutrapport Migrationsprojektet*, 2011.

organisatoriskt. I syfte att minska problem med exploatering av illegal anställning i samband med arbetskraftens rörlighet, sägs i rapporten att fackföreningarna måste bli bättre på att både sprida information om det svenska systemet samt att hitta former för att biträda migranter som tillfälligt arbetar i Sverige. För att uppnå detta föreslås bland annat att fackföreningarna måste vara mer ”ute på fältet” och genom kontroll av företag upptäcka fall där oseriösa arbetsgivare utnyttjar migranternas utsatta position.¹⁵⁷ I rapporten påtalas att ett bekymmer vid arbetsplatsbesök tycks vara att arbetstagare på grund av direkta eller indirekta hot tvekar att hålla en dialog med fackföreningarna. Som lösning på detta föreslås möjlighet till anonym och/eller senare kontakt med den lokala fackföreningen vilket erbjuds i ett kortfattat informationsmaterial som delas ut vid arbetsplatsbesöken.¹⁵⁸ I rapporten betonas även vikten av information i ett tidigt skede, via exempelvis svenska ambassader och konsulat samt Migrationsverket. Under hösten 2003 och våren 2004 pågick LO:s projekt ”Ordning och reda på arbetsmarknaden” där en rad krav formulerades till riksdag och regering. Ett av kraven var att stärka fackföreningarnas rätt att övervaka arbetsvillkoren genom en skyldighet för arbetsgivaren att lämna uppgifter så att den fackliga organisationen kan bevaka att arbetsgivarna följer och tillämpar gällande kollektivavtal. I rapporten om fackliga verktyg för migranter anges dock att inte mycket har hänt i denna fråga.¹⁵⁹

I september 2010 gjorde TCO en första avstämning med TCO-förbunden om hur de ansåg att det nya regelverket från år 2008 har fungerat. Bilden var då tämligen positiv och det rapporterades till och med att ansökningar om arbetstillstånd flera gånger fungerat som en ingång till att få företag att teckna kollektivavtal, då det var det enklaste sättet att uppfylla kraven för att få rekrytera arbetskraft från länder utanför EU/EES. När en andra avstämning gjordes i november 2011 var dock tongångarna mer negativa där den allmänna bilden var att antalet fall av misstänkt missbruk och misstänkta skenavtal ökat.¹⁶⁰

Efter upprepade avslöjanden om missförhållanden har det, främst från LO och dess förbund, rests krav på att arbetsmarknadsprövningen bör återinföras då de menar att en sådan prövning behövs för att säkerställa att arbetsmarknadens parter ges inflytande.¹⁶¹ TCO håller dock inte med och menar att ett återinförande av arbetsmarknadsprövningen inte vore något effektivt sätt att förbättra de utsattas situation. TCO menar också att återinförd arbetsmarknadsprövning skulle innebära problem för seriösa arbetsgivare som vill rekrytera samt att det finns en risk att

¹⁵⁷ LO, *Fackliga verktyg för migranter. En förbundsgemensam rapport från LO*, 2008, s. 3.

¹⁵⁸ *Ibid*, s. 13.

¹⁵⁹ *Ibid*, s. 9 f. Se även SOU 2005:89 *Bevakning av kollektivavtals efterlevnad: en utredning om möjligheterna för kollektivavtalsbärande fackliga organisationer att bedriva en effektiv bevakning av efterlevnaden av tecknade kollektivavtal, även i de fall organisationen saknar medlemmar på en arbetsplats.*

¹⁶⁰ TCO, *Bättre kontroll för bibehållen öppenhet – Så kan reglerna för arbetskraftsinvandring förbättras*, 2012, s. 9.

¹⁶¹ Se bland annat SvD, *Vidrigt utnyttjande måste stoppas*, 2011-07-17 samt SvD, *Stoppa rovdriften på arbetskraft*, 2010-11-21.

arbetskraftsinvandringen kanaliseras åt irreguljär migration. TCO menar också att något fackligt veto i formell mening aldrig funnits utan att det alltid ytterst varit Migrationsverkets roll att besluta om arbetstillstånd.¹⁶²

4.4 OECD granskar det svenska systemet

OECD står för Organisation for Economic Co-operation and Development, och är en internationell samarbetsorganisation vars uppdrag är att främja en politik som förbättrar den ekonomiska och sociala välfärden för människor runt om i världen. OECD utgör ett forum där regeringarna i de 34 medlemsstaterna kan utbyta erfarenheter och söka lösningar på gemensamma problem. Bland OECD:s förehavanden ingår skrivande av rapporter och framställande av förslag på strategier och handlingsprogram.¹⁶³

I december 2011 publicerade OECD en rapport vid namn ”Recruiting immigrant workers: Sweden 2011”. Rapporten är en del av OECD:s serie med landrapporter om arbetskraftsinvandring. Sverige var det första landet att undergå OECD:s granskning, och kommer att följas av Tyskland.¹⁶⁴ Redan innan den slutgiltiga versionen publicerades i december refererade svenska medier till utkastet av rapporten där OECD påpekade behovet av vissa förbättringar av det svenska systemet.¹⁶⁵

I rapporten sägs att Sveriges nya efterfrågestyrda system för arbetskraftsinvandring är det mest öppna systemet i hela OECD och att det i stort verkar för att effektivt möta arbetsmarknadens behov utan negativa effekter. Enligt rapporten bör det dock poängteras att reformen infördes under en lågkonjunktur och att potentiella arbetskraftsinvandrare och arbetsgivare med tiden kanske lär sig mer om systemets svaga punkter varför en noggrann övervakning efter lågkonjunkturen rekommenderas.¹⁶⁶ OECD noterar även att endast omkring hälften av rekryteringarna gäller yrken på listan över bristyrken (som Arbetsförmedlingen i enlighet med UtIF har att upprätta varje år) vilket borde vara en källa till oro då det ”inte finns någon uppenbar anledning a priori” till varför detta sker. Arbetskraftsinvandrare arbetar i företag med högre löner, men detta gäller i mindre utsträckning efter reformen. Förhållandena i små företag och företag med oorganiserad arbetskraft bör därför enligt OECD undersökas närmare,

¹⁶² TCO, *Så kan reglerna för arbetskraftsinvandring vårdas och förbättras*, 2010, s. 9.

¹⁶³ OECD, *About the Organisation for Economic Co-operation and Development*, www.oecd.org/pages/0,3417,en_36734052_36734103_1_1_1_1_1,00.html, 2012-02-28.

¹⁶⁴ OECD, *Swedish labour migration reform working well but needs more monitoring, says OECD*, http://www.oecd.org/document/36/0,3746,en_21571361_44315115_49267172_1_1_1_1,00.html, 2011-12-19.

¹⁶⁵ Se bland annat SvD och DN, *Dålig koll på arbetsvillkor*, 2011-11-06.

¹⁶⁶ OECD, *Recruiting immigrant workers*, december 2011, s. 17, s. 67 f. och s. 103.

särskilt för att se om dessa företag oftare rekryterar inom yrken som inte har brist på arbetskraft.¹⁶⁷

I rapporten betonas att fackföreningarna har en viktig uppgift i att kontrollera löner och anställningsvillkor men att det kan vara en svaghet i systemet att det inte förekommer någon uppföljning av erbjudna löner och villkor i företag med begränsad facklig närvaro. Därför bör det övervägas om systemet ska innehålla en bestämmelse om att ett undertecknat anställningsavtal ska lämnas till Migrationsverket som bekräftelse och meddelande om eventuell omförhandling av avtalet under den första tillståndsperioden. Större fokus bör enligt rapporten läggas på arbetstagarnas egenskaper och på de anställningsvillkor de får då detta skulle förbättra kunskapen om deras potentiella bidrag till tillväxten.¹⁶⁸

I rapporten ges en rekommendationslista på konkreta åtgärder som Sverige bör vidta. En rekommendation i listan är att förstärka mekanismerna som säkerställer att arbetsgivare följer reglerna. För att uppnå detta rekommenderas således att Migrationsverket under de första två åren bör få information om eventuella förändringar av den lön och de villkor som anges i anställningserbjudandet. Kontrollen efter ankomst bör även förbättras för att kontrollera att anställningserbjudandet respekteras genom bland annat lönespecifikationer eller inkomstskattedeclarationer. Antalet ansökningar som avser arbetsplatser som inte omfattas av kollektivavtal eller är fackligt organiserade bör bevakas.¹⁶⁹

4.5 Anställningserbjudandet – ett bindande avtal?

Anställningserbjudandets rättsliga ställning har betydelse vid tvister om anställningsvillkoren, exempelvis angående lönen. Blanketten ”Anställningserbjudande” ska vid en arbetstillståndsansökan lämnas in till Migrationsverket. Den ifyllda blanketten ska bland annat innehålla uppgifter om lön och arbetets omfattning samt huruvida försäkringar är tecknade. Det ska också noteras huruvida den sökande omfattas av kollektivavtal och i så fall vilket fackförbund som tecknat detta.

Det saknas arbetsrättslig lagstiftning om hur anställningsavtal ska ingås varför man får vända sig till vanliga avtalsrättsliga regler, det vill säga främst avtalslagens första kapitel. Det finns således inte heller några formkrav vid ingående av anställningsavtal.¹⁷⁰ Det är dock vanligt att kollektivavtal innehåller en föreskrift om att anställningsavtal ska bekräftas skriftligen, men dessa är endast att betrakta som ordningsföreskrifter och inte som ett villkor för att anställning ska anses ha kommit tillstånd.¹⁷¹

¹⁶⁷ Ibid, s. 19 f. och s. 106 ff.

¹⁶⁸ OECD, *Recruiting immigrant workers*, december 2011, s. 20 f. och s. 126 ff.

¹⁶⁹ Ibid, s. 22.

¹⁷⁰ Källström och Malmberg 2009, s. 109 samt Eklund 1996, s. 119 f.

¹⁷¹ Ibid och AD 1964 nr 25.

I sammanhanget kan 6c § anställningsskyddslagen nämnas som stadgar att arbetsgivaren senast en månad efter det att arbetstagaren har börjat arbeta, ska lämna skriftlig information till arbetstagaren om alla villkor som är av väsentlig betydelse för anställningsavtalet eller anställningsförhållandet. Bestämmelsen kom till som ett led av den svenska implementeringen av Rådets direktiv (91/533/EEG) av den 14 oktober 1991 om arbetsgivares skyldighet att upplysa arbetstagarna om de regler som är tillämpliga på anställningsavtalet eller anställningsförhållandet, det så kallade upplysningsdirektivet/ Cinderelladirektivet. Ett anställningsförhållande kan uppstå på tre olika sätt: genom samstämmiga viljeförklaringar enligt avtalslagens modell för anbud och accept, genom en konkludent handling, eller genom ett vårdslöst handlande av arbetsgivaren i en anställningssituation. Vårdslöst handlande av arbetsgivaren kan uppkomma då arbetsgivaren efter omfattande kontakter med den arbetssökande underlåtit att klargöra för denne att anställning ännu inte kommit till stånd.¹⁷² Ett flertal domar från Arbetsdomstolen fastslår att det i princip ankommer på den som påstår att ett anställningsavtal har ingåtts att bevisa detta.¹⁷³

AD 2007 nr 1 handlar om två säsonganställda arbetstagare från Polen som för en arbetsgivares räkning utförde bärplockning under somrarna år 2001-2003. Arbetsgivaren var under perioden inte ansluten till något kollektivavtal. Frågan i målet var huruvida lön skulle utgå enligt kollektivavtal. Ostridigt i målet är att blanketter med beteckning ”Anställningserbjudande” har undertecknats av arbetsgivaren. Parterna argumenterade i Arbetsdomstolen utförligt i frågan om vilken betydelse för anställningsavtalens innebörd som bör tillmätas dessa ifyllda blanketter. Arbetserbjudandena lämnades till de båda arbetstagarna i samband med att parterna år 2003 kom överens om arbete under den kommande sommarsäsongen.

