

**KLAGANDE**

Migrationsverket

MOTPART

1. 77
2. 05

Ombud och offentligt biträde för 1 och 2:

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrättens i Stockholm, migrationsdomstolen, dom
den 8 oktober 2010 i mål nr UM 15686-10
(Migrationsverkets ärenden nr och)

SAKEN

Uppehållsrätt m.m.

MIGRATIONSÖVERDOMSTOLENS AVGÖRANDE

1. Migrationsöverdomstolen bifaller överklagandet och fastställer Migrationsverkets utvisningsbeslut den 2 december 2009 med den ändringen att utvisning får ske endast till Spanien. Migrationsdomstolens dom upphävs såvitt avser utvisning.
2. Migrationsöverdomstolen beslutar att ersättning ska betalas till _____ som offentligt biträde för _____ och _____ med 10 203 kr, varav 8 162 kr för arbete och 2 041 kr för mervärdesskatt.

BAKGRUND

Migrationsverket beslutade den 2 december 2009 att avslå
och hennes då fyraåriga dotter ansökan om
uppehålls- och arbetstillstånd m.m. samt att utvisa dem till Colombia eller till
Spanien. och överklagade
Migrationsverkets beslut till migrationsdomstolen och yrkade att de skulle
beviljas uppehållstillstånd, arbetstillstånd, flyktingförklaring och
resedokument samt yrkade att de skulle förklaras ha uppehållsrätt i Sverige.
Migrationsdomstolen avslag överklagandet såvitt avsåg uppehålls- och
arbetstillstånd m.m. men fann det visat att var spansk
medborgare och att hon och hennes mor hade uppehållsrätt med hänvisning
till EU-domstolens dom i mål nr C-200/02, Zhu och Chen (Zhu och Chen-
målet), och att ansågs ha tillräckliga tillgångar.

Vad gällde kravet på sjukförsäkring konstaterade migrationsdomstolen att ett
sådant krav inte ställs på svenska barn och att uppställandet av ett sådant
krav på EES-medborgare, fick anses strida mot den allmänna likabehand-
lingsprincipen inom EU. Klagandena ansågs därför uppfylla förutsättningarna
för uppehållsrätt. Eftersom en utlänning som har uppehållsrätt i Sverige
inte får utvisas, utom under förutsättningar vilka inte var aktuella i målet,
beslutade domstolen att undanröja utvisningsbeslutet. Migrationsdomstolen
undanröjde således klagandenas utvisningsbeslut och förklarade att
och har uppehållsrätt i Sverige.

YRKANDEN M.M.

Migrationsverket yrkar att Migrationsöverdomstolen med undanröjande av
migrationsdomstolens dom fastställer Migrationsverkets beslut om utvisning.
Överklagandet gäller endast i de delar som rör uppehållsrätt och utvisning.
Som grund för överklagandet anförs i korthet följande. Eftersom det är
som försörjer dottern och inte tvärtom är
inte en sådan familjemedlem som avses i 3 a kap. 2 § utlänningslagen

(2005:716) och artikel 2.2 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/38/EG av den 29 april 2004 om unionsmedborgares och deras familjemedlemmars rätt att fritt röra sig och uppehålla sig inom medlemsstaternas territorier och om ändring av förordning (EEG) nr 1612/68 och om upphävande av direktiven 64/221/EEG, 68/360/EEG, 72/194/EEG, 73/148/EEG, 75/34/EEG, 75/35/EEG, 90/364/EEG, 90/365/EEG och 93/96/EEG (rörlighetsdirektivet), jfr EU-domstolens avgörande i Zhu och Chen-målet, punkterna 43 och 44. saknar tillräckliga tillgångar för sin och sina familjemedlemmars försörjning och det saknas en heltäckande sjukförsäkring. I förevarande mål skiljer sig omständigheterna från de som var aktuella i Zhu och Chen-målet på så sätt att det här är fråga om en kortvarig och svag etablering på arbetsmarknaden. Modern har inte arbetstillstånd eller rätt att arbeta i Sverige på någon annan grund.

