

Tolkning av MIG 2016:5 avseende tidpunkt för ansökan om permanent uppehållstillstånd

RK/001/2021



Fastställelsebeslut: RA/038/2021			Version 1.0
Beslutsdatum: 2021-02-22			
Gäller för: hela myndigheten			
Gäller från och med: 2021-02-22			
Datum för revidering	Version	Avsnitt som reviderats	Beslutsbeteckning
ange datum	nummer	inhåll	XX/XXX/XXXX
ange datum	nummer	inhåll	XX/XXX/XXXX

Fakta om rättsliga kommentarer

Rättsliga kommentarer utgör Migrationsverkets uttalanden om hur ett domstolsavgörande bör tolkas. De är styrande för myndighetens medarbetare och beslutas av chefen för rättsavdelningen.

Rättsliga kommentarer förs in i en särskild dokumentserie, RK-serie. Dokumentserien är gemensam för hela myndigheten. Beslut om fastställande, ändringar och upphävande av en rättslig kommentar förs in i beslutsdokumentserien för chefen för rättsavdelningen.

Innehållsförteckning

Fakta om rättsliga kommentarer	1
1. Syfte.....	3
2. Sammanfattning.....	3
3. Bakgrund	3
4. Gällande rätt.....	5
5. Rättslig bedömning	5
Gällande rätt m.m.....	7
Utlänningslag (2005:716)	7
5 kap. Uppehållstillstånd.....	7
5 b kap. Uppehållstillstånd för forskning, studier inom högre utbildning, viss praktik, visst volontärarbete och au pair-arbete	7
6 kap. Arbetstillstånd	8
6 a kap. EU-blåkort	8
6 b kap. Tillstånd för företagsintern förflyttning, ICT	9
6 c kap. Tillstånd för säsongsarbete	10
Förarbetsuttalanden.....	11
Proposition 2013/14:213 (s. 34, 51-52) Cirkulär migration och utveckling ...	11
Vägledande avgöranden från Migrationsöverdomstolen	11
MIG 2007:5.....	11
MIG 2013:22.....	11
MIG 2015:20.....	11

1. Syfte

Syfte med denna kommentar är att förtydliga hur MIG 2016:5 bör tolkas i ärenden vid prövning av permanent uppehållstillstånd för uppehållstillstånd för arbete, EU-blåkort utfärdat av Sverige, ICT-tillstånd, ICT-tillstånd för rörlighet för längre vistelse eller tillstånd för säsongsarbete samt uppehållstillstånd för studier som avser utbildning på forskarnivå enligt 5 kap. 5 § första stycket utlänningslagen.

2. Sammanfattning

- För att kunna avgöra om det är omständigheterna vid tidpunkten för prövningen eller vid ansökningstillfället som ska ligga till grund för bedömningen måste utgångspunkten, som anförs i MIG 2016:5, vara vad ansökan gäller och vilka omständigheter som är föremål för prövning.
- Prövning av en ansökan enligt 5 kap. 5 § utlänningslagen första stycket bör ske med utgångspunkt från omständigheterna vid ansökningstillfället i de ärenden där tiden som förflutit från ansökan är så lång att den innebär att ansökan kan komma att avslås. I de ärenden där en prövning med utgångspunkt från omständigheterna vid ansökningstillfället skulle innebära negativa konsekvenser för den sökande bör istället, enligt allmänna förvaltningsrättsliga principer, tidpunkten för prövningstillfället vara avgörande.

3. Bakgrund

Av 5 kap. 5 § första stycket utlänningslagen framgår att permanent uppehållstillstånd får beviljas en utlänning som i sammanlagt fyra år under de senaste sju åren har haft

1. uppehållstillstånd för arbete eller EU-blåkort utfärdat av Sverige, ICT-tillstånd, ICT-tillstånd för rörlighet för längre vistelse eller tillstånd för säsongsarbete, eller
2. uppehållstillstånd för studier som avser utbildning på forskarnivå.

