

EU:s direktiv om sanktioner mot arbetsgivare

Betänkande av Sanktionsutredningen

Stockholm 2010



STATENS OFFENTLIGA
UTREDNINGAR

SOU 2010:63

SOU och Ds kan köpas från Fritzes kundtjänst. För remissutsändningar av SOU och Ds svarar Fritzes Offentliga Publikationer på uppdrag av Regeringskansliets förvaltningsavdelning.

Beställningsadress:
Fritzes kundtjänst
106 47 Stockholm
Orderfax: 08-598 191 91
Ordertel: 08-598 191 90
E-post: order.fritzes@nj.se
Internet: www.fritzes.se

Svara på remiss. Hur och varför. Statsrådsberedningen (SB PM 2003:2, reviderad 2009-05-02)
– En liten broschyr som underlättar arbetet för den som ska svara på remiss.
Broschyren är gratis och kan laddas ner eller beställas på
<http://www.regeringen.se/remiss>

Textbearbetning och layout har utförts av Regeringskansliet, FA/kommittéservice

Tryckt av Elanders Sverige AB
Stockholm 2010

ISBN 978-91-38-23441-9
ISSN 0375-250X

Till statsrådet Tobias Billström

Regeringen beslutade den 25 juni 2009 att uppdra åt en särskild utredare att föreslå hur Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/52/EG om minimistandarder för sanktioner och åtgärder mot arbetsgivare för tredjelandsmedborgare som vistas olagligt ska genomföras i svensk rätt.

Samma dag förordnades Regeringsrättens ordförande Sten Heckscher som särskild utredare.

Den 4 september 2009 förordnades som sakkunniga i utredningen diskrimineringsombudsmannen Katri Linna och advokaten Carl Wetter. Samma dag förordnades kanslirådet Inger Högberg, kanslirådet Håkan Lundquist, experten Fredrik Martinsson, rättssakkunniga Karin Påle Bartes, rättssakkunnige Carl Scheutz, kriminalinspektören Leif Svensson och departementssekreteraren Karin Söderberg att som experter biträda utredningen. Rättssakkunniga Mari-Ann Roos förordnades som expert fr.o.m. den 8 oktober 2009. Rättsliga experten vid Skatteverket Pia Blank Thörnroos förordnades som expert fr.o.m. den 20 maj 2010.

Hovrättsassessorerna Katarina Kölfors och Martin Nilsson har varit utredningens sekreterare fr.o.m. den 10 augusti 2009.

Arbetet har bedrivits i nära samråd med berörda sakkunniga och experter. Vi använder därför vi-form i betänkandet. Sakkunniga och experter har också i allt väsentligt ställt sig bakom de redovisade förslagen och övervägandena. Särskilt yttrande har dock avgetts av Katri Linna. Skilda uppfattningar i enskildheter och beträffande formuleringar har förekommit också utan att detta har behövt komma till uttryck i något särskilt yttrande.

Utredningen, som har antagit namnet Sanktionsutredningen, får härmed överlämna betänkandet *EU:s direktiv om sanktioner mot arbetsgivare*, SOU 2010:63. Uppdraget är därmed slutfört.

Stockholm den 30 september 2010

Sten Heckscher

*/Katarina Kölfors
Martin Nilsson*

Innehåll

| | |
|--|-----------|
| Förkortningar | 17 |
| Sammanfattning | 21 |
| Författningsförslag | 31 |
| 1 Förslag till lag om ändring i utlänningslagen (2005:716) | 31 |
| 2 Förslag till lag (2011:00) om vissa frågor om lön m.m. för arbete vid vistelse utan föreskrivet tillstånd..... | 39 |
| 3 Förslag till lag om ändring i skattebetalningslagen (1997:483) | 41 |
| 4 Förslag till lag om ändring i lagen (2001:181) om behandling av uppgifter i Skatteverkets beskattningsverksamhet | 43 |
| 5 Förslag till lag om ändring i lagen (2008:344) om hälso- och sjukvård åt asylsökande m.fl. | 45 |
| 6 Förslag till förordning om ändring i förordningen (1989:773) med instruktion för Rikspolisstyrelsen..... | 46 |
| 7 Förslag till förordning om ändring i utlänningsförordningen (2006:97)..... | 49 |
| 1 Utredningens uppdrag och arbete | 53 |
| 1.1 Utredningsuppdraget..... | 53 |
| 1.2 Utredningens arbete | 55 |

| | | |
|----------|--|-----------|
| 1.3 | Betänkandets disposition..... | 55 |
| 2 | Allmänna bestämmelser i direktivet | 57 |
| 2.1 | Kort bakgrund till direktivet | 57 |
| 2.2 | Direktivets syfte och tillämpningsområde..... | 58 |
| 2.3 | Direktivets innehåll i korthet | 59 |
| 2.4 | Direktivets definitioner | 60 |
| 2.5 | Förmånligare bestämmelser..... | 62 |
| 2.6 | Rapportering..... | 62 |
| 2.7 | Införlivande och ikraftträdande m.m. | 63 |
| 3 | Europarättsliga utgångspunkter | 65 |
| 3.1 | Inledning..... | 65 |
| 3.2 | Europakonventionen..... | 65 |
| 3.2.1 | Inledning..... | 65 |
| 3.2.2 | Oskuldspresumtionen | 66 |
| 3.2.2.1 | Oskuldspresumtionens innebörd | 66 |
| 3.2.2.2 | Konventionens brottsbegrepp | 66 |
| 3.2.2.3 | Är bestämmelser om strikt ansvar för ”brott” förenliga med oskuldspresumtionen? | 68 |
| 3.2.2.4 | Sanktionsdirektivet och oskuldspresumtionen | 69 |
| 3.2.3 | Förbudet mot dubbelbestraffning (ne bis in idem) | 72 |
| 3.2.3.1 | Dubbelbestraffningsförbudets innebörd | 72 |
| 3.2.3.2 | Vad utgör samma brott i konventionens mening? | 74 |
| 3.2.3.3 | En ny bestämmelse för att undvika konflikt med dubbelbestraffningsförbudet | 75 |
| 3.3 | Genomförande av direktiv..... | 76 |

| | | |
|----------|--|-----------|
| 4 | Direktivets förbud och krav på straffrättsligt ansvar | 79 |
| 4.1 | Inledning..... | 79 |
| 4.2 | Förbudet i artikel 3.1 | 79 |
| 4.2.1 | Inledning | 79 |
| 4.2.2 | Förbudets tillämpningsområde..... | 80 |
| 4.2.2.1 | Inledning..... | 80 |
| 4.2.2.2 | Vilket anställningsbegrepp bygger förbudet på? | 80 |
| 4.2.2.3 | Vilka arbetsgivare tar direktivets förbud sikte på? | 84 |
| 4.2.2.4 | Vilka tredjelandsmedborgare tar direktivets förbud sikte på? | 85 |
| 4.2.2.5 | Var ska tredjelandsmedborgaren vistas olagligt och arbeta för att direktivets förbud ska vara tillämpligt? | 87 |
| 4.2.2.6 | Sammanfattning..... | 91 |
| 4.2.3 | Svensk rätt..... | 92 |
| 4.2.4 | Överväganden | 94 |
| 4.2.4.1 | Behovet av lagändringar..... | 94 |
| 4.2.4.2 | Vårt förslag | 99 |
| 4.2.4.3 | Utlänningar med AT-UND | 102 |
| 4.3 | Tredjelandsmedborgare vars återsändande har uppskjutits..... | 104 |
| 4.4 | Direktivets krav på straffrättsligt ansvar | 105 |
| 4.4.1 | Inledning | 105 |
| 4.4.2 | Direktivets bestämmelser..... | 106 |
| 4.4.3 | De svenska reglerna | 107 |
| 4.4.4 | Tillämpningen av 20 kap. 5 § utlänningslagen åren 2004–2009 | 107 |
| 4.4.5 | Överväganden om behovet av lagändringar | 108 |
| 4.4.5.1 | Inledning..... | 108 |
| 4.4.5.2 | Den brottsliga gärningen | 109 |
| 4.4.5.3 | Subjektiva förutsättningar för ansvar, m.m. | 109 |
| 4.4.5.4 | Anstiftan och medhjälp..... | 111 |
| 4.4.5.5 | Straffsatserna | 112 |

| | | |
|----------|--|------------|
| 5 | Kontroll- och underrättelseskyldighet för arbetsgivare ... | 115 |
| 5.1 | Inledning..... | 115 |
| 5.2 | Direktivets bestämmelser | 115 |
| 5.3 | Nuvarande ordning | 116 |
| 5.3.1 | Nuvarande svenska regler..... | 116 |
| 5.3.2 | Något om dokumentation av uppehållstillstånd och arbetstillstånd m.m. | 117 |
| 5.4 | Skyldigheten att kontrollera och bevara handlingar..... | 121 |
| 5.4.1 | Behövs en lagändring för att uppfylla direktivets krav? | 121 |
| 5.4.2 | Vem ska arbetsgivarens kontroll avse? | 122 |
| 5.4.3 | Vad ska arbetsgivarens kontroll avse? | 124 |
| 5.4.4 | Särskilt om risken för diskriminering..... | 126 |
| 5.4.5 | Särskilt om arbetsgivares skyldighet att bevara handlingar | 128 |
| 5.5 | Skyldighet att underrätta behörig myndighet om anställning av tredjelandsmedborgare | 131 |
| 5.5.1 | Inledning..... | 131 |
| 5.5.2 | Underrättelseskyldighet vid anställning enligt 1980 års utlänningsförordning | 131 |
| 5.5.3 | Andra bestämmelser om underrättelseskyldighet..... | 132 |
| 5.5.4 | Tänkbara myndigheter..... | 134 |
| 5.5.5 | Hur många underrättelser kan det bli fråga om åriligen? | 135 |
| 5.5.6 | Till vilken myndighet ska en underrättelse lämnas?..... | 136 |
| 5.5.7 | Hur och när ska en underrättelse lämnas?..... | 140 |
| 5.5.8 | Beträffande vilka personer ska underrättelse lämnas?..... | 143 |
| 5.5.9 | Skatteverkets behandling av personuppgifter | 144 |
| 5.6 | Artikel 4.3 | 146 |
| 5.7 | Frågor om underrättelseskyldighet för arbetsgivare och Migrationsverket | 146 |
| 5.7.1 | Uppdraget..... | 146 |
| 5.7.2 | Skyldighet för arbetsgivare att informera Migrationsverket när anställningen upphör | 148 |

| | | |
|----------|--|------------|
| 5.7.3 | Skyldighet för Migrationsverket att underrätta arbetsgivare om att ett AT-UND eller ett arbetstillstånd har upphört att gälla..... | 150 |
| 6 | Finansiella sanktioner | 155 |
| 6.1 | Direktivets bestämmelser | 155 |
| 6.2 | Nuvarande svenska regler | 155 |
| 6.2.1 | Den särskilda avgiften i utlänningslagen | 155 |
| 6.2.2 | ILO:s konvention nr 143 | 156 |
| 6.2.3 | Den särskilda avgiftens tillämpning..... | 157 |
| 6.3 | Överväganden | 158 |
| 6.3.1 | Artikel 5.2 a..... | 158 |
| 6.3.2 | Ansvar för återvändandekostnader..... | 161 |
| 6.3.3 | Anställning för privata syften | 166 |
| 6.4 | Förhållandet mellan artikel 4.3 och artikel 5..... | 167 |
| 7 | Innestående ersättning m.m. | 169 |
| 7.1 | Inledning..... | 169 |
| 7.2 | Den svenska arbetsmarknadsmodellen..... | 169 |
| 7.3 | Arbetsrättsligt skydd för utlänningar som arbetat utan föreskrivet arbetstillstånd..... | 170 |
| 7.3.1 | Inledning | 170 |
| 7.3.2 | Avtalsrättsliga utgångspunkter | 171 |
| 7.3.3 | Arbetsrättslig lagstiftnings tillämplighet..... | 177 |
| 7.3.4 | AD 1979 nr 90 | 178 |
| 7.3.5 | Överväganden | 180 |
| 7.3.6 | Konsekvenser av en skyldighet för Migrationsverket att underrätta arbetsgivare om att ett AT-UND eller arbetstillstånd har upphört att gälla | 188 |
| 7.4 | Arbetsgivares ansvar för innestående ersättning..... | 190 |
| 7.5 | Presumtionen för viss överenskommen ersättning | 191 |
| 7.5.1 | Inledning | 191 |
| 7.5.2 | Vad är vi skyldiga att göra enligt direktivet?..... | 192 |
| 7.5.3 | Lön enligt kollektivavtal..... | 192 |

| | | |
|----------|--|------------|
| 7.5.4 | Genomförande av bestämmelsen om presumtion för viss ersättning..... | 194 |
| 7.6 | Arbetsgivarens ansvar för skatter och sociala avgifter | 195 |
| 7.6.1 | Inledning..... | 195 |
| 7.6.2 | Skatter och avgifter på lön för vilka arbetsgivaren är skatte- eller avgiftsskyldig..... | 196 |
| 7.6.3 | Ansvar för skatter och avgifter för vilken den anställda är skatt- eller avgiftsskyldig..... | 197 |
| 7.6.4 | Sanktionsavgifter..... | 198 |
| 7.6.5 | Slutsats | 198 |
| 7.7 | Kostnader för att skicka efterhandsutbetalningar | 199 |
| 7.8 | Möjlighet till dom m.m. | 201 |
| 7.8.1 | Inledning..... | 201 |
| 7.8.2 | Möjlighet till dom och verkställighet av dom | 202 |
| 7.8.3 | Möjligheten att uppmana en myndighet att kräva ut inestående ersättning..... | 205 |
| 7.9 | Systematisk information om rättigheter..... | 206 |
| 7.10 | Presumtion för ett anställningsförhållande på minst tre månader..... | 207 |
| 7.10.1 | Inledning..... | 207 |
| 7.10.2 | Presumtionen vid tvist om inestående ersättning...207 | |
| 7.10.3 | Presumtionen beträffande skatter och avgifter..... | 208 |
| 7.11 | Mekanismer så att tredjelandsmedborgarna kan erhålla efterhandsutbetalningar | 216 |
| 7.12 | Villkor för förlängning av uppehållstillstånd..... | 216 |
| 7.13 | Förhållandet mellan artikel 4.3 och artikel 6 | 220 |
| 7.14 | En ny lag | 221 |
| 8 | Andra åtgärder | 223 |
| 8.1 | Inledning..... | 223 |
| 8.2 | Direktivets bestämmelser | 223 |
| 8.3 | Gemensamma utgångspunkter | 224 |

| | | |
|----------|---|------------|
| 8.4 | Inskränkningar i rätten att delta i offentlig upphandling | |
| | – artikel 7.1 b | 224 |
| 8.4.1 | Allmänt om lagen om offentlig upphandling..... | 224 |
| 8.4.2 | Obligatorisk uteslutning av leverantör enligt LOU | 226 |
| 8.4.3 | Fakultativ uteslutning av leverantör enligt LOU | 228 |
| 8.4.4 | Intyg och bevis angående leverantör | 231 |
| 8.5 | Överväganden | 232 |
| 8.5.1 | Vad är det för åtgärd som avses? | 232 |
| 8.5.2 | Obligatorisk eller fakultativ grund för uteslutning? | 233 |
| 8.5.3 | En femårsgräns? | 238 |
| 8.6 | Fråntagande av rätten till offentliga stöd och bidrag samt återbetalningsskyldighet för sådana bidrag – artikel 7.1 a och c | 240 |
| 8.6.1 | Något om offentliga stöd till näringsverksamhet..... | 240 |
| 8.6.2 | Hur ska direktivets bestämmelser genomföras?..... | 241 |
| 8.6.3 | Förutsättningar för att tillämpa åtgärderna | 243 |
| 8.6.4 | Vilka stöd och andra förmåner ska åtgärderna gälla? | 247 |
| 8.6.5 | Juridiska personer ska kunna bli föremål för åtgärden | 248 |
| 8.6.6 | Förfaranderegler | 249 |
| 8.6.7 | Särskilt om återbetalningsskyldighet..... | 251 |
| 8.7 | Stängning av inrättningar och återkallelse av tillstånd att driva näringsverksamhet – artikel 7.1 d | 252 |
| 8.7.1 | Stängning av inrättning | 252 |
| 8.7.2 | Tillståndskrävande verksamheter..... | 253 |
| 8.7.3 | Näringsförbud | 256 |
| 8.7.4 | Överväganden | 259 |
| 8.8 | Sammanfattande anmärkningar..... | 262 |
| 9 | Underentreprenad | 265 |
| 9.1 | Direktivets bestämmelser | 265 |
| 9.2 | Vad avses med underentreprenör? | 266 |

| | | |
|-----------|---|------------|
| 9.3 | Var ska en uppdragsgivare ha hemvist för att träffas av bestämmelserna i artikel 8? | 274 |
| 9.4 | Artikel 8.1 | 276 |
| 9.4.1 | Genomförande av artikel 8.1 a | 276 |
| 9.4.2 | Genomförande av artikel 8.1 b med avseende på inestående ersättning | 277 |
| 9.4.3 | Genomförande av artikel 8.1 b med avseende på kostnader för att skicka inestående ersättning..... | 280 |
| 9.4.4 | Möjlighet till dom och verkställighet av dom | 280 |
| 9.4.5 | Genomförande av artikel 8.1 b med avseende på presumtionen för tre månaders anställning..... | 282 |
| 9.5 | Artikel 8.2 | 282 |
| 9.6 | Artikel 8.3 | 284 |
| 9.6.1 | Medlemsstaternas skyldighet enligt artikel 8.3 | 284 |
| 9.6.2 | Genomförande av artikel 8.3 | 285 |
| 9.6.3 | Vilka kontroller är rimliga? | 285 |
| 10 | Sanktioner mot juridiska personer | 287 |
| 10.1 | Inledning | 287 |
| 10.2 | Direktivets bestämmelser | 287 |
| 10.3 | Juridiska personers ansvar enligt gällande rätt | 289 |
| 10.3.1 | Företagsbot | 289 |
| 10.3.2 | Förverkande..... | 291 |
| 10.3.3 | Särskild avgift | 291 |
| 10.4 | Överväganden..... | 292 |
| 10.5 | Särskilt om artikel 11.3..... | 294 |
| 11 | Förenklat klagomålsförfarande | 297 |
| 11.1 | Förenklade klagomålsförfaranden..... | 297 |
| 11.1.1 | Inledning..... | 297 |
| 11.1.2 | Till vem ska klagomål ges in? | 299 |
| 11.1.3 | Vad kan klagomålen avse? | 301 |
| 11.1.4 | Genomförande av artikel 13.1 | 302 |

| | | |
|-----------|--|------------|
| 11.2 | Tredje parts engagemang i rättsliga eller administrativa förfaranden | 304 |
| 11.3 | Möjlighet att bistå tredjelandsmedborgare med att inge klagomål..... | 305 |
| 11.4 | Möjlighet att bevilja tillfälliga uppehållstillstånd | 305 |
| 12 | Inspektioner | 307 |
| 12.1 | Inledning..... | 307 |
| 12.2 | Direktivets bestämmelser | 307 |
| 12.3 | Gällande rätt | 308 |
| 12.3.1 | Regeringsformen | 308 |
| 12.3.2 | Den inre utlänningskontrollen | 309 |
| 12.3.3 | Husrannsakan | 312 |
| 12.3.4 | Kontroll av registreringskort på hotell m.m. | 314 |
| 12.3.5 | Kompensatoriska åtgärder inom Schengensamarbetet | 315 |
| 12.4 | Vilka arbetsplatskontroller utförs i dag? | 316 |
| 12.4.1 | Polisens arbetsplatskontroller..... | 316 |
| 12.4.2 | Samordnad tillsyn | 317 |
| 12.4.3 | Skatteverkets inspektioner | 319 |
| 12.4.4 | Kommunernas inspektioner..... | 320 |
| 12.4.5 | Arbetsmiljöverkets inspektioner | 320 |
| 12.5 | En jämförelse med Finland och Norge..... | 321 |
| 12.6 | Överväganden | 322 |
| 12.6.1 | Inspektioner | 322 |
| 12.6.2 | Identifiering av risksektorer..... | 326 |
| 12.7 | Statistik och rapportering | 326 |
| 13 | Ikraftträdande m.m. | 329 |
| 13.1 | Ikraftträdande | 329 |
| 13.2 | Övergångsbestämmelser..... | 329 |

| | | |
|-----------|---|------------|
| 14 | Förslagets konsekvenser | 333 |
| 14.1 | Inledning..... | 333 |
| 14.2 | Ekonomiska konsekvenser | 334 |
| 14.2.1 | Inledning..... | 334 |
| 14.2.2 | Konsekvenser för staten | 335 |
| 14.2.3 | Konsekvenser för privata och offentliga arbetsgivare..... | 339 |
| 14.3 | Möjligheterna att nå de integrationspolitiska målen..... | 342 |
| 14.4 | Konsekvenser för brottsligheten..... | 342 |
| 14.5 | Andra konsekvenser..... | 343 |
| 15 | Författningskommentar | 345 |
| 15.1 | Förslaget till lag om ändring i utlänningslagen (2005:716)..... | 345 |
| 15.2 | Förslaget till lag (2011:00) om vissa frågor om lön m.m. för arbete vid vistelse utan föreskrivet tillstånd | 355 |
| 15.3 | Förslaget till lag om ändring i skattebetalningslagen (1997:483)..... | 359 |
| 15.4 | Förslaget till lag om ändring i lagen (2001:181) om behandling av uppgifter i Skatteverkets beskattningsverksamhet..... | 360 |
| 15.5 | Förslaget till lag om ändring i lagen (2008:344) om hälso- och sjukvård åt asylsökande m.fl..... | 361 |
| 15.6 | Förslaget till förordning om ändring i förordningen (1989:773) om instruktion för Rikspolisstyrelsen..... | 362 |
| 15.7 | Förslaget till förordning om ändring i utlänningsförordningen (2006:97) | 364 |

Särskilt yttrande 369

Källförteckning 371

Bilagor

Bilaga 1 Kommittédirektiv 2009:49 379

Bilaga 2 Europaparlamentets och rådets direktiv
2009/52/EG av den 18 juni 2009 om minimi-
standarder för sanktioner och åtgärder mot
arbetsgivare för tredjelandsmedborgare som
vistas olagligt 393

Förkortningar

| | |
|--------|---|
| a. | anförd, anförda |
| art. | artikel |
| A-SINK | lagen (1991:591) om särskild inkomstskatt för utomlands bosatta artister m.fl. |
| AT-UND | undantag från kravet på arbetstillstånd för utlänning som har ansökt om uppehållstillstånd som flykting eller annan skyddsbehövande (5 kap. 4 § UtlF) |
| bet. | betänkande |
| BRÅ | Brottsförebyggande rådet |
| dir. | direktiv |
| Ds | departementsserien |
| EES | Europeiska ekonomiska samarbetsområdet |
| EG | Europeiska gemenskaperna |

| | |
|-------------------------------|---|
| EGT | Europeiska gemenskapernas officiella tidning (numera EUT) |
| ETS | European Treaty Series |
| EU | Europeiska unionen |
| Europakonventionen eller EKMR | Europeiska konventionen den 4 november 1950 om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna |
| EUT | Europeiska unionens officiella tidning (tidigare EGT) |
| f. | följande sida |
| ff. | följande sidor |
| JO | Justitieombudsmannen; även för att beteckna Justitieombudsmännens ämbetsberättelse |
| JT | Juridisk Tidskrift |
| kommissionen | Europeiska kommissionen |
| LMA-kort | dokument som utvisar att innehavaren omfattas av lagen (1994:137) om mottagande av asylsökande m.fl., se 2 b § förordningen (1994:361) om mottagande av asylsökande m.fl. |

| | |
|-------|---|
| LOU | lagen (2007:1091) om offentlig upphandling |
| NJA | Nytt juridiskt arkiv, avd. I |
| prop. | proposition |
| prot. | riksdagens protokoll |
| PuL | personuppgiftslagen (1998:204) |
| REG | Rättsfallssamling från Europeiska unionens domstol och tribunal (tidigare Rättsfallssamling från Europeiska gemenskapernas domstol och förstainstansrätt) |
| RH | Rättsfall från hovrätterna |
| RF | regeringsformen |
| rskr. | riksdagens skrivelse |
| RÅ | Regeringsrättens årsbok |
| SCB | Statistiska Centralbyrån |
| SFS | Svensk författningssamling |
| SINK | lagen (1991:658) om särskild inkomstskatt för utomlands bosatta |
| SOU | Statens offentliga utredningar |
| UtlF | utlänningsförordningen (2006:97) |

| | |
|---------------------------|---|
| UtlL | utlänningslagen (2005:716) |
| utstationeringsdirektivet | Europaparlamentets och rådets direktiv 96/71/EG av den 16 december 1996 om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster (EGT L 18, 21.1.1997, s. 1) |

Sammanfattning

Utredningsuppdraget

Vårt uppdrag har huvudsakligen varit att föreslå hur Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/52/EG av den 18 juni 2009 om minimistandarder för sanktioner och åtgärder mot arbetsgivare för tredjelandsmedborgare som vistas olagligt (sanktionsdirektivet) ska genomföras i svensk rätt.

Syftet med direktivet är att motverka olaglig invandring till den Europeiska unionen. Genom direktivet åläggs medlemsstaterna att införa ett förbud för arbetsgivare att anställa tredjelandsmedborgare som saknar rätt att vistas på deras territorier eftersom sådan anställning kan bidra till en ökad olaglig invandring och snedvrída konkurrensen på arbetsmarknaden inom EU. Överträdelse av förbudet ska kunna medföra att arbetsgivare bland annat åläggs olika administrativa, finansiella och straffrättsliga sanktioner samt vissa andra åtgärder.

Utöver uppdraget att föreslå hur direktivet ska genomföras i svensk rätt har vi fått till uppgift att överväga om det bör införas underrättelseskyldighet för arbetsgivare respektive Migrationsverket i vissa situationer.

Direktivets förbud och krav på straffrättsligt ansvar

En medlemsstat ska enligt direktivet förbjuda arbetsgivare att bereda tredjelandsmedborgare som vistas olagligt i medlemsstaten arbete som anställda. Detta gäller inte endast när tredjelandsmedborgarna utför arbete i medlemsstaten utan även när de tillfälligt utför arbete utomlands, om de vanligtvis utför arbete i anställningen i medlemsstaten vid olaglig vistelse där.

Enligt 20 kap. 5 § utlänningslagen (2005:716) (UtlL) är det straffbart att ha en utlänning i sin tjänst när utlänningen inte har före-

skrivet arbetstillstånd. Denna bestämmelse innebär ett förbud som till stor del uppfyller direktivets krav. Direktivet är dock inte genomfört fullt ut i denna del, bland annat eftersom det svenska kravet på arbetstillstånd gäller endast för arbete i Sverige och eftersom vissa undantag från kravet på arbetstillstånd förefaller gälla även för tredjelandsmedborgare som vistas här utan föreskrivna tillstånd. Vi föreslår därför att straffbestämmelsen i 20 kap. 5 § UtL ändras så att den omfattar även arbetsgivare som har utlänningar i sin tjänst som vistas i Sverige utan föreskrivet tillstånd och som utför arbete här och arbetsgivare som har utlänningar i sin tjänst som tillfälligt utför arbete utomlands men vanligtvis utför arbete i Sverige inom ramen för anställningen vid vistelse här utan föreskrivet tillstånd. Vi föreslår dessutom lagändringar som säkerställer att den som vistas olagligt i Sverige inte kan ha arbetstillstånd.

Enligt direktivet ska överträdelser av anställningsförbudet i vissa, mer allvarliga, fall utgöra brott. Straffbestämmelsen i 20 kap. 5 § UtL kommer, efter de lagändringar vi föreslagit ovan, att omfatta alla fall av anställning av en utlänning som vistas här utan föreskrivet tillstånd. Någon ytterligare utvidgning av bestämmelsen såvitt avser den brottsliga gärningen är därför inte nödvändig. Den svenska kriminaliseringen går längre än direktivet kräver även i ett annat avseende, nämligen genom att inte bara uppsåtligt utan även oaktsamt handlande är straffbart. Eftersom direktivet inte eftersträvar full harmonisering utan endast uppställer krav på minimistandarder är det möjligt att ha mer långtgående bestämmelser i nationell rätt.

Enligt vår bedömning kan vidare ansvar för anstiftan och medhjälp till brott enligt 20 kap. 5 § UtL aktualiseras redan enligt gällande lagstiftning varför direktivets krav i detta hänseende redan är uppfyllda. Vi bedömer vidare att den befintliga straffskalan kan behållas.

I direktivet föreskrivs att även juridiska personer ska kunna hållas ansvariga för sådana överträdelser av anställningsförbudet som enligt direktivet ska utgöra brott. Enligt svensk rätt kan juridiska personer inte ställas till svars för brott eller ådömas straff. Direktivets bestämmelser medför dock inte någon skyldighet för medlemsstaterna att införa straffrättsligt ansvar för juridiska personer. Vi bedömer därför att de svenska reglerna, särskilt genom möjligheterna att ålägga företagsbot, redan uppfyller direktivets krav på ansvar och påföljder för juridiska personer.

Kontroll- och underrättelseskyldighet för arbetsgivare

Enligt direktivet ska medlemsstaterna ålägga arbetsgivare att innan anställningen påbörjas kontrollera att tredjelandsmedborgare har giltigt uppehållstillstånd eller motsvarande handling, spara en kopia av handlingen och underrätta behörig myndighet om anställningen. En arbetsgivare som har fullgjort dessa skyldigheter ska inte drabbas av de sanktioner som föreskrivs i direktivet.

I svensk rätt finns det inte några regler som fullt ut motsvarar de skyldigheter som enligt direktivet ska åläggas arbetsgivare. Vi föreslår därför att arbetsgivare ska ges en uttrycklig skyldighet att kontrollera att en tredjelandsmedborgare som anställs har föreskrivet tillstånd för att vistas och arbeta här. Kontrollen ska ske innan en tredjelandsmedborgare påbörjar en anställning hos arbetsgivaren genom att tredjelandsmedborgaren visar upp den eller de handlingar som utvisar hans eller hennes rätt att vistas och arbeta i Sverige.

Arbetsgivare ska även ha en skyldighet att under anställningstiden och sex månader därefter behålla en kopia av eller ett utdrag ur den handling som visar att arbetstagaren har föreskrivet tillstånd att vistas och arbeta här.

Arbetsgivares skyldigheter i nu nämnda hänseenden ska dock inte gälla beträffande tredjelandsmedborgare som är familjemedlemmar till EES-medborgare som har uppehållsrätt här eller till medborgare i Schweiz som utövar sin rätt till fri rörlighet.

För att uppfylla kraven i direktivet föreslår vi vidare att en arbetsgivare som anställer en sådan tredjelandsmedborgare som nu sagts ska lämna en underrättelse om detta till Skatteverket. Den som anställer en tredjelandsmedborgare som har ställning som varaktigt bosatt behöver dock inte anmäla detta.

Migrationsverket bör få i uppdrag att utveckla sin service till arbetsgivare och erbjuda allmänna råd och stöd för hur kontrollen av tredjelandsmedborgare bäst kan genomföras. För att säkerställa att kontrollerna kan göras på ett sätt som inte är diskriminerande bör Migrationsverket samråda med Diskrimineringsombudsmannen vid utarbetandet av sådana råd.

Underrättelseskyldighet i vissa andra fall

Vid sidan av uppdraget att föreslå hur sanktionsdirektivet ska genomföras i svensk rätt har vi fått till uppgift att överväga om det bör införas en skyldighet för arbetsgivare att informera Migrationsverket när en anställning upphör i förtid. Vår bedömning är att nyttan med en sådan skyldighet är begränsad. Den uppväger inte den administrativa börda som en underrättelseskyldighet skulle innebära för arbetsgivare.

Vi har också haft i uppdrag att överväga en skyldighet för Migrationsverket att underrätta en arbetsgivare om att ett arbetstillstånd eller ett AT-UND har återkallats. Vi anser att det saknas tillräckliga skäl att införa en författningsreglerad sådan skyldighet. Däremot bör Migrationsverket göra till rutin att, i de fall verket känner till vem arbetsgivaren är, sända en kopia av beslutet om återkallelse till arbetsgivaren.

Finansiella sanktioner

Enligt direktivet ska arbetsgivare som anställer tredjelandsmedborgare som vistas olagligt betala dels en finansiell sanktion, dels kostnaderna för tredjelandsmedborgarnas återvändande när dessa avvisas eller utvisas. Medlemsstaterna kan i stället för att införa en skyldighet för arbetsgivarna att betala de faktiska återvändandekostnaderna låta den genomsnittliga kostnaden ingå i den finansiella sanktionen.

En fysisk eller juridisk person som har en utlänning i sin tjänst fastän utlänningen inte har arbetstillstånd ska enligt 20 kap. 12 § UtL betala en särskild avgift. Om denna bestämmelse ändras på motsvarande sätt som straffbestämmelsen i 20 kap. 5 § samma lag, uppfyller bestämmelsen direktivets krav beträffande en finansiell sanktion. Den särskilda avgiften är så hög att de genomsnittliga återvändandekostnaderna kan anses ingå i avgiften.

Innestående ersättning m.m.

Direktivet innehåller flera bestämmelser som rör de aktuella tredjelandsmedborgarnas inestående ersättning i olika avseenden. Exempelvis ska medlemsstaterna se till att arbetsgivare som anställer tredjelandsmedborgare som vistas olagligt är skyldiga att betala tredjelandsmedborgarna inestående ersättning. Vi har i anslutning till

den bestämmelsen fått ett särskilt uppdrag att utreda vilket arbetsrättsligt skydd som finns för tredjelandsmedborgare som arbetar utan föreskrivet arbetstillstånd.

Ett avtal som strider mot ett lagförbud kan enligt svensk rätt vara ogiltigt även om det inte framgår av en uttrycklig lagbestämmelse. Enligt vår bedömning har en tredjelandsmedborgare som kommer hit för att arbeta, trots att han eller hon inte har och inte kan få arbetstillstånd och såväl arbetsgivaren som arbetstagaren är medvetna om detta, rätt till avtalad lön för utfört arbete, oavsett om anställningsavtalet skulle anses giltigt eller ogiltigt. Vidare är åtminstone semesterlagen, arbetstidslagen och arbetsmiljölagen tillämpliga på arbetstagare som saknar föreskrivet arbetstillstånd. Deras skydd enligt dessa lagar påverkas som utgångspunkt inte av att de arbetar utan föreskrivet arbetstillstånd. Detsamma gäller troligen även vissa andra regelverk. En arbetsgivares skyldighet att tillämpa kollektivavtalsvillkor om ersättning, semester, arbetstid och arbetsmiljö påverkas i allmänhet inte heller av att arbetstagarna saknar arbetstillstånd.

Enligt svensk rätt har alltså de aktuella tredjelandsmedborgarna rätt till överenskommen ersättning för utfört arbete. Denna rätt framgår emellertid inte på ett tillräckligt klart sätt. Vi föreslår därför att rätten till avtalad ersättning för utfört arbete för utlänningar som arbetar här som anställda vid vistelse utan föreskrivet tillstånd slås fast i lag.

Bland de krav i direktivet som har anknytning till tredjelandsmedborgarens inestående ersättning finns det flera som redan är uppfyllda i svensk rätt. Det rör sig om skyldigheter för medlemsstaterna att se till att arbetsgivare inte ska betala lägre skatter och socialavgifter för anställda som vistas olagligt än för anställda som vistas lagligt, att de aktuella arbetstagarna kan få sin rätt till inestående ersättning fastslagen i en verkställbar dom och att medel som inlutit vid verkställighet av en sådan dom ska betalas ut till tredjelandsmedborgaren.

I vissa avseenden behövs emellertid författningsändringar. Vi föreslår för det första att det vid tvist mellan en tredjelandsmedborgare som vistas olagligt och dennes arbetsgivare om inestående ersättning ska gälla dels en presumtion för att den avtalade lönen motsvarar den lön som följer av ett tillämpligt kollektivavtal eller praxis inom yrket eller branschen, dels en presumtion för att tredjelandsmedborgaren utfört tre månaders heltidsarbete. Sistnämnda presumtion ska gälla även i skattehänseende när arbetsgivaravgifter

på tredjelandsmedborgarens ersättning bestäms genom skönsbeskattning.

Vi föreslår också att arbetsgivaren ska betala kostnaderna för att sända lönen till tredjelandsmedborgaren. Vidare ska en myndighet som beslutar om avvisning eller utvisning av en tredjelandsmedborgare informera honom eller henne om möjligheten att ansöka om betalningsföreläggande beträffande inestående ersättning för arbete vid vistelse här utan föreskrivet tillstånd, att väcka talan vid domstol mot arbetsgivaren om sådan ersättning samt att ansöka om verkställighet av en dom avseende ersättningen. Slutligen föreslår vi en möjlighet att bevilja tidsbegränsat uppehållstillstånd åt en tredjelandsmedborgare som har väckt talan om inestående ersättning för arbete som anställd vid vistelse här utan föreskrivet tillstånd. En förutsättning för ett sådant tillstånd ska vara att tredjelandsmedborgaren har uppehållstillstånd enligt 5 kap. 15 § UtL för att kunna medverka i en utredning om brott enligt 20 kap. 5 § samma lag. Vi föreslår i det sammanhanget några mindre författningsändringar med anknytning till möjligheten att bevilja uppehållstillstånd enligt 5 kap. 15 § UtL.

Andra åtgärder

Enligt direktivet ska arbetsgivare som överträder anställningsförbudet kunna omfattas av ytterligare fyra åtgärder. Den första av dessa åtgärder är ett frångående av rätten att delta i offentlig upphandling i upp till fem år. Denna åtgärd motsvarar enligt vår bedömning en uteslutning av leverantör av den modell som redan finns i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU). Enligt nuvarande bestämmelser är det möjligt att beakta domar och beslut utan gräns bakåt i tiden, så länge som det är förenligt med proportionalitetsprincipen. En uttrycklig femårsgräns är mot denna bakgrund inte påkallad. De redan befintliga bestämmelserna i 10 kap. 2 § 3 och 4 LOU är därför tillräckliga för att uppfylla de krav som anges i direktivet.

Bland de åtgärder som enligt direktivet ska finnas tillgängliga i den nationella rätten är vidare möjligheten till frångående av en del av eller alla offentliga förmåner, stöd eller bidrag i upp till fem år, liksom skyldighet att betala tillbaka sådana bidrag som har beviljats upp till tolv månader före upptäckten av anställningen av en tredje-

landsmedborgare som vistas här olagligt. Detta slags sanktioner saknas helt i svensk rätt och är främmande för vår rättstradition.

Vi föreslår att direktivets bestämmelser genomförs genom en horisontell reglering i 20 kap. UtlL som utformas som en särskild rättsverkan av brott. Således ska den som har begått brott som avses i 20 kap. 5 § UtlL genom att i sin tjänst ha en tredjelandsmedborgare som vistas här utan föreskrivet tillstånd, om omständigheterna vid gärningen är försvårande, kunna drabbas av sådan särskild rättsverkan. Som en ytterligare förutsättning ska gälla att sådan rättsverkan får beslutas endast om det är motiverat med hänsyn till gärningens straffvärde och övriga omständigheter. Om den anställning genom vilket brottet har begåtts har avsett arbete för arbetsgivarens privata syften, får sådana åtgärder dock inte beslutas.

Beslut om frångående av rätt till offentliga stöd, bidrag och andra förmåner ska kunna meddelas endast i de fall då det har fattats beslut om att bevilja det offentliga stödet, bidraget eller förmånen i fråga. I princip ska alla offentliga stöd, bidrag och andra förmåner kunna bli föremål för åtgärderna, dock inte stöd, bidrag eller annan förmån som beviljats eller betalats ut till en fysisk person för hans eller hennes privata behov. Även juridiska personer ska under vissa förutsättningar kunna bli föremål för åtgärden. En fråga om återbetalningsskyldighet respektive om frångående av rätt till offentliga stöd, bidrag och andra förmåner ska få prövas endast på yrkande av allmän åklagare.

Slutligen ställer direktivet krav på att det ska vara möjligt att tillfälligt eller permanent stänga inrättningar som har använts för att begå överträdelsen av förbudet mot att anställa tredjelandsmedborgare som vistas olagligt eller att tillfälligt eller permanent upphäva tillståndet att driva näringsverksamheten i fråga, om detta är berättigat med tanke på hur allvarlig överträdelsen är. Vi bedömer att de möjligheter som finns i svensk rätt redan i dag, särskilt att meddela näringsförbud, tillgodoser de krav som ställs upp i direktivet.

Underentreprenad

Direktivet innehåller bestämmelser om ansvar för företag som för att genomföra entreprenader anlitar underentreprenörer med anställda som vistas här olagligt. I en kedja av underentreprenörer ska ansvaret som utgångspunkt gälla alla uppdragsgivare mellan arbets-

givaren och den beställande parten i det ursprungliga entreprenadavtalet. Dessa uppdragsgivare ska dels betala en finansiell sanktion, dels ansvara för lön till de aktuella anställda.

I svensk rätt finns inga regler som motsvarar dessa bestämmelser. Vi föreslår därför att de aktuella företagen ska dels betala en särskild avgift, dels vara solidariskt ansvariga med arbetsgivaren för tredjelandsmedborgarnas lön för arbete inom underentreprenaden. Vid tvist om inestående ersättning ska det gälla presumtioner för att den avtalade lönen motsvarar den lön som följer av ett tillämpligt kollektivavtal eller praxis inom yrket eller branschen och för att tredjelandsmedborgaren har utfört tre månaders heltidsarbete inom underentreprenaden. En uppdragsgivare som har gjort rimliga kontroller ska dock inte bära något ansvar. För uppdragsgivare i tidigare led ska dessutom gälla att de är ansvariga endast om de vet eller har skälig anledning anta att arbetsgivaren utför underentreprenaden med hjälp av anställda som vistas här olagligt.

Förenklade klagomålsförfaranden

Enligt direktivet ska det i medlemsstaterna finnas förenklade klagomålsförfaranden som de aktuella tredjelandsmedborgarna ska kunna använda sig av, främst för att få ut inestående ersättning. Kronofogdemyndighetens förfarande avseende ansökningar om betalningsföreläggande är ett sådant förfarande. Även övriga krav i direktivet med anknytning till de förenklade klagomålsförfarandena är uppfyllda i svensk rätt.

Inspektioner

För att säkerställa att direktivet efterlevs ska medlemsstaterna se till att effektiva och lämpliga inspektioner genomförs på deras territorier för att kontrollera anställning av tredjelandsmedborgare som vistas olagligt. Sådana inspektioner ska göras i första hand på grundval av en riskbedömning som ska utföras av de behöriga myndigheterna i medlemsstaterna.

Polisen är den myndighet som redan i dag har ansvar för att förebygga samt bedriva spaning och utredning i fråga om brott som avses i 20 kap. 5 § UtlL. För att tydliggöra att polisen har detta ansvar föreslår vi att det i utlänningsförordningen (2006:97) ska föras

in en bestämmelse om att polisen utför inspektioner hos arbetsgivare för att utreda brott som avses i 20 kap. 5 § Utll. Vi bedömer att polisens nuvarande befogenheter är tillräckliga för att genomföra dessa inspektioner. De inspektioner av arbetsplatser som ska göras måste därför även i fortsättningen ske som hittills, dvs. under rättelsebaserat. Detta stämmer väl överens med direktivets krav att inspektionerna ska ske på grundval av en riskbedömning.

För att effektivisera inspektionerna ska medlemsstaterna på grundval av en riskbedömning regelbundet identifiera de verksamhetssektorer på deras territorier där det är vanligt med anställning av tredjelandsmedborgare som vistas olagligt. Vi föreslår att Rikspolisstyrelsen får i uppdrag att identifiera dessa risksektorer.

Vi föreslår vidare att Rikspolisstyrelsen ska få till uppgift att, såsom föreskrivs i direktivet, samla in och sammanställa uppgifter om inspektionerna och årligen rapportera till kommissionen om de inspektioner som har gjorts och vad resultatet av dem har blivit.

Genomförandefrågor

Vi föreslår att samtliga föreslagna författningsändringar ska träda i kraft den 20 juli 2011.

Våra förslag innebär att Skatteverket, Migrationsverket och rättsväsendet kommer att drabbas av vissa kostnadsökningar. De kommer dock inte att bli större än att de bör kunna klaras inom ramen för de nuvarande anslagen. Förslagen medför vidare nya och utökade arbetsuppgifter som sammantaget leder till ett genomsnittligt ökat resursbehov för Rikspolisstyrelsen motsvarande en halv årsarbetskraft. Denna kostnadsökning får dock hanteras inom ramen för det befintliga anslaget.

Förslagen kommer också att innebära vissa ökade administrativa kostnader för arbetsgivare. Vi bedömer att förslagen dessutom kan ha en negativ inverkan på möjligheterna att nå de integrationspolitiska målen. De ändringar vi föreslår är dock i stort sett helt nödvändiga för att genomföra direktivets bestämmelser i svensk rätt. I den mån som vi går längre än vad direktivet kräver får våra förslag högst begränsade negativa konsekvenser. Bortsett från dessa är det enligt vår uppfattning inte möjligt att genomföra direktivet med mindre negativa konsekvenser än de som våra förslag medför.

Författningsförslag

1 Förslag till lag om ändring i utlänningslagen (2005:716)

Härigenom föreskrivs¹ i fråga om utlänningslagen (2005:716) dels att 5 kap. 18 §, 12 kap. 12 a § samt 20 kap. 5 och 12 §§ ska ha följande lydelse,

dels att det i lagen ska införas nio nya paragrafer, 5 kap. 15 c §, 7 kap. 7 d §, 8 kap. 13 a §, 12 kap. 12 b och 13 b §§ samt 20 kap. 12 a och 15–17 §§, samt närmast före 12 kap. 13 b § och 20 kap. 15 § nya rubriker av följande lydelse.

Nuvarande lydelse

Föreslagen lydelse

5 kap.

15 c §

En utlänning med uppehållstillstånd enligt 15 § får för tiden efter tillståndets giltighetstid beviljas ett tidsbegränsat uppehållstillstånd, om

1. utlänningen har samarbetat med de brottsutredande myndigheterna i en utredning om brott enligt 20 kap. 5 §, och

2. utlänningen har väckt talan om innestående ersättning för arbete som anställd vid vistelse i Sverige utan föreskrivet tillstånd.

¹ Jfr Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/52/EG av den 18 juni 2009 om minimistandarder för sanktioner och åtgärder mot arbetsgivare för tredjelandsmedborgare som vistas olagligt (EUT L 168, 30.6.2009, s. 24, Celex 32009L0052).

18 §²

En utlänning som vill ha uppehållstillstånd i Sverige ska ha ansökt om och beviljats ett sådant tillstånd före inresan i landet. En ansökan om uppehållstillstånd får inte bifallas efter inresan.

Det som föreskrivs i första stycket gäller dock inte om

1. utlänningen har rätt till uppehållstillstånd här som flykting eller annan skyddsbehövande enligt 1 § eller kan beviljas uppehållstillstånd här med stöd av 21 kap. 2, 3 eller 4 §,

2. utlänningen med stöd av 6 § bör beviljas uppehållstillstånd här,

3. en ansökan om uppehållstillstånd avser förlängning av ett tidsbegränsat uppehållstillstånd som beviljats en utlänning med familjeanknytning med stöd av 3 § första stycket 1 eller 2 b eller 3 a § första stycket 1 eller andra stycket,

4. utlänningen kan beviljas eller har tidsbegränsat uppehållstillstånd här med stöd av 15 §,

5. utlänningen enligt 3 § första stycket 1–4, 3 a § första stycket 1–3 eller andra stycket har stark anknytning till en person som är bosatt i Sverige och det inte skäligen kan krävas att utlänningen reser till ett annat land för att ge in ansökan där,

6. en ansökan om uppehållstillstånd avser förlängning av ett tidsbegränsat uppehållstillstånd som med stöd av 10 § har beviljats en utlänning i fall som avses i 6 kap. 2 § första stycket,

7. utlänningen kan beviljas uppehållstillstånd enligt 15 a §, eller 15 c §,

8. utlänningen med stöd av 10 § har beviljats ett tidsbegränsat uppehållstillstånd för studier och antingen slutfört studier som motsvarar 30 högskolepoäng eller fullföljt en termin vid forskarutbildning, eller

9. det annars finns synnerliga skäl.

Det som föreskrivs i första stycket gäller inte heller om utlänningen har beviljats en visering för att besöka en arbetsgivare i Sverige eller är undantagen från kravet på visering om han eller hon ansöker om ett uppehållstillstånd för arbete inom ett slag av arbete där det råder stor efterfrågan på arbetskraft. En ytterligare förutsättning är att arbetsgivaren skulle förorsakas olägenheter om utlänningen måste resa till ett annat land för att ge in ansökan där eller att det annars finns särskilda skäl.

² Senaste lydelse 2010:440.

Vid skälighetsbedömningen enligt andra stycket 5 ska konsekvenserna för ett barn av att skiljas från sin förälder särskilt beaktas, om det står klart att uppehållstillstånd skulle ha beviljats om prövningen gjorts före inresan i Sverige.

I fråga om uppehållstillstånd för en utlänning som ska avvisas eller utvisas enligt dom eller beslut som har vunnit laga kraft gäller föreskrifterna i 15 a §, 8 kap. 14 § och 12 kap. 18–20 §§.

I fråga om uppehållstillstånd för en utlänning som ska avvisas eller utvisas enligt dom eller beslut som har vunnit laga kraft gäller föreskrifterna i 15 §, 15 a §, 15 c §, 8 kap. 14 § och 12 kap. 18–20 §§.

7 kap.

7 d §

När visering eller uppehållstillstånd återkallas för en utlänning ska även arbetstillstånd för utlänningen återkallas.

8 kap.

13 a §

Om en utlänning utvisas enligt 8 §, gäller inte längre visering, uppehållstillstånd och arbetstillstånd som meddelats för utlänningen.

12 kap.

12 a §³

Har en utlänning ansökt om tidsbegränsat uppehållstillstånd enligt 5 kap. 15 a § första stycket får Migrationsverket besluta om inhibition av ett beslut att avvisa eller utvisa utlänningen.

Har en utlänning ansökt om tidsbegränsat uppehållstillstånd enligt 5 kap. 15 a § första stycket eller 15 c §, får Migrationsverket besluta om inhibition av ett beslut att avvisa eller utvisa utlänningen.

³ Senaste lydelse 2008:884.

12 b §

Om ansökan har gjorts om uppehållstillstånd enligt 5 kap. 15 §, får Migrationsverket besluta om inhibition av en dom eller ett beslut att avvisa eller utvisa den utlänning som ansökan avser.

Förbud mot verkställighet när tidsbegränsat uppehållstillstånd meddelats

13 b §

Om Migrationsverket har meddelat ett tidsbegränsat uppehållstillstånd enligt 5 kap. 15 § eller 15 c §, får ett beslut om avvisning eller utvisning av utlänningen inte verkställas medan tillståndet gäller.

20 kap.**5 §**

Till böter eller, när omständigheterna är försvårande, fängelse i högst ett år döms den som uppsåtligen eller av oaktsamhet har en utlänning i sin tjänst *fastän* utlänningen inte har föreskrivet arbetstillstånd. I fråga om påförande av särskild avgift gäller 12-14 §§.

Till böter eller, när omständigheterna är försvårande, fängelse i högst ett år döms den som uppsåtligen eller av oaktsamhet har en utlänning i sin tjänst, *om* utlänningen

1. inte har föreskrivet arbetstillstånd,

2. *vistas i Sverige utan föreskrivet tillstånd och utför arbete här, eller*

3. *tillfälligt utför arbete utomlands men vanligtvis utför arbete i Sverige inom ramen för anställningen vid vistelse här utan föreskrivet tillstånd.*

I fråga om påförande av särskild avgift gäller 12-14 och 17 §§.

12 §

En fysisk eller juridisk person som har en utlänning i sin tjänst *fastän* utlänningen inte har arbetstillstånd *skall* betala en särskild avgift oavsett om ansvar krävs ut enligt 5 §. *Avgiften tillfaller staten.*

För varje utlänning utgör avgiften hälften av det prisbasbelopp enligt lagen (1962:381) om allmän försäkring som gällde när överträdelsen upphörde. Om överträdelsen har pågått under en längre tid än tre månader, utgör avgiften för varje utlänning i stället hela prisbasbeloppet. Avgiften får sättas ned eller efterges helt, om särskilda skäl talar för det.

En fysisk eller juridisk person som har en utlänning i sin tjänst *ska*, oavsett om ansvar krävs ut enligt 5 §, betala en särskild avgift, *om* utlänningen

1. inte har *föreskrivet* arbetstillstånd,

2. *vistas i Sverige utan föreskrivet tillstånd och utför arbete här, eller*

3. *tillfälligt utför arbete utomlands men vanligtvis utför arbete i Sverige inom ramen för anställningen vid vistelse här utan föreskrivet tillstånd.*

För varje utlänning utgör avgiften hälften av det prisbasbelopp enligt lagen (1962:381) om allmän försäkring som gällde när överträdelsen upphörde. Om överträdelsen har pågått under en längre tid än tre månader, utgör avgiften för varje utlänning i stället hela prisbasbeloppet. Avgiften får sättas ned eller efterges helt, om särskilda skäl talar för det. *Avgiften tillfaller staten.*

Den som har fullgjort sina skyldigheter enligt 6 kap. 13 a § och 7 kap. 1 b § utlänningsförordningen (2006:97) ska inte betala någon särskild avgift. Detta gäller dock inte, om den handling som han eller hon kontrollerade var en förfalskning och han eller hon insåg detta.

12 a §

Om en arbetsgivare som har en utlänning i sin tjänst under sådana förhållanden som avses i 12 § första stycket 2 eller 3 anlitas som underentreprenör för att genomföra ett entreprenadavtal eller ett underentreprenadavtal, ska dennes uppdragsgivare och uppdragsgivare i tidigare led betala en särskild avgift, om

1. utlänningen arbetar inom underentreprenaden, och

2. uppdragsgivaren inte är den beställande parten i entreprenadavtalet.

En uppdragsgivare i tidigare led ska betala en särskild avgift endast om uppdragsgivaren vet eller har skälig anledning anta att arbetsgivaren i sin tjänst har en utlänning eller utlänningar som vistas här utan föreskrivet tillstånd och som arbetar inom underentreprenaden.

En uppdragsgivare som har vidtagit rimliga kontrollåtgärder ska inte betala en särskild avgift.

För varje utlänning utgör avgiften hälften av det prisbasbelopp enligt lagen (1962:381) om allmän försäkring som gällde när överträdelsen upphörde. Om en utlänning har arbetat inom underentreprenaden under en längre tid än tre månader, utgör avgiften för utlänningen i stället hela prisbasbeloppet. Avgiften får sättas ned eller efterges helt, om särskilda skäl talar för det. Avgiften tillfaller staten.

*Annan särskild rättsverkan**15 §*

Den som har begått brott som avses i 5 § första stycket 2 eller 3 får, om omständigheterna vid gärningen är försvårande och det är motiverat med hänsyn till gärningens straffvärde och övriga omständigheter, för en tid av högst fem år på yrkande av allmän åklagare fräntas sin rätt till en del av eller alla offentliga stöd, bidrag och förmåner som har beviljats men ännu inte betalats ut eller annars kommit honom eller henne till del.

Har den som anges i första stycket tagit emot offentliga stöd, bidrag eller andra förmåner, får han eller hon, om omständigheterna vid gärningen är försvårande och det är motiverat med hänsyn till gärningens straffvärde och övriga omständigheter, på yrkande av allmän åklagare förpliktas att till staten betala tillbaka en del av eller alla sådana förmåner som betalats ut eller annars kommit honom eller henne till del upp till tolv månader innan brottet polisanmäldes.

Åtgärder enligt denna paragraf får dock inte beslutas, om den samlade reaktionen på brottsligheten skulle bli oproportionerligt sträng.

Åtgärd enligt denna paragraf får inte heller beslutas om anställningen har avsett arbete för arbetsgivarens privata syften. Sådan åtgärd får inte avse stöd, bidrag

eller annan förmån som har beviljats eller betalats ut till en fysisk person för hans eller hennes privata behov.

16 §

Om brott som avses i 5 § första stycket 2 eller 3 har begåtts i verksamhet som drivs av en juridisk person, får åtgärd enligt 15 § beslutas mot den juridiska personen, om

1. ledningen för den juridiska personen inte har gjort vad som skäligen kunnat krävas för att förebygga brottsligheten, eller

2. brottet har begåtts av

a) en person i ledande ställning grundad på befogenhet att företräda den juridiska personen eller att fatta beslut på den juridiska personens vägnar, eller

b) en person som annars haft ett särskilt ansvar för tillsyn eller kontroll i verksamheten.

17 §

Talan om särskild avgift enligt 12 § ska handläggas i samma rättegång som åtal mot samma person för brott avseende samma gärning.

Denna lag träder i kraft den 20 juli 2011. I fråga om mål som vid ikraftträdandet är anhängigt vid domstol tillämpas inte 20 kap. 17 §.

2 Förslag till lag (2011:00) om vissa frågor om lön m.m. för arbete vid vistelse utan föreskrivet tillstånd

Härigenom föreskrivs⁴ följande.

Inledande bestämmelser

1 § Denna lag gäller när en arbetsgivare uppsåtligen eller av oaktsamhet har en utlänning i sin tjänst som

1. vistas i Sverige utan föreskrivet tillstånd och utför arbete här, eller

2. tillfälligt utför arbete utomlands men vanligtvis utför arbete i Sverige inom ramen för anställningen vid vistelse här utan föreskrivet tillstånd.

2 § Avtalsvillkor som i jämförelse med bestämmelserna i denna lag är till nackdel för utlänningen är utan verkan mot denne.

