

8 Andra åtgärder

8.1 Inledning

I detta avsnitt redovisar vi våra överväganden i fråga om hur artikel 7 i direktivet ska genomföras. Efter en redogörelse för direktivets bestämmelser följer en redovisning av våra överväganden om lagstiftningsbehovet för först artikel 7.1 b (fråntagande av rätten att delta i offentlig upphandling), artikel 7.1 a och c (fråntagande av rätten till offentliga stöd, bidrag och andra förmåner respektive skyldighet att återbetala sådana förmåner) samt slutligen artikel 7.1 d (stängning av inrättning eller återkallande av tillstånd att driva verksamheten). Varje avsnitt inleds med en beskrivning av vilka svenska bestämmelser som berörs.

8.2 Direktivets bestämmelser

Enligt artikel 7 i direktivet ska medlemsstaterna vidta nödvändiga åtgärder för att säkerställa att arbetsgivare i lämpliga fall även ska omfattas av vissa ytterligare åtgärder. Dessa är:

- a) Fråntagande av rätten till en del av eller alla offentliga förmåner, stöd eller bidrag, inbegripet EU-bidrag som förvaltas av medlemsstaterna, i upp till fem år.
- b) Fråntagande av rätten att delta i offentlig upphandling enligt definitionen i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster i upp till fem år.
- c) Återbetalning av en del av eller alla offentliga förmåner, stöd eller bidrag, inbegripet EU-bidrag som förvaltas av medlemsstaterna,

som arbetsgivaren har beviljats under upp till tolv månader före upptäckten av den olagliga anställningen.

- d) Tillfällig eller permanent stängning av inrättningar som har använts för att begå överträdelsen eller tillfälligt eller permanent upphävande av tillståndet att driva näringsverksamheten i fråga om detta är berättigat med tanke på hur allvarlig överträdelsen är.

Det är tillåtet för medlemsstaterna att besluta att inte tillämpa åtgärderna, om arbetsgivaren är en fysisk person och anställningen avser arbete för arbetsgivarens privata syften.

8.3 Gemensamma utgångspunkter

Samtliga de åtgärder som anges i artikel 7 ska vara möjliga att vidta mot en arbetsgivare som har överträtt anställningsförbudet i artikel 3. Åtgärderna ska dock tillämpas endast ”i lämpliga fall”. Vad som är att betrakta som lämpliga fall anges inte i direktivet. Det är därmed upp till medlemsstaterna att avgöra i vilka fall respektive åtgärd ska kunna tillämpas.

Det föreskrivs inte heller i direktivet om alla åtgärder ska aktualiseras för en och samma överträdelse. Medlemsstaterna får därför själva bestämma om en eller flera eller kanske inte någon av åtgärderna ska tillämpas i ett enskilt fall. Vi måste dock utgå ifrån att det ska finnas en möjlighet att tillgripa var och en av de uppräknade åtgärderna i något läge. Det är alltså inte tillåtet att anse bestämmelsen genomförd, om endast en av åtgärderna finns tillgänglig i nationell rätt.

8.4 Inskränkningar i rätten att delta i offentlig upphandling – artikel 7.1 b

8.4.1 Allmänt om lagen om offentlig upphandling

Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) gäller för offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster samt av byggkoncessioner. Den bygger på direktivet 2004/18/EG om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtrepren-

nader, varor och tjänster¹ (det s.k. klassiska direktivet). Med offentlig upphandling avses de åtgärder som vidtas av en upphandlande myndighet i syfte att tilldela ett kontrakt eller ingå ett ramavtal avseende varor, tjänster eller byggtreprenader (2 kap. 13 § LOU).

Lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (försörjningslagen) bygger på direktivet 2004/17/EG om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster² (det s.k. försörjningsdirektivet). I försörjningslagen används begreppen ”upphandling” och ”upphandlande enhet” i stället för ”offentlig upphandling” och ”upphandlande myndighet”. I artikel 7.1 b i sanktionsdirektivet hänvisas endast till definitionen av offentlig upphandling i det klassiska direktivet. Det innebär att direktivet endast föreskriver att uteslutning ska kunna bli aktuell vid sådan upphandling som det klassiska direktivet och därmed den klassiska lagen (lagen om offentlig upphandling) är tillämplig på. Vi behöver följaktligen inte ta ställning till om det behövs några ändringar i försörjningslagen och den behandlas därför inte i det följande.

I de allmänna bestämmelserna i lagen om offentlig upphandling anges vilka principer som ska gälla för offentlig upphandling. Av 1 kap. 9 § LOU framgår att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Likabehandling och icke-diskriminering förutsätter att anbudssökande och anbudsgivare behandlas lika i alla skeden av anbudsförfarandet, oberoende av sådana faktorer som inte hänför sig till genomförandet av upphandlingen (prop. 2006/07:128 s. 155). Sådana faktorer är i synnerhet nationalitet eller etablering i någon medlemsstat eller på något område. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas. Proportionalitetsprincipen förutsätter att kraven på upphandlingsförfarandet står i rimlig proportion till det mål som eftersträvas. Upphandlingens art och värde ska därför beaktas t.ex. när villkoren för att få delta i upphandlingen fastställs. Likaså ska kraven på anbudsförfrågans innehåll eller villkoren i anbudsförfarandet stå i rätt proportion till upphandlingens art (a. prop. s. 155).

De grundläggande principerna ska iakttas i alla faser av upphandlingen. Detta innebär t.ex. att en anbudsförfrågan inte får utarbetas så att, när föremålet för upphandlingen fastställs, det försätter anbudsgivarna i en ojämlig ställning. Vid bedömningen av anbudsgivarna

¹ EUT L 134, 30.4.2004, s. 114.

² EUT L 134, 30.4.2004, s. 1.

och anbudena förutsätter kravet på jämlikhet att de uppställda kraven gäller samtliga anbudsgivare på samma sätt (a. prop. s. 56).

Något förenklat kan man säga att huvudregeln är att vem som helst ska kunna delta i en offentlig upphandling genom att lämna anbud. Uppfyller anbudsgivaren inte de kvalifikationer som den upphandlande myndigheten krävt eller motsvarar denne inte i övrigt de specificerade krav som ställts upp, kommer detta att leda till att leverantören inte vinner upphandlingen. I vissa fall kan emellertid en upphandlande myndighet utesluta en anbudsgivare på grund av förhållanden hänförliga till anbudsgivarens personliga ställning. Bestämmelser om detta finns i 10 kap. LOU.

8.4.2 Obligatorisk uteslutning av leverantör enligt LOU

Enligt 10 kap. 1 § LOU ska en upphandlande myndighet utesluta en leverantör från att delta i en offentlig upphandling, om myndigheten får kännedom om att leverantören enligt en lagakraftvunnen dom är dömd för brott som innefattar bland annat bestickning, penningtvätt och vissa former av bedrägeri, liksom den som deltar i en kriminell organisation. Bestämmelserna är obligatoriska, dvs. uteslutning ska ske om den upphandlande myndigheten får kännedom om att det finns grund för det. Om det finns särskilda skäl, får myndigheten dock avstå från uteslutning. Undantaget har införts med hänsyn till att proportionalitetsprincipen ska tillämpas vid upphandling. Det innebär att såväl den brottsliga gärningens svårhetsgrad som den tid som förflutit sedan brottet begicks måste beaktas vid bedömningen av om det föreligger särskilda skäl. Tidsaspekten får med tiden ökad tyngd vid denna avvägning, vilket kan innebära att brott som tidigare medfört uteslutning inte gör det vid nästa upphandling (prop. 2006/07:128 s. 388). Brottslighet av mera ringa art bör sällan motivera uteslutning (a. prop. s. 236). Särskilda skäl kan också föreligga, om det är motiverat att göra undantag från uteslutningskyldigheten av tvingande allmänna intressen, såsom skydd av allmän ordning, säkerhet eller hälsa. Undantag kan således göras i situationer då det med hänsyn till sådana intressen är nödvändigt att vidta åtgärder som kräver den dömda leverantörens medverkan. Möjligheten bör dock användas med stor restriktivitet (a. prop. s. 237).

Uteslutning ska ske, om en upphandlande myndighet ”får kännedom om” en lagakraftvunnen dom som är relevant för regelns tillämpning. Det innebär att det inte finns något krav på att alla leveran-

törer ska kontrolleras. Regeringen uttalade vid lagens tillkomst att den upphandlande myndigheten ska skaffa sig underlag i en fråga om uteslutning endast när det är motiverat. Skyldigheten att skaffa underlag föreligger således endast när det finns grundad anledning (a. prop. s. 386 f.). Misstankenivån måste vara i ganska hög grad konkretiserad genom exempelvis tidsangivelse innan det föreligger grundad anledning att följa upp en uppgift. Grundad anledning kan ha uppnåtts exempelvis till följd av uppgifter i massmedia eller från konkurrerande leverantörer.

Under lagstiftningsarbetet framförde Lagrådet kritik mot att myndigheter förväntas få kännedom om domar mest av en slump eftersom det står i kontrast till att skyldigheten att utesluta en leverantör på dessa grunder är obligatorisk. Regeringen ansåg dock att det skulle vara alltför ingripande och komplicerat att föreslå en generell kontroll av samtliga leverantörer (a. prop. s. 387).

