

Förutsättningar för arbetstillstånd för arbete som personlig assistent

RS/012/2021



Fastställelsebeslut: RA/039/2021			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
2022-12-19	2.0	3.1, 3.2, 3.4, 3.5, 3.6	RA/082/2022
2024-07-22	3.0	3.6 borttag	RA/043/2024

Fakta om rättsliga ställningstaganden

Rättsliga ställningstaganden utgör Migrationsverkets uttalanden om hur en författning bör tolkas och är styrande för myndighetens medarbetare. De beslutas av chefen för rättsavdelningen.

Rättsliga ställningstaganden förs in i en särskild dokumentserie, RS-serie. Dokumentserien är gemensam för hela myndigheten. Beslut om fastställande, ändringar och upphävande av ett rättsligt ställningstagande förs in i beslutsdokumentserien för chefen för rättsavdelningen.

Innehållsförteckning

Fakta om rättsliga ställningstaganden	1
Sammanfattning.....	3
1. Syfte.....	4
2. Gällande rätt.....	4
3. Rättslig bedömning	4
3.1 Arbetstillstånd enligt utlänningslagen.....	4
3.2 Anställning som personlig assistent.....	5
3.3 Anställningsvillkor inom personlig assistans.....	5
3.4 Anställningsformer inom personlig assistans.....	6
3.5 Skenanställningar och missbruk.....	6
Gällande rätt.....	8
Utlänningslagen (2005:716).....	8
Kap. 2 Villkor för att en utlänning skall få resa in i samt vistas och arbeta i Sverige	8
Kap. 6 Arbetstillstånd	8
Kap. 7 Återkallelse av tillstånd	8
Utlänningsförordningen (2006:97)	9
Kap. 4 Uppehållstillstånd.....	9
Kap. 7 Underrättelseskyldighet.....	9
Lagen (2008:962) om valfrihetssystem.....	10
Lagen (1970:943) om arbetstid m.m. i husligt arbete	11

Sammanfattning

En tredjelandsmedborgare som fått en anställning som personlig assistent kan beviljas arbetstillstånd i Sverige under förutsättning att anställningen uppfyller de villkor som framgår av 6 kap. 2 § utlänningslagen (2005:716).

Om assistansmottagaren driver sin assistans i egen regi är det han eller hon som är arbetsgivare. Om personlig assistent anställs av en assistansanordnare ska denne ses som arbetsgivare. Tillståndet bör begränsas till att avse en anställning som personlig assistent hos denne arbetsgivare. Det är assistansanordnaren som ansvarar för att villkoren i 6 kap. 2 utlänningslagen är uppfyllda.

Om det framgår av anställningsavtalet att anställningen varar under en viss bestämd tid ska arbetstillstånd beviljas för den tid anställningen avser, dock högst två år åt gången. Har anställningens längd definierats som *så länge assistansuppdraget varar* bör arbetstillstånd beviljas för två år.

Migrationsverket ska begära från den sökande en kopia av Försäkringskassans beslut om assistansersättning.

Beslutet från Försäkringskassan utgör en del av underlaget för bedömningen att det finns en anställning som uppfyller villkoren i 6 kap. 2 § utlänningslagen samt att arbetsgivaren har ekonomiska förutsättningar för att infria villkoren. Kan den sökande inte visa det, bör ansökan i regel inte bifallas.

Migrationsverket ska vara observant i fall där den personliga assistentens anställning är beroende av assistansmottagarens rätt att vistas i Sverige. Det kan aktualiseras i situationer där en förälder som ansöker om arbetstillstånd åberopar anställning som personlig assistent åt sina barn som i sin tur ansöker om uppehållstillstånd som anhöriga till arbetstagare enligt 4 kap. 4 a § utlänningsförordningen (2006:97). Under sådana omständigheter kan Migrationsverket ifrågasätta att det finns en sådan anställning som kan ligga till grund för arbetstillstånd enligt 6 kap. 2 utlänningslagen.

Migrationsverket kan till Försäkringskassan lämna information som leder till misstanke om att assistansersättning meddelats på felaktig grund. Utgångspunkten är att det råder sekretess mellan myndigheterna men den kan brytas med stöd av s.k. generalklausulen i 10 kap. 27 § Offentlighets- och sekretesslag (2009:400). För att generalklausulen ska vara tillämplig krävs att det är uppenbart att intresset av att uppgifterna lämnas ut har företräde framför det intresse som sekretessen ska skydda.

