



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Emma Unnborn Rydén

Kompetensutvisningar

Små brister med stora konsekvenser

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats

Kandidatuppsats på juristprogrammet

15 högskolepoäng

Handledare: Anna Zemskova

Termin: Vårterminen 2024

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
1 INTRODUKTION	3
1.1 Bakgrund	3
1.2 Syfte och frågeställningar	4
1.3 Teori och metod	4
1.4 Avgränsningar	6
1.5 Material.....	6
1.6 Forskningsläget	7
1.7 Uppsatsens disposition.....	7
2 TIDIGARE REGLERING AV ARBETSTILLSTÅND OCH UPPEHÅLLSTILLSTÅND	9
2.1 Arbetsstillstånd	9
2.2 Uppehållstillstånd	10
3 RELEVANTA RÄTTSFALL	12
3.1 MIG 2015:11	12
3.2 MIG 2015:20	14
3.3 MIG 2017:24	15
3.4 MIG 2017:25	18
4 RÄTTsutveckling och gällande rätt	20
4.1 Arbetsstillstånd	20
4.2 Uppehållstillstånd	23
5 DET NYA DIREKTIVET	25
6 ANALYS OCH SLUTSATS	28
KÄLLFÖRTECKNING.....	31

Summary

During the year 2015 so called competence deportations became a phenomenon because of several verdicts from the Migration Court of Appeal. The meaning of the expression is that immigrants were denied continued work permits because of minor flaws in their applications. These flaws consisted of too little income compared to the boundary set up by the Swedish Migration Agency, lack of insurance or that the income did not meet the level of pay required in the relevant collective agreement.

Legislative amendments were introduced to reduce the occurrence of competence deportations and has led to a decrease in competence deportations. The combination of the precedents set by the court and the legislative amendments can be seen as a good example of effective legislation that has handled the issue quite well. A consequence of the legislative amendments is that the application process takes even more time than previously because the new rules are more complicated than before.

A revised version of an EU directive can change the rules yet again. The original directive from 2011 has been revised to improve the rules and the conditions for third-country workers in the EU. The focus of the revision is to shorten the application procedure, but the revision can also come to change the assessment made during the application process for work permits. The news would amount to that the specific circumstances of the case and the principle of proportionality should be considered when an application is rejected, when it is appropriate.

The directive can therefore bring new legislative changes in this legal area and reduce the risk of competence deportations occurring.

Sammanfattning

Kompetensutvisningar blev ett fenomen under 2015 i samband med ett antal rättsfall från Migrationsöverdomstolen. Innebörden var att personer med uppehållstillstånd på grund av arbete fick avslag på sina ansökningar om förlängning av sina uppehållstillstånd på grund av mindre brister. Bristerna utgjordes bland annat av att lönen inte hade nått upp till försörjningskravet uppställt av Migrationsverket, försäkringar saknades eller att lönen understeg en kollektivavtalsenlig nivå.

Lagändringar introducerades därför för att motverka förekomsten av kompetensutvisningar och har bidragit till att kompetensutvisningar inte förekommer i lika stor utsträckning längre. Generellt kan kombinationen av rättspraxis och lagändringarna ses som ett bra exempel på effektiv lagstiftning och en positiv rättsutveckling som verkar ha fått bukt på problemet. En konsekvens av lagändringarna har dock blivit att ansökningsförfarandet tar ännu längre tid än tidigare eftersom reglerna blivit mer komplicerade.

En omarbetning av ett direktiv från EU kan nu komma att förändra reglerna ytterligare. Det ursprungliga direktivet från 2011 har arbetats om för att förbättra reglerna och därigenom också förutsättningarna för tredjelandsmedborgare som arbetar inom EU. Framför allt ska ansökningsförfarandena förkortas, men det innehåller även en ändring som kan komma att påverka bedömningen vid ansökningar om uppehållstillstånd på grund av arbete. Nyheten innebär att omständigheterna i ärendet och proportionalitetsprincipen ska beaktas vid ett avslag av en sådan ansökan, när så är lämpligt.

Direktivet kan därför innebära ytterligare förändringar av lagstiftningen på området och bidra till att minska risken för att kompetensutvisningar sker.

1 Introduktion

1.1 Bakgrund

Begreppet *kompetensutvisningar* myntades av Svenska Dagbladet 2017.¹ Ordet, eller fenomenet, betyder att mindre misstag kan innebära att en kompetent person med eftertraktade kunskaper utvisas, trots att man har en anställning med bra villkor hos en seriös arbetsgivare.² Ur ett juridiskt perspektiv innebär kompetensutvisning att en utlänning utvisas på grund av mindre avvikelser i anställningsvillkoren eller att det förekommer försumbara brister gällande förutsättningarna för uppehållstillstånd av anledningar som går att ursäkta. Problemet med kompetensutvisningar kom bland annat från den dåvarande utformningen av 7 kap 7 e § utlänningslagen (2005:716), UtlL, gällande förlängning av arbetstillstånd.³

Vid kompetensutvisningar är problemet att två olika intressen krockar med varandra. Bestämmelserna om arbetstillstånd och uppehållstillstånd ska både bidra till ett öppet system som ska stimulera arbetskraftsinvandring, men ska också motverka oseriösa arbetsgivare från att anställa människor från utlandet med bristfälliga arbetsvillkor.⁴ I situationer där en kompetensutvisning sker blir effekten att seriösa arbetsgivare hindras från att anställa kompetenta arbetstagare från utlandet, som dessutom inte har misskött sig under tidigare tillståndsperioder, eller på något annat sätt belastat systemet.

Efter en period under de senaste åren där kompetensutvisningar inte längre framstår vara lika aktuellt kan ny lagstiftning från EU innebära positiva förändringar i att ytterligare motarbeta kompetensutvisningar. Ett nytt direktiv, direktiv (EU) 2024/1233, har nyligen godkänts och kan komma att innebära förändringar i hur bedömningen vid arbetstillstånd och uppehållstillstånd ska göras.

¹ The Local.se, 'Swedish word of the day: kompetensutvisning' (2019).

² Timbro.se, 'Ingen vill ta ansvar för kompetensutvisningar' (2021); Språktidningen.se, 'Veckans nyord: Kompetensutvisning' (2017).

³ SOU 2021:5 s. 133 f.

⁴ SOU 2021:5 s. 133.

1.2 Syfte och frågeställningar

Syftet med arbetet är att undersöka dels hur problematiken kring kompetensutvisningar har sett ut, vilka lagändringar som har gjorts på området och vilken förändring lagändringarna har inneburit. I och med det nya direktivet syftar även uppsatsen till att undersöka vilken påverkan det kan komma att få vid ansökningar om arbetstillstånd.

Frågeställningar:

- Hur har rättsutvecklingen sett ut gällande regleringen som berörs vid kompetensutvisningar?
- Vilken effekt kan det nya direktivet få för hur bedömningen kan komma att göras när det inkorporerats i svensk rätt?
- Hur skiljer sig denna bedömning från hur den görs idag?

1.3 Teori och metod

I uppsatsen har främst den rättsdogmatiska metoden använts. Den rättsdogmatiska metoden har sin utgångspunkt i en undersökning av lagstiftning, rättspraxis, lagförarbeten och rättsdogmatisk litteratur.⁵ En rättsdogmatisk analys innebär att olika delar av rättskälleläran analyseras för att slutligen spegla gällande rätt, eller i alla fall hur den uppfattas i ett visst sammanhang.⁶ I arbetet har både gällande rätt och tidigare gällande rätt granskats för att ge en bild av hur rättsutvecklingen har sett ut på området.

Det nya direktivet som behandlas i uppsatsen har ännu inte trätt i kraft och har därför inte implementerats i svensk rätt. Medlemsstaterna har två år på sig att införliva direktivet och se till att landets lagstiftning är i linje med direktivet.⁷ Direktivet är därmed inte gällande rätt i skrivande stund, men eftersom medlemsstaterna måste agera i enlighet med direktivet från ikraftträdandet så

⁵ Jan Kleineman i Nääv & Zamboni (2018) s. 21.

