



**KAMMARRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Migrationsöverdomstolen
Avdelning 01

DOM
2017-01-31
Meddelad i Stockholm

Mål nr UM 1963-16

KLAGANDE
Migrationsverket

MOTPART

Ombud:

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Malmö, migrationsdomstolens dom 2016-03-07
i mål nr UM 766-16
(Migrationsverkets ärende nr

SAKEN
Uppehållstillstånd m.m.

MIGRATIONSÖVERDOMSTOLENS AVGÖRANDE

Med bifall till överklagandet upphäver Migrationsöverdomstolen
migrationsdomstolens dom och fastställer Migrationsverkets beslut
den 20 januari 2016.

Dok.Id

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 2302	Birger Jarls Torg 5	08-561 690 00	08-14 98 89	måndag–fredag
103 17 Stockholm		E-post: kammarrattenistockholm@dom.se		08:00-16:00

BAKGRUND

är medborgare i Ukraina och har under ett flertal tidigare år beviljats tidsbegränsade uppehålls- och arbetstillstånd för arbete hos ett skogsbolag. Den 28 oktober 2015 ansökte han på nytt om uppehålls- och arbetstillstånd fr.o.m. den 1 mars 2016 t.o.m. den 30 november 2016 för arbete som skogsarbetare hos bolaget. Bolaget hade sedan den 26 oktober 2015 utannonserat den aktuella anställningen i Arbetsförmedlingens platsbank och därefter erbjudit anställningen. Migrationsverket avslog ansökan den 20 januari 2016 med hänvisning till att gemenskapsföreträdet (även benämnt unionsföreträdet) inte hade respekterats. Migrationsverket anförde att rekryteringsförfarandet får anses ha avbrutits i och med att ansökan kom in till verket den 28 oktober 2015 och att anställningen därmed inte hade utannonserats i tio dagar.

överklagade Migrationsverkets beslut till migrationsdomstolen, som i en dom den 7 mars 2016 ändrade Migrationsverkets beslut och beviljade uppehålls- och arbetstillstånd t.o.m. den 30 november 2016 för arbete som skogsarbetare hos bolaget. Migrationsdomstolen angav som skäl för sitt avgörande bl.a. att har företrädesrätt till återanställning enligt 25 § lagen (1982:80) om anställningsskydd. Sådan rätt innebär att arbetsgivaren måste erbjuda den enskilde nytt arbete innan någon annan kan anställas. Något krav på utannonsering av anställningar kan i dessa fall inte anses föreligga. En återanställning kan således komma att ske utan att tjänsten utannonserats. Såvitt avser statliga anställningar framgår denna princip av anställningsförordningen (1994:373). Fråga uppkommer då hur utlänningslagens (2005:716) krav på utannonsering i fall som rör tredjelandsmedborgare förhåller sig till denna princip. Ett upprätthållande av krav på utannonsering innebär en särbehandling i förhållande till de regler som allmänt gäller företrädesrätt enligt lagen om anställningsskydd. Inom unionsrätten, särskilt i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/36/EU av den 26 februari 2014 om villkor för tredjelandsmedborgares inresa och

vistelse för säsonganställning, tydliggörs medlemsstaternas åtagande att motverka särbehandling såvitt avser arbetsvillkor och anställningsförhållanden. Ett krav på utannonsering i ett fall med konstaterad företrädesrätt till återanställning är inte förenligt med principerna om likabehandling.

YRKANDEN M.M.

1. Migrationsverket

Migrationsverket yrkar att Migrationsöverdomstolen upphäver migrationsdomstolens dom och fastställer verkets beslut. Till stöd för sin talan anför Migrationsverket bl.a. följande.

Anställningen ska utannonseras i enlighet med 6 kap. 2 § andra stycket utlänningslagen oavsett om har företrädesrätt till återanställning enligt lagen om anställningsskydd eller inte. Arbetstillstånd enligt 6 kap. 2 § första stycket utlänningslagen får endast ges om rekryteringsförfarandet är förenligt med Sveriges åtaganden inom Europeiska unionen. Det innebär bl.a. att det s.k. unionsföreträdet måste ha respekterats.

är inte bosatt inom EU och tillhör inte den reguljära arbetsmarknaden. Om ansöker om uppehålls- och arbetstillstånd igen för arbete hos samma arbetsgivare nästkommande säsong får det anses vara en ny anställning. Anställningen ska då utannonseras i enlighet med 6 kap. 2 § utlänningslagen. Migrationsdomstolens nämnda svenska regler avseende särskilda skäl att inte lämna information om en ledig statlig anställning saknar relevans, eftersom frågan i målet är om aktuellt rekryteringsförfarande kan anses vara förenligt med Sveriges åtaganden inom Europeiska unionen.

Inga nationella bestämmelser i syfte att införliva direktiv 2014/36/EU har antagits i nuläget. Under alla omständigheter strider det inte mot principerna om likabehandling så som de kommer till uttryck i direktivet att unionsföreträdet respekteras.