Migrationsöverdomstolen har i avgörande den 1 april 2016 i mål UM 4762-15 (MIG 2016:5) tagit upp frågan om den sjuåriga kvalificeringsperioden i 5 kap. 5 § utlänningslagen ska räknas från tidpunkten för ansökan om permanent uppehållstillstånd eller från prövningstillfället. Frågan i målet gällde en sökande som under sammanlagt fyra år haft studier som avser utbildning på forskarnivå enligt 5 kap. 5 § första stycket 2 utlänningslagen.

I den aktuella bestämmelsen 5 kap. 5 § utlänningslagen finns inte angivet från vilken tidpunkt beräkningen av sjuårsperioden ska göras. Inte heller finns det någon ledning i förarbetena.

Migrationsöverdomstolen har i ett flertal avgöranden uttalat att det är omständigheterna vid tidpunkten för prövningen som ska ligga till grund för bedömningen av frågan om uppehållstillstånd (se bl.a. MIG 2007:5, MIG 2013:22).

Migrationsöverdomstolen har dock i andra mål som gällt olika villkor knutna till en viss kvalificeringstid som angetts i bestämmelsen funnit att villkoren istället ska vara uppfyllda vid tidpunkten för ansökningstillfället. Så har skett i avgörandet MIG 2010:3, som avsåg en ansökan om uppehållstillstånd på grund av arbete enligt 5 kap. 15 a § utlänningslagen, där anställningstiden om minst sex månader (numera fyra månader) ska vara uppfylld vid tidpunkten för ansökningstillfället. I målet anförde Migrationsöverdomstolen att en beräkning utifrån en senare tidpunkt än ansökningstillfället skulle leda till att en utlännings möjlighet att kvalificera sig för ett uppehållstillstånd blev beroende av handläggningstidens längd och att detta i sin tur skulle leda till olika och orättvisa konsekvenser för de enskilda sökandena.

Det framgår av MIG 2016:5 att Förvaltningsrätten i Malmö i dom UM 6083-14 motiverat sitt bifall av överklagandet med följande motivering. Bedömningen enligt 5 kap. 5 § första stycket utlänningslagen, och de frister som ställs upp, skiljer sig från de mål som tidigare har behandlats av Migrationsöverdomstolen där tidpunkten för prövningstillfället bedömts vara avgörande.

Det rör sig inte om några kvalificeringsfrister som kan löpa ut beroende på att handläggningstiden fördröjts. Inte heller kan en prövning enligt 5 kap. 5 § utlänningslagen jämföras med bedömningen av en anknytning eller skyddsskäl. I sådana mål är det väsentligt att utgå från aktuella omständigheter vid bedömningen och det hade blivit missvisande att utgå från de omständigheter som förelåg vid ansökningstillfället.

I förarbetena till bestämmelsen i 5 kap. 5 § utlänningslagen har framhållits att doktorander ofta tillbringar lång tid i Sverige och får en verklig anknytning till det svenska samhället och att ge doktorander en möjlighet att kvalificera sig för permanent uppehållstillstånd ansågs därför stå i överensstämmelse med målen för den svenska forskningspolitiken i övrigt. Förutsättningarna för dessa doktorander att beviljas permanent uppehållstillstånd bör motsvara dem som gäller för arbetskraftsinvandrare. (prop. 2013/14:213 s. 34).

Beträffande bestämmelsen i 5 kap. 5 § utlänningslagen har Migrationsöverdomstolen i MIG 2015:20 konstaterat att lagstiftaren genomfört olika åtgärder som syftar till att skapa ökade möjligheter för utländska medborgare att arbeta och röra sig mellan Sverige och ett eller flera andra länder. På motsvarande sätt har lagstiftaren även velat underlätta rörligheten för den som bedriver studier på forskarnivå.