⁶ Nääv & Zamboni (2018) s. 26.

⁷ Art. 18 och 20 i direktiv (EU) 2024/1233.

påverkas svensk rätt av direktivet redan från 20 maj 2024. Av detta skäl är det därför relevant att beakta detta vid en analys av det gällande rättsläget.

Enligt bland annat Jan Kleineman och Nils Jareborg finns det inom den rättsdogmatiska argumentationen också utrymme för en mer kritisk rättsdogmatisk analys. I den kritiska rättsdogmatiken går man utanför vad som utgör gällande rätt. Utifrån slutsatserna av vad gällande rätt innebär kan man forma egna argument för att visa på att rättsläget inte är tillfredsställande och att den därför bör ändras. Detta genom att man identifierar brister och föreslår ändringar.⁸ Jareborg menar också att man kan gå utanför gällande rätt för att vidga perspektivet vid en rättsdogmatisk argumentation.⁹

I uppsatsen kommer proportionalitetsprincipen behandlas och därför följer här en kort genomgång av vad principen innebär.

Proportionalitetsprincipen är en rättssäkerhetsprincip som ska hindra att alltför ingripande åtgärder drabbar en enskild person vid myndighetsutövande. Det innebär att åtgärder mot en enskild person endast får vidtas om ingreppet som åtgärden innebär för den enskilde är rimligt i förhållande till syftet för åtgärden.¹⁰ Principen återfinns på flera ställen i svensk lag, bland annat i 5 § tredje stycket förvaltningslagen (2017:900). Proportionalitetsprincipen gäller därför vid all offentlig förvaltning i Sverige.¹¹

I EU:s rättsordning är proportionalitetsprincipen central och i princip grundläggande vid tillämpning av sekundärrätt.¹² Det finns flera varianter av proportionalitetsprincipen i EU-rätten, bland annat den som följer av artikel 5.4 i Fördraget om Europeiska unionen funktionssätt (FEUF) och den som följer av artikel 51 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna. I det här arbetet kommer dock fokus vara den proportionalitetsprincip

⁸ Nääv och Zamboni (2018) s. 40.

⁹ Jareborg (2004) s. 4.

¹⁰ <<https://www.aklagare.se/ordlista/p/proportionalitetsprincipen/>> (besökt (2024-05-18)).

¹¹ Lundmark & Säfsen, Förvaltningslagen (9 juni 2023, Version 1B, JUNO) kommentaren till 5 §.

¹² Lundmark & Säfsen, Förvaltningslagen (9 juni 2023, Version 1B, JUNO) kommentaren till 5 §.

som fokuserar på relationen mellan myndighet och en enskild person, som beskrivet ovan.

1.4 Avgränsningar

På grund av det begränsade utrymmet har fokus lagts på att ge en översiktlig bild över hur rättsutvecklingen har sett ut för vissa relevanta paragrafer. Urvalet har gjorts genom att de paragrafer som har stått i fokus i de relevanta rättsfallen har valts ut och granskats närmare.

Uppsatsens syfte är inte att granska situationer med arbetskraft från EU- eller ESS-länder, utan endast från tredjeland, eftersom det endast är i dessa situationer kompetensutvisningar förekommer. Det finns därför ingen anledning att, i det här arbetet, granska situationer med EU-medborgare närmare.

De granskade rättsfallen har valts ut eftersom de, efter efterforskningar, framstår som de mest relevanta för utvecklingen kring kompetensutvisningar. Fler rättsfall än de som valts ut existerar och hade bidragit med ytterligare perspektiv och exempel, men det begränsade utrymmet krävde ett begränsat antal.

1.5 Material

Materialet som har använts är främst tidigare och gällande lagstiftning, samt förestående propositioner och förarbeten. Utöver det har rättsfall från Migrationsöverdomstolen använts för att ge en bild av praxis på området. För att belysa den EU-rättsliga aspekten har även några direktiv granskats. Vidare har även några relevanta hemsidor, främst Migrationsverkets hemsida, använts.

För att ge uppsatsen kontext och sätta informationen i ett sammanhang har även ett fåtal artiklar använts, främst för att belysa själva begreppet kompetensutvisningar ur ett annat perspektiv än det juridiska.

Som ovan nämnt har rättsfallen valts ut efter en granskning av rättsfall från Migrationsöverdomstolen som har handlat om kompetensutvisningar. Vägledning har också tagits från bland annat SOU 2021:5 och i prop. 2021/22:134 där rättsfallen lyfts och framstår som en viktig faktor för de efterföljande lagändringarna.

1.6 Forskningsläget

I mina efterforskningar efter material till den här uppsatsen lämnades jag med uppfattningen att den här delen av migrationsrätten inte får särskilt mycket uppmärksamhet. Material om specifikt kompetensutvisningar var ännu svårare att hitta. Fokus framstår främst vara på huvudsakligen asylrätten och inte på exempelvis reglerna om uppehållstillstånd på grund av arbete.

En uppsats hittades som delvis berörde samma rättsområde. Emina Sefic, på Ekonomihögskolan vid Lunds universitet, har skrivit en masteruppsats i arbetsrätt om samverkan mellan arbetsrätten och migrationsrätten. Uppsatsens fokus var på tredjelandsmedborgare ställning på arbetsmarknaden. Den skrevs under vårterminen 2022.

1.7 Uppsatsens disposition

Uppsatsen tar sin början i en granskning av lagstiftningen som gällde vid tiden för det första rättsfallet för att ge ett perspektiv på hur rättsläget såg ut innan de relevanta ändringarna av praxis och lagändringarna genomfördes.

Detta följs av en genomgång av de aktuella rättsfallen för att ge en förståelse för de faktiska omständigheterna och vad som gav upphov till vågen av kompetensutvisningar under tidsperioden.

Sedan granskas de lagändringar som skett från tiden innan rättsfallen, ca 2014–2015, till hur lagstiftningen ser ut i maj 2024. De flesta av dessa lagändringar trädde i kraft i juni 2022 och är gällande rätt i skrivande stund.

Därefter kommer de förändringar som är aktuella för kompetensutvisningar i det nya direktivet gås igenom.

Slutligen avslutas uppsatsen med en analys av det presenterade materialet och de slutgiltiga tankarna presenteras i slutsatsen.

2 Tidigare reglering av arbetstillstånd och uppehållstillstånd

För att få lov att arbeta i Sverige som tredjelandsmedborgare krävs att man beviljats ett arbetstillstånd.¹³ Detta gäller inte om ett permanent uppehållstillstånd redan har tilldelats, eller om andra regler gäller.¹⁴

I 6 kap UtL återfinns regleringen av arbetstillstånd. För att få ett arbetstillstånd krävs att vissa krav är uppfyllda.¹⁵

2.1 Arbetstillstånd

I 6 kap 1 § UtL angavs att ett arbetstillstånd skulle gälla för en viss tid. Ett arbetstillstånd fick även avse en viss typ av arbete och förenas med nödvändiga villkor.¹⁶

Förutsättningarna för att beviljas ett arbetstillstånd angavs i 6 kap 2 § UtL. Arbetstillstånd fick ges till en person som hade erbjudits en anställning om anställningen gjorde det möjligt för personen att försörja sig och lönen, försäkringsskyddet och övriga villkor inte var sämre än vad som följde av svenska kollektivavtal eller branschpraxis.¹⁷

6 kap 2 a § UtL angav att tidsgränsen för hur lång tid ett arbetstillstånd, som tilldelats enligt 2 §, fick gälla var 2 år och fick inte avse en längre tid än anställningstiden. Det andra stycket talade om att den sammanlagda tillståndstiden inte fick överstiga 4 år, med undantaget att vid förekomsten av särskilda skäl kunde tiden utsträckas till totalt 6 år. I tredje stycket angavs att arbetstillståndet skulle knytas till en viss arbetsgivare och till en viss typ av arbete.¹⁸

¹³ 2 kap 7 § UtL i SFS 2005:716.