3 § I denna lag avses med uppdragsgivare den som ska genomföra ett entreprenadavtal eller ett underentreprenadavtal och som för detta anlitar en eller flera underentreprenörer.

Lön och annan ersättning

4 § En utlänning har rätt till lön och annan ersättning enligt anställningsavtalet för utfört arbete trots att utlänningen utfört arbetet under sådana förhållanden som avses i 1 §.

5 § Vid tvist mellan en arbetsgivare och en utlänning om lön eller annan ersättning enligt anställningsavtalet ska, om inte någon av dem visar annat,

1. den avtalade lönen eller ersättningen anses motsvara den lön eller ersättning som följer av ett tillämpligt svenskt kollektivavtal eller praxis inom yrket eller branschen, och

2. utlänningen anses ha utfört tre månaders heltidsarbete.

⁴ Jfr Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/52/EG av den 18 juni 2009 om minimistandarder för sanktioner och åtgärder mot arbetsgivare för tredjelandsmedborgare som vistas olagligt (EUT L 168, 30.6.2009, s. 24, Celex 32009L0052).

Kostnaderna för att sända lön och annan ersättning

6 § En arbetsgivare ska betala kostnaderna för att sända lön och annan ersättning för utfört arbete till en utlänning.

Uppdragsgivares ansvar

7 § Om en arbetsgivare anlitas som underentreprenör för att genomföra ett entreprenadavtal, ansvarar dennes uppdragsgivare och uppdragsgivare i tidigare led solidariskt med arbetsgivaren för

1. lön och annan ersättning enligt anställningsavtalet till en utlänning för arbete som han eller hon utfört inom underentreprenaden, och

2. kostnader för att sända lönen och ersättningen till utlänningen.

En uppdragsgivare i tidigare led är ansvarig enligt första stycket endast om uppdragsgivaren vet eller har skäligen anledning anta att arbetsgivaren i sin tjänst har en utlänning eller utlänningar som vistas här utan föreskrivet tillstånd och som arbetar inom underentreprenaden.

En uppdragsgivare som har vidtagit rimliga kontrollåtgärder är inte ansvarig enligt första stycket.

Arbetsgivaren ska ersätta den som har betalat lön eller annan ersättning enligt första stycket. Denna skyldighet gäller också för en uppdragsgivare i förhållande till uppdragsgivare i tidigare led.

8 § När en utlänning gör gällande ansvar enligt 7 § för arbetsgivarens uppdragsgivare eller uppdragsgivare i tidigare led ska, om inte någon av dem visar annat,

1. den avtalade lönen eller ersättningen anses motsvara den lön eller ersättning som följer av ett tillämpligt svenskt kollektivavtal eller praxis inom yrket eller branschen, och

2. utlänningen anses ha utfört tre månaders heltidsarbete inom underentreprenaden.

Denna lag träder i kraft den 20 juli 2011.

3 Förslag till lag om ändring i skattebetalningslagen (1997:483)

Härigenom föreskrivs⁵ att det i skattebetalningslagen (1997:483) ska införas en ny paragraf, 11 kap. 19 a §, av följande lydelse.

Nuvarande lydelse

Föreslagen lydelse

11 kap.

19 a §

Om det vid omprövning inte är möjligt att göra en tillförlitlig beräkning av arbetsgivaravgifter som en arbetsgivare är skyldig att betala på ersättning till en utlänning, ska vid skönsbeskattningen ersättningen anses motsvara ersättning för tre månaders heltidsarbete om inte annat visas. Detta gäller endast beträffande arbetsgivaravgifter på ersättning för

1. arbete som utförts i Sverige vid vistelse här utan föreskrivet tillstånd, eller

2. arbete som tillfälligt utförts utomlands inom ramen för en anställning i vilken arbetet vanligtvis utförs i Sverige vid vistelse här utan föreskrivet tillstånd.

Vad som föreskrivs i första stycket gäller endast om arbetsgivaren uppsåtligen eller av oaktsamhet haft utlänningen i sin tjänst fastän utlänningen vistats här utan föreskrivet tillstånd.

⁵ Jfr Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/52/EG av den 18 juni 2009 om minimistandarder för sanktioner och åtgärder mot arbetsgivare för tredjelandsmedborgare som vistas olagligt (EUT L 168, 30.6.2009, s. 24, Celex 32009L0052).

Denna lag träder i kraft den 20 juli 2011.

4 Förslag till lag om ändring i lagen (2001:181) om behandling av uppgifter i Skatteverkets beskattningsverksamhet

Härigenom föreskrivs⁶ att 1 kap. 4 § lagen (2001:181) om behandling av uppgifter i Skatteverkets beskattningsverksamhet ska ha följande lydelse.

Nuvarande lydelse

Föreslagen lydelse

1 kap. 4 §⁷

Uppgifter får behandlas för tillhandahållande av information som behövs hos Skatteverket för

1. fastställande av underlag för samt bestämmande, redovisning, betalning och återbetalning av skatter och avgifter,

2. bestämmande av pensionsgrundande inkomst,

3. fastighetstaxering,

4. revision och annan analys- eller kontrollverksamhet,

5. tillsyn samt lämplighets- och tillståndsprovning och annan liknande provning,

6. handläggning

a) enligt lagen (2007:324) om Skatteverkets hantering av vissa borgenärsuppgifter och

b) av andra frågor om ansvar för någon annans skatter och avgifter,

7. fullgörande av ett åliggande som följer av ett för Sverige bindande internationellt åtagande,

8. verksamheten med bouppteckningar och dödsboanmälningar enligt ärvdabalken, *och*

9. tillsyn, kontroll, uppföljning och planering av verksamheten.

8. verksamheten med bouppteckningar och dödsboanmälningar enligt ärvdabalken,

9. tillsyn, kontroll, uppföljning och planering av verksamheten, *och*

10. *hantering av underrättelser från arbetsgivare om anställning av vissa tredjelandsmedborgare.*

⁶ Jfr Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/52/EG av den 18 juni 2009 om minimi-standarder för sanktioner och åtgärder mot arbetsgivare för tredjelandsmedborgare som vistas olagligt (EUT L 168, 30.6.2009, s. 24, Celex 32009L0052).

⁷ Senaste lydelse 2007:329.

Uppgifter som får behandlas enligt första stycket får även behandlas för tillhandahållande av information som behövs i Skatteverkets brottsbekämpande verksamhet enligt lagen (1997:1024) om Skatteverkets medverkan i brottsutredningar.

Denna lag träder i kraft den 20 juli 2011.

5 Förslag till lag om ändring i lagen (2008:344) om hälso- och sjukvård åt asylsökande m.fl.

Härigenom föreskrivs att 4 § lagen (2008:334) om hälso- och sjukvård åt asylsökande m.fl. ska ha följande lydelse.

Nuvarande lydelse

Föreslagen lydelse

4 §⁸

Denna lag omfattar utlänningar som

1. har ansökt om uppehållstillstånd i Sverige som flykting enligt 4 kap. 1 § eller som annan skyddsbehövande enligt 4 kap. 2 eller 2 a § utlänningslagen (2005:716) eller motsvarande äldre bestämmelser,

2. har beviljats uppehållstillstånd med tillfälligt skydd eller uppehållstillstånd efter tillfälligt skydd med stöd av bestämmelserna i 21 kap. 2, 3, 4 eller 6 § utlänningslagen och som inte är folkbokförda här i landet,

3. hålls i förvar enligt 10 kap. 1 eller 2 § utlänningslagen och som inte har placerats i kriminalvårdsanstalt, häkte eller polisarrest, eller

4. vistas här med stöd av tidsbegränsat uppehållstillstånd enligt 5 kap. 15 § utlänningslagen. 4. vistas här med stöd av tidsbegränsat uppehållstillstånd enligt 5 kap. 15 § eller 15 c § utlänningslagen.

Sådana utlänningar som avses i första stycket 1 eller 2 omfattas av lagen även om de har meddelats beslut om avvisning eller utvisning. Det gäller dock inte utlänning som håller sig undan så att beslutet inte kan verkställas, om han eller hon har fyllt 18 år.

Denna lag träder i kraft den 20 juli 2011.

⁸ Senaste lydelse 2009:1550.

6 Förslag till förordning om ändring i förordningen (1989:773) med instruktion för Rikspolisstyrelsen

Härigenom föreskrivs⁹ att 2 § förordningen (1989:773) med instruktion för Rikspolisstyrelsen ska ha följande lydelse.

Nuvarande lydelse

Föreslagen lydelse

2 §¹⁰

Utöver vad som följer av polislagen (1984:387), polisförordningen (1998:1558), polisutbildningsförordningen (1999:740) eller av andra föreskrifter ska Rikspolisstyrelsen särskilt

1. verka för ett förtroendefullt förhållande mellan Polisen och allmänheten,
2. utveckla och precisera de mål och riktlinjer som riksdagen och regeringen lägger fast för polisverksamheten samt förmedla detta till polisorganisationen,
3. utarbeta planer för Polisens beredskapsplanläggning,
4. föra centrala polisregister, och
5. organisera en nationell insatsstyrka med huvuduppgift att bekämpa terroraktioner i landet.

Rikspolisstyrelsen ska även

1. upprätthålla funktionen att vara
 - a) nationell enhet för den internationella kriminalpolisorganisationen (Interpol) och för den europeiska polisbyrå (Europol),
 - b) nationell kontaktpunkt för Schengens informationssystem (SIS) genom Sirenekontoret och ansvarig för den nationella delen av SIS,
 - c) sådan centralbyrå när det gäller penningförfalskning som föreskrivs i den internationella konventionen för bekämpande av penningförfalskning av den 20 april 1929 (SÖ 2001:6),
 - d) kontaktpunkt i brådskande fall för framställningar enligt rådets rambeslut 2006/960/RIF av den 18 december 2006 om förenklat informations- och underrättelseutbyte mellan de brottsbekämpande myndigheterna i Europeiska unionens medlemsstater,
 - e) nationellt kontor för återvinning av tillgångar enligt rådets beslut 2007/845/RIF av den 6 december 2007 om samarbete mellan

⁹ Jfr Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/52/EG av den 18 juni 2009 om minimistandarder för sanktioner och åtgärder mot arbetsgivare för tredjelandsmedborgare som vistas olagligt (EUT L 168, 30.6.2009, s. 24, Celex 32009L0052).

¹⁰ Senaste lydelse 2010:706.

medlemsstaternas kontor för återvinning av tillgångar när det gäller att spåra och identifiera vinning eller annan egendom som härrör från brott,

f) nationell kontaktpunkt för den europeiska byrån för förvaltningen av det operativa samarbetet vid Europeiska unionens yttre gränser (Frontex), och

g) nationellt kontaktställe för förmedling av uppgifter enligt artikel 15 i rådets beslut 2008/615/RIF av den 23 juni 2008 om ett fördjupat gränsöverskridande samarbete, särskilt för bekämpning av terrorism och gränsöverskridande brottslighet,

2. organisera en styrka inom Polisen för tjänstgöring utomlands i fredsfrämjande verksamhet (Polisens utlandsstyrka) i samarbete med Försvarsmakten och andra berörda myndigheter,

3. upprätthålla de förbindelser som behövs med utländska brottsbekämpande myndigheter, utländska gränskontrollmyndigheter och internationella organ,

4. i samråd med den nationella OPC-koordinatören delta i arbetet i den operativa kommittén (OPC), som är en del av Aktionsgruppen mot organiserad brottslighet i Östersjöområdet,

5. biträda Regeringskansliet i det internationella arbetet på polisområdet,

6. svara för organisation och samordning av verksamhet för eftersök av trafikskadat vilt, och

7. ta emot och vidarebefordra framställningar från enskilda om rätt till information m.m. om Europols personuppgiftsbehandling enligt artikel 30 i rådets beslut av den 6 april 2009 om inrättande av Europeiska polisbyrån (Europol).

8. med anledning av artikel 14.2 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/52/EG av den 18 juni 2009 om minimistandarder för sanktioner och åtgärder mot arbetsgivare för tredjelandsmedborgare som vistas olagligt,

*a) identifiera risksektorer, och
b) samla in och sammanställa uppgifter om de inspektioner som utförs och årligen rapportera till Europeiska kommissionen.*

Rikspolisstyrelsen får ingå överenskommelse om samarbete med en utländsk brottsbekämpande myndighet eller utländsk gränskontrollmyndighet i länder som är medlemmar i Europeiska unionen eller som har slutit avtal enligt konventionen om tillämpning av Schengenavtalet av den 14 juni 1985 om samarbete med konventionsländerna. Detta gäller dock inte om överenskommelsen kräver riksdagens eller Utrikesnämndens medverkan. Innan en sådan överenskommelse ingås ska Regeringskansliet (Justitiedepartementet) underrättas.

Denna förordning träder i kraft den 20 juli 2011.

7 Förslag till förordning om ändring i utlänningsförordningen (2006:97)

Härigenom föreskrivs¹¹ i fråga om utlänningsförordningen (2006:97)

dels att 5 kap. 1 och 9 §§ ska ha följande lydelse,

dels att det ska införas fyra nya paragrafer, 6 kap. 13 a och 18 §§, 7 kap. 1 b § och 8 kap. 10 e §, samt närmast före 6 kap. 13 a och 18 §§ nya rubriker av följande lydelse.

Nuvarande lydelse

Föreslagen lydelse

5 kap.

1 §¹²

En utlänning som är medborgare i Schweiz eller har ställning som varaktigt bosatt i en annan EU-stat är undantagen från kravet på arbetstillstånd. Undantag från kravet på arbetstillstånd gäller även, oavsett medborgarskap, make eller sambo till en sådan utlänning samt deras barn som är under 21 år eller beroende av dem för sin försörjning.

En utlänning som har beviljats ett tidsbegränsat uppehållstillstånd enligt 5 kap. 15 § första stycket utlänningslagen (2005:716) är undantagen från kravet på arbetstillstånd.

En utlänning som har beviljats ett tidsbegränsat uppehållstillstånd enligt 5 kap. 15 § första stycket *eller 15 c §* utlänningslagen (2005:716) är undantagen från kravet på arbetstillstånd.

9 §

Ett arbetstillstånd får inte beviljas för längre tid än utlänningen har tillstånd att vistas här eller får vistas här utan tillstånd och inte för längre tid än utlänningens pass gäller, *om det inte finns särskilda skäl*. Ett arbetstillstånd får inte beviljas för en

Ett arbetstillstånd får inte beviljas för längre tid än utlänningen har tillstånd att vistas här eller får vistas här utan tillstånd och inte för längre tid än utlänningens pass gäller. Ett arbetstillstånd får inte beviljas för en utlänning som endast innehar

¹¹ Jfr Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/52/EG av den 18 juni 2009 om minimistandarder för sanktioner och åtgärder mot arbetsgivare för tredjelandsmedborgare som vistas olagligt (EUT L 168, 30.6.2009, s. 24, Celex 32009L0052).

¹² Senaste lydelse 2007:320.

utlänning som endast innehar ett sådant identitetskort som avses i 2 kap. 17 § första stycket.

Kontrollskyldighet m.m. för arbetsgivare i vissa fall

6 kap.

13 a §

Innan en tredjelandsmedborgare påbörjar en anställning ska arbetsgivaren kontrollera en handling eller handlingar som visar att tredjelandsmedborgaren har föreskrivet tillstånd att vistas och arbeta här.

Arbetsgivaren ska under anställningstiden och under minst sex månader därefter behålla en kopia av eller ett utdrag ur den eller de handlingar som visar att tredjelandsmedborgaren har föreskrivet tillstånd att vistas och arbeta här.

Med tredjelandsmedborgare avses i denna paragraf en utlänning som inte är medborgare i en EU-stat, i en annan EES-stat eller i Schweiz och som inte heller är familjemedlem till

a) en EES-medborgare som har uppehållsrätt här enligt 3 a kap. utlänningslagen (2005:716), eller

b) en medborgare i Schweiz som utövar sin rätt till fri rörlighet.

Inspektioner

18 §

Polisen genomför inspektioner hos arbetsgivare för att utreda brott som avses i 20 kap. 5 § utlänningslagen (2005:716).

7 kap.

1 b §

En arbetsgivare som anställer en tredjelandsmedborgare som avses i 6 kap. 13 a § ska senast månaden efter den kalendermånad då anställningen påbörjades underrätta Skatteverket om anställningen.

Skatteverket får meddela närmare föreskrifter om när och på vilket sätt underrättelse ska ske samt vad underrättelsen ska innehålla.

Första stycket gäller inte vid anställning av en tredjelandsmedborgare som har ställning som varaktigt bosatt här enligt 5 a kap. utlänningslagen (2005:716) eller i en annan EU-stat.

8 kap.

10 e §

En myndighet som beslutar om avvisning eller utvisning av en tredjelandsmedborgare ska informera denne om möjligheten att ansöka om betalningsföreläggande enligt lagen (1990:746) om betalningsföreläggande och handräckning beträffande innestående ersättning för arbete vid vistelse här utan föreskrivet tillstånd, att väcka

talán vid domstol mot arbetsgivaren om sådan ersättning samt att ansöka om verkställighet av dom avseende sådan ersättning.

Denna förordning träder i kraft den 20 juli 2011.

1 Utredningens uppdrag och arbete

1.1 Utredningsuppdraget

Vårt uppdrag är att föreslå hur Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/52/EG av den 18 juni 2009 om minimistandarder för sanktioner och åtgärder mot arbetsgivare för tredjelandsmedborgare som vistas olagligt¹ ska genomföras i svensk rätt. Försättningsvis använder vi, om inget annat anges, genomgående ”direktivet” och i vissa fall ”sanktionsdirektivet” som beteckning för detta direktiv.

Syftet med direktivet är att motverka olaglig invandring till den Europeiska unionen. Genom direktivet åläggs medlemsstaterna att införa ett förbud för arbetsgivare att anställa tredjelandsmedborgare som saknar rätt att vistas på deras territorier eftersom sådan anställning kan bidra till en ökad olaglig invandring och snedvridd konkurrens på arbetsmarknaden inom EU. Överträdelse av förbudet ska kunna medföra att arbetsgivare åläggs olika administrativa, finansiella och straffrättsliga sanktioner. Därutöver ska ytterligare åtgärder kunna vidtas mot arbetsgivare, såsom fråntagande av rätt för arbetsgivare att delta i offentlig upphandling samt fråntagande av rätten till och återbetalningsskyldighet för offentliga förmåner, stöd och bidrag.

I direktivet föreskrivs att medlemsstaterna ska ålägga arbetsgivare kontroll- och underrättelseskyldighet i samband med anställning av tredjelandsmedborgare. Direktivet innehåller också krav på medlemsstaterna att säkerställa att arbetsgivare ansvarar för betalning av inestående ersättning (efterhandsutbetalningar) till tredjelandsmedborgare som anställts utan att de haft rätt att vistas i landet samt för betalning av eventuella skatter och sociala avgifter m.m. Medlemsstaterna ska vidare säkerställa bland annat att det finns

¹ EUT L 168, 30.6.2009, s. 24.

effektiva mekanismer genom vilka berörda tredjelandsmedborgare kan ge in klagomål mot sina arbetsgivare (förenklade klagomålsförfaranden).

Även ett företag till vilket en arbetsgivare är en direkt underentreprenör och, under vissa förutsättningar, en huvudentreprenör och eventuella mellanliggande entreprenörer, ska tillsammans med eller i stället för arbetsgivaren kunna hållas ansvariga för betalning av sådana efterhandsutbetalningar eller för finansiella sanktioner.

För att säkerställa att direktivet efterlevs ska medlemsstaterna sörja för att behöriga myndigheter utför inspektioner av arbetsplatser för kontroll av anställning av tredjelandsmedborgare som vistas olagligt i landet.

Vårt huvudsakliga uppdrag består i att kartlägga vilka svenska lagregler som kan komma att beröras av de olika åtgärder som direktivet föreskriver, analysera vilket behov av lag- och förordningsändringar som föranleds av direktivets bestämmelser, samt att, utifrån de överväganden som gjorts, lämna fullständiga författningsförslag. Närliggande frågor som har samband med direktivet och som aktualiseras under utredningsuppdraget får tas upp, om det bedöms nödvändigt för att uppdraget ska kunna genomföras på ett fullgott sätt.

I ställningstagandena ska vi särskilt beakta hur utlänningsarnas personliga integritet och principen om icke-diskriminering kan komma att påverkas av förslagen. Vidare ska vi beakta regeringens mål att minska företagets administrativa kostnader och att reglerna utformas på ett för arbetsgivaren lämpligt och ändamålsenligt sätt.

Vid sidan av uppdraget att föreslå hur sanktionsdirektivet ska genomföras har vi fått i uppdrag att överväga även dels om det ska införas en utvidgad underrättelseskyldighet för arbetsgivare att informera Migrationsverket när en utlännings anställning upphör, dels om det ska införas en skyldighet för Migrationsverket att underätta arbetsgivare i vissa fall. Också i denna del ska vi lämna nödvändiga författningsförslag.

Slutligen ingår i vårt uppdrag att bedöma de ekonomiska konsekvenserna av förslagen för enskilda individer och för det allmänna. Förslagets kostnadseffekter för små respektive stora företag ska beskrivas. Vi ska särskilt beakta de administrativa konsekvenserna för arbetsgivare och myndigheter och utforma förslagen så att administrativa kostnader hålls så låga som möjligt. Om förslagen kan förväntas leda till kostnadsökningar för det allmänna, ska vi föreslå hur dessa ska finansieras.

Våra direktiv (dir. 2009:49) finns bifogade som *bilaga 1* och sanktionsdirektivet som *bilaga 2*.

1.2 Utredningens arbete

Utredningsarbetet påbörjades i augusti 2009 och har bedrivits på sedvanligt sätt med regelbundna, sammanlagt nio, sammanträden. Däremellan har sekretariatet haft fortlöpande kontakter med experterna. I arbetet har också ingått studier av litteratur, förarbeten och rättsfall. Därutöver har sekretariatet haft underhandskontakter med bland annat handläggare på olika myndigheter och forskare.

Sekretariatet har besökt en av tillståndsenheterna samt asylenheten vid Migrationsverket i Malmö. Sekretariatet har också, tillsammans med två respektive en av experterna från Justitiedepartementet, deltagit i två sammanträden med kontaktkommittén till sanktionsdirektivet som Europeiska kommissionen anordnat i Bryssel.

I enlighet med våra direktiv har vi samrått med företrädare för arbetsmarknadens parter vid två samrådsmöten. Därutöver har de beretts tillfälle att under hand komma med synpunkter till utredningen.

Samråd med Diskrimineringsombudsmannen har skett genom att DO Katri Linna deltagit i utredningsarbetet som sakkunnig.

Såsom föreskrivits i våra direktiv har vi vidare informerat oss om arbetet inom ramen för Månadsuppgiftsutredningen (S 2009:08).

Beträffande redovisningen av förslagens konsekvenser har samråd skett med Näringslivets regelnämnd.

1.3 Betänkandets disposition

Betänkandets disposition följer i huvudsak dispositionen i direktivet med sanktioner mot arbetsgivare. Efter några inledande avsnitt om bakgrunden till direktivet, direktivets allmänna bestämmelser samt europarättsliga utgångspunkter följer således en genomgång av direktivet artikel för artikel. Ett avsteg från denna ordning gör vi dock för artiklarna 9 och 10 om straffrättsligt ansvar som vi behandlar tillsammans med artikel 3. I anslutning till varje artikel granskar vi hur den svenska regleringen är utformad, om det behövs författningsändringar och, i förekommande fall, hur dessa författningsändringar bör utformas.

Den del av vårt uppdrag som gäller att överväga införande av skyldighet för arbetsgivare att i vissa fall underrätta Migrationsverket om att en anställning har upphört, samt för Migrationsverket att underrätta arbetsgivare när ett arbetstillstånd eller AT-UND återkallas, redovisas i samband med att vi behandlar artikel 4 (kapitel 5).

2 Allmänna bestämmelser i direktivet

2.1 Kort bakgrund till direktivet

Kommissionen lämnade den 16 maj 2007 ett förslag till direktiv om påföljder för arbetsgivare för tredjelandsmedborgare som vistas olagligt i EU (KOM[2007] 249 slutlig). Förslaget hade föregåtts av en kartläggning av fenomenet med olaglig invandring till EU och av medlemsstaternas lagstiftning på området. Resultatet av denna kartläggning redovisades i ett arbetsdokument som åtföljde förslaget (SEK[2007] 603). Kommissionen konstaterade där att fenomenets omfattning är svår att bedöma och att antalet tredjelandsmedborgare som vistas olagligt i EU uppskattas till mellan 4,5 och 8 miljoner. Det konstaterades också att sysselsättning av tredjelandsmedborgare som vistas olagligt i EU är särskilt vanlig inom sektorerna för bygg- och anläggning, jordbruk, städning samt hotell- och restaurang.

Det förekommer olika uppskattningar av hur många personer som vistas i Sverige utan att ha rätt till det. I en rapport som upprättats inom ramen för ett projekt som bedrivs av fastighetsanställdas förbund uppskattas antalet personer som vistas i Sverige utan tillstånd till 30 000–50 000 (Projekt RITA s. 7). Enligt uppgift i rapporten uppskattar Fastighetsanställdas förbund antalet papperslösa i städbranschen till minst 10 procent av de 24 000 personer som är verksamma i branschen. Organisationen Läkare i världen uppskattar antalet personer som vistas olagligt i Sverige till mellan 10 000 och 35 000.

2.2 Direktivets syfte och tillämpningsområde

Syftet med direktivet om sanktioner och åtgärder mot arbetsgivare är enligt artikel 1 att bekämpa olaglig invandring till EU. I skäl 2 anges att en central drivkraft för olaglig invandring till EU är möjligheten att få ett arbete i EU utan att ha den rättsliga status som krävs för detta. Insatserna för att motverka olaglig invandring och olaglig vistelse bör därför omfatta åtgärder för att motverka denna drivkraft. Enligt skäl 33 bör direktivet betraktas som ett komplement till åtgärder för att motverka svart arbete och exploatering.

För att uppnå syftet föreskriver direktivet ett förbud mot anställning av tredjelandsmedborgare som vistas olagligt. I direktivet fastställs gemensamma minimistandarder för sanktioner och åtgärder som medlemsstaterna ska tillämpa gentemot arbetsgivare som överträder detta förbud (artikel 1). Eftersom det är minimistandarder som föreskrivs innebär det att medlemsstaterna har rätt att anta eller behålla strängare sanktioner och åtgärder och införa strängare skyldigheter för arbetsgivarna (skäl 4).

I skäl 5 anges att direktivet inte bör tillämpas på tredjelandsmedborgare som vistas lagligt i en medlemsstat, oavsett om de har tillåtelse att arbeta på dess territorium. Det bör inte heller tillämpas på personer som åtnjuter gemenskapsrättigheten fri rörlighet enligt definitionen i artikel 2.5 i kodexen om Schengengränserna¹. Genom definitionerna av tredjelandsmedborgare och olaglig vistelse i artikel 2, vilka redovisas nedan, fastställs direktivets tillämpningsområde i dessa hänseenden.

Direktivet bör enligt skäl 5 inte heller tillämpas på tredjelandsmedborgare som befinner sig i en situation som omfattas av gemenskapsrätten, t.ex. tredjelandsmedborgare som är lagligen anställda i en annan medlemsstat och som av en tjänsteleverantör utstationeras till en annan medlemsstat i samband med tillhandahållande av tjänster. Däremot anges att direktivet bör tillämpas utan att det påverkar nationell lagstiftning som förbjuder anställning av tredjelandsmedborgare som vistas lagligt i landet men som arbetar i strid med sin vistelsestatus. Det betyder att det är möjligt för medlemsstaterna att behålla eventuella krav på arbetstillstånd som förutsättning för tredjelandsmedborgares rätt att arbeta.

Direktivets tillämpningsområde påverkas även av innehållet i artikel 3.3. Där anges nämligen att det är tillåtet för en medlemsstat

¹ Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 562/2006 av den 15 mars 2006 om en gemenskapskodex om gränspassage för personer (EUT L 105. 13.4.2006, s. 1).

att besluta att inte tillämpa förbudet på tredjelandsmedborgare som vistas olagligt men vars återsändande har uppskjutits och som får arbeta i enlighet med nationell lagstiftning.

2.3 Direktivets innehåll i korthet

Artikel 3.1 innehåller ett krav på medlemsstaterna att förbjuda anställning av tredjelandsmedborgare som vistas olagligt. Överträdelser av detta förbud ska beivras med sanktioner och åtgärder som fastställs i direktivet (art. 3.2). Sanktionerna består av finansiella sanktioner (art. 5), straffrättsliga sanktioner (art. 9–12) och vissa andra åtgärder (art. 7), t.ex. frångående av rätten till offentliga bidrag, frångående av rätten till deltagande i förfaranden för offentlig upphandling samt återbetalning av en del av eller alla redan erhållna offentliga förmåner, stöd eller bidrag. Därtill föreskrivs att medlemsstaterna ska se till att arbetsgivare ska ansvara för betalning av eventuella inestående ersättningar för utfört arbete till olagligt anställda tredjelandsmedborgare samt inestående skatter och sociala avgifter (art. 6). Det föreskrivs vidare att entreprenörer i vissa fall ska kunna hållas ansvariga för finansiella sanktioner och efterhandsutbetalningar enligt artikel 6 som underentreprenörer ådragit sig skyldighet att betala (art. 8).

Arbetsgivare ska åläggas vissa kontroll- och underrättelseskyldigheter, t.ex. att kräva att tredjelandsmedborgare innan anställningen påbörjas visar upp ett giltigt uppehållstillstånd eller annan handling som styrker rätten till vistelse, och att underrätta behörig myndighet om att en tredjelandsmedborgare anställts.

För att stärka olagligt anställda tredjelandsmedborgares ställning ytterligare ska medlemsstaterna säkerställa att det finns effektiva mekanismer för att ge in klagomål mot arbetsgivare (art. 13).

Slutligen föreskrivs att medlemsstaterna ska införa regler som möjliggör effektiva och lämpliga inspektioner för att kontrollera anställning av tredjelandsmedborgare som vistas olagligt (art. 14).

2.4 Direktivets definitioner

I artikel 2 ges vissa definitioner som enbart gäller vid tillämpning av direktivet (se skäl 6). En del av de begrepp som definieras i direktivet definieras också i utlänningslagen (2005:716)(UtlL) men kan då ha en avvikande innebörd. För flera av de begrepp som definieras i direktivet finns inte någon legaldefinition i svensk rätt, men begreppet har ändå en allmänt vedertagen betydelse, t.ex. anställning. I den mån en definition i direktivet avviker från vad vi i svensk rätt lägger i begreppet analyserar vi skillnaderna i anslutning till att vi behandlar den artikel där begreppet förekommer. Nedan lämnas därför – med ett undantag – endast en redogörelse för direktivets definitioner.

Med *tredjelandsmedborgare* i direktivets mening avses personer som inte är unionsmedborgare i den mening som avses i artikel 17.1 i EG-fördraget (nu artikel 20.1 i EUF-fördraget) och som inte heller är personer som åtnjuter fri rörlighet enligt gemenskapslagstiftningen i enlighet med artikel 2.5 i kodexen om Schengen gränserna. Fri rörlighet enligt Schengenkodexen tillkommer – förutom unionsmedborgare – tredjelandsmedborgare vilka är familjemedlemmar till en unionsmedborgare som utövar sin rätt till fri rörlighet och vilka omfattas av 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 territorier². Unionsmedborgare är den som är medborgare i någon av unionens medlemsstater.

Fri rörlighet enligt gemenskapslagstiftningen har enligt nämnda artikel i kodexen om Schengen gränserna även tredjelandsmedborgare och deras familjemedlemmar, oavsett nationalitet, som enligt överenskommelser mellan gemenskapen och dess medlemsstater å ena sidan och dessa tredjeländer å den andra åtnjuter samma rätt till fri rörlighet som unionsmedborgare. Detta innebär att även medborgare i länder som inte är medlemmar i EU, men som är medlemmar i EES eller som har anslutit sig till Schengenkonventionen, har rätt till fri rörlighet i enlighet med denna artikel. Således är medborgare i EES-länderna Norge, Island och Liechtenstein liksom medborgare i Schweiz, som visserligen inte ingår i EES men som har slutit ett avtal med EU om att delta i Schengensamarbetet, inte tredjelandsmedborgare i direktivets mening, om de utövar sin rätt till fri rörlighet. Därutöver är familjemedlemmar (oavsett nationalitet) till

² EUT L 158, 30.4.2004, s. 77.

medborgare i en EES-stat eller i Schweiz som utövar sin rätt till fri rörlighet också undantagna från direktivets tillämpningsområde.

Utlänningslagens definition av tredjelandsmedborgare (utlänning som inte är medborgare i en EU-stat, i en annan EES-stat eller i Schweiz, 1 kap. 3 c § UtL) omfattar däremot, till skillnad från direktivets motsvarighet, även familjemedlemmar till EU-medborgare, andra EES-medborgare och medborgare i Schweiz som inte själva är medborgare i ett EU- eller annat EES-land eller i Schweiz. Vi återkommer till detta i avsnitt 5.4.2.

Tredjelandsmedborgare som vistas olagligt definieras som en tredjelandsmedborgare som vistas på en medlemsstats territorium men som inte uppfyller, eller inte längre uppfyller, villkoren för vistelse eller bosättning i den medlemsstaten. Huruvida vistelsen är olaglig eller inte bestäms således av den nationella lagstiftningen.

Med *anställning* menas verksamhet som omfattar alla slag av arbete som regleras av nationell lagstiftning eller i enlighet med etablerad praxis för eller under ledning och/eller kontroll av en arbetsgivare. I skäl 7 sägs att definitionen av anställning bör omfatta dess huvudbeståndsdelar, dvs. verksamhet som avlönas eller borde avlönas, och som utförs för eller under ledning och/eller kontroll av en arbetsgivare, oberoende av det rättsliga förhållandet.

Olaglig anställning avser i direktivet anställning av en tredjelandsmedborgare som vistas olagligt.

Vid tillämpning av direktivet ska med *arbetsgivare* förstås varje fysisk person eller rättssubjekt, inbegripet bemanningsföretag, för eller under vilkas ledning och/eller kontroll anställning sker. Enligt skäl 8 kan definitionen omfatta även en sammanslutning av personer med erkänd kapacitet att utföra rättsliga handlingar utan ställning som juridisk person.

En *underentreprenör* är varje fysisk person eller rättssubjekt till vilka genomförandet av samtliga eller delar av de skyldigheter som fastställs i ett tidigare kontrakt delegerats.

En *juridisk person* anges vara varje rättssubjekt som har denna status enligt tillämplig nationell lagstiftning, med undantag för stater eller offentliga organ vid utövandet av offentliga maktbefogenheter samt offentliga internationella organisationer.

Med *bemanningsföretag* avses enligt direktivet varje fysisk eller juridisk person som i enlighet med nationell lagstiftning ingår anställningskontrakt eller inleder anställningsförhållanden med arbetstagare i syfte att hyra ut dessa till kundföretag för tillfälligt arbete i dessa företag under deras kontroll och ledning.

Som *särskilt exploaterande arbetsförhållanden* anges arbetsförhållanden, inbegripet sådana som grundar sig på könsdiskriminering eller annan diskriminering, där det råder en påfallande skillnad jämfört med de lagligen anställda arbetstagarnas anställningsvillkor, som t.ex. påverkar arbetstagarnas hälsa och säkerhet samt kränker den mänskliga värdigheten.

Slutligen definieras *ersättning till tredjelandsmedborgare som vistas olagligt* som lön och alla övriga förmåner i form av kontanter eller naturaförmåner som arbetstagaren, direkt eller indirekt, får av arbetsgivaren på grund av anställningen och som motsvarar den lön eller annan ersättning som lagligen anställda arbetstagare i jämförbar ställning skulle ha fått.

2.5 Förmånligare bestämmelser

I artikel 15 föreskrivs att direktivet inte ska påverka medlemsstaternas rätt att anta eller behålla bestämmelser som är förmånligare för de tredjelandsmedborgare som de är tillämpliga på enligt artiklarna 6 (efterhandsutbetalningar) och 13 (förenklade klagomålsförfaranden) förutsatt att sådana bestämmelser är förenliga med direktivet.

Däremot bör, enligt skäl 15, en olagligt anställd tredjelandsmedborgare inte få rätt till inresa, vistelse och tillträde till arbetsmarknaden genom den olagliga anställningen, utbetalningen eller efterhandsutbetalning av ersättning, sociala avgifter eller skatter som betalas ut av arbetsgivaren eller ett rättssubjekt som är skyldigt att betala i dennes ställe.

2.6 Rapportering

Senast den 20 juli 2014 och vart tredje år därefter ska kommissionen överlämna en rapport till Europaparlamentet och rådet som, vid behov, innehåller förslag till ändringar av bestämmelserna i artiklarna 6, 7, 8, 13 och 14. Kommissionen ska i sin rapport särskilt undersöka hur medlemsstaterna har genomfört artikel 6.2 och 6.5.

Artikel 16 föreskriver vidare att medlemsstaterna till kommissionen ska översända all information som är lämplig för att utarbeta den rapport som kommissionen ansvarar för. Informationen ska omfatta antalet inspektioner och resultat från de inspektioner som genomförts enligt artikel 14.1, de åtgärder som vidtagits enligt

artikel 13 och i möjligaste mån de åtgärder som vidtagits enligt artiklarna 6 och 7.

2.7 Införlivande och ikraftträdande m.m.

I enlighet med föreskrifterna i artikel 18 trädde direktivet i kraft den 20 juli 2009, dvs. den tjugonde dagen efter offentliggörandet den 30 juni 2009 i Europeiska unionens officiella tidning.

Enligt artikel 17.1 ska medlemsstaterna senast den 20 juli 2011 sätta i kraft de lagar och andra författningar som är nödvändiga för att följa direktivet. När det är genomfört ska medlemsstaterna genast underrätta kommissionen om detta.

Direktivet riktar sig enligt artikel 19 till medlemsstaterna. Storbritannien, Irland och Danmark är dock inte bundna av direktivet, och dessa länder är därför undantagna från direktivets tillämpning, se skäl 38 och 39.

3 Europarättsliga utgångspunkter

3.1 Inledning

I detta kapitel behandlar vi de europarättsliga utgångspunkterna för vårt arbete. Först (avsnitt 3.2) behandlar vi ett par av de bestämmelser i Europakonventionen som vi anser berörs särskilt vid genomförande av direktivet. Det finns anledning att undersöka direktivets förenlighet med såväl dubbelbestraffningsförbudet som oskuldspresumtionen. I avsnitt 3.3 redovisar vi de EU-rättsliga kraven på hur direktiv ska genomföras.

3.2 Europakonventionen

3.2.1 Inledning

Den europeiska konventionen av den 4 november 1950 om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (Europakonventionen, EKMR) gäller som svensk lag sedan den 1 januari 1995 (SFS 1994:1219). Enligt 2 kap. 23 § regeringsformen får lag eller föreskrift inte meddelas i strid med Sveriges åtaganden enligt konventionen.

De grundläggande rättigheterna såsom de garanteras i konventionen och såsom de följer av medlemsstaternas konstitutionella gemensamma traditioner ska ingå i unionsrätten som allmänna principer (artikel 6.3 i fördraget om Europeiska unionen). EU:s institutioner är dock inte formellt bundna av Europakonventionen när de antar rättsakter eftersom EU inte är part till konventionen.¹ Däremot är EU:s medlemsstater bundna av konventionen. Europadomstolen har uttalat att medlemsstaterna därför är ansvariga för att Europakonventionens krav uppfylls även när de har överfört kompetens

¹ EU ska dock enligt artikel 6.2 EU-fördraget, i dess lydelse enligt Lissabonfördraget, ansluta sig till Europakonventionen.

till EU. Detta innebär att medlemsstaterna på konventionsrättslig grund är ansvariga för att se till att de följer Europakonventionen även när de tillämpar unionsrätten (Bernitz och Kjellgren s. 123).

3.2.2 Oskuldspresumtionen

3.2.2.1 Oskuldspresumtionens innebörd

Artikel 6 EKMR innehåller bestämmelser för att säkerställa rätten till en rättvis rättegång, bland annat vid prövning av en anklagelse om brott. I den andra punkten i artikeln finns en bestämmelse om att var och en som blivit anklagad för brott ska betraktas som oskyldig till dess hans eller hennes skuld lagligen fastställts.

Den Europeiska kommissionen för de mänskliga rättigheterna (vars verksamhet överflyttades till den nuvarande Europadomstolen 1998) har i ett principuttalande rörande oskuldspresumtionen angett att presumtionen innebär att domstolen vid fullgörandet av sina uppgifter inte från första början är övertygad om eller utgår från att den tilltalade har begått den gärning som han eller hon anklagats för. Med andra ord faller bevisbördan i skuldfrågan på åklagaren, och varje tvivel ska verka till den tilltalades förmån. Dessutom måste domstolen tillåta den tilltalade att återropa motbevisning. I sin dom får den finna den tilltalade skyldig endast på grundval av direkt eller indirekt bevisning som i lagens ögon är tillräckligt stark för att fastställa den tilltalades skuld (Danelius s. 269, som hänvisar till målet Österrike mot Italien).

3.2.2.2 Konventionens brottsbegrepp

Artikel 6.1 EKMR är tillämplig bland annat vid prövning av en anklagelse mot någon för brott. Oskuldspresumtionen i artikel 6.2 gäller den som blivit anklagad för brott. Begreppet ”anklagelse för brott” (criminal charge) ska tolkas autonomt, dvs. oberoende av vilken innebörd begreppet har i de nationella rättssystemen (van Dijk m.fl. s. 539 f. och Danelius s. 47 f.). Vid bedömning av om det är fråga om ett brott i konventionens mening tillämpar Europadomstolen tre kriterier, de s.k. Engelkriterierna (Engel m.fl. mot Nederländerna, 8.6.1976, Series A n. 22). Kriterierna är hur förseelsen klassificeras i den nationella rätten, förseelsens natur samt påföljdens karaktär och stränghet. Kriterierna är alternativa till varandra vilket

betyder att, om ett kriterium är uppfyllt, det är tillräckligt för att det ska vara fråga om en anklagelse för brott. Domstolen har emellertid även framhållit att förhållandet att kriterierna är alternativa inte utesluter en kumulativ metod när en analys av de tre kriterierna var för sig inte leder till någon säker slutsats (se t.ex. Ruotsalainen mot Finland, no. 13079/03, den 16 juni 2009).

Det första kriteriet, klassificeringen i den nationella rätten, kan få avgörande betydelse endast när en handling klassificeras som brottslig enligt nationell rätt. Det är då fråga om brott även i konventionens mening. Om en handling däremot inte klassificeras som ett brott enligt den aktuella statens lag, ska domstolen göra en prövning av de övriga kriterierna för att se om det är fråga om ett brott. Det andra kriteriet är uppfyllt endast om den överträdde regeln är av generell karaktär och dessutom sanktionen har till syfte att avskräcka och bestraffa. Är inte båda dessa krav uppfyllda, t.ex. därför att syftet med en sanktion i stället är reparativt eller bestämmelsen i fråga endast riktar sig till vissa speciella grupper, kan överträdelsen ändå vara att anse som brottslig i konventionens mening, om påföljden är av en viss karaktär och stränghet.

Konventionens brottsbegrepp är alltså vidare än brottsbegreppet i svensk rätt. Det betyder att artikel 6.2 är tillämplig även vid andra sanktioner än rent straffrättsliga.

Frågan om skattetillägg är en straffrättslig sanktion i den mening som avses i artikel 6 prövades i RÅ 2000 ref. 66. Regeringsrätten konstaterade att skattetillägg inte klassificeras som ett straff i det svenska rättssystemet utan snarare som en administrativ skattesanktion. Den nationella klassificeringen var således inte i sig tillräcklig för att avgöra frågan. Med beaktande av bland annat att skattetillägget ersatt en tidigare rent straffrättslig sanktion och att skattetillägget i princip kan komma att uppgå till mycket höga belopp utan någon begränsning uppåt kom Regeringsrätten till slutsatsen att skattetillägget i svensk rätt faller in under artikel 6 EKMR. Denna slutsats har bekräftats av Europadomstolen (se t.ex. Janosevic mot Sverige, no. 34619/97, samt Västberga Taxi AB och Vulic mot Sverige, no. 36985/97, båda dom den 23 juli 2003, och Rosenquist mot Sverige, no. 60619/00, beslut den 14 september 2004). Även körkortsåterkallelse har – beroende på grunden för återkallelse – ansetts utgöra ett straff i den mening som avses i artikel 4.1 i sjunde tilläggsprotokollet till EKMR (RÅ 2000 ref. 65).

3.2.2.3 Är bestämmelser om strikt ansvar för ”brott” förenliga med oskuldspresumtionen?

Eftersom således även sanktioner som inte är att betrakta som påföljder för brott enligt inhemsk rätt kan vara att bedöma som straffsanktioner i den mening som avses i artikel 6 EKMR måste vi undersöka om presumtionen om en anklagads oskuld upprätthålls i de fall där exempelvis administrativa sanktioner kan påföras med stöd av bestämmelser om strikt ansvar.

Europadomstolen har funnit att ett straffansvar grundat på rättsliga presumtioner inte behöver stå i strid mot oskuldspresumtionen i artikel 6 (Salabiaku mot Frankrike no. 10519/83, den 7 oktober 1988, och Pham Hoang mot Frankrike, no. 13191/87, den 25 september 1992). Europadomstolen konstaterade i fallet Salabiaku att faktiska och rättsliga presumtioner förekommer i alla rättssystem och att detta inte står i strid med konventionen. Förutsättningen är att de hålls inom rimliga gränser som beaktar betydelsen av det saken gäller och att rätten att försvara sig upprätthålls.

Regeringsrätten har i sin nyss nämnda dom i RÅ 2000 ref. 66 I, som alltså gällde skattetillägg, prövat frågan om konventionen tillåter strikt straffrättsligt ansvar för en handling. Regeringsrätten kom till slutsatsen att strikt ansvar kan godtas men att det inte får utkrävas helt automatiskt när de objektiva rekvisiten är uppfyllda utan att den enskilde måste, för att någon konflikt med oskuldspresumtionen inte skall uppkomma, ha möjlighet till någon form av försvar som grundas på subjektiva förhållanden. Skattetillägg påförs i administrativ ordning utan något krav på uppsåt eller oaktsamhet. Regeringsrätten konstaterade dock att möjligheterna till eftergift, sammantaget med de fall där skattetillägg bortfaller på rent objektiva grunder, får anses ge den skattskyldige sådana möjligheter att i förekommande fall undgå skattetillägg att någon konflikt inte uppkommer med den i artikel 6 EKMR stadgade oskuldspresumtionen. Som en allmän förutsättning för detta gäller dock, enligt Regeringsrätten, att domstolarna i varje enskilt fall gör en nyanserad och inte alltför restriktiv bedömning av om förutsättningar finns för att undanröja eller efterge skattetillägget.

Europadomstolen har i målen Janosevic mot Sverige samt Västberga Taxi AB och Vulic mot Sverige gjort bedömningen att det svenska skattetillägssystemet, mot bakgrund av att det innehåller flera subjektiva befrielsegrunder, uppfyller kraven i artikel 6.2. Europadomstolen har därvid påpekat att det för systemets förenlighet

med oskuldspresumtionen har betydelse att det i varje enskilt fall sker en nyanserad och inte alltför restriktiv bedömning av om det finns förutsättningar att undanröja eller befria från skattetillägget.

Frågan om huruvida bestämmelser om vissa administrativa sanktioner, bland annat skattetillägg, är förenliga med oskuldspresumtionen i Europakonventionen har också uppmärksamats i lagstiftningsärendet som gällde administrativa avgifter på skatte- och tullområdet m.m. (prop. 2002/03: 106, se Lagrådet s. 330 f.). Regeringen (s. 137 f.) ansåg att Europadomstolens domar i målen Janosevic respektive Västberga Taxi AB och Vulic, båda mot Sverige, innebar att bestämmelser inte måste vara utformade med de subjektiva rekvisiten oaktsamhet och uppsåt för att oskuldspresumtionen i artikel 6 ska vara uppfylld. Detta förutsätter emellertid att den presumtion som ställs hålls inom rimliga gränser och att den skattskyldige har möjlighet att motbevisa presumtionen, varvid den enskildes subjektiva förutsättningar ska ha betydelse.

3.2.2.4 Sanktionsdirektivet och oskuldspresumtionen

Av vad som redovisats ovan står klart att problem med förenligheten med oskuldspresumtionen i Europakonventionen kan uppstå bland annat i fall då det är tillräckligt med strikt ansvar för att påföra administrativa sanktionsavgifter. Den första frågan att ta ställning till är om en talan om särskild avgift enligt 20 kap. 12 § utlänningslagen (2005:716) (UtlL) mot en fysisk eller juridisk person som har en utlänning i sin tjänst fastän denne inte har arbetstillstånd är att bedöma som en anklagelse för brott i den mening som avses i artikel 6 EKMR.

Om man utgår från de s.k. Engelkriterierna (se avsnitt 3.2.2.2) kan man först konstatera att nationell rätt inte klassificerar den särskilda avgiften som en straffrättslig påföljd och att det första kriteriet därför inte är uppfyllt.

Det andra kriteriet som ska prövas är regelns räckvidd och syfte. Bestämmelsen i 20 kap. 12 § UtlL riktar sig till envar fysisk eller juridisk person. En förutsättning för ansvar är emellertid att någon ”har en utlänning i sin tjänst”. Det innebär att det i praktiken endast är arbetsgivare som kan hållas ansvariga enligt bestämmelsen. I motiven till avgiftsbestämmelsen anges att bestämmelsen endast riktar sig mot en avgränsad grupp, nämligen arbetsgivare (prop. 1981/82:146 s. 74) och att det därför kan ställas höga krav på dem

vad gäller kännedom om anställningsregler. Samtidigt kan vem som helst bli eller vara arbetsgivare. Vår bedömning är att bestämmelsen i fråga har tillräckligt generell räckvidd för att det första av kraven under det andra Engelkriteriet ska vara uppfyllt. När det gäller avgiftens syfte kan följande citeras ur paragrafens förarbeten (prop. 1981/82:146 s. 52).

Jag delar kommitténs och remissmajoritetens uppfattning att det nuvarande sanktionssystemet inte har visat sig vara särskilt effektivt när det har gällt att komma åt förfarandet att anställa utlänningar utan föreskrivna arbetstillstånd. De förhållandevis lindriga straff som döms ut i förening med en låg upptäcktsrisk har gjort att överträdelser av bestämmelserna ter sig föga kännbara för de oseriösa arbetsgivare som det här är fråga om. - - - Jag kan i allt väsentligt ansluta mig till de grundläggande tankarna bakom kommittéförslaget och jag delar kommitténs och flertalet remissinstansers uppfattning, att en ekonomisk sanktion av det här slaget ökar möjligheterna att komma till rätta med bruket att anställa utlänningar illegalt och de problem detta medför. Den torde således för det första ha en preventiv effekt. Därtill kommer att samhället med hjälp av avgifterna i viss utsträckning kan dra in de vinster som brottet kan ha medfört.

Det huvudsakliga syftet med den särskilda avgiften är alltså att avskräcka och bestraffa. Detta talar för att det är fråga om en straffrättslig sanktion i konventionens mening. Såväl bestämmelsens räckvidd som dess syfte talar alltså för att det är fråga om en straffsanktion i konventionens mening.

Det tredje och sista kriteriet att undersöka är sanktionens karaktär och stränghet. Frihetsberövande påföljder, liksom att böter kan omvandlas till ett frihetsberövande straff, innebär i de allra flesta fall att det är fråga om ett brott i konventionens mening. När det gäller den särskilda avgiften kan den inte omvandlas till ett frihetsberövande. Avgiften ska uppgå till ett belopp som motsvarar hälften av prisbasbeloppet för varje utlänning som anställts trots avsaknad av arbetstillstånd, för närvarande 21 200 kr². Om anställningen har varat i mer än tre månader, är avgiften ett helt basbelopp per utlänning (dvs. 42 400 kr). Hur ingripande en sanktion är har naturligtvis att göra med betalningsförmågan hos den som drabbas. För många torde det dock vara fråga om en kännbar sanktion.

Vid en sammantagen bedömning utifrån de s.k. Engelkriterierna anser vi att den särskilda avgiften utgör en straffrättslig sanktion i Europakonventionens mening. Utredningens slutsats är därmed att

² Förordning (2009:924) om prisbasbelopp och förhöjt prisbasbelopp för år 2010.

artikel 6.2 EKMR är tillämplig i ett mål om påförande av särskild avgift.

Den särskilda avgiften enligt 20 kap. 12 § UtlL kan dömas ut oberoende av om uppsåt eller oaktsamhet kan tillskrivas den ansvarige. Bestämmelsens obligatoriska utformning har sin bakgrund i en önskan att garantera alla en så lika behandling som möjligt (prop. 1981/82:146 s. 52). Det finns dock en möjlighet att sätta ned eller efterge hela beloppet, om särskilda skäl talar för det. Möjligheten till eftergift skapades för att uppfylla kraven i ILO-konvention nr 143 (om missbruk i samband med migration och om främjande av migrerande arbetstagares likställdhet med avseende på möjligheter och behandling) som innebär att en arbetsgivare, som står åtalad för att ha haft en utlänning i sin tjänst trots att denne inte haft föreskrivet arbetstillstånd, ska ha rätt att åberopa bevisning för att han eller hon har handlat i god tro. I specialmotiveringen till bestämmelsen anges att möjligheten till eftergift och nedsättning bör tillämpas restriktivt. Möjligheten till nedsättning och eftergift syftar bland annat till att i vissa särskilda situationer se till att resultatet inte blir orimligt.

Vår slutsats är att 20 kap. 12 § UtlL uppfyller kraven i artikel 6.2 EKMR. Den är utformad som ett strikt ansvar men det finns möjlighet för en arbetsgivare mot vilken talan om särskild avgift förs att lägga fram bevisning om exempelvis omständigheter som är hänförliga till hans eller hennes subjektiva förhållanden (jfr de ovan nämnda RÅ 2000 ref. 66 och Europadomstolens domar i Janosevic mot Sverige och Västberga Taxi AB och Vulic mot Sverige).

Av direktivets bestämmelser är det endast artikel 5 som är formulerad som ett strikt ansvar och som samtidigt är att bedöma som en straffrättslig sanktion i Europakonventionens mening. Skyldigheten att betala inestående ersättning (artikel 6) ska i och för sig aktualiseras i alla situationer. Den åtgärden har dock i huvudsak ett reparativt syfte och är därför inte att betrakta som en sanktion på vilken artikel 6.2 EKMR är tillämplig. I avsnitt 6.3.1 behandlar vi frågan om hur artikel 5 i direktivet bör genomföras i svensk rätt för att lösningen inte ska komma i konflikt med oskuldspresumtionen.

3.2.3 Förbudet mot dubbelbestraffning (ne bis in idem)

3.2.3.1 Dubbelbestraffningsförbudets innebörd

Enligt artikel 4.1 i det sjunde tilläggsprotokollet till Europakonventionen får ingen lagföras eller straffas på nytt i en brottmålsrättegång i samma stat för ett brott för vilket han eller hon redan har blivit slutligt frikänd eller dömd i enlighet med lagen och rättegångsordningen i denna stat. Av artikel 4.2 framgår att den nu nämnda bestämmelsen dock inte kan utgöra hinder mot att målet tas upp på nytt i enlighet med lagen och rättegångsordningen i den berörda staten, om det föreligger bevis om nya eller nyuppdagade omständigheter eller om ett grovt fel har begåtts i det tidigare rättegångsförfarandet vilket kan ha påverkat utgången i målet.

Konventionens förbud mot dubbelbestraffning gäller endast lagföring inom en och samma stat (Explanatory report p. 27). Det finns däremot andra Europarådskonventioner som behandlar bland annat internationell rättsverkan av brottmålsdomar (t.ex. Europeiska konventionen den 28 maj 1970 om brottmålsdoms internationella rättsverkningar, ETS No. 70).

Bestämmelsen gäller endast om en person har blivit slutligt frikänd eller dömd i en brottmålsrättegång. I den förklarande rapporten anges att saken anses slutligt avgjord när den är *res judicata*, dvs. när ordinära rättsmedel inte är tillgängliga eller när parterna har uttömt dessa möjligheter eller när de har låtit tiden för överklagande eller dylikt löpa ut (Explanatory report p. 22 och 29). Det innebär således ett krav på att det föreligger en dom eller slutligt beslut som har vunnit laga kraft för att bestämmelsen ska tillämpas.

Det framgår direkt av artikeltexten att det är möjligt att återuppta ett mål om det föreligger resningsskäl eller om det förekommit domvilla. I den förklarande rapporten anges vidare att konventionsbestämmelsen inte medför något hinder mot att återuppta en rättegång eller att ändra ett domslut eller beslut om det är till den dömda personens förmån (Explanatory report p. 31).

Eftersom artikel 4 gäller endast lagföring av och ådömande av straff beträffande en person i en brottmålsrättegång, hindrar bestämmelsen enligt den förklarande rapporten (p. 32) inte att en person på grund av samma gärning ("act") blir föremål för andra åtgärder (t.ex. disciplinära åtgärder om det är fråga om en offentliganställd) vid sidan av straffrättsliga sanktioner. Europadomstolen har vidare slagit fast att artikeln inte är tillämplig i fall då olika sanktioner

åläggs vid samma tidpunkt av två olika myndigheter, t.ex. en domstol och en administrativ myndighet (Europadomstolens beslut den 30 maj 2000 i målet R.T. mot Schweiz, se även van Dijk m.fl., s. 979 f.). I det fallet var det fråga om en person som hade dömts för rattfylleri till villkorligt fängelse och böter av en domstol. Genom ett beslut i en annan process vid förvaltningsmyndighet och senare, efter överklagande, förvaltningsdomstol förklarades hans körkort återkallat på grund av samma gärning. Domstolen uttalade att, eftersom sanktionerna dömdes ut samtidigt av två olika myndigheter, det inte kunde sägas att brottmålsrättegången upprepades i strid med art. 4 i sjunde tilläggsprotokollet i den mening som bestämmelsen har enligt domstolens praxis.