I paragrafens tredje stycke sägs att, om det finns grundad anledning att anta att en leverantör ska uteslutas med stöd av första stycket, den upphandlande myndigheten får begära att en leverantör visar att det inte finns någon grund för uteslutning. En leverantör får alltså anmodas att ge in kriminalregisterutdrag eller liknande handlingar och i förekommande fall domar eller utlåtanden från jurister huruvida en dom innehåller uteslutningsgrundande brott.

Uteslutning enligt paragrafen förutsätter att myndigheten har försäkrat sig om att det finns en dom som avser något av de brott som ska medföra uteslutning och att domen har vunnit laga kraft. Däremot ger regleringen inte en upphandlande myndighet rätt att utesluta en leverantör enbart på grund av misstankar om att det finns sådana omständigheter som anges i bestämmelsen (a. prop. s. 237).

Det är inte bara enskilda näringsidkare som omfattas av bestämmelsen. Juridiska personer kan visserligen inte straffas för brott. När leverantören är en juridisk person ska den dock uteslutas, om en företrädare för den juridiska personen har dömts för brottet. I propositionen uttalas att, när det gäller svenska leverantörer, det huvudsakligen är fråga om de befattningshavare som anges i 4 § lagen (1986:436) om näringsförbud som är att betrakta som företrädare i paragrafens mening. Varje sådan befattningshavare som har en faktisk maktposition i den juridiska personen ska anses som företrädare. Utöver denna krets av legala företrädare kan det finnas andra personer som kan anses som faktiska företrädare för juridiska personer. Avgörande är om företrädaren har ett betydande intresse, genom exempelvis eget eller närståendes aktie- eller andelsinnehav, och be-

stämmande inflytande över den juridiska personen. Frågan om vem som är företrädare för en juridisk person ska avgöras utifrån objektiva omständigheter i det enskilda fallet (a. prop. s. 388). Företrädare i upphandlingssammanhang är de personer som vid tiden för anbudsgivningen företräder leverantören. Tidigare företrädare ska alltså inte bli föremål för kontroll av brottslighet.

Bedömningen av om förutsättningar föreligger att tillämpa 10 kap. 1 § LOU ska göras av den upphandlande myndigheten. Om myndigheten gör en felaktig bedömning och avvisar en leverantör utan att grund för detta har förelegat, kan myndigheten åläggas skadeståndsskyldighet.

Värderingen av inkomna anbudsansökningar och anbud ska ske i olika steg. Prövningen ska dokumenteras i ett protokoll. Den upphandlande myndigheten ska snarast möjligt underrätta leverantörerna om de beslut som fattats om att tilldela ett kontrakt och skälen för besluten. Huruvida ett beslut att utesluta en leverantör ska meddelas särskilt eller först i anslutning till tilldelningsbeslutet får avgöras från fall till fall. Med hänvisning till ett avgörande från EU-domstolen har regeringen gjort bedömningen att en myndighet ska lämna besked i frågan om uteslutning så snart den har kännedom om alla omständigheter som behövs för beslutet (prop. 2006/07:128 s. 240).

8.4.3 Fakultativ uteslutning av leverantör enligt LOU

Förutom de obligatoriska uteslutningsgrunderna finns det vissa ytterligare möjligheter att utesluta en leverantör. På vilka grunder det får ske anges i 10 kap. 2 § LOU. En leverantör får enligt denna paragraf uteslutas från att delta i en upphandling under vissa förutsättningar, nämligen att leverantören

1. är försatt i konkurs eller likvidation, är under tvångsförvaltning eller är föremål för ackord eller tills vidare har inställt sina betalningar eller är underkastad näringsförbud,
2. är föremål för ansökan om konkurs, tvångslikvidation, tvångsförvaltning, ackord eller annat liknande förfarande,
3. genom lagakraftvunnen dom är dömd för brott avseende yrkesutövningen,

4. har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen och den upphandlande myndigheten kan visa detta,
5. inte har fullgjort sina åligganden avseende socialförsäkringsavgifter eller skatt i det egna landet eller i det land där upphandlingen sker, eller
6. i något väsentligt hänseende har låtit bli att lämna begärda upplysningar eller lämnat felaktiga upplysningar som begärts med stöd av denna bestämmelse.

Bestämmelsen är fakultativ vilket innebär att en upphandlande myndighet har möjlighet men inte skyldighet att utesluta en leverantör på de grunder som anges i paragrafen. Det anges inte närmare i förarbetena till paragrafen vad som menas med brott i yrkesutövningen eller vad som är att anse som ett allvarligt fel i yrkesutövningen. Bestämmelsen har funnits med sedan den första lagen om offentlig upphandling infördes 1992, och punkterna 3 och 4 har i stort sett behållit sin ursprungliga lydelse. Den anpassades efter de krav som ställdes i vissa EU-rättsakter som Sverige åtagit sig att följa inom ramen för EES-samarbetet.

I paragrafen anges de olika förhållanden som en upphandlande myndighet får begära upplysningar om. Den ”kvalitetskontroll” som paragrafen möjliggör innebär, enligt författningskommentaren till bestämmelsens ursprungliga lydelse, inte en skyldighet för den upphandlande enheten att efterfråga de omständigheter som anges i paragrafen. En upphandlande myndighet är inte heller skyldig att utesluta leverantören i fråga eftersom det ju kan finnas andra skäl som gör att en upphandlande enhet ändå har förtroende för en viss leverantör (prop. 1992/93:88 s. 69).

I det upphandlingsdirektiv (klassiska direktivet) som genomförts i svensk rätt genom den nu gällande lagen om offentlig upphandling lyder motsvarigheten till p. 3 ”enligt lagakraftvunnen dom enligt de rättsliga bestämmelser som gäller i landet är dömd för brott mot yrkesetiken”. I skäl 43 i det direktivet anges följande.

Det bör undvikas att offentliga kontrakt tilldelas ekonomiska aktörer som har deltagit i en kriminell organisation eller som har befunnits skyldiga till bestickning eller bedrägerier som riktar sig mot Europeiska gemenskapernas ekonomiska intressen eller penningtvätt. Den upphandlande myndigheten bör vid behov begära lämpliga handlingar från anbudssökandena/anbudsgivarna och skulle kunna, om det råder tvivel om anbudssökandenas/anbudsgivarnas personliga ställning, begära samarbete med de behöriga myndigheterna i denna medlemsstat.

Den upphandlande myndigheten bör utesluta sådana ekonomiska aktörer, om den genom en lagakraftvunnen dom får kännedom om att sådana brott enligt den nationella lagstiftningen har begåtts. Om det i nationell rätt ingår sådana bestämmelser, kan överträdelse av miljölagstiftningen eller lagstiftningen om otillåten samverkan vid offentlig upphandling som lett till lagakraftvunnen dom eller beslut med likvärdig effekt betraktas som brott mot den ekonomiska aktörens yrkesetik eller som ett allvarligt fel. Bristande efterlevnad av nationella bestämmelser för genomförande av rådets direktiv 2000/78/EG och 76/207/EEG om lika behandling av arbetstagare som lett till lagakraftvunnen dom eller beslut med likvärdig effekt kan betraktas som ett brott mot den ekonomiska aktörens yrkesetik eller som ett allvarligt fel.

I litteraturen har anförts att det är svårt att veta vad som avses med allvarligt fel i yrkesutövningen, men att yrkesfusk torde falla under regeln (Falk s. 299). Det har även hävdats att avtalsbrott torde vara att hänföra till ett sådant allvarligt fel i yrkesutövningen som avses i bestämmelsen. Kammarrätten i Jönköping har i en dom den 9 juni 2009 (mål nr 4211-08) funnit att ett bussbolag, som genom att redovisa körsträckor som betydligt översteg de verkliga fått för hög ersättning från kommunen, hade gjort sig skyldigt till allvarligt fel i yrkesutövningen på sätt som utgjorde grund för uteslutning med stöd av 10 kap. 2 § första stycket 4 LOU.

I en dom den 9 juli 2009 (mål nr 1406-09) bedömde Kammarrätten i Stockholm att det förelåg grund för uteslutning på grund av att en företrädare för leverantören hade gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen. De allvarliga felen var dock inte begångna inom ramen för leverantörens verksamhet. I stället hade de ägt rum i ett annat bolag som hade samma moderbolag och samma verkställande direktör som leverantörsbolaget. Systerbolaget var föremål för utredning av Socialstyrelsen för allvarliga brister i verksamheten, bland annat undermålig remisshantering, förväxling av identitet på patienter, feltolkning av provsvar och missade diagnostiseringar av allvarliga smittsamma sjukdomar. Eftersom bristerna till stor del bedömdes vara en följd av brister i rutiner och brister i systematiskt kvalitetsarbete bar verksamhetsledningen ansvar för dessa. Eftersom företrädaren för anbudsgivaren även var företrädare för det bolag i vars verksamhet de allvarliga felen begåtts ansåg kammarrätten att grund för uteslutning förelåg. Att Socialstyrelsen vid tidpunkten för beslutet om uteslutning inte skiljt saken ifrån sig genom beslut, innebär enligt kammarrätten inte något hinder mot uteslutning.

Paragrafen är, liksom 10 kap. 1 § LOU, tillämplig inte bara på enskilda näringsidkare utan även på juridiska personer, om någon

företrädare för den juridiska personen har dömts för brott som avses i första stycket 3 eller gjort sig skyldig till sådant fel som avses i första stycket 4.