¹⁴ 2 kap 8 c § UtL i SFS 2014:198.

¹⁵ Se till exempel 6 kap 2 § UtL.

¹⁶ SFS 2014:198.

¹⁷ SFS 2008:884.

¹⁸ SFS 2014:777.

Efter 2 års sammanlagd tillståndstid skulle arbetstillståndet endast knytas till en viss typ av arbete.¹⁹

Återkallelse av uppehållstillstånd reglerades i 7 kap 7 e § UtL. Upphållstillstånd på grund av arbete skulle återkallas om förutsättningarna enligt 6 kap 2 § första stycket UtL inte längre var uppfyllda eller om personen inte påbörjat arbetet inom 4 månader från att tillståndet börjat gälla. Att anställningen hade upphört var dock inte en sådan förutsättning.²⁰ Vidare hänvisades till 7 kap 3 § första stycket 2 UtL i paragrafens tredje stycke. Detta gällde i situationer där anställningen hade upphört efter att utlänningen hade underrättats om att en utredning om återkallelse hade påbörjats, men där beslut ännu inte hade tagits. Då gällde i stället bestämmelserna om återkallelse i 7 kap 3 § första stycket 2 UtL. Återkallelse behövde inte ske om utlänningen inom fyra månader hade fått en ny anställning som omfattas av arbetstillståndet, eller inom samma tid ansökt om arbetstillstånd för en ny anställning och ansökan beviljats.²¹

2.2 Upphållstillstånd

2 kap 5 § UtL angav att om en utlänning skulle vistas längre än tre månader i Sverige så krävdes ett uppehållstillstånd.²²

I 5 kap 10 § UtL reglerades tidsbegränsade uppehållstillstånd på grund av arbete, studier eller besök. Regleringen omfattade även tidsbegränsade uppehållstillstånd på grund av bedrivande av näringsverksamhet.²³

Permanent uppehållstillstånd på grund av exempelvis arbete eller näringsverksamhet reglerades i 5 kap 5 § UtL. Regleringen angav att ett permanent uppehållstillstånd fick beviljas om personen i fråga, under de senaste sju åren, sammanlagt haft antingen uppehållstillstånd för arbete eller uppehållstillstånd för studier på forskarnivå i totalt fyra år. Upphållstillstånd fick även beviljas

¹⁹ SFS 2014:777.

²⁰ SFS 2014:776.

²¹ SFS 2014:776; SFS 2008:884.

²² SFS 2014:198.

²³ SFS 2008:884.

för personer som inte innehade en anställning, men som på annat sätt hade sin försörjning ordnad. Om personen planerade att bedriva näringsverksamhet skulle personen ha förmågan att bedriva den aktuella verksamheten. Även EU-blåkort utfärdat av Sverige berördes i paragrafen, och gällde parallellt med förutsättningen om arbetstillstånd. Dessa var därför alternativa och kravet kunde uppfyllas oavsett om man innehaft uppehållstillstånd för arbete eller EU-blåkort.²⁴ EU-blåkort kunde tilldelas tredjelandsmedborgare som hade fått ett erbjudande om en högkvalificerad anställning och som även uppfyllde övriga krav. Bland dessa krav fanns kravet på att månadslönen skulle uppfylla lönetröskeln på minst en och en halv svensk genomsnittslön.²⁵

²⁴ SFS 2014:777.

²⁵ 6 a kap 1 § i SFS 2013:606.

3 Relevanta rättsfall

3.1 MIG 2015:11

Målet rör en amerikansk kvinna som först ansökte om uppehållstillstånd och arbetstillstånd i september 2010. Tjänsten hon erbjudits var en tillsvidare-tjänst på deltid med en arbetsgrad på 80 procent. Heltidslönen före skatt angavs vara 18 750 kr, med en deltidslön på 15 000 kr per månad. Migrationsverket beviljade ansökan och uppehållstillstånd och arbetstillstånd tilldelades för perioden 1 april 2011 till 1 april 2013.²⁶

I mars 2013 ansökte kvinnan om att förlänga sitt uppehållstillstånd och arbetstillstånd. Anställningen var i princip densamma, med skillnaden att lönen skulle vara 15 200 kr i stället för 15 000 kr. Av uppgifterna som bifogades till ansökan kunde utläsas att den genomsnittliga månadslönen för året 2012, samt januari och februari 2013, var ca 12 000 kr per månad. Migrationsverket avslag ansökan med motiveringen att kraven för att beviljas fortsatt uppehållstillstånd och arbetstillstånd inte var uppfyllda. Bristen var att lönen under perioder understeg verkets försörjningskrav på 13 000 kr brutto per månad, trots att den ursprungliga ansökan angav att lönen skulle vara 15 000 kr per månad. Kvinnan svarade Migrationsverket att anledningen till detta varit att hon arbetat mindre för att spendera mer tid åt att lära sig svenska. Hennes lön hade justerats i mars 2013 till 15 200 kr per månad och höjningen gällde från och med januari 2013. Mellanskillnaden i lön från januari och februari 2013 betalades ut retroaktivt. Under 2014 höjdes hennes lön ytterligare till 16 200 kr. Migrationsverket beslutade trots detta att avslå ansökan med anledningen att försörjningskravet inte var uppfyllt.²⁷

Migrationsdomstolen (Förvaltningsrätten i Stockholm) delade inte Migrationsverkets bedömning och beviljade kvinnan tidsbegränsat uppehållstillstånd och arbetstillstånd. Domstolen menade, i likhet med Migrationsverket, att lönen under perioder hade understigit försörjningskravet under delar av

²⁶ MIG 2015:11.

²⁷ MIG 2015:11.

tillståndstiden, men att bristen hade åtgärdats av arbetsgivaren och att det inte fanns anledning att tro att arbetsgivaren skulle vara oseriös.²⁸

Migrationsverket överklagade domen till Migrationsöverdomstolen (Kammarrätten i Stockholm) med motiveringen att det är först vid en förlängningsansökan som verket kan granska om förutsättningarna för det tidigare tillståndet har uppfyllts. Dessutom menade Migrationsverket att uppfattningen var att en förlängningsansökan kräver, precis som vid en första ansökan, att kraven är uppfyllda, och om de inte är uppfyllda så ska ansökan avslås.²⁹

Migrationsöverdomstolen konstaterade att bestämmelsen i 6 kap 2 § UtIL är fakultativ och att det därför inte finns någon ovillkorlig rätt att få ett arbetstillstånd. Migrationsverket ska i sin prövning av arbetstillstånd arbeta för att motverka oseriösa arbetsgivare och skenavtal. Migrationsöverdomstolen konstaterade också att regeln i 7 kap 7 e § UtIL var att återkallelse var obligatoriskt när förutsättningarna inte var uppfyllda och menar att detta förhållningssätt också bör gälla vid prövningen av om ett förlängt arbetstillstånd ska beviljas.³⁰

För att beviljas ett förlängt arbetstillstånd krävs därför att förutsättningarna för det tidigare tillståndet är uppfyllda. I detta inkluderas att försörjningskravet i 6 kap 2 § första stycket UtIL är uppfyllt. Migrationsverkets bedömning var att försörjningskravet utgjordes av minst 13 000 kr brutto och Migrationsöverdomstolen slog fast att tolkningen var rimlig och fick godtas. Därmed slog domstolen fast att anställningen i fråga inte hade uppfyllt försörjningskravet och att Migrationsverket hade agerat korrekt när verket avslög ansökan om förlängning av tillståndet.³¹

²⁸ MIG 2015:11.

²⁹ MIG 2015:11.

³⁰ MIG 2015:11.

³¹ MIG 2015:11.