Enligt intern svensk straffprocessrätt (30 kap. 9 § rättegångsbalken) gäller att sedan tiden för överklagande av en dom löpt ut det inte är tillåtet att på nytt ta upp frågan om den tilltalades ansvar för en gärning som prövats genom domen. Det är inte heller tillåtet att väcka nytt åtal mot den tilltalade för en gärning för vilken han eller hon redan står under åtal (45 kap. 1 § tredje stycket rättegångsbalken), s.k. *lis pendens*. Artikel 4 i sjunde tilläggsprotokollet tar inte sikte på *lis pendens*-situationer utan förhindrar enbart att någon döms på nytt för ett brott för vilket han eller hon redan blivit slutligt frikänd eller dömd.

I svensk rätt är de ovan nämnda bestämmelserna tillämpliga endast på gärningar som utgör eller påstås utgöra brott enligt brottsbalken, dvs. gärning som anges i brottsbalken eller annan författning och på vilken kan följa straff, dvs. böter eller fängelse. Som konstaterats i avsnitt 3.2.2.2 ovan är dock konventionens brottsbegrepp vidare än brottsbalkens. Europakonventionens förbud mot dubbelbestraffning har alltså ett mera vidsträckt tillämpningsområde än den svenska motsvarigheten. Som exempel kan nämnas att Europadomstolen i flera domar har kommit till slutsatsen att en rättegång om påförande av skattetillägg är straffrättslig ("criminal") inte bara i den mening som avses i artikel 6 utan även när det gäller tillämpning av artikel 4 i sjunde tilläggsprotokollet (Manasson mot Sverige, no. 41265/98, den 8 april 2003, och Carlberg mot Sverige, no. 9631/04, den 27 januari 2009).

3.2.3.2 Vad utgör samma brott i konventionens mening?

En springande punkt för frågan om förbudet mot dubbelbestraffning förhindrar en ny rättegång i en viss situation är huruvida fråga är om samma brott ("same offence"). Det finns flera avgöranden där frågan har berörts, från såväl svenska domstolar som Europadomstolen. Europadomstolens praxis i fråga om kriterierna för vad som är att anse som samma brott enligt artikel 4 har inte följt någon klar och genomgående linje. Domstolens utgångspunkt har fram till 2009 varit att rättskraften enligt konventionen avsett brott och inte gärning. Härigenom har skillnader i subjektiva rekvisit fått en avgörande betydelse för frågan om kriteriet samma brott varit uppfyllt.

Europadomstolen har i målet Sergey Zolotukhin mot Ryssland (no. 14939/03, den 10 februari 2009) frångått sin tidigare praxis och föreskrivit en harmoniserad tolkning av begreppet "samma brott" i konventionens mening. Domstolen har i domen slagit fast att artikel 4 måste tolkas så att den förbjuder åtal eller prövning av ett andra "brott", om detta härrör från fakta som är identiska eller i allt väsentligt desamma.

Ställningstagandena i Zolotukhinmålet har senare bekräftats i målen Ruotsalainen mot Finland (no. 13079/03, den 16 juni 2009), Maresti mot Kroatien (no. 55759/07, den 25 juni 2009) och Tsonyo Tsonev mot Bulgarien (no. 2376/03, den 14 januari 2010).

Det kan sättas i fråga vad Europadomstolens ändrade praxis får för konsekvenser för det svenska rättssystemet. Frågan om det svenska systemet med dubbla skatterättsliga förfaranden (skattetillägg jämte åtal för skattebrott) är förenligt med artikel 4 i sjunde tilläggsprotokollet till Europakonventionen har prövats av landets högsta instanser men däremot ännu inte av Europadomstolen. Regeringsrätten (RÅ 2009 ref. 94) har bedömt att den nuvarande svenska ordningen är förenlig med konventionen. Högsta domstolen (NJA 2010 s. 168 I och II, två justitieråd var skiljaktiga) har konstaterat att det, för att med hänvisning till Europakonventionen underkänna en ordning som gäller enligt intern svensk reglering, bör finnas klart stöd för detta i konventionen eller i Europadomstolens praxis, och att sådant klart stöd saknas.

3.2.3.3 En ny bestämmelse för att undvika konflikt med dubbelbestraffningsförbudet

Förslag: För att undanröja varje tvivel i fråga om regleringens konventionsenlighet införs en bestämmelse i 20 kap. UtlL om att talan om särskild avgift enligt 12 § ska handläggas i samma rättegång som åtal mot samma person för brott avseende samma gärning.

Dubbelbestraffningsförbudet har tills nyligen inte varit något problem för svensk del. En följd av Europadomstolens ändrade praxis i fråga om vad som utgör samma brott i konventionens mening är dock att rättsläget numera får betraktas som osäkert. Regeringen har redan tidigare förklarat sin avsikt att analysera frågorna närmare på ett mer övergripande plan (se prop. 2007/08:135 s. 176, jfr Lagrådet s. 459 f.). Utredningsbehovet har påtalats även i andra sammanhang (SOU 2009:58 s. 563 f. samt NJA 2010 s. 168 I och II i tillägg till skiljaktig mening av justitierådet Stefan Lindskog, p. 9, samt i tillägg av justitierådet Göran Lambertz, p. 7).

Det ingår inte i vårt uppdrag att lösa denna problematik. Det kan dock konstateras att det vid tillämpning av straffbestämmelsen i 20 kap. 5 § UtlL även blir fråga om att ålägga en straffavgift enligt 20 kap. 12 § UtlL. Båda dessa sanktioner kan alltså tillämpas för en person som haft en utlänning i sin tjänst trots att utlänningen saknat föreskrivet arbetstillstånd. Frågor om särskild avgift prövas av allmän domstol efter ansökan av allmän åklagare (20 kap. 13 § UtlL). När den särskilda avgiften infördes uttalade departementschefen att det är naturligt att en ansökan om sanktionsavgift görs i samband med att åtal väcks för brottet. På så sätt kan samma utredning läggas till grund för åtalet och ansökningen (prop. 1981/82:146 s. 53). I de fall samma person ska bli föremål för såväl åtal som talan om särskild avgift torde frågorna, inte minst av processekonomiska skäl, handläggas i samma mål. Sannolikt eftersträvas detta även i de fall talan om särskild avgift förs mot en juridisk person samtidigt som åtal väcks mot enskilda anställda eller representanter för den juridiska personen. Dubbelbestraffningsförbudet i Europakonventionen utgör inte något hinder mot att dubbla sanktioner påförs i samma process eller i parallella förfaranden. Problem kan uppstå först när åtalet och talan om särskild avgift handläggs i två skilda processer och avgörandet i den ena hinner vinna laga kraft innan

den andra talan avgörs. I det läget kan nämligen dubbelbestraffningsförbudet slå till under förutsättning att det är samma brott som är föremål för prövning i båda processerna.

De objektiva rekvisiten i straffbestämmelsen i 20 kap. 5 § UtL och de i bestämmelsen i 12 § samma kapitel om särskild avgift överensstämmer helt med varandra. Den enda skillnaden mellan bestämmelserna är kravet på uppsåt eller oaktsamhet i straffbestämmelsen, dvs. det subjektiva rekvisitet. Tidigare har en sådan skillnad varit tillräcklig för att bedöma två handlingar som olika brott i konventionens mening. Efter den förändring i Europadomstolens praxis som kommit till uttryck i fallet Zolotukhin mot Ryssland och efterföljande domar är det dock, som Högsta domstolen konstaterat i sina beslut i NJA 2010 s. 168 I och II, numera klart att fråga är om samma ”brott” i konventionens mening och att dubbelbestraffningsförbudet därmed är tillämpligt.

Som angetts ovan kommer emellertid åtal för brott mot 20 kap. 5 § UtL och talan om särskild avgift i de allra flesta fall att handläggas gemensamt. Risk för konflikt med konventionens dubbelbestraffningsförbud kommer därför inte att kunna uppstå annat än undantagsvis. För att undanröja varje tvivel i fråga om regleringens konventionsenlighet föreslår vi emellertid att det införs en bestämmelse i 20 kap. UtL om att åtal för brott mot straffbestämmelsen och talan om särskild avgift mot en och samma person ska föras i samma mål, om de avser samma gärning. Konflikter med dubbelbestraffningsförbudet ska därigenom inte kunna uppkomma.

En enskild näringsidkare skulle emellertid också under vissa omständigheter kunna bli föremål för talan om näringsförbud på grund av brott mot 20 kap. 5 § UtL. Sådan talan förs normalt i samma mål som åtalet för brott och torde därmed inte aktualisera en tillämpning av dubbelbestraffningsförbudet. Frågan bör dock övervägas på ett mer övergripande plan än vad våra direktiv och vår tidsram ger utrymme för.

3.3 Genomförande av direktiv

Unionens institutioner antar olika sorters rättsakter, bland annat direktiv. I artikel 288 i EUF-fördraget anges att ett direktiv ska med avseende på det resultat som ska uppnås vara bindande för varje medlemsstat till vilken det är riktat men ska överlåta åt de natio-

nella myndigheterna att bestämma form och tillvägagångssätt för genomförandet.

EU-domstolen har i ett flertal domar (se exempelvis domen den 30 november 2006 i mål C-32/05, kommissionen mot Luxemburg, REG 2006, s. I-11323) förklarat att genomförandet i nationell rätt av ett direktiv inte nödvändigtvis kräver att direktivets bestämmelser återges formellt eller ordagrant i en uttrycklig och specifik lagregel. För att införliva ett direktiv kan det, beroende på dess innehåll, vara tillräckligt att det finns en allmän rättslig ram. Särskilt kan förekomsten av allmänna principer i statsrätt eller förvaltningsrätt göra att ett införlivande genom särskilda lagstiftningsåtgärder är överflödigt. Det är emellertid nödvändigt att bestämmelserna i den nationella rättsordningen säkerställer att direktivet tillämpas fullt ut, att den rättsliga situation som följer av dessa bestämmelser är tillräckligt klar och precis samt att de personer som berörs ges möjlighet att få full kännedom om sina rättigheter och skyldigheter och, i förekommande fall, ges möjlighet att göra sina rättigheter gällande vid de nationella domstolarna. En medlemsstat behöver inte vidta någon åtgärd, om dess lagstiftning redan uppfyller kraven enligt ett visst direktiv.

Man måste således bedöma från fall till fall vilken karaktär som bestämmelserna i ett direktiv har för att kunna avgöra hur långtgående medlemsstaternas skyldighet att införliva direktivet är. I vissa direktiv föreskrivs att medlemsstaterna ska vidta de åtgärder som krävs för att säkerställa att vissa allmänt angivna och icke kvantifierbara mål uppnås, samtidigt som medlemsstaterna ges ett visst utrymme för skönsmässig bedömning i fråga om vilka åtgärder som ska vidtas. Enligt andra direktiv krävs att medlemsstaterna ska uppnå mycket noggrant och konkret angivna resultat efter utgången av en viss frist.

Något som är av särskilt intresse för svensk del är EU-domstolens inställning till användningen av förarbetsuttalanden för att genomföra direktiv. I kommissionen mot Danmark (dom den 30 januari 1985 i mål 143/83, REG 1985, s. 427) prövade EU-domstolen Danmarks genomförande av en skyldighet att tillförsäkra män och kvinnor rätt till lika lön för lika arbete och för arbete som tillerkändes lika värde. I dansk rätt föreskrevs i den lag som antagits för att genomföra direktivet en skyldighet för arbetsgivare att betala män och kvinnor som var anställda på samma arbetsplats lika lön för lika arbete men enligt lagens ordalydelse inte någon skyldighet att betala lika lön för likvärdigt arbete. Danmark hade hävdad

att den danska lagens materiella innehåll överensstämde med direktivets.

Domstolen förklarade att principerna om rättssäkerhet och om enskildas rättsliga skydd krävde en entydig formulering som gjorde det möjligt för de berörda personerna att på ett klart och tydligt sätt få kännedom om sina rättigheter och skyldigheter och som gjorde det möjligt för domstolarna att säkerställa att dessa iaktogs. Den omständigheten att regeringen i förarbetena till lagförslaget hade förklarat att uttrycket ”lika arbete” i Danmark hade tolkats så extensivt att tillägget ”arbete som tillerkänns lika värde” i praktiken inte skulle innebära någon utvidgning var enligt domstolen inte tillräckligt för att tillförsäkra berörda personer adekvat information. Danmark hade därför inte genomfört direktivet på ett korrekt sätt.

4 Direktivets förbud och krav på straffrättsligt ansvar

4.1 Inledning

I detta kapitel behandlar vi artikel 3 i direktivet. Vi redovisar först våra överväganden beträffande det i artikel 3.1 föreskrivna förbudet mot anställning av tredjelandsmedborgare som vistas olagligt (avsnitt 4.2). I artikel 3.2 föreskrivs att överträdelser av förbudet ska bestraffas med sanktioner och åtgärder som fastställs i direktivet. Dessa sanktioner behandlas i de kommande kapitlen i betänkandet. Efter artikel 3.1 behandlar vi därför undantagsmöjligheten i artikel 3.3 beträffande tredjelandsmedborgare vars återsändande har uppskjutits (avsnitt 4.3).

När vi behandlar förbudet kommer vi in på den svenska kriminaliseringen av anställning av utlänningar i vissa fall. I detta kapitel behandlar vi därför också direktivets krav i artiklarna 9 och 10 på kriminalisering och straffrättsliga sanktioner (avsnitt 4.4).

4.2 Förbudet i artikel 3.1

4.2.1 Inledning

I artikel 3.1 föreskrivs att medlemsstaterna ska förbjuda anställning av tredjelandsmedborgare som vistas olagligt. I detta avsnitt behandlar vi först bestämmelsens tillämpningsområde (avsnitt 4.2.2). Därefter redogör vi för relevant svensk rätt (avsnitt 4.2.3) och bedömer i vilka avseenden som den svenska regleringen måste ändras och hur den i så fall bör ändras (avsnitt 4.2.4).

4.2.2 Förbudets tillämpningsområde

Bedömning: Med anställning avses i direktivet en arbetsgivares åtgärd att bereda en person arbete som anställd. Direktivets förbud mot sådan anställning av tredjelandsmedborgare som vistas olagligt bygger på de nationella anställningsbegreppen. En medlemsstat ska tillämpa förbudet på såväl inhemska som utländska arbetsgivare med anställda tredjelandsmedborgare som vistas olagligt i medlemsstaten. Tredjelandsmedborgare som befinner sig i en medlemsstat olagligt vistas olagligt i den staten i den mening som avses i direktivet även när de tillfälligt utför arbete utomlands inom ramen för anställningen. En medlemsstat ska därför tillämpa förbudet på arbetsgivare åt tredjelandsmedborgare som vistas olagligt i den staten dels när tredjelandsmedborgarna utför arbete där, dels när de tillfälligt utför arbete utomlands om de vanligtvis utför arbete i medlemsstaten inom ramen för anställningen vid olaglig vistelse där.

4.2.2.1 Inledning

Medlemsstaterna är alltså enligt artikel 3.1 i direktivet skyldiga att i sin lagstiftning ha ett förbud mot anställning av tredjelandsmedborgare som vistas olagligt. I detta avsnitt behandlar vi förbudets tillämpningsområde. De frågor som uppkommer är för det första vilket anställningsbegrepp som direktivet bygger på, för det andra vilka arbetsgivare som förbudet omfattar, för det tredje vilka tredjelandsmedborgare som förbudet tar sikte på och för det fjärde var tredjelandsmedborgarna ska vistas och arbeta för att förbudet ska vara tillämpligt.

4.2.2.2 Vilket anställningsbegrepp bygger förbudet på?

I artikel 2 c och e definieras begreppen anställning respektive arbetsgivare på följande sätt.

anställning: verksamhet som omfattar alla slag av arbete som regleras av nationell lagstiftning eller i enlighet med etablerad praxis för eller under ledning och/eller kontroll av en arbetsgivare

arbetsgivare: varje fysisk person eller rättssubjekt, inbegripet bemanningsföretag, för eller under vilkas ledning och/eller kontroll anställning sker

Det finns i många EU-rättsakter bestämmelser som avser arbetstagare och arbetsgivare. Tillämpningsområdena för dessa bestämmelser bestäms i regel genom definitioner av arbetstagar- och arbetsgivarbegreppen. Det är däremot ovanligt att anställningsbegreppet definieras i EU-rättsakter.

När arbetstagarbegreppet förekommer i EU:s rättsakter kan det vara fråga om antingen ett gemenskapsrättsligt begrepp eller ett nationellt begrepp med den betydelse som det har i de olika medlemsstaterna. Det gemenskapsrättsliga begreppet är inte entydigt utan varierar beroende på det avsedda tillämpningsområdet (se exempelvis EU-domstolens dom den 12 maj 1998 i mål C-85/96, Martínez Sala, REG 1998, s. I-2691). Arbetstagarbegreppets innebörd kan skilja sig från en rättsakt till en annan, även om begreppet inte definieras i dem.

Även när arbetstagarbegreppet förekommer i direktiv kan det röra sig om antingen ett gemenskapsrättsligt arbetstagarbegrepp eller ett begrepp som i varje medlemsstat har den innebörd som det har enligt nationell rätt. Vanligtvis framgår av direktiven vad som gäller i detta hänseende genom att direktivet innehåller en definition av arbetstagarbegreppet eller genom att det anges att det är de nationella arbetstagarbegreppen som ska gälla.

När det gäller anställningsdefinitionen i artikel 2 c i direktivet så är denna emellertid inte helt lätt att förstå. Tolkningen av definitionen kompliceras bland annat av att den betecknar något annat än anställning i den betydelse som begreppet har i svensk rätt. Med anställning avses enligt definitionen ”verksamhet som omfattar alla slag av arbete ...”. Med svenskt synsätt är anställning ett avtalsförhållande, inte verksamhet eller arbete. Anledningen till att det begrepp som definieras korresponderar dåligt i direktivets svenska lydelse med definitionen är antagligen att motsvarigheten i direktivets engelska lydelse, *employment*, har en vidare betydelse än det svenska begreppet. Den engelska termen betyder inte endast anställning utan även sysselsättning och arbete. Även i flera andra språkversioner har de motsvarande begreppen en vidare betydelse än det svenska.

Med anställning avses alltså i direktivet inte ett anställningsförhållande utan arbete, som ska ”regleras av nationell lagstiftning eller i enlighet med etablerad praxis”. I kommissionens förslag till direktiv definierades anställning som ”utövande av avlönad verksamhet för och under ledning av en annan person”. Tillägget ”som omfattar alla slag av arbete som regleras av nationell lagstiftning eller i enlighet

med etablerad praxis” är resultatet av Sveriges och några andra länders ståndpunkt inom den rådsarbetsgrupp som behandlade kommissionens förslag att anställningsbegreppet skulle definieras enligt nationell rätt i de olika medlemsländerna.

Det finns många exempel på direktiv i vilka uttryckligen anges att det är de nationella arbetstagarbegreppen som gäller. Exempelvis anges i Europaparlamentets och rådets direktiv 2008/104/EG av den 19 november 2008 om arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag¹ att i direktivet avses med arbetstagare ”en person som i den berörda medlemsstaten i egenskap av arbetstagare är skyddad enligt nationell rätt” (artikel 3.1 a). Vidare förklaras att direktivet inte ska påverka tillämpningen av nationell lagstiftning när det gäller definitionen av bland annat anställningsförhållande och arbetstagare (artikel 3.2). I Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/14/EG av den 11 mars 2002 om inrättande av en allmän ram för information till och samråd med arbetstagare i Europeiska gemenskapen² definieras arbetstagare som ”varje person som i den berörda medlemsstaten åtnjuter skydd som arbetstagare inom ramen för den nationella arbetslagstiftningen och enligt nationell praxis” (artikel 2 d). Liknande bestämmelser finns i bland annat direktiven 91/533, 96/71, 2001/23 och 2008/94.

När det gäller definitionen i sanktionsdirektivet är det inte uppenbart vad det i förhållande till kommissionens förslag gjorda tillägget ”alla slag av arbete som regleras av nationell lagstiftning eller i enlighet med etablerad praxis” betyder. En rimlig utgångspunkt är emellertid att man var ute efter en förändring i förhållande till kommissionens förslag som innebar att en för direktivet specifik definition skulle gälla.

Det är inte självklart att tillägget betyder att med anställning avses arbete i anställning i den mening som avses i nationell rätt. Liknande uttryckssätt används emellertid i andra direktiv där det står klart att det är de nationella begreppen som avses, exempelvis i direktiv 2008/104. Som redan nämnts avses i det direktivet med arbetstagare en person som i den berörda medlemsstaten i egenskap av arbetstagare ”är skyddad enligt nationell rätt”. Detta uttryck påminner om uttrycket ”som regleras av nationell rätt” i sanktionsdirektivets anställningsdefinition. Detta talar för att det är arbete i anställning enligt de nationella anställningsbegreppen som avses.

¹ EUT L 327, 5.12.2008, s. 9.

² EGT L 80, 23.3.2002, s. 29.

Till detta kommer att det är svårt att se vad tillägget annars skulle betyda.

Om syftet verkligen var att anställningsbegreppet i varje land skulle ha den innebörd som det har enligt nationell rätt, borde detta egentligen framgå klart av definitionen. Dessutom borde påhänget ”för eller under ledning och/eller kontroll av en arbetsgivare” inte finnas med, och i skäl 7 borde inte heller anges att ”[d]efinitionen av anställning bör omfatta dess huvudbeståndsdelar, dvs. verksamhet som avlönas eller borde avlönas, och som utförs för eller under ledning och/eller kontroll av en arbetsgivare, oberoende av det rättsliga förhållandet”. Dessa brister uppfattar vi emellertid som en följd av praktiska svårigheter att få dryga tjugotalet länder att enas i ett stort antal frågor som ett förslag till direktiv ger upphov till.

Trots allt innehåller då definitionen ett krav på att tredjelandsmedborgaren ska utföra arbete för eller under ledning eller kontroll av en arbetsgivare. Valet av ordet arbetsgivare är olyckligt eftersom det leder till ett cirkelresonemang. Att arbete vid anställning ska ske för en arbetsgivare tillför inget, men vad som avses är att tredjelandsmedborgare, så som angavs i kommissionens förslag, ska arbeta för och stå under en annan persons ledning. Definitionen bör då uppfattas så att det för att det ska vara fråga om arbete i anställning i den mening som avses i direktivet krävs dels att förhållandet anses som anställning enligt det berörda landets nationella rätt, dels att tredjelandsmedborgaren utför sina sysslor för eller under ledning och/eller kontroll av sin avtalspart, för det fall detta inte skulle krävas enligt nationell rätt. Direktivets anställningsbegrepp kan således vara lite snävare än de nationella begreppen. Eftersom direktivet är ett minimidirektiv finns det emellertid utifrån direktivet inget hinder mot att tillämpa det även på personer som enligt nationell rätt anses som arbetsgivare åt en tredjelandsmedborgare som vistas olagligt, trots att tredjelandsmedborgaren inte arbetar för eller under ledning eller kontroll av denna person.

Mot bakgrund av vad vi har anfört ovan finns det inget hinder för en medlemsstat att tillämpa direktivet enbart på fysiska och juridiska personer som är att anse som arbetsgivare enligt dess nationella rätt.

Varken av förbudet i artikel 3.1 eller av definitionen framgår om det är tredjelandsmedborgaren som ska förbjudas att arbeta som anställd eller arbetsgivaren som ska förbjudas att bereda tredjelandsmedborgaren arbete som anställd. Med tanke på de sanktioner som den som överträder förbudet ska drabbas av står det emellertid klart

att med anställning avses endast arbetsgivarens åtgärd att bereda en tredjelandsmedborgare arbete som anställd.

4.2.2.3 Vilka arbetsgivare tar direktivets förbud sikte på?

Enligt direktivet avses alltså med arbetsgivare varje fysisk person eller rättssubjekt, inbegripet bemanningsföretag, för eller under vilkas ledning och/eller kontroll anställning sker. Eftersom anställningsbegreppet definieras enligt nationell rätt i varje enskild medlemsstat, är en medlemsstat skyldig att tillämpa de regler genom vilka direktivet genomförs på arbetsgivare i den mening som begreppet har enligt nationell rätt. En fråga som uppkommer är om en medlemsstat är skyldig att tillämpa förbudet även på utländska arbetsgivare.

I direktivets arbetsgivardefinition finns inte någon begränsning till en medlemsstats inhemska arbetsgivare eller till arbetsgivare i EU. Någon sådan begränsning finns inte heller i någon annan bestämmelse.

I vissa direktiv finns särskilda bestämmelser om deras territoriella tillämpningsområden. Exempelvis anges i artikel 1 i Europaparlamentets och rådets direktiv 96/71/EG av den 16 december 1996 om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster³ (utstationeringsdirektivet) att direktivet ska tillämpas på företag som är etablerade i en medlemsstat. Likaså anges i Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/123/EG av den 12 december 2006 om tjänster på den inre marknaden⁴ att det ska tillämpas på tjänster som tillhandahålls av tjänsteleverantörer som är etablerade i en medlemsstat.

EU-domstolen och tribunalen förefaller inte ha uttalat sig särskilt om något direktivs tillämplighet på rättssubjekt som inte är etablerade i EU. I sin dom den 25 mars 1999 i mål T-102/96, Gencor mot kommissionen (REG 1999, s. II-753), prövade emellertid förstainstansrätten (numera kallad tribunalen) om en förordning var tillämplig på företag från tredje land. Frågan var om rådets förordning (EEG) nr 4064/89 av den 21 december 1989 om kontroll av företagskoncentrationer⁵ var tillämplig på en sammanslagning av två sydafrikanska gruvföretag som hade säte och all produktionsverksamhet utanför EG. Enligt en definition i förordningen avsågs

³ EGT L 18, 21.1.1997, s. 1.

⁴ EUT L 376, 27.12.2006, s. 36.

⁵ EGT L 395, 20.3.1990, s. 1.

med företagskoncentration sammanslagning av två eller flera tidigare självständiga företag. Förstainstansrätten konstaterade att det i förordningen inte föreskrevs något krav på att de företag som skulle slås samman skulle vara etablerade i gemenskapen eller att den produktionsverksamhet som koncentrationen avsåg skulle bedrivas inom gemenskapen och att förordningen därför var tillämplig även på sådana företag.

Med hänsyn till att det i sanktionsdirektivet inte finns någon begränsning av dess territoriella tillämpningsområde när det gäller arbetsgivarnas hemvist och till direktivets syfte, anser vi att en medlemsstat ska genomföra direktivets förbud med avseende på såväl inhemska arbetsgivare som arbetsgivare i andra EU-länder och tredje land.

4.2.2.4 Vilka tredjelandsmedborgare tar direktivets förbud sikte på?

I direktivet definieras tredjelandsmedborgare som personer som inte är unionsmedborgare i den mening som avses i artikel 17.1 i EG-fördraget (numera artikel 20.1 i EUF-fördraget) och som inte heller är personer som åtnjuter fri rörlighet enligt gemenskapslagstiftningen i enlighet med artikel 2.5 i kodexen om Schengengränserna. I den nämnda fördragsbestämmelsen anges att varje person som är medborgare i en medlemsstat ska vara unionsmedborgare. I artikel 2.5 i kodexen förklaras att med personer som åtnjuter fri rörlighet enligt gemenskapslagstiftningen avses

a) unionsmedborgare, i den mening som avses i artikel 17.1 i fördraget, samt tredjelandsmedborgare vilka är familjemedlemmar till en unionsmedborgare som utövar sin rätt till fri rörlighet och vilka omfattas av 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,

b) tredjelandsmedborgare och deras familjemedlemmar, oavsett nationalitet, som enligt överenskommelser mellan gemenskapen och dess medlemsstater å ena sidan och dessa tredjeländer å den andra åtnjuter samma rätt till fri rörlighet som unionsmedborgare.

Enligt skäl 5 är direktivets tillämpningsområde emellertid snävare än vad man kan utläsa ur definitionen. I detta skäl anges nämligen att direktivet inte bör tillämpas på tredjelandsmedborgare som befinner sig i en situation som omfattas av gemenskapsrätten, t.ex.

tredjelandsmedborgare som är lagligen anställda i en medlemsstat och som av en tjänsteleverantör utstationeras till en annan medlemsstat i samband med tillhandahållande av tjänster. Denna begränsning har antagligen sitt ursprung i EU-domstolens dom den 9 augusti 1994 i mål C-43/93, Vander Elst (REG 1994, s. I-3803). Målet avsåg en belgisk företagare som drev ett rivningsföretag i Belgien. Bland de anställda fanns marockanska medborgare som var lagligen bosatta i Belgien, hade belgiska arbetstillstånd, omfattades av det belgiska socialförsäkringssystemet och fick sin lön i det landet. Företaget utförde under en månads tid rivningsarbeten i Frankrike. Vid dessa deltog de marockanska arbetstagarna som hade fått visum för en månads vistelse i Frankrike. Enligt de franska myndigheterna behövde det belgiska företaget emellertid ha franska arbetstillstånd för de marockanska arbetstagarna och stå kostnaderna för sådana. EG-domstolen konstaterade att arbetstagarna vistades och arbetade lagligen i Belgien, hade giltiga handlingar för att vistas i Frankrike under den tid som arbetet skulle utföras samt att de skickats tillfälligt till Frankrike och inte gjorde anspråk på tillträde till arbetsmarknaden där eftersom de skulle återvända till sitt ursprungsland eller bosättningsland efter slutfört arbete. Mot den bakgrunden stred det franska kravet på arbetstillstånd enligt EG-domstolen mot EG-fördragets artiklar 49 och 50 om frihet att tillhandahålla tjänster (nu artiklarna 56 och 57 i EUF-fördraget).

Direktivet innebär visserligen inte ett förbud för medlemsstaterna att tillämpa de bestämmelser genom vilka direktivet genomförs även på situationer som inte omfattas av direktivets tillämpningsområde. Om det skulle övervägas att ge de svenska genomförandebestämmelserna ett vidare tillämpningsområde än det i direktivet föreskrivna, är det emellertid nödvändigt att ta hänsyn till unionsrättens krav utanför direktivet.

Direktivets förbud tar alltså sikte på personer som inte är unionsmedborgare, som inte åtnjuter fri rörlighet och som inte heller befinner sig i en situation som omfattas av gemenskapsrätten.

I direktivet definieras tredjelandsmedborgare som vistas olagligt som tredjelandsmedborgare som vistas på en medlemsstats territorium och som inte uppfyller, eller inte längre uppfyller, villkoren för vistelse eller bosättning i den staten. Vem som vistas olagligt avgörs alltså enligt nationell rätt.

4.2.2.5 Var ska tredjelandsmedborgaren vistas olagligt och arbeta för att direktivets förbud ska vara tillämpligt?

I artikel 2 b i direktivet definieras tredjelandsmedborgare som vistas olagligt som

en tredjelandsmedborgare som vistas på en medlemsstats territorium som inte uppfyller, eller inte längre uppfyller, villkoren för vistelse eller bosättning i den medlemsstaten.

En fråga som uppkommer är om definitionen innebär att tredjelandsmedborgaren ska vistas olagligt i den medlemsstat som ska tillämpa de bestämmelser genom vilka direktivet genomförs eller om det räcker att tredjelandsmedborgaren vistas olagligt i någon medlemsstat.

Det förhållandet att en medlemsstat ska tillämpa direktivets förbud inte bara på inhemska arbetsgivare talar för att förbudet ska tillämpas endast beträffande tredjelandsmedborgare som vistas olagligt i medlemsstaten. I annat fall skulle en medlemsstat behöva tillämpa förbudet på fall som saknar anknytning till medlemsstaten. För detta talar också uttalandet i skäl 9. Där anges att, för att förhindra anställning av tredjelandsmedborgare som vistas olagligt, arbetsgivare bör vara skyldiga att innan de anställer tredjelandsmedborgare kontrollera att tredjelandsmedborgaren har ett giltigt uppehållstillstånd eller en annan handling som ger dem rätt till vistelse och som visar att tredjelandsmedborgaren vistas lagligt på anställningsmedlemsstatens territorium, även om tredjelandsmedborgarna rekryteras för att utstationeras till en annan medlemsstat i samband med tillhandahållande av tjänster. Detta uttalande tyder på att det är den olovliga vistelsen i anställningsstaten som är avgörande för direktivets tillämpningsområde. För en sådan slutsats talar också det förhållandet att direktivet inte bör innebära att en medlemsstat ska vidta åtgärder mot arbetsgivare för överträdelse som förutsätter att anställda åsidosatt en annan medlemsstats offentligrättsliga regler. Mot denna bakgrund anser vi att en medlemsstat ska tillämpa direktivets förbud beträffande tredjelandsmedborgare som vistas olagligt i medlemsstaten. I normalfallet kommer arbetet också att utföras i den medlemsstaten. Som framskymtar i skäl 9 kan det emellertid finnas situationer där en medlemsstat ska tillämpa de bestämmelser genom vilka direktivet genomförs trots att arbetet utförs i ett annat land.

Skäl 9 talar alltså för att en medlemsstat ska tillämpa de regler genom vilka direktivet genomförs inte bara beträffande tredjelandsmedborgare som vistas olagligt och arbetar i medlemsstaten utan även på tredjelandsmedborgare som vistas olagligt där men vid så kallad utstationering utför arbete i annat land. Med utstationering avses enligt utstationeringsdirektivet att en arbetstagare under en begränsad tid utför arbete i ett annat land än där han eller hon vanligtvis arbetar i samband med att arbetsgivaren tillhandahåller tjänster i detta andra land (se artiklarna 1.3 och 2.1 i utstationeringsdirektivet).

För detta talar också uttalandet i skäl 5 att direktivet inte bör tillämpas på tredjelandsmedborgare som befinner sig i en situation som omfattas av gemenskapsrätten, t.ex. tredjelandsmedborgare som är lagligen anställda i en medlemsstat⁶ och som av en tjänsteleverantör utstationerats till en annan medlemsstat i samband med tillhandahållande av tjänster. Detta borde innebära att direktivet är tillämpligt om en utstationerad tredjelandsmedborgare inte är lagligen anställd i en medlemsstat, dvs. är anställd i en medlemsstat där han eller hon vistas olagligt.

Som nämnts ovan har uttalandet i skäl 5 antagligen sitt grund i EU-domstolens dom i målet Vander Elst i vilken domstolen slog fast att, när tredjelandsmedborgare som vistas och arbetar lagligen i en medlemsstat och som utstationeras tillfälligt till en annan medlemsstat där de under utstationeringstiden vistas lagligt, den sistnämnda staten inte kan kräva att arbetstagarna ska ha arbetstillstånd även i denna stat.

Vid utstationering av tredjelandsmedborgare som vistas lagligt i den stat från vilken de utstationeras är utgångspunkten alltså att arbetsgivaren ska uppfylla reglerna i den staten, medan den stat till vilken utstationeringen sker inte kan ställa vilka krav som helst, inte ens om de tillämpas även på inhemska företag. Detta synsätt överensstämmer med den princip om ömsesidigt erkännande som gäller inom EU-rätten även på andra områden för fri rörlighet. Enligt denna princip ska exempelvis produkter från en medlemsstat som saluförs på marknaden i den staten och som uppfyller kraven där kunna säljas även i de övriga medlemsstaterna på grundval av hemlandets godkännande (se exempelvis domen den 20 februari 1979 i mål 120/78, Rewe-Zentrale, REG 1979, s. 649, ofta kallat Cassis de Dijon). Det ömsesidiga erkännandet bygger på tanken att medlems-

⁶ Lydelsen i direktivet är "lagligen anställda i en annan medlemsstat", men av övriga språkversioner framgår att den rätteligen bör vara "lagligen anställda i en medlemsstat".

staterna ska känna förtroende för varandras lagstiftning och kontrollsystem. Samma synsätt bör gälla beträffande arbetsgivare som anställer tredjelandsmedborgare som vistas olagligt, dvs. att det är den stat där de vistas och anställs som är skyldig att ha sådana regler som föreskrivs i direktivet.

Detta synsätt överensstämmer även med uttalandena i det arbetsdokument från kommissionens avdelningar som åtföljde kommissionens förslag till direktiv (SEK[2007] 596). I punkt 13⁷ i det dokumentet förklaras beträffande tredjelandsmedborgare som utstationeras till en annan medlemsstat att det är myndigheterna i den medlemsstat där arbetsgivaren är etablerad som ska se till att förbudet efterlevs. Eftersom detta uttalande skulle kunna uppfattas som stridande mot vår slutsats ovan att medlemsstaterna är skyldiga att tillämpa direktivets förbud inte bara på inhemska arbetsgivare, vill vi här påpeka att kommissionen enligt vår uppfattning hade normalfallet med en tredjelandsmedborgare som vistas och arbetar i den medlemsstat där arbetsgivaren är etablerad i åtanke när den gjorde uttalandet.

För tolkningen att det är den medlemsstat från vilken en arbetstagare utstationeras som ska tillämpa direktivets förbud på arbetsgivaren talar även det förhållandet att lagen i det land dit en arbetstagare sänds för att arbeta i regel inte är tillämplig på en del av de områden som direktivet rör och att det landet inte heller har domsrätt på de områdena. De skyldigheter som medlemsstaterna har enligt artikel 6 – bland annat att se till att arbetsgivaren betalar inestående lön och att arbetstagaren då kan få fastställt sin rätt till lön i dom – leder nämligen till obligationsrättsliga bestämmelser som inte utan vidare är tillämpliga på anställningsavtal mellan utländska arbetsgivare och arbetstagare. Enligt artikel 8.2 i Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 593/2008 av den 17 juni 2008 om tillämplig lag för avtalsförpliktelser (Rom I)⁸ gäller att när parterna i ett anställningsavtal inte har valt en lag som ska vara tillämplig på det individuella anställningsavtalet, så ska avtalet vara underkastat lagen i det land där eller, om detta saknas, från vilket den anställda vid fullgörande av avtalet vanligtvis utför sitt arbete. Det land där arbetet vanligen utförs ska inte anses ha ändrats när arbetstagaren tillfälligtvis utför sitt arbete i ett annat land. Vidare framgår av rådets förordning (EG) nr 44/2001 av den 22 december 2000 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privat-

⁷ Punkt 18 i den version av dokumentet som är åtkomlig på EUR-Lex.

⁸ EUT L 177, 4.7.2008, s. 6.

rättens område⁹ (Bryssel I-förordningen) att domstolarna i det land dit en arbetstagare sänds ut inte alltid är behöriga att pröva en tvist om den anställdes lön. Enligt artikel 19 i denna förordning kan talan mot en arbetsgivare som har hemvist i en medlemsstat inte väckas annat än 1. vid domstol i den medlemsstat där arbetsgivaren har hemvist, 2. vid domstol i en annan medlemsstat i den ort där arbetstagaren vanligtvis utför eller senast utförde sitt arbete eller 3. – om arbetstagaren inte vanligtvis utför eller utförde sitt arbete i ett och samma land – vid domstolen i en annan medlemsstat i den ort där det affärsställe vid vilket arbetstagaren anställts är eller var beläget.

Mot bakgrund av redovisningen ovan anser vi att en medlemsstat ska tillämpa de bestämmelser genom vilka direktivet genomförs beträffande tredjelandsmedborgare som vistas olagligt i staten inte endast när de arbetar där utan även i vissa situationer när de utför arbete i ett annat land.

När det gäller frågan vilka situationer med gränsöverskridande arbete som omfattas av förbudet talar skäl 9 för att förbudet gäller i vart fall vid utstationering. Med utstationering avses enligt utstationeringsdirektivet, som redan nämnts, att en arbetstagare utför arbete under en begränsad tid i en annan medlemsstat än den där han eller hon vanligtvis arbetar i samband med att arbetsgivaren tillhandahåller tjänster där. Det finns emellertid inte något skäl att förbudet skulle gälla endast när de aktuella tredjelandsmedborgarna arbetar i ett annat land i samband med att arbetsgivaren tillhandahåller tjänster där. Enligt vår uppfattning bör direktivets förbud därför inte vara begränsat till sådana gränsöverskridande situationer. Vissa begränsningar måste dock gälla vid gränsöverskridande fall.

Som redan nämnts följer av artikel 8.2 i Rom I-förordningen att lagen i det land där en tredjelandsmedborgare vistas blir tillämplig på dennes anställningsavtal vid gränsöverskridande arbete endast om tredjelandsmedborgaren vanligtvis utför sitt arbete där. Denna lag är tillämplig även om arbetstagaren tillfälligtvis utför sitt arbete i ett annat land. Motsvarande gäller enligt Bryssel I-förordningen när det gäller domstols behörighet. Enligt vår uppfattning bör direktivets förbud anses ha en sådan räckvidd att medlemsstaternas skyldigheter enligt direktivet överensstämmer med deras möjligheter enligt Rom I-förordningen och Bryssel I-förordningen när det gäller regleringen av det civilrättsliga förhållandet mellan arbetstagaren och

⁹ EGT L 12, 16.1.2001, s. 1.

arbetsgivaren respektive domsrätten. Det fall med gränsöverskridande arbete som direktivets förbud omfattar är därför fall där arbetsgivaren vanligtvis arbetar för arbetsgivaren i det land där han vistas olagligt men tillfälligt utför arbete i ett annat land inom ramen för anställningen.

Direktivets förbud är alltså tillämpligt även på vissa fall där tredjelandsmedborgare tillfälligt utför arbete i ett annat land. Gemenskapslagstiftarens tanke har enligt vår uppfattning varit att en tredjelandsmedborgare vistas olagligt i en medlemsstat i den mening som avses i direktivet även när han eller hon tillfälligt utför arbete i ett annat land.

Med hänsyn till vad som uttalas i skäl 9 förefaller tanken vara att arbetsgivarna inte ska vara skyldiga att kontrollera att tredjelandsmedborgaren uppfyller kraven för vistelse i den stat dit tredjelandsmedborgaren sänds ut. Enligt vår uppfattning bör vid tillfälligt arbete i ett annat land förbudet tillämpas oberoende av om tredjelandsmedborgaren under arbetet vistas lagligt eller olagligt i landet där han eller hon arbetar tillfälligt.

En sista fråga som uppkommer är om förbudet när det gäller gränsöverskridande arbete gäller enbart vid arbete i EU-länder eller även när tredjelandsmedborgarna arbetar tillfälligt i tredje land. Direktivets syfte är att motverka den drivkraft för olaglig invandring till EU som möjligheten att få ett arbete här innebär. Denna drivkraft är lika relevant oavsett om arbetet, i en sådan situation som beskrivits ovan, utförs i ett annat EU-land eller i tredje land. Direktivets förbud är därför enligt vår uppfattning tillämpligt vid tillfälligt arbete i ett annat land under sådana förhållanden som beskrivits ovan, oavsett om arbetet utförs tillfälligt i ett annat EU-land eller i tredje land.

4.2.2.6 Sammanfattning

I det här avsnittet har vi analyserat och bedömt några frågor som är grundläggande för hur direktivet ska implementeras och tillämpas. Det finns därför skäl att kort sammanfatta våra ståndpunkter.

Med anställning avses i direktivet en arbetsgivares åtgärd att bereda en person arbete som anställd. Direktivets förbud mot sådan anställning av tredjelandsmedborgare som vistas olagligt bygger på de nationella anställningsbegreppen. En medlemsstat ska tillämpa förbudet på såväl inhemska som utländska arbetsgivare med anställda

tredjelandsmedborgare som vistas olovligt i medlemsstaten. De arbetstagare som direktivets förbud tar sikte på är personer som inte är unionsmedborgare, som inte åtnjuter fri rörlighet och som inte heller befinner sig i en situation som omfattas av gemenskapsrätten. Tredjelandsmedborgare som vistas olovligt och arbetar som anställda i en medlemsstat vistas olagligt i den staten i den mening som avses i direktivet även när de tillfälligt utför arbete i ett annat land inom ramen för anställningen. En medlemsstat ska därför tillämpa förbudet på arbetsgivare åt tredjelandsmedborgare som vistas olagligt i den staten dels när tredjelandsmedborgarna utför arbete där, dels när de tillfälligt utför arbete utomlands om de vanligtvis utför arbete i medlemsstaten inom ramen för anställningen vid olaglig vistelse där.

4.2.3 Svensk rätt

Enligt artikel 3.1 i direktivet ska medlemsstaterna alltså förbjuda anställning av tredjelandsmedborgare som vistas olagligt. Svensk rätt innehåller inte något förbud som överensstämmer helt med direktivets förbud. Vad som finns är straffbestämmelsen i 20 kap. 5 § utlänningslagen (2005:716) (UtlL). Enligt den bestämmelsen döms den som uppsåtligen eller av oaktsamhet har en utlänning i sin tjänst fastän utlänningen inte har föreskrivet arbetstillstånd till böter eller, när omständigheterna är försvårande, fängelse i högst ett år. För att göra det möjligt att bedöma om denna bestämmelse uppfyller direktivets krav redogör vi för övriga relevanta bestämmelser i utlänningslagen och utlänningsförordningen.

Utlänningslagens 2 kap. har rubriken Villkor för att en utlänning ska få resa in i samt vistas och arbeta i Sverige. Med utlänning avses den som inte är svensk medborgare. Bestämmelserna är alltså tillämpliga på tredjelandsmedborgare.

Bland villkoren i 2 kap. UtlL finns kravet att en utlänning som reser in i eller vistas i Sverige ska ha pass (1 §). En utlänning som reser in i eller vistas i Sverige ska ha visering, om han eller hon inte har uppehållstillstånd eller ställning som varaktigt bosatt (3 §). Visering är ett tillstånd att resa in i och vistas i Sverige under viss kortare tid. Vidare anges att uppehållstillstånd är ett tillstånd att vistas i Sverige under en viss tid (tidsbegränsat uppehållstillstånd) eller utan tidsbegränsning (permanent uppehållstillstånd) (4 §). En utlänning som vistas i Sverige mer än tre månader ska ha uppe-

hållstillstånd, om inte visering har beviljats för längre tid (5 §). 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 (7 §). Kravet på arbetstillstånd gäller inte för en utlänning som har permanent uppehållstillstånd (8 §). EES-medborgare är i stor utsträckning undantagna från de redovisade kraven.

I 5 kap. UtlL finns bestämmelser om uppehållstillstånd. En utlänning som vill ha uppehållstillstånd i Sverige ska ha ansökt om och beviljats ett sådant tillstånd före inresan i landet (18 § första stycket). En ansökan om uppehållstillstånd får som huvudregel inte bifallas efter inresan. Det finns emellertid vissa undantag från denna huvudregel, bland annat beträffande utlänning som har rätt till uppehållstillstånd som flykting eller annan skyddsbehövande (18 § andra stycket 1). Det finns inte något undantag för tredjelandsmedborgare som saknar anknytning till Sverige och som reser hit enbart för att arbeta.

I 6 kap. UtlL finns bestämmelser om arbetstillstånd. En utlänning som vill ha arbetstillstånd ska ha ansökt om och beviljats sådant tillstånd före inresan i landet (4 §). Från denna huvudregel finns samma undantag som är föreskrivna beträffande kravet på att uppehållstillstånd ska ha sökts och beviljats före inresan.

Även 5 kap. utlänningsförordningen (2006:97) (UtlF) innehåller bestämmelser om arbetstillstånd. Kapitlet inleds med ett flertal undantag från kravet på arbetstillstånd. Bland annat gäller att den som sökt uppehållstillstånd i Sverige och åberopat skäl enligt 4 kap. 1, 2 eller 2 a § UtlL – att han eller hon är flykting, alternativt skyddsbehövande eller övrig skyddsbehövande – som utgångspunkt är undantagen från skyldigheten att ha arbetstillstånd (4 §). Migrationsverket utfärdar ett särskilt bevis om undantag från skyldigheten att ha arbetstillstånd, ett s.k. AT-UND. I 9 § anges att ett arbetstillstånd inte får beviljas för längre tid än utlänningen har tillstånd att vistas här eller får vistas här utan tillstånd och inte för längre tid än utlänningens pass gäller, om det inte finns särskilda skäl.

Som redan nämnts är det straffbart enligt 20 kap. 5 § UtlL att uppsåtligt eller av oaktsamhet ha en utlänning i sin tjänst när utlänningen inte har föreskrivet arbetstillstånd.

4.2.4 Överväganden

4.2.4.1 Behovet av lagändringar

Bedömning: Artikel 3.1 i direktivet kan genomföras genom straffbestämmelsen i 20 kap. 5 § UtlL avseende anställning av tredjelandsmedborgare som saknar föreskrivet arbetstillstånd. Då krävs emellertid dels att även tredjelandsmedborgare som tillfälligt utför arbete utomlands inom ramen för en anställning i vilken arbetet vanligtvis utförs i Sverige omfattas av kravet på arbetstillstånd, dels att tredjelandsmedborgare inte kan ha arbetstillstånd eller vara undantagna från kravet på sådant tillstånd när de vistas här olagligt.

Direktivets krav på förbud uppfylls inte genom den nuvarande svenska regleringen, eftersom

- kravet på arbetstillstånd gäller endast för arbete i Sverige,
- undantagen från kravet på arbetstillstånd förefaller gälla även för tredjelandsmedborgare som saknar föreskriven visering eller föreskrivet uppehållstillstånd,
- arbetstillstånd kan beviljas för längre tid än tredjelandsmedborgare har rätt att vistas här, samt
- arbetstillstånd inte faller när visering eller uppehållstillstånd återkallas eller innehavaren utvisas med förbud att återvända hit.

Inledning

Straffbestämmelsen i 20 kap. 5 § UtlL innebär ett förbud mot att bereda utlänningar som saknar föreskrivet arbetstillstånd arbete som anställda. I artikel 3.1 i direktivet föreskrivs emellertid en skyldighet att förbjuda anställning av tredjelandsmedborgare som vistas olagligt. Enligt vår bedömning är det i och för sig inte nödvändigt att direktivet genomförs genom ett förbud som direkt avser anställning av tredjelandsmedborgare som vistas olagligt, utan direktivets krav kan uppfyllas genom ett förbud mot anställning av utlänningar som saknar föreskrivet arbetstillstånd. Då krävs emellertid bland annat dels att även tredjelandsmedborgare som vanligtvis utför arbete här som anställda men som tillfälligt utför arbete utomlands inom ramen för anställningen omfattas av kravet på arbetstillstånd, dels att tredjelandsmedborgare inte kan ha arbetstillstånd eller vara undan-

tagna från kravet på sådant tillstånd när de vistas här olagligt. Vi ska i detta avsnitt bedöma om den svenska regleringen uppfyller bland annat dessa krav.

Mot bakgrund av våra bedömningar i avsnitt 4.2.2 om förbudets tillämpningsområde måste följande förutsättningar vara uppfyllda för att svensk rätt redan nu ska uppfylla direktivets krav på förbud. *För det första* måste arbetstillstånd krävas för sådana förhållanden som enligt direktivet är att anse som anställning. *För det andra* måste straffbestämmelsen avse sådana arbetsgivare som avses i direktivet. *För det tredje* måste bestämmelsen omfatta sådana tredjelandsmedborgare som direktivet tar sikte på när de vistas olagligt i Sverige. *För det fjärde* måste straffstadgandet avse både arbete i Sverige och tillfälligt arbete utomlands inom ramen för en anställning i vilken arbetet vanligtvis utförs i Sverige. Vi ska nu bedöma om det förbud som straffbestämmelsen i 20 kap. 5 § UtlL innebär uppfyller dessa krav.

Avser straffbestämmelsen anställning i direktivets mening?

Vi har i avsnitt 4.2.2 dragit slutsatserna att med anställning avses i direktivet en arbetsgivares åtgärd att bereda en person arbete som anställd och att de nationella anställningsbegreppen avgör vem som är att anse som anställd. Straffbestämmelsen i 20 kap. 5 § UtlL träffar den som har en utlänning i sin tjänst fastän utlänningen inte har föreskrivet arbetstillstånd. Arbetstillstånd krävs för arbete i Sverige på grund av anställning här eller utomlands. Straffbestämmelsen avser således anställning i den mening som avses i direktivet.

Avser straffbestämmelsen sådana arbetsgivare som omfattas av direktivet?

I enlighet med våra överväganden i avsnitt 4.2.2 omfattar förbudet arbetsgivare med hemvist i såväl Sverige som utomlands. Arbetstillstånd krävs för en utlänning som ska arbeta i Sverige på grund av anställning här eller utomlands. De arbetsgivare som omfattas av direktivet träffas alltså av den svenska straffbestämmelsen.

Avser straffbestämmelsen sådana tredjelandsmedborgare som direktivet tar sikte på?

Arbetsstillstånd krävs som huvudregel för utlänningar, alltså även för sådana utlänningar som enligt direktivet är att anse som tredjelandsmedborgare.

Som vi har konstaterat i avsnitt 4.2.2 menas med att tredjelandsmedborgare vistas olagligt att de inte uppfyller villkoren för vistelse i den medlemsstat där de vistas. Utlänningslagens andra kapitel innehåller villkor för att en utlänning ska få resa in i samt vistas och arbeta i Sverige. Villkoren för att utlänningar ska få vistas i Sverige är att de ska ha pass samt visering eller uppehållstillstånd. Många grupper av utlänningar är dock undantagna från kraven.

Innehav av pass är alltså ett villkor för vistelse i Sverige. Enligt vår uppfattning bör detta villkor emellertid inte anses som ett sådant villkor för vistelse som avses i direktivet. Det är endast om kraven på visering och uppehållstillstånd inte är uppfyllda som tredjelandsmedborgarna ska anses vistas här olagligt. Skälet för denna slutsats är att direktivet syftar till att motverka olaglig invandring, och om tredjelandsmedborgare har föreskriven visering eller föreskrivet uppehållstillstånd, är detta syfte uppnått. För denna slutsats talar också bland annat uttalandet i skäl 9 att arbetsgivarna ska kontrollera att tredjelandsmedborgarna har uppehållstillstånd eller annan handling som ger dem rätt till vistelse.

För att direktivet ska kunna genomföras genom krav på arbetsstillstånd krävs att tredjelandsmedborgare inte kan ha arbetsstillstånd i situationer där de enligt direktivet ska anses vistas olagligt i Sverige, alltså när de saknar föreskriven visering eller föreskrivet uppehållstillstånd. Vi har identifierat tre situationer i vilka det inte kan utslutas att tredjelandsmedborgare har arbetsstillstånd trots att de saknar visering eller uppehållstillstånd.

För det första får enligt 5 kap. 9 § UtlL arbetsstillstånd beviljas för längre tid än utlänningen har tillstånd att vistas här eller får vistas här utan tillstånd om det finns särskilda skäl. I fall där det finns särskilda skäl är det därför möjligt att en tredjelandsmedborgare har arbetsstillstånd men saknar föreskriven visering eller föreskrivet uppehållstillstånd.

Man skulle kunna fråga sig om inte direktivets syfte är uppnått när en tredjelandsmedborgare har ansökt om arbetsstillstånd och bedömts uppfylla förutsättningarna för att få arbeta här. Direktivet bör emellertid inte tolkas så fritt. Vi anser därför att det är nöd-

vändigt att se till att tredjelandsmedborgare inte kan arbeta här med stöd av arbetstillstånd när de saknar visering eller uppehållstillstånd.

För det andra finns det inte någon föreskrift om att ett beviljat arbetstillstånd faller eller ska återkallas, om visering eller uppehållstillstånd återkallas. Det finns visserligen möjlighet att återkalla arbetstillstånd när visering eller uppehållstillstånd återkallas, men genom regelverket säkerställs inte att tredjelandsmedborgare inte kan ha arbetstillstånd när deras visering eller uppehållstillstånd återkallats.

För det tredje finns det inte någon uttrycklig regel om att visering, uppehållstillstånd och arbetstillstånd automatiskt faller när utlänningar utvisas med förbud att återvända hit. I 8 kap. 2 § UtIF anges visserligen att den myndighet som verkställer ett beslut om avvisning ska se till att gällande bevis om visering samt uppehållstillstånd eller arbetstillstånd som utlänningen har makuleras i samband med verkställigheten, men denna föreskrift är inte tillräcklig.

För att direktivet ska kunna genomföras genom krav på arbetstillstånd krävs vidare att tredjelandsmedborgare som vistas här olagligt inte kan vara undantagna från kravet på arbetstillstånd. I 5 kap. 1–4 och 11 §§ UtIF finns flera undantag från kravet på arbetstillstånd. För vissa undantag anges att de gäller för den tid utlänningen har uppehållstillstånd, men i de flesta fall är undantagen inte villkorade av att utlänningen har rätt att vistas i Sverige. Det förefaller således inte finnas något förbud mot att anställa tredjelandsmedborgare som är undantagna från kravet på arbetstillstånd och som vistas här olagligt. Man kan visserligen fråga sig om undantagen gäller även om arbetstagarna inte uppfyller villkoren för att vistas här, men eftersom undantagen inte är uttryckligen villkorade av att utlänningarna vistas här lagligen bör denna brist under alla förhållanden åtgärdas.

Avser straffbestämmelsen även arbete i utlandet?

Vi har i avsnitt 4.2.2 kommit fram till att förbudet avser arbetsgivare åt tredjelandsmedborgare som vistas olagligt i en medlemsstat inte endast när de arbetar i den medlemsstaten utan även när de tillfälligt utför arbete utomlands inom ramen för en anställning i vilken arbetet vanligtvis utförs vid olovlig vistelse i medlemsstaten.

Enligt 2 kap. 7 § UtL är arbetstillstånd ett tillstånd att arbeta i Sverige. Detta borde innebära att arbetstillstånd krävs endast för arbete som rent fysiskt utförs i Sverige. Det finns emellertid exempel på att uttrycket "arbete i Sverige" har en vidare betydelse. I 1 kap.