Enligt tredje stycket får den upphandlande myndigheten begära att en leverantör visar att det inte finns någon grund för att utesluta leverantören med stöd av bestämmelserna i p. 1–3 eller 5 i första stycket. När det gäller uteslutning på grund av att någon har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen (p. 4) vilar det emellertid på den upphandlade myndigheten att visa att grund för detta föreligger.

I specialmotiveringen till den ursprungliga lydelsen av bestämmelsen i 10 kap. 2 § LOU anges att det inte ställs upp något krav på att man ska annonsera att man vill ha upplysningar om förhållanden som avses i första stycket, dvs. om uteslutningsgrunderna (prop. 1992/93:88 s. 69). Om en upphandlande myndighet vill utnyttja de möjligheter som ges för att begränsa antalet anbudssökande, får begränsningen emellertid göras endast på grundval av objektiva kriterier som anges i meddelandet om upphandling (artikel 44 p. 3 och 4 i direktiv 2004/18/EG). I skäl 40 i det direktiv som ligger till grund för den nu gällande LOU anges vidare att, när det gäller sådana kriterier som rör aktörernas personliga ställning, det kan räcka med en allmän hänvisning i meddelandet om upphandling till de omständigheter som anges i artikel 45.

8.4.4 Intyg och bevis angående leverantör

Enligt 10 kap. 3 § LOU ska den upphandlande myndigheten som bevis för att det inte finns grund för att utesluta en leverantör godta utdrag ur ett officiellt register eller någon annan likvärdig handling när det gäller ett förhållande som avses i 1 § eller 2 § första stycket 1, 2 eller 3 och ett intyg från behörig myndighet när det gäller ett förhållande som avses i 2 § första stycket 5. Om sådana handlingar eller intyg som nu sagts inte utfärdas i leverantörens hemland eller ursprungsland eller inte omfattar samtliga de fall som avses i 1 § eller 2 § första stycket 1–3, kan de ersättas av en utsaga som har avgetts på heder och samvete eller av en liknande försäkran. Om en leverantör är registrerad i en officiell förteckning över godkända leverantörer i ett land inom EES, får det antas att leverantören uppfyller de förutsättningar som anges i 1 § eller i 2 § första stycket 1–5.

8.5 Överväganden

8.5.1 Vad är det för åtgärd som avses?

Bedömning: Den åtgärd som avses i artikel 7.1 motsvarar en uteslutning av leverantör av den modell som redan finns i lagen om offentlig upphandling.

Sanktionsdirektivet föreskriver att medlemsstaterna ska säkerställa att arbetsgivare, som överträder förbudet mot anställning av tredjelandsmedborgare som vistas olagligt, i lämpliga fall ska omfattas även av en åtgärd som innebär ett fråntagande av rätten att delta i offentlig upphandling enligt definitionen i direktiv 2004/18/EG om upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (det klassiska direktivet) i upp till fem år. Det finns emellertid inte någon definition av begreppet offentlig upphandling i det klassiska direktivet. I den engelska språkversionen av sanktionsdirektivet anges att den åtgärd som ska kunna vidtas är ”exclusion from participation in a public contract as defined in Directive 2004/18/EC...”. Med ”public contract”, dvs. offentligt kontrakt avses, enligt artikel 1.2 a i det klassiska direktivet, skriftliga kontrakt med ekonomiska villkor som slutits mellan en eller flera ekonomiska aktörer och en eller flera upphandlande myndigheter och som avser utförande av byggtreprenad, leverans av varor eller tillhandahållande av tjänster i den mening som avses i direktivet.

Den åtgärd som ska vara möjlig att vidta är alltså enligt den svenska språkversionen ett ”fråntagande av rätten att delta i offentlig upphandling”. I den engelska språkversionen används i stället ”exclusion from participation in a public contract”. Det uttryckssättet korresponderar med formuleringen av uteslutningsgrunderna i artikel 45 i det klassiska direktivet, som anger att en leverantör kan bli ”excluded from participation in a public contract”. Mot denna bakgrund kan konstateras att åtgärden i fråga motsvarar en uteslutning av leverantörer av den modell som redan finns i lagen om offentlig upphandling. Nästa fråga är därför om kraven i artikel 7.1 b kan anses vara uppfyllda redan genom de befintliga uteslutningsreglerna i lagen om offentlig upphandling.

8.5.2 Obligatorisk eller fakultativ grund för uteslutning?

Bedömning: De redan befintliga bestämmelserna i 10 kap. 2 § 3 och 4 LOU är tillräckliga för att uppfylla de krav som anges i artikel 7.1 b. Direktivet föranleder därför inte några författningsändringar.

De obligatoriska uteslutningsmöjligheterna i 10 kap. 1 § LOU är mycket snävt angivna och överensstämmer helt med de krav som ställs i det senaste klassiska direktivet. Med nuvarande utformning kan denna paragraf inte utgöra stöd för en uteslutning av en leverantör på grund av överträdelse av anställningsförbudet i sanktionsdirektivet. Däremot kan en upphandlande myndighet enligt vår bedömning utesluta en leverantör som har dömts för brott enligt 20 kap. 5 § utlänningslagen (2005:716) (UtlL) med stöd av bestämmelsen i 10 kap. 2 § 3 LOU, om det varit fråga om brott i näringsverksamhet. Det torde inte endast vara uteslutningsgrundande brott begångna i det anbudsgivande eller anbudssökande bolaget som kan vara uteslutningsgrundande (Regeringsrättens dom den 10 september 2010 i mål nr 567/10).

Uteslutning bör enligt vår bedömning kunna ske också på grundval av ett beslut om särskild avgift enligt 20 kap. 12 § UtlL, då detta torde vara att bedöma som ett sådant allvarligt fel i yrkesutövningen som avses i 10 kap. 2 § 4 LOU. Frågan är emellertid om möjligheten till uteslutning på fakultativ grund är tillräcklig för att uppfylla direktivets krav.

I artikel 7.1 sägs att arbetsgivare i lämpliga fall *ska* omfattas av åtgärderna som anges där. Bestämmelsens ordalydelse talar således för att det är fråga om en obligatorisk åtgärd. Å andra sidan anges att arbetsgivare ska omfattas av åtgärden uteslutning från rätten att delta i offentlig upphandling ”i lämpliga fall”. Vad som är lämpliga fall anges inte närmare i direktivet. Medlemsstaterna får därmed själva avgöra i vilka situationer det är lämpligt att utesluta en leverantör från ett upphandlingsförfarande. Frågan är om detta innebär att det är möjligt att överlämna till de upphandlande enheterna att i det enskilda fallet avgöra om en uteslutning från ett upphandlingsförfarande är lämplig, eller om medlemsstaterna måste föreskriva att uteslutning i vissa fall, som bedöms som lämpliga, ska vara obligatorisk.

Om det är en fakultativ uteslutningsmöjlighet som avses, kan det tyckas överflödigt med en särskild bestämmelse om detta i sank-

tionsdirektivet, eftersom uteslutning redan torde vara möjlig med stöd av bestämmelser för genomförande av artikel 45.2 i det klassiska direktivet. Mot detta kan sägas att det inte nödvändigtvis är alla EU-länder som redan har ett förbud mot att anställa personer som vistas olagligt i landet. Om ett sådant förbud saknas innebär det att anställning av en tredjelandsmedborgare som vistas olagligt inte utgör ett sådant lagbrott eller fel i yrkesutövningen som kan beaktas vid ett upphandlingsförfarande.

Dessutom har medlemsstaterna stor frihet vid genomförandet av artikel 45.2 i det klassiska direktivet. Sverige har tagit in direktivets bestämmelse i lagtexten i stort sett ordagrant. Regeln har sett ut på samma sätt sedan den första upphandlingslagen trädde i kraft. I artikel 45.2 i upphandlingsdirektivet anges emellertid att medlemsstaterna ”i enlighet med nationell rätt och med hänsyn till gemenskapsrätten [ska] fastställa villkoren för tillämpning av denna punkt”. Det torde innebära att de närmare förutsättningarna för när uteslutning ska vara möjlig får bestämmas på nationell nivå så länge som det inte strider mot unionsrätten.

I propositionen till 10 kap. 2 § LOU angavs att en fråga som aktualiserats under lagstiftningsarbetet var om det trots allt kan finnas en skyldighet för en upphandlande enhet att utesluta en leverantör från upphandlingen, om det föreligger en sådan uteslutningsgrund som avses i artikel 45.2 (prop. 2006/07:128 s. 241). Regeringen hänvisade till EU-domstolens dom av den 9 februari 2006 i de förenade målen C-226/04 och C-228/04, La Cascina m.fl. (REG 2006, s. I-1347) men lämnade inte några ytterligare kommentarer.

Domen gällde det äldre tjänstedirektivet som gäller offentlig upphandling av tjänster. I artikel 29 i det direktivet fanns en bestämmelse som var i huvudsak likalydande med den som finns i artikel 45.2 i upphandlingsdirektivet. EU-domstolen uttalade följande angående artikel 29.

Såsom Europeiska gemenskapernas kommission på goda grunder har påpekat fastställs de enda gränser som finns för medlemsstaternas spelrum i själva bestämmelsen, nämligen att dessa inte kan föreskriva andra fall för uteslutning än dem som anges i bestämmelsen. Medlemsstaternas spelrum begränsas även av de allmänna principerna om insyn och lika-behandling (- - -).