Vidare har migrationsdomstolen med hänvisning till likabehandlingsprincipen felaktigt bortsett från kravet på heltäckande sjukförsäkring som gäller i Sverige. Denna förutsättning framgår av såväl 3 a kap. 3 § 4 utlänningslagen som artikel 7.1 b i rörlighetsdirektivet. Det följer av artikel 24.1 i rörlighetsdirektivet att den där stadgade likabehandlingsprincipen kan inskränkas genom fördrag och sekundärlagstiftning, exempelvis genom rörlighetsdirektivet. Kravet på heltäckande sjukförsäkring strider därför inte mot likabehandlingsprincipen. har inte uppvisat något pass och inte heller ett identitetskort där medborgarskapet uttryckligen anges. Det kan således starkt ifrågasättas om hon uppvisat ett sådant identitetskort som avses i 2 kap. 17 § utlänningsförordningen (2006:97).

och bestrider ändring med åberopande av vad som tidigare anförts i migrationsdomstolen och den skriftliga bevisning som givits in till migrationsdomstolen. Vad gäller frågan om har tillräckliga tillgångar för sin och sin mors försörjning åberopas den skriftliga dokumentation som ingivits till migrationsdomstolen per fax den 7 oktober 2010, dvs. innan den överklagade domen meddelades. Denna dokumentation synes inte ha ingått i

migrationsdomstolens bedömningsunderlag vid målets avgörande. Av bilagda anställningsbevis och intyg framgår att _____ är tillsvidareanställd inom hemtjänsten till 50 procent med en månadslön om 8 750 kr och att hon arbetar som personlig assistent resterande 50 procent, likaledes med en månadslön om 8 750 kr. Därutöver ges in och åberopas ett intyg från Serv-U, varav det framgår att _____ är anställd som vikarie hos Serv-U med en timlön, exklusive ob-tillägg, om 109 kr.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Med uppehållsrätt avses enligt 3 a kap. 1 § utlänningslagen en rätt för EES-medborgare och deras familjemedlemmar att vistas i Sverige mer än tre månader utan uppehållstillstånd i enlighet med bestämmelserna i 3 a kap. utlänningslagen. Upphållsrätten gäller enligt 3 a kap. 5 § utlänningslagen så länge villkoren i lagen är uppfyllda.

Bestämmelserna i 3 a kap. utlänningslagen har utformats för att genomföra rörlighetsdirektivet i svensk rätt, som i sin tur bygger på bestämmelserna om unionsmedborgarskap i artikel 20 och den fria rörlighet för unionsmedborgare som slås fast i artikel 21 i Fördraget om Europeiska Unionens funktionssätt (FEUF). Ett av rörlighetsdirektivets viktigaste syften är att uppnå större tydlighet genom att i en rättsakt samla merparten av reglerna rörande den fria rörligheten för unionsmedborgare och deras familjemedlemmar. Tidigare reglerades rättsområdet genom ett stort antal förordningar och direktiv.

Med uttrycket familjemedlem till EES-medborgare i utlänningslagen avses enligt 3 a kap. 2 § utlänningslagen (som i stort motsvarar artikel 2.2 i rörlighetsdirektivet) en utlänning som följer med eller i Sverige ansluter sig till en EES-medborgare och som är 1) make eller sambo till EES-medborgaren, 2) släkting i rakt nedstigande led till EES-medborgaren eller till hans eller hennes make eller sambo, om släktingen är beroende av någon av dem för

sin försörjning eller är under 21 år, eller 3) släkting i rakt uppstigande led till EES-medborgaren eller till hans eller hennes make eller sambo, om släktingen är beroende av någon av dem för sin försörjning.

I 3 a kap. 3 § 1–4 utlänningslagen anges under vilka förutsättningar en EES-medborgare ska anses ha uppehållsrätt i Sverige (bestämmelsen motsvarar artikel 7 i rörlighetsdirektivet). Av 3 a kap. 3 § 4 följer att en EES-medborgare har uppehållsrätt om han eller hon har tillräckliga tillgångar för sin och sina familjemedlemmars försörjning och har en heltäckande sjukförsäkring för sig och sina familjemedlemmar som gäller i Sverige. Av 3 a kap. 4 § utlänningslagen följer att även familjemedlemmar till dessa EES-medborgare har uppehållsrätt.

Av skäl 10 i rörlighetsdirektivet framgår att uppehållsrätt överstigande tre månader bör vara underkastad vissa villkor, till förhindrande av att personer som utövar sin rätt till fri rörlighet blir en orimlig belastning för den mottagande statens sociala biståndssystem under den första tiden av vistelsen (jfr skäl 4 i direktiv 90/364 EEG, där det angavs att den som har rätt till bosättning inte får utgöra en orimlig börda för värdlandets finanser).