Enligt Arbetsdomstolens mening stod det klart att handlingarna i sig inte kan betraktas som avtal mellan arbetsgivaren och arbetstagarna. Emellertid sa domstolen att blanketten var ifylld och utformad på ett sådant sätt att arbetstagarna i detta fall, när de tog emot blanketten i samband med det muntliga erbjudandet om arbete, hade anledning att utgå ifrån att vad som angavs i blanketten skulle gälla för arbetet. Om det var arbetsgivarens avsikt att något annat än det som framgår av arbetserbjudandena skulle gälla, får det enligt domstolen anses ha ålegat honom att klargöra detta i samband med ingåendet av anställningarna. Arbetsdomstolen kom fram till slutsatsen att det som angetts i de skriftliga anställningserbjudandena ingått som ett led i anställningsavtalen mellan parterna och bör bilda utgångspunkten vid bestämmande av innehållet i dessa avtal.

¹⁷² Källström och Malmberg 2009, s. 109.

¹⁷³ Lunning och Toijer 2010, s. 158 samt AD 1977 nr 203, AD 1984 nr 8, AD 1986 nr 24 och AD 1988 nr 56.

Från flera håll, särskilt från fackligt håll, har det argumenterats för att anställningserbudet bör få en starkare rättslig ställning. Detta för att förhindra att arbetsgivaren lovar en sak i tillståndsprocessen för att sedan inte uppfylla detta i det faktiska anställningsavtalet.¹⁷⁴ Värt att lägga märke till är att både blåkortsdirektivet art. 5 punkt 1a och förslaget till säsongarbetardirektiv art. 5 punkt 1a fastställer att den sökande ska visa upp ett giltigt anställningskontrakt eller, i enlighet med nationell lagstiftning, ett bindande anställningserbudande. Enligt säsongarbetardirektivets artikel stadgas uttryckligen att detta anställningskontrakt eller bindande anställningserbudande ska innehålla uppgifter om ersättningsnivån och antalet arbetstimmar per vecka eller månad, samt, i tillämpliga fall, andra relevanta arbetsvillkor. Ramdirektivet innehåller inte någon bestämmelse om giltigt anställningsavtal eller bindande anställningserbudande.

¹⁷⁴ Se bland annat TCO, *Så kan reglerna för arbetskraftsinvandring vårdas och förbättras*, 2010 och dess uppföljare *Bättre kontroll för bibehållen öppenhet – Så kan reglerna för arbetskraftsinvandring förbättras*, 2012 samt Lundby Wedin i SVT:s Agenda 2011-11-06. Jmfr även Inghammar 2010.

5 Anställningens upphörande

5.1 Inledning

Detta kapitel behandlar arbetsvillkoren under det sista stadiet av anställningsförhållandet mellan tredjelandsmedborgaren och den svenska arbetsgivaren – anställningens upphörande. Kapitlet rör den del av anställningen där kopplingen till arbetsvillkoren vid en första anblick kan te sig minst tydlig. Trots detta finns det en koppling. Själva hotet om att få sitt arbetstillstånd återkallat och behöva lämna Sverige är en bidragande orsak till att exploatering förekommer. Arbetstagarna vågar inte ta kontakt med fackföreningar eller på annat sätt påtala att de har arbetsvillkor som inte överensstämmer med vad de blivit lovade, eftersom en eventuell konflikt med arbetsgivaren kan leda till uppsägning och som en följd av detta – återkallande av arbetstillståndet.

I avsnitt 5.2 behandlas anställningsskyddet enligt lagen om anställningsskydd (LAS) samt återkallelse av arbetstillstånd enligt utlänningslagen. Oavsett grunden för uppsägning från arbetsgivarens sida krävs regelmässigt fackliga förhandlingar innan uppsägning sker, vilket behandlas i avsnitt 5.3 om fackföreningen och kollektivavtalets roll.

FN:s migrantarbetarkonvention som inte är ratificerad av Sverige innehåller en rätt till likvärdig behandling som nationella arbetare vad gäller skydd mot avsked, arbetslöshetsförmåner och tillgång till alternativa anställningar samt skydd om arbetsgivaren bryter arbetskontrakt på ett otillbörligt sätt och rätt att föra sitt fall till behörig instans. EU:s ramdirektiv, blåkortsdirektiv och förslag till säsongsarbetardirektiv innehåller vissa bestämmelser angående återkallelse av tillstånd, vilka redogörs för löpande i kapitlet.

5.2 Den rättsliga ramen – anställningsskyddet och återkallelse av arbetstillstånd

5.2.1 Lagen om anställningsskydd

De svenska grundläggande reglerna om trygghet i anställningen återfinns i LAS. 7-10 §§ LAS behandlar uppsägning från arbetsgivarens sida. Av lagens uppbyggnad följer att en uppsägning rättsligt måste kvalificeras antingen som en uppsägning på grund av personliga skäl eller som en uppsägning på grund av arbetsbrist eftersom lagen innehåller delvis olika regler för dessa två sorters uppsägningar. Uppsägning på grund av personliga skäl definieras i 7 § fjärde stycket LAS som uppsägning som

hänför sig till arbetstagaren personligen. Det finns inte någon motsvarande definition för uppsägning på grund av arbetsbrist.

Vid uppsägning på grund av personliga skäl är den centrala frågan om uppsägningen varit sakligt grundad. Enligt 7 § andra stycket föreligger inte saklig grund om det är skäligt att kräva att arbetsgivaren bereder arbetstagaren annat arbete hos sig och enligt 7 § tredje stycket utgör övergång av verksamhet inte i sig saklig grund. Förutom dessa två bestämmelser berörs inte i lagtexten vad som kan utgöra saklig grund eftersom lagstiftarna ansåg att uppsägningsfallen kan vara alltför olika.¹⁷⁵

I praxis kan man urskilja vissa moment som bör föreligga för att en uppsägning ska anses vara sakligt grundad. För det första är arbetsgivaren på arbetstagarens begäran skyldig att uppge skälen till uppsägningen. För det andra ska dessa uppgivna skäl vara acceptabla. Därutöver krävs att skälet är reellt samt uppfyller kraven vid en väsentlighetsbedömning. Väsentlighetsbedömningen vid uppsägning på grund av personliga skäl görs individuellt för varje fall och innefattar en helhetsbedömning av samtliga omständigheter i fallet där bland annat arbetsgivarens intresse av en uppsägning vägs mot arbetstagarens intresse att behålla anställningen.¹⁷⁶ Om en arbetsgivare säger upp en arbetstagare med tillfälligt arbetstillstånd endast på grund av att denne påtalat felaktiga arbetsvillkor så är det självklart inte att anse som saklig grund för uppsägning. Att en arbetstagare blir av med sitt arbetstillstånd är däremot en saklig grund för uppsägning och kräver inte att arbetsgivaren har något ytterligare skäl för uppsägningen.¹⁷⁷

Väsentlighetsbedömningen vid arbetsbristsuppsägningar görs från helt andra utgångspunkter än vid uppsägning av personliga skäl. Av praxis framgår att uppsägningsskäl vilka hänför sig till arbetsbrist normalt godtas som saklig grund för uppsägning. Här görs alltså ingen överprövning av arbetsgivarens företagsekonomiska bedömningar. Skyddet för de anställda vid uppsägning på grund av arbetsbrist består istället av regler om uppsägningstid, turordning vid uppsägning och rätt till återanställning. Turordning vid uppsägning regleras i 22 § LAS. Paragrafen innehåller den så kallade sist-in-förts-ut-principen som innebär att arbetstagare med längre anställningstid ges företräde till fortsatt anställning. Turordningskretsar fastställs vanligtvis genom att en turordning upprättas för varje driftsenhet samt för varje kollektivavtalsområde. Arbetsgivaren får, efter vederbörliga fackliga förhandlingar, fritt bestämma inom vilken turordningskrets uppsägning ska genomföras. Då arbetskraftsinvandrare inte sällan arbetar hos arbetsgivare med få anställda blir 22 § andra stycket av särskild relevans. Enligt detta stycke får en arbetsgivare med högst tio arbetare oavsett antalet turordningskretsar undanta två arbetstagare som enligt arbetsgivarens bedömning är av särskild betydelse för den fortsatta verksamheten.¹⁷⁸

¹⁷⁵ Källström och Malmberg 2009, s. 134.

¹⁷⁶ Ibid, s. 134 ff.

¹⁷⁷ AD 1979 nr 90.

¹⁷⁸ Källström och Malmberg 2009, s. 143 ff.

Tidsbegränsade anställningar upphör utan föregående uppsägning vid anställningstidens utgång. Endast då arbetstagaren har varit anställd hos arbetsgivaren i mer än tolv månader under de senaste tre åren måste arbetsgivaren enligt 15 § LAS underrätta arbetstagaren om att anställningen ska upphöra. Om något avtal om möjlighet till uppsägning innan den tidsbegränsade anställningen går ut inte har träffats, är möjligheten till uppsägning begränsad. Endast om någon av parterna gjort ett väsentligt kontraktsbrott kan den andra parten avsluta anställningen.¹⁷⁹

5.2.2 Utlänningslagen

I 7 kap. UtL regleras återkallelse av visering, uppehållstillstånd och arbetstillstånd. EU:s ramdirektiv och den rätt till likabehandling som ges i art 12 ska enligt ett undantag i art. 12 punkt 3 inte påverka medlemsstaternas rätt att återkalla eller vägra att förlänga arbets- och uppehållstillstånd. Enligt 7 kap. 1 § UtL får en återkallelse ske då en utlänning medvetet har lämnat oriktiga uppgifter eller medvetet har förtigit omständigheter som varit av betydelse för att få tillståndet. I förarbetena till lagen anger regeringen att det måste finnas en möjlighet att återkalla tillstånd som beviljats på grundval av felaktiga uppgifter då det är en huvudprincip inom alla samhällsområden att den som får någon förmån eller något bistånd genom att lämna felaktiga uppgifter kan gå miste om förmånen eller tvingas betala tillbaka biståndet när de felaktiga uppgifterna uppdagas.¹⁸⁰ Då andra omständigheter måste kunna vägas in bör en sådan återkallelsemöjlighet dock vara fakultativ.¹⁸¹ Enligt andra stycket samma paragraf får dock uppehållstillstånd för en utlänning som vistats här i landet i mer än fyra år återkallas enligt första stycket endast om det finns synnerliga skäl. Motivet till det andra stycket hittas i förarbetena till den ursprungliga bestämmelsen (2 kap. 9 § fjärde stycket 1989 års UtL):

Det är av humanitära skäl viktigt att en utlänning efter en tids bosättning i Sverige i normalfallet kan känna trygghet här och inte behöver känna oro för att inte längre få stanna kvar. Det kan också tänkas bidra till att några efter en tid vågar träda fram under sin rätta identitet. En tidsgräns bör dock inte göras absolut. Fall kan förekomma där det undantagsvis kan var rimligt att utlänningen inte får stanna kvar trots att han eller hon haft uppehållstillstånd här en längre tid.¹⁸²

Som exempel på *synnerliga skäl* anges i förarbetena bland annat att utlänningen visserligen haft uppehållstillstånd och varit folkbokförd i Sverige men i realiteten vistats i något annat land under långa perioder och därför inte fått någon närmare anknytning hit.¹⁸³ Som nämnts tidigare anges

¹⁷⁹ Källström och Malmberg 2009, s. 121 f.