6 § socialavgiftslagen (2000:980) föreskrivs nämligen att i den lagen avses med arbete i Sverige förvärvsarbete i verksamhet här i landet. Av 1 kap. 8 § samma lag följer att arbete som utförs i ett annat land än det där arbetsgivaren bedriver sin verksamhet anses som arbete i Sverige, om arbetstagaren är utsänd av arbetsgivaren och arbetet kan antas vara längst ett år.

I 1989 års utlänningslag uttrycktes kravet på arbetstillstånd på samma sätt som i den nu gällande utlänningslagen. Enligt 1 kap. 5 § skulle en utlänning ha arbetstillstånd för att arbeta i Sverige på grund av anställning här eller utomlands. Enligt 1980 års utlänningslag och utlänningsförordning krävdes emellertid arbetstillstånd för anställning här i riket eller arbete här på grund av anställning utomlands (20 § lagen och 46 § förordningen). I förarbetena till bestämmelsen i 1989 års utlänningslag angavs att bestämmelsen i huvudsak motsvarade vad som ditills föreskrivits i 1980 års reglering (prop. 1988/89 s. 144 f). Någon förklaring till den ändrade lydelsen lämnades inte. I betänkandet Översyn av utlänningslagen (SOU 1988:1) som låg till grund för 1989 års utlänningslag uttrycktes kravet på arbetstillstånd på samma sätt som i 1980 års lag.

Eftersom det inte står klart att arbetstillstånd krävs även för arbete som tillfälligt utförs utomlands, är det enligt vår uppfattning nödvändigt att ändra regleringen så att de aktuella anställningarna är uttryckligen förbjudna även när arbetet utförs utomlands.

Kan det godtas att den svenska straffbestämmelsen omfattar anställningar som det enligt direktivet ankommer på andra medlemsstater att förbjuda?

Vi har nu bedömt i vilka avseenden som den svenska regleringen inte når upp till direktivets krav. Man bör emellertid också ställa sig frågan om den svenska regleringen innebär en otillåten överimplementering av direktivets förbud.

Vi har i avsnitt 4.2.2 dragit slutsatsen att artikel 3.1 innebär en skyldighet för en medlemsstat att förbjuda anställning av tredjelandsmedborgare som vistas olagligt i medlemsstaten även när de tillfälligt utför arbete utomlands inom ramen för en anställning i vilken de vanligtvis utför arbete i medlemsstaten. Enligt 2 kap. 7 § UtL ska en utlänning ha arbetstillstånd om han eller hon ska arbeta i Sverige inte endast på grund av anställning här utan även vid anställning utomlands. Enligt den svenska regleringen är det alltså förbjudet

och förenat med sanktioner för en utländsk arbetsgivare att tillfälligt bereda tredjelandsmedborgare utan svenskt arbetstillstånd arbete i Sverige, om tredjelandsmedborgaren inte är undantaget från kravet på arbetstillstånd. Om tredjelandsmedborgaren vistas olagligt i den medlemsstat där han eller hon vanligtvis utför arbete inom ramen för anställningen, är det fråga om en sådan situation som det enligt direktivet ankommer på sistnämnda stat att förbjuda. Direktivet innebär emellertid inte en fullständig harmonisering av medlemsstaternas regler om sanktioner mot arbetsgivare som anställer tredjelandsmedborgare som vistas olagligt. Direktivet är därför inget hinder för Sverige att ådöma de aktuella utländska arbetsgivarna sanktioner. Det finns inte heller något annat EU-rättsligt hinder för detta.

Sammanfattning av bristerna i den nuvarande regleringen

Sammanfattningsvis består bristerna i den svenska regleringen i att 1) kravet på arbetstillstånd inte omfattar tillfälligt arbete utomlands inom ramen för en anställning i vilken arbetet vanligtvis utförs här vid olaglig vistelse, 2) undantagen från kravet på arbetstillstånd förefaller gälla även för tredjelandsmedborgare som saknar föreskriven visering eller föreskrivet uppehållstillstånd, 3) arbetstillstånd kan beviljas för längre tid än tredjelandsmedborgare har rätt att vistas här, samt 4) arbetstillstånd inte faller när visering eller uppehållstillstånd återkallas eller innehavaren utvisas med förbud att återvända hit.

4.2.4.2 Vårt förslag

Förslag: Straffbestämmelsen i 20 kap. 5 § UtL ändras så att den omfattar även arbetsgivare som har utlänningar i sin tjänst som vistas i Sverige utan föreskrivet tillstånd och utför arbete här och arbetsgivare som har utlänningar i sin tjänst som tillfälligt utför arbete utomlands men vanligtvis utför arbete i Sverige inom ramen för anställningen vid vistelse här utan föreskrivet tillstånd. Lagändringar görs så att den som vistas olagligt inte kan ha arbetstillstånd.

Som vi redan har förklarat anser vi att det inte är nödvändigt att direktivet genomförs genom ett förbud som direkt avser anställning av tredjelandsmedborgare som vistas olagligt. Direktivets krav

kan mycket väl uppfyllas genom det svenska förbudet mot anställning av utlänningar som saknar föreskrivet arbetstillstånd, under förutsättning att tredjelandsmedborgare inte kan ha arbetstillstånd eller vara undantagna från kravet på sådant tillstånd när de vistas här olagligt. Då måste det emellertid finnas antingen krav på arbetstillstånd även för tredjelandsmedborgares tillfälliga arbete utomlands inom ramen för en anställning i vilken arbetet vanligtvis utförs här eller en särskild kriminalisering av anställning av olovligt vistades tredjelandsmedborgare som tillfälligt utför arbete utomlands under sådana omständigheter.

Ett alternativ är att kriminalisera anställning av tredjelandsmedborgare som vistas här utan föreskrivet tillstånd, dvs. saknar föreskriven visering eller föreskrivet uppehållstillstånd, oavsett om arbetstagarna utför arbete här eller tillfälligt utomlands. Om den lösningen väljs, måste emellertid kriminaliseringen av anställning av utlänningar som saknar föreskrivet arbetstillstånd finnas kvar, eftersom det även fortsättningsvis ska vara brottsligt att anställa utlänningar som har rätt att vistas i Sverige men som saknar föreskrivet arbetstillstånd.

Det finns fördelar med att hålla sig till den nuvarande ordningen i största möjliga mån och beträffande tredjelandsmedborgare som behöver arbetstillstånd kräva endast att arbetsgivaren kontrollerar att arbetstillstånd finns. Det kan vara bra att hålla fast vid en ordning som de berörda behärskar. Dessutom måste systemet med krav på arbetstillstånd för dem som har rätt att vistas här under alla förhållanden behållas. Vidare skulle det kunna vara rimligt att en arbetsgivare som har kontrollerat att en tredjelandsmedborgare har föreskrivet arbetstillstånd anses ha gjort vad som ankommer på honom i detta avseende.

En ytterligare omständighet som skulle kunna tala för sistnämnda lösning är att det skulle kunna innebära merarbete för arbetsgivarna att kontrollera såväl arbetstillstånd som viseringar och uppehållstillstånd. Enligt bestämmelser i utlänningsförordningen ska emellertid bevis om visering, uppehållstillstånd och arbetstillstånd föras in i utlänningens pass eller någon annan handling. I de allra flesta fall blir det därför inte något merarbete för arbetsgivarna att kontrollera att en tredjelandsmedborgare med arbetstillstånd också har rätt att vistas här. I detta sammanhang kan också beaktas att kommissionen tagit fram ett förslag till direktiv om ett enhetligt ansökningsförfarande för ett kombinerat tillstånd för tredjelandsmedborgare att vistas och arbeta på en medlemsstats territorium (KOM[2007]

638 slutlig). Enligt det förslaget ska tillstånd att vistas och arbeta beviljas i en enda tillståndshandling som ska vara utformad på visst sätt.

Beträffande eventuellt merarbete om både arbetstillstånd och rätt att vistas ska kontrolleras kan konstateras att medlemsstaterna enligt artikel 4.1 ska införa en skyldighet för arbetsgivare att kontrollera att tredjelandsmedborgare som omfattas av direktivet innehar och visar upp ett giltigt uppehållstillstånd eller en annan handling som ger dem rätt till vistelse. Om det säkerställs att tredjelandsmedborgare inte kan ha arbetstillstånd när de vistas olagligt, skulle det vara tillräckligt att arbetstillstånd kontrolleras för tredjelandsmedborgare som ska ha sådant tillstånd. Beträffande andra tredjelandsmedborgare måste emellertid någon annan handling kontrolleras.

Kravet i artikel 4.1 gäller även beträffande tredjelandsmedborgare som har permanent uppehållstillstånd. De tredjelandsmedborgare vars vistelserätt svenska arbetsgivare kommer att behöva kontrollera kommer alltså att vara för det första tredjelandsmedborgare med permanenta uppehållstillstånd. Den enda handling som dessa kan visa upp är uppehållstillståndet. Arbetsgivarna kommer för det andra att behöva kontrollera tredjelandsmedborgare med arbetstillstånd. Regelmässigt kommer det av deras tillståndsmärken i passet att framgå att de har såväl visering eller uppehållstillstånd som arbetstillstånd, om de inte är undantagna från viseringskravet. För det tredje kommer de att behöva kontrollera tredjelandsmedborgare som är undantagna från kravet på arbetstillstånd. I det fallet kan arbetsgivarna inte kontrollera något annat än deras rätt att vistas här.

Beträffande de allra flesta tredjelandsmedborgare kommer arbetsgivarna alltså inte att kunna undgå att kontrollera en handling där tredjelandsmedborgarnas rätt till vistelse här framgår. Det är endast beträffande den lilla grupp av tredjelandsmedborgare som kan vistas här utan visering eller uppehållstillstånd och som har arbetstillstånd som det medför merarbete för arbetsgivarna att behöva kontrollera anställdas rätt att vistas här. Detta talar för att direktivets förbud bör genomföras genom en kriminalisering av anställning av tredjelandsmedborgare som vistas här olagligt. En ytterligare fördel med denna lösning är att direktivet genomförs utan omvägen över kravet på arbetstillstånd. Sammantaget är fördelarna med denna lösning så stora att den lösningen bör väljas. Vi anser emellertid att det inte bör vara möjligt för en tredjelandsmedborgare som vistas här utan

föreskrivet tillstånd att ha ett giltigt arbetstillstånd. Författningsändringar bör därför göras så att detta inte kan hända.

Mot bakgrund av våra slutsatser ovan måste bestämmelsen i 20 kap. 5 § UtlL ändras så att straffstadgandet avser inte endast den som i sin tjänst har en utlänning som saknar föreskrivet arbetstillstånd utan även den som i sin tjänst har en utlänning som vistas här utan föreskrivet tillstånd och utför arbete här och den som i sin tjänst har en utlänning som tillfälligt utför arbete utomlands men vanligtvis utför arbete i Sverige inom ramen för anställningen vid vistelse här utan föreskrivet tillstånd.

Avslutningsvis kan konstateras att den nuvarande straffbestämmelsen avseende arbetsgivare som har utlänningar i sin tjänst som saknar arbetstillstånd och den föreslagna bestämmelsen avseende arbetsgivare som har utlänningar i sin tjänst som vistas här utan föreskrivet tillstånd och utför arbete här kommer att överlappa varandra i stor utsträckning. De fall som täcks av den sistnämnda bestämmelsen men inte den första kommer att vara anställning av olagligt vistandes tredjelandsmedborgare som är undantagna från kravet på arbetstillstånd.

4.2.4.3 Utlänningar med AT-UND

I och med den föreslagna ändringen ska det alltså inte vara tillåtet att anställa tredjelandsmedborgare som enligt bestämmelserna i 5 kap. UtlF är undantagna från kravet på arbetstillstånd, om de saknar föreskriven visering eller föreskrivet uppehållstillstånd. I vilka situationer som tredjelandsmedborgare behöver visering eller uppehållstillstånd framgår vid en jämförelse av villkoren i 2 kap. UtlL med undantagen från visering och uppehållstillstånd i 3 kap. respektive 4 kap. UtlF.

Bland undantagen i 5 kap. UtlF finns ett undantag som gäller utlänningar för vilka det har diskuterats om de vistas olagligt eller lagligt i Sverige, nämligen undantaget i 4 §. Enligt denna bestämmelse är den som har ansökt om uppehållstillstånd i Sverige och åberopat skäl enligt 4 kap. 1, 2 eller 2 a UtlL – att han eller hon är flykting, alternativt skyddsbehövande eller övrig skyddsbehövande – som utgångspunkt undantagen från skyldigheten att ha arbetstillstånd. Undantaget gäller fram till dess att utlänningen lämnar landet eller ett beslut om att bevilja honom eller henne uppehållstillstånd har vunnit laga kraft. Undantaget upphör dock att gälla om en utlänning inte medverkar till verkställigheten av ett lagakraftvunnet

beslut om avvisning eller utvisning. Migrationsverket utfärdar särskilt bevis om undantag från skyldigheten att ha arbetstillstånd, ett s.k. AT-UND.

Som redan nämnts ska tredjelandsmedborgare som utgångspunkt ha visering eller uppehållstillstånd för att få resa in i och vistas i Sverige. Huvudregeln är att uppehållstillstånd ska sökas före inresan och inte får bifallas efter inresan. Utlänningar som har rätt till uppehållstillstånd här som flyktingar, som alternativt skyddsbehövande eller som övrig skyddsbehövande är emellertid undantagna från sistnämnda krav.

Asylsökande som kommit till Sverige utan visering och uppehållstillstånd uppfyller inte kraven i 2 kap. UtlL. Flyktingar och andra skyddsbehövande är inte uttryckligen undantagna från reglerna i detta kapitel. Man skulle därför kunna tycka att de vistas olagligt i Sverige. I lagstiftningssammanhang har de emellertid ansetts vistas här lagligt, bland annat vid genomförandet i svensk rätt av rådets direktiv 2005/85/EG av den 1 december 2005 om miniminormer för medlemsstaternas förfaranden för beviljande eller återkallande av flyktingstatus¹⁰. Enligt det direktivet ska medlemsstaterna se till att asylsökande ska ha rätt att stanna kvar i medlemsstaten till dess att ansökan har prövats i första instans.

Asylprocedurdirektivet har genomförts i svensk rätt genom lagen (2009:1542) om ändring i utlänningslagen. Direktivets bestämmelser om rätt att stanna kvar i medlemsstaten när ansökan prövas genomfördes genom att det i 12 kap. infördes en 8 a §. Enligt denna bestämmelse gäller att, om en utlänning har ansökt om uppehållstillstånd som flykting enligt 4 kap. 1 § eller som annan skyddsbehövande enligt 4 kap. 2 eller 2 a §, ett beslut om avvisning eller utvisning inte får verkställas innan ansökan har prövats och därvid avslagits genom ett beslut som har vunnit laga kraft eller innan ett beslut att avvisa ansökan enligt 5 kap. 1 b § har vunnit laga kraft.

I förarbetena till den nya bestämmelsen (prop. 2009/10:31 s. 174 ff.) konstaterade regeringen att det inte fanns någon uttrycklig lagregel i svensk rätt som ger en asylsökande rätt att stanna kvar i Sverige under tiden som ansökan prövas. Regeringen konstaterade emellertid att en utlänning som är flykting enligt 5 kap. 1 § första stycket UtlL har rätt till uppehållstillstånd och enligt 5 kap. 18 § samma lag får ansöka om uppehållstillstånd efter inresan till Sverige. Av detta följer enligt regeringen att en asylsökande inte kan avvisas eller

¹⁰ EUT L 326, 13.12.2005, s. 13.

utvisas innan hans eller hennes rätt att vistas i landet har prövats. För att lagtexten skulle utformas så att det framgår att huvudregeln är att rätten att stanna kvar i landet gäller tills ett beslut om avvisning eller utvisning har vunnit laga kraft infördes bestämmelsen i 12 kap. 8 a §.

Enligt dessa slutsatser från regeringens sida vistas utlänningar med AT-UND alltså i Sverige lagligt fram till dess att ett beslut om avvisning eller utvisning av dem vunnit laga kraft. Det krävs alltså inte några lagändringar för att de även fortsättningsvis ska kunna arbeta här under denna tid. För tiden efter lagkraftvunnet beslut om avvisning eller utvisning uppkommer frågan om de omfattas av bestämmelsen i artikel 3.3. Vi övergår nu till att behandla denna fråga.

4.3 Tredjelandsmedborgare vars återsändande har uppskjutits

Enligt artikel 3.3 i direktivet får en medlemsstat besluta att inte tillämpa förbudet i punkt 1 på tredjelandsmedborgare som vistas olagligt vars återsändande har uppskjutits och som får arbeta i enlighet med nationell lagstiftning. I direktivet förklaras inte vad som menas med återsändande, och begreppet i dess svenska lydelse definieras inte i något annat direktiv. Återsändande motsvaras i direktivets engelska lydelse av "removal". Detta engelska begrepp definieras i Europaparlamentets och rådets direktiv 2008/115/EG av den 16 december 2008 om gemensamma normer och förfaranden för återvändande av tredjelandsmedborgare som vistas olagligt i medlemsstaterna¹¹. I detta direktiv motsvaras "removal" på svenska av avlägsnande. Enligt artikel 3.5 i det direktivet avses med avlägsnande "verkställigheten av skyldigheten att återvända, det vill säga den faktiska transporten ut ur medlemsstaten".

Utgångspunkten i utlänningslagen är att en utlänning som avvisas eller utvisas från Sverige ska få tillfälle att lämna landet frivilligt inom viss tid. I vissa fall ska dock verkställighet ske så snart som möjligt (12 kap. 15 § första stycket). I övriga fall – till vilka asylsökande i allmänhet hör – ska utlänningar som avvisas lämna landet inom två veckor och utlänningar som utvisas lämna landet inom fyra veckor, om inte annat bestäms i beslutet (12 kap. 15 § andra

¹¹ EGT L 326, 13.12.2005, s. 13.

stycket). Om utlänningen inte lämnar landet inom föreskriven tid eller om det måste antas att han eller hon inte har för avsikt att frivilligt lämna landet inom den angivna tiden, ska beslutet verkställas snarast möjligt av den myndighet som är ansvarig för verkställigheten (12 kap. 15 § tredje stycket).

En person som fått avslag på sin ansökan om asyl och som ska avvisas eller utvisas enligt ett beslut som vunnit laga kraft får alltså arbeta här med stöd av AT-UND fram till dess att han eller hon lämnar landet, dock inte om han eller hon inte medverkar till verkställigheten av beslutet om avvisning eller utvisning. Under den tid som utlänningen har på sig för att lämna landet bör utlänningen inte anses vistas här olagligt. Direktivets förbud omfattar därför inte den tiden.

Om utlänningen inte lämnar landet inom den tid som föreskrivs i 12 kap. 15 § andra stycket eller inom annan tid som bestämts i beslutet, kan det anses att han eller hon inte medverkar till verkställigheten av beslutet. Undantaget från kravet på arbetstillstånd gäller då inte längre.

Om det däremot föreligger hinder mot verkställighet av avvisnings- eller utvisningsbeslutet, har återsändandet enligt vår uppfattning uppskjutits i den mening som avses i artikel 3.3 i sanktionsdirektivet. Det är därför inte nödvändigt att tillämpa direktivets förbud på arbetsgivare åt tredjelandsmedborgare som är undantagna från kravet på arbetstillstånd i den situationen. Ordningen med sådana undantag från kravet på arbetstillstånd är därför förenlig med direktivet.

4.4 Direktivets krav på straffrättsligt ansvar

4.4.1 Inledning

Våra slutsatser i avsnitt 4.2.4 innebär att straffbestämmelsen i 20 kap. 5 § UtlL ska ändras så att den får följande lydelse.

Till böter eller, när omständigheterna är försvårande, fängelse i högst ett år döms den som uppsåtligen eller av oaktsamhet har en utlänning i sin tjänst, om utlänningen

1. inte har föreskrivet arbetstillstånd,
2. vistas i Sverige utan föreskrivet tillstånd och utför arbete här, eller

3. tillfälligt utför arbete utomlands men vanligtvis utför arbete i Sverige inom ramen för anställningen vid vistelse här utan föreskrivet tillstånd. I fråga om påförande av särskild avgift gäller 12-14 och 17 §§.

Vi ska nu bedöma om den svenska regleringen efter dessa ändringar uppfyller kraven i artiklarna 9 och 10 i direktivet.

4.4.2 Direktivets bestämmelser

Direktivet ålägger medlemsstaterna att i sin nationella lagstiftning tillhandahålla straffrättsliga sanktioner för vissa allvarliga överträdelser. Direktivet medför dock enligt skäl 22 inga skyldigheter beträffande tillämpningen av sådana sanktioner eller något annat befintligt system för brottsbekämpning i enskilda fall. Vidare anges i skäl 24 att skyldigheten i direktivet att säkerställa effektiva, proportionella och avskräckande straffrättsliga sanktioner inte påverkar hur medlemsstaterna internt organiserar sina straffrättsliga system.

I artikel 9.1 föreskrivs att medlemsstaterna ska säkerställa att en överträdelse av förbudet i artikel 3 mot olaglig anställning i vissa fall utgör ett brott i nationell lagstiftning, om den begås uppsåtligt. De situationer som ska vara brottsliga är följande.

- a) Överträdelsen fortsätter eller återkommande upprepas.
- b) Överträdelsen gäller samtidig anställning av ett betydande antal tredjelandsmedborgare som vistas olagligt.
- c) Överträdelsen åtföljs av särskilt exploaterande arbetsförhållanden.
- d) Överträdelsen begås av en arbetsgivare som inte har åtalats eller fällts för ett brott enligt rambeslut 202/629/RIF, men som utnyttjar arbetskraft eller tjänster från en person som vistas olagligt med vetskap om att tredjelandsmedborgaren är offer för människohandel.
- e) Överträdelsen avser olaglig anställning av en minderårig.

Det finns en definition av vad som enligt direktivet är att betrakta som "särskilt exploaterande arbetsförhållanden". I artikel 2 i anges att härmed avses "arbetsförhållanden, inbegripet sådana som grundar sig på könsdiskriminering eller annan diskriminering, där det råder en påfallande skillnad jämfört med de lagligen anställda arbetstagarernas anställningsvillkor, som t.ex. påverkar arbetstagarernas hälsa och säkerhet samt kränker den mänskliga värdigheten".

Enligt artikel 9.2 ska medlemsstaterna vidare säkerställa att även anstiftan av eller medhjälp till uppsåtliga sådana handlingar som nu sagts utgör en straffbar gärning.

Artikel 10.1 innehåller ett krav på medlemsstaterna att vidta nödvändiga åtgärder för att säkerställa att fysiska personer som begår brott enligt artikel 9 straffas med effektiva, proportionella och avskräckande straffrättsliga sanktioner.

Förutsatt att inte allmänna rättsprinciper utesluter detta kan, enligt artikel 10.2, de straffrättsliga sanktioner som avses i artikeln enligt nationell lagstiftning tillämpas utan att det påverkar andra sanktioner eller åtgärder som inte är av straffrättslig karaktär. De straffrättsliga sanktionerna kan under samma förutsättning även åtföljas av offentliggörandet av det rättsliga beslutet i det berörda fallet.

4.4.3 De svenska reglerna

Fängelse i straffskalan i 20 kap. 5 § UtL infördes den 1 januari 1976 (prop. 1975/76:18 s. 145 f., InU 1975/76:24 s. 34, SFS 1975:1358). I motiven till straffskärpningen framhölls att det är ett starkt samhällsintresse att bestämmelserna om den reglerade invandringen inte kringgås. Därtill påpekades att en anställning i strid mot utlänningslagen medför att arbetsgivaren kan påtvinga den anställda undermåliga arbetsvillkor. Arbetsgivaren torde i dessa fall också i allmänhet underlåta att fullgöra sina sociala skyldigheter i förhållande till utlänningen. Det anges inte närmare i motiven vilka omständigheter som är att bedöma som försvårande.

Sedan den 1 oktober 2004 är även gärningar som begås av oaktsamhet straffbara (SFS 2004:206). Som exempel på en situation då oaktsamhet kan föreligga nämndes i förarbetena att någon anställer en utlänning utan att kontrollera om utlänningen har arbetstillstånd (prop. 2003/04:35 s. 84).

4.4.4 Tillämpningen av 20 kap. 5 § utlänningslagen åren 2004–2009

I vårt uppdrag ingår, som nämnts inledningsvis, att redovisa i vilken omfattning straffbestämmelsen om anställning av en utlänning som saknar arbetstillstånd har tillämpats under de senaste fem åren. Straffbestämmelsen finns sedan den nya utlänningslagens ikraftträdande i

20 kap. 5 § UtL. I 1989 års utlänningslag (1989:529) fanns bestämmelsen i 10 kap. 1 a § andra stycket fr.o.m. den 1 oktober 2004 och dessförinnan återfanns den i 10 kap. 1 § andra stycket. När man undersöker tillämpningen av den aktuella straffbestämmelsen de senaste fem åren måste man alltså titta på tillämpningen av tre olika lagrum.

Brottsförebyggande rådet (BRÅ) tar fram statistik över tillämpning av lagrum. Av denna statistik framgår följande beträffande de senaste sex åren.

| År | Åu | Sf | Domar | Summa | Därav huvudbrott |
|------|-------|-------|--------|--------|------------------|
| 2004 | - (-) | 1 (-) | 9 (-) | 10 (-) | 5 (-?) |
| 2005 | 1 (1) | 2 (-) | 5 (1) | 8 (2) | 8 (2) |
| 2006 | 1 (-) | - (-) | 9 (-) | 10 (-) | 9 (-) |
| 2007 | 2 (-) | 1 (-) | 8 (1) | 11 (1) | 7 (1) |
| 2008 | 1 (1) | 7 (-) | 11 (2) | 19 (3) | 16 (2) |
| 2009 | - (-) | 2 (-) | 5 (-) | 7 (-) | 6 (-) |

Med "Åu" avses åtalsunderlåtelse och med "Sf" strafförelägganden. Siffrorna inom parentes anger antalet kvinnor som blivit lagförda. Frågetecknet betecknar att uppgiften enligt BRÅ är osäker.

Av BRÅ:s officiella statistik går det inte att utläsa vilka påföljder som dömts ut. I de fall det är fråga om strafförelägganden kan emellertid slutsatsen dras att det rör sig om dagsböter eventuellt i förening med villkorlig dom.

4.4.5 Överväganden om behovet av lagändringar

4.4.5.1 Inledning

Med de ändringar av bestämmelsen i 20 kap. 5 § UtL som vi föreslår blir det straffbart att anställa en utlänning som vistas här utan föreskrivet tillstånd. Frågan är om straffbestämmelsen därefter fullt ut motsvarar de krav på kriminalisering som sanktionsdirektivet ställer upp. För att besvara frågan måste en jämförelse av den svenska straffbestämmelsen och direktivets bestämmelser göras steg för steg.

4.4.5.2 Den brottsliga gärningen

Bedömning: Utöver de ändringar i straffbestämmelsen som föreslagits i avsnitt 4.2.4 krävs inte några författningsändringar för att tillgodose direktivets krav i fråga om den brottsliga gärningen.

I artikel 9 räknas fem situationer upp då överträdelser av förbudet mot anställning av tredjelandsmedborgare som vistas olagligt ska utgöra brott. Det är när överträdelsen fortsätter eller återkommande upprepas, när överträdelsen gäller samtidig anställning av ett betydande antal tredjelandsmedborgare som vistas olagligt, när överträdelsen åtföljs av särskilt exploaterande arbetsförhållanden, när arbetsgivaren vet om att arbetstagaren är offer för människohandel och när fråga är om olaglig anställning av en minderårig.

Straffbestämmelsen i 20 kap. 5 § UtlL i den av oss föreslagna lydelsen omfattar alla fall av anställning av en utlänning som saknar föreskrivet arbetstillstånd. Efter de ändringsförslag som vi har redovisat i avsnitt 4.2 kommer den även att omfatta alla fall av anställning av en utlänning som vistas här utan föreskrivet tillstånd. Någon ytterligare utvidgning av bestämmelsen såvitt avser den brottsliga gärningen är därför inte nödvändig. Eftersom direktivet inte eftersträvar full harmonisering utan endast uppställer krav på minimistandarder är det möjligt att ha mer långtgående bestämmelser i nationell rätt (se artikel 1 och skäl 4). Det finns därför inte heller anledning att göra någon inskränkning i bestämmelsen.

4.4.5.3 Subjektiva förutsättningar för ansvar, m.m.

Bedömning: Den svenska kriminaliseringen går längre än direktivet kräver genom att inte bara uppsåtligt utan även oaktsamt handlande är straffbart. Eftersom direktivet föreskriver minimistandarder är det möjligt att behålla denna reglering.

Enligt straffbestämmelsen i 20 kap. 5 § UtlL är inte enbart uppsåtligt utan även oaktsamt handlande straffbart. Direktivets krav på kriminalisering omfattar endast gärningar som begås uppsåtligen. Den svenska bestämmelsen går alltså längre än vad som är nödvändigt enligt direktivet.

I artikel 4.3 föreskrivs att medlemsstaterna ska säkerställa att arbetsgivare som har fullgjort sina skyldigheter enligt artikel 4.1 (att kontrollera tredjelandsmedborgares rätt till vistelse före anställning, att bevara kopia av den handling som utvisar rätten till vistelse samt att underrätta behörig myndighet om anställningen) inte ska ansvara för överträdelse av förbudet i artikel 3. Detta gäller dock endast såvida arbetsgivaren inte kände till att den handling som visats upp som giltigt uppehållstillstånd eller annan handling som ger rätt till vistelse var en förfalskning. Straffansvar ska alltså enligt direktivet inte aktualiseras i ett sådant fall. Med att känna till avses visshet om att erforderligt tillstånd att vistas här inte föreligger eller att förfalskningen är så dåligt gjord att det är uppenbart att handlingen inte kan vara äkta.

Kravet på uppsåt eller oaktsamhet som en förutsättning för straffansvar enligt 20 kap. 5 § UtL fyller en motsvarande, ansvarsbegränsande funktion. En arbetsgivare som har fullgjort sin kontrollskyldighet torde inte anses ha handlat uppsåtligt eller oaktsamt. Som redogjordes för inledningsvis kan oaktsamhet däremot föreligga i ett fall då någon anställer en utlänning utan att kontrollera om utlänningen har arbetstillstånd (prop. 2003/04:35 s. 84). Svensk rätt innebär dock att en arbetsgivare som har kontrollerat ett dokument som utges för att vara ett arbetstillstånd utan att inse att handlingen är förfalskad trots det kan vara att anse som oaktsam. Så kan nämligen vara fallet om han eller hon borde ha insett att handlingen var förfalskad, exempelvis på grund av att förfalskningen är dåligt gjord utan att vara sådan att det är helt uppenbart att den inte är äkta. Det kan sättas i fråga om det är förenligt med artikel 4.3 att behålla denna ordning eftersom den ställer högre krav på arbetsgivaren än direktivet föreskriver.

Artikel 4.3 skulle kunna uppfattas som en skyddsbestämmelse för arbetsgivare. Direktivets övergripande skyddsintresse är emellertid enligt artikel 1 att motverka olaglig invandring till unionen genom att fastställa gemensamma minimistandarder för sanktioner och åtgärder som medlemsstaterna ska tillämpa gentemot arbetsgivare som överträder detta förbud. Innebörden av att det är ett minimidirektiv förtydligas i skäl 4 där det anges att medlemsstaterna bör ha rätt att anta eller behålla strängare sanktioner och åtgärder och införa strängare skyldigheter för arbetsgivarna. Mot denna bakgrund saknas anledning att ändra de subjektiva förutsättningarna för ansvar i 20 kap. 5 § UtL.

4.4.5.4 Anstiftan och medhjälp

Bedömning: Ansvar för anstiftan och medhjälp till brott enligt 20 kap. 5 § UtL kan aktualiseras redan enligt gällande lagstiftning. Det finns därför inte något behov av lagändringar.

Enligt artikel 9.2 ska medlemsstaterna säkerställa att anstiftan av eller medhjälp till uppsåtliga handlingar av det slag som avses i artikel 9.1 utgör en straffbar gärning.

I den allmänna medverkansbestämmelsen i 23 kap. 4 § brottsbalken föreskrivs att ansvar för brottsbalksbrott ska ådömas inte bara den som utfört gärningen utan även annan som främjat denna med råd eller dåd. Detsamma gäller i fråga om straffbelagd gärning enligt annan lag eller författning, om det är föreskrivet fängelse för brottet eller om särskild föreskrift finns att medverkan ska bestraffas.

Det finns inte någon särskild bestämmelse som föreskriver att medverkan till brott enligt 20 kap. 5 § UtL ska vara straffbar. Således gäller att medverkan är straffbar endast om fängelse är föreskrivet för brottet. Straffet för brott enligt bestämmelsen i fråga är böter eller, när omständigheterna är försvårande, fängelse. Fängelse finns alltså i straffskalan men kan väljas som påföljd endast när omständigheterna är försvårande. Kan vid sådant förhållande fängelse anses ingå i straffskalan på ett sådant sätt att de allmänna medverkansbestämmelserna i 23 kap. 4 § brottsbalken är tillämpliga?

I propositionen med förslag till brottsbalk anges att när en regel anknyter till det straff som är ”stadgat” för brottet så åsyftas genomgående den straffskala som är föreskriven i eller i anslutning till själva brottet. När man i stället talar om vilket straff som ”kan följa” på ett visst brott är det avgörande vilket straff som kan dömas ut i det särskilda fallet, dvs. även med tillämpning av bestämmelser om straffskärpning och strafflindring (prop. 1962:10 C, s. 160 och 541).

Med anledning av det remitterade förslaget till lag om införande av brottsbalken jämte följdändringar i bland annat rättegångsbalken utvecklade Lagrådet sina tankar om dessa uttryck. Lagrådet uttalade därvid följande (prop. 1964:10 s. 324).

När fråga är om försök, förberedelse, stämpling och medverkan måste hänsyn tagas till bestämmelserna i 23 kap. brottsbalken. Beträffande gradindelade brott, såväl i brottsbalken som i specialstraffrätten, torde liksom nu varje grad av brottet böra betraktas som ett särskilt brott med egen straffskala. Om exempelvis straffmaximum för normalfall är fängelse i sex och för grova fall fängelse i två år, skall alltså hänsyn tagas till

det högre maximum endast då brottet i det aktuella fallet är att anse som grovt. Motsvarande bör gälla i fråga om straffbestämmelser, enligt vilka möjligheten att döma till visst straff är betingade av en närmare angiven omständighet, t.ex. 18 kap. 2 §, 19 kap. 11 § och 23 kap. 5 § brottsbalken. Inom specialstraffrätten finnas fortfarande straffbestämmelser, i vilka stadgas straffskärpning vid försvårande och strafflindring vid mildrande omständigheter. Enligt vedertagen uppfattning anses i dylika fall en enda straffskala föreligga; det maximum som gäller vid försvårande omständigheter skall alltså beaktas oberoende av huruvida sådana omständigheter åberopas i det särskilda fallet. - - -

Till förebyggande av missuppfattning må framhållas, att uttrycket ”brott, för vilket är stadgat fängelse” omfattar även brott, vilkas straffskala förutom fängelse innehåller annan straffart, t.ex. böter, samt att uttrycket ”brott, för vilket är stadgat fängelse i två år eller däröver” och liknande uttryck omfattar även fall då lindrigare straff ingår i straffskalan.

Med ledning av Lagrådets nu återgivna uttalande kan konstateras att fängelse ingår i straffskalan för aktuellt brott trots att fängelsestraff kan dömas ut endast om det föreligger försvårande omständigheter. Ansvar för medverkan till brott enligt 20 kap. 5 § UtL kan därför utkrävas med stöd av 23 kap. 4 § brottsbalken. Eftersom ansvar för anstiftan och medhjälp till brott enligt 20 kap. 5 § UtL således kan aktualiseras redan enligt gällande lagstiftning finns inte något behov av lagändringar.

4.4.5.5 Straffsatserna

Bedömning: Den befintliga straffskalan enligt 20 kap. 5 § UtL kan behållas.

Direktivet innehåller inte några bestämmelser om vilka påföljder som medlemsstaterna ska föreskriva för sådana överträdelser av anställningsförbudet som ska utgöra brott och därmed inte heller några krav på miniminivåer i fråga om straffskalor. De enda krav som ställs är att sanktionerna ska vara effektiva, proportionella och avskräckande. Redan kriminaliseringen som sådan avses ha en avskräckande effekt (se skäl 21). Av skäl 24 framgår att skyldigheten att säkerställa effektiva, proportionella och avskräckande straffrättsliga sanktioner enligt direktivet inte påverkar hur medlemsstaterna internt organiserar sina straffrättsliga system.

Den befintliga straffskalan enligt 20 kap. 5 § UtlL kan därför behållas. Påföljdsval och straffmätning ska liksom nu ske i enlighet med de allmänna reglerna i brottsbalken.

5 Kontroll- och underrättelse-skyldighet för arbetsgivare

5.1 Inledning

I detta kapitel redogör vi först för våra överväganden i fråga om genomförande av artikel 4 i sanktionsdirektivet. Den artikeln innehåller bestämmelser som medför vissa skyldigheter för arbetsgivare i fråga om kontroller av arbetstagare från tredje land och underrättelser till behöriga myndigheter. Våra överväganden om genomförande av bestämmelserna om skyldighet att kontrollera tillstånd och att bevara kopia eller utdrag av tillståndshandlingar (artikel 4.1 a och b) redovisas i avsnitt 5.4. I avsnitt 5.5 finns våra överväganden om hur underrättelseskyldigheten enligt artikel 4.1 c ska genomföras. Artikel 4.3 berörs i avsnitt 5.6. Därefter redogör vi i avsnitt 5.7 för den delen av vårt uppdrag som ligger utanför uppdraget att föreslå hur sanktionsdirektivet ska genomföras. Det uppdraget består i att överväga dels om en skyldighet ska införas för arbetsgivare att i vissa fall informera Migrationsverket när en anställning upphör, dels om det ska införas en skyldighet för Migrationsverket att underrätta arbetsgivare om att ett AT-UND eller ett arbetstillstånd har upphört att gälla.

5.2 Direktivets bestämmelser

I artikel 4.1 föreskrivs att medlemsstaterna ska ålägga arbetsgivarna att

- a) kräva att tredjelandsmedborgare innan anställningen påbörjas innehar och för arbetsgivaren uppvisar ett giltigt uppehållstillstånd eller en annan handling som ger dem rätt till vistelse,
- b) åtminstone så länge anställningen varar behålla en kopia av eller ett utdrag av innehållet i uppehållstillståndet eller annan handling som

ger rätt till vistelse, för eventuell inspektion av medlemsstaternas behöriga myndigheter,

- c) underrätta de behöriga myndigheter som utsetts av medlemsstaterna om inledandet av tredjelandsmedborgares anställning inom en period som varje medlemsstat själv ska fastställa.

Det anges i skäl 9 att arbetsgivares skyldighet att kontrollera tredjelandsmedborgares rätt till vistelse innan de anställs gäller även om tredjelandsmedborgarna rekryteras för att utstationeras till en annan medlemsstat i samband med tillhandahållande av tjänster.

Av skäl 10 framgår att skyldigheterna enligt 4.1 införts huvudsakligen för att göra det möjligt för medlemsstaterna att kontrollera om handlingar är förfalskade. Där anges vidare att, för att göra den administrativa bördan så liten som möjligt, medlemsstaterna bör få tillåta att en underrättelse sker inom ramen för andra system för anmälan.

Enligt artikel 4.2 är det tillåtet för medlemsstaterna att besluta att tillämpa ett förenklat förfarande för underrättelse enligt 4.1 c, om arbetsgivaren är en fysisk person och anställningen avser arbete för dennes privata syften. Medlemsstaterna får också besluta att en underrättelse enligt artikel 4.1 c inte är nödvändig, om den anställda har beviljats ställning som varaktigt bosatt enligt direktiv 2003/109/EG av den 25 november 2003 om varaktigt bosatta tredjelandsmedborgares ställning.¹

Slutligen finns i artikel 4.3 en bestämmelse som ålägger medlemsstaterna att säkerställa att arbetsgivare som har fullgjort sina skyldigheter enligt 4.1 inte ska hållas ansvariga för överträdelser av det förbud som anges i artikel 3, såvida arbetsgivarna inte kände till att den handling som uppvisas som giltigt uppehållstillstånd eller annan handling som ger rätt till vistelse var en förfalskning.

5.3 Nuvarande ordning

5.3.1 Nuvarande svenska regler

Enligt gällande rätt finns det inte någon skyldighet för en arbetsgivare att kontrollera och spara en kopia eller ett utdrag av ett arbetstillstånd eller uppehållstillstånd eller motsvarande. Enligt 20 kap. 5 § utlänningslagen (2005:716) (UtlL) är det straffbart att uppsåt-

¹ EUT L 16, 23.1.2004, s. 44.

ligen eller av oaktsamhet ha en utlänning i sin tjänst fastän utlänningen inte har föreskrivet arbetstillstånd. I förarbetena till den bestämmelsen anges att ett exempel på en situation då oaktsamhet kan föreligga är då arbetsgivaren har underlåtit att kontrollera att en utlänning har föreskrivet arbetstillstånd (prop. 2003/04:35 s. 84). En arbetsgivare som vill undgå straffansvar bör således alltid kontrollera att en utlänning som han eller hon avser att anställa har arbetstillstånd, om sådant krävs. Om den presumtive arbetstagaren inte har något bevis om arbetstillstånd att visa upp, bör arbetsgivaren undersöka om utlänningen trots allt har rätt att arbeta på den grunden att han eller hon är undantagen från kravet på arbetstillstånd.

5.3.2 Något om dokumentation av uppehållstillstånd och arbetstillstånd m.m.

Direktivet om sanktioner mot arbetsgivare föreskriver att medlemsstaterna ska ålägga arbetsgivare att kontrollera att en tredjelandsmedborgare som han eller hon avser att anställa verkligen har rätt att vistas här. Om en skyldighet ska föreskrivas, måste den vara möjlig att uppfylla. Dessutom bör den utformas på ett sådant sätt att det praktiska genomförandet orsakar så lite besvär som möjligt för arbetsgivarna. Det kan därför vara värdefullt att reda ut vilka dokument eller andra bevis en tredjelandsmedborgare kan ha som utvisar en rätt att vistas eller arbeta här. Vilka dokument som finns tillgängliga är beroende av på vilken grund en tredjelandsmedborgare vistas eller har rätt att arbeta här.

En tredjelandsmedborgare som beviljas uppehållstillstånd eller arbetstillstånd får en kopia av beslutet. Av beslutet framgår grunden för beviljande av tillstånd och hur länge tillståndet gäller. Om personen beviljas uppehållstillstånd och tillhör någon av de kategorier som är undantagna från kravet på arbetstillstånd, framgår i regel även det av beslutet.

Förutom beslutskopian får utlänningen ett tillståndsmärke (en sticker) infört på en sida i sitt pass. Utlänningar som inte har pass från sitt hemland kan i vissa fall få ett främlingspass eller rese-dokument utfärdat i Sverige. I så fall klistras tillståndsmärket in där. Som en extra säkerhetsåtgärd präglar Migrationsverkets handläggare in en särskild stämpel på tillståndsmärket. Stämpeln präglas så att den syns och känns från såväl framsidan som baksidan av den

sida i passet där tillståndsmärket fästs. Personer som inte har vare sig pass eller främlingspass och som beviljas permanent uppehållstillstånd får ett s.k. PUT-bevis (ett papper försett med foto).

På tillståndsmärket finns ett foto av den person det gäller för. Fotografiet tas på Migrationsverket (eller på ambassad om märket utfärdas där) och innehåller biometriska data (det är samma typ av foto som passfoton). Varje tillståndsmärke har ett särskilt nummer (stickersnummer). Tillståndsmärket är också försett med det ärende- eller dossiernummer som tillståndsärendet har i Migrationsverkets register. Via dossiernumret kan man söka upp ärendet i Migrationsverkets databas och se vilka beslut om tillstånd som finns. På tillståndsmärket anges i regel även grunden för uppehållstillståndet (t.ex. gäststudier eller besök) samt giltighetstid. Om beslutet innefattar arbetstillstånd, anges det och hur länge det gäller. Däremot framgår inte om personen eventuellt är undantagen från kravet på arbetstillstånd (i vissa fall framgår det dock av själva beslutet om uppehållstillstånd). Tillståndsmärket är ett bevis på att det finns ett beslut om uppehållstillstånd eller arbetstillstånd.

Tredjelandsmedborgare som är familjemedlemmar till en EES-medborgare med uppehållsrätt här i landet behöver inte uppehållstillstånd för att vistas här. De har nämligen uppehållsrätt så länge som EES-medborgaren uppfyller de förutsättningar som gäller för uppehållsrätten och så länge som de fortfarande är familjemedlemmar. Det innebär att, om EES-medborgaren har uppehållsrätt på grund av anställning i Sverige, uppehållsrätten upphör om han eller hon blir uppsagd eller anställningstiden löper ut. Upphållsrätten upphör dock inte per automatik. Det är upp till myndigheterna att i varje situation där uppehållsrätt kan ha betydelse bedöma om det föreligger uppehållsrätt. I vissa fall, såsom vid arbetsoförmåga på grund av sjukdom eller olycksfall och vid ofrivillig arbetslöshet, kan en bibehållen uppehållsrätt föreligga (3 a kap. 1 § utlänningsförordningen [2006:97] [UtlF]). När EES-medborgarens uppehållsrätt upphör förlorar även dennes familjemedlemmar som är tredjelandsmedborgare sin uppehållsrätt. Också i det fall att tredjelandsmedborgaren separerar från den EES-medborgare som har uppehållsrätt i Sverige eller EES-medborgaren avlider, faller i princip hans eller hennes uppehållsrätt. Det finns dock bestämmelser i utlänningsförordningen som innebär att en kvardröjande uppehållsrätt kan föreligga (se 3 a kap. UtlF).

En tredjelandsmedborgare som har uppehållsrätt på grund av sin anknytning till en EES-medborgare med uppehållsrätt ska ansöka

om uppehållskort, om han eller hon avser att vistas i Sverige mer än tre månader. Upphållskortet är inte nödvändigt för att uppehållsrätten ska finnas. Det betyder att uppehållsrätt kan föreligga utan att tredjelandsmedborgaren har något uppehållskort (vilket är fallet innan ansökan om uppehållskort gjorts och innan Migrationsverket har hunnit utfärda ett sådant kort). Likaså kan uppehållsrätten ha upphört men tredjelandsmedborgaren alltjämt ha kvar uppehållskortet. Ett uppehållskort är dock nödvändigt för att tredjelandsmedborgare ska kunna styrka att uppehållsrätt föreligger och att han eller hon därmed har rätt att arbeta.

Personer som är varaktigt bosatta i ett annat EU-land är undantagna från kravet på arbetstillstånd. De kan alltså komma hit och börja arbeta genast. Efter tre månader behöver de dock ha uppehållstillstånd. En person som är varaktigt bosatt i ett annat EU-land måste kunna styrka sin identitet genom ett giltigt pass samt uppvisa ett särskilt EU-uppehållstillstånd från det EU-land där personen är varaktigt bosatt. Är dessa förutsättningar inte uppfyllda, avslås ansökan om uppehållstillstånd. Den som inte har ett sådant bevis har inte heller rätt att arbeta under de tre första månaderna, eftersom undantaget från kravet på arbetstillstånd gäller under förutsättning att personen i fråga har ställning av varaktigt bosatt i annat EU-land. Rätten att arbeta utan krav på arbetstillstånd gäller även för den varaktigt bosattes make, maka, eller sambo samt för dennes eller makens barn som är under 21 år eller som är beroende av den varaktigt bosatte för sin försörjning.

Studenter som har beviljats uppehållstillstånd för gäststudier är undantagna från kravet på arbetstillstånd så länge som uppehållstillståndet gäller. Migrationsverket kan återkalla uppehållstillståndet för den som inte längre har kvar studieplatsen, och då upphör även undantaget från kravet på arbetstillstånd att gälla.

Alla asylsökande har ett s.k. LMA-kort. Det är försett med ett foto av innehavaren och med vissa uppgifter om födelsedatum eller eventuellt personnummer och hemspråk. Om den asylsökande har AT-UND framgår även det av kortet. Ett AT-UND innebär att den asylsökande har rätt att arbeta utan arbetstillstånd. En asylsökande som har identitetshandlingar eller som medverkar till att klarlägga sin identitet har rätt till ett AT-UND. Sedan den 1 augusti 2010 gäller att undantag från skyldigheten att ha arbetstillstånd inte gäller, om det är sannolikt att utlänningen kommer att överföras enligt

Dublinförordningen² (s.k. Dublinärenden) eller om det är sannolikt att utlänningen kommer att avvisas med omedelbar verkställighet enligt 8 kap. 6 § UtL (dvs. på grund av att ansökan är uppenbart ogrundad). Undantaget gäller fram till dess att utlänningen lämnar landet eller ett beslut om att bevilja honom eller henne uppehållstillstånd har vunnit laga kraft. Det upphör även om utlänningen inte medverkar till verkställighet av ett lagakraftvunnet beslut om avvisning eller utvisning (5 kap. 4 § UtLF).

I detta sammanhang kan nämnas att Viseringsutredningen i sitt slutbetänkande Fingeravtryck i uppehållstillstånd (SOU 2009:91) har föreslagit vissa ändringar i utlänningslagen och utlänningsförordningen för att svensk lagstiftning ska vara förenlig med EU-förordningen om en enhetlig utformning av uppehållstillstånd³. Utredningen har föreslagit att myndigheter som utfärdar uppehållstillstånd ska få ta upp biometriska kännetecken i form av ansiktsbild och fingeravtryck från personer som ansöker om uppehållstillstånd. Fingeravtrycken och ansiktsbilden ska sparas i ett lagringsmedium i uppehållstillståndet. Åtgärderna införs bland annat för att minska risken för förfalskningar av uppehållstillstånd. Ändringarna föreslås träda i kraft den 1 januari 2011, varefter de nuvarande tillståndsmärkena ska fasas ut fram till den 20 maj 2011.

Kommissionen har lagt fram ett förslag till direktiv om EU-gemensamma regler om en gemensam tillståndshandling för både vistelse och arbete⁴. Kommissionen har föreslagit att reglerna ska gälla tredjelandsmedborgare som ansöker om tillstånd för att uppehålla sig och arbeta i en medlemsstat. Enligt förslaget ska direktivets syfte bland annat vara att fastställa ett gemensamt ansökningsförfarande för en gemensam tillståndshandling avseende både vistelse och arbete. Målet är att underlätta tredjelandsmedborgares tillträde till EU och att underlätta kontroll av deras status.

² Rådets förordning (EG) 343/2003 av den 18 februari 2003 om kriterier och mekanismer för att avgöra vilken medlemsstat som har ansvaret för att pröva en asylansökan som en medborgare i tredje land har gett in i någon medlemsstat (EUT L 50, 25.2.2003, s. 1).

³ Rådets förordning (EG) 1030/2002 av den 13 juni 2002 om en enhetlig utformning av uppehållstillstånd för medborgare i tredjeland (EGT L 157, 15.6.2002, s. 1).

⁴ Proposal for a council directive on a single application procedure for a single permit for third-country nationals to reside and work in the territory of a Member State and on a common set of rights for third-country workers legally residing in a Member State, 23.10.2007, COM(2007) 638 final.

5.4 Skyldigheten att kontrollera och bevara handlingar

Förslag: Arbetsgivare ska ges en uttrycklig skyldighet att kontrollera att en tredjelandsmedborgare som anställs har föreskrivet tillstånd för att vistas och arbeta här. Kontrollen ska ske innan en tredjelandsmedborgare påbörjar en anställning hos arbetsgivaren genom att tredjelandsmedborgaren visar upp den eller de handlingar som utvisar hans eller hennes rätt att vistas och arbeta i Sverige.

Arbetsgivare ska även ha en skyldighet att under anställningstiden och sex månader därefter behålla en kopia av eller ett utdrag ur den handling som visar att arbetstagaren har föreskrivet tillstånd att vistas och arbeta här. Arbetsgivares skyldigheter i nu nämnda hänseenden ska dock inte gälla beträffande tredjelandsmedborgare som är familjemedlemmar till EES-medborgare som har uppehållsrätt eller till medborgare i Schweiz som utövar sin rätt till fri rörlighet.

5.4.1 Behövs en lagändring för att uppfylla direktivets krav?

Som vi redogjort för i avsnitt 5.2 föreskriver direktivet att arbetsgivare åläggs att, innan anställningen av en tredjelandsmedborgare påbörjas, kontrollera att denne har rätt att vistas i landet genom att begära att tredjelandsmedborgaren visar upp en giltig handling som styrker rätten till vistelse. Arbetsgivare ska vidare förpliktas att behålla en kopia av eller ett utdrag ur den uppvisade handlingen.

I svensk rätt finns som tidigare nämnts inget uttryckligt krav på en arbetsgivare att kontrollera att en utlänning har föreskrivet arbetstillstånd. Däremot anses det normalt som en straffbar oaktsamhet att anställa en utlänning (som saknar arbetstillstånd om sådant krävs) utan att dessförinnan ha kontrollerat att föreskrivet arbetstillstånd finns. Dessutom kan den som anställer en person som inte har föreskrivet arbetstillstånd åläggas en särskild avgift enligt 20 kap. 12 § UtlL, oavsett om uppsåt eller oaktsamhet kan läggas arbetsgivaren till last. En arbetsgivare som underlåter att kontrollera att nödvändiga tillstånd finns gör det således på egen risk.

I föregående kapitel har vi föreslagit att anställningsförbudet i artikel 3 i direktivet genomförs genom att straffbestämmelsen i

20 kap. 5 § UtL utvidgas till att omfatta även anställning av en utlänning som vistas här olagligt. Detta innebär att en arbetsgivare, som vill vara säker på att inte ådra sig ansvar enligt dessa bestämmelser, kommer att behöva kontrollera att den utlänning som han eller hon avser att anställa har rätt att såväl arbeta som vistas här. Direktivets bestämmelse torde emellertid ställa krav på att kontrollskyldigheten är uttryckligen uttalad och att handlingar alltid kontrolleras för att fastställa att det finns en rätt till vistelse. Detta talar för att kontrollskyldigheten måste författningsregleras.

Skyldigheten att bevara en kopia av den handling som styrker rätten till vistelse saknar helt motsvarighet i nuvarande svensk lagstiftning. Syftet torde vara att underlätta myndighetskontroller och de utredningar som görs i samband med en inspektion. Det torde emellertid även vara av betydelse för arbetsgivarna eftersom en arbetsgivare med stöd av en bevarad sådan handling kan visa att kontroll av vistelserätten verkligen har utförts. För att uppfylla direktivets krav i detta hänseende måste regler införas om att en arbetsgivare ska bevara en kopia av eller ett utdrag ur den handling som en presumtiv anställd har visat upp för att styrka sin rätt att vistas här.

Bestämmelserna om att arbetsgivare ska kontrollera tillståndshandlingar och bevara kopior eller utdrag av dessa under viss tid bör föras in i utlänningsförordningen.

5.4.2 Vem ska arbetsgivarens kontroll avse?

Straffbestämmelsen i 20 kap. 5 § UtL innehåller i sin nuvarande lydelse ett förbud mot att anställa en ”utlänning” som inte har föreskrivet arbetstillstånd. Vi föreslår inte någon ändring i detta hänseende (se avsnitt 4.2.4.2). Begreppet ”utlänning” i utlänningslagen omfattar alla personer som inte är svenska medborgare. Direktivet tar emellertid sikte endast på anställning av tredjelandsmedborgare. En författningsreglerad kontrollskyldighet behöver således inte utsträckas till att avse alla utlänningar.

Med tredjelandsmedborgare avses enligt utlänningslagens definition en utlänning som inte är medborgare i en EU-stat, i en annan EES-stat eller i Schweiz. Denna definition skiljer sig från direktivets definition. Enligt artikel 2 a i direktivet är nämligen personer som, utan att vara unionsmedborgare, åtnjuter fri rörlighet enligt gemenskapslagstiftningen i enlighet med artikel 2.5 i kodexen om Schengen-

gränserna⁵ inte heller tredjelandsmedborgare i direktivets mening. En tredjelandsmedborgare som är familjemedlem till en EES-medborgare (medborgare i ett EU-land eller i Island, Norge eller Liechtenstein) eller till en medborgare i Schweiz som utövar sin rätt till fri rörlighet är därmed inte att anse som tredjelandsmedborgare vid tillämpning av direktivet.

Av det nu sagda följer att bestämmelser om skyldighet att kontrollera tredjelandsmedborgares handlingar som ger rätt till vistelse och arbete samt att bevara kopior eller utdrag av sådana handlingar inte behöver gälla för andra än tredjelandsmedborgare enligt direktivets definition. För att inte öka arbetsgivarnas administrativa börda mer än nödvändigt bör skyldigheten inte sträcka sig längre än direktivet kräver. Det måste också beaktas att en uttrycklig kontrollskyldighet och särskilt en skyldighet att bevara handlingar kan uppfattas som ett hinder mot den fria rörligheten för personer. Mot denna bakgrund bör den uttryckligen reglerade kontroll- och bevarandeskyldigheten inte omfatta tredjelandsmedborgare som har rätt till fri rörlighet.

För att vara säker på att kontrollskyldighet och skyldighet att bevara en kopia av tillståndshandlingen inte föreligger vid anställning av en person kan en arbetsgivare behöva förvissa sig om att denne verkligen tillhör en grupp som utövar sin rätt till fri rörlighet och som därmed inte är en tredjelandsmedborgare i direktivets mening. Detta kan ske genom att arbetsgivaren frågar utlänningen om hans eller hennes medborgarskap och om grunden för rätten att vistas i Sverige.