Migrationsöverdomstolen har i MIG 2016:5 konstaterat att utlänningslagen innehåller olika bestämmelser som möjliggör för utländska medborgare att ansöka om olika former av tillstånd. Möjligheten för utlänningar som har bedrivit forskarstudier i Sverige att kvalificera sig för ett permanent uppehållstillstånd kan påverkas negativt på grund av långa handläggningstider för ansökan. Detta kan leda till olika och orättvisa konsekvenser för dem vilket inte kan anses stå i överensstämmelse med lagstiftarens syfte med att ge utlänningar som har bedrivit forskarstudier i Sverige en möjlighet att beviljas permanent uppehållstillstånd. För att kunna ta ställning till om det är omständigheterna vid tidpunkten för prövningen eller vid ansökningstillfället som ska ligga till grund för bedömningen har domstolen därför gjort bedömningen att utgångspunkten måste vara vad ansökan gäller och vilka omständigheter som är föremål för prövning.

4. Gällande rätt

Se bilaga.

5. Rättslig bedömning

Migrationsöverdomstolen har i tidigare avgörande (MIG 2015:20) framhållit vikten av att skapa ökade möjligheter för utländska medborgare att arbeta och röra sig mellan Sverige och ett eller flera andra länder samt att underlätta rörligheten för den som bedriver studier på forskarnivå.

Bestämmelsen i 5 kap. 5 § utlänningslagen ger såväl forskarstuderande som arbetstagare möjlighet att kvalificera sig för ett permanent uppehållstillstånd.

Utgångspunkten är enligt allmänförvaltningsrättsliga principer att omständigheterna vid tidpunkten för prövningstillfället är avgörande för bedömningen. Dessa principer får även anses gälla inom utlänningsrätten.

Migrationsöverdomstolen har dock i mål som gällt olika villkor knutna till en viss kvalificeringstid funnit att villkoren istället ska vara uppfyllda vid tidpunkten för ansökningstillfället.

Sökandens möjlighet att kvalificera sig för ett permanent uppehållstillstånd enligt 5 kap. 5 § utlänningslagen kan påverkas negativt om handläggningstiden är lång. En beräkning utifrån en senare tidpunkt än ansökningstillfället skulle kunna leda till att ansökan avslås. En prövning av dessa ärenden bör därför utgå från omständigheterna vid tidpunkten för ansökningstillfället.

Det är vanligt förekommande att en ansökan där den sökande yrkar permanent uppehållstillstånd enligt 5 kap. 5 § utlänningslagen ges in strax innan det tillfälle då den sökande i sammanlagt fyra år under de senaste sju åren har haft uppehållstillstånd för arbete eller EU-blåkort utfärdat av Sverige, ICT-tillstånd, ICT-tillstånd för rörlighet för längre vistelse eller tillstånd för säsongarbete, eller uppehållstillstånd för studier som avser utbildning på forskarnivå. Om en prövning av dessa ansökningar sker med utgångspunkt i omständigheterna vid tidpunkten för ansökningstillfället kan permanent uppehållstillstånd inte kan beviljas. Detta med anledning av att de krav som uppställs i 5 kap. 5 § utlänningslagen om tillstånd i sammanlagt fyra år under en sjuårsperiod då inte uppfylls. Om den sökande stannar kvar i Sverige efter att det tidigare beviljade tillståndet löper ut och inte ansöker om ett nytt tillstånd kan det innebära att den sökande vistas i Sverige utan ett giltigt tillstånd. Om omständigheterna vid tidpunkten för ansökningstillfället är avgörande i dessa ärenden leder det till orättvisa konsekvenser för dessa sökande då de endast har en dag på sig att ansöka om permanent tillstånd för att uppfylla kraven enligt 5 kap. 5 § utlänningslagen. En prövning av dessa ärenden bör därför utgå från omständigheterna vid tidpunkten för prövningstillfället. För att kunna avgöra om det är omständigheterna vid tidpunkten för prövningen eller vid ansökningstillfället som ska ligga till grund för bedömningen måste utgångspunkten, som anförs i MIG 2016:5, därför vara vad ansökan gäller och vilka omständigheter som är föremål för prövning. I vissa situationer kan såväl en prövning med utgångspunkt från omständigheterna vid ansökningstillfället som vid prövningstillfället leda till att en ansökan avslås.