¹⁸⁰ Prop. 1997/98:36, s. 17 samt Wikrén och Sjögren 2010, s. 355.

¹⁸¹ Prop. 1997/98:36, s. 22.

¹⁸² Ibid, s. 24 f.

¹⁸³ Ibid.

i EU:s ramdirektiv art. 12 punkt 1a en rätt till likabehandling med medborgarna i värdmedlemsstaten när det gäller arbetsvillkor, inbegripet bland annat löne- och uppsägningsvillkor. Enligt art. 12 punkt 3 ska dock denna rätt inte påverka medlemsstaternas rätt att återkalla eller vägra att förlänga uppehållstillstånd eller arbetstillstånd. 7 kap. 1 § UtIL kan även jämföras med blåkortsdirektivet art. 9 punkt 1a och b där det stadgas att EU-blåkortet kan återkallas om det förvärvats på bedrägligt sätt, förfalskats eller ändrats i något avseende samt om det uppkommer att innehavaren inte uppfyllde eller inte längre uppfyller kraven för inresa och vistelse eller vistas i den berörda medlemsstaten av andra skäl än för vilka innehavaren beviljades tillstånd. Art. 7 punkt 1a och b i förslaget till säsongsarbetardirektiv innehåller motsvarande bestämmelse.

7 kap. 2 § första stycket stadgar att utöver vad som sägs i 1 § får visering, uppehållstillstånd och arbetstillstånd återkallas, om det finns särskilda skäl för det. Enligt paragrafens andra stycke får dock uppehållstillstånd återkallas enligt första stycket endast för en utlänning som ännu inte rest in i Sverige. Vad som menas med *särskilda skäl* förklaras inte närmare i förarbetena då paragrafen tillkom, men enligt prop. 1979/80:96 anges att ett särskilt skäl till återkallande av en visering kan vara, att utlänningen redan vid inresan visar sig sakna medel för sitt uppehälle här, något som gäller särskilt när utlänningen inte själv har vidtagit några åtgärder för att kunna försörja sig.¹⁸⁴

Enligt 7 kap. 3 § får uppehållstillstånd återkallas för en utlänning som rest in i landet om;

1. utlänningen utan arbetstillstånd bedriver verksamhet som kräver ett sådant tillstånd,
2. utlänningen har beviljats arbetstillstånd enligt 2 § första stycket och anställningen upphört, om inte utlänningen 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, eller
3. det på grund av tidigare verksamhet eller i övrigt kan antas att utlänningen kommer att bedriva sabotage, spioneri eller olovlig underrättelseverksamhet i Sverige eller i något annat nordiskt land.

Paragrafens sista stycke stadgar att uppehållstillstånd dock inte får återkallas enligt första stycket 1 eller 3 om utlänningen har vistats här i landet i mer än tre år med uppehållstillstånd när frågan om återkallelse prövas.

Andra punkten är här viktigast. Enligt den kan alltså ett uppehållstillstånd för arbete återkallas om anställningen upphört under pågående tillståndsperiod. Om en utlänning får en ny anställning som täcks av det

¹⁸⁴ Prop. 1979/80:96, s. 91. Se vidare Wikrén och Sandesjö 2010, s. 357 f.

beviljade arbetstillståndet behöver inte någon ny ansökan göras. Om det inte täcks av det beviljade arbetstillståndet som är knutet till en viss arbetsgivare, kan utlänningen göra en ny ansökan om arbetstillstånd inifrån Sverige.

Denna prövas som vanligt enligt 6 kap. 2 §.

Om utlänningen inte ger in en ansökan om arbetstillstånd inom de tre månaderna kan arbetstillståndet alltså återkallas, men hänsyn ska enligt 7 kap. 4 § tas till den anknytning som utlänningen har till det svenska samhället och till om andra skäl talar mot att tillståndet återkallas. Vid denna bedömning ska särskilt utlänningens levnadsomständigheter, familjeförhållanden och längden av vistelsen här beaktas. I förarbetena framhålls särskilt att det i återkallelseärenden bör göras en sammanvägning av samtliga omständigheter, det vill säga omständigheter som talar både för och emot en återkallelse.¹⁸⁵

Art. 8 punkt 1 i ILO:s konvention nr 143 stadgar att under förutsättning att en person uppehållit sig lagligt i territoriet för anställning, så ska denne person inte anses vara i en olaglig eller irreguljär situation enbart på grund av förlusten av sin anställning, vilken i sig själv inte ska innebära ett tillbakadragande av tillståndet för arbetstillstånd. Enligt andra punkten ska således migrerande arbetstagare åtnjuta likabehandling med medborgare i synnerhet ifråga om garantier för anställningstrygghet, bestämmelser om alternativ sysselsättning och omskolning. Sverige uppfyller idag inte sitt åtagande när det gäller denna artikel.

Innan reformen år 2008 var det enligt UtIL och UtIF inte möjligt att efter inresan i Sverige återkalla ett uppehålls- och arbetstillstånd, även om arbetstagaren skulle förlora sitt arbete under tillståndstiden. Regeringen säger i förarbetena till den nya lagen att det inte är rimligt att en utlänning som beviljats uppehålls- och arbetstillstånd på grund av ett arbetserbud ska ha rätt att vistas här i landet under en längre tid utan att ha sin försörjning ordnad.¹⁸⁶ Genom att begränsa tiden att hitta ett nytt arbete till tre månader uppnås syftet att minimera tiden för att samhällets stöd behöver tas i anspråk.¹⁸⁷ I sammanhanget kan nämnas att det i kommissionens förslag till ramdirektiv från år 2001 förordades arbetslöshet upp till sex månader utan att tillståndet skulle återkallas, något som inte blev verklighet i 2011 års direktiv som överhuvudtaget inte behandlar detta.¹⁸⁸ Art. 13 blåkortsdirektivet behandlar tillfällig arbetslöshet och föreskriver att arbetslöshet i sig inte ska kunna ligga till grund för återkallande av ett EU-blåkort om inte arbetslösheten överstiger tre månader i följd eller inträffar mer än en gång under EU-blåkortets giltighetstid. Direktivförslaget om säsongsarbetare ger överhuvudtaget ingen rättighet att vid arbetslöshet stanna i landet en period för att söka nytt arbete.

Utredningskommittén inför reformen i Sverige år 2008 övervägde huruvida det skulle vara möjligt att kräva en längre anställningstrygghet för

¹⁸⁵ Prop. 1979/80:96, s. 21 f.

¹⁸⁶ Prop. 2007/08:147, s. 32.

¹⁸⁷ SOU 2006:87, s. 137 och prop. 2007/08:147, s. 32 f.

¹⁸⁸ KOM(2000)757 och Herzfeld Olsson 2012, s. 91.

tredjelandsmedborgare för att ett arbetstillstånd skulle beviljas, men kom fram till att detta skulle kunna försvåra anställning av tredjelandsmedborgare. Det skulle också sakna betydelse när ett företag upphör och skulle orsaka problem med gällande turordningslistor vid nedskärningar.¹⁸⁹ I förarbetena sägs även, att för att den föreslagna möjligheten att återkalla ett arbetstillstånd ska få ”fullt genomslag”, bör den gälla utan begränsning av tid. Därför föreskrevs att arbetstillstånd inte skulle omfattas av regeln i 7 kap. 3 § tredje stycket UtL som stadgar att återkallelse av uppehållstillstånd inte får ske om personen i fråga vistats här längre än tre år.¹⁹⁰

Angående punkt 3 kan nämnas att EU:s så kallade skyddsgrundsdirektiv innehåller bestämmelser om återkallelse av uppehållstillstånd, men då särskilt ifråga om flyktingar.¹⁹¹ Art. 21.3 stadgar att medlemsstaterna får återkalla eller upphäva ett uppehållstillstånd för en flykting bland annat om det finns skälig anledning att anta att flyktingen utgör en fara för säkerheten i medlemsstaten den vistas i.

I 7 kap. 5 § UtL regleras återkallelse av uppehållstillstånd för en utlänning som registrerats på en så kallad SIS-spärlista,¹⁹² och i 6 § återkallelse för de som avvisats eller utvisats av Norge, Island eller en stat tillhörande EU. 7 § innehåller bestämmelser om återkallelse av uppehållstillstånd för en utlänning som inte längre är bosatt i Sverige. 7 kap. 8 § första stycket anger att återkallelse av uppehållstillstånd och arbetstillstånd beslutas av Migrationsverket samt att återkallelse av visering beslutas av den myndighet som har beviljat viseringen eller av Migrationsverket. Uppgiften att återkalla tillstånd ingår i den generella utlänningskontroll som Migrationsverket har ansvaret för.¹⁹³

7 kap. avslutas med 9 § enligt vilken regeringen har ett bemyndigande att meddela föreskrifter om återkallelse av uppehållstillstånd inom ramen för EES-samarbetet samt ifråga om varaktigt bosatta. Enligt 14 kap. 3 § andra stycket får Migrationsverkets beslut om återkallelse av arbetstillstånd överklagas till en migrationsdomstol endast om frågan om tillstånd har behandlats i samband med ett beslut om avvisning eller utvisning. I ramdirektivet art. 8 punkt 2 anges att ett beslut om att återkalla ett kombinerat tillstånd ska kunna överklagas i den berörda medlemsstaten i enlighet med nationell rätt.

¹⁸⁹ SOU 2006:87, s. 136.

¹⁹⁰ Prop. 2007/08:147, s. 33.

¹⁹¹ Rådets direktiv 2004/83/EG av den 29 april 2004 om *minimionormer för när tredjelandsmedborgare eller statslösa personer skall betraktas som flyktingar eller som personer som av andra skäl behöver internationellt skydd samt om dessa personers rättsliga ställning och om innehållet i det beviljade skyddet.*

¹⁹² Spärlista som avses i 3 § andra punkten lagen (2000:344) om Schengens informationssystem.

¹⁹³ Wikrén och Sandesjö 2010, s. 374.

5.3 Fackföreningen och kollektivavtalets roll

En av grundvalarna i anställningsskyddet är att en uppsägning eller ett avskedande inte får beslutas utan att fackföreningen och den enskilde arbetstagaren har fått en möjlighet att förhandla med arbetsgivaren om det tilltänkta beslutet. Detta kommer till uttryck i medbestämmandelagens regler om förhandlingar vid arbetsbristuppsägningar och i anställningsskyddslagens bestämmelser om underrättelse, varsel och överläggning i de ”personliga fallen”.¹⁹⁴ Även arbetstagare med tillfälliga arbetstillstånd omfattas givetvis av dessa regler då LAS enligt dess 1 § gäller arbetstagare i allmän eller enskild tjänst och MBL enligt dess 1 § äger tillämpning på förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare.