1. Syfte

Syftet med ställningstagandet är att ge riktlinjer för vilka förutsättningar som ska vara uppfyllda för att en tredjelandsmedborgare som har anställning som personlig assistent ska kunna beviljas arbetstillstånd enligt 6 kap. 2 § utlänningslagen.

2. Gällande rätt

Se bilaga.

3. Rättslig bedömning

3.1 Arbetstillstånd enligt utlänningslagen

Arbetstillstånd är ett tillstånd för att arbeta i Sverige. En tredjelandsmedborgare som ska arbeta i Sverige på grund av en anställning här eller utomlands ska ha arbetstillstånd (2 kap. 7 § utlänningslagen).

Av 6 kap. 2 § utlänningslagen framgår att arbetstillstånd får ges en utlänning som har ett anställningsavtal, om

1. anställningen gör det möjligt för honom eller henne att uppnå god försörjning, 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 6 kap. 2 § första stycket utlänningslagen får ges om rekryteringsförfarandet är förenligt med Sveriges åtaganden inom Europeiska Unionen.

Ett tidsbegränsat tillstånd får inte ges för längre tid än två år. Inte heller får tillståndstiden avse längre tid än anställningstiden. Arbetstillståndet ska vidare knytas till viss arbetsgivare och avse ett visst slag av arbete. Efter en sammanlagd tillståndstid om två år ska tillståndet endast knytas till visst slag av arbete (6 kap. 2 a § utlänningslagen).

3.2 Anställning som personlig assistent

I utlänningslagen finns ingen självständig definition av begreppen arbetsgivare och arbetstagare. Om assistansmottagaren väljer att driva sin assistans i egen regi är han eller hon den personliga assistentens arbetsgivare och har ansvar för att anställningsvillkoren enligt 6 kap. 2 § utlänningslagen är uppfyllda.

När assistansmottagaren väljer att anlita en assistansanordnare är situationen inte lika självklar. Assistansmottagarens ställning är oklar med hänsyn till dess valfrihet och bestämmanderätt samt att den personliga assistentens anställning bekostas genom assistansersättning som assistansmottagaren är berättigad till. Anställningen är därmed beroende av assistansersättningen, assistansanordnaren står ingen ekonomisk risk för den personliga assistenten. Samtidigt är det assistansanordnaren som har ledningsrätt, arbetsmiljöansvar samt betalar ut assistentens lön. Det är därför rimligt att anse att det är assistansanordnaren som är anställer den personliga assistenten och som ska svara för att anställningsvillkoren är uppfyllda.

3.3 Anställningsvillkor inom personlig assistans

Valmöjligheterna för assistansmottagarna leder till att personliga assistenter kan ha antingen kommunen, en privat eller kooperativ anordnare eller assistansmottagaren själv som arbetsgivare. Det leder till att anställningsvillkor varierar beroende på vem som är den personliga assistentens arbetsgivare.

Om arbetsgivaren inte ingått kollektivavtal regleras anställningsförhållandet av den allmänna arbetsrättsliga lagstiftningen, exempelvis lagen om anställningsskydd, lagen om medbestämmande i arbetslivet, arbetstidslagen och arbetsmiljölagen. Har arbetsgivaren tecknat ett kollektivavtal kan de semidispositiva bestämmelserna avtalas bort till förmån för kollektivavtalet. Bestämmelserna i kollektivavtalen blir i sådana fall bindande för arbetsgivaren. Anställningsvillkoren kan skilja sig beroende på vilket kollektivavtal som gäller.

Lagen (1970:943) om arbetstid m.m. i husligt arbete gäller när assistansmottagaren själv anställer personliga assistenter. Denna lag är tillämplig på arbete som en arbetstagare utför i arbetsgivarens hushåll. Lagen gäller inte om arbetstagaren är medlem av arbetsgivarens familj, utom i de fall arbetstagaren är personlig assistent enligt lagen om stöd och service till vissa funktionshindrade (1 § lagen om arbetstid m.m. i husligt arbete).