3.2 MIG 2015:20

En man, från ett ospecificerat land, hade vid processens inledning i april 2013 haft uppehållstillstånd och arbetstillstånd sen juli 2009. Ansökan rörde permanent uppehållstillstånd, samt i andra hand tidsbegränsat uppehållstillstånd, på grund av en ny tillsvidareanställning. Migrationsverket avslag ansökan med motiveringen att lönen hade varit så pass låg, som mest en genomsnittslön på 10 600 kr per månad, under de tidigare åren att han inte kunde anses ha en så pass stark anknytning till Sverige och den svenska arbetsmarknaden att ett permanent uppehållstillstånd kunde tilldelas. Förlängt arbetstillstånd beviljades inte heller eftersom Migrationsverket inte ansåg att en ny tillsvidareanställning var ett sådant särskilt skäl som krävdes för att beviljas ytterligare två års tillstånd.³²

Mannen överklagade Migrationsverkets beslut och anförde att anledningen till den låga lönen var att arbetsgivaren inte haft ekonomiska möjligheter att erbjuda honom mer än 50 % sysselsättningsgrad. Han hade aldrig behövt försörjningsstöd och hade sen maj 2013 en anställning med en lön som översteg försörjningskravet. Migrationsdomstolen (Förvaltningsrätten i Malmö) avslag överklagandet på grunden att lönen under långa perioder understigit försörjningskravet. Eftersom försörjningskravet inte var uppfyllt, samt att sysselsättningsgraden hade varit så pass låg, menade domstolen att han inte kan ha bidragit till samhällsutvecklingen och därför inte heller ha en stark anknytning till Sverige. Permanent uppehållstillstånd var därför inte aktuellt. Gällande frågan om tidsbegränsat uppehållstillstånd på grund av arbete slog migrationsdomstolen fast att det inte heller kunde beviljas eftersom försörjningskravet inte hade uppfyllts under den tidigare tillståndsperioden i likhet med vad Migrationsöverdomstolen hade kommit fram till i MIG 2015:11.³³

Domen överklagades av mannen även till Migrationsöverdomstolen (Kammarrätten i Stockholm) och menade att underinstanserna inte bedömt de faktiska omständigheterna korrekt. Den tidigare arbetsgivaren hade även ingett ett intyg som styrkte påståendet om att de inte haft ekonomiska möjligheter

³² MIG 2015:20.

³³ MIG 2015:20.

att erbjuda honom arbete i en större utsträckning. Migrationsöverdomstolen slog fast att principen som fastställdes i MIG 2015:11 gäller även när frågan rör permanent uppehållstillstånd för en person som tidigare haft uppehållstillstånd på grund av arbete. Domstolen påpekade också att det är den enskilde som har bevisbördan för att visa att villkoren under den tidigare perioden har varit uppfyllda. Bedömningen landade i att sysselsättningsgraden hade varit så pass låg under längre perioder att han inte kunde ansetts ha bidragit till samhällsutvecklingen och inte heller ha den starka anknytning till den svenska arbetsmarknaden som krävs för att ett permanent uppehållstillstånd ska kunna beviljas. Att personen vid tiden för avgörandet hade en tillsvidareanställning med en branschlig lön förändrade inte bedömningen.³⁴

Gällande det fortsatta tidsbegränsade uppehållstillståndet angav Migrationsöverdomstolen att prejudikatet i det tidigare avgörandet MIG 2015:11 gällde även i fall där förlängningen rör längre tid än fyra år på grund av särskilda skäl. Eftersom försörjningskravet på 13 000 kr i månaden inte var uppfyllt under den tidigare tillståndsperioden så var inte förutsättningarna för att få ett förlängt uppehållstillstånd uppfyllda. Slutligen fann domstolen att den nya anställningen inte var tillräcklig för att särskilda skäl skulle anses föreligga och därför beviljades inte en förlängning av tillståndet. Överklagandet avslogs därför.³⁵

3.3 MIG 2017:24

Rättsfallet berör en man som från februari 2012 till februari 2016 hade beviljats tidsbegränsat uppehållstillstånd samt arbetstillstånd. I januari 2016 ansökte han om permanent uppehållstillstånd i Sverige. Migrationsverket avslögs hans ansökan med motiveringen att förutsättningarna för att beviljas ett arbetstillstånd inte hade varit uppfyllda under tidigare tillståndsperiod. Motiveringen var att han inte omfattats av sjukförsäkring och tjänstepensionsförsäkring under perioden februari 2012 till oktober 2013. Detta innebar, enligt Migrationsverket, en brist i förutsättningen att anställningen skulle omfattas av kollektivavtalsenliga villkor och att förutsättningarna för arbetstillstånd

³⁴ MIG 2015:20.

³⁵ MIG 2015:20.

inte hade varit uppfyllda. Den samlade bedömningen landade därför i att han inte hade en sådan anknytning till den svenska arbetsmarknaden som krävs för att beviljas permanent uppehållstillstånd.³⁶

Beslutet överklagades av mannen till migrationsdomstolen (Förvaltningsrätten i Stockholm) och förtydligade att han i första hand yrkade på att beviljas permanent uppehållstillstånd eller ett tidsbegränsat uppehållstillstånd, eller i andra hand att målet skulle återförvisas till Migrationsverket. Migrationsdomstolen avslag överklagandet med motiveringen att inget framkommit som gav upphov till att en annan bedömning än den Migrationsverket hade gjort.³⁷

Domen överklagades därefter till Migrationsöverdomstolen (Kammarrätten i Stockholm). Mannen anförde att han ifrågasatte om kravet på tjänstepensionsförsäkring skulle vara absolut och att en retroaktiv betalning av tjänstepensionsförsäkringen, som i hans fall har skett, bör ha läkt bristen. Att det saknades tjänstepensionsförsäkring och sjukförsäkring under en period under den första tillståndperioden uppmärksammades inte heller av Migrationsverket vid den första ansökan om förlängning. Relevant var också att mannen var verksam inom IT-branschen och att där förekommer alternativa lösningar i stället för de klassiska kollektivavtalsbaserade försäkringarna. Mannen hävdar därför att Migrationsverket inte hade stöd för att utvisa honom på grund av en mindre avvikelse från förutsättningarna som inte utgjorde någon väsentlig skillnad i praktiken.³⁸

Migrationsverket hävdade i stället att den typen av överenskommelse som det talas om snarare blir aktuell i fall där personen inte tänker stanna kvar i Sverige och att Migrationsverket måste bli informerat om ett sådant avtal. Det var inte heller möjligt att läka bristen på det sätt som påstås. Avsaknaden av sjukförsäkring går inte att läka överhuvudtaget och ska ses som en större brist än avsaknaden av tjänstepensionsförsäkringen. Migrationsverket menade därför att det inte var styrkt att personen i fråga har uppfyllt förutsättningarna under

³⁶ MIG 2017:24.

³⁷ MIG 2017:24.

³⁸ MIG 2017:24.

den tidigare tillståndsperioden och permanent uppehållstillstånd inte kunde beviljas.³⁹

Migrationsdomstolen beredde Saco och Svenskt näringsliv möjlighet att yttra sig. Saco genom Sveriges ingenjörer menade att det inte är ovanligt att en arbetsgivare missar en inbetalning till rätt försäkring, men att det oftast rör sig om administrativa misstag som rättas till. Svenskt näringsliv ansåg att Migrationsverkets tolkning av vad som ska anses vara branschpraxis skulle ifrågasättas, eftersom Migrationsverkets tolkning var att lön och försäkringar ska vara i nivå med kollektivavtal. De pekar även på att företag inte ska tvingas teckna kollektivavtal eftersom det hade brutit mot artikel 11 i Europakonventionen. IT-branschen är en av de branscher där kollektivavtal inte är lika vanligt förekommande.⁴⁰

Migrationsöverdomstolen angav att vid en ansökan om permanent uppehållstillstånd ska en bakåtsträvande bedömning göras för att granska om förutsättningarna har uppfyllts under den tidigare tillståndsperioden i enlighet med MIG 2015:11 och MIG 2015:20. Prövningen handlade därför om anställningsvillkoren i de tidigare tillståndsperioderna hade varit i samma nivå som kollektivavtal eller praxis inom branschen.⁴¹

Kravet i 6 kap 2 § första stycket 2 UtIL gav uttryck för att villkoren inte får vara sämre än vad som anges i svenska kollektivavtal. Domstolen hänvisade till att Migrationsverket själva menade att det var en helhetsbedömning som skulle göras för att kunna fastställa om samtliga villkor tillsammans är kollektivavtalsenliga eller inte. Migrationsöverdomstolen menade att samma typ av helhetsbedömning ska göras när man prövar om villkor har varit kollektivavtalsenliga eller inte under en tidigare tillståndsperiod. Arbetsgivare är fria att utforma villkor på det sätt de vill, så länge de inte är sämre än vad som är brukligt inom branschen. Den aktuella mannen har haft en högre lön än vad som följer av kollektivavtalet för branschen och arbetsgivaren har åtgärdat

³⁹ MIG 2017:24.