Enligt 29 § LAS gäller 11-14 §§ MBL i fråga om arbetsgivares skyldighet att förhandla före beslut om uppsägning på grund av arbetsbrist, permittering eller återintagning efter permittering. 30 § LAS föreskriver att en arbetsgivare som vill avskeda eller säga upp en arbetstagare på grund av omständigheter som hänför sig till arbetstagaren personligen ska underrätta arbetstagaren om detta i förväg. Är arbetstagaren fackligt organiserad, ska arbetsgivaren samtidigt med underrättelsen varsla den lokala arbetstagarorganisation som arbetstagaren tillhör. Enligt andra stycket samma paragraf har arbetstagaren och den lokala fackliga arbetstagarorganisationen som arbetstagaren tillhör rätt till överläggning med arbetsgivaren om den åtgärd som underrättelsen och varslet avser.

De tidigare nämnda turordningsreglerna i 22 § LAS är semidispositiva vilket innebär att den enskildes plats i turordningen inte är garanterad i lagen. Andra kriterier för turordningen kan nämligen bestämmas i kollektivavtal som kan slutas på antingen central eller lokal nivå. För de arbetskraftsinvandrare som inte är medlemmar av den med arbetsgivaren avtalsslutande organisationen får 2 § sjätte stycket LAS betydelse som stadgar att arbetsgivaren får tillämpa kollektivavtalet även på dessa arbetstagare så länge som de är sysselsatta med arbete som avses med avtalet.¹⁹⁵

Som nämnts tidigare är det en betydande del av de som beviljats arbetstillstånd som inte omfattas av kollektivavtal, minst 35 %. Detta betyder att trots lagarnas tillämplighet, så är fackföreningarnas roll som företrädare för arbetstagare med tillfälliga arbetstillstånd många gånger begränsad, speciellt i de fall då arbetstagaren inte är ansluten till någon arbetstagarorganisation och arbetsgivaren inte tecknat kollektivavtal.

¹⁹⁴ Lunning och Toijer 2010, s. 698.

¹⁹⁵ Källström och Malmberg 2009, s. 150.

6 Analys

6.1 Inledning

Det övergripande syftet med detta arbete är att ur ett arbetstagarperspektiv och inom en EU-rättslig ram, undersöka den svenska rättsliga regleringen kring tillfälliga arbetstillstånd för arbetskraftsinvandrare från tredjeland, samt efterlevnaden av regleringen. Syftet är alltså att de lege lata och de lege ferenda undersöka om den svenska modellen har de verktyg som krävs för att garantera arbetskraftsinvandrarnas arbetsvillkor i nivå med de villkor som följer av svenska kollektivavtal eller praxis inom yrket samt för att skydda dessa arbetskraftsinvandrare mot exploatering.

Det börjar närma sig fyra år sedan Sverige genomförde en omfattande reform av regelverket kring arbetskraftsinvandring. Den 15 december 2008, trädde de nya reglerna för arbetskraftsinvandring i kraft vars syfte främst är att möta det ökade behovet av arbetskraft genom att underlätta rekryteringen av arbetskraft från tredjeland. Nu, drygt tre år senare, börjar man se effekterna av dessa nya regler. Även om man går tillbaka så långt som till 1900-talets början och Sveriges första utlänningslag från år 1927, så kan man inte hitta ett lika öppet svenskt system för arbetskraftsinvandring som det vi har idag efter reformen år 2008. Synen på arbetskraftsinvandring har varit mer eller mindre restriktiv under årtiondena, men arbetskraftsinvandringen har alltid begränsats på ett eller annat sätt. OECD utnämner det nya svenska systemet till det mest öppna av alla medlemsländers system och säger att det i stort verkar för att effektivt möta arbetsmarknadens behov.

Att Sverige har ett öppet system är till stora delar bra. Sverige välkomnar inte bara medborgare inom EU utan personer från hela världen, vilket är en förutsättning för mångfald. Systemet bidrar till att många fler arbetstagare från tredjeländer kommer till Sverige för att arbeta – vilket hjälper till att täcka det behov av arbetskraft som finns inom vissa branscher. För den enskilde arbetstagaren kan en flytt till Sverige för att arbeta innebära en möjlighet att se ett nytt land och utveckla sin karriär, en bättre ekonomisk situation med nya möjligheter för sig själv och sin familj eller ett sätt att undkomma svårigheter i hemlandet som inte är av ekonomisk karaktär. Trots flera fördelar med det öppna svenska systemet så medför det också faror och nackdelar. Att systemet är öppet och att det är arbetsgivaren som avgör om denne har behov av arbetskraft, bäddar för missbruk och exploatering, såsom risk för lönedumpning och annan social dumpning.

Denna analys består av två huvuddelar där den ena behandlar regleringen och efterlevnaden som den ser ut idag – de lege lata. I den andra delen diskuteras hur regleringen eventuellt borde vara – de lege ferenda. Där diskuteras olika lagstiftningsåtgärder hänförliga till de olika stadierna av anställningen. Utvärderingen av EU-regleringen och dess koppling till

svensk rätt görs i ett eget avsnitt, men behandlas även i den övriga framställningen där den har en mer direkt koppling till den svenska regleringen.

6.2 Regleringen på internationell och EU-nivå

Den internationella regleringen för arbetskraftsinvandrare består främst av FN:s migrantarbetarkonvention och ett antal ILO-konventioner. Skyddet som dessa konventioner ger till arbetskraftsinvandarna är relativt omfattande men problemet är att så få länder har ratificerat dem. Särskilt är det mottagarländer, eller värdmedlemsländer som de också kallas, som inte ratificerat konventionerna. En svensk ratificering av FN:s migrantarbetarkonvention anser jag är särskilt viktig då konventionen har både en praktisk och principiell betydelse. Migrantarbetarkonventionen är till skillnad från befintliga allmänna konventioner om mänskliga rättigheter ett sammanhängande regelverk som utgår från migranters speciella och utsatta situation. Ingen medlemsstat i EU har ännu ratificerat den varför en svensk ratificering skulle innebära ett viktigt ställningstagande och dessutom föra arbetet med arbetskraftsinvandring och andra migrationsfrågor inom EU framåt.

Den EU-rättsliga regleringen på området är under utveckling och växer i omfattning. Här syns dock en tendens till ett system som är mer ekonomiskt betonat än rättighetsbaserat. De ursprungliga förslagen till gemensam lagstiftning på EU-området innehöll ett mer rättighetsbaserat regelsystem men reducerades mer och mer på grund av medlemsstaternas ovilja att acceptera så långt gående rättigheter.¹⁹⁶ Resultatet blev ett ”ramdirektiv” med färre rättigheter, utan effektiva efterlevnadsmekanismer och utan täckning för alla arbetskraftsinvandrare. Enligt ramdirektivet ska exempelvis säsongsarbetare exkluderas ”med hänsyn till att deras ställning är av tillfällig art”. Detta kan ses som ett uttryck för att säsongsarbetarna inte har rätt till fullständig likabehandling eftersom de inte bidragit tillräckligt till värdmedlemslandets ekonomi. Det kan tyckas anmärkningsvärt att säsongsarbetarna exkluderas från ramdirektivet då dessa är bland de mest utsatta arbetstagarna. Att medlemsländerna ännu inte kunnat enas om ett säsongsarbetardirektiv gör att dessa arbetstagare i dagsläget står helt oskyddade enligt EU-regleringen och det är av största vikt att direktivförslaget så snart som möjligt antas.

De högkvalificerade arbetstagarna har dock fått ett eget direktiv med mer långt gående rättigheter, vilket tyder på att medlemsstaterna värderar dessa arbetstagare högre ekonomiskt sett. Att detta direktiv dessutom blev det första att antas av alla sektorsdirektiven och dessutom innan ramdirektivet är ytterligare ett bevis på att rättigheter för högkvalificerad arbetskraft är en

¹⁹⁶ Jmfr Herzfeld Olsson 2012.

mindre kontroversiell fråga för medlemsländerna jämfört med rättigheter för andra arbetskraftsinvandrare.

EU:s ramdirektiv och sektorsdirektiv innehåller ingen begränsning av medlemsstaternas rätt att själva reglera inresa och omfattning av arbetskraftsinvandringen från tredjeländer varför Sveriges öppna system som sådant inte torde vara något problem. Sveriges system innehåller dessutom relativt långtgående rättigheter för arbetskraftsinvandrare varför EU:s direktiv inte bör innebära några omfattande förändringar för Sveriges del. EU-regleringens uppdelning i olika sektorer gör dock att Sverige måste se över sitt system som idag tillämpas lika för alla arbetskraftsinvandrare. Dessutom finns det vissa bestämmelser, såsom bestämmelsen i blåkortsdirektivet om bindande anställningsavtal, som Sverige idag inte uppfyller. Mer om dessa bestämmelser behandlas nedan.

6.3 Orsaker till arbetsvillkor under kollektivavtalsnivå – De lege lata

6.3.1 Regleringen – arbetsgivarens makt

Grundläggande för det nya systemet för arbetskraftsinvandring från år 2008 är att det inte görs någon arbetsmarknadsprövning innan tillstånd beviljas vilket betyder att det är arbetsgivaren som självständigt avgör om denne är i behov av arbetskraft. Som en följd av detta är det beviljade arbetstillståndet knutet till en specifik arbetsgivare. Om anställningen upphör så kan arbetstillståndet återkallas. EU:s ramdirektiv på området påverkar inte medlemsstaternas behörighet att bevilja tredjelandsmedborgares tillträde till sina arbetsmarknader varför det ter sig fritt fram för Sverige att tillämpa sitt öppna system där arbetsgivaren avgör behovet av arbetskraft.

Arbetsrätten bygger på principen att den svagare parten ska skyddas mot den starkare parten. I regel är den svagare parten arbetstagaren och den starkare arbetsgivaren. Makten i anställningsförhållandet blir därför ojämnt fördelad. I fallet där arbetstagaren är en tredjelandsmedborgare med tillfälligt arbetstillstånd blir förhållandet ännu mer ojämnt. Arbetstagaren är här i en väldigt utsatt situation på grund av att arbetstillståndet är knutet till den specifika arbetsgivaren – antingen klaga och riskera uppsägning med följden att lämna Sverige, eller finna sig i sämre arbetsvillkor än den svenska arbetstagaren och stanna i Sverige.