En arbetsgivare måste också ha rätt att på frivilliga grunder behålla en kopia av ett uppehållskort som han eller hon har kontrollerat. I fråga om tredjelandsmedborgare som är familjemedlemmar till EES-medborgare som har uppehållsrätt finns nämligen en risk för att det uppvisade uppehållskortet inte är rättvisande eftersom uppehållsrätten kan ha upphört (se vidare avsnitt 5.3.2). En arbetsgivare måste dock rimligen kunna lita på informationen i ett uppehållskort. Det kan ändå vara bra att kunna visa att kontrollen verkligen har utförts. Något krav bör emellertid inte ställas upp.

Vi har valt att använda begreppet ”tredjelandsmedborgare” i lagtexten, inte ”utlänning” som annars är det begrepp som normalt används i utlänningslagstiftningen. Den främsta anledningen till detta är att vi anser att det blir missvisande att använda ”utlänning” efter-

⁵ Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 562/2006 av den 15 mars 2006 om en gemenskapskodex om gränspassage för personer (EUT L 105, 13.4.2006, s. 1).

som det träffar en betydligt större grupp än ”tredjeland-medborgare”, nämligen även alla medborgare i EU- och andra EES-länder samt i Schweiz.

5.4.3 Vad ska arbetsgivarens kontroll avse?

Enligt svensk rätt fordras som huvudregel arbetstillstånd för att en utlänning ska få arbeta här i landet. Detta krav ska gälla även fortsättningsvis. Straffbestämmelsen i 20 kap. 5 § UtlL kommer därför att sanktionera inte bara en arbetsgivare som anställer en utlänning som vistas här olagligt utan även en arbetsgivare som anställer en utlänning som visserligen vistas här lagligt men som saknar arbetstillstånd i de fall det är föreskrivet. Frågan är om den uttryckliga kontrollskyldighet som införs för att genomföra direktivets bestämmelse ska omfatta även om det finns en rätt att arbeta. Detta är alltså inte nödvändigt för att uppfylla direktivets krav. I direktivets femte skäl anges dessutom att direktivet inte bör tillämpas på tredjeland-medborgare som vistas lagligt i en medlemsstat, oavsett om de har tillåtelse att arbeta på dess territorium. Det är emellertid tillåtet att i nationell lagstiftning förbjuda anställning av tredjeland-medborgare som vistas lagligt i landet men som arbetar i strid med sin vistelsestatus.

Av detta följer att det i och för sig är tillräckligt enligt direktivet att föreskriva kontroll av rätten till vistelse. Enligt vår mening är det emellertid vilseledande med en ordning där det uttryckligen anges att en arbetsgivare ska kontrollera om en tredjeland-medborgare (med undantag bland annat för dem som har uppehållsrätt här) som han eller hon har för avsikt att anställa vistas här lovligt, men det inte framgår att arbetsgivaren i praktiken måste kontrollera även om arbetstillstånd behövs och i så fall att sådant finns. Det enda rimliga är därför, trots att detta alltså inte är nödvändigt för att genomföra direktivet på ett korrekt sätt, att kontrollskyldigheten utformas så att den i detta avseende fullt ut korresponderar med en ny lydelse av 20 kap. 5 § UtlL. Arbetsgivarens kontroll ska alltså avse inte bara att personen i fråga har föreskrivet tillstånd för vistelse här utan även att han eller hon har arbetstillstånd i de fall sådant krävs.

Arbetstillstånd och uppehållstillstånd framgår i regel av en och samma handling, vanligen av ett tillståndsmärke, s.k. sticker, i passet. Det innebär således i regel inte något merarbete för en arbetsgivare

att kontrollera att rätt till såväl arbete som vistelse föreligger. Om en person inte har ett kombinerat uppehålls- och arbetstillstånd, måste en arbetsgivare kontrollera att rätt till vistelse föreligger. En tredjelandsmedborgare kan ha rätt att vistas här på grund av uppehållstillstånd eller, under kortare tid än tre månader, med endast visering eller, om viseringsfrihet gäller, utan visering. Om en person har rätt att vistas här men saknar arbetstillstånd, måste dock arbetsgivaren även förvissa sig om att personen omfattas av ett undantag från kravet på arbetstillstånd. För den som är viseringsfri behöver arbetsgivaren kontrollera passet för att se att personen är medborgare i en stat med vilken Schengenländerna har ingått avtal om viseringsfrihet. Dessutom måste kontroll göras av att det finns tillståndsfri tid kvar. Det sistnämnda gäller även i fråga om personer som vistas här på grund av visering. Det kan vara värt att peka på att den omständigheten att någon har F-skattsedel inte bevisar att vederbörande har rätt att vistas här.

Vad gäller då om en arbetsgivare kontrollerar att uppehålls- och arbetstillstånd finns när anställningen påbörjas men dessa löper ut under anställningstiden? Vi anser att arbetsgivaren själv måste ansvara för att bevaka att arbetstillståndet eller uppehållstillståndet förnyas när dess giltighetstid löper ut. I samband med kontrollen av att nödvändiga tillstånd finns måste arbetsgivaren alltså kontrollera även giltighetstiden för dessa. I de fall ett tidsbegränsat arbetstillstånd eller AT-UND löper ut under anställningstiden bör arbetsgivaren kunna hållas ansvarig eftersom tillståndets respektive LMA-kortets giltighetstid har stått klar för arbetsgivaren redan då anställningen inleddes. Om tillståndet av någon anledning återkallas i förtid, är det däremot inte rimligt att kräva att arbetsgivaren ska känna till detta. I avsnitt 5.7.3 återkommer vi till frågan om det finns skäl att införa en skyldighet för Migrationsverket att underrätta en arbetsgivare om att ett arbetstillstånd eller ett AT-UND har upphört.

Vi har enligt utredningsdirektiven att beakta regeringens mål att minska företagens administrativa kostnader och att utforma reglerna på ett för arbetsgivaren lämpligt och ändamålsenligt sätt. Det finns som tidigare nämnts enligt nuvarande reglering inte någon uttrycklig skyldighet för arbetsgivare att kontrollera att en utlänning har arbetstillstånd. För att undgå straffansvar måste arbetsgivare emellertid i praktiken vidta kontrollåtgärder redan enligt nu gällande regler. Särskild avgift enligt 20 kap. 12 § UtL kan åläggas oberoende av om uppsåt eller oaktsamhet kan läggas arbetsgivaren till last.

Den skyldighet som vi föreslår innebär visserligen att även rätt till vistelse ska kontrolleras. Upphålls- och arbetstillstånd framgår dock ofta av samma handling, och bevis om sådana tillstånd finns i regel i passet. Vår bedömning är därför att den föreslagna kontrollskyldigheten inte ska medföra någon nämnvärd ökning av den administrativa bördan för arbetsgivarna. Däremot kommer skyldigheten att bevara kopia av eller utdrag ur en uppvisad handling att innebära att arbetsgivare drabbas av ökade kostnader för administration. Direktivet lämnar emellertid inte någon möjlighet för medlemsstaterna att avstå från att införa en sådan skyldighet.

5.4.4 Särskilt om risken för diskriminering

Bedömning: Migrationsverket bör få i uppdrag att utveckla sin service till arbetsgivare och erbjuda allmänna råd och stöd för hur kontrollen av tredjelandsmedborgare bäst kan genomföras. För att säkerställa att kontrollerna kan göras på ett sätt som inte är diskriminerande bör Migrationsverket samråda med Diskrimineringsombudsmannen vid utarbetandet av sådana råd.

Enligt 2 kap. 1 § diskrimineringslagen (2008:567) får en arbetsgivare inte diskriminera den som hos arbetsgivaren gör en förfrågan om eller söker arbete. Med diskriminering avses bland annat direkt diskriminering som innebär att någon missgynnas genom att behandlas sämre än någon annan behandlas, har behandlats eller skulle ha behandlats i en jämförbar situation, om missgynnandet har samband med bland annat etnisk tillhörighet (med vilket avses nationellt eller etniskt ursprung, hudfärg eller annat liknande förhållande, 1 kap. 4 § 1 och 5 § 3). Indirekt diskriminering innebär att någon missgynnas genom tillämpning av en bestämmelse, ett kriterium eller ett förfaringsätt som framstår som neutralt men som kan komma att särskilt missgynna personer med viss etnisk tillhörighet, såvida inte bestämmelsen, kriteriet eller förfaringsättet har ett berättigat syfte och de medel som används är lämpliga och nödvändiga för att uppnå syftet.

Direktivet tar naturligtvis inte sikte på det stora flertalet arbetsgivare som strävar efter att följa de regler som gäller för anställning av tredjelandsmedborgare utan på de arbetsgivare som inte bryr sig om att kontrollera tillstånd. Det är endast kraven på att bevara

kopia eller dylikt av tillståndshandlingen och att underrätta myndighet som drabbar alla arbetsgivare. Sanktioner kan endast bli aktuella för dem som – förenklat uttryckt – överträder anställningsförbudet utan att vara i god tro. Det kan emellertid tänkas att de i viss mån skärpta sanktionerna mot arbetsgivare gör att en arbetsgivare kan känna en oro för att göra fel och att han eller hon därför, vid osäkerhet om vad som gäller, väljer att anställa en person med rätt till fri rörlighet inom EU i stället för en sådan tredjelandsmedborgare som omfattas av direktivet.

Det finns alltså en risk för att de skärpta krav på arbetsgivare som anställer tredjelandsmedborgare som föreskrivs i direktivet, liksom de sanktioner och åtgärder som ska kunna vidtas mot arbetsgivare vid anställning av personer som inte har rätt att vistas här, får en hämmande effekt på arbetsgivares vilja att anställa personer med utländsk bakgrund. Direktivet som sådant kan därför leda till diskriminerande strukturer och medföra negativa effekter för tredjelandsmedborgares möjligheter att få arbete i Sverige. Vi är emellertid tvungna att genomföra direktivet. Genomförandet bör dock ske på ett sätt som så långt möjligt motverkar risken för sådana negativa effekter. För att kontrollen ska bli effektiv och fylla sin funktion, men också för att arbetsgivare inte ska känna osäkerhet i fråga om vad som gäller i en given situation, bör Migrationsverket få i uppdrag att utveckla sin service till arbetsgivare och erbjuda allmänna råd och stöd för hur den föreskrivna kontrollen bäst kan genomföras.

Utöver detta finns en risk att de regler som införs för att genomföra direktivet i praktiken tillämpas på ett diskriminerande sätt. Det kan innebära att olika grupper av personer med utländsk bakgrund, även de som är svenska medborgare, behandlas olika beroende på bland annat etnisk tillhörighet, utseende och språkkunskaper. Detta kan ske genom att vissa grupper av personer med utländsk bakgrund kontrolleras i större utsträckning än nödvändigt, medan andra grupper kontrolleras i mindre utsträckning än föreskrivet. För att undvika att tillämpa lagstiftningen på ett diskriminerande sätt bör arbetsgivare vara medvetna om dessa risker och vinnlägga sig om att såväl anställda som presumtiva arbetstagare behandlas på ett icke-diskriminerande sätt. Diskrimineringsombudsmannen ger (bland annat via sin hemsida) redan i dag råd och information till arbetsgivare om hur diskriminering kan förebyggas. Vidare bör Migrationsverket samråda med Diskrimineringsombudsmannen vid utarbetandet av de råd som nämnts i det föregående,

för att ta vara på kunskaper om hur kontrollskyldigheten i praktiken kan genomföras utan att bli diskriminerande.

5.4.5 Särskilt om arbetsgivares skyldighet att bevara handlingar

Som tidigare konstaterats finns det i dag inte någon motsvarighet till direktivets krav på arbetsgivare att bevara handlingar beträffande utländska arbetstagare. I Finland finns dock redan en sådan ordning. En arbetsgivare ska enligt den finska utlänningslagen (73 § andra stycket utlänningslagen 30.4.2004/301) försäkra sig om att utlänningar som anställs eller är anställda har ett sådant uppehållstillstånd för arbetstagare som krävs eller att de inte behöver något uppehållstillstånd. Arbetsgivaren ska på arbetsplatsen förvara uppgifter om bland annat utländska arbetstagares personuppgifter. Av uppgifterna ska också framgå om rätten att arbeta grundar sig på medborgarskap i ett EU- eller EES-land, ett gällande uppehållstillstånd för arbetstagare eller på annan omständighet som enligt den finska utlänningslagen ger rätt att arbeta. Arbetsgivaren ska förvara uppgifterna så att Arbetarskyddsförvaltningen vid behov kan granska dem utan svårigheter. Uppgifterna kan t.ex. föras in på en blankett som myndigheten tillhandahåller. Arbetsgivaren ska förvara uppgifterna fyra år efter det att utlänningsansställningsförhållande upphört.

Den skyldighet som föreskrivs i sanktionsdirektivet innebär att en arbetsgivare måste antingen ta en fotokopia av den eller de handlingar som en blivande arbetstagare visar upp för att styrka sin rätt att uppehålla sig i Sverige, eller bevara ett utdrag ur handlingarna. Det anges inte närmare vad som menas med "ett utdrag". Den metod som tillämpas i Finland, nämligen att arbetsgivaren på en särskild blankett, som också förefaller fungera som en checklista för arbetsgivaren, antecknar grunderna för rätten att vistas och arbeta i landet, bör enligt vår uppfattning kunna ses som ett sådant utdrag, om den kombineras med vissa andra uppgifter. Uppgifter tillräckliga för att avgöra den anställdes identitet måste naturligtvis sparas (dvs. person- eller samordningsnummer om sådant finns, namn och adress) liksom anteckningar om typ av tillstånd, numret på tillståndsbeviset, tillståndets giltighetstid och eventuella begränsningar i tillståndet. Även passnummer bör anges. I de fall vistelserätten grundas på medborgarskap i en stat med vilken Sverige har ingått

avtal om viseringsfrihet bör även uppgift om medborgarskap bevaras. Det bör i sammanhanget framhållas att det inte av ett tillståndsbevis eller PUT-bevis framgår på vilka grunder en person har beviljats uppehållstillstånd, t.ex. skyddsskäl. Inte heller av själva beslutet om uppehållstillstånd framgår detta. Av beslutsmotiveringen framgår sådana skäl men det är aldrig nödvändigt för en arbetsökande att visa upp den delen av beslutet, än mindre för arbetsgivaren att spara en kopia av den.

Huvuddelen av den information som ska sparas utgör personuppgifter enligt personuppgiftslagen (1998:204) (PuL). Behandling av personuppgifter som är helt eller delvis automatiserad måste följa bestämmelserna i personuppgiftslagen (5 § första stycket PuL). Även manuell behandling av personuppgifter omfattas av lagen, om uppgifterna ingår i eller är avsedda att ingå i en strukturerad samling av personuppgifter som är tillgängliga för sökning eller sammanställning enligt särskilda kriterier (5 § andra stycket PuL).

Personuppgiftslagen omfattar alltså i princip all behandling av personuppgifter som är helt eller delvis automatiserad. När det gäller personuppgifter i s.k. ostrukturerat material, dvs. uppgifter som inte ingår i eller är avsedda att ingå i en samling av personuppgifter som har strukturerats för att påtagligt underlätta sökning efter eller sammanställning av personuppgifter, görs det emellertid i 5 a § PuL undantag från flera av lagens bestämmelser.

Så länge som uppgifterna bevaras på papper och endast behandlas manuellt genom att samlas sorterade i bokstavsordning efter namn i en pärm, mapp eller liknande torde det vara fråga om en samling av personuppgifter som inte omfattas av personuppgiftslagen. Vi bedömer därför att den behandling av personuppgifter som blir nödvändig för att arbetsgivare ska kunna fullgöra sin skyldighet att bevara en kopia av eller ett utdrag ur uppvisade tillståndshandlingar i de flesta fall sannolikt faller utanför personuppgiftslagens tillämpningsområde. Huruvida personuppgiftslagen är tillämplig måste dock avgöras från fall till fall. Om en arbetsgivare väljer att samla informationen på ett sådant sätt att personuppgiftslagen blir tillämplig måste behandlingen av personuppgifter dock ske i enlighet med lagens bestämmelser.

En första förutsättning för att behandling över huvud taget ska få ske är att behandlingen är tillåten enligt 10 § PuL. Om den registrerade har lämnat sitt samtycke till behandlingen är den tillåten.

När det gäller känsliga personuppgifter är utgångspunkten att de inte får behandlas alls. Till de känsliga personuppgifterna hör en

uppgift som avslöjar en persons ras eller etniska ursprung (13 § PuL). Enligt regeringens bedömning avslöjar en isolerad uppgift om medborgarskap varken ras eller etniskt ursprung (prop. 2001/02:144 s. 41). Däremot kan en uppgift om medborgarskap i kombination med namn i vissa fall avslöja en persons etniska ursprung. I vissa fall kan det därför finnas känsliga personuppgifter i den information om tredjelandsmedborgare som arbetsgivare blir skyldiga att bevara.

För att få lov att behandla känsliga personuppgifter krävs att något av undantagen i 14–19 §§ PuL är för handen. Om den registrerade har lämnat sitt uttryckliga samtycke till behandlingen eller på ett tydligt sätt offentliggjort uppgifterna är behandling tillåten.

Uppgifter om personnummer eller samordningsnummer får utan samtycke behandlas bara under vissa i lagen angivna förutsättningar (22 § PuL). Vi bedömer att bevarandet i de flesta fall kommer att vara tillåtet på grund av att samtycke föreligger. Samtycke får nämligen anses finnas om tredjelandsmedborgaren själv lämnar ifrån sig sitt person- eller samordningsnummer (jfr Datainspektionens rapport 2002:3 s. 9).

Sammanfattningsvis innebär de regler vi föreslår för att genomföra direktivets bestämmelser på denna punkt inte någon skyldighet för arbetsgivare att upprätta ett dataregister eller annars behandla uppgifterna på ett helt eller delvis automatiserat sätt. Inte heller måste en arbetsgivare i övrigt strukturera uppgifterna på ett sådant sätt att personuppgiftslagens bestämmelser blir tillämpliga. Vi bedömer därför att de regler vi föreslår för att genomföra direktivets krav på arbetsgivare att bevara vissa handlingar eller uppgifter inte kommer i konflikt med personuppgiftslagens bestämmelser. Den arbetsgivare som överväger att ändå exempelvis upprätta ett register över sina anställda eller annars hantera uppgifterna på ett sätt som gör att personuppgiftslagen blir tillämplig måste däremot först förvissa sig om att detta sker i enlighet med den lagens bestämmelser. Detta sker enklast genom att inhämta samtycke av den person som anställs.

I sanktionsdirektivet föreskrivs att handlingarna måste bevaras minst så länge som anställningen av tredjelandsmedborgaren pågår. Det kan finnas skäl att bestämma tiden något längre för att göra det möjligt att i efterhand kontrollera att reglerna för anställningen har följts. Samtidigt ska en arbetsgivare inte behöva förvara handlingarna längre tid än nödvändigt. Mer än två år efter det att anställningen upphörde kan inte komma i fråga mot bakgrund av att preskrip-

tionstiden för ett eventuellt brott mot 20 kap. 5 § UtL då löper ut. Det är dock tveksamt om handlingarna behöver bevaras under så lång tid. Det bör räcka att arbetsgivarna bevarar handlingarna i sex månader efter det att anställningen upphörde.

Vi anser att det inte behövs någon särskild sanktion för den arbetsgivare som inte uppfyller kontrollskyldigheten eller skyldigheten att bevara en kopia av den handling som ger rätt till vistelse. Enligt vår bedömning är det tillräckligt att den som inte fullgör skyldigheterna riskerar att drabbas av administrativa eller straffrättsliga sanktioner, för det fall det visar sig att han eller hon har anställt någon som inte har rätt att vistas och arbeta här.

5.5 Skyldighet att underrätta behörig myndighet om anställning av tredjelandsmedborgare

5.5.1 Inledning

I detta avsnitt redovisar vi våra överväganden i fråga om hur direktivets krav på underrättelseskyldighet för arbetsgivare vid anställning av tredjelandsmedborgare ska genomföras. Inledningsvis redogör vi för dels bestämmelser om underrättelseskyldighet vid anställning som funnits längre tillbaka i tiden, dels reglerna om underrättelse i samband med anställning av en person med AT-UND. Därefter behandlar vi frågan om vilken myndighet som ska utses att ta emot underrättelserna och hur och när underrättelserna ska lämnas.

5.5.2 Underrättelseskyldighet vid anställning enligt 1980 års utlänningsförordning

Före 1989 fanns en skyldighet för arbetsgivare att underrätta en myndighet vid anställning av utlänningar. Enligt 62 § i 1980 års utlänningsförordning (1980:377) skulle den som anställde en utlänning som fyllt 16 år göra en skriftlig anmälan till polismyndigheten när utlänningen tillträdde och slutade anställningen. Anmälan skulle lämnas eller sändas med posten inom 24 timmar från det utlänningen hade tillträtt respektive slutat anställningen. Anmälan skulle innehålla uppgifter bland annat om arbetets art, tiden för anställningens början eller upphörande och huruvida utlänningen hade arbetstillstånd. Det kan nämnas att anmälan till polismyn-

dighet skulle göras även av den som drev hotell eller pensionat när denne upplät bostad åt en utlänning. Det föreskrevs vidare att, om en utlänning vägrade att lämna sådana uppgifter om sig som behövdes för underrättelse eller anmälan enligt dessa regler, detta genast skulle anmälas till polismyndigheten. Detsamma gällde om det kunde antas att utlänningen lämnade oriktiga uppgifter eller om han eller hon vägrade att visa sitt pass för kontroll av hans eller hennes uppgifter. Underrättelse skulle göras på en blankett som tillhandahölls av polismyndigheterna.

Enligt Rikspolisstyrelsens föreskrifter till de nu redovisade bestämmelserna (FAP 273-1 utfärdad den 16 januari 1986) skulle polisen övervaka att underrättelse- och anmälningskyldigheten fullgjordes, i samband med granskning av inkomna underrättelser och anmälningar undersöka om en utlänning hade nödvändiga tillstånd och vidta de åtgärder som kunde föranledas av undersökningen, samt slutligen i register samla inkomna bostads- och avflyttningsanmälningar samt anmälningar om tillträddande och upphörande av anställning.

Vid den tidpunkt då anmälan om anställning och upphörande av anställning skulle göras till polismyndigheten var det polismyndigheten som tog emot ansökningar om uppehålls- och arbetstillstånd. Detta var sannolikt ett av skälen till att anmälningskyldigheten skulle fullgöras till polismyndigheten. Ett annat skäl för detta var att det, då som nu, är polisen som ansvarar för den inre utlänningskontrollen (se 9 kap. 9 § utlänningslagen).

5.5.3 Andra bestämmelser om underrättelskyldighet

I 7 kap. 1 § UtIF finns föreskrifter om att en underrättelse om en utlännings fullständiga namn, födelsedatum, medborgarskap och bostadsadress här i landet i vissa fall ska lämnas till polismyndigheten i det polisdistrikt där utlänningen är bosatt eller huvudsakligen vistas. En sådan underrättelse behövs dock inte beträffande den som har sökt uppehållstillstånd i Sverige eller den som är undantagen från skyldigheten att ha uppehållstillstånd. Underrättelse ska lämnas av Skatteverket, arbetsförmedlingskontor, socialnämnd eller styrelsen för utbildningen vid grundskolan eller gymnasiet i samband med att utlänningen första gången registrerar sig eller motsvarande vid den berörda myndigheten. Exempelvis ska Skatteverket lämna en underrättelse när en utlänning första gången anmäler sig

till folkbokföring i Sverige eller ska folkbokföras här utan egen anmälan, eller när en utlänning ansöker om att få en skattsedel och inte kan visa att han eller hon har arbetstillstånd eller permanent uppehållstillstånd. Polismyndigheten ska med anledning av en underrättelse se till att utlänningen ansöker om uppehålls- eller arbetstillstånd hos Migrationsverket eller vidta de andra åtgärder som underrättelsen ger anledning till.

Enligt 7 kap. 1 a § UtlF ska en arbetsgivare som anställer en utlänning som enligt 5 kap. 4 § samma förordning är undantagen från skyldigheten att ha arbetstillstånd, dvs. en utlänning med ett s.k. AT-UND, lämna underrättelse om anställningen till Migrationsverket. Underrättelsen ska innehålla utlänningens fullständiga namn, födelsedatum, medborgarskap och bostadsadress här i landet samt uppgift om vilket yrke och vilken tidsperiod som anställningen avser. När anställningen upphör ska en underrättelse med motsvarande innehåll lämnas till Migrationsverket, närmare bestämt till den asylmottagning vid vilken den asylsökande är inskriven.

Huvudsyftet med att införa en skyldighet för arbetsgivare att underrätta Migrationsverket om anställning av en asylsökande med AT-UND var att motverka att asylsökande beviljas dagersättning på felaktiga grunder. Asylsökandes rätt till dagersättning påverkas nämligen av om denne har en inkomst eller inte. Asylsökande som arbetar ska själva anmäla detta till Migrationsverket eftersom deras rätt till dagersättning minskar eller upphör så länge de har en arbetsinkomst. Den som har inkomst från förvärvsarbete och som har logi på en förläggning ska också betala ett skäligt belopp till Migrationsverket för boende och även för kost om sådan ingår (prop. 2007/08:147 s. 43). Enligt en rapport som Migrationsverket presenterade 2003 fanns ett stort antal asylsökande som avsiktligt eller oavsiktligt uppbar dag- och boendeersättning samtidigt som de hade inkomst. För att stävja detta har underrättelseskyldighet även för arbetsgivarna införts (SOU 2006:87, s. 206 f.). Underrättelsen sker genom att arbetsgivaren fyller i ett skriftligt formulär. Blanketten ska sedan skickas till den mottagningsenhet där den asylsökande är inskriven.

Det finns i dag inte någon etablerad ordning för att ta in och bearbeta statistik över antalet underrättelser som kommer in. Enligt Migrationsverket är kännedomen om kravet på underrättelse dålig bland arbetsgivarna såvitt kan bedömas utifrån telefonsamtal och andra kontakter. Det framgår t.ex. då arbetsgivare hör av sig till Migrationsverket för att kontrollera att den asylsökande verkligen

har rätt att arbeta. Om kännedomen om det nuvarande systemet är dålig, innebär det med all sannolikhet att underrättelse inte sker i alla de fall där det borde ske.

Underrättelseskyldigheten i bland annat 7 kap. 1 a § UtIF är straffsanktionerad i 20 kap. 6 § UtlL. Där föreskrivs att den som uppsåtligt eller av oaktsamhet inte gör sådan anmälan som nu sagts eller som i en sådan anmälan medvetet lämnar oriktig uppgift döms till böter eller, när omständigheterna är försvårande, fängelse i högst sex månader. Såvitt man kan se av statistik från BRÅ förekommer endast enstaka lagföringar per år med stöd av denna straffbestämmelse.

Förutom vid anställning av utlänningar med AT-UND finns det inte några föreskrifter om att arbetsgivare har skyldighet att meddela Migrationsverket eller någon annan myndighet före eller i samband med att en anställning av en utlänning börjar eller upphör.

5.5.4 Tänkbara myndigheter

I vårt uppdrag ingår att ange till vilken myndighet arbetsgivaren ska lämna underrättelse om anställning av tredjelandsmedborgare. De myndigheter som ligger närmast till hands för att få uppdraget är Polisen, Migrationsverket, Skatteverket och Bolagsverket. Nedan redogör vi kortfattat för vilka uppgifter dessa myndigheter har i dag.

Polisens arbete ska enligt 1 § polislagen (1984:387) syfta till att upprätthålla allmän ordning och säkerhet samt i övrigt tillförsäkra allmänheten skydd och annan hjälp. Till polisens uppgifter hör enligt 2 § polislagen att

1. förebygga brott och andra störningar av den allmänna ordningen eller säkerheten,
2. övervaka den allmänna ordningen och säkerheten, hindra störningar därav samt ingripa när sådana har inträffat,
3. bedriva spaning och utredning i fråga om brott som hör under allmänt åtal,
4. lämna allmänheten skydd, upplysningar och annan hjälp, när sådant bistånd lämpligen kan ges av polisen,
5. fullgöra den verksamhet som ankommer på polisen enligt särskilda bestämmelser.

Det är dessutom polisen som enligt 9 kap. 9 § UtL har ansvaret för den inre utlänningskontrollen. Enligt 3 § ska polisen samarbeta med andra myndigheter och organisationer vilkas verksamhet berör polisverksamheten.

Migrationsverket är enligt 1 § förordningen (2007:996) med instruktion för Migrationsverket förvaltningsmyndighet för frågor som rör uppehållstillstånd, arbetsstillstånd, visering, mottagande av asylsökande, återvändande, medborgarskap och återvandring. Verket ska fullgöra de uppgifter som myndigheten har enligt utlännings- och medborgarskapslagstiftningen, lagstiftningen om mottagande av asylsökande m.fl. samt andra författningar. Enligt instruktionen ska Migrationsverket därutöver bland annat samverka med andra ansvariga myndigheter inom området så att förutsättningar skapas för ett effektivt genomförande av de verksamheter som följer av de uppgifter som verket har.

Skatteverket ansvarar bland annat för frågor om skatter och vissa avgifter, t.ex. socialavgifter, fastighetstaxering, folkbokföring, registrering av bouppteckningar och borgenärsuppgifter (1 § förordningen [2007:780] med instruktion för Skatteverket). Verket är också ansvarigt för statens personadressregister, SPAR (1 a § nämnda instruktion).

Bolagsverket ansvarar för olika registreringsärenden som har anknytning till näringsverksamhet. Verket ansvarar för registreringsärenden som gäller bland annat aktiebolag, filialer, europabolag samt handels- och föreningsregisterärenden. Det är vidare Bolagsverket som för register över näringsförbud, förbud att lämna juridiskt eller ekonomiskt biträde och anmälda verksamhetsutövare enligt lagen om åtgärder mot penningtvätt.

5.5.5 Hur många underrättelser kan det bli fråga om årligen?

Eftersom underrättelseskyldighet hittills gällt enbart vid anställning av asylsökande med AT-UND kommer en underrättelseskyldighet som omfattar även andra tredjelandsmedborgare att innebära en ökad administrativ börda för arbetsgivare. Direktivet föreskriver emellertid att en underrättelseskyldighet ska införas. När direktivet antogs gjordes avvägningen att den administrativa bördan för arbetsgivarna står i proportion till den önskade effekten, nämligen att motverka olaglig invandring till EU. Det finns alltså inte något utrymme för oss att överväga om underrättelseskyldigheten ska införas eller inte.

Enligt våra direktiv ska vi emellertid utforma våra förslag på ett sådant sätt att arbetsgivarnas administrativa kostnader begränsas utan att direktivets syfte eftersätts. Vi bör naturligtvis också söka en lösning som skapar minsta möjliga belastning på staten.

Statistiska Centralbyrån har på vår förfrågan beräknat att det under 2008 var totalt 71 562 personer som är medborgare i tredje land och som fått nytt jobb under året, dvs. gått från arbetslöshet eller bytt arbetsgivare. Resultatet innefattar även de som inte har personnummer utan bara tillfälligt samordningsnummer. I siffran är även tredjelandsmedborgare med uppehållsrätt inräknade, så det antalet tredjelandsmedborgare som berörs av direktivet torde vara något lägre. Sammanfattningsvis kan dock konstateras att det sannolikt kommer att bli fråga om ett förhållandevis stort antal underrättelser, i vart fall om skyldigheten efterlevs i full utsträckning.

5.5.6 Till vilken myndighet ska en underrättelse lämnas?

| |
|---|
| Förslag: Underrättelse om anställning av en tredjelandsmedborgare ska göras till Skatteverket. |
|---|

Mot bakgrund av att det kan komma att bli fråga om ett stort antal underrättelser årligen är det viktigt att underrättelser kan lämnas på ett så enkelt sätt som möjligt. Detta är viktigt inte minst för att få acceptans för den nya skyldigheten och därmed minska riskerna för dålig efterlevnad. Den behöriga myndighetens hantering av underrättelserna måste också kunna ske på ett effektivt och någorlunda enkelt men samtidigt säkert sätt. Ytterligare ett skäl för ett enkelt system är att undvika eventuella negativa effekter för tredjelandsmedborgare. Det får nämligen inte bli riskfyllt eller alltför krångligt att anställa tredjelandsmedborgare eftersom deras möjligheter att få anställning då kan komma att minska. När det gäller underrättelserna anges i skälen till direktivet att det godtas att dessa inordnas i ett befintligt system för underrättelser.

En utgångspunkt för valet av myndighet bör vara att underrättelseskyldigheten ska medföra så lite administration som möjligt för såväl arbetsgivare som den behöriga myndigheten. Det bästa är därför om underrättelserna kan inordnas i ett befintligt eller framtida system eller samordnas med en kontakt som ändå krävs.

Enligt direktivet är huvudsyftet med att införa skyldigheter för arbetsgivare att förbättra möjligheterna till kontroll av om hand-

lingar är förfalskade. Det är polisen som har uppdraget att sköta den inre utlänningskontrollen och att utreda om brott har begåtts (enligt 20 kap. 5 § UtL t.ex.). För bland annat detta ändamål har polisen också tillgång till viss information om beviljade tillstånd. Den information som underrättelserna innehåller skulle kunna bidra till att göra den inre utlänningskontrollen både effektivare och snabbare. Polisen skulle emellertid ändå få hantera en stor mängd information som inte kommer att vara till någon nytta för den egna verksamheten. Dessutom kan en skyldighet att underrätta polisen ha en negativ effekt på benägenheten att anställa tredjelandsmedborgare eftersom polisen framför allt kopplas samman med brottsbekämpning. Det kan också öka stigmatiseringen av framför allt tredjelandsmedborgare som vistas här länge – särskilt personer med permanent uppehållstillstånd – om polisen ska underrättas vid anställning. Vi anser mot denna bakgrund att det inte är lämpligt att utse Polisen till den myndighet som ska ta emot underrättelserna om anställning av tredjelandsmedborgare.

Om underrättelserna lämnades till Migrationsverket, skulle det vara möjligt att förhållandevis snabbt och enkelt kontrollera mot verkets databaser att personer som uppges arbeta här verkligen har nödvändiga tillstånd. Man kan dock utgå från att de arbetsgivare som underrättar en myndighet om anställning av en tredjelandsmedborgare inte är medvetna om att den anställde saknar rätt att vistas eller arbeta här utan tvärtom antar att allt är i sin ordning. Det är således huvudsakligen i de fall den anställde har visat upp ett förfalskat tillstånd eller har använt en annan persons tillstånd som en kontroll mot uppgifterna i Migrationsverkets databaser skulle kunna leda till upptäckt av en anställning av någon som vistas här olagligt. De arbetsgivare som medvetet anställer utlänningar som inte har rätt att vistas här, och som inte heller gör skatteavdrag eller betalar socialavgifter för dem, kommer av förklarliga skäl knappast att underrätta någon myndighet om anställningen. En underrättelse skulle ju avslöja egen brottslighet. Det kan mot denna bakgrund sättas i fråga hur stor nytta underrättelserna kommer att få för de myndigheter som har till uppgift att bekämpa anställning av tredjelandsmedborgare som vistas här olagligt.

Till detta kommer att Migrationsverket till utredningen har framfört att den information som underrättelserna kommer att innehålla inte är till någon nytta för verkets verksamhet. Tvärtom ligger informationen vid sidan av verksamheten eftersom verket inte har några öppna ärenden för de personer som det kan vara fråga om,

t.ex. personer med permanenta uppehållstillstånd eller beviljade arbets- och uppehållstillstånd. Migrationsverket har inte heller något befintligt system för uppgiftslämnande som skulle kunna användas för att ta emot underrättelserna. Att inrätta ett nytt system för underrättelser till Migrationsverket är därför förenat med stora administrativa kostnader. Starka skäl talar alltså mot att välja Migrationsverket som mottagare av underrättelserna.

Månadsuppgiftsutredningen har fått i uppdrag att ta fram ett förslag om att arbetsgivare m.fl. ska lämna uppgift om lön och skatteavdrag på arbetstagarnivå varje månad till en lämplig myndighet (dir. 2009:19). Inrapporteringen avser i första hand uppgifter från alla som är skyldiga att göra skatteavdrag eller betala arbetsgivaravgifter på ersättning för utfört arbete. Tanken är bland annat att arbetsgivare ska slippa att lämna en och samma uppgift flera gånger till olika myndigheter. Genom att samordna uppgiftslämnandet kan därför de administrativa kostnaderna för både myndigheter och arbetsgivare minska.

Det tänkta systemet kommer att innehålla information om inkomster och inbetalda preliminärskatter för alla löntagare. I sanktionsdirektivet anges inte att underrättelsen måste ske i viss form eller på visst sätt. Underrättelserna får ske inom ramen för andra system för anmälan i syfte att göra den administrativa bördan så liten som möjligt. Det väsentliga är att en myndighet får kännedom om att en arbetsgivare har anställt en tredjelandsmedborgare. Den informationen kan utläsas av en uppgift om att en viss arbetsgivare betalar ut lön för en viss person. Det innebär att det möjligen skulle kunna räcka med att arbetsgivaren lämnar uppgift till anvisad myndighet om att lön har betalats ut för en viss tredjelandsmedborgare. Om inte detta skulle bedömas som tillräckligt för att uppfylla direktivets syfte, är ett alternativ att samordna uppgiftslämnandet så att arbetsgivare i samband med att uppgifter lämnas om ersättningar till en viss person en viss månad även kan lämna uppgift om att personen är tredjelandsmedborgare och när anställningen påbörjades. Eftersom det inte finns något färdigt förslag att ta ställning till är det inte möjligt att i dag slutgiltigt bedöma om direktivets krav på underrättelser från arbetsgivare kan anses uppfyllt genom uppgiftslämnandet inom ramen för ett system med månadsvis redovisning av inkomster på individnivå. Såvitt vi kan bedöma bör dock en sådan underrättelseskyldighet som vi har att föreslå kunna inordnas i det system för uppgiftslämnande som är under utredning. Det kommer dock att dröja en tid innan ett sådant

system är i drift, och sanktionsdirektivets bestämmelser måste vara genomförda redan den 20 juli 2011. Vi måste därför föreslå en särskild ordning för att lämna underrättelser som kan fungera åtminstone under en övergångsperiod.

Enligt uppgift från Månadsuppgiftsutredningen är det Bolagsverket eller Skatteverket som ligger närmast till hands för att få uppdraget att ansvara för det planerade systemet.

Bolagsverket administrerar ett flertal olika register och har därmed såväl kunskap som strukturer för att ta emot uppgifter. Företag har redan i dag viss kontakt med Bolagsverket, och eftersom verket inte har några tillsynsuppgifter eller motsvarande framstår det som ett neutralt alternativ. Eftersom nuvarande register är helt inriktade på företag och näringsverksamhet är det emellertid enligt vår bedömning inte lämpligt att i nuläget lägga ansvaret för underrättelserna – som ju skulle utmynna i ett register över enskilda – på Bolagsverket.

Alla arbetsgivare måste ha kontakt med Skatteverket i samband med anställning eller utbetalning av lön till arbetstagare. Den som första gången ska betala ut ersättning för arbete måste anmäla sig till Skatteverket för att bli registrerad i arbetsgivarregistret. Arbetsgivare är därutöver skyldiga att göra preliminärskatteavdrag och betala arbetsgivaravgifter och varje månad redovisa för utbetalda ersättningar och avdragna skatter i en skattedeklaration.

Dessa omständigheter talar för att Skatteverket bör väljas. Enligt vår bedömning ter det sig också sannolikt att Månadsuppgiftsutredningen kommer att välja Skatteverket som mottagare av de månatliga individuella inkomstuppgifterna. Inte heller Skatteverket har emellertid någon egentlig nytta av en uppgift om att en tredjelandsmedborgare anställts. Tvärtom har Skatteverket framfört till oss att ett uppdrag att ta emot underrättelser från arbetsgivare skulle innebära onödig administration för Skatteverket utan någon motsvarande nytta för verksamheten. Dessutom skulle, enligt Skatteverket, den neutralitet som i dag finns i skattelagstiftningen beträffande de skattskyldigas medborgarskap gå förlorad.

Vi kan konstatera att det inte finns någon myndighet som har sådan nytta av underrättelserna från arbetsgivare att den skulle väga upp kostnader och besvär. Uppgifterna passar inte heller in i någon befintlig myndighets verksamhet. Med hänsyn till den mycket begränsade nytta som underrättelserna kan förväntas få för att upptäcka tredjelandsmedborgare som vistas och arbetar här olagligt menar vi att avgörande för valet av myndighet bör vara en strävan att så

långt möjligt hålla nere de administrativa kostnaderna för såväl staten som arbetsgivarna. Skatteverket är den enda myndighet som med nödvändighet måste ha en relation med alla arbetsgivare. Det innebär att den arbetsgivare som anställer en tredjelandsmedborgare inte behöver vända sig till ytterligare en myndighet. Myndigheten har dessutom stor vana vid masshantering av olika uppgifter. Mot denna bakgrund framstår en ordning där arbetsgivare lämnar underrättelser om anställning av tredjelandsmedborgare till Skatteverket som den, trots allt, minst dåliga lösningen.

5.5.7 Hur och när ska en underrättelse lämnas?

Förslag: En arbetsgivare som anställer en tredjelandsmedborgare ska senast månaden efter det att anställningen påbörjades underrätta Skatteverket om anställningen. Skatteverket bemyndigas att meddela närmare föreskrifter om när och på vilket sätt underrättelse ska ske samt om vad underrättelsen ska innehålla.

Ett sätt att undvika ökad administration är att anse underrättelseskyldigheten fullgjord genom någon uppgift som arbetsgivare redan i dag lämnar till Skatteverket. Den enda uppgift på individnivå som arbetsgivare är skyldiga att lämna till Skatteverket är kontrolluppgift enligt lagen (2001:1227) om självdeklarationer och kontrolluppgifter. I den lagen föreskrivs att kontrolluppgifter ska lämnas till ledning för bland annat taxering enligt taxeringslagen (1990:324) och beskattning enligt lagen (1991:658) om särskild inkomstskatt för utomlands bosatta (SINK). Kontrolluppgiften ska innehålla uppgift om bland annat värdet av den ersättning eller förmån som har getts ut och den tid ersättningen eller förmånen avser, om den endast avser del av året, liksom uppgift om avdragen skatt. Kontrolluppgift ska lämnas för varje kalenderår senast den 31 januari närmast följande kalenderår.

En i och för sig möjlig lösning skulle vara att föreskriva att underrättelse om anställning av tredjelandsmedborgare ska ske i kontrolluppgiften beträffande den aktuella personen. Det skulle innebära att underrättelse kom in till Skatteverket först i januari året efter det år då anställningen påbörjades. Enligt direktivet (skäl 10) är det tillåtet att låta underrättelse ske inom ramen för andra system för anmälan. Det är också upp till medlemsstaterna själva att

avgöra inom vilken tid underrättelseskyldigheten ska fullgöras. I många fall skulle dock med denna lösning underrättelseskyldigheten komma att fullgöras lång tid efter det att anställningen påbörjades. Något formellt hinder mot att tillåta att underrättelse lämnas så långt efter finns dock inte. Däremot skulle syftet med underrättelseskyldigheten, att upptäcka förfalskade tillstånd, gå i det närmast helt förlorat om underrättelserna kom Skatteverket till handa först året efter det att anställningen påbörjades.

Till detta kommer att Skatteverket har angett att en ordning där underrättelser om anställning av tredjelandsmedborgare lämnas i kontrolluppgiften blir mycket dyrare än om underrättelse lämnas på annat sätt. Det har huvudsakligen att göra med att det data-system som Skatteverket använder för att ta emot kontrolluppgifterna är föråldrat och därför betydligt dyrare att anpassa till den nya underrättelseskyldigheten. Systemet har också begränsningar i fråga om hantering och visning av uppgifter. Det nuvarande data-systemet ska dessutom inom loppet av ett par år bytas ut mot ett modernare. Förutom kostnaden för ombyggnad av det gamla systemet skulle därför kostnader för överföring till det nya systemet uppstå.

Skatteverket har mot denna bakgrund förordat en lösning där underrättelse lämnas varje månad och att uppgifterna tas in i ett annat befintligt men mer modernt datasystem. Det systemet har en större flexibilitet och möjliggör en enklare hantering av de införda uppgifterna. En ombyggnad av detta system skulle kosta uppskattningsvis 2,5–3 miljoner kronor jämfört med 5–10 miljoner (och därutöver kostnaden för anpassning av det kommande nya systemet) för att bygga om systemet som hanterar kontrolluppgifter. Ur statsfinansiell synvinkel är det alltså ingen tvekan om att övervägande skäl talar för att underrättelse bör ske på annat sätt än genom kontrolluppgiften.

Någon annan befintlig underrättelse eller anmälan som arbetsgivare gör i dag som underrättelserna kan ersättas med finns inte. Även om det i vissa fall finns sådana möjligheter (t.ex. beträffande de som ansöker om beskattning enligt SINK) är det inte möjligt att hitta någon heltäckande lösning som gäller för alla de fall då underrättelse ska ske. Däremot kan det vara möjligt att samordna underrättelserna med en redan befintlig skyldighet att lämna uppgifter till Skatteverket. Vi undersöker detta i det följande.

Enligt Skatteverket skulle underrättelse om anställning av en tredjelandsmedborgare kunna lämnas i anslutning till att skatte-

deklarationen ges in. Alla arbetsgivare (utom privatpersoner i vissa fall) är skyldiga att lämna skattedeklaration varje månad för redovisning av skatteavdrag och arbetsgivaravgifter som avser den närmast föregående kalendermånaden. Enligt uppgift från Skatteverket finns dock inte utrymme för att ta in en uppgift om anställning av en tredjelandsmedborgare på skattedeklarationsblanketten. Däremot är det möjligt att på en separat blankett eller i en separat fil föra över underrättelsen elektroniskt till Skatteverket samtidigt med skattedeklarationen. Samordningen med skattedeklarationen innebär att arbetsgivare slipper hålla reda på ytterligare ett datum och dessutom att de efterfrågade uppgifterna kan genereras automatiskt från de datorprogram som används för redovisning och deklaration.

Ett sådant system som det av Skatteverket förordade skulle innebära att arbetsgivare kan lämna underrättelse i samband med att skattedeklaration ändå görs. Givet att en underrättelseskyldighet måste införas torde ökningen av den administrativa bördan för arbetsgivare med en sådan lösning kunna hållas på en acceptabel nivå.

En ytterligare fördel med en sådan ordning är att den har en liknande struktur som den ordning som kan komma att gälla i framtiden. Som vi redovisat ovan tänker vi oss att skyldigheten att lämna underrättelse inom en snar framtid kan samordnas med det system för uppgiftslämnande som Månadsuppgiftsutredningen har i uppdrag att utreda. Under sådana förhållanden kommer arbetsgivare att lämna uppgifter om inkomster och om anställning av tredjelandsmedborgare löpande varje månad.

I artikel 4.2 öppnas en möjlighet för medlemsstaterna att tillämpa ett förenklat förfarande för underrättelse, om arbetsgivaren är en fysisk person och anställningen avser arbete för dennes privata syften. Vi ser i och för sig inte något behov av att införa särskilda regler för fysiska personer. Målet är att göra underrättelserna så lite betungande som möjligt för alla, såväl näringsidkare som privatpersoner och andra. Vi har överlämnat till Skatteverket att meddela närmare föreskrifter om när och på vilket sätt underrättelse ska ske samt vad underrättelserna ska innehålla. Om det av tekniska eller praktiska skäl skulle bli nödvändigt att införa en särreglering för privatpersoner i fråga om arbete som utförs för privata syften är det alltså möjligt med hänsyn till bestämmelsen i artikel 4.2.

Enligt 23 kap. 1 § 1 UtL får regeringen meddela föreskrifter om skyldighet att anmäla utlänningars anställning i Sverige. Det är därför tillräckligt att en bestämmelse om underrättelseskyldighet för arbetsgivare vid anställning av en tredjelandsmedborgare förs in

i utlänningsförordningen. Skatteverket bör bemyndigas att ge föreskrifter om hur underrättelseskyldigheten närmare bör utformas.

Det finns som ovan beskrivits redan i dag en skyldighet för en arbetsgivare att underrätta Migrationsverket om anställning av en utlänning med AT-UND. Eftersom Migrationsverket är i behov av dessa underrättelser för att avgöra rätten till dagersättning, bör underrättelserna i de fallen göras även till Migrationsverket i enlighet med nu gällande regler. Det torde finnas förutsättningar för att i framtiden befria arbetsgivare från underrättelseskyldigheten i denna situation, om Migrationsverket kan få information om eventuella inkomster för en asylsökande genom det tänkta systemet med elektroniska inkomstuppgifter per individ och månad. Tills vidare bör dock skyldigheten att underrätta Migrationsverket vid anställning och upphörande av anställning av personer med AT-UND kvarstå oförändrad vid sidan av den ovan föreslagna skyldigheten att underrätta Skatteverket.

Skyldigheten enligt 7 kap. 1 a § UtIF för en arbetsgivare att anmäla anställning av asylsökande med AT-UND är straffsanktionerad genom 20 kap. 6 § UtIL. Den som uppsåtligen eller av oaktsamhet inte gör en anmälan som föreskrivs i bland annat utlänningsförordningen, eller som i en anmälan medvetet har lämnat oriktig uppgift eller medvetet underlåter att tala om något förhållande av betydelse, ska nämligen dömas till böter eller, när omständigheterna är försvårande, fängelse i högst sex månader. Eftersom skyldigheten att underrätta Skatteverket regleras genom en bestämmelse i utlänningsförordningen kommer även den att straffsanktioneras genom bestämmelsen i 20 kap. 6 § UtIL.

5.5.8 Beträffande vilka personer ska underrättelse lämnas?

Förslag: Skyldigheten att lämna underrättelse ska gälla vid anställning av en person som är att betrakta som tredjelandsmedborgare enligt direktivet, dvs. en tredjelandsmedborgare som inte är familjemedlem till antingen en EES-medborgare som har uppehållsrätt här eller till en schweizisk medborgare som utövar sin rätt till fri rörlighet. Vid anställning av en person med ställning som varaktigt bosatt i Sverige eller en person med ställning som varaktigt bosatt i ett annat EU-land ska underrättelse dock inte lämnas.

Skyldigheten att lämna underrättelse ska gälla vid anställning av personer som är att betrakta som tredjelandsmedborgare enligt direktivet, dvs. samma personkrets som kontroll- och bevarandeskyldigheten ska avse (se avsnitt 5.4.2).

I andra stycket i artikel 4.2 finns en möjlighet att besluta att underrättelse inte är nödvändig, om den anställde har beviljats ställning som varaktigt bosatt enligt direktiv 2003/109/EG av den 25 november 2003 om varaktigt bosatta tredjelandsmedborgares ställning⁶.

Sedan möjligheten att ansöka om ställning som varaktigt bosatt infördes 2006 är det endast omkring tio personer som har beviljats sådan ställning i Sverige. Det har sannolikt att göra med att statusen som varaktigt bosatt inte ger något mervärde jämfört med att ha permanent uppehållstillstånd så länge man stannar i Sverige. Dessutom är kvalificeringstiden för att beviljas ställning som varaktigt bosatt fem år, vilket är detsamma som för att bli svensk medborgare. Mellan 160 och 170 tredjelandsmedborgare som har ställning som varaktigt bosatta i annat EU-land har beviljats uppehållstillstånd i Sverige.

Med hänsyn till det låga antalet personer i Sverige med status som varaktigt bosatta här eller i annat EU-land kan konstateras att ett undantag från underrättelseskylidigheten för dessa personer inte skulle få något stort tillämpningsområde. Vi anser ändå att möjligheten att inskränka underrättelseskylidigheten ytterligare bör utnyttjas. Därigenom befrias arbetsgivare och Skatteverket, låt vara marginellt, från en administrativ börda. Undantaget från underrättelseskylidigheten bör gälla vid anställning av såväl personer som har ställning som varaktigt bosatta i Sverige, som personer som har ställning som varaktigt bosatta i ett annat EU-land. En arbetsgivare som anställer en sådan person kommer därigenom inte att behöva lämna underrättelse om anställningen.

5.5.9 Skatteverkets behandling av personuppgifter

Förslag: Lagen (2001:181) om Skatteverkets behandling av uppgifter i beskattningsverksamheten ändras så att den omfattar även Skatteverkets hantering av personuppgifter som lämnas i underrättelserna från arbetsgivare.

⁶ EUT L 16, 23.1.2004, s. 44.

För Skatteverkets hantering av personuppgifter gäller lagen (2001:181) om Skatteverkets behandling av uppgifter i beskattningsverksamheten. Lagen gäller, om inte annat anges, i stället för personuppgiftslagen. En registrerad kan inte motsätta sig sådan behandling som är tillåten enligt den lagen.

Tillämpningsområdet för lagen är enligt dess 1 § behandling av personuppgifter i Skatteverkets beskattningsverksamhet och i verkets handläggning enligt lagen (2007:324) om Skatteverkets hantering av vissa borgenärsuppgifter. De uppgifter som Skatteverket tillförs genom underrättelserna faller inte in under något av de ändamål som i dag föreskrivs för att personuppgifter ska få behandlas av Skatteverket (4 §). Om inte tillämpningsområdet för lagen utvidgas, gäller således personuppgiftslagen för behandling av de personuppgifter som Skatteverket tillförs genom underrättelserna. Vi anser att Skatteverkets hantering av personuppgifter med anledning av den nya uppgiften att hantera underrättelser från arbetsgivare enligt utlänningsförordningen bör följa samma regler som gäller för Skatteverkets övriga verksamhet. Därför föreslår vi att den berörda lagen ändras så att den kommer att omfatta även personuppgifter som kommer att lämnas till Skatteverket på grund av underrättelseskyldigheten.

De uppgifter som ska skickas till Skatteverket är att en viss person som har tillträtt en anställning hos en viss arbetsgivare vid en viss tidpunkt är en tredjelandsmedborgare som avses i en given bestämmelse i utlänningsförordningen (dvs. en tredjelandsmedborgare som inte har rätt till fri rörlighet). Dessa uppgifter torde inte annat än undantagsvis kunna avslöja den berörda personens etniska ursprung. Vår bedömning är därför att de uppgifter som måste hanteras normalt inte torde vara sådana att de är att betrakta som känsliga personuppgifter. Under alla omständigheter är det enligt 7 § lagen om behandling av uppgifter i Skatteverkets beskattningsverksamhet tillåtet för Skatteverket att behandla känsliga personuppgifter, dock endast om uppgifterna har lämnats i ett ärende eller är nödvändiga för handläggningen av det. En uppgift om att en person är tredjelandsmedborgare är nödvändig för att Skatteverket ska kunna fullgöra sin uppgift att ta emot och registrera en anmälan från en arbetsgivare om anställning av personen. Denna behandling måste därmed vara tillåten.

5.6 Artikel 4.3

I artikel 4.3 finns en bestämmelse som innebär att en arbetsgivare som har uppfyllt kontroll- och underrättelseskyldigheterna i artikel 4.1 inte ska drabbas av sanktioner enligt direktivet, om det senare visar sig att en anställd tredjelandsmedborgare saknar rätt till vistelse. En förutsättning för ansvarsfrihet är dock att arbetsgivaren inte kände till att den handling som tredjelandsmedborgaren visade upp var en förfalskning. Med att känna till avses visshet om att nödvändigt tillstånd att vistas här inte föreligger eller att förfalskningen är så dåligt gjord att det är uppenbart att den inte kan vara äkta.

Syftet med bestämmelsen är att ge arbetsgivare vissa garantier. Eftersom direktivet föreskriver minimistandarder är det möjligt att ha striktare sanktioner men även att ha striktare kontrollskyldigheter för arbetsgivare. De får dock inte vara alltför långtgående eller opropotionerliga. Således får de inte underminera garantifunktionen i artikel 4.3. Det ska finnas en möjlighet för arbetsgivare att freda sig från ansvar.

Bestämmelsen är kopplad till föreskrifterna om kontroll- och underrättelseskyldighet m.m. Den är dock utformad som en ansvarsfrihetsregel och hör därför hemma i anslutning till de bestämmelser som genomför de sanktioner och åtgärder som föreskrivs i direktivet. Vi behandlar således artikel 4.3 i andra delar av betänkandet, se avsnitt 4.4.5.3, 6.3.1, 6.4, 7.13 och 9.6.2.

5.7 Frågor om underrättelseskyldighet för arbetsgivare och Migrationsverket

5.7.1 Uppdraget

Skyldighet för arbetsgivare att informera Migrationsverket när anställningen upphör

I vårt uppdrag ingår vidare att överväga, om den underrättelseskyldighet vid anställningens upphörande som för närvarande gäller för arbetsgivare beträffande asylsökande som undantagits från kravet på arbetstillstånd ska utvidgas till att omfatta även utlänning som innehar arbetstillstånd, och att utarbeta nödvändiga författningsförslag.

Bakgrunden är att en utlänning, vars anställning upphör under pågående tillståndstid, kan få sitt uppehållstillstånd återkallat, om

inte han eller hon inom tre månader har fått en ny anställning. Denna möjlighet till återkallelse har införts för att inte göra det möjligt för någon som har beviljats uppehålls- och arbetstillstånd på grund av ett arbetserbjudande att vistas i landet utan att ha sin försörjning ordnad. För att Migrationsverket ska kunna tillämpa bestämmelsen måste dock verket få kännedom om att utlänningens anställning har upphört. I våra direktiv framhålls att en sådan ordning skulle kunna medföra en ökad administrativ börda för arbetsgivare, varför en avvägning mellan dessa olika intressen bör göras.