⁴⁰ MIG 2017:24.

⁴¹ MIG 2017:24.

misstaget inom en relativt kort period. Domstolen slog därför fast att anställningsvillkoren inte kunde anses vara sämre än vad som följer av svenska kollektivavtal och kunde inte på denna grund vägras permanent uppehållstillstånd. Migrationsöverdomstolen ansåg också att mannen, genom sin anställning, fått en stark anknytning till den svenska arbetsmarknaden och att han därför skulle beviljas permanent uppehållstillstånd.⁴²

3.4 MIG 2017:25

En irakisk medborgare ansökte ursprungligen om uppehållstillstånd och arbetstillstånd på grund av arbete i mars 2013. I juni 2015 ansökte han om en förlängning av tillstånden eftersom han hade fått ett erbjudande om fortsatt anställning. Den nya anställningen skulle innebära en sysselsättningsgrad på 100 % och ge en lön på 21 975 kr per månad. Mellan perioden december 2014 till april 2015 hade hans bruttolön uppgått till 20 529 kr per månad. Migrationsverket meddelade att lönen mellan december 2014 och april 2015 hade understigit gällande kollektivavtalsenliga lön på 20 989 kr. Mannen, tillsammans med sin arbetsgivare, meddelade att det hade skett ett misstag och att mellanskillnaden hade betalats ut i efterhand. Migrationsverket avslog dock ansökan ändå. Myndigheten refererade till MIG 2015:11 och menade att eftersom lönen under perioder har understigit den lön som gäller enligt kollektivavtal för yrket var inte förutsättningarna uppfyllda under den tidigare tillståndsperioden. Därmed menade man att det inte gick att bevilja förlängt uppehållstillstånd.⁴³

Mannen överklagade beslutet till migrationsdomstolen (Förvaltningsdomstolen i Malmö) och anförde att Migrationsverket hade gjort en alltför långtgående tolkning av MIG 2015:11. Migrationsdomstolen avslog överklagandet på ungefär samma grund som Migrationsverket, att lönen har varit 460 kr mindre än vad aktuellt kollektivavtal för yrket har krävt och att det innebar

⁴² MIG 2017:24.

⁴³ MIG 2017:25.

att förutsättningarna under den tidigare tillståndsprocessen inte blivit uppfyllda. Att en retroaktiv kompensation hade gjorts saknade betydelse enligt domstolen.⁴⁴

Domen överklagades till Migrationsöverdomstolen (Kammarrätten i Stockholm) där det förtydligades att arbetsgivaren var ansluten till kollektivavtal och att det lönen endast understeg lönenivån i kollektivavtalet av ett misstag. Det hade rättats till och mellanskillnaden hade utbetalats. Migrationsöverdomstolen betonade att förutsättningarna i 6 kap 2 § första stycket 2 UtIL var till för att motverka missbruk av reglerna och att utländsk arbetskraft inte utnyttjas. Domstolens uppfattning var dock att det måste göras en helhetsbedömning för att kunna avgöra om anställningsvillkoren är sämre än vad som följer av kollektivavtal eller praxis i branschen. Om den sammanlagda bedömningen är att villkoren inte anses vara sämre än vad som gäller för svenska arbetstagare bör de kunna accepteras som likvärdiga.⁴⁵

Migrationsöverdomstolen betonade även att vid en prövning om en förlängning av ett arbetstillstånd ska det göras en motsvarande helhetsbedömning för att undersöka om förutsättningarna under den tidigare tillståndsperioden varit uppfyllda. Bedömningen bör inte göras månad för månad, utan hela tillståndsperioden bör beaktas för att avgöra hur anställningsvillkoren förhåller sig till kollektivavtal eller praxis inom branschen. I den aktuella situationen var försörjningskravet uppfyllt med marginal, lönen hade till stor del varit i enlighet med kollektivavtal och det fanns ingen anledning att misstänka att arbetsgivaren inte var seriös. Perioden med lägre lön hade dessutom åtgärdats. Migrationsöverdomstolens sammanlagda bedömning var därför att de grundläggande villkoren för arbetstillstånd varit uppfyllda under den tidigare tillståndsperioden. Överklagandet bifölls och förlängt uppehållstillstånd och arbetstillstånd beviljades.⁴⁶

⁴⁴ MIG 2017:25.

⁴⁵ MIG 2017:25.

⁴⁶ MIG 2017:25.

4 Rättsutveckling och gällande rätt

4.1 Arbetstillstånd

För 6 kap 1 § UtIL gäller samma lydelse som innan rättsfallen och det finns därför inga förändringar att gå igenom.⁴⁷

Det har skett två förändringar i paragrafen 6 kap 2 § UtIL efter rättsfallen. Den första trädde i kraft i juni 2022 och var en ändring av första stycket i paragrafen. Ändringen utgjordes av att lydelsen ändrades från *erbjudits en anställning till har ett anställningsavtal*.⁴⁸ Anledningen till ändringen anges vara att minska risken för att andra anställningsvillkor, än de som ges in till Migrationsverket vid ansökan, tillämpas och därför riskerar att inte uppnå de förutsättningarna som krävs för att beviljas uppehållstillstånd.⁴⁹ Lagstiftaren pekar också på att kravet på anställningsavtal innebär att lagen (1982:80) om anställningsskydd blir direkt tillämplig och därför innebär ett högre skydd för arbetstagaren.⁵⁰ Den andra lagändringen trädde i kraft i november 2023 och där ändrades lydelsen i första stycket 1 från *försörja sig till uppnå en god försörjning*.⁵¹ Denna ändring genomfördes med motiveringen att det tidigare försörjningskravet var för lågt och gjorde det enklare för oseriösa arbetsgivare att utnyttja utländska arbetstagare. Tanken var att ändringen skulle komma att avskräcka oseriösa arbetsgivare och samtidigt stärka arbetskraftsinvandrares ställning på arbetsmarknaden och motverka att deras löner dumpas.⁵²

Efter ändringen i november 2023 gäller därmed *god försörjning* som krav för att få ett arbetstillstånd. Det innebär att lönen ska uppgå till 80 procent av den medianlön som Statistiska centralbyrån publicerat och som gäller vid tillfället när ansökningen om arbetstillstånd görs. Aktuellt försörjningskrav är 27 360

⁴⁷ SFS 2014:198.

⁴⁸ SFS 2008:884; SFS 2022:303.

⁴⁹ Prop. 2021/22:134 s. 91.

⁵⁰ Prop. 2021/22:134 s. 92.

⁵¹ SFS 2022:303; SFS 2022:1847.