Redan i förarbetena till Sveriges första utlänningslag från år 1927 konstaterades att en begränsning av arbetstillstånden till viss arbetsgivare skulle innebära att den utländske arbetstagaren skulle komma i en alltför stark beroendeställning i förhållande till arbetsgivaren, varför tillståndet istället skulle gälla visst slag av arbete. Att arbetstagaren personligen erhöll arbetstillståndet ansågs vara av utomordentlig vikt då det gav denne en självständig ställning i förhållande till arbetsgivaren. Denna ståndpunkt har

sedan dess varit den alltigenom gällande, ända till dess alliansregeringen genomförde sin reform år 2008 och konstaterade att ett arbetstillstånd som är knutet till arbetsgivaren inte alls innebär en för stark beroendeställning. I förarbetena till 2008 års reform framhålls istället en arbetsgivarstyrd arbetskraftsinvandring som något positivt, samtidigt som det ägnas väldigt lite uppmärksamhet åt arbetsgivarna trots att dessa har den största betydelsen för villkoren för arbetskraftsinvandringen. Ingenting nämns om kontroll av arbetsgivarens skattebetalningar och uppfyllelse av kollektivavtal. Arbetsgivaren konstrueras på detta sätt som en *bonus pater familias* – det vill säga som ett aktivt, autonomt, kompetent och rationellt rättssubjekt.¹⁹⁷

I en verklighet där alla arbetsgivare ser till sina anställdas bästa skulle inte bestämmelsen om arbetstillståndets bundenhet till arbetsgivaren vara ett lika stort problem som det är idag. Det finns så kallade oseriösa arbetsgivare som tar möjligheterna till billigare och mindre krävande arbetskraft. Dessutom finns det arbetsgivare som inte medvetet utnyttjar sin position som den starkare parten, utan där det mer går per automatik för att det alltid varit så. Man kan också tänka sig ett scenario där arbetstagare med tillfälliga arbetstillstånd, trots att de har en seriös arbetsgivare som vill deras väl, undviker att ta upp problem eller förslag till förbättringar på grund av en obefogad rädsla att förlora sin anställning och därigenom sitt arbetstillstånd. I system där arbetstagaren inte var i samma beroendeställning skulle kanske han eller hon i större utsträckning våga framföra sina åsikter. Detta skulle i förlängningen gynna både arbetstagarna och företaget.

Arbetstagaren med tillfälligt arbetstillstånd som på grund av uppsägning eller annan orsak förlorar sin anställning har tre månader på sig att hitta ett nytt arbete som kan berättiga till fortsatt arbetstillstånd. Om arbetstagaren inte hittar något nytt arbete kan arbetstillståndet återkallas. I förarbetena kallas denna bestämmelse för en ”möjlighet” för arbetstagaren och menar att den tillförsäkrar att arbetstagaren inte hamnar i en allt för stark beroendeställning gentemot arbetsgivaren. Jag är av en annan åsikt. Tre månader är inte en lång tid för att hitta ett nytt arbete, särskilt inte om du har ett icke kvalificerat yrke eller ett yrke som inte tillhör ett så kallat bristyrke. Enligt OECD gäller en stor andel av de beviljade arbetstillstånden i Sverige yrken som inte klassificeras som bristyrken, detta som en följd av att det är arbetsgivaren som själv avgör om den har brist på arbetskraft. Den arbetstagare som har ett yrke som inte faller under bristyrkeslistan bör logiskt sett ha svårare att hitta en ny anställning om den tidigare av någon anledning upphör.

Den svenska tremånaders-regeln kan jämföras med det första förslaget på ett ramdirektiv inom EU från år 2001 där en liknande bestämmelse gav arbetstagaren rätt att efter anställningens upphörande stanna i värdmedlemsstaten under sex månader för att hitta ett nytt jobb. Denna bestämmelse blev dock aldrig verklighet på grund av medlemsländernas

¹⁹⁷ Calleman 2012, s. 129.

oförmåga att komma överens, och idag finns ingen bestämmelse överhuvudtaget i ramdirektivet som stadgar om en rättighet att stanna efter anställningens upphörande. I blåkortsdirektivet däremot stadgas att en arbetslös högkvalificerad arbetstagare får stanna i värdmedlemsstaten i tre månader.

Bärplockarnas och de övriga säsongarbetarnas utsatthet kan inte helt avhjälpas med en längre tid för att hitta nytt arbete eller med ett arbetstillstånd som inte är kopplat till en enskild arbetsgivare eftersom de är här under en kortare tid och därför inte har tid att söka nytt arbete. De måste oavsett arbetstillståndets bundenhet till en särskild arbetsgivaren förlita sig på att den första arbetsgivaren betalar ut den lovade lönen och i övrigt ger acceptabla arbetsvillkor.

6.3.2 Efterlevandet

6.3.2.1 Fackföreningens allt för stora ansvar

Migrationsminister Tobias Billström har vid flertalet tillfällen betonat att riksdagen och regeringen överlämnat åt arbetsmarknadens parter att reglera och kontrollera arbetstagarnas arbetsvillkor, även när det gäller arbetskraftsinvandrare från tredjeländer. Frågan blir här vilka möjligheter som fackföreningen har att faktiskt reglera och kontrollera arbetsvillkoren för dessa arbetstagare samt i vilket intresse fackföreningen gör detta. EU:s ramdirektiv och sektorsdirektiv samt de internationella konventionerna behandlar inte fackföreningarnas roll annat än att de föreskriver en rätt till föreningsfrihet för arbetskraftsinvandarna.

Arbetskraftsinvandarna är överrepresenterade i branscher där organisationsgraden genomgående är låg, såsom exempelvis i hotell- och restaurangbranschen och den privata sektorn. Kollektivavtalens täckningsgrad är också betydligt lägre för dessa arbetstagare. Täckningsgraden på 65 % som Migrationsverket uppger avser vad arbetstagarna själva angett i ett initialt skede av anställningen och det finns anledning att befara att den verkliga andelen efter anställningens tillträde är ännu lägre. Detta visar på en svårighet för fackföreningarna att nå alla arbetstagare vilket försvårar arbetet med att hjälpa de utsatta arbetskraftsinvandarna och säkerställa att de har arbetsvillkor i enlighet med gällande kollektivavtal. Redan i mitten av 60-talet då den stora invandringsvågen nådde sin kulmen framfördes problemet att vissa invandrare exploaterades av sina arbetsgivare och att ett stort problem för fackföreningarnas arbete var att arbetskraftsinvandarna inte var fackligt anslutna.

Att utföra kontroller av arbetsplatser och arbetsgivare kräver en stor bemanning hos fackföreningarna. Det kräver även att fackföreningarna får tillgång till den information från arbetsgivaren som krävs för att bevaka gällande kollektivavtal.¹⁹⁸ Idag innebär exempelvis rätten till information

¹⁹⁸ Jmfr LO:s rapport, *Fackliga verktyg för migranter*, 2008, s. 8 ff.

enligt 19 § MBL inte en skyldighet för arbetsgivaren att lämna ut uppgifter om lön och annat avseende oorganiserade arbetstagare. Den allmänna informationskyldigheten enligt MBL gäller inte heller arbetsgivare som inte tecknat kollektivavtal. Detta innebär att fackföreningarnas arbete att säkerställa arbetsvillkor enligt gällande kollektivavtal försvåras.

I Hotell- och Restaurangfackets undersökning av kollektivavtalens efterlevnad på arbetsplatser med arbetskraftsinvandrare, upptäcktes oegentligheter.¹⁹⁹ I flertalet fall kallades arbetsgivarna till förhandling och i ett antal fall av dessa betalade arbetsgivaren ut skadestånd till förbundet. Inte i något fall tillföll skadestånd en medlem, detta på grund av medlemmarnas rädsla att förlora sina arbetstillstånd. Detta indikerar att även i de fall där fackföreningarna faktiskt upptäcker arbetsvillkor som inte överensstämmer med kollektivavtal och därefter inleder förhandlingar med arbetsgivaren, så kommer resultatet av förhandlingarna inte arbetskraftsinvandrarerna till del, åtminstone inte ifråga om skadestånd. Frågan huruvida arbetstagarna efter förhandlingarna åtminstone får den lön och övriga arbetsvillkor som de har rätt till kan bara spekuleras i då utredningen inte innehåller någon uppföljning av ärendena.

Förutom problemet med låg organisations- och täckningsgrad samt eventuell avsaknad av tillräckliga medel för kontroll, finns det ytterligare en viktig aspekt att ta hänsyn till ifråga om fackföreningarnas lämplighet att ansvara för kontrollen av arbetsvillkoren. Denna aspekt handlar om fackföreningarnas syfte. I vilket syfte vill de säkerställa att arbetskraftsinvandrarerna har arbetsvillkor i överensstämmelse med kollektivavtal? Historiskt sett har fackföreningarna i perioder varit kritiska till arbetskraftsinvandring. Exempelvis växte det i mitten av 60-talet fram en kritik mot den fria arbetskraftsinvandringen. I början på 70-talet uppmanade LO centralt sina förbund att föra en mer restriktiv politik vad gällde att tillstyrka arbetstillstånd. Förklaringen till detta sades vara att svaga grupper på den inhemska arbetsmarknaden riskerade att bli utträngda av arbetskraftsinvandrarerna. Fackföreningarna uttrycker även rädsla för att arbetskraftsinvandrarerna som kommer till Sverige accepterar lägre löner och i övrigt sämre arbetsvillkor än svenska medborgare, vilket leder till social dumpning och sämre arbetsvillkor för alla arbetstagare på arbetsmarknaden.

Det finns ingen anledning att anta att inte fackföreningarna genuint vill arbetskraftsinvandrarernas väl, men enligt min åsikt är deras främsta avsikt att skydda den inhemska arbetsmarknaden mot lönedumpning och annan social dumpning. Exempelvis sägs syftet med Hotell- och Restaurangfackets migrationsprojekt vara ”att se till att arbetskraftsinvandrarerna som arbetar på arbetsplatser med kollektivavtal också åtnjuter villkor enligt dessa avtal vilket i förlängningen innebär att *osund konkurrens förhindras*”. Det finns en spänning mellan fackföreningarnas arbete för att skydda arbetskraftsinvandrarerna och deras vilja att begränsa arbetskraftsinvandringen för att förhindra konkurrens med inhemska arbetstagare.

¹⁹⁹ Se även avsnitt 4.3.2 samt LO:s rapport, *Fackliga verktyg för migranter*, 2008 s. 9 f.

6.3.2.2 Migrationsverkets kontroll otillräcklig

Förutom fackföreningarnas ansvar för att arbetskraftsinvandarnas arbetsvillkor ska överensstämma med kollektivavtal eller praxis inom branschen, så har regeringen betonat Migrationsverkets ansvar. När kritiken av 2008 års reform och dess verkningar åter blossade upp år 2011 uppmanade regeringen Migrationsverket att skärpa sina kontroller. Då Migrationsverket menar att de inte har lagstöd för att genomföra efterhandskontroller blev resultatet en skärpt kontroll av arbetsgivaren vid arbetstillståndets beviljande. De nya skärpta reglerna är bra på så sätt att de ställer ökade krav på den arbetsgivare som vill anställa arbetskraft från tredjeländer. Särskilt bra är det att arbetsgivaren, i samband med en önskad förlängning av arbetstillstånd lämnas in, redovisar specifikationer över utbetalda löner samt kontrolluppgifter från Skatteverket. Dessa nya skärpta regler är dock inte tillräckliga för att komma tillrätta med eventuellt utnyttjande av arbetskraftsinvandrare.

De skärpta reglerna innebär som sagt ingen efterhandskontroll utan gäller förhållanden vid tidpunkten för beviljandet av arbetstillstånd. Att en arbetsgivare kan visa att det finns eller kommer att finnas likvida medel garanterar endast att det finns *förutsättningar* att utbetala kollektivavtalsenliga löner. Det betyder inte att arbetsgivaren *faktiskt* kommer att utbetala denna lön. Förutsättningarna kan ändras eller så väljer arbetsgivaren helt enkelt att inte betala den utlovade lönen. Det är även relativt lätt för den oärlige arbetsgivaren att fuska när det gäller att redovisa förutsättningar för att betala ut lön. Exempelvis räcker uppvisandet av kontrakt om uppdrag för att kravet ska anses uppfyllt, ett kontrakt som egentligen vem som helst kan skriva vilket gör det lätt att förfalska.