Mot bakgrund av det som redogjorts för ovan bör vid prövning av en ansökan enligt 5 kap. 5 § utlänningslagen ske med utgångspunkt från omständigheterna vid ansökningstillfället i de ärenden där tiden som förflutit från ansökan är så lång att den innebär att ansökan kan komma att avslås. I de ärenden där en prövning med utgångspunkt från omständigheterna vid ansökningstillfället skulle innebära negativa konsekvenser för den sökande bör istället, enligt allmänförvaltningsrättsliga principer, tidpunkten för prövningstillfället vara avgörande.

Bilaga till RK/001/2021

Gällande rätt m.m.

Utlänningslag (2005:716)

5 kap. Uppehållstillstånd

5 § Ett permanent uppehållstillstånd får beviljas en utlänning som i sammanlagt fyra år under de senaste sju åren har haft

1. uppehållstillstånd för arbete eller EU-blåkort utfärdat av Sverige, ICT-tillstånd, ICT-tillstånd för rörlighet för längre vistelse eller tillstånd för säsongarbete eller
2. uppehållstillstånd för studier som avser utbildning på forskarnivå. Uppehållstillstånd får beviljas en utlänning som har sin försörjning ordnad på annat sätt än genom anställning. Om utlänningen ska bedriva näringsverksamhet ska han eller hon ha förmåga att bedriva den aktuella verksamheten. Lag (2018:319).

Uppehållstillstånd på grund av synnerligen ömmande omständigheter.

10 § Ett tidsbegränsat uppehållstillstånd får beviljas en utlänning som önskar vistas här i landet för arbete, studier, besök eller för att bedriva näringsverksamhet. Lag (2008:884).

5 b kap. Uppehållstillstånd för forskning, studier inom högre utbildning, viss praktik, visst volontärarbete och au pair-arbete

Uppehållstillstånd för studier inom högre utbildning

3 § En utlänning som har antagits till en utbildning på heltid vid en läroanstalt för högre utbildning i Sverige ska, om utlänningen har betalat de avgifter som tas ut för studierna vid läroanstalten och inte något annat följer av 9-12 §§, beviljas ett uppehållstillstånd för studier inom högre utbildning.

Ett uppehållstillstånd enligt första stycket ska, om inte något annat följer av tredje stycket, gälla i minst ett år eller den kortare tid som studierna ska pågå.

Om utlänningen omfattas av ett unionsprogram eller ett multi- lateralt program som främjar tredjelandsmedborgares rörlighet eller av ett avtal mellan två eller flera läroanstalter och förutsättningarna för att bevilja tillstånd för hela studie- perioden är uppfyllda, ska uppehållstillståndet gälla i minst två år eller den kortare tid som studierna ska pågå. Lag (2019:1208).

6 kap. Arbetstillstånd

2 § Arbetstillstånd får ges till en utlänning som erbjudits en anställning, om

1. anställningen gör det möjligt för honom eller henne att försörja sig, och
2. lönen, försäkringsskyddet och övriga anställningsvillkor inte är sämre än de villkor som följer av svenska kollektivavtal eller praxis inom yrket eller branschen.

Arbetstillstånd enligt första stycket får endast ges om rekryteringsförfarandet är förenligt med Sveriges åtaganden inom Europeiska unionen. Arbetstillstånd får även ges till en utlänning som deltar i ett internationellt utbyte eller om det följer av ett internationellt avtal eller ett avtal med ett annat land. Lag (2008:884).

2a § Ett arbetstillstånd enligt 2 § första stycket får inte ges för längre tid än två år. Det får heller inte avse längre tid än anställningstiden.

Den sammanlagda tillståndstiden för arbetstillstånd enligt 2 § första stycket får vara högst fyra år. Om det finns särskilda skäl får dock den sammanlagda tillståndstiden vara högst sex år.

Ett arbetstillstånd enligt 2 § första stycket ska knytas till en viss arbetsgivare och avse ett visst slag av arbete. Efter en sammanlagd tillståndstid om två år ska tillståndet knytas endast till ett visst slag av arbete. Lag (2014:777).