Följaktligen är tanken i artikel 29 i direktivet inte att de skäl för uteslutning som anges i denna artikel skall tillämpas på ett enhetligt sätt inom gemenskapen. Medlemsstaterna har nämligen möjlighet att över huvud taget inte tillämpa dessa skäl för uteslutning och på så sätt se till att deltagandet i offentliga upphandlingar är så stort som möjligt, eller

införliva dessa skäl med den nationella lagstiftningen mer eller mindre rigoröst i olika fall beroende på nationella hänsyn av rättslig, ekonomisk eller social karaktär. Inom denna ram har medlemsstaterna befogenhet att mildra kriterierna i artikel 29 i direktivet eller göra dem mer tänjbara.

Enligt EU-domstolens uttalande har medlemsstaterna alltså en viss frihet vid genomförandet av artikeln. Det är således inte nödvändigt för medlemsstaterna att införa ens en fakultativ möjlighet till uteslutning i de fall som anges i art. 45.2. För de medlemsstater som har valt att inte införa någon sådan regel tidigare måste det därför föreskrivas att överträdelse av anställningsförbudet får (eller ska) utgöra grund för uteslutning från ett förfarande för offentlig upphandling.

En annan fråga som har anknytning till den nu diskuterade är om det är förenligt med det klassiska upphandlingsdirektivet att införa en ny obligatorisk uteslutningsgrund. Upphandlingsdirektivet och den svenska upphandlingslagstiftningen bygger på principen att alla leverantörer som vill ska få delta i upphandlingsförfaranden. Det är endast i särskilt angivna undantagsfall som en upphandlande myndighet ska eller får neka en leverantör att delta i ett förfarande för upphandling. Mot den bakgrunden kan det sättas i fråga, om det verkligen är möjligt att införa en ny grund för obligatorisk uteslutning som inte angetts som en obligatorisk grund i upphandlingsdirektivet.

Enligt EU-domstolens dom i de förenade målen *La Cascina* m.fl., som redogjorts för i det föregående, har medlemsstaterna viss frihet vid genomförandet av artikel 45.2 i det klassiska direktivet. Uteslutning får ske i de fall som anges i artikeln, och så länge som man inte går utöver de situationer som räknas upp är det inget som hindrar att medlemsstaterna i nationell lagstiftning anger de närmare förutsättningarna för uteslutning. Som vi angett ovan innebär EU-domstolens uttalande enligt vår bedömning att det är möjligt för medlemsstaterna att föreskriva att alla eller vissa av de uteslutningsgrunder som räknas upp i artikeln inte ska tillämpas alls eller att de ska vara obligatoriska. Det ska återigen framhållas att det enligt artikel 45.2 i det klassiska direktivet anges att medlemsstaterna ska fastställa villkoren för tillämpning av artikeln i enlighet med nationell rätt och unionsrätten. Mot denna bakgrund anser vi att det i och för sig inte är oförenligt med det klassiska direktivet att införa andra obligatoriska uteslutningsgrunder än de som räknas upp i artikel 45.1 i det klassiska direktivet. Däremot är uppräknningen av möjliga ute-

slutningsgrunder i artikel 45.2 i princip uttömmande. Det får inte heller vara fråga om en absolut uteslutningsregel eftersom en sådan med all sannolikhet skulle strida mot proportionalitetsprincipen (se EU-domstolens domar bland annat den 16 december 2008 i mål C-213/07, *Michaniki* [REG 2008, s. I-9999,] och den 23 december 2009 i mål C-376/08, *Serrantoni* [ännu inte publicerad i REG]).

Det kan sättas i fråga hur stor skillnad det egentligen är mellan bestämmelserna med obligatoriska respektive fakultativa uteslutningsgrunder. När det först gäller syftet med bestämmelserna har den om obligatorisk uteslutning i 10 kap. 1 § LOU – och dess förebild i artikel 45.1 i det klassiska upphandlingsdirektivet – till syfte att i möjligaste mån förhindra att upphandlande myndigheter ingår avtal med leverantörer som dömts för viss brottslighet som riktar sig mot bland annat unionens ekonomiska intressen. Inte minst från konkurrenssynpunkt har det ansetts viktigt att endast seriösa leverantörer tilldelas kontrakt (prop. 2006/07:128 s. 225 f.). Regeringsrätten har i en dom den 10 september 2010 (mål nr 567/10) antagit att bestämmelserna i artiklarna 45.1 och 45.2 i upphandlingsdirektivet har samma syfte, nämligen att förhindra att icke seriösa leverantörer tilldelas kontrakt. Syftet med de fakultativa uteslutningsmöjligheterna måste dock även vara att ge en upphandlande myndighet en möjlighet att utesluta en leverantör när det på vissa grunder finns anledning anta att denne inte kommer att kunna fullfölja ett eventuellt kontrakt. Särskilt när det gäller grunderna för uteslutning i 10 kap. 2 § första stycket 3 och 4 torde dock syftet i första hand vara att göra en uteslutning möjlig av leverantörer som konkurrerar på ett oseriöst sätt. Syftet med bestämmelserna om obligatoriska respektive fakultativa uteslutningsgrunder är enligt vår bedömning i stort sett detsamma.

Däremot föreligger vissa skillnader vid tillämpningen, även om dessa inte är så stora som de kan förefalla. Bestämmelsen i 10 kap. 2 § LOU är konstruerad så att det är upp till den upphandlande myndigheten att i varje enskilt fall avgöra om uteslutningsmöjligheterna ska användas eller inte. Om en fakultativ uteslutningsgrund föreligger, får uteslutning ske, om den upphandlande myndigheten anser att det bör ske och det inte skulle strida mot proportionalitetsprincipen i 1 kap. 9 § LOU. Det finns emellertid inte något som hindrar att myndigheten underlåter att utesluta en leverantör, även om en fakultativ grund för uteslutning i och för sig finns och det skulle vara befogat att tillämpa den. Inte heller den obligatoriska uteslutningsregeln innebär dock något absolut obligatorium. Däremot inne-

bär den en presumtion för att uteslutning ska ske eftersom uteslutning får underlåtas endast om det föreligger särskilda skäl. Att uteslutning av en leverantör skulle strida mot proportionalitetsprincipen i 1 kap. 9 § LOU utgör särskilda skäl mot uteslutning.

Det framgår alltså inte klart av vårt direktiv om uteslutning ska ske på obligatorisk eller fakultativ grund. Det väsentliga torde vara att åtgärden finns tillgänglig i lagstiftningen och kan användas mot en arbetsgivare som har anställt tredjelandsmedborgare som vistas olagligt. Åtgärden ska tillämpas i lämpliga fall, och medlemsstaterna kan själva avgöra vilka fall som är lämpliga. Detta torde innebära att det är tillåtet att utforma bestämmelserna på ett sådant sätt att de, i den utsträckning det är möjligt, anpassas till den nationella rättsordningen.

Enligt 10 kap. 2 § LOU är det upp till den upphandlande myndigheten att i varje enskilt fall avgöra om uteslutning ska ske eller inte. Obligatorisk uteslutning är föreskriven endast för särskilt angivna fall och avser viss allvarlig brottslighet. En lagakraftvunnen dom beträffande andra brott inom ramen för en näringsverksamhet, såsom skatte- och bokföringsbrott, bedrägerier (mot andra än EU:s ekonomiska intressen) för att nämna några, är fakultativ grund för uteslutning. Det finns med andra ord brottslighet som till såväl art som straffvärde är mer allvarlig än överträdelse av anställningsförbudet men som inte leder till obligatorisk uteslutning. En strävan att åstadkomma ett proportionerligt sanktionssystem bör därför leda till att staten inte, oavsett straffvärdet, ser allvarigare på just brott mot anställningsförbudet än på annan brottslighet. Slutsatsen av våra överväganden är således att de redan befintliga bestämmelserna i 10 kap. 2 § LOU är tillräckliga för att uppfylla de krav som anges i artikel 7.1 b.

Vår slutsats stöds också av ett besked som vi efter förfrågan fått från kommissionens representanter med ansvar för sanktionsdirektivet. De har, efter kontroll med berörd tjänsteavdelning på kommissionen, angett att det är en fakultativ uteslutningsmöjlighet efter modell av artikel 45.2 i det klassiska upphandlingsdirektivet som avses i sanktionsdirektivet.

De fakultativa uteslutningsgrunderna i 10 kap. 2 § 3 och 4 LOU gäller endast brott eller fel som har begåtts i yrkesverksamhet eller yrkesutövning. Sanktionsdirektivets definition av arbetsgivare omfattar emellertid inte endast arbetsgivare som är näringsidkare. Även fysiska personer som anställer en tredjelandsmedborgare som vistas olagligt är en arbetsgivare i direktivets mening. Enligt artikel 7.2 är

det emellertid möjligt att besluta att åtgärderna i 7.1 inte ska tillämpas på arbetsgivare som är fysiska personer, om anställningen i fråga avser arbete för privata syften. Det förhållandet att endast brott eller fel som har begåtts i yrkesutövning kan leda till uteslutning enligt 10 kap. 2 § LOU innebär således inte något hinder mot att anse artikel 7.1 b genomförd genom redan befintliga bestämmelser.