Migrationsverkets nya system för certifiering av företag som anställer arbetskraftsinvandrare syftar främst till att korta handläggningstiden. Initiativet till detta nya system har ett gott syfte och under rätt former och i begränsad omfattning har det alla förutsättningar för att bli ett lyckat system. Om systemet tar för stora proportioner och inkluderar allt för många arbetsplatser finns dock risken att systemet utnyttjas. Företagen själva ges utrymme att sköta alla kontakter dels med den som söker arbetstillstånd, dels med fackföreningen – något som ger mindre insyn för Migrationsverkets del och därigenom större utrymme för oegentligheter.

6.3.2.3 Arbetsmiljöverkets roll otydlig

Arbetsmiljöverkets har ett ansvar för tillsynen av arbetsmiljölagen och arbetstidslagen, något som migrationsminister Tobias Billström poängterat på samma sätt som han poängterat Migrationsverkets och fackföreningarnas ansvar. Arbetsmiljöverket utövar tillsyn genom besök på arbetsplatser, besök som vanligen är anmälda i förväg. Arbetsmiljöverket säger sig inte ha tillgång till underlag som ger information om arbetstillstånd, detta med förklaringen att verkets uppdrag – att utöva tillsyn av arbetstids- och arbetsmiljöreglerna – saknar förutsättning att efterfråga sådan information. Visserligen står det klart att Arbetsmiljöverket inte kan efterfråga sådan

information av arbetsgivarna eller arbetstagarna på arbetsplatsen, men det torde vara möjligt att samarbeta med Migrationsverket och genom detta samarbete erhålla sådan information. Mot bakgrund av att arbetskraftsinvandrare med tillfälliga arbetstillstånd i regel är i en mer utsatt situation än andra arbetstagare, särskilt de som inte täcks av kollektivavtal, borde särskilda satsningar på tillsyn kunna göras på deras arbetsplatser.

Idag för inte Arbetsmiljöverket någon statistik över hur många ärenden som rör arbetsplatser med anställda arbetskraftsinvandrare. Sådan statistik skulle vara av värde för en utvärdering av dagens lagstiftning om arbetskraftsinvandring.

6.4 Åtgärder för att uppnå arbetsvillkor enligt kollektivavtal – De lege ferenda

6.4.1 Regeringen måste ta sitt ansvar för lagstiftningen

Den svenska modellen innebär att regering och riksdag har överlämnat till arbetsmarknadens parter, Migrationsverket samt Arbetsmiljöverket att se till att lagar och avtal följs. Därunder faller att i kollektivavtal reglera arbetsvillkoren samt att kontrollera att dessa kollektivavtal följs. Att arbetskraftsinvandraren får lön, försäkringar och villkor i överensstämmelse med svenska kollektivavtal är dock inte bara en fråga för arbetsmarknadens parter, utan det är även en förutsättning för arbetstillstånd. Detta betyder att reglerna om arbetskraftsinvandring även är av offentligrättslig karaktär. Det borde därför vara i regeringens intresse att säkerställa att förutsättningarna för de beviljade arbetstillstånden faktiskt uppfylls. De svenska reglerna ställer krav på anställnings**erbjudandena** men ställer inga krav på de faktiska anställningsvillkoren och kontrollen av dessa.

Regeringen måste ta sitt ansvar och se över lagstiftningen på området – något som på grund av den offentligrättsliga karaktären inte torde vara något avsteg från den svenska modellen.²⁰⁰ Idag gör fackföreningarna, Migrationsverket och Arbetsmiljöverket så gott de kan enligt dagens lagstiftning för att tillförsäkra arbetskraftsinvandrarna så pass bra arbetsvillkor som möjligt. För att försäkra arbetskraftsinvandrarna arbetsvillkor som överensstämmer med svenska kollektivavtal eller praxis inom yrket eller branschen, diskuteras därför nedan främst lagstiftningsåtgärder för att bland annat ge bättre verktyg till fackföreningarna och Migrationsverket samt Arbetsmiljöverket.

²⁰⁰ Jmfr TCO, *Bättre kontroll för bibehållen öppenhet – Så kan reglerna för arbetskraftsinvandring förbättras*, 2012, s. 18 samt SOU 2011:28 s. 131 f.

6.4.2 Anställningens tillkomst

6.4.2.1 Återinförande av arbetsmarknadsprövningen

I den tidigare arbetsmarknadsprövningen gavs de fackliga organisationerna redan vid beviljandet av arbetstillstånd, om inte ett veto, så i alla fall en mer betydande roll. AMS, den myndighet som beslutade i vilken omfattning och inom vilka yrken arbetskraftsinvandring skulle ske, följde allra oftast de fackliga rekommendationerna. Ett exempel på detta är när LO i början av år 1972 gick ut med en cirkulärbeskrivelse till sina förbund med uppmaningen att föra en mer restriktiv politik vad gällde att rekommendera arbetstillstånd – något som resulterade i att arbetskraftsinvandringen minskade betydligt.

Frågan är nu om ett återinförande av arbetsmarknadsprövning är lösningen på de problem som finns idag. Arbetskraftsinvandringen befinner sig i en stark beroendeställning gentemot arbetsgivaren. Denna beroendeställning har som nämnts sin grund i att arbetstillståndet är knutet till en viss arbetsgivare. Anledningen till att arbetstillståndet är knutet till en specifik arbetsgivare beror i sin tur främst på att det är den enskilde arbetsgivaren som avgör huruvida han eller hon har behov av arbetskraft. Detta betyder att om man tar bort rätten för arbetsgivaren att avgöra sitt eget arbetskraftsbehov och istället återinför någon form av arbetsmarknadsprövning, så finns det inte heller något behov av att arbetstillståndet måste vara knutet till en viss arbetsgivare. Arbetstillståndet kan istället gälla för en viss bransch eller visst yrke vilket gör arbetstagaren mindre beroende av en specifik arbetsgivare. En mer självständig ställning gentemot arbetsgivaren innebär en större möjlighet för arbetstagaren att påverka sina egna arbetsvillkor utan att riskera uppsägning med följden att behöva lämna Sverige.

För säsongsarbetare, däribland bärplockarna, skulle en återinförd arbetsmarknadsprövning och ett borttagande av tillståndets bundenhet till arbetsgivaren dock inte ha en lika stor effekt som för övriga arbetskraftsinvandrare. Detta beror på den korta tid dessa säsongsarbetare befinner sig i Sverige vilket gör att de ändå hamnar i en stark beroendeställning till arbetsgivaren.

Enligt OECD:s rapport gäller en stor andel av de beviljade arbetstillstånden i Sverige yrken eller branscher där det bedöms att det inte föreligger arbetskraftsbrist. Varför anställa arbetskraft från utlandet om det finns arbetskraft i Sverige som kan täcka behovet? Att anställa från utlandet torde vara både mer kostsamt och tidskrävande med tanke på ansökningsförfarandet för att erhålla arbetstillstånd. En förklaring skulle kunna vara att det finns lokal brist på arbetskraft, en brist som inte syns enligt de nationella mätningarna. En annan förklaring kan vara att man vill hjälpa någon från utlandet att komma till Sverige för att arbeta. Närmare till hands ligger dock förklaringen att det trots högre kostnader vid anställningens tillkomst, i slutändan blir billigare att anställa arbetskraft från

utlandet på grund av man kan tillämpa arbetsvillkor i en nivå under praxis i branschen och under gällande kollektivavtal.

Man skulle kunna tro att principen om gemenskapsföreträde förhindrar att man anställer personer från tredjeland när det finns arbetskraft som täcker behovet i Sverige eller annat EU-land, men det enda krav som arbetsgivaren har är att visa att annonsering gjorts. Arbetsgivaren måste inte svara på de eventuella ansökningar han eller hon får på grund av annonsen varför denna regel i princip endast är formell.

En nackdel med ett återinförande av en arbetsmarknadsprövning är att det finns en risk för att arbetskraftsinvandringen kanaliseras åt irreguljär invandring.²⁰¹ Detta beror på att det alltid kommer att finnas arbetsgivare som vill ha minsta möjliga kostnad för sin arbetskraft. Vid en ökad irreguljär arbetskraftsinvandring blir det ännu svårare än idag att upprätthålla tillfredsställande arbetsvillkor och förhindra social dumpning. Ytterligare en nackdel vid ett återinförande av arbetsmarknadsprövning skulle vara om fackföreningarna ges ett för stort utrymme att avgöra behovet av arbetskraft. På grund av fackföreningarnas rädsla för osund konkurrens skulle det kunna innebära att den legala arbetskraftsinvandringen blir alltför begränsad – en tendens som den svenska arbetskraftshistorien visar.

En möjlighet skulle vara att göra arbetstillståndet fristående från den specifika arbetsgivaren utan att återinföra arbetsmarknadsprövningen. Svårigheten här blir att motivera varför en arbetskraftsinvandrare som fått sitt arbetstillstånd på grund av en enskild arbetsgivares arbetsbrist, därefter inte ska behöva arbeta för denna arbetsgivare.

Jag ser fördelar med ett återinförande av arbetsmarknadsprövningen och att göra arbetstillståndet fristående från arbetsgivaren, men risken att arbetskraftsinvandringen kanaliseras åt irreguljär arbetskraft är allt för stor. Ett återinförande verkar inte heller vara ett tänkbart alternativ för dagens lagstiftare. Därför diskuterar jag i den följande framställningen åtgärder som kan förbättra arbetsvillkoren för arbetskraftsinvandrarna utan ett återinförande.

6.4.2.2 Kräv bindande anställningsavtal för beviljande av arbetstillstånd

Blanketten ”Anställningserbjudande” ska ifyllas och av arbetsgivaren underskriven, lämnas in tillsammans med övriga ansökningshandlingar till Migrationsverket. Blanketten innehåller uppgifter om bland annat lön, arbetets omfattning och försäkringar. Det har från fackligt håll framförts att anställningserbjudandets rättsliga ställning bör stärkas eftersom det idag inte kan åberopas vid en eventuell tvist om arbetsvillkoren med arbetsgivaren. Då den svenska avtals- och arbetsrätten innebär att ett avtal ingås genom

²⁰¹ Jmfr TCO, *Så kan reglerna för arbetskraftsinvandring vårdas och förbättras*, 2012 s. 9.

anbud och accept kan inte endast ett *erbjudande* innebära ett bindande avtal. Detta har även Arbetsdomstolen slagit fast, även om den säger att en arbetstagare kan ha anledning att utgå från att det som anges i blanketten ska gälla för arbetet förutsatt att inte arbetsgivaren i samband med ingåendet av anställningen klargör annat.

Jag tror inte, på grund av det anförda, att man kan stärka själva anställningserbjudandets ställning. Däremot kan man genom en ändring i lagstiftningen kräva att arbetsgivaren eller arbetstagaren vid ansökningstillfället visar upp ett bindande anställningsavtal. I detta anställningsavtal kan man lätt infoga en klausul med förbehållet att anställningsavtalet endast gäller under förutsättning att arbetstagaren blir beviljad arbetstillstånd.