EU-domstolen har i Zhu och Chen-målet prövat frågan om uppehållsrätt enligt direktiv 90/364/EEG för dels en minderårig EES-medborgare, dels barnets moder som inte var EES-medborgare. Domstolen konstaterade att direktivet inte gav modern någon rätt till vistelse i medlemsstaten, men då barnet med åberopande av moderns tillgångar uppfyllde kraven för uppehållsrätt enligt direktivet men inte skulle kunna utöva sin rätt till fri rörlighet om inte modern också fick rätt att vistas i landet, fann domstolen att den förälder som har den faktiska vårdnaden om barnet ”enligt samma bestämmelser” har rätt att uppehålla sig med barnet i värdmedlemsstaten (jfr MIG 2009:22). Uppställandet av krav gällande tillgångarnas ursprung ansåg domstolen vara ett oproportionerligt hinder för utövandet av den fria rörligheten, eftersom kravet inte var nödvändigt för att uppnå det eftersträlvade syftet, det vill säga att skydda en medlemsstats offentliga medel.

Kravet på heltäckande sjukförsäkring som en förutsättning för uppehållsrätt enligt direktiv 90/364/EG har prövats av EU-domstolen i bl.a. mål nr C-413/99, Baumbast. I målet var fråga om en tysk medborgare som sedan flera år tillbaka var bosatt i Förenade kungariket och som ostridigt hade tillräckliga medel för sin försörjning och en heltäckande sjukförsäkring i Tyskland. Domstolen fann att det var oproportionerligt att beröva honom rätten att uppehålla sig i Förenade kungariket enbart på grund av att hans sjukförsäkring inte gav honom rätt till akut sjukvård i Förenade kungariket (se punkterna 89–94).

Att tillämpningen av eventuella villkor för uppehållsrätten ska ske med de begränsningar som följer av gemenskapsrätten och i enlighet med dess allmänna principer, särskilt proportionalitetsprincipen, framgår även av t.ex. EU-domstolens avgöranden i ovan nämnda Zhu och Chen-målet och mål nr C-456/02, Trojani. De nationella åtgärder som vidtas ska således vara ändamålsenliga och nödvändiga för att uppnå det mål som åsyftas.

Migrationsöverdomstolen har i MIG 2011:19 också uttalat sig om kravet på tillräckliga tillgångar. Målet rörde frågan om en polsk pensionär som tidigare ansetts ha uppehållsrätt med hänvisning till att hon då hade tillräckliga tillgångar, efter det att det uppmärksammats att hon mottagit äldreförsörjningsstöd och bostadstillägg för pensionärer, skulle anses sakna tillräckliga tillgångar och därför ha förlorat sin uppehållsrätt med konsekvensen att hon skulle utvisas. Migrationsöverdomstolen uttalade bl.a. följande. ”Enligt artikel 7.1 b i direktivet ska varje unionsmedborgare ha rätt att uppehålla sig inom en annan medlemsstats territorium under längre tid än tre månader om den berörda personen för egen och sina familjemedlemmars räkning har tillräckliga tillgångar för att inte bli en belastning för den mottagande medlemsstatens sociala biståndssystem under vistelsen. Skälet till att lagstiftaren valt att i 3 a kap. 3 § 4 utlänningslagen formulera kravet på tillräckliga tillgångar som "tillräckliga tillgångar för sin försörjning" i stället för – såsom

det skulle vara i enlighet med direktivet – "tillräckliga tillgångar för att inte bli en belastning för det svenska sociala biståndssystemet" framgår inte av förarbetena till de av direktivet föranledda ändringarna i utlänningslagen (prop. 2005/06:77). Av artikel 8.4 i rörlighetsdirektivet framgår att medlemsstaterna inte får fastställa något fast belopp som de anser vara "tillräckliga tillgångar" utan de måste ta hänsyn till den berörda personens personliga omständigheter. Vidare sägs i den svenska språkversionen av direktivet att detta belopp i varje fall inte får överstiga den beloppsgräns under vilket medborgare i den mottagande medlemsstaten är berättigade till socialt bistånd, om detta kriterium är tillämpligt. (...) Enligt Migrationsöverdomstolens mening får innebörden av artikel 8.4 i direktivet tolkas så att det är medlemsstaterna som ska avgöra vad "tillräckliga tillgångar" är men när de gör det får de inte fastställa ett fast belopp utan hänsyn måste tas till den berörda personens personliga förhållanden och beloppet i det enskilda fallet får inte överstiga den beloppsgräns under vilket medborgare i den mottagande medlemsstaten är berättigade till socialt bistånd, om detta kriterium är tillämpligt.”