Arbete som utförs i arbetsgivarens hushåll undantas genom uttryckliga bestämmelser från vissa allmänna arbetsrättsliga bestämmelser (1 § lagen om anställningsskydd, arbetstidslagen och arbetsmiljölagen). Lagen om arbetstid m.m. i husligt arbete är tvingande och kan inte ersättas genom avvikande regler i kollektivavtal.

3.4 Anställningsformer inom personlig assistans

Anställningsformerna varierar inom området. Både tillsvidare- och visstidsanställningarna förekommer frekvent. Även visstidsanställningarnas form kan skilja sig åt. Visstidsanställningen *så länge assistansuppdraget varar* är en tidsbegränsad anställning, där slutdatum ofta inte går att bestämma vid avtalets ingående. Anställningen har en viss bestämd omfattning och fortgår så länge vårduppdraget varar.

Upphör rätten till assistansersättning eller väljer den assistansberättigade att avsluta uppdraget hos just denna assistansanordnare, upphör anställningen (med beaktande av uppsägningstiderna). Denna anställningsform överensstämmer med villkor enligt kollektivavtal på området.

Om det framgår av anställningsavtalet att anställningen varar under en viss bestämd tid ska arbetstillstånd beviljas för den tid anställningen avser, dock högst två år åt gången. Har anställningens längd definierats som *så länge assistansuppdraget varar* bör arbetstillstånd kunna beviljas för två år. Om anställningen upphör under tillståndstiden blir återkallelse-regler i 7 kap. 2 och 7 c §§ utlänningslagen tillämpliga.

Om det däremot framgår av anställningsavtalet att anställningen är en timanställning uppkommer frågan om det vid prövningstillfället går att göra en bedömning att anställningen gör det möjligt för sökanden att försörja sig. Avtal om timanställning för enstaka dagar eller timmar träffas nämligen när oförutsett, extra behov av arbetskraft föreligger. Det är därmed ingen garanterad, förutsebar arbetsomfattning som det är frågan om. Arbetstillstånd bör därför inte beviljas för sådan anställning.

En personlig assistent ska utföra de arbetsuppgifter som framgår av anställningsavtalet och de ålägganden i övrigt, som är förenade med anställningen.

Om behov finns är den personliga assistenten dessutom skyldig att vikariera för annan arbetstagare, att byta schema eller förskjuta arbetstiden, att arbeta utöver fastställd arbetstid samt att fullgöra jour och beredskap.

3.5 Skenanställningar och missbruk

Migrationsverket ska vara observant på att anställningsavtalen inte är skenavtal¹. Uppdraget innebär att Migrationsverket bör kontrollera arbetsgivare och deras förutsättningar för att anställa personal i större utsträckning än vad som framgår av lagstiftning och förarbeten. För att beakta dessa krav har Migrationsverket infört särskilda utredningskrav för anställningar inom vissa branscher samt för nystartade verksamheter. De särskilda utredningskraven gäller bland annat för anställningar inom personlig assistans.

¹ Prop. 2007/08:147 Nya regler för arbetskraftsinvandring

Om ansökan avser en anställning där de särskilda utredningskraven gäller ska arbetsgivaren redovisa om denne kan garantera att den erbjudna lönen betalas ut. Det är sökanden som har bevisbördan för att visa att arbetsgivaren har de ekonomiska förutsättningar som krävs för att infria anställningsvillkoren.

Normalt kan man utgå från att en arbetsgivare kan presentera någon eller några av dessa uppgifter och det bör då också i regel vara möjligt att göra en uppskattning av om det handlar om en etablerad och fungerande verksamhet och att det finns utrymme för att anställa ytterligare personal.

Anställningen som personlig assistent finansieras genom assistansersättning som assistansmottagaren är berättigad till. Arbetsgivaren står inte någon ekonomisk risk för den personliga assistenten. Därför bör det vara av intresse för Migrationsverket att veta att det finns en assistansmottagare som den personliga assistenten kommer att arbeta hos samt att assistansmottagaren har rätt till en assistansersättning. Migrationsverket ska därför, i ärenden som avser anställning som personlig assistent, begära från den sökande en kopia av Försäkringskassans beslut om assistansersättning (den del av beslutet som styrker att assistansmottagaren har rätt till ersättning). Detta beslut eller annat intyg från Försäkringskassan som styrker rätten till assistansersättning utgör en del av underlag för bedömning att det finns en anställning som uppfyller villkoren i 6 kap. 2 § utlänningslagen samt att arbetsgivaren har ekonomiska förutsättningar för att infria villkoren. Kan sökanden inte visa det, ska ansökan i regel inte bifallas.