I EU:s blåkortsdirektiv samt i förslaget till säsongsarbetardirektiv anges uttryckligen att den sökande ska visa upp ett bindande anställningskontrakt, eller i enlighet med nationell lagstiftning, ett bindande anställningserbjudande. Så som den svenska lagstiftningen ser ut idag uppfylls inte dessa krav. Den svenska lagstiftningen måste alltså även ändras för att uppfylla blåkortsdirektivet och ett eventuellt säsongsarbetardirektiv. Ett bindande anställningsavtal är dessutom en förutsättning för en effektiv efterhandskontroll och för fastställandet av eventuella sanktioner.

6.4.2.3 Fackföreningen bör fokusera på informationsarbete

Enligt den svenska modellen har fackföreningen som en av arbetsmarknadens parter ett ansvar för att genom kollektivavtal reglera arbetsvillkoren. Enligt det som anförts tidigare är ett av de största problemen för fackföreningens arbete att en stor del av arbetskraftsinvandrarerna inte är fackligt anslutna och inte omfattas av kollektivavtal. På grund av detta är en av fackföreningarnas viktigaste uppgifter vad gäller arbetskraftsinvandrare att informera för att nå ut till dessa arbetstagare. Detta är en uppgift som fackföreningarna arbetar mycket med, bland annat med fokus på information i ett initialt skede.²⁰² Det är dock viktigt att detta arbete fortsätter och utvecklas för att om möjligt höja organisations- och täckningsgraden hos arbetskraftsinvandrarerna.

²⁰² Se exempelvis LO, *Fackliga verktyg för migranter*, 2008.

6.4.3 Pågående anställning

6.4.3.1 Efterhandskontroll

Åsikterna om Migrationsverkets skärpta kontroller av de arbetsgivare som vill anställa arbetskraft från tredjeländer går isär. Vissa anser att reglerna gör det svårt för mindre företag att anställa personer från länder utanför EU, andra menar att reglerna är tandlösa (avsnitt 3.3.2). Trots de olika åsikterna vad gäller dessa skärpta regler så har arbetsmarknadens olika parter något gemensamt: de förespråkar efterhandskontroll.

Eftersom fackföreningarna inte kan nå och hjälpa alla arbetskraftsinvandrare så måste staten ta sitt ansvar och lagstifta om efterhandskontroll. Migrationsverket är ingen tillsynsmyndighet och har enligt dagens lagstiftning inte möjlighet att göra någon efterhandskontroll. Även om Migrationsverkets skärpta regler är bra så räcker de inte.

TCO har lagt fram förslaget att samköra Skatteverkets register som innehåller uppgifter om skatt och sociala avgifter med Migrationsverkets register. Detta en är form av efterhandskontroll som TCO menar är enkel och billig att utföra. Jag anser att en efterhandskontroll enligt denna modell är ett bra alternativ, men det är viktigt att inte underskatta omfattningen av det arbete som krävs. Det första steget är att upptäcka felaktigheter men därefter krävs ytterligare åtgärder som till sist bör resultera i sanktioner mot de arbetsgivare som inte tillämpar kollektivavtalsenliga löner – ett arbete som kräver omfattande resurser. Jag anser att även Arbetsmiljöverkets register bör samköras med Migrationsverkets register. En samkörning med Skatteverkets register kan främst upptäcka felaktiga löneutbetalningar medan en samkörning med Arbetsmiljöverket kan upptäcka brott mot arbetsmiljö- och arbetstidslagen. En kombination av samkörningar mellan Migrationsverket och Skatteverket respektive Arbetsmiljöverket skulle därför vara den ultimata lösningen oaktat frågeställningar om integritet och dylikt.

6.4.3.2 Tydliga sanktioner mot arbetsgivaren

Om man bortser från de åtgärder som fackföreningarna kan vidta mot den arbetsgivare som inte uppfyllt villkoren i kollektivavtalet så saknas det sanktioner mot arbetsgivaren. Med tanke på att en betydande del av arbetskraftsinvandrarerna inte ens omfattas av kollektivavtal framstår detta som ännu allvarligare. Egentligen består den enda sanktionen i det svenska systemet av att arbetstillståndet blir återkallat – och denna sanktion är riktad mot arbetstagaren!

Här krävs ny lagstiftning med tydliga sanktioner mot de arbetsgivare som bryter mot reglerna genom att exempelvis inte ge den lön och andra arbetsvillkor som utlovades i ansökan.²⁰³ Visserligen kan en arbetsgivare på

²⁰³ Jmfr TCO, *Bättre kontroll för bibehållen öppenhet. Så kan reglerna för arbetskraftsinvandring vårdas och förbättras*, 2012 s. 17.

grund av Migrationsverkets skärpta regler få problem att på nytt anställa arbetskraftsinvandrare om denne inte betalat ut kollektivavtalsenlig lön, men det är inte en tillräcklig efterverkan.

6.4.4 Anställningens upphörande

6.4.4.1 Förlängning av tremånadersregeln

Om anställningen för en arbetstagare med tillfälligt arbetstillstånd upphör, kan uppehållstillståndet återkallas om inte arbetstagaren inom tre månader hittat ett nytt arbete. Ovan har jag redogjort för och diskuterat regeringens ståndpunkt: att dessa tre månader är tillräckligt lång tid för att arbetstagaren inte kommer i en allt för beroende ställning gentemot arbetsgivaren.

I förarbetena sägs att genom begränsning av tiden för att hitta arbete till tre månader uppnås syftet att ”minimera tiden för att samhällets stöd behöver tas i anspråk”. Om Sverige väljer att ha ett så pass öppet system för arbetskraftsinvandring som idag, så måste staten ta ansvar för dessa arbetstagare och deras rättigheter utan att oroa sig för att samhällets stöd måste tas i anspråk. Om regeringen vill dra nytta av tredjeländers arbetskraft så måste den också vara beredd att ta konsekvenserna som följer med denna arbetskraft. Dessutom kan arbetskraftsinvandraren vars anställning upphör ha hunnit arbeta och leva i Sverige i flera år och därigenom bidragit till den svenska statens kassa.

Då det första förslaget till ramdirektiv rent allmänt var mer rättighetsbaserat än de direktiv som sedermera kom att antas, anser jag att detta förslag till direktiv har ett större värde som förebild och vägledning för den svenska regleringen jämfört med de antagna direktiven. Regeringen bör därför förlänga tiden för att hitta nytt arbete, exempelvis med ytterligare tre månader. Detta är en enkel ändring med stor betydelse för arbetskraftsinvandrarerna.

6.4.4.2 Bevilja permanenta uppehållstillstånd

Efter att en arbetskraftsinvandrare arbetat och bott i Sverige med arbetstillstånd i två plus två år kan arbetstillståndet inte bli förlängt ytterligare en gång. Istället får personen i fråga ansöka om permanent uppehållstillstånd. Innan reformen år 2008 sågs utfärdande av arbetstillstånd som en åtgärd för ”täckande av tillfällig brist på arbetskraft” varför arbets- eller uppehållstillstånd efter förlängning inte beviljades på nytt. I förarbetena inför reformen menade dock regeringen att denna ordning ska förändras – att arbetstillståndet från början bör beviljas för en kortare tid men att tillståndet ska kunna övergå till ett permanent tillstånd att vistas och arbeta i Sverige.

Eftersom det ännu inte gått fyra år sedan reformen infördes är det för tidigt att se hur detta kommer tillämpas i praktiken. Anledningen till att vi i Sverige valt att ha ett så pass öppet system för arbetskraftsinvandring är

främst att locka hit arbetskraft som kan täcka vårt arbetskraftsbehov. Därför är det viktigt att vi även ger denna arbetskraft möjlighet att stanna i Sverige, på samma villkor och med samma trygghet som andra arbetstagare. Ett permanent uppehållstillstånd ger den självständighet gentemot arbetsgivaren och den trygghet som ett tillfälligt arbetstillstånd saknar. Om permanenta uppehållstillstånd inte beviljas efter fyra års arbete i Sverige innebär det att arbetskraftsinvandrarerna ifråga måste lämna landet varpå nya arbetskraftsinvandrare måste täcka det arbetskraftsbehov som uppstår. Dessa nya arbetskraftsinvandrare kommer endast att ha tillfälliga arbetstillstånd och därför befinna sig i en stark beroendeställning till arbetsgivare – vi kommer i så fall tillbaka på ruta ett.

Permanent uppehållstillstånd kan dessutom fungera som en livlina och en försäkring för de personer som funderar på att återvända till sitt ursprungsland: om läget i hemlandet förvärras finns det alltid en möjlighet att återvända till Sverige. Detta är en säkerhet som personer med tillfälliga uppehållstillstånd saknar vilket, paradoxalt nog innebär att permanenta uppehållstillstånd gör att fler invandrare återvänder till sitt hemland.²⁰⁴

Att bevilja permanenta arbetstillstånd och förändra regelverket enligt ovan föreslagna åtgärder skulle enligt min mening förbättra arbetskraftsinvandrarernas situation och minska deras utsatthet väsentligt.

²⁰⁴ Jmfr Pelling, Lisa, i SvD, *Brännpunkt – Bäddat för godtycke för arbetskraftsinvandrare*, 2011-11-10.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck - Sverige

Andra lagutskottets utlåtande nr. 32 år 1927

Arbetsmiljöverkets rapport 2012:4, *Migration, arbetsmiljö, hälsa.*

Arbetsmiljöverkets föreskrift AFS 1996:1, *Minderåriga.*

Faktapromemoria 2009/10:FPM124, *Direktiv om säsonganställning.*

Prop. 1927:198, *Kungl.Maj:ts proposition till riksdagen med förslag till lag om utlännings rätt att här i riket vistas.*

Prop. 1976/77:149, *om arbetsmiljölag m.m.*

Prop. 1977/78:162, *Om godkännande av Europarådets konvention om migrerande arbetstagares rättsställning.*

Prop. 1981/82:154, *om ny arbetstidslag m.m.*

Prop. 2010/11:89, *Ändrade regler om övertid och skyddskommitté.*

Prop. 2003/04:180, *Tydligare genomförande av EG:s arbetstidsdirektiv.*

Prop. 1979/80:96, *Med förslag till ny utlänningslag m.m.*

Prop. 1993/94:186, *Ändringar i arbetsmiljölagen.*

Prop. 1997/98:36, *Återkallelse av uppehållstillstånd.*

Prop. 1999/2000:43, *Upphållstillstånd på grund av anknytning.*

Prop. 1999/2000:141, *Lag om ändring i arbetsmiljölagen m.m.*

Prop. 2001/02:145, *Ändringar i arbetsmiljölagen.*

Prop. 2003/04:25, *Europeiska unionens utvidgning 2004.*

Prop. 2005/06:77, *Genomförande av EG-direktiven om unionsmedborgares rörlighet inom EU och om varaktigt bosatta tredjelandsmedborgares ställning.*

Prop. 2007/08:147, *Nya regler för arbetskraftsinvandring.*

Regeringens skrivelse 2003/04:119, *Särskilda regler under en övergångsperiod för arbetstagare från nya medlemsstater enligt anslutningsfördraget.*

SOU 1974:69, *Invandrarutredningen 3. Invandrarna och minoriteterna.*

SOU 2002:116, *EU:s utvidgning och arbetskraftens rörlighet.*

SOU 2005:89, *Bevakning av kollektivavtals efterlevnad.*

SOU 2006:87, *Arbetskraftsinvandring – förslag och konsekvenser.*

SOU 2011:28, *Cirkulär migration och utveckling – förslag och framåtblick.*

Svar på skriftlig fråga 2011/12:17, *Social dumpning.*

Offentligt tryck - EU

KOM (2010) 379, *Kommissionens förslag till direktiv om villkor för inresa och vistelse för säsongsarbetande tredjelandsmedborgare.*

Pressmeddelande från Europeiska Kommissionen, *EU-blåkort för kvalificerade migranter – sex EU-länder bryter mot EU-lagstiftningen.*

Doktrin och övrig litteratur

Alston, Philip, *Labour Rights as Human Rights*, OUP Oxford, Oxford 2005.