6 a kap. EU-blåkort

1 § En utlänning som erbjudits en högkvalificerad anställning i Sverige med en anställningstid om minst ett år ska, om inte annat följer av 2 eller 3 §, beviljas ett uppehålls- och arbetstillstånd för högkvalificerad anställning (EU-blåkort), om

1. lönen är minst en och en halv gång den genomsnittliga bruttoårslönen i Sverige (löneträskeln),
2. lönen, försäkringsskyddet och övriga anställningsvillkor
3. inte är sämre än de villkor som följer av svenska
4. kollektivavtal eller praxis inom yrket eller branschen,
5. utlänningen kan visa att han eller hon har, eller har
6. ansökt om, en heltäckande sjukförsäkring som gäller i tre månader från inresan i Sverige, och
7. rekryteringsförfarandet är förenligt med Sveriges åtaganden inom Europeiska unionen.

En anställning ska anses vara högkvalificerad om den förutsätter att utlänningen har relevant och särskild kompetens för den i form av slutförda studier som motsvarar 180 högskolepoäng eller fem års yrkeserfarenhet inom det yrke eller den bransch som anställningen avser.

Om den högkvalificerade anställningen avser ett reglerat yrke ska utlänningen styrka behörigheten att få utöva yrket i Sverige. Lag (2013:606).

5 § Ett EU-blåkort ska gälla för högst två år med den möjlighet till förlängning som framgår av 6 §. Om anställningstiden är kortare än två år ska EU-blåkortet gälla under anställningstiden med ett tillägg av tre månader. Giltighetstiden får dock inte vara längre än två år.

Den sammanlagda tillståndstiden för ett eller flera EU-blåkort får inte överstiga fyra år. Att den som haft EU-blåkort under en sammanlagd tid av fyra år kan beviljas permanent uppehållstillstånd framgår av 5 kap. 5 §. Lag (2013:606).

6 b kap. Tillstånd för företagsintern förflyttning, ICT

Förutsättningar för tillstånd

1 § En utlänning som är anställd av ett företag som är etablerat utanför EES-staterna och Schweiz och som ska tjänstgöra som chef, specialist eller praktikant i mer än 90 dagar i ett företag (värdföretag) som dels är etablerat i Sverige, dels är en enhet som tillhör samma företag eller ett företag inom samma koncern ska, om inte annat följer av tredje stycket eller 3-5 §§, beviljas ett uppehålls- och arbetstillstånd för företagsintern förflyttning av personal (ICT-tillstånd), om

1. utlänningen har varit anställd i företaget under minst tre månader utan uppehåll vid tiden för den företagsinterna förflyttningen,
2. ersättningen inte är sämre än vad som följer av svenska kollektivavtal eller praxis inom yrket eller branschen, och övriga anställningsvillkor inte är sämre än vad som gäller för arbetstagare som är utstationerade i Sverige enligt 5 § lagen (1999:678) om utstationering av arbetstagare av ett företag som är etablerat inom EES eller Schweiz,
3. anställningen gör det möjligt för honom eller henne att försörja sig,
4. utlänningen, vid vistelse som kommer att uppgå till högst ett år, kan visa att han eller hon har, eller har ansökt om, en heltäckande sjukförsäkring som gäller i Sverige,
5. utlänningen har de yrkeskvalifikationer och den erfarenhet som krävs för uppdraget som chef eller specialist, eller har en sådan examen från ett universitet eller en högskola som krävs för praktiktjänstgöringen,
6. utlänningen efter förflyttningens slut kommer att kunna överflyttas till en enhet i tredjeland som tillhör samma företag eller till ett företag inom samma koncern i tredjeland, och
7. utlänningen inte utgör ett hot mot allmän ordning, allmän säkerhet eller allmän folkhälsa.

Om den företagsinterna förflyttningen avser ett reglerat yrke ska utlänningen styrka behörigheten att få utöva yrket i Sverige.