2.

anser att överklagandet ska avslås. Till stöd för sin talan anför han bl.a. följande.

Rekryteringsförfarandet har inte avbrutits i och med att ansökan skickades in, eftersom anställningen annonserades t.o.m. den 31 januari 2016. Det tar minst ett par månader innan Migrationsverket behandlar inkomna ansökningar och annonsen ligger därmed kvar för behörig att ansöka om arbete. Eftersom det inte kommer in tillräckligt med ansökningar med rätt kunskap och kompetens för arbetet bör bolaget, som i detta fall, kunna återanställa honom.

Att ansökan skickades in till Migrationsverket innebär inte per automatik att unionsföreträdet har åsidosatts och att rekryteringsprocessen omedelbart avbrutits. Bolaget har hela tiden aktivt sökt personal och söker fortfarande arbetskraft med rätt behörighet och kompetens. Under många år har han varit anställd säsongvis i bolaget och stora ekonomiska resurser och tid har lagts på internutbildning av honom. Stora möjligheter har getts till både svenskar och européer att söka arbete hos bolaget.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

1. Vad målet gäller

Den första fråga som Migrationsöverdomstolen har att ta ställning till är om unionsföreträdet i 6 kap. 2 § utlänningslagen måste respekteras när en utlänning åberopar företrädesrätt till återanställning enligt lagen om

anställningsskydd. Om så är fallet ska Migrationsöverdomstolen ta ställning till om annonseringen av den aktuella anställningen har avbrutits när ansökan om uppehålls- och arbetstillstånd kommer in till Migrationsverket.

2. Tillämpliga bestämmelser

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 (2 kap. 7 § utlänningslagen).

Ett tidsbegränsat uppehållstillstånd får beviljas en utlänning som önskar vistas här i landet för arbete, studier, besök eller för att bedriva näringsverksamhet (5 kap. 10 § utlänningslagen).

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

Ett arbetstillstånd enligt 2 § första stycket ska knytas till viss arbetsgivare och avse ett visst slag av arbete (6 kap. 2 a § tredje stycket utlänningslagen).

3. Förarbeten

Den 15 december 2008 trädde nuvarande regler för arbetskraftsinvandring i kraft. Ändringarna innebar bl.a. att den s.k. myndighetsbaserade arbetsmarknadsprövningen upphörde att gälla. Utgångspunkten vid handläggningen av ärenden om uppehålls- och arbetstillstånd är i stället arbetsgivarens egen bedömning av behovet av rekrytering av arbetskraft från

tredjeland, samtidigt som det s.k. unionsföreträdet ska beaktas. Med detta avses att det egna landets befolkning och befolkningen i övriga EU/EES och Schweiz ska ha företräde till befintliga arbetstillfällen. (Prop. 2007/08:147 s. 25 f. och prop. 2013/14:227 s. 8 och 10.)

För att gemenskapsföreträdet ska kunna respekteras måste personer inom EU/EES och i Schweiz få kännedom om vakanser på den svenska arbetsmarknaden. Rekryteringen kan inledas av att arbetsgivaren anmäler den lediga anställningen till Arbetsförmedlingen för utannonsering. När en ledig anställning utannonseras i Arbetsförmedlingens platsbank blir den också synlig i den europeiska internetbaserade platsportalen Eures, varigenom anställningen görs tillgänglig för medborgare i övriga EU/EES och Schweiz. Arbetsgivaren kan också i samband med utannonseringen begära aktiva förmedlingsinsatser från Arbetsförmedlingens sida, varigenom utbudet av tillgänglig arbetskraft inom EU/EES och Schweiz kan kartläggas. Vidtas dessa åtgärder torde Migrationsverket typiskt sett kunna bedöma om gemenskapsföreträdet har respekterats. Det finns dock inget som hindrar arbetsgivaren från att välja andra rekryteringsåtgärder. Det avgörande är att underlaget gör det möjligt att bedöma om gemenskapsföreträdet har iakttagits. Har inte gemenskapsföreträdet iakttagits eller går det inte att bedöma om så är fallet ska något arbetstillstånd inte meddelas. Om en arbetsgivare inte lyckas rekrytera någon lämplig person bosatt i Sverige, övriga EU/EES eller Schweiz och Migrationsverket finner att gemenskapsföreträdet respekterats står det arbetsgivaren fritt att därefter rekrytera från tredjeland. Utlänningen får då lämna in en ansökan om uppehålls- och arbetstillstånd vid en svensk utlandsmyndighet. (Prop. 2007/08:147 s. 36 f. och s. 59 f.)

När ett arbetstillstånd beviljas första gången bör tillståndet kopplas till en viss arbetsgivare och ett visst slag av arbete. Detta ligger i linje med att arbetstillstånd beviljas för att avhjälpa en enskild arbetsgivares svårighet att rekrytera samt att det är mot en viss anställning som villkoren för tillståndet prövas. (Prop. 2007/08:147 s. 30.)