Apap, Joanna, *The rights of immigrant workers in the European Union*, Kluwer Law International, Haag/London/New York 2002.

Boeles, Pieter m.fl., *European Migration Law*, Intersentia, Antwerpen/Oxford/Portland 2009.

Calleman, Catharina, *Arbetskraftsmigration, arbetsgivarmakt och mänskliga rättigheter*, I: *Vänbok till Claes Sandgren – Utblick och inblick*, Iustus Förlag, Uppsala 2012, s. 119-137.

Eklund, Ronnie, *Att ingå avtal om anställning – ett blad ur Arbetsdomstolens praxis*, I: Bernitz, Ulf m.fl. (red.), *Festskrift till Jan Ramberg*, Juristförlaget, Stockholm 1996.

Ericson, Bo och Gustafsson, Kerstin, *Arbetsmiljölagen med kommentar*, Norstedts, Stockholm 2011.

Frank, Denis, *Staten, företagen och arbetskraftsinvandringen – en studie av invandringspolitiken i Sverige och rekryteringen av utländska arbetare 1960-1972*, Växjö University Press, Växjö 2005.

Guchteneire, Paul de (red) m.fl., *Migration and human rights. The United Nations Convention on migrant worker's rights*, Cambridge University Press, Cambridge 2009.

Herzfeld Olsson, Petra, EU:s framväxande regelverk om arbetskraft från tredjeland – en splittrad union på villovägar, I: Bakardijeva Engelbrekt, Antonina m.fl. (red.), *Arbetslöshet, migrationspolitik och nationalism – hot mot EU:s sammanhållning? Europaperspektiv 2012*, Santérus Förlag, Stockholm 2012.

Herzfeld Olsson, Petra, *Facklig föreningsfrihet som mänsklig rättighet*, Iustus, Uppsala 2003.

Holm, Emma, *Fri rörlighet för familjer. En normativ analys av föräldrapenningen och EU-rätten*, Juristförlaget i Lund, Lund 2010.

Inghammar, Andreas, The employment contract revisited. Undocumented migrant workers and the intersection between international standards, immigration policy and employment law, I: *European Journal of Migration and Law* 12 Vol. 12 2010, s. 193-214.

Källström, Kent och Malmberg, Jonas, *Anställningsförhållandet. Inledning till den individuella arbetsrätten*, 2 uppl., Iustus Förlag, Uppsala 2009.

Lodenus, Anna-Lena och Wingborg, Mats, *Migrantarbetare. Grundkurs om rörlighet, rättigheter och globalisering*, Premiss Förlag, Stockholm 2008.

Lundh, Christer och Ohlsson, Rolf, *Från arbetskraftsimport till flyktinginvandring*, 2 uppl., SNS Förlag, Stockholm 1999.

Lunning, Lars och Toijer, Gudmund, *Anställningsskydd. En lagkommentar*, 10 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm 2010.

Nyström, Birgitta, *EU och arbetsrätten*, 4 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm 2011.

Olofsson, Jonas och Wadensjö, Eskil, *Arbetsmarknadspolitik. Förändrade förutsättningar och nya aktörer*, SNS Förlag, Stockholm 2009.

Olsson, Lars, Hundra år av arbetskraftsinvandringen: från kapitalismens genombrott till folkhemsbygget i Sverige, I: Ekberg, Jan (red.), *Invandring till Sverige – orsaker och effekter*, Växjö University Press, Växjö 2003.

Peczenik, Alexander, *Juridikens teori och metod: en introduktion till allmän rättslära*, Norstedts Juridik, Stockholm 1995.

Sandgren, Claes, Är rättsdogmatiken dogmatisk?, I: *Tidskrift for Rettsvitenskap* 04-05/2005, s. 648-656.

Schmidt, Folke, *Facklig arbetsrätt*, Norstedts Juridik, Stockholm 2008.

Wiesbrock, Anja, *Legal Migration to the European Union. Immigration and asylum law and policy in Europe*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston 2010.

Wikrén, Gerhard och Sandesjö, Håkan, *Utlänningslagen med kommentarer*, 9 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm 2010.

Dagspress

DN, artikelserien *I nytt land*.

DN, *Regler för arbetstillstånd skärps*, 2011-11-23.

DN, SvD, Rapport m fl., *OECD: Dålig koll på arbetsvillkor*, 2011-11-06.

Göteborgsposten, *EU måste öppna för arbetskraftsinvandring*, 2007-10-10.

LO-tidningen, *Färre bärplockare i år – men bättre arbetsvillkor*, 2011-07-01.

LO-tidningen, *Invandrare lämnar fack och a-kassa*, 2011-03-11.

SvD, *Brännpunkt- Arbetsgivarna måste kunna kontrolleras*, 2012-02-05.

SvD, *Brännpunkt- Bara mer av samma tandlöshet*, 2012-01-31.

SvD, *Vår satsning hindrar att människor far illa*, 2012-01-30.

SvD, *Brännpunkt- Migrationsverket går för långt*, 2012-01-25.

SvD, *Brännpunkt- Bäddat för godtycke för arbetskraftsinvandrare*, 2011-11-10.

SvD, *Vidrigt utnyttjande måste stoppas*, 2011-07-17.

SvD, *Stoppa rovdriften på arbetskraft*, 2010-11-21.

Hemsidor:

Europa.eu: *Pressmeddelande från Europeiska Kommissionen, "EU-blåkort för kvalificerade migranter – sex EU-länder bryter mot EU-lagstiftningen"*, 2011-10-27. Hämtad 2012-02-12 från:

<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/11/1247&format=HTML&aged=1&language=SW&guiLanguage=en>

Europa.eu, *Haagprogrammet: tio prioriteringar för de kommande fem åren*, 2009-11-13. Hämtad 2012-02-03 från: http://europa.eu/legislation_summaries/human_rights/fundamental_rights_within_european_union/116002_sv.htm

Ilolex, *Convention No. C097 och Convention No. C143*. Hämtad 2012-03-04 från: www.ilo.org/ilolex/english/convdisp1.htm

Migrationsverket: *Väntetider för arbetstillstånd*, 2012-02-27. Hämtad 2012-03-02 från: www.migrationsverket.se/info/2272.html

Migrationsverket: *Skärpt utredning och kontroll för vissa branscher*, 2012-01-23. Hämtad 2012-02-03 från: www.migrationsverket.se/info/5189.html

Migrationsverket: *Översikt av beviljade arbets- och uppehållstillstånd åren 2005-2011*. Hämtad 2012-02-19 från: www.migrationsverket.se/download/18.95fff51133976f7baf800032503/Översikt-2005-2011.pdf

Migrationsverket, *Riktlinjer 2012 för företagare som erbjuder anställning till bärplockare från tredjeland*. Hämtad 2012-03-16 från: www.migrationsverket.se/download/18.7fb5ae7d1357d06181880001291/Bilaga_bärplock2_120217.pdf

Migrationsverket, *Beviljade arbetstillstånd helåret 2011*. Hämtad: 2012-02-11 från: <http://www.migrationsverket.se/download/18.46b604a812cbcdd7dba800027742/Beviljade+arbetstillstånd+2011+-+Work+permits+granted+2011.pdf>

Migrationsverket : *Skärpta regler för att motverka skenanställningar*. 2011-11-23. Hämtad 2012-02-03 från: www.migrationsverket.se/info/5091.html

Migrationsverket: *Nytt certifieringssystem för företag*, 2011-09-30. Hämtad 2012-02-03 från: www.migrationsverket.se/info/4650.html

Migrationsverket: *Stor minskning av antalet bärplockare*, 2011-08-10. Hämtad 2012-02-19 från: www.migrationsverket.se/info/4369.html

Migrationsverket: *För dig som vill anlita utländska bärplockare*, 2011-04-08. Hämtad 2012-02-03 från: www.migrationsverket.se/info/2106.html

Migrationsverket: *Uppskjuten invandringsprövning*, 2010-01-22. Hämtad 2012-02-19 från: www.migrationsverket.se/info/732.html

OECD, *About the Organisation for Economic Co-operation and Development*, 2012-02-28. Hämtad 2012-02-28 från: www.oecd.org/pages/0,3417,en_36734052_36734103_1_1_1_1_1,00.html

OECD, *Swedish labour migration reform working well but needs more monitoring, says OECD*, 2011-12-19. Hämtad 2012-02-28 från: http://www.oecd.org/document/36/0,3746,en_21571361_44315115_49267172_1_1_1_1,00.html, 2011-12-19

Regeringen: *Stockholmsprogrammet*, 2010-12-22. Hämtad 2012-02-03 från: www.regeringen.se/sb/d/11627/a/119953

Rapporter

Hotell- och Restaurangfacket, *Slutrapport Migrationsprojektet*, 2011.

LO, *Fackliga verktyg för migranter*, 2008

Medlingsinstitutets rapport, *Avtalsrörelsen och lönebildningen 2011*.

Migrationsverkets rapport 2:2010, *Migration 2000-2010*.

Nordens fackliga samorganisations rapport, *Arbetskraftens rörlighet efter EU:s utvidgning 2004*, 2006.

OECD, *Recruiting immigrant workers*, 2011.

TCO, *Bättre kontroll för bibehållen öppenhet – Så kan reglerna för arbetskraftsinvandring förbättras*, 2012.

TCO, *Så kan reglerna för arbetskraftsinvandring vårdas och förbättras*, 2010.

Intervjuer

Engblom, Samuel, *jurist på TCO*, 2012-02-20.

Fogelberg, Anders, *arbetsmarknadsexpert på Företagarna*, 2012-02-21.

Jansson, Elin, *departementssekreterare på Enheten för migration och asylopolitik, Justitiedepartementet*, 2012-03-01.

Nordegran, Susanna, *jurist på Arbetsmiljöverkets juridiska enhet*, 2012-02-23.

Ramirez, Jorge, *beslutsfattare på Migrationsverkets arbetstillståndsenhet Stockholm*, 2012-02-21.

Ylikivelä, Rita, *Migrationsverkets statistikfunktion*, 2012-02-29.

Rättsfallsförteckning

Arbetsdomstolen

AD 1964 nr 25

AD 1977 nr 62

AD 1977 nr 203

AD 1979 nr 90

AD 1984 nr 8

AD 1984 nr 79

AD 1986 nr 24

AD 1988 nr 56

AD 1989 nr 166

AD 1990 nr 33

AD 1992 nr 16

AD 2006 nr 76

AD 2007 nr 1

EU-domstolen

Mål C-200/02 *Zhu och Chen*