Skyldighet för Migrationsverket att underrätta arbetsgivare om att ett AT-UND eller ett arbetstillstånd har upphört att gälla

Det anges i våra direktiv att en arbetsgivare enligt nuvarande ordning i vissa fall kan komma att ha en utlänning som anställd, som själv betalar skatt och för vilken arbetsgivaren gör skatteavdrag och redovisar arbetsgivaravgift, trots att det aktuella tillståndet att arbeta i landet (AT-UND eller arbetstillstånd) har upphört att gälla. Skälen för detta är bland annat att det saknas en koppling mellan rätten att arbeta i landet och registreringen i beskattningsdatabasen och att Migrationsverket inte per automatik informerar om att AT-UND eller arbetstillstånd upphört att gälla. Utredningen har mot denna bakgrund fått i uppdrag att

- överväga om det finns anledning att införa en skyldighet för Migrationsverket att underrätta arbetsgivare om att ett arbetstillstånd eller ett AT-UND har upphört att gälla,
- analysera vilken betydelse införandet av en sådan underrättelseskyldighet får för det straffrättsliga ansvaret för arbetsgivaren,
- utreda vilka konsekvenser en sådan underrättelseskyldighet medför för det civilrättsliga förhållandet mellan arbetsgivaren och den anställde, och
- utarbeta nödvändiga författningsförslag.

5.7.2 Skyldighet för arbetsgivare att informera Migrationsverket när anställningen upphör

Bedömning: Nyttan med en skyldighet för arbetsgivare att informera Migrationsverket när en anställning upphör i förtid är begränsad. Den uppväger inte den administrativa börda som en underrättelseskyldighet skulle innebära för arbetsgivare. Det saknas därför tillräckliga skäl att nu införa en sådan skyldighet.

Som beskrivits i avsnitt 5.5.3 är arbetsgivare enligt 7 kap. 1 a § UtL skyldiga att underrätta Migrationsverket om anställning av asylsökande som har AT-UND. Underrättelsen ska innehålla utlänningens namn, födelsedatum, medborgarskap och bostadsadress här i landet samt uppgift om vilket yrke och vilken tidsperiod som anställningen avser. Arbetsgivaren ska underrätta Migrationsverket även när anställningen upphör.

När det gäller andra utlänningar än asylsökande finns det dock inte någon motsvarande skyldighet. Enligt 7 kap. 3 § första stycket p. 2 UtL får ett uppehållstillstånd återkallas för en utlänning som rest in i landet, om utlänningen har beviljats arbetstillstånd enligt 6 kap. 2 § första stycket UtL och anställningen upphört, om inte utlänningen inom tre månader har fått en ny anställning som omfattas av arbetstillståndet eller inom samma tid har sökt om arbetstillstånd med anledning av en ny anställning och ansökan därefter beviljas. Utlänningen har alltså tre månader på sig att söka nytt arbete utan att uppehållstillståndet återkallas. Om den återstående tillståndstiden är kortare än tre månader, ska någon återkallelse inte ske av den anledningen att anställningen har upphört (prop. 2007/08:147 s. 61 f.).

Möjligheten att återkalla ett uppehållstillstånd i den angivna situationen infördes i samband med att det blev möjligt att bevilja arbetstillstånd för längre tid än tidigare. I och med de längre tillståndstiderna kan det inträffa att en anställning upphör under tillståndstiden, t.ex. på grund av att arbetsgivarens verksamhet upphör eller arbetstagaren blir uppsagd. Det skulle innebära att arbetstagaren har ett gällande uppehålls- och arbetstillstånd men står utan egen försörjning därför att anställningen har upphört. Regeringen menade att det inte är rimligt att en utlänning som beviljats uppehålls- och arbetstillstånd på grund av ett arbetserbjudande ska ha rätt att

vistas här i landet under en längre tid utan att ha sin försörjning ordnad (a. prop. s. 32).

En förutsättning för att möjligheten att återkalla ett arbetstillstånd på den angivna grunden ska tillämpas är, som påpekats i våra direktiv, att Migrationsverket får kännedom om att utlänningens anställning har upphört. Ett sätt att säkerställa att Migrationsverket får sådan kännedom är att ålägga arbetsgivare att underrätta myndigheten om anställningen av en person med arbetstillstånd upphör under tillståndstiden. En sådan ordning riskerar emellertid att innebära en ökad administrativ börda för arbetsgivare. Därför måste en avvägning göras mellan å ena sidan de ökade administrativa kostnaderna för arbetsgivarna och Migrationsverket och å andra sidan nyttan av att personer som har rätt att vistas här för att arbeta inte uppehåller sig här utan att ha tillräckliga medel för sin försörjning.

Enligt Migrationsverket har sedan möjligheten infördes den 15 december 2008 att återkalla ett uppehållstillstånd på grund av att anställningen upphört utnyttjats i enstaka fall (uppskattningsvis 2–3). Det är omöjligt att ange i hur många fall grund för återkallelse har förelegat utan att Migrationsverket har fått kännedom om det. Enligt uppgift från företrädare för Migrationsverket har dock verket inte uppfattat några tecken på att detta skulle vara något problem.

Migrationsverket har till utredningen framfört att verket i flertalet fall, då anställning har upphört i förtid, får kännedom om detta ändå eftersom arbetstagaren ofta kommer in med en ny ansökan om tillstånd. Fördelarna med en underrättelseskyldighet för arbetsgivare i dessa situationer skulle därmed enligt Migrationsverket bli begränsade.

Månadsuppgiftsutredningen (se avsnitt 5.5.6) kommer, såvitt vi känner till, att lägga fram ett förslag som innebär att arbetsgivare månadsvis ska lämna uppgifter på individnivå om utbetald lön och preliminärskatteavdrag till en myndighet, sannolikt Bolagsverket eller Skatteverket. En möjlighet skulle kunna vara att Migrationsverket får tillgång till information från det planerade systemet. På så sätt skulle Migrationsverket få veta att en utlänning med arbetstillstånd inte längre får lön. Det skulle kunna utgöra grund för att inleda en utredning om eventuell återkallelse av uppehållstillståndet.

Det är i och för sig viktigt att Migrationsverket får kännedom om att en anställning av en utlänning med arbetstillstånd har upphört i förtid. Migrationsverket får dock redan i dag i ganska stor utsträckning reda på detta. Mot bakgrund av vad som nu redovisats anser vi att nyttan med en skyldighet för arbetsgivare att informera

Migrationsverket när en anställning upphör i förtid är begränsad. Den uppväger inte den administrativa börda som skyldigheten skulle innebära för arbetsgivare. Det saknas därför tillräckliga skäl att införa en sådan skyldighet.

När systemet med månatliga, individuella inkomstuppgifter står klart bör det undersökas om Migrationsverket kan ges tillgång till uppgifter om att en anställning har avslutats i förtid. Behovet av sådan information skulle då kunna tillgodoses genom att Migrationsverket får tillgång till nödvändiga uppgifter från det systemet. Detta kan i så fall ske utan att det innebär några ökade kostnader för arbetsgivare.

5.7.3 Skyldighet för Migrationsverket att underrätta arbetsgivare om att ett AT-UND eller ett arbetstillstånd har upphört att gälla

Bedömning: Det saknas tillräckliga skäl att införa en författningsreglerad skyldighet för Migrationsverket att underrätta en arbetsgivare om att ett arbetstillstånd eller ett AT-UND har återkallats. Däremot bör Migrationsverket, i de fall verket känner till vem arbetsgivaren är, sända en kopia av beslutet om återkallelse till arbetsgivaren.

I vilka situationer kan det inträffa att ett arbetstillstånd eller ett AT-UND upphör att gälla under pågående anställningstid? Beträffande arbetstillstånd torde den vanligaste situationen vara att tillståndstiden löper ut. Arbetstillståndets giltighetstid står dock klar för arbetsgivaren redan före anställningen (under förutsättning att föreskriven kontroll av rätten att arbeta görs). I den situationen framstår en skyldighet att underrätta arbetsgivare om att arbetstillståndet har upphört att gälla inte som påkallad. Detsamma gäller för AT-UND som upphör att gälla i samband med att giltighetstiden för LMA-kortet löper ut. Även i den situationen har arbetsgivaren haft en möjlighet (och sedan sanktionsdirektivet genomförts också en uttrycklig skyldighet) att kontrollera huruvida och hur länge en utlänning har rätt att arbeta. Det kan därför vara befogat med en skyldighet för Migrationsverket att underrätta en arbetsgivare om återkallelse av ett tillstånd endast i situationer då ett uppehålls- eller arbetstillstånd har upphört att gälla i förtid.

Under vilka förutsättningar är det möjligt att återkalla ett beviljat uppehålls- eller arbetstillstånd i förtid? Enligt 7 kap. 1 § UtL får visering, uppehållstillstånd och arbetstillstånd återkallas för en utlänning som medvetet har lämnat oriktiga uppgifter eller medvetet har förtigit omständigheter som varit av betydelse för att få tillståndet. Möjligheten till återkallelse av visering, uppehållstillstånd och arbetstillstånd i 2 § samma kapitel gäller endast för utlänning som ännu inte har rest in i Sverige. Enligt kapitlets 3 § får uppehållstillstånd återkallas för en utlänning som rest in i landet om

1. utlänningen utan arbetstillstånd bedriver verksamhet som kräver ett sådant tillstånd,
2. utlänningen har beviljats arbetstillstånd enligt 6 kap. 2 § första stycket och anställningen upphört, om inte utlänningen inom tre månader har fått en ny anställning som omfattas av arbetstillståndet eller inom samma tid ansökt om arbetstillstånd med anledning av en ny anställning och ansökan därefter beviljas, eller
3. det på grund av tidigare verksamhet eller i övrigt kan antas att utlänningen kommer att bedriva sabotage, spioneri eller olovlig underrättelseverksamhet i Sverige eller i något annat nordiskt land.

Ett tidsbegränsat uppehållstillstånd som meddelats med stöd av 5 kap. 3 § första stycket 1 eller 2 b eller 3 a § första stycket 1 eller andra stycket (uppehållstillstånd på grund av anknytning) får återkallas, om förhållandet upphör. Uppehållstillstånd får dock inte återkallas enligt första stycket 1 eller 3, om utlänningen har vistats här i landet i mer än tre år med uppehållstillstånd när frågan om återkallelse prövas av den myndighet som först beslutar i saken. Enligt 4 § ska vid bedömningen av om ett uppehållstillstånd bör återkallas enligt 1 eller 3 § hänsyn tas till utlänningens anknytning till det svenska samhället och till om andra skäl talar emot en återkallelse av tillståndet.

Enligt 7 a § får utöver vad som nu sagts ett tidsbegränsat uppehållstillstånd för studier återkallas, om förutsättningarna för att medge uppehållstillståndet inte längre är uppfyllda.

Återkallelse av uppehållstillstånd och arbetstillstånd meddelas enligt 7 kap. 8 § UtL av Migrationsverket, medan återkallelse av visering beslutas av den myndighet som har beviljat viseringen eller av Migrationsverket.

Enligt Migrationsverket är det ovanligt att tidsbegränsade tillstånd återkallas. I de fall ett uppehålls- eller arbetstillstånd återkallas för att anställningen har upphört måste arbetsgivaren rimligen känna till det. En underrättelse skulle därmed vara helt överflödigt i den

situationen. Ett tidsbegränsat tillstånd som beviljats på grund av anknytning kan återkallas, om anknytningen upphör. Om inte arbetstagaren själv informerar om detta, kan arbetsgivaren vara ovetande om att det inte längre föreligger tillstånd att vistas och arbeta i Sverige. Det är dock inte i särskilt många fall per år som återkallelse sker på grund av att anknytning upphör. Det vanliga är i stället, enligt uppgift från företrädare för Migrationsverket, att det i samband med prövning om förlängning av tillståndet uppdagas att en anknytning har upphört. Förlängning kan då inte beviljas. Ofta är det dock så att en ny anknytning kan ligga till grund för en förlängning av tillståndet eller att tillstånd kan beviljas på en ny grund, t.ex. anställning.

Ett AT-UND gäller till dess att utlänningen lämnar landet eller till dess att ett beslut att bevilja uppehållstillstånd vinner laga kraft. Om ett AT-UND upphör på grund av verkställighet, finns inte arbetstagaren kvar i landet längre och därmed finns inte någon risk för att arbete utförs av någon som vistas här olagligt. Om i stället uppehållstillstånd beviljas, vistas utlänningen inte olagligt och har i de flesta fall även rätt att arbeta här (i vart fall om han eller hon beviljas permanent uppehållstillstånd). Därutöver kan ett AT-UND upphöra att gälla om utlänningen inte medverkar till verkställighet av ett beslut om avvisning eller utvisning. Det är framför allt i denna situation som det skulle kunna finnas ett behov för en arbetsgivare att bli underrättad om att arbetsgivaren inte längre är undantagen från kravet på arbetstillstånd.

Det är här fråga om tidsbegränsade arbetstillstånd. Även LMA-kort har begränsad giltighet. Det innebär att det är under en begränsad tid som en utlänning kan fortsätta arbeta hos en godtroende arbetsgivare trots att tillståndet att arbeta eller undantaget från kravet på arbetstillstånd har upphört att gälla. Detta bör beaktas när ställning tas till nyttan med en underrättelseskyldighet för Migrationsverket i de angivna situationerna. I uppdraget i denna del ingår att undersöka vilka konsekvenser en underrättelse till en arbetsgivare har i straffrättsligt hänseende. Vi anser att det inte är möjligt att uttala sig generellt om detta. Det är t.ex. inte säkert att en underrättelse når den som är ansvarig i straffrättsligt hänseende. Precis som tidigare blir det därför en bevisfråga huruvida arbetsgivaren i det enskilda fallet varit medveten om eller oaktsam i förhållande till den omständigheten att utlänningen saknat tillstånd att arbeta här.

Enligt våra direktiv ska vi även utreda vilka konsekvenser en underrättelseskyldighet i den förevarande situationen skulle med-

föra i civilrättsligt hänseende. I avsnitt 7.3.6 drar vi slutsatsen att en skyldighet för Migrationsverket att underrätta arbetsgivare om att ett arbetstillstånd eller ett AT-UND har upphört att gälla som utgångspunkt inte har några konsekvenser för det civilrättsliga förhållandet mellan arbetsgivaren och en anställd som saknar föreskrivet arbetstillstånd.

Mot denna bakgrund anser vi att det inte finns tillräckliga skäl att införa en författningsreglerad skyldighet för Migrationsverket att underrätta en arbetsgivare om att ett arbetstillstånd eller ett AT-UND har återkallats.

Vid vårt samråd med representanter för arbetsmarknadens parter har från arbetsgivarhåll framförts att det skulle vara till nytta för arbetsgivare med information om att ett arbetstillstånd eller AT-UND för en anställd har återkallats i förtid. Även om det inte föreligger tillräckliga skäl för att införa en formell skyldighet för Migrationsverket att lämna sådana upplysningar, anser vi att det kunde vara av värde om Migrationsverket i framtiden expedierar beslut om återkallelse i förtid av arbetstillstånd eller AT-UND till arbetsgivaren, i de fall då Migrationsverket känner till vem denne är. Företrädare för Migrationsverket har förklarat sig införstådda med en sådan rutin.

6 Finansiella sanktioner

6.1 Direktivets bestämmelser

I detta kapitel ska vi behandla direktivets artikel 5 om finansiella sanktioner. I den artikeln föreskrivs följande.

1. Medlemsstaterna ska vidta nödvändiga åtgärder för att överträdelser av det förbud som avses i artikel 3 blir föremål för effektiva, proportionella och avskräckande sanktioner mot arbetsgivaren.

2. Sanktionerna ska för överträdelser av det förbud som avses i artikel 3 omfatta

a) finansiella sanktioner som ska öka i förhållande till antalet olagligt anställda tredjelandsmedborgare, och

b) betalning av kostnaderna för olagligt anställda tredjelandsmedborgares återvändande i de fall där förfaranden för återvändande tillämpas.

Medlemsstaterna kan i stället besluta att inkludera åtminstone de genomsnittliga kostnaderna för återvändande i de finansiella sanktionerna enligt led a.

3. Medlemsstaterna kan föreskriva om reducerade finansiella sanktioner om arbetsgivaren är en fysisk person som anställer en tredjelandsmedborgare som vistas olagligt om anställningen avser arbete för dennes privata syften och om arbetsförhållandena inte är särskilt exploaterande.

6.2 Nuvarande svenska regler

6.2.1 Den särskilda avgiften i utlänningslagen

I svensk rätt finns redan en straffavgift liknande den finansiella sanktion som medlemsstaterna är skyldiga att ha enligt artikel 5.2 a i direktivet. Enligt 20 kap. 12 § utlänningslagen (2005:716) (UtlL) ska nämligen en fysisk eller juridisk person som har en utlänning i sin tjänst fastän utlänningen inte har arbetstillstånd betala en särskild avgift, oavsett om straffansvar krävs ut. Avgiften tillfaller staten och

utgör för varje utlänning hälften av det prisbasbelopp enligt lagen (1962:381) om allmän försäkring som gällde när överträdelsen upphörde. Om överträdelsen har pågått under en längre tid än tre månader, blir avgiften för varje utlänning i stället hela prisbasbeloppet. Avgiften får sättas ned eller efterges helt, om särskilda skäl talar för det. I svensk rätt finns emellertid inga bestämmelser om skyldighet för arbetsgivare att ersätta återvändandekostnader.

Bestämmelserna om särskild avgift trädde i kraft den 1 juli 1982 (prop. 1981/82:146 s. 49 ff). Departementschefen anförde att det dåvarande sanktionssystemet inte hade visat sig vara särskilt effektivt för att komma åt förfarandet att anställa utlänningar utan föreskrivna arbetstillstånd. De förhållandevis lindriga straff som dömdes ut i förening med en låg upptäcktsrisk hade gjort att påföljderna vid överträdelse av bestämmelserna tedde sig föga kännbara för de oseriösa arbetsgivare som det var fråga om. Departementschefen ansåg att en särskild avgift skulle öka möjligheten att komma till rätta med bruket att anställa utlänningar illegalt och de problem detta medför. Därtill kom enligt vad hon anförde att samhället med hjälp av avgifterna i viss utsträckning kunde dra in de vinster som brottet kunde ha medfört. Den särskilda avgiften borde enligt hennes uppfattning kunna sättas ned eller efterges vid särskilda förhållanden. Därigenom skulle det bli möjligt att förhindra att avgiften ledde till ett uppenbart obilligt resultat, exempelvis när en mindre arbetsgivare haft ett förhållandevis stort antal arbetstagare utan arbetstillstånd anställda, och detta kanske under kort tid. Bestämmelsen skulle även ge möjlighet att beakta arbetsgivarens goda tro och övriga omständigheter. Anledningen till att arbetsgivarens goda tro skulle kunna beaktas var främst att kraven enligt ILO:s konvention (nr 143) om missbruk i samband med migration och om främjande av migrerande arbetstagares likställdhet med avseende på möjligheter och behandling behövde uppfyllas.

6.2.2 ILO:s konvention nr 143

I våra direktiv påpekas att den av Sverige ratificerade ILO-konventionen nr 143 i sin del I innehåller bestämmelser om administrativa, civilrättsliga och straffrättsliga sanktioner mot arbetsgivare som anställer migrerande arbetstagare som vistas och arbetar olagligt i konventionsstaterna och att den därför bör beaktas i detta sammanhang.

Konventionen är uppdelad i en första del om missbruk i samband med migration, en andra del om likställdhet i fråga om möjligheter och behandling och en tredje del med slutbestämmelser. De bestämmelser som har betydelse för vår del är de i konventionens artikel 6. I artikel 6.1 föreskrivs en skyldighet att bland annat tillämpa administrativa, civilrättsliga och straffrättsliga påföljder på den som olagligt sysselsätter migrerande arbetstagare. Enligt artikel 6.2 i konventionen ska en arbetsgivare som lagförs för nämnda åtgärder ha rätt att anföra bevisning för att han handlat i god tro.

Föreskriften i artikel 6.2 i konventionen diskuterades i samband med att den särskilda avgiften infördes (prop. 1981/82:146 s. 53). Departementschefen anförde att av bestämmelsen fick antas följa att viss hänsyn, exempelvis vid bestämmande av påföljden, borde tas till arbetsgivarens goda tro. Det var enligt hennes uppfattning angeläget att de nya bestämmelserna utformades så att något ratifikationshinder inte skapades. Genom att avgiften skulle få sättas ned eller efterges om särskilda omständigheter förelåg öppnades enligt departementschefens mening en möjlighet att beakta även det nämnda konventionskravet. Med den begränsning som kunde anses följa av konventionsbestämmelsen borde enligt hennes uppfattning tillämpas en ordning med strikt ansvar.

6.2.3 Den särskilda avgiftens tillämpning

Enligt våra direktiv ska vi kartlägga i vilken omfattning bestämmelserna om särskild avgift har tillämpats under de senaste fem åren.

Den särskilda avgiften ska betalas in till länsstyrelserna. Om allmän domstol har meddelat beslut om särskild avgift, ska länsstyrelsen i det län där verksamheten har bedrivits underrättas om detta. Vi har från länsstyrelserna fått uppgift om att de underrättats om fem beslut om särskild avgift som meddelats under åren 2005–2009. Med hänsyn till att 38 domar avseende brott enligt 20 kap. 5 § UtlL meddelades under den aktuella perioden framstår denna siffra som missvisande och alltså för låg.

6.3 Överväganden

Förslag: För att uppfylla kraven i artikel 5.2 i direktivet ändras bestämmelsen i 20 kap. 12 § UtlL så att den omfattar även arbetsgivare som har utlänningar i sin tjänst som vistas här utan föreskrivet tillstånd och som utför arbete här och arbetsgivare som har utlänningar i sin tjänst som tillfälligt utför arbete utomlands men vanligtvis utför arbete i Sverige inom ramen för anställningen vid vistelse här utan föreskrivet tillstånd.

6.3.1 Artikel 5.2 a

Artikel 5.2 a i direktivet bör genomföras genom utlänningslagens bestämmelse om särskild avgift. De objektiva rekvisiten för skyldigheten att betala avgiften är desamma som rekvisiten i straffbestämmelsen i 20 kap. 5 § UtlL. I avsnitt 4.2.4 har vi föreslagit att straffbestämmelsen ska ändras så att den omfattar även arbetsgivare som har utlänningar i sin tjänst som vistas här utan föreskrivet tillstånd och som utför arbete här och arbetsgivare som har utlänningar i sin tjänst som tillfälligt utför arbete utomlands men vanligtvis utför arbete i Sverige inom ramen för anställningen vid vistelse här utan föreskrivet tillstånd. Motsvarande ändring måste göras i bestämmelsen om den särskilda avgiften.

Den särskilda avgiften utgör för varje utlänning hälften av prisbasbeloppet och uppfyller därmed direktivets krav på att den finansiella sanktionen ska öka i förhållande till antalet olagligt anställda tredjelandsmedborgare. En fråga som uppkommer är emellertid om möjligheten att sätta ned eller efterge den särskilda avgiften är godtagbar.

Enligt artikel 5.1 ska medlemsstaterna vidta nödvändiga åtgärder för att överträdelser av direktivets förbud blir föremål för sanktioner mot arbetsgivaren. Sanktionerna ska omfatta finansiella sanktioner. Att sanktionerna ”ska omfatta” finansiella sanktioner skulle kunna tolkas så att alla arbetsgivare som överträder direktivets förbud ska åläggas en finansiell sanktion. För denna tolkning talar det förhållandet att medlemsstaterna i artikel 5.3 ges möjlighet att föreskriva om reducerade finansiella sanktioner om arbetsgivaren är en fysisk person som anställer en tredjelandsmedborgare som vistas olagligt, om anställningen avser arbete för dennes privata syften och om arbetsförhållandena inte är särskilt exploaterande. Om det enligt huvud-

regeln skulle vara möjligt att låta bli att ålägga arbetsgivare finansiella sanktioner, kunde man tänka sig att detta undantag inte skulle behövas. För denna slutsats talar också det förhållandet att medlemsstaterna enligt artikel 7 ska se till att de aktuella arbetsgivarna *i lämpliga fall* ska omfattas av vissa andra åtgärder. I artikel 5.2 anges inte att den finansiella sanktionen ska dömas ut endast i lämpliga fall.

En sådan tolkning bygger på att arbetet med sanktionsdirektivet var mera sofistikerat än man har skäl att tro att det var. Mot denna tolkning talar också resultatet av de diskussioner om artikeln som fördes inom den rådsarbetsgrupp som behandlade kommissionens förslag till direktiv. Den motsvarande bestämmelsen i kommissionens förslag hade följande lydelse.

Artikel 6 Ekonomiska påföljder

1. Medlemsstaterna skall vidta nödvändiga åtgärder för att överträdelser [på engelska: any infringement] av artikel 3 bestraffas med effektiva, väl avvägda och avskräckande påföljder för arbetsgivaren.
2. Påföljderna skall för varje överträdelse enligt artikel 3 omfatta
 - a) böter beträffande varje olagligt anställd tredjelandsmedborgare,
 - b) kostnaderna för varje olagligt anställd tredjelandsmedborgares återvändande i de fall där förfaranden för återvändande tillämpas.

När kommissionens förslag till direktiv behandlades i rådsarbetsgruppen, framfördes att "any infringement" i den föreslagna artikel 6.1 och "varje överträdelse" i förslagets artikel 6.2 gav intrycket att det skulle vara obligatoriskt att ålägga en sanktion i varje enskilt fall. Enligt de medlemsstater som gjorde detta påpekande borde det vara upp till de nationella myndigheterna att bedöma om det var rimligt med en sanktion eller inte. Det behövdes därför en mer flexibel skrivning som innebar att det skulle finnas sanktionsmöjligheter och att varje medlemsstat skulle kunna avgöra från fall till fall om sanktionen skulle dömas ut. De aktuella medlemsstaterna ansåg därför att "any infringement" borde ersättas med "infringement" och "varje överträdelse" med "överträdelse". I det förslag till direktivtext som ordförandeskapet tog fram inför det påföljande rådsarbetsgruppsmötet hade de framförda synpunkterna beaktats. Lydelsen motsvarade därmed i dessa delar den slutligen antagna.

I artikel 5 anges alltså inte längre att sanktionerna för varje överträdelse ska omfatta en finansiell sanktion. Lydelsen skiljer sig därmed från den i artikel 6.1. Enligt bestämmelserna i den artikeln ska

medlemsstaterna *för varje överträdelse* av direktivets förbud säkerställa att arbetsgivaren svarar för eventuell inestående ersättning. Detta förhållande talar för att inte varje arbetsgivare behöver ådömas en finansiell avgift.

Ett ytterligare argument för att bestämmelsen bör uppfattas på detta vis är att medlemsstaterna annars måste införa en reglering vars tillämpning kan komma att strida mot såväl Europakonventionen och dess oskuldspresumtion som ILO:s konvention nr 143.

Som konstaterats i avsnitt 3.2.2.4 är nämligen den särskilda avgiften en straffrättslig sanktion i Europakonventionens mening. I artikel 4.3 föreskrivs ansvarsfrihet för den arbetsgivare som har fullgjort sina skyldigheter enligt artikel 4.1 (dvs. att före påbörjad anställning kontrollera den handling som ger en tredjelandsmedborgare rätt till vistelse, behålla kopia eller dylikt av handlingen samt att underrätta behörig myndighet om att en tredjelandsmedborgare anställts), såvida inte arbetsgivaren kände till att den handling som uppvisats som giltigt uppehållstillstånd eller annan handling som ger rätt till vistelse var en förfalskning.

Såsom artikel 4.3 är formulerad krävs att samtliga skyldigheter enligt artikel 4.1 har fullgjorts helt. En arbetsgivare som har kontrollerat uppehållstillståndet men inte sparat en kopia av handlingen eller gjort underrättelsen skulle enligt ordalydelsen inte kunna freda sig från ansvar. Möjligheterna till ansvarsfrihet för en arbetsgivare enligt artikel 4.3 är således begränsade till att en arbetsgivare kan invända att han eller hon har fullgjort föreskrivna kontroll- och underrättelseskyligheter. Någon möjlighet till försvar grundat på subjektiva förhållanden erbjuds däremot inte (jfr RÅ 2000 ref. 66 och Europadomstolens domar i Janosevic mot Sverige och Västberga Taxi AB och Vulic mot Sverige). I skäl 37 i direktivet slås fast att direktivet följer de principer som erkänns i Europakonventionen. Även detta förhållande talar alltså för att den finansiella sanktionen inte är avsedd att tillämpas på varje arbetsgivare som överträtt direktivets förbud, med undantag endast för dem som fullgjort skyldigheterna enligt artikel 4.3.

Sammanfattningsvis anser vi i denna del att möjligheten att sätta ned eller efterge den särskilda avgiften är godtagbar enligt direktivet.

Mot bakgrund av slutsatserna ovan uppfylls kraven i artikel 5.2 a genom utlänningslagens bestämmelse om särskild avgift, om denna ändras så att den omfattar även arbetsgivare som har utlänningar i sin tjänst som vistas här utan föreskrivet tillstånd och som utför arbete här och arbetsgivare som har utlänningar i sin tjänst som tillfälligt

utför arbete utomlands men vanligtvis utför arbete i Sverige inom ramen för anställningen vid vistelse här utan föreskrivet tillstånd.

6.3.2 Ansvar för återvändandekostnader

Inledning

Enligt artikel 5.2 b i direktivet ska sanktionerna för överträdelse av direktivets förbud omfatta betalning av kostnaderna för de aktuella tredjelandsmedborgarnas återvändande i de fall där förfaranden för återvändande tillämpas. Medlemsstaterna har emellertid möjlighet att i stället inkludera åtminstone de genomsnittliga kostnaderna i den finansiella sanktionen enligt artikel 5.2 a.

I detta avsnitt utreder vi först vad som menas med ett förfarande för återvändande. Därefter behandlar vi frågan vilka kostnader som avses. Vi redogör sedan för vilka kostnader som uppkommer i svenska återvändandeförfaranden. Slutligen tar vi ställning till om det ska föreskrivas en särskild skyldighet att ersätta återvändandekostnaderna eller om genomsnittliga kostnader ska ingå i den särskilda avgiften.

Vad är ett förfarande för återvändande?

De kostnader som är aktuella är kostnader för tredjelandsmedborgares återvändande i de fall där förfaranden för återvändande tillämpas. I direktivet förklaras inte närmare vad ett förfarande för återvändande är.

Begreppet återvändande definieras emellertid i ett annat direktiv, nämligen Europaparlamentets och rådets direktiv 2008/115/EG av den 16 december 2008 om gemensamma normer och förfaranden för återvändande av tredjelandsmedborgare som vistas olagligt i medlemsstaterna¹. Enligt det direktivet avses med återvändande en tredjelandsmedborgares återresa – oavsett om den sker frivilligt i överensstämmelse med en skyldighet att återvända eller med tvång – till ursprungslandet eller vissa andra utpekade länder. I direktivet definieras avlägsnande som ”verkställigheten av skyldigheten att återvända, dvs. den faktiska transporten ut ur medlemsstaten”.

¹ EUT L 398, 24.12.2008, s. 98.

Begreppet förfarande för återvändande definieras inte i direktiv 2008/115, men det är möjligt att sluta sig till vad som avses. Efter några inledande bestämmelser med bland annat definitioner finns ett kapitel med rubriken Avslutande av den olagliga vistelsen. I kapitlets första artikel finns bestämmelser om beslut om återvändande och i de påföljande artiklarna bestämmelser om frivillig avresa, avlägsnande och uppskjutande av verkställighet. Ett förfarande för återvändande inleds således med ett beslut om återvändande. Beslut om återvändande definieras som ett administrativt eller rättsligt beslut enligt vilket en tredjelandsmedborgares vistelse är olaglig och som ålägger eller fastställer en skyldighet att återvända. Förvarsutredningen, som lämnade förslag på hur direktivet skulle genomföras i svensk rätt, drog slutsatsen att beslut om återvändande i svensk rätt utgörs av beslut om avvisning eller utvisning (SOU 2009:60 s. 49). Ett förfarande för återvändande är alltså den process som inleds genom ett beslut om avvisning eller utvisning.

Vilka kostnader för återvändande ska ersättas?

I direktivet anges endast att de arbetsgivare som överträder förbudet mot anställning av tredjelandsmedborgare som vistas olagligt ska betala kostnader för tredjelandsmedborgarnas återvändande när förfaranden för återvändande tillämpas. Skälen ger inte någon ytterligare vägledning när det gäller vilka kostnader som ska betalas.

Även här kan ledning hämtas från ett annat direktiv, nämligen rådets direktiv 2001/51/EG om komplettering av bestämmelserna i artikel 26 i konventionen om tillämpning av Schengenavtalet av den 14 juni 1985². Enligt artikel 3 i det direktivet skulle medlemsstaterna införa en skyldighet för transportörer att, om de inte själva kan verkställa återresan för en tredjelandsmedborgare som vägrats inresa, ordna med omedelbar vidaretransport och stå kostnaderna för denna, eller, om omedelbar vidaretransport inte är möjlig, påta sig ansvaret för kostnaderna för vistelse och återsändande av tredjelandsmedborgaren.

När detta direktiv skulle genomföras i svensk rätt föreskrevs i den dåvarande utlänningslagens 9 kap. 2 § (19 kap. 2 § första stycket i den nuvarande utlänningslagen) att, om en utlänning som hade kommit till Sverige med ett fartyg eller ett luftfartyg avvisades därför att han saknade pass eller de tillstånd som krävdes för att resa in

² EGT L 187, 10.7.2001, s. 45.

i landet eller medel för sin hemresa, transportören var skyldig att ersätta staten för utlänningens resa från Sverige samt resekostnaden från Sverige och tillbaka för den bevakningspersonal som behövde följa med.

I bestämmelsens förarbeten (prop. 1988/89:86) diskuterades inte närmare vilka kostnader som skulle ingå i resekostnaden för personalen som följer med, men enligt Wikrén & Sandesjö (s. 646) torde ersättning inte kunna utkrävas för traktamente och tidspillan för bevakningspersonalen. I förarbetena till den lagstiftning genom vilken direktivet genomfördes (prop. 2003/04:50) diskuterades inte heller vilka kostnader för återsändande som skulle ersättas enligt direktivet. Det konstaterades endast att det kostnadsansvar som fanns borde finnas kvar.

Med hänsyn till att de kostnader för återsändande som transportörer ska ersätta enligt artikel 3 i direktiv 2001/51 ansetts vara endast kostnaden för utlänningens resa från Sverige och resekostnaden från Sverige och tillbaka för den bevakningspersonal som behöver följa med, bör det vara endast dessa kostnader som arbetsgivare som anställer tredjelandsmedborgare som vistas här olagligt ska ersätta enligt sanktionsdirektivet.

Sveriges kostnader för att verkställa avvisningar och utvisningar

Inledning

I 12 kap. 14 § UtlL finns bestämmelser om vilken myndighet som verkställer beslut om avvisning eller utvisning. Som huvudregel gäller att sådana beslut verkställs av Migrationsverket. En polismyndighets beslut om avvisning ska emellertid verkställas av polismyndigheten. Migrationsverket får lämna över ett avvisnings- eller utvisningsärende för verkställighet till en polismyndighet, om den som ska avvisas eller utvisas håller sig undan och inte kan anträffas utan polismyndighets medverkan eller om det kan antas att tvång kommer att behövas för att verkställa beslutet. Polismyndigheterna anlitar alltid Kriminalvårdens transporttjänst för de faktiska transporterna vid verkställigheterna, förutom vid direktavvisningar.

Utgångspunkten i utlänningslagen är att en utlänning som blir avvisad eller utvisad från Sverige ska lämna landet på egen hand inom viss tid. Om utlänningen inte lämnar landet inom föreskriven tid eller om det måste antas att han eller hon inte har för avsikt att fri-

villigt lämna landet inom den angivna tiden, ska beslutet verkställas snarast möjligt av den myndighet som är ansvarig för verkställigheten (12 kap. 15 § tredje stycket UtL).

De kostnader som är aktuella är kostnader för avvisades och utvisades återvändande, oavsett om de återvänder frivilligt eller med tvång och oavsett om Migrationsverket hinner engagera sig i återvändandeprocessen eller inte. Det finns inte någon särskild redovisning av kostnader för att verkställa beslut om avvisning och utvisning av tredjelandsmedborgare som arbetat utan föreskrivet arbetstillstånd. Däremot är det möjligt att av Migrationsverkets, Polisens och Kriminalvårdens transporttjänsts redovisningar få fram uppgifter om kostnader för att verkställa sådana beslut i allmänhet.

Migrationsverkets kostnader

År 2008 avslutades 5 978 ärenden hos Migrationsverket om verkställighet av beslut om avvisning eller utvisning med att utlänningen återvände självmant. I vissa fall lämnade utlänningen Sverige helt på egen hand, i vissa fall behövdes beledsagning under en del av resan och i vissa fall behövde Migrationsverkets personal följa med hela vägen till destinationsorten.

I dessa återvändandeärenden uppgick Migrationsverkets kostnader för utlänningarnas resor till 37 159 359 kr och för Migrationsverkets personals resor till 2 148 431 kr.

År 2008 överlämnade Migrationsverket 4 977 avvisnings- eller utvisningsärenden för verkställighet till polisen på grund av att den som skulle avvisas eller utvisas höll sig undan och 3 726 ärenden på grund av att det kunde antas att tvång skulle komma att behövas för att verkställa beslutet.

Polisens kostnader

När polisen ska genomföra en verkställighet av Migrationsverkets beslut om avvisning eller utvisning beställs som redan nämnts den faktiska resan alltid från Kriminalvårdens transporttjänst. I samband med beställningen bestämmer polismyndigheten om bevakning är nödvändig och vilken myndighet som ska utföra bevakningen. Eskorten sker i första hand med personal från Kriminalvårdens transporttjänst, men det händer att även personal från polisen del-

tar. När en anställd vid en polismyndighet deltar vid en utresa åsamkas polisen inte några kostnader för resa och hotell, eftersom Kriminalvårdens transporttjänst står för dessa utgifter.

Av verkställighetsärenden som överlämnats från Migrationsverket till polismyndigheterna verkställdes 924 ärenden år 2008 genom att polismyndigheterna konstaterade att utlänningen lämnat landet på egen hand och 184 ärenden genom att polismyndigheterna konstaterade att utlänningen troligen hade lämnat landet. Vid övriga genomförda verkställigheter efter beslut av Migrationsverket ansvarade, som redan nämnts, Kriminalvårdens transporttjänst för den faktiska transporten.

År 2008 verkställde polisen 509 beslut om avvisning som fattats av polisen. Av dessa anlätades Kriminalvårdens transporttjänst för transporten i 311 fall, medan polisen verkställde beslutet utan sådan transport i 198 ärenden genom att utlänningen eskorterades till gränsen eller en flygplats.

Kriminalvårdens transporttjänsts kostnader

År 2008 genomförde Kriminalvårdens transporttjänst 2 137 transporter vid verkställighet av avvisningar och utvisningar. Av dessa genomfördes 1 826 resor efter beslut av Migrationsverket eller migrationsdomstol och 311 efter beslut av polisen.

Av de 2 137 transporter som verkställdes 2008 var 1 296 bevakade transporter och 841 obevakade. Vid bevakade transporter följer Kriminalvårdens anställda med till destinationslandet, medan de vid obevakade transporter följer utlänningen till flygplatsen. Vid bevakade transporter inom Europa är det som regel två medföljande per resa, medan det vid resor till Asien, Afrika och Amerika är tre medföljande. Vid utrikes resor med chartrat flyg varierar antalet medföljande mellan fyra och åtta beroende på omständigheterna. Kriminalvårdens kostnader för biljetter för de aktuella transporterna uppgick 2008 till 75 075 000 kr.

Genomsnittliga kostnader i ovan redovisade återvändandeärenden

År 2008 avslutades sammanlagt 9 421 verkställigheter av beslut om avvisning eller utvisning som inte var avvisning vid gränsen. Biljetterna för dessa verkställigheter gick på sammanlagt 114 382 000 kr. Den genomsnittliga kostnaden uppgick alltså till 12 140 kr.

Genomförande av artikel 5.2 b

Som redan nämnts kan artikel 5.2 b genomföras antingen genom att det införs en skyldighet för arbetsgivarna att ersätta de faktiska återvändandekostnaderna i enskilda fall eller genom att de genomsnittliga kostnaderna inkluderas i den finansiella sanktionen.

En ordning där arbetsgivarna ska ersätta faktiska kostnader i varje enskilt fall medför mer administrativt arbete för myndigheterna än en ordning med kostnaderna inkluderade i den särskilda avgiften. Med förstnämnda ordning skulle de kostnader som arbetsgivarna ska ersätta kunna komma att variera mycket, bland annat beroende på om utlänningen medverkar till verkställigheten eller inte. Om det krävs ett chartrat plan för få personer och mycket personal vid transporten, kan kostnaderna bli mycket höga. En ordning där genomsnittliga kostnader ingår i den särskilda avgiften framstår därför som rimligast.

År 2008 uppgick de relevanta kostnaderna i ärenden om verkställighet av beslut om utvisning och avvisning i andra verkställighetsärenden än avseende avvisning direkt vid gränsen till knappt 60 procent av halva prisbasbeloppet. Kostnaderna i verkställighetsärenden avseende utläningar som arbetat utan föreskrivet arbetstillstånd avviker enligt vår uppfattning inte i någon väsentlig mån från dessa kostnader. Den särskilda avgiften täckte 2008 den genomsnittliga återvändandekostnaden med så god marginal att det inte är nödvändigt att inrätta ett system för att säkerställa att avgiften även i framtiden är minst lika hög som de genomsnittliga återvändandekostnaderna.

Mot bakgrund av våra slutsatser ovan är artikel 5.2 b genomförd genom bestämmelsen i 20 kap. 12 § UtL om särskild avgift.

6.3.3 Anställning för privata syften

Enligt artikel 5.3 i direktivet kan medlemsstaterna föreskriva om reducerade finansiella sanktioner, om arbetsgivaren är en fysisk person som anställer en tredjelandsmedborgare som vistas olagligt, om anställningen avser arbete för dennes privata syften och om arbetsförhållandena inte är särskilt exploaterande. Vi har ovan dragit slutsatsen att möjligheten till nedsättning och eftergift av den särskilda avgiften kan godtas enligt direktivet. Genom denna möjlighet kan beaktas om ett påförande av en full avgift skulle leda till ett orimligt

resultat. Därmed finns det inte anledning att särskilt föreskriva en lägre särskild avgift för de fall som avses i den aktuella bestämmelsen. Till detta kommer att vi med något undantag inte utnyttjar den möjlighet som direktivet ibland medger att behandla fysiska personer mindre hårt än andra arbetsgivare. Det finns dessutom ett värde i att bestämmelsen inte blir alltför komplicerad. Det bör därför överlämnas åt de tillämpande domstolarna att se till att de särskilda avgifter som döms ut blir välavvägda även för fysiska personer.

6.4 Förhållandet mellan artikel 4.3 och artikel 5

Förslag: Det införs en bestämmelse om att arbetsgivare som har fullgjort skyldigheterna att kontrollera tredjelandsmedborgares rätt till vistelse, att behålla en kopia av tillståndshandlingen och att underrätta Skatteverket om anställningen inte ska betala någon särskild avgift.

Enligt artikel 4.3 i direktivet ska medlemsstaterna säkerställa att arbetsgivare som fullgjort sina kontroll- och anmälningsskyldigheter enligt artikel 4.1 inte ska hållas ansvariga för överträdelser av direktivets förbud, såvida arbetsgivarna inte kände till att den handling som uppvisats som giltigt uppehållstillstånd eller annan handling som ger rätt till vistelse var en förfalskning. Vi har i kapitel 5 föreslagit att artikel 4.1 ska genomföras i svensk rätt genom en författningsreglerad skyldighet för arbetsgivare att kontrollera tredjelandsmedborgares rätt till vistelse, att behålla en kopia av tillståndshandlingen och att underrätta Skatteverket om anställningen.

I avsnitt 4.4.5.3 har vi dragit slutsatsen att direktivet medger att medlemsstaterna ställer högre krav på arbetsgivarna än de som föreskrivs i artikel 4.1 och t.ex. dömer arbetsgivare som gjort vad som föreskrivs i artikel 4.3 men borde insett att ett uppvisat uppehållstillstånd var förfalskat för brott. Vi anser å andra sidan också att det är möjligt att föreskriva ansvarsfrihet även i andra situationer än de som anges i artikel 4.3 när arbetsgivaren inte agerat med uppsåt eller oaktsamt i samband med anställningen, t.ex. om arbetsgivaren kontrollerat en tredjelandsmedborgares uppehållstillstånd och sparat en kopia av handlingen men inte underrättat Skatteverket. Ett skäl för denna bedömning är att medlemsstaterna annars skulle vara skyldiga

att införa en reglering vars tillämpning skulle kunna komma att strida mot Europakonventionen och dess oskuldspresumtion.

I avsnitt 6.3.1 har vi dragit slutsatsen att möjligheten att efterge den särskilda avgiften är godtagbar enligt direktivet. Eftergiftsmöjligheten föreskrivs bland annat för att det i enlighet med ILO:s konvention nr 143 ska vara möjligt att beakta en arbetsgivares goda tro.

Som vi redan har framhållit är den särskilda avgiften en straffrättslig sanktion i Europakonventionens mening. En annan svensk straffavgift som också är en sådan straffrättslig sanktion och som också kan efterges är det svenska skattetillägget. I avsnitt 3.2.2.3 har vi redovisat Regeringsrättens slutsatser i domen i RÅ 2000 ref. 66 I i frågan om skattetilläggets förenlighet med Europakonventionen. Regeringsrätten kom i den domen till slutsatsen att skattskyldiga genom eftergiftsmöjligheten hade möjlighet till försvar som grundas på subjektiva förhållanden. Möjligheterna till eftergift gav därför den skattskyldige sådana möjligheter att undgå skattetillägg att någon konflikt inte uppkommer med den i artikel 6 Europakonventionen stadgade oskuldspresumtionen. Som en allmän förutsättning för detta gäller dock, enligt Regeringsrätten, att domstolarna i varje enskilt fall gör en nyanserad och inte alltför restriktiv bedömning av om förutsättningar finns för att undanröja eller efterge skattetillägget.

Man kan fråga sig om artikel 4.3 med hänsyn till Regeringsrättens slutsatser är genomförd genom eftergiftsmöjligheten. Som vi har redovisat i avsnitt 3.3 ska direktiv genomföras på ett sådant sätt att det i det genom bestämmelserna i den nationella rättsordningen säkerställs att direktivet tillämpas fullt ut, att den rättsliga situation som följer av dessa bestämmelser är tillräckligt klar och precis samt att de personer som berörs ges möjlighet att få full kännedom om sina rättigheter och skyldigheter. Enligt vår uppfattning är dessa krav inte uppfyllda genom eftergiftsmöjligheten. Det bör därför införas en särskild bestämmelse om att arbetsgivare som fullgör skyldigheterna att kontrollera tredjelandsmedborgares rätt till vistelse, att behålla en kopia av tillståndshandlingen och att underrätta Skatteverket om anställningen inte ska betala någon särskild avgift.

7 Innestående ersättning m.m.

7.1 Inledning

Artikel 6 rör främst rätten till innestående ersättning för tredjelandsmedborgare som arbetat under olaglig vistelse. I detta kapitel behandlar vi medlemsstaternas skyldigheter enligt denna artikel i den ordning som de föreskrivs i direktivet.

Först behandlar vi emellertid två frågor som väckts i våra direktiv. För det första har vi fått i uppdrag att utreda vilket arbetsrättsligt skydd som finns för tredjelandsmedborgare som arbetar utan föreskrivet arbetstillstånd. För det andra anges i våra direktiv att utgångspunkten för våra förslag ska vara att den svenska arbetsmarknadsmodellen i så stor utsträckning som möjligt ska bibehållas. Vi inleder med några korta påpekanden om denna modell.

7.2 Den svenska arbetsmarknadsmodellen

Den svenska arbetsmarknadsmodellen bygger på en stark ställning för arbetsmarknadsorganisationerna. Arbetstagarnas stora grad av anslutning till fackföreningar och frånvaron av bestämmelser i lag som begränsar organisationernas verksamhet bidrar till en hög grad av autonomi.

Det är arbetsmarknadens parter som svarar för lönebildningen, och den sker i princip utan inblandning från statsmakternas sida. Tyngdpunkten i regleringen ligger i kollektivavtal som träffas mellan organisationerna. År 2007 täcktes 91 procent av arbetstagarna av kollektivavtal.

På vissa områden regleras anställningsvillkoren i lag. Det gäller exempelvis villkoren för arbetstid, semester och annan ledighet. Sådan lagstiftning är till stor del dispositiv på så sätt att den kan frångås genom avtal som ingås av arbetsmarknadens parter.

Kollektivavtalen är rättsligt bindande för de avtalsslutande organisationerna och deras medlemmar. Bundenheten gäller inom avtalets tillämpningsområde. En arbetsgivare har ett åtagande gentemot den avtalsslutande arbetstagarorganisationen att tillämpa avtalet på sina arbetstagare.

Inom EU finns det bara tre länder där lönebildningen enbart är en angelägenhet för arbetsmarknadens parter, nämligen Sverige, Danmark och Italien. I de andra länderna tillämpar man i större eller mindre utsträckning system med minimilön i lag eller allmän-giltigförklaring av kollektivavtal. Det vanligaste är att man tillämpar båda systemen.

7.3 Arbetsrättsligt skydd för utlänningar som arbetat utan föreskrivet arbetstillstånd

7.3.1 Inledning

I våra direktiv anges med hänvisning till Arbetsdomstolens dom AD 1979 nr 90 att det är oklart vilket arbetsrättsligt skydd, t.ex. i form av rätt till innestående ersättning, som finns enligt såväl lag som kollektivavtal för en tredjelandsmedborgare som arbetat utan föreskrivet arbetstillstånd. Vi har därför fått i uppdrag att analysera vilket arbetsrättsligt skydd som finns för en tredjelandsmedborgare som uppsåtligen eller av oaktsamhet har arbetat utan sådant tillstånd. Två centrala frågor i detta sammanhang är om arbetstagarens rätt till lön enligt anställningsavtalet påverkas av att han eller hon arbetat utan föreskrivet arbetstillstånd och om arbetsrättslig skyddslagstiftning är tillämplig på arbetstagare som arbetar utan föreskrivet arbetstillstånd. För att kunna ta ställning i dessa frågor redogör vi i avsnitt 7.3.2 för de avtalsrättsliga utgångspunkterna och i avsnitt 7.3.3 för vissa förutsättningar för arbetsrättslig lagstiftnings tillämplighet. Därefter redovisar vi Arbetsdomstolens ovannämnda dom i avsnitt 7.3.4, innan vi i avsnitt 7.3.5 tar ställning till vilket arbetsrättsligt skydd som de aktuella arbetstagarna har i vissa avseenden.

7.3.2 Avtalsrättsliga utgångspunkter

Inledning

En anställning uppkommer genom att ett anställningsavtal ingås. I lagen (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område (avtalslagen) finns allmänna bestämmelser om bland annat hur avtal träffas. Dessa bestämmelser gäller även anställningsavtal.

Avtalslagens regler kompletteras på olika områden av särskilda bestämmelser för vissa avtalstyper. I lagen (1982:80) om anställningskydd finns vissa bestämmelser om anställningsavtal. Exempelvis föreskrivs att anställningsavtal gäller tills vidare men att avtal om tidsbegränsad anställning får träffas i vissa fall. Det finns också bestämmelser om hur anställningar upphör. Lagen innehåller emellertid inte några föreskrifter om avtals ingående och giltighet, utan dessa frågor regleras av avtalslagens bestämmelser och av allmänna avtalsrättsliga principer.

Utgångspunkten i avtalslagen är att avtal ska hållas. Enligt bestämmelserna i avtalslagens 3 kap. kan avtal emellertid vara ogiltiga. Exempelvis kan avtal som ingåtts under tvång eller efter svek vara ogiltiga gentemot den tvingade eller svikne parten.

De särskilda ogiltighetsgrunderna i avtalslagens 3 kap. är inte uttömmande. Exempelvis kan avtal i strid med lag vara ogiltiga, antingen enligt en uttrycklig lagbestämmelse eller med stöd av allmänna rättsgrundsatser. Ett exempel på det förstnämnda fallet är avtal som strider mot förbudet i konkurrenslagen (2008:579) mot konkurrensbegränsande avtal. Sådana avtal är ogiltiga enligt 2 kap. 6 § konkurrenslagen. Andra exempel är avtal om ersättning för hyresrätt, vilka är ogiltiga enligt 65 § tredje stycket jordabalken, och avtal i strid med låneförbudet i 21 kap. 1 § aktiebolagslagen (2005:551) (se prop. 2004/05:85 s. 435).

Frågan om avtals ogiltighet enligt allmänna rättsgrundsatser har diskuterats under lång tid i doktrin (se exempelvis Nial s. 6 ff., Karlgren s. 248 ff., Almén & Eklund s. 103, Bernitz s. 126 ff., Bergström s. 16 ff., Andersson 1999 s. 533 ff., Grönfors s. 181 och Adlercreutz s. 225 ff. och 287 ff.). Den har även behandlats i olika lagstiftningssammanhang (se exempelvis prop. 1971:71 s. 61 f. och 1981/82:165 s. 237 f.) och i rättspraxis (se exempelvis NJA 1953 s. 99 och 1992 s. 717). Vägledande för resonemangen har nästan undantagslöst varit Håkan Nials uppsats från 1936.

Avtals ogiltighet enligt allmänna rättsgrundsatser

Högsta domstolens anvisningar för ogiltighetsprövningen

Högsta domstolen meddelade 1997 en dom i vilken den redovisade vilka överväganden som ska göras vid bedömningen av om ett avtal är ogiltigt enligt allmänna rättsgrundsatser (NJA 1997 s. 93). Avgörandet avsåg avvisning av en talan som väckts av ett danskt bolag och som gällde ersättning för arbete som utförts i Sverige. Arbetet hade rent faktiskt utförts för bolagets räkning av en svensk man som var styrelseledamot och VD i bolaget och som av svensk domstol ålagts näringsförbud.

Tingsrätten tog upp frågan om det förhållandet att mannen var underkastad näringsförbud vid tiden för arbetena innebar att tingsrätten skulle vägra att ta befattning med bolagets talan. Tingsrätten ansåg att talan skulle avvisas, men hovrätten var av motsatt uppfattning. Hovrättens beslut överklagades till Högsta domstolen.

Högsta domstolen uttalade inledningsvis att en talan i anledning av en tvist rörande ett avtal i undantagsfall kan avvisas, därför att sökandens anspråk inte sanktioneras av rättsordningen och domstolen av denna anledning vägrar att ta befattning med hans yrkande. En avvisning på sådan grund förutsätter enligt vad Högsta domstolen uttalade att avtalets innehåll är av otillbörlig karaktär och att detta uppenbart framgår antingen av grunderna för yrkandet eller av utredningen i målet. Som en ytterligare förutsättning för att talan ska kunna avvisas ska gälla att det står klart att avtalet är ogiltigt och saknar rättsverkan därför att det strider mot lag eller goda seder.

Högsta domstolen förklarade att det i svensk lagstiftning, i motsats till vad som är fallet i många andra länder, saknas allmänna bestämmelser om att rättshandlingar som strider mot lag eller goda seder är ogiltiga. Ogiltighet kan i stället följa av allmänna rättsgrundsatser. Huruvida ett avtal som strider mot lag är ogiltigt, trots att detta inte angetts i lagen, beror enligt domstolen på om den lagregel som överträtts bygger på sådana hänsyn som gör att en ogiltighetspåföljd är påkallad. Detta får avgöras i varje uppkommande typfall efter en analys av syftet med lagregeln, behovet av en ogiltighetspåföljd för att sanktionera den och de olika konsekvenser som en sådan påföljd kan medföra, t.ex. för godtroende medkontrahenter. I de fall där ogiltigheten motiveras av ett allmänt intresse ska den beaktas ex officio.

Högsta domstolen förklarade vidare att det förhållandet att ett avtal är ogiltigt inte med nödvändighet innebär att det saknar varje rättsverkan. Enligt vad som uttalades i domen gäller regelmässigt att avtalets efterföljd inte kan framtvingas på rättslig väg. Om emellertid prestation har skett i enlighet med ett avtal som strider mot lag eller goda seder, saknar den presterande enligt Högsta domstolen i vissa fall laglig rätt att kräva tillbaka det han utgett, medan i andra fall en uppgörelse mellan parterna kan tillåtas ske, vilken också kan prövas av domstol.

Huruvida ett avtal som innebär en överträdelse av ett näringsförbud är ogiltigt och hur en eventuell ogiltighetspåföljd i sådant fall ska närmare utformas hade enligt Högsta domstolen inte klarlagts vare sig i lag, lagförarbeten eller rättspraxis. I det aktuella målet uppkom enligt Högsta domstolen dessutom frågan om det överhuvudtaget förekommit någon överträdelse av näringsförbudet. Med hänsyn till detta ansåg Högsta domstolen att förhållandena inte kunde anses ha varit sådana att talan skulle avvisas.

Sedan tingsrätten återupptagit målet och parterna förlikts skrevs målet av.

Vägledning i litteratur för ogiltighetsprövningen

Högsta domstolens anvisning att frågan om ett avtal i strid med ett förbud i lag är ogiltigt när detta inte angetts i lagen beror på om den lagregel som överträtts bygger på sådana hänsyn som gör en ogiltighetspåföljd påkallad överensstämmer med det synsätt som Håkan Nial redovisade och utvecklade i *Om förvärv i strid med legala förbud*. Han gjorde där den inledande kommentaren att det är mycket svårt eller rent av omöjligt att uppställa någon allmän regel i giltighetsfrågan för olika fall av förbudsstridiga transaktioner (Nial s. 4). Bert Lehrberg (Lehrberg s. 192) anser att situationerna kan vara så olikartade att det knappast går att uppställa en presumtion om att ogiltighet som huvudregel följer eller inte följer av ett legalt förbud. Han anför att något enhetligt svar inte kan ges ens för varje lagregel utan att olika sanktioner kan tänkas beroende på den situation där regeln tillämpas. Man måste enligt hans uppfattning alltid räkna med att det kan uppkomma särpräglade fall som är svåra att förutse och beakta vid en allmän analys.