⁵² Prop. 2021/22:284 s. 7 f.

kr per månad.⁵³ Tidigare krävdes endast att inkomsten skulle vara sådan omfattning att personen i fråga inte behövde försörjningsstöd enligt 4 kap 1 § socialtjänstlagen (2001:453).⁵⁴

I 6 kap 2 a § UtIL har en förändring skett efter rättsfallen. Ändringen bestod av att paragrafens andra stycke, som angav att den totala tillståndstiden högst fick vara fyra år eller vid särskilda skäl sex år, helt togs bort.⁵⁵ Lagstiftaren pekar på att utgångspunkten fortsatt ska vara att efter fyra år med tidsbegränsade arbetstillstånd ska en övergång ske till ett permanent uppehållstillstånd.⁵⁶ Att ta bort fyraårsgränsen innebär därför att arbetstagaren själv kan avgöra om man gynnas av ytterligare ett tidsbegränsat arbetstillstånd eller vill ansöka om ett permanent uppehållstillstånd i det fall att man vill fortsätta arbeta och leva i Sverige.⁵⁷ Lagstiftaren pekar också på att den tidigare bristen, att som arbetstagare inte kunnat beviljas tidsbegränsade arbetstillstånd i längre tid än fyra år, gjort det svårt i de fall där arbetstagare under vissa perioder skickas till Sverige för att utföra arbete och som sedan ska återvända till sitt hemland. Ändringen kan även bli aktuell i situationer där ett permanent uppehållstillstånd inte kan beviljas, till exempel på grund av perioder av arbetslöshet under tillståndsperioden, men där ett tillfälligt arbetstillstånd kan beviljas och senare leda till ett permanent uppehållstillstånd.⁵⁸

Två ändringar har gjorts i 7 kap 7 e § UtIL sen rättsfallen, en som trädde i kraft i december 2017 och en annan i juni 2022.⁵⁹ Skillnaden från den tidigare lydelsen från 2014 var att ett tredje stycke lades till som stadgade att ett tillstånd inte behövde återkallas enligt 7 kap 7 e § första stycket 1 UtIL om arbetsgivaren hade avhjälp bristen utan något agerande från Migrationsverket.⁶⁰ Lagstiftaren ämnade att huvudregeln fortsatt skulle vara att ett tillstånd skulle återkallas om förutsättningarna inte var uppfyllda, men att det i situationer

⁵³ <<https://www.migrationsverket.se/Privatpersoner/Arbeta-i-Sverige/Anstalld/Krav-for-arbetstillstand/Forsorjningskrav-for-arbetstillstand.html>> (besökt 2024-05-18).

⁵⁴ Prop. 2021/22:284 s. 6.

⁵⁵ SFS 2014:777; SFS 2022:303.

⁵⁶ Prop. 2021/22:134 s. 68.

⁵⁷ Prop. 2021/22:134 s. 69.

⁵⁸ Prop. 2021/22:134 s. 67 f.

⁵⁹ SFS 2017:1093; SFS 2022:303.

⁶⁰ SFS 2017:1093.

där ett misstag har begåtts kunde bli en allt för långtgående konsekvens att återkalla tillståndet efter att en rättelse gjorts av arbetsgivaren. Särskilt pekas på de situationer där arbetsgivaren oavsiktligt har begått ett misstag gällande exempelvis en försäkring, missat en inbetalning av en försäkringspremie eller misstagit sig om vilken lönenivå som krävs för att förutsättningarna för arbetstillståndet ska vara uppfyllda.⁶¹ Avgörande för om en återkallelse skulle ske var därför att bristen måste ha avhjälpits utan att Migrationsverket vidtagit någon åtgärd.⁶²

Vad som inte föll in under lagändringen från 2017 var situationen att Migrationsverket upptäcker en brist som gör att förutsättningarna för ett arbetstillstånd inte uppfylls och att en rättelse från arbetsgivaren inte sker förens efter ett sådan påpekande från myndigheten. Därför gavs, i samband med att propositionen lämnades över, uppdraget som blev promemorian Mindre eller obetydliga fel gällande villkoren för arbetstillstånd (Ds 2017:64).⁶³ Den föreslagna ändringen var att i slutet av tredje stycket lägga till *eller annars i ringa fall*.⁶⁴ Eftersom promemorian inte inkluderade en granskning av rättsfallen MIG 2017:24 och MIG 2017:25, som kom efter promemorian i december 2017, valde regeringen att avvakta med att bereda lagförslaget och följa utvecklingen efter rättsfallen.⁶⁵

I juni 2022 kom ännu en ändring som innebar att formuleringen om att arbetsgivaren ska ha avhjälpit en brist utan åtgärd från Migrationsverket togs bort. Nu gäller att återkallelse inte behöver ske i ringa fall eller om det inte är skäligt med hänsyn till omständigheterna.⁶⁶ Huvudregeln om återkallelse när förutsättningarna för arbetstillstånd inte är uppfyllda kvarstår, men med större möjlighet till att göra undantag för försumbara och ursäktliga brister eller avvikelser från villkoren i 6 kap 2 § UtIL.⁶⁷ Det kan alltså förekomma undantag från återkallelse i relation till alla förutsättningar i 6 kap 2 § UtIL, men en

⁶¹ Prop. 2016/17:212 s. 9.

⁶² Prop. 2016/17:212 s. 9 f.

⁶³ Prop. 2021/22:134 s. 53.

⁶⁴ Ds 2017:64 s. 7 f.

⁶⁵ Prop. 2021/22:134 s. 53 f.; SOU 2021:5 s. 135.

⁶⁶ SFS 2017:1093; SFS 2022:303.

⁶⁷ Prop. 2021/22:134 s. 55.

bedömning av brister från försörjningskravet ska göras med särskild försiktighet.⁶⁸ Bedömningen av huruvida en brist föreligger ska fortsatt göras utifrån en helhetsbedömning av anställningsvillkoren i enlighet med MIG 2017:24 och MIG 2017:25.⁶⁹

4.2 Uppehållstillstånd

Paragrafen 5 kap 10 § UtIL har ändrats en gång efter rättsfallen. Ändringen utgjordes av att uppehållstillstånd på grund av näringsverksamhet togs bort. Idag faller regleringen om näringsverksamhet under den nya paragrafen 5 kap 10 a § UtIL.⁷⁰

Det har skett ett flertal förändringar gällande permanent uppehållstillstånd i 5 kap 5 § UtIL sen tiden innan rättsfallen. De två första ändringarna trädde i kraft under 2018 och gällde första stycket 1. Den första utgjordes av att ICT-tillstånd lades till och den andra utgjordes av även tillstånd för säsongarbete till lades till.⁷¹ År 2021 lades ett nytt stycke till, det nu gällande fjärde stycket, som upplyser om att det finns särskilda krav i 5 kap 7 och 8 §§ UtIL för permanent uppehållstillstånd. Huvudsakligen stadgar paragraferna ett krav på försörjningsförmåga och vilka undantag som finns om man exempelvis är ett barn eller i pensionsålder.⁷²

Den senaste lagändringen genomfördes i juni 2022 och utgjordes av att ännu ett nytt stycke, det andra stycket, som beskriver att en person som har haft tidsbegränsat uppehållstillstånd i minst två år för att bedriva näringsverksamhet får beviljas permanent uppehållstillstånd, om verksamheten är etablerad.⁷³ Anledningen till detta var att man i utredningen kring lagändringen kom fram till att det i flera fall var möjligt att bevilja permanent uppehållstillstånd redan efter två års tillståndstid, istället för de fyra år som stadgas i första stycket.

⁶⁸ Prop. 2021/22:134 s. 55 f. med hänvisning till MIG 2018:12.

⁶⁹ Prop. 2021/22:134 s. 56.

⁷⁰ SFS 2008:884; SFS 2022:303.

⁷¹ SFS 2014:777; SFS 2018:67; SFS 2018:319.

⁷² SFS 2021:765.

⁷³ SFS 2022:303.

Lagstiftaren pekar här på att detta kan vara ett sätt att bibehålla Sveriges attraktionskraft för de som vill etablera näringsverksamhet.⁷⁴

⁷⁴ Prop. 2021/22:134 s. 49.