Åtgärderna enligt artikel 7.1 ska kunna träffa näringsidkare oavsett organisationsform. I andra stycket i 10 kap. 2 § LOU anges att, om leverantören är en juridisk person, leverantören får uteslutas, om en företrädare för den juridiska personen har dömts för brott som avses i första stycket 3 eller gjort sig skyldig till sådant fel som avses i första stycket 4. Med företrädare för en juridisk person avses huvudsakligen sådana befattningshavare som anges i 4 § lagen (1986:436) om näringsförbud. Varje sådan befattningshavare som har en faktisk maktposition i den juridiska personen ska anses som företrädare, se vidare avsnitt 8.4.2. Vi kan alltså konstatera att även arbetsgivare som är juridiska personer kan bli uteslutna från offentlig upphandling på grund av att en företrädare har begått brott eller annars har brutit mot förbudet att anställa någon som inte har rätt att vistas här.

8.5.3 En femårsgräns?

Bedömning: 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.

I direktivet anges att rätten att delta i offentlig upphandling ska kunna fråntas en arbetsgivare i upp till fem år. De befintliga paragrafer i lagen om offentlig upphandling som gör det möjligt att utesluta leverantörer innehåller inte några tidsgränser. Under lagstiftningsarbetet satte Lagrådet i fråga, om alla domar som omfattas av bestämmelserna också ska ligga till grund för uteslutning eller om det ska finnas någon gräns bakåt i tiden, som exempelvis vid näringsförbud. Regeringen delade Lagrådets uppfattning att inte alla aktuella domar ska kunna föranleda uteslutning. Eftersom de brott som kan föranleda uteslutning varierar i svårhetsgrad ansåg regeringen emellertid att det inte var möjligt att ange en bestämd gräns bakåt i tiden (prop. 2006/07:128 s. 388). Tidsaspekten ska i stället beaktas vid

bedömningen av om det finns särskilda skäl att göra undantag från uteslutningsskyldigheten. I varje enskilt fall måste en bedömning göras av om en uteslutning står i proportion till den brotliga gärningens svårhetsgrad och den tid som förflutit sedan brottet begicks.

Kammarrätten i Stockholm har i den tidigare nämnda domen den 21 januari 2010 (mål nr 6427-09) även prövat om uteslutning av en leverantör med stöd av 10 kap. 2 § LOU på grund av brottslighet som låg några år bakåt i tiden var förenlig med proportionalitetsprincipen. En företrädare för ett bolag hade genom en lagakraftvunnen dom den 4 juli 2006 dömts för bland annat ekonomisk brottslighet till ett års fängelse. Brotten var begångna 1999–2003 i yrkesutövning, dock inte i det anbudssökande bolagets verksamhet. Kammarrätten ansåg att det måste vägas in att endast lagakraftvunna domar kan läggas till grund för uteslutning, vilket innebär att det av bestämmelsen följer att de brott som kan föranleda uteslutning många gånger torde ligga flera år tillbaka i tiden vid tidpunkten för anbudsgivningen. Domstolen konstaterade att det hade gått cirka fem år från det att det sista brottet begicks till dess att tiden för anbud gick ut. Mot bakgrund av syftet med uteslutningsreglerna i 10 kap. 2 § LOU, med hänsyn till brottens svårhetsgrad, karaktär och tillvägagångssätt och till den tid som förflutit sedan brotten begicks, ansåg kammarrätten att det inte kunde anses strida mot proportionalitetsprincipen att vid tidpunkten för anbudstidens utgång utesluta bolaget från tilldelning av kontrakt. Domen överklagades av det anbudssökande bolaget till Regeringsrätten som i dom den 10 september 2010 (mål nr 567/10) delade Kammarrättens bedömning och avslag överklagandet.

Att ange en fast tidsgräns i lagtexten stämmer dåligt överens med de befintliga reglerna om uteslutning av leverantörer i lagen om offentlig upphandling och i EU:s upphandlingsdirektiv. Det skulle dessutom vara inkonsekvent att ha en särskild tidsgräns som skulle gälla vid uteslutning enbart på grund av den här typen av brottslighet.

De nuvarande reglerna i 10 kap. 1 och 2 §§ LOU innehåller i och för sig inte något formellt hinder mot uteslutning på grund av ett brott som ligger upp till fem år tillbaka i tiden. En naturlig följd av kravet på lagakraftvunnen dom för att uteslutning ska få ske är att det kan förflyta lång tid från gärningstillfället och den tidpunkt då det först är möjligt att beakta brottsligheten i upphandlingssammanhang. Det kan innebära att även brott som ligger ett stycke bakåt i tiden kan få betydelse vid prövningen. Ju längre tid tillbaka brottet

ligger, desto allvarligare brottslighet måste det emellertid vara fråga om för att den ska kunna beaktas vid prövningen utan att proportionalitetsprincipen åsidosätts.

Så länge det finns en formell möjlighet att beakta en dom eller ett allvarligt fel i yrkesutövningen som ligger upp till fem år tillbaka i tiden torde det inte uppstå något problem med förenligheten med direktivet. Proportionalitetsprincipen måste dock rimligen gälla även vid bedömning av om ett brott mot anställningsförbudet i sanktionsdirektivet ska föranleda att en arbetsgivare ska uteslutas från ett förfarande för offentlig upphandling. Vår slutsats är således att det enligt nuvarande bestämmelser är 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.

8.6 Fråntagande av rätten till offentliga stöd och bidrag samt återbetalningsskyldighet för sådana bidrag – artikel 7.1 a och c

8.6.1 Något om offentliga stöd till näringsverksamhet

Offentliga stöd och bidrag för näringsverksamhet finns främst för att stimulera marknaden när den inte fungerar på ett tillfredsställande sätt.³ Det finns vissa stöd som kan sökas av enskilda företag. Ofta ges dock stöd till projekt eller till företag som samverkar. Företagsstöd kan lämnas som regionalt bidrag för företagsutveckling för små och medelstora företag i glesbygd och landsbygd och administreras i allmänhet av länsstyrelsen. Det finns också stöd för att få bland annat arbetslösa att komma ut i arbetslivet. Ett exempel är det s.k. starta eget-bidraget (stöd vid start av näringsverksamhet). Dessutom finns stöd för arbetsgivare som anställer någon som tillhör en viss kategori av personer, t.ex. långtidsarbetslösa eller nyanlända flyktingar (instegsjobb och nystartsjobb). Dessa stöd innebär att en arbetsgivare som anställer en av Arbetsförmedlingen anvisad person får ett bidrag för en del av eller hela lönen eller arbetsgivaravgiften för den anställde. Stöd kan också ges i form av riskkapital

³ Informationen är hämtad från Bolagsverkets, Skatteverkets och Tillväxtverkets gemensamma informationsportal www.verksamt.se/protal/web/guest/utveckla/finansiering-tillvaxt/stod-och-bidrag.

liksom genom exempelvis beviljande av lånegarantier, investeringsstöd, stöd till miljöskydd och nedsättning av miljöskatter.

Stöd till näringsverksamhet kan också ges av EU. Det är dock endast projekt eller verksamhet som främjar EU:s utveckling som kan få stöd. EU-stöd består av strukturfonder, landsbygdsstöd och transnationella program. EU bestämmer regelbundet vilka ämnesområden och geografiska områden som ska prioriteras. Programmen löper över flera år. Vissa av EU:s stöd administreras av kommissionen medan det är myndigheter i medlemsländerna som ansvarar för andra.

En stor del av EU:s budget används till jordbruksstöd. Jordbruksstödet ges grovt sett i två former, nämligen som prisstöd och direktstöd (EU-upplysningen, Sveriges Riksdag). Prisstöden innebär att EU garanterar att producenterna ska få ett visst lägsta pris för sina produkter. Det kan innebära att EU stödköper produkter för att undvika prisfall till följd av bristande efterfrågan. Direktstöden riktas i stället direkt till producenterna. Exempel på direktstöd är gårdsstödet och landsbygdsprogrammet. Stöd till jordbruksföretag kan lämnas även genom regionala stöd.

8.6.2 Hur ska direktivets bestämmelser genomföras?

Förslag: Artikel 7.1 a och c bör genomföras genom en horisontell reglering som innebär att alla typer av offentliga stöd, bidrag och andra förmåner ska kunna tas ifrån en arbetsgivare under vissa närmare angivna förutsättningar. I de fall sådana förmåner redan har betalats ut ska det vara möjligt att ålägga en arbetsgivare återbetalningsskyldighet. Den nya regleringen bör föras in i 20 kap. UtlL.

Enligt direktivet måste medlemsstaterna se till att arbetsgivare, i lämpliga fall, omfattas av dels en åtgärd som innebär fråntagande av rätten till en del av eller alla offentliga förmåner, stöd eller bidrag, inbegripet EU-bidrag som förvaltas av medlemsstaterna, i upp till fem år, dels en åtgärd som innebär återbetalning av en del av eller alla offentliga förmåner, stöd eller bidrag, inbegripet EU-bidrag som förvaltas av medlemsstaterna, som arbetsgivaren har beviljats under upp till tolv månader före upptäckten av att arbetsgivaren har haft en utlänning i sin tjänst trots att utlänningen vistades här olovligen.