Den som under de senaste åren gjort den mest grundliga analysen av ogiltighetsfrågan är Jan Andersson (Andersson 1999 och 2008

s. 20). Beträffande de slutsatser som Jan Andersson drar kan helt kort nämnas att när det gäller betydelsen av ett förbuds syfte så synes enligt hans uppfattning en presumtion för ogiltighet kunna uppställas, om ett ändamål av allmän karaktär kan kumuleras med ändamål som tar sikte på individuella rättvisesynpunkter, dvs. skydd för svagare part. När det gäller behovet av en ogiltighetssanktion är den traditionella åsikten att det ligger nära till hands att uppställa en ogiltighetspåföljd, om ett förbud i övrigt saknar sanktioner. Om andra sanktioner, t.ex. straff, kommer i fråga och dessa kan antas medföra att en civilrättslig ogiltighetsregel får ringa eller ingen betydelse, kan det emellertid enligt denna uppfattning saknas anledning att också operera med ogiltighet. Beträffande konsekvenserna av en ogiltighetspåföljd anför Jan Andersson att en återbärings-skyldighet kan vara en allvarlig rättsföljd. En allmän intresseavvägning bör göras där särskild hänsyn ska tas till om ogiltighet är en rimlig påföljd med hänsyn till förbudets syfte och effektivitetssynpunkten, under beaktande av den reparativa funktionen eller om den vållar parterna eller en av dem så pass svåra olägenheter i ekonomiskt eller praktiskt hänseende att den framstår som olämplig.

Rättsverkningar av ogiltighet

Vid bedömningen av om ett avtal i strid med lag är ogiltigt när detta inte angetts i lagen ska alltså hänsyn tas till de olika konsekvenser som en ogiltighetspåföljd kan medföra. I rättsvetenskaplig litteratur anges allmänt att den normala rättsföljden vid ogiltighet är att parterna inte är skyldiga att fullgöra sina skyldigheter enligt avtalet och att parterna är skyldiga att återbära vad de har mottagit på grund av avtalet samt att värdeersättning kan komma i fråga när restitution inte är möjlig (Nial s. 5, Grönfors s. 177, Lehrberg s. 195, Ramberg & Ramberg s. 77 f. och Andersson 1999 s. 708 och 711). Det står inte i alla situationer klart hur denna återgång i detalj ska ske. Det har ofta anförts att återbäringsplikten följer i huvudsak samma regler som vid återgång av avtal på grund av hävning och att analogier i viss utsträckning kan ske från reglerna om verkan av att fast egendom frånvinns någon efter klander (Lehrberg s. 195, Ramberg & Ramberg s. 77 f. och Andersson s. 708 och 711). Det har även föreslagits att det kan bli aktuellt för part att utge ersättning för vad han kunnat tillgodogöra sig av den andra partens prestation under tiden före återgången (Ramberg & Ramberg s. 77 f.).

När det gäller de lagar som enligt vad som föreslås i litteraturen eventuellt kan tillämpas analogivis så föreskrivs i 64 § köplagen (1990:931) att säljarens skyldighet att överlämna varan och köparens skyldighet att betala och medverka till köpet bortfaller när köp hävs. I den mån köpet har fullgjorts får vardera parten kräva att motparten lämnar tillbaka vad han har tagit emot. Enligt 65 § samma lag gäller att om köp hävs, så ska köparen ge ut den avkastning av varan som han har fått samt betala skälig ersättning om han har haft nytta av varan. I 5 kap. 1 § jordabalken anges att om någon avträder fast egendom efter klander, så ska han dessutom utge ersättning för avkastning som egendomen frambringat under tid efter det att han fick kännedom om att annan ägde bättre rätt till egendomen. Ersättning ska utges också för arrendeavgift, hyra och annan inkomst av egendomen som belöper på denna tid. Han eller hon får dock tillgodoräkna sig skälig ersättning för de kostnader som han eller hon haft för att erhålla avkastningen och inkomsten samt för att under angivna tid underhålla egendomen. Enligt 5 kap. 3 § samma balk har den som avträder egendomen rätt till nyttig kostnad som nedlagts på egendomen, dock högst med det belopp varmed egendomens värde höjts.

Ett exempel från rättspraxis på att ett ogiltigt avtal ska avvecklas ges i NJA 1953 s. 99. Målet avsåg två avtal som träffats av en dansk och en svensk medborgare om att bilda ett handelsbolag och som träffats i strid mot ett förbud i lag för utlänningar att bilda handelsbolag här utan tillstånd. Sedan den danske bolagsmannen väckt talan mot den svenske och yrkat förpliktande för honom att betala ett belopp motsvarande hälften av kapitalet i bolaget, yrkade den svenske bolagsmannen att det i mellandom skulle förklaras att avtalen var ogiltiga eftersom de ingåtts i strid med det nämnda förbudet.

Högsta domstolen konstaterade att avtalen hade tillkommit i strid med förbudet för utlänningar att bilda handelsbolag utan föreskrivet tillstånd. Enligt Högsta domstolen skulle verkan av detta – särskilt mot bakgrund av att det i lagen inte föreskrevs straff eller annan påföljd i händelse av förbudets överträdande – anses vara att avtalen var ogiltiga. Enligt domstolen kunde emellertid parterna mot varandra framställa de anspråk som föranleddes av rörelsens upphörande.

NJA 1987 s. 845 II avsåg ett fastighetsköp som återgått eftersom köpeskillingen i kontraktet angetts lägre än den verkliga och avtalet därför var ogiltigt. Frågan i målet var om säljaren var skyldig att ersätta köparen för nedlagda kostnader och om köparen var skyldig

att betala ersättning för avkastning under den tid han innehaft fastigheten. Högsta domstolen konstaterade att det saknades lagstiftning om hur återgång av avtal skulle genomföras i återgångsfall av det aktuella slaget. Domstolen anförde att det med hänsyn till särdragen hos det ogiltighetsfall som målet rörde knappast framstod som befogat att göra några analogier med regleringen av andra återgångssituationer. En synpunkt som under alla förhållanden vägde tungt var att genom uppgörelsen om möjligt borde återställas det förmögenhetsläge som gällde innan det ogiltiga avtalet ingicks och att ingendera parten skulle slutligen vinna på transaktionen. Bland annat borde inte en säljare kunna utnyttja möjligheten att påkalla avtalets återgång för att återfå en fastighet i bättre skick.

Efter att ha slagit fast denna allmänna utgångspunkt förklarade Högsta domstolen att en grundsats motsvarande den i 4 kap. 15 § tredje stycket konkurslagen (1987:672) framstod som lämplig beträffande kostnader som köparna haft. I det lagrummet föreskrivs att den som nedlagt nyttig kostnad på egendom som återbärs vid återvinning till konkursbo har rätt till ersättning härför. Köparna hade därför enligt Högsta domstolen rätt till sådan ersättning.

Utöver att analogivis tillämpa exempelvis de redovisade bestämmelserna skulle det eventuellt vara möjligt att resonera utifrån principer kring obehörig vinst (se exempelvis Munukka s. 26 ff. och Schulz s. 946 ff.). I NJA 1993 s. 13 hade en fastighetsägare begärt skadestånd från en underhyresgäst som stannat kvar i en lokal efter att avtalet mellan fastighetsägaren och avtalsparten sagts upp. Något avtal mellan fastighetsägaren och underhyresgästen fanns således inte. Fastighetsägaren hävdade att kvarstannandet var brottsligt och att skadestånd skulle utgå enligt regeln i skadeståndslagens 2 kap. 4 § (numera 2 kap. 2 §) om ersättning för ren förmögenhetsskada vid brottslig gärning. Högsta domstolen fann att inget brott kunde läggas svaranden till last och att talan därför inte kunde bifallas enligt den nämnda bestämmelsen i skadeståndslagen. Domstolen prövade emellertid anspråket under en annan rättsregel. Genom att svaranden hade nyttjat lokalerna hade denne enligt Högsta domstolen ådragit sig skyldighet att ersätta fastighetsägaren motsvarande skälig hyra.

NJA 2007 s. 519 rörde ett fall liknande det som var aktuellt i den nyss redovisade domen. Högsta domstolen konstaterade att den i 1993 års dom hade slagit fast att den som använder en lokal utan avtalsstöd ska utge ersättning motsvarande skälig hyra för nyttjandet. Högsta domstolen förklarade att utgången fick antas när-

mast ha grundats på allmänna förmögenhetsrättsliga principer om obehörig vinst.

När det gäller de i inledningen till detta avsnitt nämnda exemplen på avtal som är ogiltiga enligt lag, gäller vid avtal om ersättning för hyresrätt att utgiven ersättning ska lämnas tillbaka och vid penninglån i strid med aktiebolagslagens låneförbud att mottagaren ska återbära vad han uppburit. I konkurrenslagen anges emellertid inte vad som gäller vid ogiltiga konkurrensbegränsande avtal.

Sammanfattning

Den genomgång som gjorts visar att rättsläget i berörda avseenden är milt uttryckt oklart.

7.3.3 Arbetsrättslig lagstiftnings tillämplighet

Som vi framhållit ovan innebär den svenska arbetsmarknadsmodellen att ett stort ansvar för att reglera arbetstagarnas villkor lämnas åt arbetsmarknadens parter. På vissa områden regleras emellertid villkoren i lag. Avgörande för dessa lagars tillämplighet på en viss person är regelmässigt att denne är att anse som arbetstagarare. Detta gäller både central arbetsrättslig lagstiftning som lagen (1982:80) om anställningsskydd, semesterlagen (1977:480) och arbetstidslagen (1982:673) och annan lagstiftning som lönegarantilagen (1992:497).

Dessa och andra centrala arbetsrättsliga lagar innehåller inte någon definition av arbetstagarare utan bygger på det civilrättsliga arbetstagarbegreppet vars innebörd fastställs med ledning av rättspraxis, lagmotiv och den juridiska litteraturen. Det är dock inte givet att arbetstagarbegreppet ska tolkas på samma sätt i vart och ett av dessa fall. Syftet bakom den regel som aktualiseras i ett särskilt fall kan behöva beaktas (NJA 1982 s. 784). Varje lag och varje rättsregel har sitt bestämda syfte, och arbetstagarbegreppet, som ofta avgör lagens eller regelns tillämplighet, måste ses i belysning av det syftet (SOU 1994:141 s. 70 ff.). Tolkningen av arbetstagarbegreppet bygger alltså ytterst på syftet med den lag och den bestämmelse som saken gäller (Lunning & Toijer s. 19).

Det saknas alltså en legaldefinition av arbetstagarbegreppet i den centrala svenska arbetsrätten. Begreppets innebörd får därför fast-

ställas med ledning av rättspraxis, lagmotiv och juridisk litteratur. Arbetsdomstolen har tolkat begreppet i ett stort antal domar, och även Högsta domstolen och Regeringsrätten har vid olika tillfällen uttalat sig om dess innebörd.

Det civilrättsliga arbetstagarbegreppet bygger på några grundläggande kriterier som kompletteras av andra kriterier för att bedöma exempelvis gränsen mellan anställningsförhållande och uppdragsförhållande. De grundläggande kriterierna måste i princip alltid vara uppfyllda, men också andra förutsättningar kan alltså behöva vara uppfyllda för att någon ska anses vara arbetstagare. Utgångspunkten är att det ska göras en helhetsbedömning av samtliga relevanta omständigheter.

De grundläggande kriterierna – som alltså i princip måste vara uppfyllda för att en person ska anses som arbetstagare – är att det ska vara fråga om 1) ett frivilligt åtagande 2) av en fysisk person 3) att själv utföra arbete 4) för någon annans räkning (se exempelvis AD 2004 nr 18, Lunning & Toijer s. 20 och SOU 1994:141 s. 71). I arbetsrättslig litteratur är det vanligt att det första grundläggande kriteriet beskrivs som att förhållandet ska grundas på avtal (se exempelvis Schmidt s. 65 samt Adlercreutz & Mulder s. 48). Även Arbetsdomstolen har flera gånger förklarat att det för att en person ska vara att betrakta som arbetstagare krävs att hans verksamhet för arbetsgivarens räkning vilar på avtalsgrund (se exempelvis AD 1981 nr 131 och 1996 nr 135). Syftet med kravet på frivillighet/avtal är att från arbetstagarbete utesluta personer som utför arbete på grund av offentligrättsligt tvång som exempelvis vid tjänstgöring på grund av totalförsvarplikt eller arbete enligt lagen (1974:203) om kriminalvård i anstalt (Lunning & Toijer s. 20 och SOU 1994:141 s. 71).

7.3.4 AD 1979 nr 90

I våra direktiv hänvisas till Arbetsdomstolens dom AD 1979 nr 90. Domen gällde en jugoslavisk medborgare som var anställd i ett svenskt aktiebolag. Dagen innan hans uppehålls- och arbetstillstånd löpte ut ansökte han om förlängda tillstånd. Två månader senare lämnades hans ansökan utan bifall, och en månad därefter skilde bolaget honom från hans anställning. Arbetstagaren väckte talan mot arbetsgivaren och yrkade bland annat allmänt skadestånd för avskedande utan saklig grund.

Parterna var oeniga i frågan om anställningsskyddslagen var tillämplig i ett fall som det aktuella där arbetsgivaren enligt utlänningslagen kunde ådömas straff om han hade en utlännings utan föreskrivet arbetstillstånd i sin tjänst.

Arbetsdomstolen konstaterade att den offentlighetsrättsliga regleringen av utlännings rätt att arbeta här i landet innebar att en utlännings måste ha arbetstillstånd för att få inneha anställning. Detta var enligt domstolens mening en första förutsättning för utlännings anställning. Om denna förutsättning brast, kunde arbetsgivaren enligt Arbetsdomstolens mening inte med stöd av anställningsskyddslagen undgå straffansvar enligt straffbestämmelsen i utlänningslagen.

Arbetsdomstolen konstaterade vidare att förhållandet att en anställd utlännings saknar arbetstillstånd kunde uppkomma på olika sätt. Arbetstillstånd kanske aldrig hade meddelats, eller så kunde tillståndet ha återkallats eller löpt ut. Det var enligt domstolen inte givet att alla dessa situationer skulle hanteras på samma sätt.

I det aktuella fallet hade bolagets åtgärd att skilja arbetstagaren från anställningen vidtagits drygt en månad efter avslaget på begäran om förnyat uppehålls- och arbetstillstånd. Arbetsdomstolen konstaterade att frågan om arbetstagarens arbetstillstånd alltså var helt avslutad. I denna situation hade bolaget enligt domstolen haft att skilja arbetstagaren från anställningen utan iakttagande av reglerna i anställningsskyddslagen. Bolaget hade därför inte brutit mot reglerna i anställningsskyddslagen när bolaget skilde arbetstagaren från anställningen.

Arbetsdomstolen anförde avslutningsvis att det förelåg en konflikt mellan anställningsskyddslagens skyddsföreskrifter och utlänningslagens straffbestämmelser. Den förklarade att den fäst särskild vikt vid att en arbetsgivare inte skulle behöva följa regler som ledde till straffansvar för honom. Å andra sidan medförde utgången att en utlännings sociala skydd i ett fall som det aktuella försvagades betänkligt. Domstolen ville därför fästa uppmärksamheten på den från sistnämnda utgångspunkt föga tillfredsställande situation som den påtalade lagkonflikten kunde innebära.

7.3.5 Överväganden

Inledning

De två mest centrala frågorna när det gäller de aktuella arbetstagarnas arbetsrättsliga skydd är, som redan nämnts, om de har rätt till avtalad ersättning för utfört arbete och om de omfattas av arbetsrättslig skyddslagstiftning. Svaret på dessa frågor skulle kunna vara beroende av om arbetstagarnas anställningsavtal är giltiga eller inte. För att det ska vara möjligt att bedöma om avtalen är ogiltiga enligt allmänna rättsgrundsatser krävs emellertid att det först klargörs om arbetstagarna har rätt till lön och omfattas av arbetsrättslig lagstiftning, även om avtalen är ogiltiga. Det är därför möjligt att de två frågorna blir besvarade redan innan frågan om avtalens giltighet prövas.

Vi ska strax behandla de två redovisade frågorna. Först ska vi emellertid bedöma om det finns något förbud i lag mot anställningsavtal där arbetstagarparten saknar föreskrivet arbetstillstånd. Det är bara om det finns ett sådant förbud som frågan om ogiltighet enligt allmänna rättsgrundsatser blir aktuell.

Vi har i kap. 4 konstaterat att straffbestämmelsen i 20 kap. 5 § utlänningslagen (2005:716) (UtlL) innebär ett förbud för arbetsgivare att i sin tjänst ha utlänningar som saknar föreskrivet arbetstillstånd. Motsvarande förbud för utlänningen att arbeta som anställd finns i straffbestämmelsen i 20 kap. 3 § samma lag. Det är emellertid inte förbjudet för en arbetsgivare och en utlänning som saknar föreskrivet arbetstillstånd att ingå ett anställningsavtal. Arbetstagaren får dock inte utföra arbete inom anställningen när skyldigheten att arbeta väl inträtt, om han eller hon då saknar arbetstillstånd. Även om det inte finns något förbud mot att ingå anställningsavtal som bygger på att arbetstagaren ska arbeta utan föreskrivet arbetstillstånd, skulle sådana avtal enligt vår uppfattning kunna vara ogiltiga enligt allmänna rättsgrundsatser, i vart fall när skyldigheten att utföra arbete väl inträtt.

Utlänningar kan arbeta utan föreskrivet arbetstillstånd i vitt skilda situationer. Det fall som man i första hand tänker på är att en utlänning kommer hit för att arbeta trots att han eller hon inte har och inte kan få arbetstillstånd och såväl arbetsgivaren som arbetstagaren är medvetna om detta. Det kan emellertid också vara fråga om fall där en anställd vistats och arbetat i Sverige under lång tid och arbetstagaren glömt att ansöka om förlängning av arbets-

tillståndet, men där arbetstillstånd beviljas när ansökan om förlängning väl gjorts. Det är inte självklart att dessa fall ska behandlas på samma sätt vid ogiltighetsbedömningen. När vi nedan bedömer först om de aktuella arbetstagarna har rätt till lön och om de omfattas av arbetsrättslig skyddslagstiftning och sedan om anställningsavtalen är giltiga, utgår vi från det förstnämnda fallet.

Har utlänningar som arbetar utan föreskrivet arbetstillstånd rätt till avtalad ersättning för utfört arbete?

Bedömning: I typfallet med en utlänning som kommer hit för att arbeta trots att han eller hon inte har och inte kan få arbetstillstånd och såväl arbetsgivaren som arbetstagaren är medvetna om detta har utlänningen rätt till avtalad lön för utfört arbete.

Den normala rättsföljden vid ogiltighet är att parterna inte måste fullgöra sina skyldigheter enligt avtalet och att parterna ska återbära vad de har mottagit på grund av avtalet. Värdeersättning kan komma i fråga när restitution inte är möjlig. När det gäller arbete som en utlänning som saknar föreskrivet arbetstillstånd har utfört är återbäring inte möjlig. Frågan blir därför om arbetstagaren har rätt till ersättning för utfört arbete.

Av vår redogörelse i avsnitt 7.3.3 framgår bland annat att det vid återgång av ogiltiga avtal kan vara möjligt att göra analogier till bestämmelser som innebär att en part som tillgodogjort sig en motparts prestation enligt ett avtal som ska gå tillbaka ska betala ersättning för denna. I rättspraxis har också framhållits att en tungt vägande synpunkt kan vara att ingen av parterna bör vinna på att ett avtal blir ogiltigt. Mot bakgrund av detta och de andra uttalanden i rättspraxis och litteratur som vi har redovisat i avsnitt 7.3.3 anser vi att det står klart att en tredjelandsmedborgare som arbetat utan föreskrivet arbetstillstånd har rätt till ersättning för utfört arbete enligt anställningsavtalet, oavsett om detta skulle anses ogiltigt enligt allmänna rättsgrundsatser.

Omfattas utlänningar som arbetar utan föreskrivet arbetstillstånd av arbetsrättslig lagstiftning?

Bedömning: Åtminstone semesterlagen, arbetstidslagen och arbetsmiljölagen är tillämpliga på arbetstagare som saknar föreskrivet arbetstillstånd. Deras skydd enligt dessa lagar påverkas som utgångspunkt inte av att de arbetar utan föreskrivet arbetstillstånd. Detsamma gäller troligen även vissa andra regelverk. En arbetsgivares skyldighet att tillämpa kollektivavtalsvillkor om ersättning, semester, arbetstid och arbetsmiljö påverkas i allmänhet inte av att arbetstagarna saknar arbetstillstånd.

Som vi har framhållit i avsnitt 7.3.3 krävs det i regel för att arbetsrättslig lagstiftning ska vara tillämplig på en viss person att denne är att anse som arbetstagare. Ett av de grundläggande kriterier som måste vara uppfyllda för att en person ska anses som arbetstagare enligt det civilrättsliga arbetstagarbegreppet är att det ska vara fråga om ett frivilligt åtagande. Detta kriterium uttrycks ofta på det sättet att förhållandet ska grundas på avtal. Mot bakgrund av att frivillighetskriteriet i första hand syftar till att från arbetstagarbegreppet utesluta sådana arbetspresterande som har arbetsplikt, innebär det förhållandet att ett anställningsavtal är ogiltigt inte automatiskt att arbetstagarparten inte ska anses som arbetstagare vid bedömningen av om vissa lagar eller lagbestämmelser är tillämpliga på honom eller henne. Frågan om han eller hon omfattas av en lag eller en lagbestämmelse i egenskap av arbetstagare ska bedömas utifrån lagens eller bestämmelsens syfte.

Det finns ett stort antal lagar som reglerar arbetstagares rättigheter och skyldigheter och förhållandet mellan arbetstagare och arbetsgivare. Det har inte varit möjligt att inom ramen för vår utredning göra en fullständig analys av de aktuella arbetstagarnas skydd enligt dessa lagar. Vi har fått begränsa oss till att bedöma dels deras skydd enligt tre lagar som är centrala för dem med tanke på deras situation, nämligen semesterlagen (1977:480), arbetstidslagen (1982:673) och arbetsmiljölagen (1977:1160), dels deras rätt till lönegaranti vid arbetsgivarens konkurs.

Det arbetsrättsliga skyddet för utlänningar som arbetar utan föreskrivet tillstånd har såvitt vi har kunnat finna behandlats i rättspraxis endast i AD 1979 nr 90 och förefaller inte ha behandlats i lagstiftningssammanhang. I rättsvetenskaplig litteratur har Andreas

Inghammar (Inghammar s. 203 ff.) dragit slutsatsen att arbetsmiljölagen är tillämplig även i förhållande till arbetstagare som saknar föreskrivna arbetstillstånd.

Syftena med semesterlagen, arbetstidslagen och arbetsmiljölagen talar för att dessa ska vara tillämpliga på personer med ogiltiga anställningsavtal under förutsättning att de hade varit att anse som arbetstagare om avtalen varit giltiga. Detta gäller oavsett om avtalet är ogiltigt enligt någon ogiltighetsgrund i avtalslagen – exempelvis om avtalet tillkommit genom tvång eller svek – eller om det är ogiltigt enligt allmänna rättsgrundsatser. Till detta kommer att det är svårt att se något skäl till att exempelvis personer som arbetat i enlighet med ett avtal som de tvingats att ingå och personer som arbetat utan föreskrivet arbetstillstånd inte skulle omfattas av de aktuella lagarna. Vi anser därför att semesterlagen, arbetstidslagen och arbetsmiljölagen är tillämpliga på utlänningar som arbetar utan föreskrivet arbetstillstånd, om de med hänsyn till omständigheterna i övrigt är att anse som arbetstagare.

Det förhållandet att viss lagstiftning är tillämplig på en utlänning som arbetat utan föreskrivet arbetstillstånd behöver emellertid inte betyda att arbetstagarens och arbetsgivarens rättigheter och skyldigheter enligt lagstiftningen inte påverkas av att utlänningen saknat arbetstillstånd. Åtminstone när det gäller semesterlagen, arbetstidslagen och arbetsmiljölagen är det vår uppfattning att en arbetstagares rättigheter och skyldigheter enligt dessa lagar som utgångspunkt inte påverkas av att de arbetar utan föreskrivet arbetstillstånd. Detsamma gäller troligen även andra regelverk som det inte varit möjligt för oss att gå igenom systematiskt. Det kan emellertid inte uteslutas att vissa rättigheter inte kan krävas ut.

Inte heller frågan om kollektivavtals tillämplighet på utlänningar som arbetar utan föreskrivet arbetstillstånd förefaller ha behandlats i rättspraxis, lagförarbeten eller litteratur. Det närmaste man kommer är AD 1991 nr 49, som avsåg skadeståndsskyldighet för en arbetsgivare som underlåtit att tillämpa ett kollektivavtals bestämmelser om minimilön, semesterersättning, semesterlön och övertidsersättning på tre oorganiserade arbetstagare som var jugoslaviska medborgare och som saknade föreskrivna arbetstillstånd. Arbetsgivaren hade emellertid godtagit att kollektivavtalet skulle tillämpas på arbetstagarna. Frågan i målet var endast hur högt skadestånd som arbetsgivaren skulle betala till fackförbundet.

En arbetsgivare som är bunden av ett kollektivavtal är gentemot en medlem i den arbetstagarorganisation som är part i avtalet

skyldig att tillämpa avtalet på honom eller henne. Enligt vår uppfattning gäller denna skyldighet som utgångspunkt även gentemot organiserade arbetstagare som saknar föreskrivet arbetstillstånd. En arbetsgivares skyldighet att tillämpa kollektivavtalsvillkor om ersättning, semester, arbetstid och arbetsmiljö påverkas enligt vår uppfattning som utgångspunkt inte av att arbetstagarna saknar arbetstillstånd.

Kan en tredjelandsmedborgare som vistas olagligt ta del av det svenska lönegarantisystemet?

Bedömning: Om anställningsavtalet för en arbetstagare som saknar föreskrivet arbetstillstånd bygger på att lönen ska undandras skatt och arbetsgivaravgifter, täcks hans eller hennes lönefordran inte av lönegarantin. Rättsläget är däremot inte klart när det gäller fall där arbetsgivaravgifter betalats och skatteavdrag gjorts beträffande ersättning till en sådan arbetstagare.

Enligt våra direktiv ska en utgångspunkt för våra förslag vara att tredjelandsmedborgare inte ska kunna ta del av det svenska lönegarantisystemet för obetald ersättning för arbete under tid som de inte har haft rätt att vistas i landet.

Enligt 1 § lönegarantilagen (1992:497) svarar staten för betalning av arbetstagares fordran hos bland annat en arbetsgivare som försetts i konkurs i Sverige eller är föremål för företagsrekonstruktion enligt lagen (1996:764) om företagsrekonstruktion. För bedömningen av vem som är arbetstagare ska ledning hämtas ur det civilrättsliga arbetstagarbegreppet (se NJA 1992 s. 631). Enligt vår uppfattning är även denna lag tillämplig på utlänningar som arbetat utan föreskrivet arbetstillstånd, oavsett om deras anställningsavtal skulle vara ogiltiga enligt allmänna rättsgrundsatser.

Enligt 7 b § lönegarantilagen lämnas betalning enligt lönegarantin inte för sådan del av fordran på lön som enligt 5 kap. 2 § första stycket konkurslagen inte får göras gällande i konkurs. I sistnämnda bestämmelse föreskrivs att fordran på lön inte får göras gällande i den mån fordringen uppenbart överstiger vad som kan anses skäligt med hänsyn till gjord arbetsinsats, verksamhetens lönsamhet och omständigheterna i övrigt.

Begränsningsregeln i 5 kap. 2 § första stycket konkurslagen var i den konkurslag som föregick den nu gällande tillämplig på endast arbetstagare som var att anse som närstående till konkursgäldenären. Genom 1987 års konkurslag gjordes emellertid regeln generell. I det lagstiftningsärendet uttalade departementschefen att möjligheterna att komma åt s.k. svarta förmåner, dvs. sådana som arbetstagaren tidigare varken redovisat eller betalat skatt för och som görs gällande i konkursen, skulle komma att vidgas om bestämmelsen angående betalningsrätten i konkurs gjordes generell. Departementschefen förklarade att detta skulle minska möjligheterna att missbruka lönegarantin, eftersom betalning enligt lönegarantilagen förutsätter att fordringen får göras gällande i konkursen (prop. 1986/87:90 s. 135).

Hovrätten över Skåne och Blekinge ansåg i en dom den 11 november 2000 i mål T 471-97 att lönegarantin inte täckte en lönefordran från en arbetstagare som under ett och ett halvt års tid uppburit lön som enligt överenskommelse mellan arbetstagaren och arbetsgivaren inte skulle redovisas eller beskattas och som arbetstagaren inte tagit upp i självdeklarationen. Hovrätten ansåg med hänvisning till de nämnda förarbetsuttalandena att det var uppenbart oskäligt att arbetstagarens lönefordran gjordes gällande i konkursen och att fordran därför inte täcktes av lönegarantin. Svea hovrätt gjorde motsvarande bedömning i en dom den 8 september 2008 i mål T 8659-07.

Även den omständigheten att en arbetstagare tjänat in lön i strid med ett meddelat näringsförbud har ansetts medföra att betalning från lönegarantin inte fick lämnas eftersom fordran inte fick göras gällande i konkursen. Denna slutsats grundades emellertid på bestämmelsen i det andra stycket i 5 kap. 2 § konkurslagen. Enligt den bestämmelsen får den som är närstående till konkursgäldenären inte göra gällande fordran på lön i vidare mån än som kan anses skäligt med hänsyn till vad som angetts i första stycket och inte för längre tid tillbaka än ett år innan konkursansökningen kom in till tingsrätten. Den nämnda slutsatsen drogs av Hovrätten för Västra Sverige i en dom den 27 maj 2005 i mål T 4686-04, i vilken den prövade om en man med näringsförbud som varit anställd i och utövat den faktiska ledningen över ett konkursbolag hade rätt till lönegaranti. Tingsrätten hänvisade till de ovan redovisade förarbetsuttalandena och förklarade därefter att förtroendet för såväl konkurslagstiftningen som reglerna för näringsförbud skulle kraftigt urholkas, om den som belagts med näringsförbud kunde räkna med ersättning framför andra konkursborgenärer för arbete som utförts i

strid med förbudet. Tingsrätten ansåg därför att fordran inte var skälig i förhållande till omständigheterna i samband med dess uppkomst. Den fick därmed inte göras gällande i konkursen och kunde som följd av detta inte heller ersättas genom statlig lönegaranti. Hovrätten instämde i denna bedömning.

Lönegarantilagen är som redan nämnts enligt vår uppfattning tillämplig även på arbetstagare som arbetat utan föreskrivet arbetstillstånd. Om en sådan arbetstagares anställningsavtal byggt på att lönen skulle undandras skatt och arbetsgivaravgifter, täcks – mot bakgrund av de ovan redovisade förarbetsuttalandena och hovrättsavgörandena – hans eller hennes lönefordran dock inte av lönegarantin. Rättsläget är emellertid inte klart när det gäller frågan vad tillämpningen av 7 b § lönegarantilagen utmynnar i vid fall där arbetsgivaravgifter betalats och skatteavdrag gjorts. Enligt vår uppfattning bör dock inga särskilda kriterier införas i den nämnda bestämmelsen beträffande utlänningar som arbetar utan föreskrivet arbetstillstånd, utan deras rätt till lönegaranti bör även fortsättningsvis bedömas enligt nu gällande regler.

Är anställningsavtal med arbetstagare som saknar föreskrivet arbetstillstånd giltigt?

Bedömning: I typfallet med en utlänning som kommer hit för att arbeta trots att han eller hon inte har och inte kan få arbetstillstånd och såväl arbetsgivaren som arbetstagaren är medvetna om detta skulle anställningsavtalen kunna vara ogiltiga enligt allmänna rättsgrundsatser. Eftersom t.ex. den arbetsrättsliga skyddslagstiftningens tillämplighet bedöms självständigt och anställningsavtalets eventuella ogiltighet därvid saknar betydelse, är den ställda frågan dock närmast av akademiskt och inte praktiskt intresse.

Vi har ovan kommit fram till att de aktuella arbetstagarnas rättigheter och skyldigheter i de bedömda avseendena som utgångspunkt inte skulle påverkas av om deras anställningsavtal skulle anses ogiltiga enligt allmänna rättsgrundsatser. En eventuell ogiltighetspåföljd har därför som utgångspunkt endast den följden för arbetstagaren och arbetsgivaren att de inte behöver vidta några åtgärder för att undgå skyldigheterna att arbeta respektive bereda arbete enligt avtalet. Vi

vill emellertid ändå diskutera frågan om anställningsavtal i typfallet med en utlänning som kommer hit för att arbeta trots att han eller hon inte har och inte kan få arbetstillstånd och såväl arbetsgivaren som arbetstagaren är medvetna om detta är ogiltiga enligt allmänna rättsgrundsatser.

Frågan förefaller inte ha diskuterats närmare i rättspraxis, förarbeten eller litteratur. I Arbetsdomstolens dom AD 1979 nr 90 var det fråga om ett anställningsavtal där arbetstagarens uppehålls- och arbetstillstånd löpt ut. Arbetsdomstolen gick emellertid aldrig in på frågan om anställningsavtalet var giltigt även sedan tillstånden hade löpt ut. Detta kan ha berott på att det inte gjordes gällande i målet att avtalet inte skulle vara giltigt. Enligt vår uppfattning ger Arbetsdomstolens dom inte någon ledning i frågan om ett anställningsavtal som en utlänning utan föreskrivet arbetstillstånd är part i är giltigt eller inte.

Frågan om en ogiltighetspåföljd är påkallad besvaras genom en analys av syftet med regleringen, behovet av en ogiltighetspåföljd och de konsekvenser som en sådan kan innebära.

När det gäller syftet med det svenska kravet på arbetstillstånd, så grundar sig systemet med arbetstillstånd i stor utsträckning på de riktlinjer som gavs i samband med lagstiftning åren 1968 och 1984 (prop. 1968:142 och prop. 1983/84:144). Riktlinjerna innebär att invandringen ska vara reglerad och att möjligheterna till arbetstillfällen i första hand ska tillgodose här i landet bosatta arbetsökande samt EU-medborgare. Regleringen har alltså ett allmänt syfte, inte ett syfte att skydda någon avtalspart. Detta syfte är därför inte ett särskilt tungt vägande skäl för ogiltighet.

Beträffande behovet av en ogiltighetssanktion så skulle en sådan i de allra flesta fall som vi kan föreställa oss inte ha någon som helst verkan, inte minst med tanke på att arbetstagaren har rätt till avtalad ersättning för utfört arbete, även om avtalet är ogiltigt. Dessutom föreskrivs straffansvar för såväl arbetsgivaren som arbetstagaren och en särskild avgift för arbetsgivaren.

Mot bakgrund av dessa slutsatser är de konsekvenser som en ogiltighetspåföljd kan medföra avgörande för bedömningen. Vi har nyss dragit slutsatsen att arbetstagaren har rätt till avtalad ersättning för utfört arbete, även om avtalet skulle anses ogiltigt. Vi har också konstaterat att avtalsparternas rättigheter och skyldigheter såsom arbetstagare och arbetsgivare som utgångspunkt inte påverkas av en ogiltighetspåföljd, med undantag för arbetstagarens skyldighet att arbeta respektive arbetsgivarens skyldighet att bereda denne

arbete enligt avtalet. En eventuell ogiltighet skulle alltså inte ha sådana negativa konsekvenser att avtalet bör anses giltigt med hänsyn till dessa.

Konsekvenserna av en ogiltighetssanktion talar i regel för att ett avtal i strid med ett lagförbud ska anses giltigt, t.ex. om konsekvenserna av att ett fastighetsköp återgår lång tid efter det att avtalet ingicks blir orimliga för de inblandade. I fråga om de aktuella anställningsavtalen är det i stället så att konsekvenserna vid giltighet talar för att avtalen ska anses ogiltiga. Om avtalen är giltiga, innebär de en skyldighet för arbetsgivaren att bereda arbetstagaren arbete och en skyldighet för arbetstagaren att arbeta så länge avtalet inte sagts upp. Parterna behöver visserligen, enligt vad Arbetsdomstolen uttalat i AD 1979 nr 90, inte vid uppsägningen iakttä bestämmelserna i lagen om anställningsskydd, men så länge avtalen inte sagts upp skulle de innebära en skyldighet för parterna att begå brott.

Eftersom parterna inte behöver iakttä bestämmelserna i lagen om anställningsskydd, blir de negativa konsekvenserna ytterst begränsade för dem. Den principiellt riktiga utgångspunkten torde emellertid vara att avtalen bör anses ogiltiga, inte att de ska vara giltiga men kunna frånträdas utan några begränsningar. Frågan torde dock i aktuella hänseenden sakna praktisk betydelse.

7.3.6 Konsekvenser av en skyldighet för Migrationsverket att underrätta arbetsgivare om att ett AT-UND eller arbetstillstånd har upphört att gälla

Bedömning: En skyldighet för Migrationsverket att underrätta arbetsgivare om att ett arbetstillstånd eller ett AT-UND har upphört att gälla har som utgångspunkt inga konsekvenser för det civilrättsliga förhållandet mellan en arbetsgivare och en anställd som saknar föreskrivet arbetstillstånd.

Enligt våra direktiv ska vi överväga om det finns anledning att införa en skyldighet för Migrationsverket att underrätta arbetsgivare om att ett arbetstillstånd eller ett AT-UND har upphört att gälla. Denna fråga har vi behandlat i avsnitt 5.7.3. Vi har där gjort bedömningen att det saknas tillräckliga skäl att införa en författningsreglerad skyldighet för Migrationsverket att underrätta en arbetsgivare om att ett arbetstillstånd eller ett AT-UND har åter-

kallats. Vi har emellertid framhållit att Migrationsverket, i de fall verket känner till vem arbetsgivaren är, bör sända en kopia av beslutet om återkallelse till arbetsgivaren.

Enligt våra direktiv ska vi också utreda vilka konsekvenser som den nämnda underrättelseskyldigheten medför för det civilrättsliga förhållandet mellan arbetsgivaren och den anställde.

En första fråga som uppkommer är om underrättelseskyldigheten i sig – inte själva underrättelsen – skulle ha någon betydelse för det civilrättsliga förhållandet. Den betydelsen skulle i så fall bygga på att arbetsgivaren därigenom slipper undan en skyldighet att försäkra sig om att ett AT-UND eller arbetstillstånd inte upphört att gälla. Arbetstillstånd ges för viss tid, medan AT-UND gäller utan tidsgräns men upphör att gälla vid vissa förhållanden. Det bevis om undantaget från arbetstillstånd som Migrationsverket utfärdar finns emellertid i det s.k. LMA-kortet som har en giltighetstid om högst sex månader. Med hänsyn till dessa begränsningar i giltighetstid kan vi inte se att arbetsgivare i allmänhet skulle ha någon skyldighet att kontrollera att de aktuella handlingarna inte upphört att gälla. En underrättelseskyldighet kan därför som utgångspunkt inte ha någon betydelse för det civilrättsliga förhållandet.

Den andra frågan som uppkommer är om det förhållandet att arbetsgivaren blir medveten om att ett arbetstillstånd eller ett AT-UND har upphört att gälla har någon betydelse för det civilrättsliga förhållandet. För att vi ska kunna bedöma konsekvenserna av en arbetsgivares insikt om detta krävs att vi först tar reda på hur det civilrättsliga förhållandet påverkas av att arbetstagaren förlorar sin rätt att arbeta här. Utgångspunkten för bedömningen måste vara att arbetstagaren vet om att han inte har rätt att arbeta här längre, underlåter att underrätta arbetsgivaren om detta och fortsätter att arbeta i anställningen. Beträffande typfallet med en utlänning som kommer hit för att arbeta trots att han eller hon inte har och inte kan få arbetstillstånd och såväl arbetsgivaren som arbetstagaren är medvetna om detta har vi i avsnitt 7.3.5 dragit slutsatsen att utlänningen har rätt till avtalad lön för utfört arbete. Vi har också konstaterat att arbetstagarens rättigheter enligt semesterlagen och arbetstidslagen som utgångspunkt inte påverkas av att han eller hon arbetar utan föreskrivet arbetstillstånd. Enligt vår uppfattning gäller dessa slutsatser som utgångspunkt också i fallet med en utlänning som fortsätter att arbeta trots att hans arbetstillstånd eller AT-UND upphört att gälla. Dessa slutsatser fortsätter att gälla, även om arbets-

givaren blir medveten om att arbetstagaren inte längre har rätt att arbeta här.

Sammanfattningsvis anser vi att en skyldighet för Migrationsverket att underrätta arbetsgivare om att ett arbetstillstånd eller ett AT-UND har upphört att gälla som utgångspunkt inte skulle ha några konsekvenser för det civilrättsliga förhållandet mellan arbetsgivaren och en anställd som saknar föreskrivet arbetstillstånd.

7.4 Arbetsgivares ansvar för innestående ersättning

Förslag: Rätten för utlänningar som arbetat här som anställda vid vistelse utan föreskrivet tillstånd till avtalad ersättning för utfört arbete slås fast i lag.

Enligt artikel 6.1 a första meningen i direktivet ska medlemsstaterna säkerställa att arbetsgivare vid överträdelse av förbudet mot anställning av tredjelandsmedborgare som vistas olagligt ska ansvara för betalning av eventuell innestående ersättning till tredjelandsmedborgaren.

I avsnitt 7.3.4 har vi dragit slutsatsen att en arbetsgivare är skyldig att betala lön och annan ersättning enligt anställningsavtalet för utfört arbete, även om avtalet är ogiltigt på grund av att arbetstagaren arbetat utan föreskrivet arbetstillstånd. Denna slutsats gäller även om straffbestämmelsen i 20 kap. 5 § UtIL ändras i enlighet med våra förslag i kapitel 4 så att den omfattar också arbetsgivare som har utlänningar i sin tjänst som vistas här utan föreskrivet tillstånd och som utför arbete här och arbetsgivare som har utlänningar i sin tjänst som tillfälligt utför arbete utomlands men vanligtvis utför arbete i Sverige inom ramen för anställningen vid vistelse här utan föreskrivet tillstånd. Svensk rätt kommer därför även efter dessa lagändringar att i sak uppfylla direktivets krav i denna del.

I avsnitt 3.3 har vi konstaterat att direktiv ska genomföras så att det genom de nationella bestämmelserna säkerställs att direktivet tillämpas fullt ut, att den rättsliga situation som följer av dessa bestämmelser är tillräckligt klar och precis samt att de personer som berörs ges möjlighet att få full kännedom om sina rättigheter och skyldigheter. För att komma fram till att de aktuella arbetstagarna har rätt till överenskommen lön för utfört arbete behövde vi luta oss mot bland annat uttalanden i rättspraxis och juridisk litteratur

om analog tillämpning av bestämmelser som reglerar andra områden än anställningar. Svensk rätt uppfyller därför inte de redovisade kraven på hur direktiv ska genomföras. De aktuella tredjelandsmedborgarnas rätt till innestående ersättning bör därför slås fast i en uttrycklig lagbestämmelse. Denna bestämmelse bör tas in i en ny lag där även vissa andra frågor som direktivet ger upphov till regleras.

7.5 Presumtionen för viss överenskommen ersättning

Förslag: En bestämmelse om att den överenskomna ersättningen ska antas vara den ersättning som följer av ett tillämbart svenskt kollektivavtal eller praxis inom yrket eller branschen införs i lag.

7.5.1 Inledning

Medlemsstaterna ska enligt artikel 6.1 a i direktivet inte endast säkerställa att arbetsgivare ansvarar för betalning av innestående ersättning till tredjelandsmedborgare som anställts utan rätt att vistas i landet. De ska dessutom enligt andra meningen se till att den ”överenskomna ersättningen ska presumeras ha varit åtminstone lika hög som minimilönen enligt tillämplig nationell lagstiftning, kollektivavtal eller i enlighet med etablerad praxis i den relevanta branschen, såvida inte antingen arbetstagaren eller arbetsgivaren kan bevisa motsatsen, samtidigt som, i förekommande fall rättsligt bindande nationella bestämmelser om lön respekteras”.

Den svenska lydelsen av sistnämnda bestämmelse överensstämmer inte helt med andra språkversioner. Enligt den engelska ska den överenskomna ersättningen presumeras ha varit åtminstone lika hög som ”the wage provided for by the applicable laws on minimum wages, by collective agreements or in accordance with established practice in the relevant occupational branches”. De andra språkversioner som vi förstår motsvarar den engelska. Den överenskomna lönen ska alltså presumeras ha varit åtminstone lika hög som lönen enligt tillämplig nationell minimilönelagstiftning, enligt kollektivavtal eller i enlighet med etablerad praxis i den relevanta branschen.

I Sverige finns inte någon minimilönelagstiftning. För svensk del kan presumtionen därför avse lön enligt kollektivavtal eller lön i enlighet med etablerad praxis i den relevanta branschen.

7.5.2 Vad är vi skyldiga att göra enligt direktivet?

En fråga som uppkommer är om det är tillräckligt att medlemsstaterna antar en bestämmelse om att den överenskomna ersättningen ska antas ha varit åtminstone lika hög som lönen enligt kollektivavtal eller praxis eller om det krävs att genomförandet av den aktuella bestämmelsen resulterar i mer preciserade svenska bestämmelser. Frågan är då närmare bestämt om det är nödvändigt att i lagtext peka ut de kollektivavtal som presumtionen ska avse så att en domstol som ska pröva en talan om rätt till ersättning för utfört arbete kan ta reda på vilken lön det är fråga om eller om det kan läggas på den part som vill dra nytta av presumtionen att åberopa ett visst avtal och visa att det är tillämplbart. En annan fråga som uppkommer är om det ska framgå vilket av de två alternativen med lön enligt kollektivavtal eller lön enligt etablerad praxis som ska gälla i en viss situation eller om det kan överlämnas åt parterna eller lagtillämparen att välja. För svensk del blir det svårt att ge närmare anvisningar för vilket kollektivavtal som presumtionen ska avse.

7.5.3 Lön enligt kollektivavtal

Kollektivavtalets rättsverkningar

I 23 § lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet (medbestämmandelagen) anges vilka krav som måste vara uppfyllda för att ett avtal ska vara ett kollektivavtal. För det första måste avtalet vara skriftligt. För det andra ska det avse anställningsvillkor för arbetstagare eller förhållandet i övrigt mellan arbetsgivare och arbetstagare. Slutligen ska avtalet ha ingåtts mellan en arbetsgivarorganisation eller arbetsgivare och en arbetstagarorganisation. Kollektivavtal kan alltså slutas på flera nivåer: mellan huvudorganisationer, mellan förbund och mellan enskilda arbetsgivare och fackförening.

Avtal som en förening har slutit är i regel inte bindande för föreningens medlemmar. Kollektivavtal har dock bindande verkan även för en medlem i en organisation som har ingått avtalet (26 § MBL). En arbetsgivare kan alltså, till skillnad från en arbetstagare,

vara bunden av kollektivavtal antingen som medlem i en avtalslutande organisation eller som avtalspart.

Oorganiserade arbetstagares ställning

Enligt allmänna arbetsrättsliga rättsgrundsatser anses en arbetsgivare som är bunden av kollektivavtal vara förhindrad att tillämpa sämre villkor än dem som gäller enligt avtalet för arbetstagare som står utanför den avtalslutande organisationen. Förpliktelsen för arbetsgivaren att iaktta bestämmelserna i avtalet gäller dock bara gentemot den arbetstagarorganisation som är part i avtalet och alltså inte i förhållande till den oorganiserade arbetstagaren.

En oorganiserad arbetstagare kan alltså inte hävda rättigheter gentemot arbetsgivaren enbart med stöd i kollektivavtalet. Sådan rätt har bara den avtalslutande organisationen och dess medlemmar. Det är dock vanligt att den oorganiserade arbetstagarens enskilda anställningsavtal hämtar sitt innehåll från ett kollektivavtal, och då har den oorganiserade arbetstagaren samma anställningsvillkor som de arbetstagare som är medlemmar i den avtalslutande organisationen.

Olika svårigheter när ett kollektivavtal ska pekas ut

Om en arbetsgivare är bunden av ett kollektivavtal med ett fackförbund som en anställd är medlem i, om avtalet är tillämpligt på den anställde och om det av avtalet framgår vilken lön och annan ersättning som arbetstagare som omfattas av avtalet har rätt till, står det klart vilken ersättning som den anställde har rätt till även om han eller hon inte har träffat ett individuellt löneavtal. Dessa villkor är emellertid inte alltid uppfyllda. Detta gäller i stor utsträckning tredjelandsmedborgare som arbetar här trots att de inte har rätt att vistas här.

De aktuella tredjelandsmedborgarna kommer i de allra flesta fall att vara oorganiserade och därmed inte ha rätt till lön enligt kollektivavtal enbart genom att arbetsgivaren är bunden av ett sådant. Om arbetsgivaren är bunden av ett kollektivavtal, är denne i förhållande till den arbetstagarorganisation som är part i avtalet skyldig att tillämpa avtalet även på oorganiserade arbetstagare. I den situationen kan det vara naturligt att presumtionen gäller det kollektivavtalet.

Olika omständigheter kan emellertid göra det svårt att peka ut den ersättningsnivå som presumtionen ska avse.

För det första är det möjligt att varken arbetsgivaren eller arbetstagaren är bundna av något kollektivavtal. I en sådan situation måste tillämpbara kollektivavtal identifieras. För detta krävs bland annat kännedom om arbetsgivarens verksamhet och arbetstagarens arbetsuppgifter. Detta kan utmynna i att flera kollektivavtal är tillämpbara. För det andra är det möjligt att avtal som en arbetsgivare är bunden av eller som i och för sig skulle vara tillämpbara på en arbetsgivare som inte är bunden av kollektivavtal är sifferlösa och bygger på att lönenivåer avtalas lokalt på företagsnivå eller individuellt. Detta gäller i stor utsträckning för riksavtalen på SACO:s område men även i viss mån TCO-förbundens riksavtal. I LO-förbundens riksavtal anges dock lönenivåerna regelmässigt till belopp. För det tredje är det möjligt, om än mycket ovanligt, att det saknas tillämpbara kollektivavtal.

7.5.4 Genomförande av bestämmelsen om presumtion för viss ersättning

Mot bakgrund av vad som nu redovisats är det inte möjligt att i en författning ge riktlinjer för hur det kollektivavtal vars ersättningsvillkor presumtionen ska avse ska pekas ut. Det är inte heller möjligt att låta presumtionen avse endast lön enligt kollektivavtal. Presumtionsbestämmelsen måste därför vara allmänt hållen.

En förebild finns i 6 kap. 2 § UtlL. I den bestämmelsen föreskrivs följande beträffande villkoren för arbetstillstånd.

- 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.

I förarbetena till denna bestämmelse (SOU 2006:87 och prop. 2007/08:147) resoneras inte kring innebörden av villkoret att anställningsvillkoren inte får vara sämre än de villkor som följer av svenska kollektivavtal eller praxis inom yrket eller branschen.

Enligt vår mening bör bestämmelsen i artikel 6.1 a andra meningen genomföras genom en bestämmelse om att den överenskomna ersättningen ska antas vara den ersättning som följer av ett tillämpligt

svenskt kollektivavtal eller praxis inom yrket eller branschen. Arbetsstagaren ska därvid ha möjlighet att peka på ett tillämpligt kollektivavtal från vilket den ersättning som presumptionen ska avse ska hämtas. Det ska ankomma på arbetstagaren att åberopa det kollektivavtal från vilket avtalsvillkoret hämtas och lägga fram utredning för att avtalet är tillämpligt.

Presumptionen bör regleras i en bestämmelse i den lag som nämnts i avsnitt 7.4.

7.6 Arbetsgivarens ansvar för skatter och sociala avgifter

Bedömning: Arbetsgivare är enligt svensk rätt skyldiga att dra av och betala preliminärskatt samt betala arbetsgivaravgifter och sanktionsavgifter i samma utsträckning oavsett om arbetstagaren vistas här lagligt eller olagligt. Kraven i artikel 6.1 b i direktivet är därför uppfyllda.

7.6.1 Inledning

Enligt artikel 6.1 b i direktivet ska medlemsstaterna för varje överträdelse av direktivets förbud säkerställa att arbetsgivaren ansvarar för betalning av

ett belopp motsvarande eventuella skatter och sociala avgifter som arbetsgivaren skulle ha betalat om tredjelandsmedborgaren varit lagligt anställd, inklusive straffavgifter vid förseningar och relevanta administrativa sanktioner

En inledande fråga som denna bestämmelse ger upphov till är vad som avses med ”ett belopp motsvarande”. Bestämmelsen bör inte uppfattas så att arbetsgivare som betalar skatter och socialavgifter för tredjelandsmedborgare som vistas olagligt i samma utsträckning som för andra arbetstagare dessutom ska betala ett belopp motsvarande dessa skatter och avgifter. Bestämmelsen skulle kunna innebära att arbetsgivare som får betala lägre skatter och socialavgifter beträffande tredjelandsmedborgare som vistas olagligt än beträffande andra arbetstagare ska betala ett belopp motsvarande mellanskillnaden. Enligt vår uppfattning är kraven enligt denna bestämmelse under alla förhållanden uppfyllda om arbetsgivare är skyldiga att betala

skatter, socialavgifter och straffavgifter i samma utsträckning, oavsett om arbetstagaren vistas här lagligt eller olagligt. I detta avsnitt ska vi utreda om detta villkor är uppfyllt i svensk rätt.

I direktivet förklaras inte vad som avses med sociala avgifter. Begreppet återfinns i ett fåtal andra EU-rättsakter, men inte heller dessa innehåller någon definition. EU-domstolen förefaller inte ha uttalat sig om begreppets innebörd.

7.6.2 Skatter och avgifter på lön för vilka arbetsgivaren är skatte- eller avgiftsskyldig

De skatter och avgifter som arbetsgivare är skyldiga att betala på lön och annan ersättning till en anställd är först och främst arbetsgivaravgifter enligt socialavgiftslagen (2000:980). För arbetstagare som är bosatta utomlands, men utför arbete i Sverige, ska arbetsgivaren som utgångspunkt betala arbetsgivaravgifter på samma sätt som för arbetstagare som är bosatta här. Arbetsgivare betalar också allmän löneavgift enligt lagen (1994:1920) om allmän löneavgift. Avgiften infördes för att finansiera Sveriges medlemskap i EU och är trots sitt namn en skatt. Arbetsgivare betalar slutligen särskild löneskatt enligt lagen (1990:659) om särskild löneskatt på vissa förvärvsinkomster. Sådan skatt betalas på vissa ersättningar som tredjelandsmedborgare som vistas olagligt i de allra flesta fall inte torde komma att ha rätt till, exempelvis vissa avgångsersättningar. För närvarande finns inte fler skatter och avgifter på lön och annan ersättning till anställda där skatte- eller avgiftsskyldigheten ligger på arbetsgivaren. De här redovisade skatterna och avgifterna bör anses som sådana skatter och avgifter som avses i artikel 6.1 b.

Avgiftsskyldig för arbetsgivaravgifter och allmän löneavgift är den som utger avgiftspliktig ersättning, och skattskyldig för särskild löneskatt är den som utgett den aktuella ersättningen. Skyldigheten att betala avgifterna och skatten påverkas inte av att ersättningen avser arbete som utförts av någon som vistas här utan föreskrivet arbetstillstånd. Avgifts- och skatteunderlaget är också det samma, oavsett om arbetstagaren vistas i Sverige med eller utan föreskrivet tillstånd.

7.6.3 Ansvar för skatter och avgifter för vilken den anställda är skatt- eller avgiftsskyldig

Beträffande de i avsnitt 7.6.2 behandlade avgifterna och skatterna är alltså arbetsgivaren avgifts- respektive skattskyldig. Det finns emellertid också skatter och avgifter på lön och annan ersättning till anställda för vilken den anställda är skatt- eller avgiftsskyldig, främst skatt enligt inkomstskattelagen (1999:1229) men också avgift enligt lagen (1994:1744) om allmän pensionsavgift. Om en anställd är bosatt utomlands, kan han eller hon i stället för inkomstskatt enligt inkomstskattelagen vara skyldig att betala inkomstskatt enligt lagen (1991:586) om särskild inkomstskatt för utomlands bosatta (SINK) eller lagen (1991:591) om särskild inkomstskatt för utomlands bosatta artister m.fl. (A-SINK).

Sveriges beskattningsrätt avgränsas genom att man skiljer mellan obegränsat och begränsat skattskyldiga. Den obegränsade skattskyldigheten omfattar alla inkomster oavsett varifrån i världen dessa inkomster härrör. Den begränsade skattskyldigheten omfattar endast vissa särskilda inkomster med speciellt stark anknytning till Sverige.

Obegränsat skattskyldig är enligt 3 kap. 3 § inkomstskattelagen den som är bosatt eller vistas stadigvarande i Sverige eller som har väsentlig anknytning hit och som tidigare varit bosatt här. Den begränsade skattskyldigheten gäller för dem som varken är bosatta eller vistas stadigvarande i Sverige och inte heller har väsentlig anknytning till Sverige. Vissa inkomster som härrör från Sverige anses ha sådan koppling hit att det är motiverat för Sverige att ha en beskattningsrätt till dessa inkomster. Den begränsade skattskyldigheten omfattar därför vissa inkomster som anges i bland annat 3 kap. 18 och 19 §§ inkomstskattelagen, 5 § SINK och 7 § A-SINK. De inkomster som omfattas av den svenska beskattningsrätten är bland annat löner som erhålls genom verksamhet här i landet.