5 Det nya direktivet

År 2011 kom ett direktiv om ett gemensamt ansökningsförfarande och tillstånd för tredjelandsmedborgare för arbete och uppehållstillstånd.⁷⁵ Syftet med direktivet var att förenkla processen för tredjelandsmedborgare och stärka deras rättigheter.⁷⁶ Direktivet inkorporerades i svensk rätt under 2014, men ändringar gjordes endast i socialförsäkringsbalken eftersom utredningen kom fram till att resten av lagstiftningen redan var i linje med direktivet.⁷⁷

Den 12 april 2024 kom ett pressmeddelande från Europeiska unionens råd om att grönt ljus har getts till en omarbetning av direktivet från 2011.⁷⁸ Det nya direktivet träder i kraft 20 maj 2024.⁷⁹ Syftet med det nya direktivet är att fortsatt locka kompetent arbetskraft till Europa och att åtgärda befintliga brister i systemet. Främst läggs fokus på att ansökningsförfarandet ska förkortas.⁸⁰ I Sverige har handläggningstiderna på Migrationsverket ökat mycket sen år 2022. Handläggningstiderna kan genomsnittligt ta 116 dagar vid en första ansökan och 220 dagar för en förlängning av arbetstillstånd. Flera anledningar anges till varför handläggningstiderna har ökat, men lagändringarna från juli 2022 anges vara en bidragande faktor.⁸¹ Enligt det nya direktivet ska beslut fattas inom 90 dagar med möjlighet till förlängning med 30 dagar vid komplexa ansökningar.⁸² Enligt det tidigare direktivet angavs att ansökningsförfarandet inte skulle ta mer än fyra månader, men att tidsfristen fick förlängas i undantagsfall vid komplicerade ansökningar.⁸³

Den del av det nya direktivet som kan komma att få relevans för förekomsten av kompetensutvisningar är främst artikel 8. I artikel 8 har en övergång skett

⁷⁵ Direktiv 2011/98/EU.

⁷⁶ Art. 1 i direktiv 2011/98/EU.

⁷⁷ Prop. 2013/14:153 s. 1, 6, 16.

⁷⁸ Pressmeddelande från Europeiska unionens råd 12 april 2024.

⁷⁹ Direktiv (EU) 2024/1233.

⁸⁰ Pressmeddelande från Europeiska unionens råd 12 april 2024.

⁸¹ <<https://www.migrationsverket.se/Om-Migrationsverket/Pressrum/Nyhetsarkiv/Nyhetsarkiv-2023/2023-02-16-Migrationsverket-svarar-Hur-lang-tid-tar-det-att-fa-arbetstillstand.html>> (besökt 2024-05-18).

⁸² Art. 5.2, art. 8.3 i direktiv (EU) 2024/1233.

⁸³ Art. 5 i direktiv 2011/98/EU.

från rubriken *förfarandegarantier* till *rättssäkerhetsgarantier*.⁸⁴ I artikelns andra punkt har den första meningen delats upp i två, och den första delen fått ett relevant tillägg:

I ett beslut om att avslå en ansökan om ett kombinerat tillstånd eller om ändring eller förlängning av ett kombinerat tillstånd eller ett beslut om att återkalla ett kombinerat tillstånd *ska hänsyn tas till de specifika omständigheterna i ärendet och proportionalitetsprincipen respekteras, i enlighet med unionsrätten och nationell rätt* [min kursivering].⁸⁵

I direktivet anges att beslut om avslag ska vara vederbörligen motiverade. Besluten ska även grundas på de kriterier som unionsrätten och nationell rätt föreskriver, men också beakta de särskilda omständigheterna i ärendet, när det är lämpligt, och respektera proportionalitetsprincipen.⁸⁶ Bedömningen som nu ska göras enligt artikel 8 är lik den som ska genomföras enligt artiklarna 20 och 21 i Direktiv (EU) 2016/801 (student- och forskardirektivet). I student- och forskardirektivet ska alla beslut om avslag fattas med beaktande av de särskilda omständigheterna i fallet och proportionalitetsprincipen. Undantag från när denna bedömning inte ska göras är i de situationer där avslag på en ansökan ska ske enligt artikel 20.1 och artikel 21.1.⁸⁷

Ur student- och forskardirektivet kom bland annat 5 b kap 17 § UtIL och vid en sådan bedömning ska, enligt propositionen, en helhetsbedömning av omständigheterna genomföras och proportionalitetsprincipen beaktas. En mindre brist i förutsättningarna behöver därför inte innebära att en förlängning är omöjlig att genomföra och bristen ska bedömas samlat med hur övriga förutsättningar uppfyllts under tillståndstiden.⁸⁸ Tillämpningen av denna helhets-

⁸⁴ Art. 8 i direktiv 2011/98/EU; Art. 8 i direktiv (EU) 2024/1233.

⁸⁵ Cit. art. 8.2 i direktiv (EU) 2024/1233.

⁸⁶ Skäl 25 i direktiv (EU) 2024/1233.

⁸⁷ Art. 8 i direktiv (EU) 2024/1233; art. 20 och 21 i direktiv (EU) 2016/801.

⁸⁸ Prop. 2019/20:9 s. 182.

bedömning kommer till uttryck i bland annat MIG 2021:17 där det också påpekas syftet med direktivet, att attrahera och främja högkvalificerad migration, ska beaktas vid en prövning av en ansökan.⁸⁹

⁸⁹ MIG 2021:17.

6 Analys och slutsats

Syftet med den aktuella lagstiftningen är som tidigare nämnt att minska möjligheten för arbetsgivare att utnyttja utländsk arbetskraft. Uppkomsten av kompetensutvisningar blev ett tecken på att den då gällande lagstiftningen innehöll brister som kom att drabba enskilda personer hårt. Kraven var med andra ord så pass hårda att även personer som inte blev utnyttjade av sina arbetsgivare drabbades negativt av en lagstiftning som skulle skydda dem.

I rättsfallen MIG 2015:11 och MIG 2015:20 berördes främst försörjningskravet, som då var 13 000 kr i månaden. Domstolen gjorde här den relativt strikta bedömningen att försörjningskravet var rimligt och att det därför skulle vara uppfyllt för att en förlängning skulle vara aktuell. Migrationsöverdomstolens bedömningar i rättsfallen MIG 2017:24 och MIG 2017:25 gav uttryck för en något mer tillåtande inställning till att mindre brister kan förekomma och att detta inte behöver leda till att tillstånd inte kan ges. Här betonade domstolen att en helhetsbedömning ska göras, gällande försäkringar, lön och övriga anställningsvillkor, för att jämföra om de är på en kollektivavtalsenlig nivå under tillståndstiden. Helhetsbedömningen var med andra ord inte generell för hela 6 kap 2 § UtIL, utan begränsad till 6 kap 2 § första stycket 2 p UtIL.

Gränsdragningen framstår som relativt tydlig. I de fall där sysselsättningsgrad, och därigenom lön, har varit relevant har uppehållstillstånd nekats. I dessa fall är intrycket att man från domstolens sida anser att detta är något som är märkbart för arbetstagaren själv, och att det hade varit möjligt för den anställde att påverka situationen. I de andra målen är det tydligare att misstaget inte varit arbetstagarens, utan arbetsgivarens, och att det därför också har legat utanför arbetstagarnas kontroll. Att arbetstagarna då ska drabbas av en så pass ingripande åtgärd som avslag och utvisning innebär är inte rimligt. Införandet av en helhetsbedömning blev en lösning på det uppkomna problemet, men endast vid en jämförelse med ett gällande kollektivavtal.

De efterföljande lagändringarna tog sikte på att ytterligare motverka kompetensutvisningar. Det tidigare anställningserbjudandet ska i stället vara ett anställningsavtal. Från att *försörja sig till god försörjning* och därmed ställs

också högre krav på lön. Nu gäller 80 % av en svensk genomsnittslön som i skrivande stund är 27 360 kr. Försörjningskravet är därmed väldigt mycket högre än vad som gällde vid rättsfallen. Om det är rimligt eller inte går att diskutera, men omvärldsläget och det sämre ekonomiska läget har med största sannolikhet varit en bidragande faktor till den kraftiga ökningen.