De åtgärder som direktivet föreskriver är främmande för svensk rätt. Återbetalningsskyldighet av offentliga förmåner kan i och för sig bli aktuell redan i dag men enbart i de fall då någon har erhållit förmånen på oriktiga grunder eller annars obehörigen eller med för högt belopp. För återbetalningsskyldighet krävs dessutom ofta att den som uppburit förmånen skäligen bort inse att utbetalningen varit felaktig. De åtgärder som direktivet ställer krav på är emellertid något helt annat, eftersom de inte tar sikte på att någon oegentlighet eller felaktighet har skett vid beviljandet av ett bidrag eller stöd. I stället är det fråga om åtgärder mot den som har överträtt anställningsförbudet. Någon koppling till det eller de stöd som arbetsgivaren ska fråntas eller återbetala finns alltså inte. Syftet med åtgärderna är helt enkelt att få arbetsgivare att avstå ifrån att anställa personer som vistas här olovligen, dvs. att ha en avskräckande effekt. De åtgärder som avses i direktivet får således betraktas som sanktioner. Vid sidan av det angivna syftet har åtgärderna dessutom den effekten att de förhindrar att offentliga medel stödjer verksamhet som inte bedrivs enligt gällande regler.

Sådana åtgärder som föreskrivs förefaller inte heller finnas i särskilt många andra länder i Europa. Enligt vad utredningen har fått uppgift om har endast Italien en liknande sanktionsmöjlighet i gällande lagstiftning. Den kan tillämpas endast mot juridiska personer och finns därför i den lag som gäller sanktioner mot juridiska personer (Decreto Legislativo 8 giugno 2001, n. 231, vilken kungjordes den 19 juni 2001, i Gazzetta Ufficiale n. 140). Enligt den lagen är en juridisk person ansvarig för en straffbar handling som utförts i dennas intresse eller till dennas fördel. Det innebär att bland annat personer i representationsställning eller administrativ ställning med representations- eller administrationsfunktioner kan utlösa ansvar för den juridiska personen. Däremot svarar den juridiska personen inte för personer som agerar enbart i eget eller tredje parts intresse. Det är endast vissa mer allvarliga brott som kan aktualisera ansvar enligt lagen, nämligen förskingring med skada för staten, ekonomiskt missbruk av ämbetsmannaställning, korruption i tjänsten, korruption utförd av person med offentligt uppdrag eller bedrägeri. Bland de s.k. förbudssanktioner som kan riktas mot en juridisk person finns en som innebär uteslutning från skattelättnader, finansiering, bidrag eller subventioner samt indragande av redan medgivna sådana förmåner. Förbudssanktionerna kan tillämpas endast i mer allvarliga fall, exempelvis då det straffbara handlandet medfört stor förtjänst

för den juridiska personen eller då någon som innehar hög ställning har utfört den aktuella handlingen.

Det finns en mängd olika stöd, bidrag och liknande. Vilka som finns varierar också från tid till annan. Många stödformer är inte ens författningsreglerade. Det är därför inte möjligt att överblicka alla stöd, bidrag och andra offentliga förmåner som finns. Därmed kan de föreskrivna åtgärderna inte genomföras genom att i de bestämmelser som reglerar stöd, bidrag och andra offentliga förmåner ange att den som har brutit mot anställningsförbudet inte har rätt att ta del av förmånen eller ska vara skyldig att återbetala redan utbetalda förmåner.

Vi anser att direktivets bestämmelser i stället bör genomföras genom en horisontell reglering som innebär att alla typer av offentliga stöd, bidrag och andra förmåner ska kunna tas ifrån en arbetsgivare under vissa närmare angivna förutsättningar. I de fall sådana förmåner redan har betalats ut ska det vara möjligt att ålägga en arbetsgivare återbetalningsskyldighet.

Eftersom tillämpning av åtgärden kommer att förutsätta en överträdelse av förbudet mot anställning, vilket vi föreslår ska genomföras genom vissa ändringar i 20 kap. 5 § UtIL, bör den nya regleringen föras in i anslutning till dessa bestämmelser, dvs. i 20 kap. UtIL.

8.6.3 Förutsättningar för att tillämpa åtgärderna

Förslag: Åtgärderna bör juridiskt-tekniskt utformas som en särskild rättsverkan av brott. Således ska den som har begått brott som avses i 20 kap. 5 § första stycket 2 eller 3 UtIL, 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 inte beslutas. Beslut om fråntagande 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 direktivet föreskrivs att åtgärderna ska tillämpas mot arbetsgivare ”i lämpliga fall”. Som vi tidigare konstaterat är det upp till medlemsstaterna att fastställa vad som ska utgöra lämpliga fall. Sverige har med andra ord frihet att självständigt bestämma de närmare förutsättningarna för tillämpning av sanktionerna.

Huvudregeln är att alla fall av anställning av en person som saknar rätt att arbeta här kan föranleda särskild avgift, oberoende av om uppsåt eller oaktsamhet kan läggas arbetsgivaren till last, och oberoende av hur allvarlig gärningen är. Därtill är varje sådan överträdelse som begås med uppsåt eller av oaktsamhet straffrättsligt sanktionerad i svensk rätt. I enlighet med våra förslag kommer även den som har en utlänning i sin tjänst, trots att utlänningen vistas här utan föreskrivet tillstånd, att kunna sanktioneras på motsvarande sätt (se avsnitt 4.2.4 och 6.3). Möjligheten att ta ifrån en arbetsgivare rätten till offentliga förmåner eller att ålägga en arbetsgivare återbetalningsskyldighet för sådana förmåner kommer således att bli ytterligare sanktioner som kommer att kunna tillämpas utöver de som redan nu finns. Vid bestämmande av vilka förutsättningar som bör gälla för att få tillämpa sanktionerna bör man beakta även att det är fråga om ingripande åtgärder. Enligt vår mening är det mot denna bakgrund inte rimligt att tillämpa sanktionerna annat än vid mer allvarliga fall av överträdelser av anställningsförbudet.

Det är endast i fall då omständigheterna är försvårande som fängelse kan komma i fråga som påföljd för brott mot anställningsförbudet. Vi anser att en rimlig avvägning är att en första förutsättning för tillämpning av åtgärderna är att det ska vara fråga om brott på fängelsenivå för att en åtgärd som innebär återbetalningsskyldighet för utbetalda offentliga stöd och förmåner eller frångående av rätten till sådana förmåner ska få beslutas mot någon som ska drabbas även av andra rättsföljder. Vi föreslår därför att åtgärderna ska kunna tillämpas först då en arbetsgivare har begått brott enligt 20 kap. 5 § UtL och omständigheterna är försvårande. Genom att en förutsättning därmed är att arbetsgivaren har överträtt anställningsförbudet uppsåtligen eller av oaktsamhet bör regleringen inte komma i konflikt med oskuldspresumtionen i artikel 6 i EKMR (se avsnitt 3.2.2).

Vår utgångspunkt är alltså att de tänkta åtgärderna ska kunna tillämpas endast i de mest allvarliga fallen. Eftersom flera andra sanktioner och åtgärder kan komma att tillämpas mot den arbetsgivare som har begått brott som avses i 20 kap. 5 § UtL finns en risk för att en arbetsgivare drabbas av åtgärder och sanktioner som inte står

i proportion till överträdelsens allvar. En andra förutsättning för tillämpning av de nu diskuterade åtgärderna bör därför vara att åtgärden är motiverad med hänsyn till gärningens straffvärde och övriga omständigheter. Andra omständigheter som kan tala för en tillämpning är att fråga är om återfall i liknande brottslighet. Även omständigheter som talar emot tillämpning måste beaktas, t.ex. om ett beslut om frångående eller återbetalningsskyldighet skulle drabba tredje man oskäligt hårt. Vi återkommer till detta i författningskommentaren.

I 29 kap. 5 § brottsbalken finns regler om samordning av påföljder. Vid straffmätningen ska således i skälig omfattning utöver brottets straffvärde beaktas bland annat om den tilltalade till följd av brottet kommer att drabbas av avskedande eller uppsägning från anställning eller om han eller hon på grund av brottet kommer att förorsakas men genom att utvisas ur riket. Enligt punkt 8 i den paragrafen finns möjlighet att beakta även annan omständighet som påkallar att den tilltalade får ett lägre straff än brottets straffvärde motiverar. Bland de omständigheter som enligt praxis beaktas är om det utgår en administrativ sanktionsavgift. Även om det således torde finnas utrymme för att vid bestämmande av påföljd för brott mot 20 kap. 5 § UtlL beakta andra sanktioner som åläggs eller kommer att åläggas, anser vi att det finns behov av en särskild regel för de nu föreslagna åtgärderna. För att den samlade bördan av sanktioner mot en arbetsgivare ska stå i proportion till överträdelsens allvar, svårhet och omfattning föreslår vi därför att det av lagtexten uttryckligen ska framgå att de nu föreslagna sanktionerna inte får beslutas, om den samlade reaktionen på brottsligheten därmed skulle bli oproportionerligt sträng.

Vi anser vidare att sanktionerna ska kunna tillämpas endast i de fall som direktivet föreskriver, dvs. då en arbetsgivare har anställt en tredjelandsmedborgare som vistas här olovligen. Således ska de inte användas då någon har anställt en tredjelandsmedborgare som vistas här lovligt men som inte har föreskrivet arbetstillstånd.

Arbetsgivare som är fysiska personer får undantas från tillämpningen, om arbetet har skett för dennes privata syften. Vi anser att man bör utnyttja möjligheten att begränsa sanktionernas räckvidd. Den som har begått brott som avses i 20 kap. 5 § UtlL genom att ha en utlänning i sin tjänst som vistas här olagligt ska alltså inte kunna drabbas av de ifrågavarande sanktionerna, om anställningen har avsett arbete för arbetsgivarens privata syften.