Ett ICT-tillstånd ska inte beviljas om

1. utlänningen inte har fullgjort anmälningsskyldigheten enligt 13 §, eller
2. värdföretaget huvudsakligen har inrättats för att underlätta inresa för personer som är föremål för företagsintern förflyttning. *Lag (2020:598).*

2 § En utlänning som har beviljats ett ICT-tillstånd av en annan EU-stat och som ska tjänstgöra som chef, specialist eller praktikant i mer än 90 dagar i ett företag som dels är etablerat i Sverige, dels är en enhet som tillhör samma företag eller ett företag inom samma koncern som det i den andra EU-staten ska, om inte annat följer av 3-5 §§, beviljas ett ICT-tillstånd för rörlighet för längre vistelse, om

1. ersättningen inte är sämre än vad som följer av svenska kollektivavtal eller praxis inom yrket eller branschen, och övriga anställningsvillkor inte är sämre än vad som gäller för arbetstagare som är utstationerade i Sverige enligt 5 § lagen (1999:678) om utstationering av arbetstagare av ett företag som är etablerat inom EES eller Schweiz,
2. anställningen gör det möjligt för honom eller henne att försörja sig,
3. utlänningen, vid vistelse som kommer att uppgå till högst ett år, kan visa att han eller hon har, eller har ansökt om, en heltäckande sjukförsäkring som gäller i Sverige, och
4. utlänningen inte utgör ett hot mot allmän ordning, allmän säkerhet eller allmän folkhälsa.

Om den företagsinterna förflyttningen avser ett reglerat yrke ska utlänningen styrka behörigheten att få utöva yrket i Sverige. *Lag (2020:598).*

6 c kap. Tillstånd för säsongarbete

Förutsättningar för tillstånd

1 § En utlänning som har erbjudits en tidsbegränsad anställning som säsongarbetare i Sverige av en arbetsgivare som är etablerad här ska beviljas ett tillstånd för säsongarbete om förutsättningarna i 2-6 §§ är uppfyllda.

Ett tillstånd för säsongarbete ska beviljas i form av

1. ett arbetstillstånd för säsongarbete om vistelsen inte överstiger 90 dagar, eller
2. ett uppehålls- och arbetstillstånd för säsongarbete om vistelsen överstiger 90 dagar. *Lag (2018:319).*

Förarbetsuttalanden

Proposition 2013/14:213 (s. 34, 51-52) Cirkulär migration och utveckling

Att doktorander, som ofta tillbringar långa tider i Sverige och får en verklig anknytning till det svenska samhället, inte har möjlighet att kvalificera sig för permanent uppehållstillstånd är inte i överensstämmelse med regeringens mål för forskningspolitiken i övrigt.

Mot den bakgrunden anser regeringen att det bör införas en möjlighet för utlänningar, som beviljats uppehållstillstånd för studier som avser utbildning på forskarnivå, att kvalificera sig för ett permanent uppehållstillstånd i Sverige. Förutsättningarna för dessa doktorander att beviljas permanent uppehållstillstånd bör motsvara dem som gäller för arbetskraftsinvandrare. Därigenom får de samma förutsättningar som arbetskraftsinvandrare att i viss utsträckning göra uppehåll mellan tillståndsperioderna och lämna Sverige, utan att det påverkar utsikterna att beviljas ett permanent uppehållstillstånd.

Med utbildning på forskarnivå avses i högskoleförordningen (1993:100) utbildning som ska leda fram till en licentiatexamen eller konstnärlig licentiatexamen respektive en doktors-examen eller en konstnärlig doktorsexamen.

Vägledande avgöranden från Migrationsöverdomstolen

MIG 2007:5

Fråga om förutsättningar föreligger för uppehållstillstånd på grund av anknytning. Vid bedömning härav har omständigheterna vid tidpunkten för prövningen ansetts avgörande.

MIG 2013:22

Bedömningen av villkoren för svenskt medborgarskap ska utgå från rådande förhållanden vid prövningstillfället i respektive instans. Hemvistvillkoret i medborgarskapslagen är inte bundet till den grund enligt vilken utlänningen vistas i Sverige.

MIG 2015:20

En utlänning har haft tidsbegränsat uppehållstillstånd för att arbeta i Sverige under fyra år. Utlänningen har inte bedömts uppfylla kriterierna för att få ett permanent uppehållstillstånd eller på grund av särskilda skäl beviljas ytterligare ett tidsbegränsat tillstånd.