Genom lagändringarna blev främst möjligheten att avstå från att avslå en ansökan större. Små fel och brister blev inte längre avgörande för om förutsättningarna för ett förlängt uppehållstillstånd var uppfyllda eller inte. Detta tillsammans med möjligheten för arbetsgivare att rätta till brister som upptäckts i efterhand bidrog också till ett ökat skydd för arbetstagaren.

Det upplevs som att ändringarna har bidragit till en viss effekt. Förekomsten av rättsfall som berör kompetensutvisningar har minskat. Antalet nyhetsartiklar och skrivelse har minskat över de senaste åren. Minskningen kan ses som ett tecken på effektiv lagstiftning i kombination med att rättspraxis har utvecklats åt samma håll. Samtidigt framstår det som att den nya lagstiftningen inneburit att reglerna blivit mer komplexa och att ansökningsförfarandet därför dragit ut mycket på tiden. Konsekvenserna har därmed inte bara varit positiva och det finns rum för förbättring av lagstiftningen.

De ändringar som tillkommer med direktivet kan komma att innebära en viss förändring i hur ansökningar om uppehållstillstånd på grund av arbete hantearas. Den största skillnaden, för kompetensutvisningar, framstår vara att man vid ett beslut om avslag ska beakta de särskilda omständigheterna i ärendet och proportionalitetsprincipen. Likheten mellan hur bedömningen enligt det nya direktivet ska göras och den som följer av student- och forskardirektivet är slående. Min uppfattning är därför att en liknande bedömning kan bli aktuell även när det gäller uppehållstillstånd på grund av arbete.

En sådan bedömning skulle kunna minska möjligheten för den fortsatta förekomsten av kompetensutvisningar ytterligare. Kombinationen av att mindre brister i kraven för uppehållstillstånd på grund av arbete kan godtas, samt att de särskilda omständigheterna i fallet och proportionalitetsprincipen ska be-

aktas hade bidragit till en ännu mindre risk för att drabbas av en kompetensutvisning. Just beaktandet av proportionalitetsprincipen upplevs som en viktig del eftersom de rättsfall där kompetensutvisningar har berörts framstår som just oproportionerliga. Skillnaden mellan denna nya bedömning och hur reglerna ser ut idag blir att det i så fall finns ett skönsmässigt utrymme för att inte behöva hålla hårt i reglerna när det inte är rimligt. En utvisning är en ingripande åtgärd gentemot den enskilda som inte ska vidtas om det inte finns ordentliga skäl för det.

Förhoppningsvis kan det nya direktivet även innebära en kortare ansökningsprocess för de enskilda som ansöker om uppehållstillstånd och arbetstillstånd genom att tidsfristen för hur lång tid ansökningsprocessen får ta har minskats.

Det framstår inte heller som att lagändringarna, eller det nya direktivet, skulle göra det enklare för oseriösa arbetsgivare att utnyttja utländska arbetstagare. Kraven är fortsatt höga, så som det höjda försörjningskravet, och det finns inga indikationer på att det skulle förändrats. Att införa ett visst utrymme för en mildare bedömning vid mindre brister eller misstag bör inte utgöra en risk för att personer blir utnyttjade.

Sammanfattningsvis kan vi konstatera att det skett mycket på området sen tiden för det första rättsfallet. Mycket av lagstiftningen på området har förändrats och verkar haft efterfrågad effekt på förekomsten av kompetensutvisningar. Systemet förefaller ha fått en viss mån av flexibilitet, som må ha ökat arbetsbördan för Migrationsverket, men som också förhoppningsvis ger bättre bedömningar. Det återstår att se vad det nya direktivet får för inverkan på det nuvarande reglerna, men utvecklingen bort från kompetensutvisningar verkar fortsatt gå i rätt riktning.

Källförteckning

SFS:er

SFS 2005:716

SFS 2008:884

SFS 2013:606

SFS 2014:198

SFS 2014:776

SFS 2014:777

SFS 2017:1093

SFS 2018:67

SFS 2018:319

SFS 2021:765

SFS 2022:303

SFS 2022:1847

EU-rättsliga källor

Direktiv

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.

Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2016/801 av den 11 maj 2016 om villkoren för tredjelandsmedborgares inresa och vistelse för forskning, studier, praktik, volontärarbete, deltagande i elevutbytesprogram eller utbildningsprojekt och för au pairarbete (omarbetning).

Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2024/1233 av den 24 april 2024 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 (omarbetning).

Offentligt tyck

Utredningsbetänkanden

Ds 2017:64 Mindre eller obetydliga fel gällande villkoren för arbetstillstånd.

SOU 2021:5 Ett förbättrat system för arbetskraftsinvandring.

Propositioner

Proposition 2013/14:153 Genomförande av direktivet om ansökningsförfarandet för vissa uppehålls- och arbetstillstånd.

Proposition 2016/17:212 Möjlighet att avstå från återkallelse av uppehållstillstånd när arbetsgivaren självmant har avhjälpt brister.

Proposition 2019/20:9 Nya regler om uppehållstillstånd för forskning och studier inom högre utbildning.

Proposition 2021/22:134 Skärpta och förbättrade regler om arbetskraftsinvandring.

Proposition 2021/22:284 Ett höjt försörjningskrav för arbetskraftsinvandrare.

Rättsfall

Migrationsöverdomstolen

MIG 2015:11.

MIG 2015:20.

MIG 2017:24.

MIG 2017:25.

MIG 2018:12.

MIG 2021:17.

Litteratur

Jareborg, Nils (2004), 'Rättsdogmatik som vetenskap', *SvJT* s. 1–10.

Kleineman, Jan (2018), 'Rättsdogmatisk metod' i Nääv, Maria & Zamboni, Mauro (red.) *Juridisk metodlära*, 2 uppl., Studentlitteratur AB, Lund, s. 21–46.

Övrigt

Edwards, Catherine, 'Swedish word of the day: kompetensutvisning', The Local.se, 4 mars 2019, uppdaterad 9 maj 2023, <<https://www.thelocal.se/20190304/swedish-word-of-the-day-kompetensutvisning>> (besökt 2024-05-18).

Europeiska unionens råd, 'Laglig migration: rådet ger grönt ljus till ett kombinerat tillstånd för tredjelandsmedborgares rätt att vistas och arbeta i EU' <<https://www.consilium.europa.eu/sv/press/press-releases/2024/04/12/legal-migration-council-gives-green-light-to-single-work-and-stay-permit-for-non-eu-nationals/>> (besökt 2024-05-18).

Lundmark, Johan & Säfsten, Mathias, *Förvaltningslagen – En kommentar*, 5 § förvaltningslagen, JUNO, Version 1B, Nordstedts Juridik (besökt 2024-05-18).

Migrationsverket, 'Försörjningskrav för arbetstillstånd' <<https://www.migrationsverket.se/Privatpersoner/Arbeta-i-Sverige/Anstalld/Krav-for-arbets-tillstand/Forsorjningskrav-for-arbets-tillstand.html>> (besökt 2024-05-18).

Migrationsverket, 'Migrationsverket svarar: Hur lång tid tar det att få arbetstillstånd?' <<https://www.migrationsverket.se/Om-Migrationsverket/Pressrum/Nyhetsarkiv/Nyhetsarkiv-2023/2023-02-16-Migrationsverket-svarar-Hur-lang-tid-tar-det-att-fa-arbets-tillstand.html>> (besökt 2024-05-18).

Svensson, Anders, 'Veckans nyord: kompetensutvisning', Språktidningen.se, 25 september 2017, <<https://spraktidningen.se/sprakbloggen/veckans-nyord-kompetensutvisning/>> (besökt 2024-05-18).

Söderqvist, Nicolina, 'Ingen vill ta ansvar för kompetensutvisningar', Timbro.se, 8 februari 2021, <<https://timbro.se/smedjan/ingen-vill-ta-ansvar-for-kompetensutvisningarna/>> (besökt 2024-05-18).

Åklagarmyndigheten, 'Proportionalitetsprincipen' <<https://www.aklagare.se/ordlista/p/proportionalitetsprincipen/>> (besökt 2024-05-18).