Nästa fråga är vad som egentligen menas med ”fråntagande av rätt till en del av eller alla offentliga stöd” etc. Ordalydelsen ger intrycket av att det ska fattas beslut om att en person ska bli diskvalificerad från offentliga stöd och förmåner för ett visst antal år framåt i tiden. Ett beslut skulle då innebära att ett företag eller en näringsidkare försätts i karantän för offentliga stöd under en tid framöver. En sådan åtgärd skulle emellertid innebära att det i de allra flesta fall inte skulle vara möjligt att vid beslutstillfället veta något om vilka stöd eller bidrag som rent faktiskt skulle komma att bli föremål för åtgärden. Att det inte är möjligt att överblicka vilka stöd som en arbetsgivare kommer att gå miste om skulle innebära att den som beslutar om sanktionen har små möjligheter att bedöma huruvida sanktionen är en proportionell reaktion på den konstaterade överträdelsen. Detta är inte en tillfredsställande ordning.

Med hänsyn till detta anser vi att det inte är lämpligt att tillämpa sanktionen i andra fall än då stöd redan har beslutats men ännu inte betalats ut eller på annat sätt kommit den berättigade till del. Mot en sådan lösning talar att det i direktivet anges att åtgärden ska kunna gälla för fem år framåt i tiden. Det finns dock stöd som beslutas men som inte leder till någon ekonomisk förmån för mottagaren förrän i framtiden eftersom det är först då som de betalas ut eller som en kostnadsbesparing görs.

Jämfört med en möjlighet att besluta om karantän för viss tid framåt har en ordning, där endast redan beviljade stöd kan bli föremål för ett beslut om fråntagande, den ytterligare fördelen att det inte behövs någon särskild tillsyn av att beslutet följs. För att beslut om fråntagande av en eventuell framtida rätt till offentliga stöd och andra förmåner ska få en reell effekt måste nämligen en organisation för tillsyn skapas. Dessutom skulle det bli nödvändigt att samla informationen om sådana beslut i ett särskilt register på motsvarande sätt som sker i fråga om beslut om näringsförbud (23 § lagen om näringsförbud). Om inte ett sådant register skapades, skulle det inte vara möjligt att hålla ordning på vilka näringsidkare, som till följd av ett beslut om fråntagande av rätt till offentliga förmåner inte skulle få beviljas offentliga förmåner. Det är svårt att försvara de administrativa kostnaderna för en sådan ordning.

Sammanfattningsvis anser vi att beslut om fråntagande av rätt till offentliga stöd, bidrag och andra förmåner ska kunna meddelas endast i de fall då det föreligger en rätt till sådant stöd genom att det har fattats beslut om beviljande av stödet i fråga.

8.6.4 Vilka stöd och andra förmåner ska åtgärderna gälla?

Förslag: 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.

Enligt artikel 7.1 a och c är det ”offentliga förmåner, stöd eller bidrag, inbegripet EU-bidrag som förvaltas av medlemsstaterna” som ska bli föremål för åtgärderna. Det innebär för det första att såväl statliga som kommunala förmåner omfattas.

Enligt bestämmelsens ordalydelse omfattas alla stöd, bidrag och andra förmåner. Vad är att anse som stöd, bidrag och förmån? Viss ledning kan hämtas från artikel 107.1 i EUF-fördraget som handlar om tillåtligheten av statliga stöd. För att det ska vara fråga om statligt stöd krävs enligt den artikeln bland annat att det ges av en medlemsstat eller med statliga medel. Även medel från offentligt ägda bolag kan vara offentliga medel. Det krävs vidare att stödet innebär en överföring av statliga medel. Med överföring avses inte enbart direkta överföringar av offentliga medel utan även exempelvis avståenden från krav. Exempel på åtgärder som ansetts som stöd är direkta bidrag, räntesubventioner, försäljning eller köp till särskilt förmånliga villkor, kapitaltillskott, avstående från fordringar och skattelättnader (SOU 2008:38 s. 189). I den nämnda artikeln i EUF-fördraget anges vidare att, för att fråga ska vara om statsstöd, det krävs att åtgärden gynnar vissa företag eller viss produktion. I detta krav ligger dels att åtgärden ska innebära en ekonomisk fördel för mottagaren, dels att åtgärden ska vara selektiv (a. bet. s. 190). Med att en åtgärd är selektiv menas inte enbart att den har gynnat ett visst eller vissa företag. Även åtgärder som är begränsade branschvis eller geografiskt eller är förbehållna en viss kategori av företag är selektiva (EU-domstolens dom den 26 september 1996 i mål C-241/94, Frankrike mot kommissionen [REG 1996, s. I-4551]).

Det finns alltså inte någon begränsning av vilka offentliga förmåner, bidrag och stöd som ska kunna bli föremål för de åtgärder som föreskrivs i sanktionsdirektivets artikel 7.1 a och c utom i ett avseende. När det gäller EU-bidrag är det endast bidrag som förvaltas av medlemsstaterna som ska kunna återtas respektive återbetalas. Därutöver anser vi att vissa slags förmåner inte bör kunna bli föremål för sanktionerna. För det första bör inte offentliga stöd,

bidrag och förmåner som beviljats eller betalats ut till en fysisk person för hans eller hennes privata behov kunna återtas. Det är inte rimligt att någon fråntas rätten till eller blir återbetalningsskyldig för exempelvis föräldrapenning, sjukpenning, bostadsbidrag eller någon annan förmån som beviljats eller betalats ut för privata eller personliga behov, vanligen från socialförsäkringssystemet.

Det kan inte heller bli fråga om att återbetala stöd som inte går att härleda till en särskild näringsidkare. Exempel på detta är sådant prisstöd som innebär att EU stödköper produkter för att garantera producenterna ett visst lägsta pris. Det bör inte heller vara möjligt att besluta om återbetalningsskyldighet i de fall då det inte är möjligt att fastställa en förmåns ekonomiska värde.

8.6.5 Juridiska personer ska kunna bli föremål för åtgärden

Förslag: Även juridiska personer ska under vissa förutsättningar kunna bli föremål för åtgärden.

Åtgärderna enligt artikel 7.1 ska vara tillämpliga när anställningsförbudet har överträtts, oavsett om verksamheten bedrivs av en fysisk eller en juridisk person.

De sanktioner som nu föreslagits för att genomföra artikel 7.1 a och c ska alltså kunna aktualiseras också när brott har begåtts i verksamhet som bedrivs av en juridisk person, oavsett om det är fråga om näringsverksamhet eller ideell verksamhet. En reglering som innebär att en enskild arbetstagare i alla lägen kan ådra en juridisk person ansvar, helt oberoende av ledningens åtgärder, skulle emellertid vara alltför långtgående. Vi anser därför att juridiska personers ansvar i viss mån bör begränsas. Det bör ske genom att det i lagen anges vissa kriterier för i vilka fall enskilda personer ska kunna utlösa den juridiska personens ansvar. I artikel 11, om sanktioner mot juridiska personer, anges att en fysisk person måste ha haft ett visst bestämmande inflytande eller att arbetsgivaren har brustit i kontrollen av sina anställda för att en enskild persons handlande ska kunna leda till sanktioner mot den juridiska personen. Vi anser att motsvarande kriterier måste kunna tillämpas även i fråga om juridiska personers ansvar i andra fall än i fråga om straffrättsligt ansvar i de situationer som föreskrivs i artikel 9 i direktivet.

De förutsättningar som tillämpas vid prövning av om företagsbot ska åläggas en juridisk person är anpassade efter unionsrättens krav. En näringsidkares ansvar för företagsbot är enligt 36 kap. 7 § brottsbalken i viss mån begränsat. Endast om näringsidkaren inte har gjort vad som skäligen kunnat krävas för att förebygga brottsligheten, kan företagsbot åläggas näringsidkaren. Oberoende av om det finns några sådana brister kan näringsidkaren emellertid få ansvara, om brott har begåtts av personer med viss särskild ställning i företaget. För dessa personer, som oftast har sådana befogenheter och uppgifter som gör det rimligt att ålägga dem ett större ansvar, har näringsidkaren därför ett utvidgat ansvar (prop. 2005/06:59 s. 24 f.). Vi anser att samma förutsättningar för att ålägga juridiska personer ansvar bör gälla även i fråga om de sanktioner som nu är aktuella.

Vi föreslår därför att det införs en bestämmelse som innebär att åtgärderna får beslutas mot en juridisk person i vissa fall. Ansvar bör således kunna åläggas en juridisk person när ledningen inte har gjort vad som skäligen kunnat krävas för att förebygga brottsligheten. Vidare bör ansvar kunna aktualiseras för en juridisk person när brottet har begåtts av antingen en person i ledande ställning grundad på befogenhet att företräda den juridiska personen eller att fatta beslut på näringsidkarens vägnar, eller en person som annars haft ett särskilt ansvar för tillsyn eller kontroll i verksamheten.

Enligt 36 kap. 7 § andra stycket brottsbalken svarar en näringsidkare inte när brottsligheten riktas mot denne själv. Någon sådan situation kan inte uppkomma när det gäller brott som avses i 20 kap. 5 § UtIL och därför behövs inte ett motsvarande undantag.

8.6.6 Förfaranderegler

Förslag: En fråga om återbetalningsskyldighet respektive om fråntagande av rätt till offentliga stöd, bidrag och andra förmåner bör få prövas endast på yrkande av allmän åklagare.