Migrationsöverdomstolens bedömning

Migrationsverket har invänt att det starkt kan ifrågasättas om det spanska identitetskort som uppvisat i ärendet uppfyller kraven i 2 kap. 17 § utlänningsförordningen. Den bestämmelsen reglerar vilka krav som måste vara uppfyllda för att ett identitetskort ska gälla som pass vid EES-medborgares ankomst till och utresa från Sverige samt under den tid personen har rätt att vistas här. Krav på uppvisande av giltigt pass eller identitetskort gäller vidare enligt 3 a kap. 8 § utlänningsförordningen i samband med utfärdande av s.k. registreringsbevis för EES-medborgare och enligt 3 a kap. 9 § utlänningsförordningen gäller för utfärdande av uppehållskort uppvisande av giltigt pass eller andra handlingar som på ett eller annat sätt styrker anknytningen till EES-medborgaren.

Migrationsöverdomstolen konstaterar inledningsvis att uppehållsrätten inte är beroende av att personen innehar vissa handlingar utan följer direkt av EU-rätten. När det gäller kravet på pass för inresa konstaterar Migrationsöverdomstolen att det uppvisade identitetskortet av den spanska ambassaden har ansetts som ett bevis för hennes medborgarskap. Det identitetskort som har uppvisats får därför enligt Migrationsöverdomstolen anses uppfylla kraven i 2 kap. 17 § utlänningsförordningen.

Enligt 3 a kap. 3 § 4 utlänningslagen har en EES-medborgare uppehållsrätt om han eller hon har tillräckliga tillgångar för sin och sina familjemedlemmars försörjning och har en heltäckande sjukförsäkring för sig och sina familjemedlemmar som gäller i Sverige. Kraven motsvaras av kriterierna i artikel 7.1 b i rörlighetsdirektivet. Enligt EU-domstolens uttalande i Zhu och Chen-målet ska dock kravet på tillräckliga tillgångar inte tolkas så att de måste härröra från den minderårige medborgaren själv, utan kan härröra från en vårdnadshavare. I Zhu och Chen-målet var det visserligen fråga om uppehållsrätt enligt direktiv 90/364/EEG om rätt till bosättning. Rörlighetsdirektivet har ersatt bl.a. det direktivet och det framgår av artikel 38 i rörlighetsdirektivet att hänvisningar till genom rörlighetsdirektivet upphävda bestämmelser och direktiv ska ses som hänvisningar till detta direktiv. Den praxis som bildats gällande tillämpningen av direktiv 90/364/EEG äger därför fortsatt betydelse vid tolkning och tillämpning av rörlighetsdirektivet.

Mot denna bakgrund konstaterar Migrationsöverdomstolen att

kan åberopa tillgångar eller inkomster från modern. Av EU-domstolens avgörande i Zhu och Chen-målet följer också att under förutsättning att

uppfyller kraven i 3 a kap. 3 § 4 utlänningslagen om tillräckliga tillgångar och heltäckande sjukförsäkring, har

en rätt att vistas i Sverige så att

kan utöva sin fria rörlighet.

I förevarande mål är upplyst att

har inkomster på grund av anställning som uppgår till ca 18 000 kr efter skatt varje månad, vilket

med beaktande av deras boendekostnad överstiger vad som erfordras för hennes och barnets försörjning, jfr 4 kap. 3 § socialtjänstlagen (2001:453) och 2 kap. 1 § socialtjänstförordningen (2001:937). Av ingivna anställningsavtal framgår att hon har fast anställning och därmed också regelbundna inkomster sett över tid. Migrationsöverdomstolen finner därför i likhet med migrationsdomstolen att genom moderns förvärvsarbete för närvarande får anses ha tillräckliga tillgångar för sin och moderns försörjning.

När det gäller kravet på sjukförsäkring fann migrationsdomstolen i sin dom att kravet på sjukförsäkring i förevarande mål strider mot likabehandlingsprincipen inom EU-rätten, då motsvarande krav inte ställs på svenska barn. Av artikel 24 i rörlighetsdirektivet framgår att likabehandlingsprincipen är tillämplig på dem som enligt direktivet vistas i en annan medlemsstat (se också skäl 20). Artikeln är alltså inte tillämplig vid själva prövningen av om personen har uppehållsrätt, utan aktualiseras först om personen visats ha uppehållsrätt i den aktuella medlemsstaten. Först när en unionsmedborgare med en laglig rätt att uppehålla sig i landet vägras utfå en viss förmån aktualiseras diskrimineringsförbudet, jfr mål nr C-85/96, Martinez Sala och mål nr C-456/02, Trojani. EU-domstolen har vidare i dom den 21 december 2011 i de förenade målen C-424/10 och C-425/10, Ziolkowski m.fl. slagit fast att begreppet ”har uppehållit sig lagligt” ska anses utgöra ett självständigt unionsrättsligt begrepp som ska tolkas enhetligt i alla medlemsstater (punkterna 32-33). Begreppet ska enligt domstolen förstås som en vistelse som uppfyller kraven i rörlighetsdirektivet, bl.a. de som avses i artikel 7.1 b (punkt 46). Migrationsöverdomstolen finner därför att kravet på sjukförsäkring för att alls få uppehållsrätt inte kan anses diskriminerande, varken direkt eller indirekt.