4. Praxis

Migrationsöverdomstolen har i ett avgörande (MIG 2016:5) rörande ansökan om uppehållstillstånd enligt 5 kap. 5 § första stycket 2 utlänningslagen uttalat bl.a. följande. Utlänningslagen innehåller en rad bestämmelser som gör det möjligt för utländska medborgare att ansöka om olika former av tillstånd, som t.ex. uppehållstillstånd, arbetstillstånd och ställning som varaktigt bosatt. Om det är omständigheterna vid tidpunkten för prövningen eller vid ansökningstillfället som ska ligga till grund för bedömningen måste bero på vad ansökan gäller och vilka omständigheter som är föremål för prövning.

I ett annat avgörande från Migrationsöverdomstolen (MIG 2015:6), där frågan var om den anställning som erbjudits en arbetstagare hade utannonserats i EU/EES och Schweiz under sådan tid att rekryteringsförfarandet var förenligt med Sveriges åtaganden inom Europeiska unionen, ansåg Migrationsöverdomstolen att kravet på unionsföreträde var uppfyllt eftersom anställningen i det aktuella målet hade utannonserats i minst tio dagar.

5. Migrationsöverdomstolens bedömning

5.1 Företrädesrätt till återanställning enligt lagen om anställningsskydd

Migrationsöverdomstolen konstaterar att arbetstillstånd är en förutsättning för att en utlänning ska få arbeta i Sverige. Följden av detta är att reglerna om företrädesrätt enligt lagen om anställningsskydd inte kan aktualiseras för en utlänning innan ett uppehålls- och arbetstillstånd har beviljats. För att ett arbetstillstånd ska kunna beviljas måste unionsföreträdet i 6 kap. 2 § andra stycket utlänningslagen ha respekterats, dvs. den aktuella anställningen ska ha utannonserats inom EU/EES och Schweiz. Införandet av regeln om unionsföreträde i 6 kap. 2 § andra stycket utlänningslagen följer av de

åtaganden som Sverige har gjort inom Europeiska unionen. Syftet med unionsföreträdet är att det egna landets befolkning samt befolkningen i övriga EU/EES och Schweiz ska ha företräde till befintliga arbetstillfällen. Kravet på annonsering står alltså inte i strid med unionsrätten och måste respekteras.

5.2 Kravet på annonsering

För att unionsföreträdet ska anses ha respekterats ska anställningen ha annonserats inom EU/EES och Schweiz i minst tio dagar. Migrationsverket prövade ansökan om uppehålls- och arbetstillstånd den 20 januari 2016 men utgick, i sin bedömning av om unionsföreträdet hade respekterats, från omständigheterna vid tidpunkten för när ansökan kom in till verket, dvs. den 28 oktober 2015. Det kan noteras att Migrationsverket inte har ifrågasatt att annonsen har legat kvar i Arbetsförmedlingens platsbank längre än tio dagar. Migrationsverket gör dock gällande att annonseringen har avbrutits i och med att ansökan om uppehålls- och arbetstillstånd kom in till verket.

I likhet med vad Migrationsöverdomstolen uttalade i MIG 2016:5 anser Migrationsöverdomstolen även i detta fall att bedömningen av om det är omständigheterna vid tidpunkten för prövningen eller vid ansökningstillfället som ska ligga till grund för bedömningen måste bero på vad ansökan gäller och vilka omständigheter som är föremål för prövning.

Som redogjorts för ovan är det mot en viss anställning som villkoren för anställningen ska prövas. Följden av att en ansökan om uppehålls- och arbetstillstånd med ett erbjudande om anställning ges in till Migrationsverket är därför att just denna anställning inte längre är aktuell för någon annan att söka. Migrationsöverdomstolen anser att detta innebär att annonseringen av en anställning måste anses avbruten när en ansökan om uppehålls- och arbetstillstånd kommer in till Migrationsverket. Detta får i sin tur till följd att det är omständigheterna vid ansökningstillfället som bör läggas till grund för

bedömningen av om unionsföreträdet har respekterats. Ett annat synsätt skulle innebära att syftet med unionsföreträdet skulle kunna kringgås.

Annonseringen av den anställning som blev erbjuden av bolaget har alltså avbrutits i och med att hans ansökan om uppehålls- och arbetstillstånd kom in till Migrationsverket den 28 oktober 2015. Annonseringen hade då endast pågått under tre dagar. Kravet på unionsföreträde var därför inte uppfyllt. Att bolaget, samtidigt med erbjudna anställning, annonserade ett stort antal andra lediga anställningar som avsåg samma slags arbete påverkar inte bedömningen av rekryteringsförfarandet av den anställning som erbjudits Det innebär också att det saknar betydelse att annonsen fanns kvar på annonseringsplatsen efter det att ansökan kom in till Migrationsverket. Det var alltså rätt av Migrationsverket att avslå ansökan om uppehålls- och arbetstillstånd. Migrationsdomstolens dom ska därför upphävas och Migrationsverkets beslut fastställas.

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

kammarrättsråd
ordförande

kammarrättsråd

kammarrättsråd
referent

föredragande