Det bör framhållas att de uppgifter som framgår av Försäkringskassans beslut omfattas av sekretess enligt offentlighets- och sekretesslagen. Det saknas i dagsläget någon sekretessbrytande bestämmelse, vilket innebär att Migrationsverket inte kan ta del av beslutet genom att begära det direkt från Försäkringskassan.

Migrationsverket ska vara observant på ansökningar där en tillståndsgrundande anställning är beroende av assistansmottagarens rätt att vistas här i landet.

Det kan aktualiseras i situationer där en förälder som ansöker om arbetstillstånd åberopar anställning som personlig assistent åt sina barn som i sin tur ansöker om uppehållstillstånd som anhöriga till arbetstagare enligt 4 kap. 4 a § utlänningsförordningen. Barnens uppehållstillstånd är beroende av förälders tillstånd, samtidigt som förälderns anställning är beroende av barnens rätt till assistansersättning, som de har rätt till under förutsättning att de har rätt att vistas i Sverige. Under sådana omständigheter kan det inte anses finnas en sådan anställning som kan ligga till grund för arbetstillstånd enligt 6 kap. 2 § utlänningslagen. Eftersom anställningen som ansökan grundar sig på är beroende av barnens uppehållstillstånd i Sverige bör en sådan ansökan som regel avslås, eftersom barnen inte har någon självständig rätt till uppehållstillstånd i Sverige.

Bilaga till RS/012/2021

Gällande rätt

Utlänningslagen (2005:716)

Kap. 2 Villkor för att en utlänning skall få resa in i samt vistas och arbeta i Sverige

7 § Arbetstillstånd är ett tillstånd att arbeta i Sverige. En utlänning som skall arbeta i Sverige på grund av anställning här eller utomlands skall ha arbetstillstånd.

Kap. 6 Arbetstillstånd

2 § Arbetstillstånd får ges till en utlänning som har ett anställningsavtal, om

1. anställningen gör det möjligt för honom eller henne att uppnå god försörjning, 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 (2022:303).

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

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 (2022:303).*

Kap. 7 Återkallelse av tillstånd

2 § Utöver vad som sägs i 1 § får nationell visering, uppehållstillstånd och arbetstillstånd återkallas, om det finns särskilda skäl för det.

7 e § Ett tidsbegränsat uppehållstillstånd för arbete för en utlänning som har beviljats arbetstillstånd enligt 6 kap. 2 § första stycket ska återkallas om

1. förutsättningarna för arbetstillståndet enligt 6 kap. 2 § första stycket av något annat skäl än att anställningen har upphört inte längre är uppfyllda, eller
2. utlänningen inte inom fyra månader från tillståndets första giltighetsdag påbörjat arbetet.

Om utlänningens anställning har upphört sedan utlänningen underrättats om att en utredning om återkallelse enligt första stycket har inletts, men innan beslut om återkallelse fattats, gäller bestämmelserna om återkallelse i 3 § första stycket 2. Tiden ska då vara fyra månader i stället för tre.

Trots vad som anges i första stycket 1 behöver ett tillstånd inte återkallas om arbetsgivaren har avhjälpt bristen utan att Migrationsverket har vidtagit någon åtgärd.

Kap. 17 Skyldighet att lämna uppgifter

3 § Försäkringskassan och Pensionsmyndigheten har rätt att ta del av uppgifter om enskilda hos Migrationsverket. Om det finns skäl för det ska Migrationsverket på eget initiativ lämna sådana uppgifter till Försäkringskassan och Pensionsmyndigheten.

Regeringen meddelar ytterligare föreskrifter om vilka uppgifter som ska lämnas ut enligt första stycket.