För uppbörderna av bland annat inkomstskatt och allmän pensionsavgift tillämpas i Sverige ett system med preliminär skatt. Den preliminära skatten betalas när ersättning betalas ut och räknas av mot den slutliga skatten sedan denna fastställts. Enligt skattebetalningslagen (1997:483) ska preliminär skatt för en skattskyldig betalas för inkomståret med belopp som så nära som möjligt kan antas motsvara den slutliga skatten (4 kap. 1 §). Den preliminära skatten ska betalas genom skatteavdrag eller genom särskild debitering (F-skatt eller särskild A-skatt, 4 kap. 2 §). Skatteavdrag görs av den som betalar ut ersättning för bland annat arbete (4 kap. 3 §)

vid varje tillfälle då utbetalning sker (5 kap. 1 §). Även särskild inkomstskatt enligt SINK och A-SINK betalas in genom skatteavdrag (9 § SINK resp. 12 § A-SINK).

En arbetsgivare som underlåter att göra föreskrivet skatteavdrag kan, genom ett omprövningsbeslut enligt 11 kap. 19 § skattebetalningslagen, bli skyldig att betala ett belopp motsvarande det underlåtna avdraget (12 kap. 1 § skattebetalningslagen – som gäller även särskild skatt enligt A-SINK – och 9 a § första stycket SINK). En arbetsgivare som blivit betalningsansvarig på denna grund har emellertid rätt att kräva arbetstagaren på beloppet (12 kap. 10 § skattebetalningslagen – vilken bestämmelse gäller även särskild skatt enligt A-SINK – och 9 a § andra stycket SINK). Eftersom detta betalningsansvar är accessoriskt med den skattskyldiges ansvar och förenat med regressrätt gentemot denne är det inte fråga om sådant betalningsansvar som avses i artikel 6.1 a. Det kan dock nämnas att arbetstagarens skattskyldighet eller arbetsgivarens skyldighet att göra skatteavdrag på ersättning för arbete inte påverkas av att arbetstagaren är en tredjelandsmedborgare som vistas här olagligt.

7.6.4 Sanktionsavgifter

I 15 kap. skattebetalningslagen (1997:483) finns bestämmelser om särskilda avgifter. De avgifter som kan bli aktuella för arbetsgivare är skattetillägg och förseningsavgift. Skattetillägg och förseningsavgift ska tas ut såväl beträffande skatter och avgifter på ersättning för vilken arbetsgivaren är skatte- eller avgiftsskyldig som vid underlåtet skatteavdrag. Bestämmelserna gäller även vid underlåtet skatteavdrag enligt SINK och A-SINK. I Sverige är endast skattetillägget och förseningsavgiften sådan straffavgift eller administrativ sanktion som avses i artikel 6.1 b. Arbetsgivarens skyldighet att betala sådana skattetillägg och förseningsavgift är densamma oavsett om arbetstagaren vistas här lagligt eller olagligt.

7.6.5 Slutsats

Skyldigheten att betala sådana skatter, socialavgifter och straffavgifter som avses i artikel 6.1 b är densamma även om den berörde arbetstagaren vistas här olagligt. Det behövs därför inte någon ny lagstiftning för att uppfylla kraven i artikel 6.1 b.

7.7 Kostnader för att skicka efterhandsutbetalningar

Förslag: Det införs en lagstadgad skyldighet för arbetsgivare att bära kostnaderna för att sända lön och annan ersättning för utfört arbete till en tredjelandsmedborgare som arbetat vid olaglig vistelse här.

Enligt artikel 6.1 c i direktivet ska medlemsstaterna säkerställa att arbetsgivare som överträder direktivets förbud ansvarar för eventuella kostnader för att skicka efterhandsutbetalningar till det land som tredjelandsmedborgaren återvänt eller återsänts till. Bestämmelsen bör uppfattas så att den avser kostnaderna för att skicka ersättningen till tredjelandsmedborgaren när han eller hon har återvänt eller återsänts till ett annat land.

Det är möjligt att tänka sig två fall med kostnader för att skicka innestående ersättning till arbetstagare. Det är dels kostnader för det allmänna om någon myndighet medverkar när ersättningen skickas till en tredjelandsmedborgare, dels kostnader som parterna åsamkas om betalning sker utan någon myndighets inblandning.

Det enda sammanhang där någon svensk myndighet kan tänkas medverka när lön skickas till arbetstagare är Kronofogdemyndighetens verkställighet av dom eller utslag avseende skyldighet att betala lönebelopp. I utskökningsmål får ersättning tas ut för statens kostnader för förfarandet hos Kronofogdemyndigheten (17 kap. 1 § utskökningsbalken). Ersättning för förrättningskostnaderna tas ut i form av grundavgift, förberedelseavgift, försäljningsavgift och särskild avgift (2 § förordningen [1992:1094] om avgifter vid Kronofogdemyndigheten). Grundavgiften är som huvudregel 600 kr (6 §). Den särskilda avgiften tas ut när det uppkommer en särskild kostnad för staten för en åtgärd i ett utskökningsmål (13 §). Kostnaderna kan avse t.ex. särskild värderingsman och magasinering. Kronofogdemyndigheten tar inte ut någon särskild avgift för att täcka kostnader för utbetalning av medel som flutit in vid verkställighet.

I utskökningsmål ansvarar sökanden mot staten för förrättningskostnaderna (17 kap. 2 § utskökningsbalken). Kronofogdemyndigheten ska ta ut förrättningskostnader utan särskild begäran (17 kap. 6 §). Galdenären ansvarar alltså i förhållande till borgenären för förrättningskostnaderna. Det finns emellertid inte något särskilt ansvar för denne att betala Kronofogdemyndighetens kostnader för att

skicka ersättningen till tredjelandsmedborgaren. Enligt vår uppfattning är dessa kostnader emellertid inte sådana kostnader som avses i artikel 6.1 c. Vad som avses är kostnader som skulle kunna falla på tredjelandsmedborgaren.

De kostnader som omfattas av artikel 6.1 c är alltså kostnader som uppkommer när arbetsgivaren utan någon myndighets medverkan betalar lön och annan ersättning till en tredjelandsmedborgare som vid betalningen lämnat Sverige. I svensk rätt finns inga författningsbestämmelser om fördelningen av ansvaret för sådana kostnader mellan dessa parter. Det finns emellertid en lag i vilken frågor om kostnader för betalningsöverföringar regleras i vissa andra hänseenden, nämligen lagen (2010:751) om betaltjänster. I den lagen finns bestämmelser om betaltjänster som tillhandahålls i Sverige och utförs inom det Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES) i euro eller i någon annan av EES-ländernas valutor. Vid sådana betaltjänster gäller att betalaren och betalningsmottagaren ska betala de avgifter som deras respektive betaltjänstleverantör tar ut, under förutsättning att betalningstransaktionen inte medför någon valutaväxling (5 kap. 1 § andra stycket). Motsatsvis innebär regleringen att denna huvudregel om avgiftsfördelningen inte gäller betalningstransaktioner som medför valutaväxling. Vid sådana transaktioner kan parterna i stället avtala om avgiftsfördelningen samsammans (prop. 2009/10:220 s. 348).

Vid betalningar där betalningsmottagarens betaltjänstleverantör (bank) inte är etablerad inom EES finns ingen reglering av ansvaret för kostnaderna för betalningstransaktionen. Vid sådana utlandsbetalningar går det rent praktiskt till så att betalningsavsändaren vid sina kontakter med banken väljer mellan tre alternativ. Det första alternativet är att avsändaren betalar avsändarbankens kostnader för betalningsöverföringen medan mottagaren ersätter eventuella kostnader som uppkommer i utlandet hos hans mottagande bank. Det andra är att avsändaren betalar ett pris för betalningen som täcker både avsändar- och mottagarbankens kostnader. Det tredje är att mottagaren står för alla kostnader. Betalningar genom en svensk avsändarbank och en mottagande bank i ett land utanför EU och Norden kostar i regel 30–50 kr, och avsändaren kan täcka mottagarens kostnader genom en avgift om vanligtvis 150–175 kr.

I svensk rätt finns inte bestämmelser som innebär att arbetsgivare åt tredjelandsmedborgare som vistas här olagligt under anställningen alltid står kostnaderna för att skicka innestående ersättning till tredjelandsmedborgaren när denne lämnat Sverige. Det är dess-

utom enligt svensk rätt möjligt för en arbetsgivare och en arbetstagare att avtala om att arbetstagaren ska bära kostnaderna för lönebetalningar. Det är därför nödvändigt att införa en skyldighet för arbetsgivare att bära kostnaderna för att skicka innestående ersättning i de aktuella situationerna. Denna skyldighet bör regleras i den nya lag som nämnts i avsnitt 7.4 i vilken bland annat arbetsgivarens ansvar för innestående ersättning ska regleras.

Som framgått ovan är det enligt lagen (2010:751) om betaltjänster inte möjligt för en betalare att vid betaltjänster som utförs inom EES välja ett betalningsalternativ där han eller hon betalar de avgifter som betalningsmottagarens betalningstjänsteleverantör tar ut. I en sådan situation ska arbetsgivaren vara skyldig att vid betalningen kompensera tredjelandsmedborgaren för dennes kostnad. Detsamma ska gälla i andra situationer där arbetsgivaren måste använda ett betalningssätt som medför kostnader för arbetstagaren, exempelvis om betalningen måste ske med check som är förenad med en inlösenkostnad.

Enligt vår uppfattning bör arbetsgivarens skyldighet att betala kostnaderna för att sända lön och annan ersättning till de aktuella arbetstagarna gälla även om arbetstagaren inte har lämnat Sverige. Skyldigheten bör alltså inte, som i direktivet, begränsas till kostnader för att skicka ersättningen till ett land som arbetstagaren återvänt eller återsänts till.

7.8 Möjlighet till dom m.m.

7.8.1 Inledning

I artikel 6.2 första stycket i direktivet föreskrivs följande.

För att säkerställa tillgången till effektiva förfaranden för tillämpningen av punkterna 1 a och 1 c och med vederbörligt beaktande av artikel 13 ska medlemsstaterna införa mekanismer för att säkerställa att olagligt anställda tredjelandsmedborgare

a) inom en preskriptionstid som fastställs i nationell lagstiftning kan framställa krav och i förlängningen erhålla verkställighet av en dom gentemot arbetsgivaren för eventuell innestående ersättning, inbegripet i de fall de har återvänt eller blivit återsända,

b) kan, om denna möjlighet föreskrivs i nationell lagstiftning, uppmana behörig myndighet i medlemsstaten att inleda förfarandena för att kräva ut innestående ersättning utan att tredjelandsmedborgaren i det fallet behöver framställa några krav.

Artikel 6.1 a avser ansvar för innestående ersättning och artikel 6.1 c ansvar för kostnader för att skicka ersättningen till tredjelandsmedborgaren.

7.8.2 Möjlighet till dom och verkställighet av dom

Bedömning: Det finns svensk domsrätt beträffande en talan som en tredjelandsmedborgare väcker mot en arbetsgivare om ersättning för arbete som utförts i sådana situationer som omfattas av direktivet. En svensk dom med betalningsskyldighet för en arbetsgivare är verkställbar, även om sökanden är tredjelandsmedborgare och även om denne lämnat Sverige. Direktivets krav i artikel 6.2 första stycket a är därför uppfyllda.

Svensk domsrätt

För att kraven i artikel 6.2 första stycket a i direktivet ska vara uppfyllda måste för det första svensk domstol vara behörig att pröva en talan som en tredjelandsmedborgare väcker om ersättning för arbete som utförts vid olaglig vistelse här och för det andra Kronofogdemyndigheten vara behörig att verkställa en dom avseende en sådan talan.

När det gäller frågan om svensk domsrätt finns det i svensk lagstiftning inte allmänna bestämmelser om sådan domsrätt i förmögenhetsrättsliga tvister. När det saknas bestämmelser om svensk domsrätt brukar frågan i första hand avgöras med analogisk tillämpning av forumbestämmelserna i 10 kap. rättegångsbalken. I rådets förordning (EG) nr 44/2001 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område (Bryssel I-förordningen) finns emellertid bestämmelser om domsrätt i förmögenhetsrättsliga tvister som täcker en stor andel förmögenhetsrättsliga mål med internationella inslag. Förordningen är, precis som andra EU-rättsliga förordningar, direkt tillämplig i Sverige.

Enligt artikel 2 i förordningen ska talan mot den som har hemvist i en medlemsstat väckas vid domstol i den medlemsstaten, om inte annat följer av förordningens övriga bestämmelser. När det gäller fysiska personer ska hemvistfrågan enligt artikel 59 bedömas enligt lagen i den medlemsstat där talan väcks. I fråga om juridiska personer innehåller emellertid artikel 60 en egen hemvistdefinition. Enligt

denna bestämmelse ska en juridisk person anses ha hemvist i orten för dess stadgeenliga säte, huvudkontor eller huvudsakliga verksamhet.

Utgångspunkten i förordningen är alltså att talan väcks vid domstol i det land där svaranden har sitt hemvist. I artikel 5.5 föreskrivs emellertid att talan mot den som har hemvist i en medlemsstat kan väckas i en annan medlemsstat, i fråga om tvist som hänförs till verksamheten vid en filial, agentur eller annan etablering, vid domstolen i den ort där denna är belägen. Enligt artikel 19 kan vidare talan mot en arbetsgivare som har hemvist i en medlemsstat också väckas i en annan medlemsstat

- a) vid domstolen i den ort där arbetstagaren vanligtvis utför eller senast utförde sitt arbete, eller
- b) om arbetstagaren inte vanligtvis utför eller utförde sitt arbete i ett och samma land, vid domstolen i den ort där det affärsställe vid vilket arbetstagaren anställdes är eller var beläget.

Vi har i avsnitt 4.2.2 dragit slutsatsen att medlemsstaterna är skyldiga att tillämpa de bestämmelser genom vilka direktivet genomförs på såväl inhemska som utländska arbetsgivare. Om en arbetsgivare har hemvist i Sverige, kan svensk domsrätt följa av Bryssel I-förordningen eller en analogisk tillämpning av rättegångsbalkens forumbestämmelser. Bryssel I-förordningens behörighetsregler i konventionen är nämligen tillämpliga, även om kändanden har hemvist i ett tredje land (EU-domstolens dom den 13 juli 2000 i mål C-412/98, Group Josi, punkt 61, och den 1 mars 2005 i mål C-281/02, Owusu, punkt 35). Det finns alltså svensk domsrätt enligt Bryssel I-förordningen avseende en talan om rätt till innestående ersättning som väcks mot en arbetsgivare med hemvist i Sverige, om kändanden är en tredjelandsmedborgare med hemvist i tredje land.

Enligt EU-domstolen är artikel 2 i Bryssel I-förordningen tillämplig även på en tvist vid domstolen i en medlemsstat när båda parter har hemvist i den staten, om tvisten har viss anknytning till ett tredjeland. Tvisten har tillräcklig internationell karaktär, exempelvis om de omtvistade omständigheterna ägt rum i tredje land (domen i det ovannämnda målet Owusu, punkterna 23–26). Även om en tredjelandsmedborgare som vistas här olagligt skulle anses ha hemvist i Sverige, skulle svensk domsrätt kunna följa av Bryssel I-förordningen, exempelvis om anställningsavtalet ingåtts i arbetstagarens hemland.

Om tvisten inte har tillräcklig internationell karaktär för att Bryssel I-förordningens behörighetsregler ska vara tillämpliga, ska som ovan nämnts domsrätsfrågan i första hand avgöras med en analogisk tillämpning av forumbestämmelserna i 10 kap. rättegångsbalken. Enligt 10 kap. 1 § rättegångsbalken är laga domstol i tvistemål i allmänhet rätten i den ort där svaranden har sitt hemvist. När arbetsgivaren har hemvist i Sverige och det är fråga om en anställning under sådana förhållanden som avses i direktivet leder en analogisk tillämpning av denna svenska forumregel till svensk domsrätt.

När det gäller arbetsgivare med hemvist i ett annat EU-land har vi i avsnitt 4.2.2 dragit slutsatsen att medlemsstaternas skyldigheter enligt direktivet bör motsvara deras möjligheter enligt Bryssel I-förordningen att uppfylla dessa. Om en arbetsgivare med hemvist i ett EU-land har en filial eller annan etablering i Sverige och anställningen är att hänföra till verksamheten i denna, kan talan enligt artikel 5.5 i Bryssel I-förordningen väckas i Sverige. Om arbetsgivaren inte har en filial eller annan etablering i Sverige, föreligger svensk domsrätt enligt bestämmelserna i artikel 19. Dessa slutsatser gäller även arbetsgivare med hemvist i länder som anslutit sig till konventionen om domstols behörighet och om erkännande av verkställighet av domar på privaträttens område (Lugano II-konventionen).

Vad slutligen gäller arbetsgivare med hemvist i tredje land så omfattas dessa av lagen (1992:160) om utländska filialer m.m. om de bedriver näringsverksamhet i Sverige. Enligt 4 § första stycket i den lagen ska utländska företag och utomlands bosatta utländska medborgare anses som svenska rättssubjekt vid bedömningen av om de i ett rättsförhållande, som gäller av dem i Sverige bedriven näringsverksamhet, lyder under svensk lag och av om de i ett sådant rättsförhållande är skyldiga att svara inför svensk domstol eller underkasta sig svensk myndighets avgörande. Beträffande verksamhet i sådana filialer finns alltså svensk domsrätt på samma sätt som beträffande rättssubjekt med hemvist i Sverige. Om anställningen däremot inte avser näringsverksamhet, torde svensk domsrätt följa av en analogisk tillämpning av i första hand bestämmelsen om kontraktsforum i 10 kap. 4 § rättegångsbalken. I sådana fall kan dessutom behörighetsreglerna i Bryssel I-förordningen utgöra ett viktigt underlag vid bedömningen av om svensk domsrätt bör anses föreligga (NJA 2007 s. 482).

I avsnitt 7.3.3 har vi konstaterat att arbetstagare har rätt till avtalad ersättning för utfört arbete trots att de arbetat utan före-

skrivet arbetstillstånd. En talan om sådan ersättning kan också prövas av domstol (NJA 1997 s. 93). Kraven i artikel 6.2 första stycket a i direktivet på svensk domsrätt är således redan uppfyllda i svensk rätt.

Möjlighet till verkställighet av dom

Artikel 6.2 första stycket a i direktivet innebär vidare som redan nämnts en skyldighet för Sverige att se till att de aktuella tredjelandsmedborgarna kan erhålla verkställighet av en dom med betalningsskyldighet för arbetsgivaren avseende ersättning för utfört arbete. Bestämmelser om verkställighet av domar som innefattar betalningsskyldighet finns i utsökningsbalken. En sådan dom får verkställas utan särskilda villkor när den har vunnit laga kraft (3 kap. 3 §). En dom som inte har vunnit laga kraft får verkställas i vissa fall och under vissa villkor (3 kap. 4 §). Möjligheterna till verkställighet av en dom påverkas varken av att sökanden är en tredjelandsmedborgare som vistats här utan föreskrivet tillstånd eller av att denne lämnat Sverige. Det är därför inte nödvändigt att göra några författningsändringar för att genomföra artikel 6.2 första stycket a i direktivet.

7.8.3 Möjligheten att uppmana en myndighet att kräva ut innestående ersättning

Bedömning: I Sverige finns ingen möjlighet att uppmana en myndighet att kräva ut lön. Tredjelandsmedborgare som arbetat här vid vistelse utan föreskrivet tillstånd behöver därför inte ha någon sådan möjlighet. Kravet i artikel 6.2 första stycket b i direktivet föranleder därför inga författningsändringar.

Enligt artikel 6.2 första stycket b i direktivet ska medlemsstaterna alltså säkerställa att tredjelandsmedborgare som anställts i strid med direktivets förbud kan, om denna möjlighet föreskrivs i nationell lagstiftning, uppmana behörig myndighet i medlemsstaten att inleda förfaranden för att kräva ut innestående ersättning utan att tredjelandsmedborgaren i det fallet behöver framställa några krav. I Sverige föreskrivs inte någon sådan möjlighet. Det behövs därför inte några åtgärder med anledning av den föreskriften.

7.9 Systematisk information om rättigheter

Förslag: En myndighet som fattar beslut om avvisning eller utvisning ska vara skyldig att informera den som beslutet avser om möjligheten att i en verkställbar dom få arbetsgivaren förpliktad att betala innestående ersättning och möjligheten att lämna in klagomål enligt artikel 13.

Enligt artikel 6.2 andra stycket i direktivet ska tredjelandsmedborgare som varit anställda i strid med direktivets förbud systematiskt och objektivt informeras om sina rättigheter enligt artiklarna 6.2 och 13 innan ett eventuellt beslut om återsändande verkställs.

Informationen ska alltså lämnas innan beslut om återsändande verkställs, dvs. innan beslut om avvisning eller utvisning verkställs. Av 12 kap. 14 UtL framgår att beslut om avvisning eller utvisning som huvudregel verkställs av Migrationsverket men att Säkerhetspolisen och polismyndigheten är verkställande myndighet i vissa fall. Vidare framgår att Migrationsverket i vissa fall får lämna över ett avvisnings- eller utvisningsärende för verkställighet till polismyndigheten. I 12 kap. 15 § UtL finns bestämmelser om när ett beslut om avvisning eller utvisning ska verkställas. I paragrafens första stycke räknas upp fall där beslutet ska verkställas snarast. Enligt andra stycket ska i andra fall en utlänning som avvisas lämna landet inom två veckor och en utlänning som utvisas lämna landet inom fyra veckor efter det att beslutet vann laga kraft, om inte annat bestäms i beslutet. Om utlänningen inte lämnar landet inom den föreskrivna tiden eller det måste antas att utlänningen inte har för avsikt att frivilligt lämna landet inom denna tid, ska beslutet enligt bestämmelsen i tredje stycket verkställas snarast möjligt.

Utgångspunkten är alltså att utläningar i vissa fall ska lämna landet utan att någon myndighet ska behöva verkställa beslutet. Mot denna bakgrund bör skyldigheten att informera inte ligga på de verkställande myndigheterna utan på de beslutande.

När ett beslut om avvisning eller utvisning av en utlänning som vistats här utan föreskrivet tillstånd fattas kan den beslutande myndigheten i regel inte veta om utlänningen arbetat som anställd här under sin olagliga vistelse. Det är inte tillräckligt att den aktuella informationen ges endast när det står klart att tredjelandsmedborgaren varit anställd här i strid med det aktuella förbudet, vilket skulle vara fallet främst när denne dömts enligt 20 kap. 3 § UtL för att ha haft

anställning här utan föreskrivet arbetstillstånd. Informationen måste därför ges till alla tredjelandsmedborgare som avvisas eller utvisas när det är möjligt att de varit anställda i strid med det aktuella förbudet. Detta är uteslutet endast när utlännningar avvisas direkt vid gränsen när de kommer till Sverige.

Informationen kan lämnas skriftligen eller muntligen. Information som ingår i eller bifogas ett avvisnings- eller utvisningsbeslut uppfyller enligt vår uppfattning direktivets krav på att de aktuella tredjelandsmedborgarna ska informeras systematiskt och objektivt.

Skyldigheten att informera bör regleras i utlänningsförordningen.

7.10 Presumtion för ett anställningsförhållande på minst tre månader

7.10.1 Inledning

I artikel 6.3 i direktivet föreskrivs att medlemsstaterna för tillämpningen av artikel 6.1 a och b ska fastställa att det ska föreligga en presumtion för ett anställningsförhållande om minst tre månader. Arbetsgivaren eller arbetstagaren, bland andra, ska kunna motbevisa detta. Enligt artikel 6.1 a ska medlemsstaterna säkerställa att arbetsgivare som överträder direktivets förbud ska ansvara för innestående ersättning. Enligt artikel 6.1 b ska medlemsstaterna säkerställa att arbetsgivaren ska ansvara för betalning av ett belopp motsvarande eventuella skatter och sociala avgifter som arbetsgivaren skulle ha betalat, om tredjelandsmedborgaren vistats här lagligt, inklusive straffavgifter vid förseningar och relevanta administrativa sanktioner.

7.10.2 Presumtionen vid tvist om innestående ersättning

Förslag: En presumtion införs för tre månaders utfört heltidsarbete vid tvist mellan en utlänning som arbetat vid vistelse utan föreskrivet tillstånd och arbetsgivaren om innestående ersättning.

I avsnitt 4.2.2.2 har vi dragit slutsatsen att med anställning avses i direktivet en arbetsgivares åtgärd att bereda en person arbete som anställd. Det framgår varken av bestämmelsen i artikel 6.3 eller skälen i direktivet att presumtionen för minst tre månaders anställningsförhållande ska innebära att tredjelandsmedborgaren ska presumeras

ha utfört arbete i viss utsträckning under anställningen. För att presumtionen ska ha någon betydelse bör den avse tre månaders utfört heltidsarbete. Det är mycket möjligt att det är just detta som gemenskapslagstiftaren också avsett med bestämmelsen. I svensk rätt bör presumtionen inte avse längre tid än tre månaders arbete.

Det är inte endast en arbetstagare som ska kunna dra nytta av presumtionen i en tvist mellan denne och arbetsgivaren om hur mycket arbete som arbetstagaren ska ha rätt till ersättning för. Även arbetsgivaren ska kunna luta sig mot presumtionen, om arbetstagaren gör gällande rätt till ersättning för mer än tre månaders utfört arbete. Det kan tyckas konstigt att arbetstagaren ska ha en presumtion mot sig i en sådan situation. Presumtionen innebär att bevisbördan flyttas över från den part som skulle haft bevisbördan vid tillämpning av allmänna bevisbörderegler. Eftersom arbetstagaren enligt dessa regler har bevisbördan för att han eller hon arbetat den tid för vilken ersättning yrkas, medför presumtionen inte några nackdelar för arbetstagaren i förhållande till vad som skulle ha gällt utan någon presumtion.

I svensk rätt finns inte någon motsvarighet till den aktuella presumtionen. Bestämmelser om en sådan presumtion måste därför införas. När det gäller just presumtionen vid tvist mellan arbetstagaren och arbetsgivaren om innestående ersättning bör presumtionen regleras i den lag i vilken bland annat den i avsnitt 7.4 behandlade rätten till innestående ersättning regleras.

7.10.3 Presumtionen beträffande skatter och avgifter

Förslag: En presumtion för tre månaders utfört heltidsarbete i förhållande till arbetsgivare åt tredjelandsmedborgare som vistas här utan föreskrivet tillstånd ska gälla vid skönsbeskattning i samband med omprövning av beskattningsbeslut avseende sådana skatter och avgifter som i skattebetalningslagen benämns arbetsgivaravgifter.

Inledning

I fråga om skatter och socialavgifter bör artikel 6.3 uppfattas så att det vid bestämmande av skatter och socialavgifter som en arbetsgivare ska betala på ersättning till anställda tredjelandsmedborgare

som vistats här olagligt ska finnas en presumtion för minst tre månaders anställningsförhållande. Presumtionen bör precis som presumtionen beträffande innestående ersättning avse utfört heltidsarbete under detta anställningsförhållande.

Skatter och avgifter på lön för vilka arbetsgivaren är skatt- eller avgiftsskyldig

Vi har i avsnitt 7.6.2 konstaterat att de skatter och avgifter som arbetsgivare är skyldiga att betala på lön och annan ersättning till en anställd är arbetsgivaravgifter enligt socialavgiftslagen (2000:980), allmän löneavgift enligt lagen (1994:1920) om allmän löneavgift och särskild löneskatt enligt lagen (1990:659) om särskild löneskatt på vissa förvärvsinkomster. De materiella bestämmelserna om dessa avgifter och skatter finns i de nämnda lagarna. I dessa finns därför bestämmelser om avgifts- och skattskyldighet, om avgifts- och skatteunderlaget och om avgifts- och skattesatserna. Föreskrifter om bestämmande, debitering, redovisning och betalning av avgifterna och skatterna finns emellertid i skattebetalningslagen (1997:483).

Enligt 1 kap. 1 § skattebetalningslagen gäller den lagen vid bestämmande, debitering, redovisning och betalning av bland annat de tre ovannämnda avgifterna och skatterna. Dessa benämns arbetsgivaravgifter i skattebetalningslagen (1 kap. 3 §). I skattebetalningslagen används genomgående termerna skatt och skattskyldig, men dessa termer innefattar även avgift respektive avgiftsskyldig (1 kap. 4 §).

Den som har varit skyldig att betala de aktuella avgifterna eller skatterna ska lämna skattedeklaration (10 kap. 9 §). En skattedeklaration ska lämnas för varje redovisningsperiod (10 kap. 13 §). En redovisningsperiod omfattar som huvudregel en kalendermånad (10 kap. 14 §). En skattedeklaration ska ta upp bland annat den sammanlagda ersättning för vilken utbetalaren är skyldig att betala de aktuella avgifterna och skatterna och periodens sammanlagda avgifter och skatter (10 kap. 17 §). Skattedeklarationen ska som huvudregel lämnas senast en viss dag i månaden efter redovisningsperioden (10 kap. 18–22 a §§).

Genom ett beskattningsbeslut bestäms om den som är avgifts- eller skattskyldig ska betala avgift eller skatt samt avgiftens eller skattens storlek (11 kap. 1 § första stycket). Om en skattedeklaration har lämnats i rätt tid och på rätt sätt, anses ett beslut om avgiften eller skatten ha fattats i enlighet med deklarationen (11 kap.

16 §). Om en skattedeklaration inte har lämnats i rätt tid och på rätt sätt eller om någon avgift eller skatt inte har redovisats i deklARATIONEN, ska varje oredovisad avgift eller skatt anses genom ett beslut ha bestämts till noll kronor vid den tidpunkt då deklARATIONEN annars skulle ha lämnats (11 kap. 18 §). Avgifterna och skatterna ska ha betalats senast den dag då deklARATIONEN skulle ha kommit in till Skatteverket (16 kap. 4 §).

I 11 kap. 19 § föreskrivs följande.

Av 21 kap. följer att beslut om skatt kan omprövas av Skatteverket.

Vid en omprövning ska skatten bestämmas på grundval av tillgängliga uppgifter. Om en tillförlitlig beräkning inte kan göras på ett sådant sätt, ska skatten bestämmas efter vad som framstår som skäligt med hänsyn till vad som har kommit fram (skönsbeskattning).

Vid skönsbeskattning får, om inte omständigheterna talar för något annat, varje skatt som enligt 18 § har bestämts till noll kronor bestämmas till det högsta av de belopp, beräknat per kalendermånad, som har bestämts för den skatten vid någon av de tre närmast föregående redovisningsperioderna multiplicerat med antalet kalendermånader i den redovisningsperiod som skönsbeskattningen omfattar (skönsbeskattning enligt schablon). Beslut rörande mervärdesskatt eller punktskatt ska dock kvarstå, om endast överskjutande ingående mervärdesskatt eller överskjutande punktskatt till den skattskyldiges fördel har bestämts för de tre perioderna.

Bestämmelserna i tredje stycket gäller inte i fråga om skatt som har redovisats i en förenklad skattedeklaration enligt 10 kap. 13 a §.

Det är vid just omprövning som presumtionen bör bli aktuell, inte vid de beslut som fattas automatiskt enligt 11 kap. 16 och 18 §§ skattebetalningslagen. I sina skattedeclarationer deklarerar arbetsgivare endast den sammanlagda ersättning för vilken de är skyldiga att betala avgifter och skatter och periodens sammanlagda avgifter och skatter. Av skattedeclarationerna framgår alltså inte vilka arbetstagare som avgifterna och skatten avser. Enligt vår uppfattning är det inte nödvändigt att ha en presumtion av det aktuella slaget som ska tillämpas vid beslut enligt 11 kap. 16 och 18 §§ skattebetalningslagen. Presumtionen ska i stället gälla vid omprövning av sådana beslut.

Om en arbetsgivare har betalat lön till en tredjelandsmedborgare men inte har lämnat in någon skattedeklaration, anses de avgifter och skatter som arbetsgivaren är skyldig att betala alltså ha bestämts till noll kronor. Om det kommer till Skatteverkets kännedom att lön betalats ut, fattas ett nytt beskattningsbeslut genom ompröv-

ning av det första, automatiskt fattade beslutet. Om en tillförlitlig beräkning av avgifterna och skatterna kan göras, är enligt vår uppfattning ett anställningsförhållande om tre månader motbevisat i den mening som avses i artikel 6.3. Det behövs därför inte någon presumtion i den situationen. Om någon tillförlitlig beräkning däremot inte kan göras, bestäms avgifterna och skatterna genom skönsbeskattning. Vid skönsbeskattningen ska Skatteverket kunna luta sig mot presumtionen.

Ansvar för skatter och avgifter för vilken den anställde är skattskyldig

Inkomstskatt och allmän pensionsavgift

Beträffande de ovan behandlade avgifterna och skatterna är alltså utbetalaren avgifts- respektive skattskyldig. Det finns emellertid också skatter och avgifter på lön och annan ersättning till anställda för vilken den anställde är skatt- eller avgiftsskyldig, främst skatt enligt inkomstskattelagen (1999:1229), men också avgift enligt lagen (1994:1744) om allmän pensionsavgift när det gäller personer som är bosatta i Sverige. Skattebetalningslagen är tillämplig även vid bestämmande, debitering, redovisning och betalning av sådan skatt och avgift.

För uppbörderna av bland annat inkomstskatt och allmän pensionsavgift tillämpas i Sverige ett system med preliminär skatt. Den preliminära skatten betalas när ersättning betalas ut till den skattskyldige och räknas av mot den slutliga skatten sedan denna fastställts. Enligt skattebetalningslagen ska preliminär skatt för en skattskyldig betalas för inkomståret med belopp som så nära som möjligt kan antas motsvara den slutliga skatten (4 kap. 1 §). Den preliminära skatten ska betalas genom skatteavdrag (4 kap. 2 §). Skatteavdrag görs av den som betalar ut ersättning för bland annat arbete (4 kap. 3 §) vid varje tillfälle då utbetalning sker (5 kap. 1 §). Den som har varit skyldig att göra skatteavdrag ska, precis som den som är avgiftsskyldig för arbetsgivaravgifter, lämna skattedeklaration (10 kap. 9 § 1). Det är fråga om samma skattedeklaration som för de ovan redovisade avgifterna och skatterna som arbetsgivaren är skyldig att betala. Deklarationen ska alltså lämnas för varje redovisningsperiod som i regel omfattar en kalendermånad. Även beträffande skatteavdrag gäller alltså att varje oredovisat avdrag ska anses genom

ett beslut ha fastställts till noll kronor, om skattedeklaration inte har lämnats i rätt tid eller på rätt sätt eller om något avdrag inte har redovisats i deklarationen.

Det är som redan nämnts arbetstagaren som är skatt- respektive avgiftsskyldig beträffande inkomstskatt och allmän pensionsavgift. Arbetsgivaren är endast skyldig att göra skatteavdrag och betala in avdragen skatt. I 12 kap. 1 § skattebetalningslagen föreskrivs emellertid att den som inte har gjort föreskrivet skatteavdrag är skyldig att betala ett belopp som har bestämts enligt 11 kap. 19 §, dvs. genom ett omprövningsbeslut.

Om det kommer till Skatteverkets kännedom att en arbetsgivare inte har gjort föreskrivet skatteavdrag, bestäms preliminärskatten genom omprövning med tillämpning av 11 kap. 19 § skattebetalningslagen av det skattebeslut om preliminärskatt som anses ha fattats genom den uteblivna eller felaktiga deklarationen. Enligt 12 kap. 1 § första stycket skattebetalningslagen blir utbetalaren betalningsansvarig för den preliminärskatt som bestämts vid omprövningen. Det är alltså inte längre fråga om enbart en skyldighet att göra skatteavdrag och betala in avdragen skatt.

Den som har betalat A-skatt utan att ha gjort motsvarande skatteavdrag har rätt att kräva den för vars räkning skatten har betalats på beloppet (12 kap. 10 §). Detta är en bestämmelse om regressrätt när en arbetsgivare har betalat ett belopp för vilket han ålagts betalningsskyldighet enligt 11 kap. 19 § på den grunden att han inte gjort föreskrivet skatteavdrag (prop. 1996/97:100 s. 594). Arbetsgivaren ska alltså inte bära skatten i slutändan, inte ens när han blivit betalningsansvarig enligt 12 kap. 1 § skattebetalningslagen.

Betalningsansvar enligt 12 kap. 1 § första stycket skattebetalningslagen kan avse även skatteavdrag på ersättning till okänd mottagare. I en sådan situation skulle arbetsgivaren kunna få stå kostnaderna för skatten i slutändan och drabbas av presumtionen. Betalningsansvaret enligt 12 kap. 1 § första stycket skattebetalningslagen är emellertid i grunden accessoriskt med den skattskyldiges ansvar och förenat med regressrätt gentemot den för vars räkning skatten betalats. Enligt vår uppfattning är det därför inte fråga om ett sådant betalningsansvar för vilken den aktuella presumtionen ska gälla.

Särskild inkomstskatt för utomlands bosatta

Fysiska personer som är bosatta utomlands är skattskyldiga enligt lagen (1991:586) om särskild inkomstskatt för utomlands bosatta (SINK). Skattepliktig inkomst enligt den lagen är bland annat lön som utgått av anställning i den mån inkomsten förvärvats genom verksamhet här i riket. Även denna skatt betalas av arbetsgivaren som ska göra skatteavdrag när ersättningen betalas ut. Om den som har betalat ut ersättning som för mottagaren utgör skattepliktig inkomst enligt SINK inte har gjort föreskrivet skatteavdrag, är utbetalaren tillsammans med mottagaren av vederlaget skyldig att betala skatten för inkomsten (9 a § första stycket). Utbetalaren har även enligt denna lag rätt att kräva arbetstägaren på beloppet (9 a § andra stycket).

Arbetsgivaren ska alltså inte heller här bära skatten i slutändan. Presumtionen ska därför inte heller gälla vid underlåtet skatteavdrag enligt dessa bestämmelser.

Särskild inkomstskatt för utomlands bosatta artister m.fl.

Utomlands bosatta artister och idrottsmän betalar skatt enligt lagen (1991:591) om särskild inkomstskatt för utomlands bosatta artister m.fl. (A-SINK). Skattepliktig inkomst enligt denna lag är kontant ersättning eller annat vederlag som uppbärs från Sverige för artistisk eller idrottslig verksamhet som bedrivs i Sverige eller på svenskt fartyg (7 §). Även denna skatt betalas in av arbetsgivaren som ska göra skatteavdrag. Vid underlåtet skatteavdrag blir arbetsgivaren betalningsskyldig för beloppet, men även enligt denna lag har arbetsgivaren regressrätt mot arbetstägaren. Arbetsgivaren ska alltså inte heller här bära skatteutgiften i slutändan. Någon presumtion behövs därför inte heller i detta sammanhang.

Straffavgifter och relevanta administrativa sanktioner

Presumtionen ska även gälla i fråga om ”straffavgifter vid förseningar och relevanta administrativa sanktioner”. I skattebetalningslagens 15 kap. finns bestämmelser om särskilda avgifter. Det är dessa avgifter som bör anses som straffavgifter och relevanta administrativa sanktioner i den mening som avses i artikel 6.3 i direktivet. De avgifter i 15 kap. som är aktuella är skattetillägg och förseningsavgift.

Skattetillägg tas ut om en skattskyldig på annat sätt än muntligen under förfarandet lämnat en oriktig uppgift till ledning för beskattningen eller avgiftsbestämningen (1 §). Skattetillägg ska tas ut också vid skönsbeskattning enligt 11 kap. 19 § andra stycket (2 §). Om en oriktig uppgift har lämnats, är skattetillägget som huvudregel 20 procent av den skatt eller avgift som, om den oriktiga uppgiften hade godtagits, inte skulle ha påförts eller felaktigt skulle ha tillgodoräknats den skatt- eller avgiftsskyldige (4 §). I kapitlets 5 § föreskrivs följande beträffande skattetillägg vid skönsbeskattning.

Vid skönsbeskattning skall skattetillägget beräknas på den skatt som till följd av skönsbeskattningen bestäms för den skattskyldige utöver vad som annars skulle ha bestämts enligt de uppgifter som den skattskyldige har lämnat på något annat sätt än muntligen eller av den skatt som till följd av skönsbeskattningen inte skall tillgodoräknas den skattskyldige. Vid beräkningen av skattetillägget skall bestämmelserna i 4 § första stycket tillämpas. Till den del skönsbeskattningen innefattar rättelse av en oriktig uppgift från den skattskyldige, skall tillägget dock beräknas enligt 4 § första-tredje styckena.

Enligt 1 kap. 4 § första stycket 1–3 skattebetalningslagen gäller vad som sägs i den lagen om skatt och skattskyldig även avgift och avgiftsskyldig, avdragen skatt och den som är skyldig att göra sådant avdrag samt skattetillägg och den som är skyldig att betala sådant tillägg. Skattetillägg tas alltså ut såväl beträffande skatter och avgifter på lön för vilka arbetsgivaren är skatte- eller avgiftsskyldig som vid underlåtet skatteavdrag. När det gäller de förstnämnda skatterna och avgifterna slår en presumtion vid skönsbeskattningen för tre månaders anställningsförhållande igenom även på skattetillägget, eftersom avgiften bestäms med ledning av den skatt som bestäms vid skönsbeskattningen. Någon särskild presumtionsregel behövs därför inte i det sammanhanget.

Bestämmelserna om skattetillägg gäller alltså även skatteavdrag. Vi har ovan konstaterat att presumtionen inte ska gälla vid beslut om betalningsansvar vid underlåtet skatteavdrag. Anledningen till detta är att arbetsgivaren inte står skattekostnaden i slutändan. Kravet i artikel 6.3, jämförd med artikel 6.1 b, på en presumtion för tre månaders anställningsförhållande bör enligt vår mening när det gäller sanktionsavgifter uppfattas så att, om presumtionen gäller en viss skatt eller avgift, så ska presumtionen också slå igenom på en sanktionsavgift avseende en sådan skatt eller avgift. Om presumtionen däremot inte gäller beträffande en viss skatt eller avgift, ska presumtionen inte heller gälla en sanktionsavgift som tas ut vid under-

låtenhet att betala en sådan skatt eller avgift. Presumtionen ska därför inte gälla vid bestämmande av skattetillägg som tas ut vid underlåtet skatteavdrag. Detta gäller beträffande skattetillägg enligt såväl skattebetalningslagen som SINK och A-SINK.

I 15 kap. finns en annan särskild avgift som är relevant, nämligen förseningsavgiften enligt 8 §. Den är 500 eller 1 000 kr och beror inte på ersättningen till anställda eller faktiskt undanhållen skatt eller avgift. Presumtionen är därför inte aktuell beträffande denna särskilda avgift.

Arbetsgivare som gjort föreskrivna kontroller

Enligt artikel 4.3 ska medlemsstaterna säkerställa att arbetsgivare som har fullgjort sina skyldigheter enligt artikel 4.1 inte ska hållas ansvariga för överträdelse av direktivets förbud, om arbetsgivarna inte kände till att den handling som uppvisas som giltigt uppehållstillstånd eller annan handling som ger rätt till vistelse var en förfalskning. En arbetsgivare som lurats av en tredjelandsmedborgare att tro att tredjelandsmedborgaren är här lagligt ska därför inte träffas av presumtionen. Frågan hur denna ansvarsfrihetsgrund ska utformas behandlas i avsnitt 7.13. Ansvarsfriheten påverkar inte möjligheten att tillämpa bestämmelsen i 11 kap. 19 § andra stycket skattebetalningslagen om skönsbeskattning.

Sammanfattning

Mot bakgrund av slutsatserna behövs en presumtion för tre månaders utfört heltidsarbete i förhållande till arbetsgivare för tredjelandsmedborgare som vistas här utan föreskrivet tillstånd vid skönsbeskattning i samband med omprövning av beskattningsbeslut avseende sådana skatter och avgifter som i skattebetalningslagen benämns arbetsgivaravgifter. Presumtionen bör placeras i en bestämmelse efter 11 kap. 19 § skattebetalningslagen.

7.11 Mekanismer så att tredjelandsmedborgarna kan erhålla efterhandsutbetalningar

Bedömning: Kronofogdemyndigheten betalar ut medel som influtit vid verkställighet av dom oavsett var sökanden är bosatt. Någon ny lagstiftning är därför inte nödvändig för att uppfylla kravet i artikel 6.4 i direktivet.

Enligt artikel 6.4 i direktivet ska medlemsstaterna säkerställa att nödvändiga mekanismer inrättas som säkerställer att de aktuella tredjelandsmedborgarna kan erhålla eventuella efterhandsutbetalningar av ersättning enligt artikel 6.1 a och som är indriven enligt kraven i artikel 6.2, även om de har återvänt eller blivit återsända.

Bestämmelsen innebär för Sveriges del att Kronofogdemyndigheten ska betala ut medel som influtit vid verkställighet av en dom, även om utbetalningen måste göras till utlandet. I 13 kap. utsökningsbalken finns bestämmelser om redovisning av influtna medel. Kronofogdemyndighetens skyldighet att betala ut medel som influtit vid verkställighet av en dom är densamma, oavsett om sökanden är svensk eller utlänning och oavsett var sökanden är bosatt. Kronofogdemyndigheten tar inte ut några extra avgifter vid utbetalning till utlandet. Direktivets krav i denna del är därför uppfyllda.

7.12 Villkor för förlängning av uppehållstillstånd

Förslag: Möjligheten att bevilja tidsbegränsade uppehållstillstånd för utlänningar som behövs för att förundersökning eller huvudförhandling i brottmål ska kunna genomföras utvidgas till att gälla även när utlänningen ska avvisas eller utvisas enligt beslut eller dom som vunnit laga kraft. Det införs en möjlighet att bevilja ytterligare uppehållstillstånd för den som har uppehållstillstånd enligt 5 kap. 15 § UtlL, som samarbetat med de brottsutredande myndigheterna i en utredning om brott enligt 20 kap. 5 § UtlL och som väckt talan om innestående ersättning. En utlänning som fått sådant ytterligare uppehållstillstånd ska, precis som under giltighetstiden för det ursprungliga tillstånd, av landstinget erbjudas vård i samma uppfattning som den som är bosatt inom landstinget. Han eller hon ska vidare, i likhet med vad som

gällde vid vistelsen med stöd av det tidigare uppehållstillståndet, vara undantagen från kravet på arbetstillstånd.

Enligt artikel 13.4 i direktivet ska det i medlemsstaternas lagstiftning finnas en möjlighet att vid vissa förutsättningar bevilja tillfälliga uppehållstillstånd för tredjelandsmedborgare som varit anställda i strid med direktivets förbud i de fall som avses i artikel 9.1 c och e, dvs. om överträdelsen åtföljts av särskilt exploaterande arbetsförhållanden eller överträdelsen avser olaglig anställning av en minderårig. Bestämmelsen har följande lydelse.

När det gäller brott som omfattas av artikel 9.1 c och e ska medlemsstaterna i sin nationella lagstiftning fastställa villkoren enligt vilka de i varje enskilt fall kan bevilja tillfälliga uppehållstillstånd, som är knutna till de relevanta nationella förfarandenas varaktighet, till berörda tredjelandsmedborgare, med användning av jämförbara arrangemang som de som gäller för tredjelandsmedborgare som omfattas av direktiv 2004/81/EG.

Även artikel 6.5 gäller uppehållstillstånd för de aktuella tredjelandsmedborgarna. I denna bestämmelse föreskrivs följande.

I de fall tillfälliga uppehållstillstånd har beviljats enligt artikel 13.4 ska medlemsstaterna i den nationella lagstiftningen fastställa villkoren för förlängning av dessa uppehållstillstånd tills dess att tredjelandsmedborgaren har erhållit eventuella efterhandsutbetalningar av ersättning enligt punkt 1 i denna artikel.

Artikel 13 har rubriken Förenklade klagomålsförfaranden. Bestämmelsen i artikel 13.4 har dock inget samband med de förenklade klagomålsförfarandena. I skäl 27 anges att, som ett komplement till mekanismerna för att inge klagomål, medlemsstaterna bör ha möjlighet att bevilja tredjelandsmedborgare som har utsatts för särskilt exploaterande arbetsförhållanden eller som var en olagligt anställd minderårig, och som samarbetar i det straffrättsliga förfarandet mot arbetsgivaren, tillfälliga uppehållstillstånd som är knutna till de relevanta nationella förfarandenas varaktighet. Bestämmelsen bör alltså uppfattas så att den avser uppehållstillstånd för tredjelandsmedborgare som ska höras vid förundersökning eller huvudförhandling beträffande en kriminaliserad överträdelse av direktivets förbud.

I artikel 13.4 hänvisas till direktiv 2004/81/EG av den 29 april 2004 om uppehållstillstånd till tredjelandsmedborgare som har fallit offer för människohandel eller som har fått hjälp till olaglig invandring och vilka samarbetar med de behöriga myndigheterna. Enligt det

direktivet ska dessa tredjelandsmedborgare kunna beviljas tillfälliga uppehållstillstånd, om de samarbetar med de brottsutredande myndigheterna och vissa andra förutsättningar är uppfyllda.

När direktivet skulle genomföras fanns redan i 5 kap. 15 § UtlL en möjlighet att bevilja en utlänning uppehållstillstånd, om det behövdes för att förundersökning eller huvudförhandling skulle kunna genomföras. Med anledning av kraven i direktiv 2004/81 ändrades 5 kap. 15 § UtlL så att den fick följande lydelse.

Ett tidsbegränsat uppehållstillstånd om minst sex månader skall på ansökan av förundersökningsledaren ges till en utlänning som vistas här, om

1. det behövs för att förundersökning eller huvudförhandling i brottmål skall kunna genomföras,
2. utlänningen klart visat sin vilja att samarbeta med de brottsutredande myndigheterna,
3. utlänningen brutit alla förbindelser med de personer som är misstänkta för brott som förundersökningen avser, och
4. hänsyn till den allmänna ordningen och säkerheten inte talar emot att tillstånd beviljas.

Om utlänningen vill ha betänketid för att återhämta sig och för att kunna ta ställning till om han eller hon vill samarbeta med de brottsutredande myndigheterna, skall på ansökan av förundersökningsledaren ett tidsbegränsat uppehållstillstånd om 30 dagar meddelas om de förutsättningar som anges i första stycket 1 och 4 är uppfyllda.

Ett uppehållstillstånd som meddelats enligt första stycket får förlängas om förundersökningsledaren begär det och de där angivna förutsättningarna fortfarande är uppfyllda. Ett uppehållstillstånd som meddelats enligt andra stycket får förlängas om förundersökningsledaren begär det, det av särskilda skäl finns behov av en längre betänketid och de förutsättningar som anges i första stycket 1 och 4 fortfarande är uppfyllda.

Den möjlighet att bevilja uppehållstillstånd som fanns redan före genomförandet av direktiv 2004/81 var inte begränsad till vissa slags brott. I förarbetena inför genomförandet av direktivet (prop. 2006/07:53 s. 17) förklarades att direktivet inte medförde att det skulle införas någon sådan begränsning.

Möjligheten i 5 kap. 15 § UtlL kan alltså användas även vid brott enligt 20 kap. 5 § UtlL. De villkor som uppställs i 5 kap. 15 § UtlL är lämpliga som villkor för att bevilja uppehållstillstånd i de situationer som avses i artikel 13.4.

Det finns alltså redan nu en sådan möjlighet att bevilja uppehållstillstånd som krävs enligt artikel 13.4. Det finns emellertid en begränsning för denna möjlighet som inte är godtagbar.

I 5 kap. 18 § UtlL föreskrivs inledningsvis att den som vill ha uppehållstillstånd i Sverige ska ha ansökt om och beviljats sådant tillstånd före inresan i landet. En ansökan om uppehållstillstånd får som huvudregel inte bifallas efter inresan. Detta gäller dock inte bland annat om utlänningen kan beviljas eller har tidsbegränsat uppehållstillstånd här med stöd av 15 §. I paragrafens fjärde stycke föreskrivs att i fråga om uppehållstillstånd för en utlänning som ska avvisas eller utvisas enligt dom eller beslut som vunnit laga kraft så gäller föreskrifterna i 15 a §, 8 kap. 14 § och 12 kap. 18–20 §§ UtlL. Denna bestämmelse innebär att det inte är möjligt att bevilja uppehållstillstånd för en utlänning som ska avvisas eller utvisas enligt en dom eller ett beslut som vunnit laga kraft annat än med stöd av de angivna bestämmelserna. För att det ska vara möjligt att bevilja sådant uppehållstillstånd som avses i 5 kap. 15 § UtlL även för en utlänning som ska avvisas eller utvisas enligt dom eller beslut som vunnit laga kraft måste en sådan möjlighet föreskrivas. Denna möjlighet bör kompletteras med en bestämmelse om att domen eller beslutet som vunnit laga kraft inte får verkställas medan det nya beslutet gäller. Dessutom måste Migrationsverket ges möjlighet att i samband med prövningen av ansökan om uppehållstillstånd stoppa verkställigheten av beslutet om avvisning eller utvisning tills ansökan om uppehållstillstånd enligt 5 kap. 15 § UtlL prövats.

När det gäller kravet i artikel 6.5 på att det i nationell lagstiftning ska fastställas villkor för förlängning av de ovan behandlade uppehållstillstånden till dess att tredjelandsmedborgaren har erhållit eventuell innestående ersättning, så finns inte en sådan möjlighet i svensk rätt. I direktivet ges inga riktlinjer för vad villkoren ska innebära. Enligt vår uppfattning bör möjligheten att bevilja förlängning av uppehållstillstånd begränsas till fall där tredjelandsmedborgare som samarbetat i det straffrättsliga förfarandet och som gör gällande att de varit anställda i strid med direktivets förbud har väckt talan mot en hävdad arbetsgivare angående innestående ersättning för arbete under anställning i strid med direktivets förbud. Talan kan ha väckts antingen vid allmän domstol eller genom ansökan om betalningsföreläggande vid kronofogdemyndigheten. Dessutom bör krävas att det inte är lång tid kvar innan avgörande kan förväntas avseende talan och dessutom att det återstår att hållas förhandling i målet. Dessa två villkor behöver enligt vår uppfattning inte ställas upp i en uttrycklig bestämmelse.

Artikel 6.5 bör i utlänningslagen inte genomföras som en möjlighet till förlängning av ett uppehållstillstånd som meddelats enligt

5 kap. 15 § UtL utan som en möjlighet att bevilja ett ytterligare uppehållstillstånd för den som har uppehållstillstånd enligt nämnda bestämmelse. Enligt vår uppfattning bör möjligheten till förlängning av uppehållstillstånd inte begränsas till de i artikel 13.4 i direktivet angivna situationerna.

En utlänning som vistas i Sverige med stöd av ett tidsbegränsat uppehållstillstånd enligt 5 kap. 15 § första stycket UtL ska enligt lagen (2008:344) om hälso- och sjukvård åt asylsökande m.fl. av landstinget erbjudas vård i samma omfattning som den som är bosatt inom landstinget. En utlänning som har beviljats sådant uppehållstillstånd är vidare undantagen från kravet på arbetstillstånd (5 kap. 1 § andra stycket UtF). Enligt vår uppfattning bör en utlänning som medverkat vid en förundersökning eller en huvudförhandling i brottmål ha fortsatt rätt till sjukvård i nämnda omfattning och möjlighet att försörja sig genom arbete under den tid som han eller hon har uppehållstillstånd för att kunna avsluta en rättegång om rätt till innestående ersättning.

7.13 Förhållandet mellan artikel 4.3 och artikel 6

Enligt artikel 4.3 ska medlemsstaterna säkerställa att arbetsgivare som fullgjort sina kontroll- och anmälningsskyldigheter enligt artikel 4.1 inte ska hållas ansvariga för överträdelse av det förbud som anges i artikel 3, såvida arbetsgivarna inte kände till att den handling som uppvisats som giltigt uppehållstillstånd eller annan handling som ger rätt till vistelse var en förfalskning. Vi har i avsnitt 4.5.5 dragit slutsatsen att direktivet medger att inte endast den som uppsåtligen haft en olovligt vistandes tredjelandmedborgare i sin tjänst döms för detta utan även den som gjort sig skyldig till en sådan gärning av oaktsamhet. Det är alltså möjligt att i viss utsträckning ställa högre krav på arbetsgivarna än de som anges i artikel 4.3. Vi har vidare, i avsnitt 6.4, dragit slutsatsen att det är möjligt att föreskriva ansvarsfrihet även i andra situationer än de som anges i artikel 4.3 där arbetsgivaren inte agerat med uppsåt eller oaktsamt i samband med anställningen, t.ex. om utlänningen vid arbetsgivarens kontroll visat upp ett förfalskat uppehållstillstånd och arbetsgivaren underlåtit att spara en kopia av handlingen. Ansvarfrihetsgrunden bör därför uttryckas på det sättet att en arbetsgivare som har en olovligt vistandes utlänning i sin tjänst ska drabbas av sanktioner och åtgärder endast om gärningen skett uppsåtligen eller av oakts-

samhet. Denna ansvarsfrihetsgrund bör gälla beträffande de bestämmelser i artikel 6 som är av sanktionskaraktär, nämligen presumptionerna för viss överenskommen ersättning och för tre månaders utfört heltidsarbete samt skyldigheten att betala kostnader för att skicka innestående ersättning.

7.14 En ny lag

Vi har ovan föreslagit att vissa av de bestämmelser som behövs för att genomföra direktivets artikel 6 ska placeras i en ny lag. Det rör sig om bestämmelser om rätt till innestående ersättning, om presumptionerna för viss överenskommen ersättning och tre månaders utfört heltidsarbete samt om skyldighet för arbetsgivaren att betala kostnader för att skicka innestående ersättning. Det får inte vara möjligt att genom avtal inskränka arbetstagarnas rättigheter enligt den lagen. Lagen ska alltså vara tvingande till arbetstagarens förmån.