Enligt Migrationsöverdomstolen torde med sjukförsäkring i förevarande sammanhang avses en försäkring som täcker kostnader för sjukvård snarare än en försäkring mot inkomstbortfall.

Migrationsöverdomstolen konstaterar här efter att inte har visat att hon har någon sjukförsäkring. Eftersom tillämpningen av eventuella villkor för uppehållsrätten emellertid ska ske med de begränsningar som följer av gemenskapsrätten och i enlighet med dess allmänna principer, särskilt proportionalitetsprincipen, måste det enligt Migrationsöverdomstolens mening prövas om kravet på en heltäckande sjukförsäkring framstår som en oproportionerlig inskränkning av den fria rörligheten mot bakgrund av det eftersträfvade syftet med kravet på en heltäckande sjukförsäkring som gäller i mottagarlandet. Kravet på en adekvat sjukförsäkring i likhet med kravet på tillräckliga tillgångar kan enligt Migrationsöverdomstolens mening, mot bakgrund av vad som framgår av bl.a. artikel 7.1 b och skäl 10 i rörlighetsdirektivet, anses motiverat av en önskan om att den som utövar fri rörlighet utan att själv vara yrkesverksam inte ska bli en orimlig börda för värdstatens sociala biståndssystem och EU-domstolen har i bl.a. målen Zhu och Chen, Baumbast och Trojani ansett att det är legitimt för en medlemsstat att försöka skydda sina offentliga medel.

Frågan är därför om kravet på en heltäckande sjukförsäkring framstår som oproportionerligt i fall.

I förevarande mål ger visserligen moderns anställningar visst stöd för antagandet att familjen inte kommer att utgöra en orimlig belastning för den mottagande statens sociala biståndssystem, men Migrationsöverdomstolen konstaterar att kravet på heltäckande sjukförsäkring enligt såväl rörlighetsdirektivet som svensk lagtext är ett självständigt krav vid sidan om kravet på tillräckliga tillgångar. Det har inte framkommit någon särskild omständighet som gör att kravet på sjukförsäkring framstår som oproportionerligt och därför inte alls ska tillämpas i förevarande mål. Att enligt svenska regler i förekommande fall skulle kunna beredas viss vård i Sverige, föranleder ingen annan bedömning. Migrationsöverdomstolen finner därför att för närvarande inte uppfyller kraven för uppehållsrätt i 3 a kap. 3 § 4 utlänningslagen. har därför inte heller rätt att vistas i Sverige vare sig med stöd av rörlighetsdirek-

tivet eller med stöd av utlänningslagen. Båda ska därför som Migrationsverket funnit utvisas i enlighet med 8 kap. 7 § utlänningslagen.

Migrationsverket har beslutat att utvisningarna ska verkställas genom att _____ och _____ reser till Colombia eller Spanien, om de inte visar att något annat land kan ta emot dem. Skulle _____ utvisas till ett land utanför unionen, skulle hon dock berövas möjligheten att åtnjuta kärnan i de rättigheter som ställningen som unionsmedborgare i artikel 20 FEUF ger henne (se EU-domstolens avgörande i mål nr C-34/09, Ruiz Zambrano och mål nr C-256/11, Dereci). Då hon är minderårig och _____ är ensam underhållsskyldig mot henne, är det en förutsättning för att _____ ska kunna vistas inom unionen att också modern får rätt att bosätta sig inom unionen tillsammans med henne (jfr mål nr C-256/11, Dereci, punkten 67 och mål nr C-34/09, Ruiz Zambrano, punkterna 42–44). Varken _____ eller _____ kan därför utvisas till Colombia utan utvisningarna ska verkställas genom att de båda reser till Spanien, om de inte visar att något annat land kan ta emot dem.

Migrationsverkets överklagande ska således bifallas på så sätt att utvisningsbesluten den 2 december 2009 fastställs men med den ändringen att utvisningarna av _____ och _____ ska verkställas genom att de reser till Spanien och inte till Colombia.

Domen får inte överklagas (16 kap. 9 § tredje stycket utlänningslagen).

lagman
ordförande

kammarrättsråd

kammarrättsråd
referent

föredragande