Utlänningsförordningen (2006:97)

Kap. 4 Uppehållstillstånd

4 a § Uppehållstillstånd får beviljas en familjemedlem till en utlänning om familjemedlemmen är make eller sambo till utlänningen eller släkting i rakt nedstigande led till utlänningen eller till hans eller hennes make eller sambo, om släktingen är beroende av någon av dem för sin försörjning eller är under 21 år och utlänningen

1. med stöd av 5 kap. 10 § utlänningslagen (2005:716) har beviljats ett tidsbegränsat uppehållstillstånd i fall som avses i 6 kap. 2 § första stycket utlänningslagen, eller

2. med stöd av 5 kap. 15 a § första stycket 1 utlänningslagen har beviljats ett tidsbegränsat uppehållstillstånd, i de fall familjemedlemmen inte ansökt om uppehållstillstånd som flykting eller annan skyddsbehövande.

Uppehållstillstånd enligt första stycket ska beviljas i samma omfattning som för den utlänning som familjemedlemmen har anknytning till.

Kap. 7 Underrättelseskyldighet

15 a § Försäkringskassan och Pensionsmyndigheten har rätt att hos Migrationsverket ta del av följande uppgifter om enskilda:

1. namn, personnummer och i förekommande fall samordningsnummer,
2. bevis om uppehållstillstånd, arbetstillstånd eller uppehållsrätt,

3. dag för beslut om uppehållstillstånd, arbetstillstånd eller utfärdande av uppehållskort samt uppgift om varje period för vilken uppehållstillstånd eller arbetstillstånd har beviljats eller uppehållskort har utfärdats,

4. inresedatum,

5. datum för ansökan om uppehållstillstånd, arbetstillstånd eller uppehållskort,

6. särskilt bevis enligt 5 kap. 4 § tredje stycket,

7. att uppehållstillstånd har beviljats den enskilde som flykting enligt 4 kap. 1 § eller annan skyddsbehövande enligt 4 kap. 2 eller 2 a § utlänningslagen (2005:716) eller motsvarande äldre bestämmelser,

8. att statusförklaring har beviljats enligt 4 kap. 3 c § utlänningslagen eller motsvarande äldre bestämmelser,

9. att uppehållstillstånd har beviljats den enskilde för studier eller som familjemedlem till en sådan person, och

10. beslut om återkallelse av uppehållstillstånd eller arbetstillstånd, uppgift om från och med vilket datum uppehållstillstånd eller arbetstillstånd har återkallats och uppgift om vilket datum beslut om återkallelse av uppehållstillstånd eller arbetstillstånd har fått laga kraft.

Om det finns skäl för det ska Migrationsverket på eget initiativ lämna uppgifter som avses i första stycket till Försäkringskassan och Pensionsmyndigheten.

Lagen (2008:962) om valfrihetssystem

1 § Denna lag gäller när en upphandlande myndighet beslutat att tillämpa valfrihetssystem vad gäller tjänster inom hälsovård och socialtjänster, som omfattas av CPV-kod 79611000-0 eller 85000000-9 till 85323000-9 enligt Europaparlamentets och rådets förordning (EEG) nr 2195/2002 av den 5 november 2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling, i lydelsen enligt Europeiska kommissionens förordning (EG) nr 213/2008. Lagen gäller dock inte tjänster som omfattas av CPV-kod 85311300-5, 85321000-5 eller 85322000-2.

Med valfrihetssystem enligt denna lag avses ett förfarande där den enskilde har rätt att välja den leverantör som ska utföra tjänsten och som en upphandlande myndighet godkänt och tecknat kontrakt med.

Den upphandlande myndigheten behöver inte tillämpa samma valfrihetssystem inom alla berörda områden.

Lagen (1970:943) om arbetstid m.m. i husligt arbete

1 § Denna lag är tillämplig på arbete som en arbetstagare utför i arbetsgivarens hushåll. Lagen gäller dock inte om arbetstagaren är medlem av arbetsgivarens familj, utom i det fall arbetstagaren är personlig assistent enligt lagen (1993:387) om stöd och service till vissa funktionshindrade.

För arbetstagare som inte har fyllt 18 år gäller endast 11-14, 24 och 25 §§.

En överenskommelse mellan arbetsgivaren och arbetstagaren som strider mot denna lag är inte bindande för arbetstagaren.