De nya åtgärder vi nu har föreslagit är utformade som en särskild rättsverkan av brott. Gemensamma regler om särskild rättsverkan av brott finns i 36 kap. 11–19 §§ brottsbalken.

Huvudregeln är att talan om särskild rättsverkan av brott förs i samma mål som åtal för brottet. Särskild rättsverkan kan åläggas först om det kan konstateras att den tilltalade bär straffrättsligt ansvar

för brottet. En talan om frångående av rätten till eller återbetalningsskyldighet för offentliga stöd, bidrag och andra förmåner ska därför följa de regler som gäller i brottmålet. Således behövs det inte några särskilda regler om förfarandet vid sådan talan.

Det normala är att domstolen *ex officio*, dvs. utan särskilt yrkande, ska pröva om en särskild rättsverkan av brott ska åläggas. När det gäller företagsbot föreskrivs emellertid att sådan rättsverkan får åläggas endast efter yrkande av åklagaren. Lagstiftaren bedömde det nämligen som olämpligt att rätten, i ett mål om ansvar mot en enskild näringsidkare för brott som han enligt åtalet själv har begått, *ex officio* ska kunna pröva om ytterligare en klandrande sanktion ska kunna dömas ut (prop. 1985/86:23 s. 54). Samma överväganden kan göras även beträffande frångående av och återbetalningsskyldighet för offentliga stöd.

För en sådan ordning talar också att det behövs utredning för att få fram ett tillräckligt beslutsunderlag för att avgöra om och i vilken utsträckning bidrag ska återkallas eller återbetalas och att sådan utredning enklast och bäst görs i samband med förundersökningen. På motsvarande sätt som gäller vid talan om företagsbot bör därför gälla att talan om de nya sanktionerna får föras endast efter särskilt yrkande av allmän åklagare.

Det ska framhållas att frågan, om en enskild näringsidkare som är åtalad för brott som avses i 20 kap. 5 § UtIL också ska frångås beviljade offentliga förmåner eller åläggas återbetalningsskyldighet för sådana förmåner, måste prövas i målet om straffrättsligt ansvar. Detta är en konsekvens av att sanktionen är en särskild rättsverkan av brott. Av regeln i 30 kap. 9 § rättegångsbalken om brottmålsdomens rättskraft torde nämligen följa att senare yrkanden om frångående av eller återbetalningsskyldighet för offentliga förmåner inte kan väckas mot honom eller henne i en senare rättegång (a. prop. s. 56, jfr NJA 1990 s. 401).

Det är dock möjligt att handlägga åtalet och talan om åtgärd enligt 15 § var för sig, om sådan talan förs mot någon annan än den som åtalas för brott. Om exempelvis en talan om frångående av rätt till ett visst beviljat bidrag förs mot en juridisk person, kan den talan föras för sig, även om det är ställföreträdaren för den juridiska personen som är åtalad för brottet. Även en talan mot en juridisk person bör dock om möjligt, inte minst av processekonomiska skäl, handläggas gemensamt med åtalet.

Av det nu sagda följer vidare att det i fråga om de nya sanktionerna inte behövs någon särskild bestämmelse om att talan om åter-

betalningsskyldighet eller fråntagande av rätten till offentliga förmåner ska handläggas gemensamt med åtal mot samma person för brott enligt 20 kap. 5 § UtlL. Det följer med automatik att en sådan talan kan föras endast i samma mål som det där frågan om straffrättsligt ansvar prövas. Någon konflikt med dubbelbestraffningsförbudet i EKMR kan alltså inte uppkomma.

En annan fråga rör vad som gäller om en talan om nu aktuella sanktioner förs mot en juridisk person, i vars verksamhet brott som avses i 20 kap. 5 § UtlL har begåtts, och ingen person har dömts för brottet. Sanktionerna kan aktualiseras enbart om det har begåtts ett brott i verksamheten. Samtliga objektiva och subjektiva rekvisit i 20 kap. 5 § UtlL måste alltså vara uppfyllda. Det krävs inte att gärningsmannen åtalas för brottet eller ens identifieras, men det måste stå klart att ett brott har blivit begånget. Det är vanligtvis knappast möjligt för åklagaren att styrka brottsligt uppsåt hos en icke identifierad gärningsman. Vid oaktsamhetsbrott är det emellertid fullt tänkbart att det står klart att någon i ett företag har handlat vårdslöst utan att det för den skull går att leda i bevis exakt vem denne är.

Talan mot en juridisk person om åtgärd enligt den föreslagna 20 kap. 15 § UtlL kan alltså föras även om inte någon åtalas för brott mot 20 kap. 5 § UtlL, om det ändå står klart att ett brott har blivit begånget. I de fall talan om de föreslagna åtgärderna förs mot någon annan än den som är tilltalad för brott gäller bestämmelserna i lagen (1986:1009) om förfarandet i vissa fall vid förverkande m.m.

8.6.7 Särskilt om återbetalningsskyldighet

<p>Förslag: De belopp som arbetsgivare ska förpliktas betala tillbaka ska tillfalla staten.</p>
--

I direktivet anges att det ska finnas en åtgärd som går ut på att arbetsgivaren ska förpliktas att återbetala beviljade stöd och bidrag. Det är naturligtvis endast sådana stöd, bidrag och andra förmåner som har betalats ut eller på annat sätt kommit den berättigade till godo som kan bli föremål för en talan om återbetalningsskyldighet. Offentliga stöd, bidrag och andra förmåner som har beviljats men ännu inte betalats ut eller på annat sätt realiserats får i stället bli föremål för en talan om fråntagande av rätten till stödet i fråga.

Ordet återbetalning talar för att det belopp som arbetsgivaren ska betala tillbaka verkligen återförs till den myndighet som har betalat ut stödet. För en sådan ordning talar även att de pengar som betalas tillbaka i stället kan användas för det ursprungligen avsedda ändamålet genom att de betalas ut till någon annan som uppfyller förutsättningarna.

Det rör sig emellertid här om en sanktion som egentligen inte är kopplad till förutsättningarna för utbetalningen av bidraget eller stödet. Dessutom är det med största sannolikhet endast i ett mycket begränsat antal fall per år som det kan bli aktuellt med talan om återbetalningsskyldighet. Huvudsyftet med att ålägga någon återbetalningsskyldighet enligt de föreslagna reglerna är att bekämpa brottslighet. Härutöver talar praktiska och ekonomiska skäl för att inte göra något undantag från den huvudregel som gäller vid förverkande, som är en annan form av särskild rättsverkan, dvs. att de belopp som en arbetsgivare ska förpliktas betala tillbaka ska betalas till och tillfalla staten.

8.7 Stängning av inrättningar och återkallelse av tillstånd att driva näringsverksamhet – artikel 7.1 d

8.7.1 Stängning av inrättning

I artikel 7.1 d anges att tillfällig eller permanent stängning av inrättningar som har använts för att begå överträdelsen är en av de åtgärder som en medlemsstat ska kunna vidta mot en arbetsgivare i lämpliga fall.

I svensk rätt är möjligheterna för myndigheter att stänga en inrättning små. Det finns dock ett par sådana möjligheter som kan nämnas.

För att säkerställa utredning om brott får en byggnad eller ett rum tillstängas eller tillträde till visst område förbjudas (27 kap. 15 § rättegångsbalken). Denna möjlighet att stänga en lokal där det bedrivs en verksamhet med anställda tredjelandsmedborgare som vistas olagligt skulle kunna utnyttjas tillfälligt, om åtgärden bedöms stå i proportion till det intrång den innebär (27 kap. 1 § rättegångsbalken). Förutsättningen är då naturligtvis att det finns misstanke om brott (t.ex. enligt 20 kap. 5 § UtlL) och att stängningen är nödvändig för att utreda denna misstanke. En stängning kan vidare ske endast till-

fälligt, nämligen så länge utredningen pågår. Åtgärden är inte någon sanktion eller bestraffning för en brottslig verksamhet utan ett sätt att säkerställa utredning av en misstanke om brott.

Vidare finns möjlighet för Arbetsmiljöverket att med stöd av 7 kap. 10 § arbetsmiljölagen (1977:1160) meddela beslut om försegling eller annan avstängning av anläggning, utrymme eller anordning, om det behövs för att säkerställa förbud enligt 7 eller 8 §, dvs. förbud som meddelats för att trygga efterlevnaden av arbetsmiljölagen (prop. 1976/77:149 s. 425). Arbetsmiljölagens syfte är att förebygga att arbetstagare utsätts för ohälsa eller olycksfall. Det är således endast om arbetsmiljön innebär en risk för de anställdas hälsa som en stängning av en inrättning kan ske med stöd av bestämmelserna i arbetsmiljölagen.

I de fall en verksamhet bedrivs i en hyrd lägenhet eller lokal finns det i enlighet med 12 kap. 42 § första stycket 9 jordabalken en möjlighet för hyresvärden att säga upp kontraktet omedelbart, om det i lägenheten bedrivs verksamhet som är brottslig eller där brottsligt förfarande ingår till en inte oväsentlig del. (Motsvarande regler finns för bostadsrätt och kooperativ hyresrätt, se 7 kap. 18 § bostadsrättslagen [1991:614] och 3 kap. 1 § första stycket lagen [2002:93] om kooperativ hyresrätt.) Detta är dock en civilrättslig regel som reglerar förhållandet mellan hyresgäst och hyresvärd. Vidare innebär regeln endast en möjlighet till uppsägning och medför inte någon skyldighet för hyresvärden att säga upp avtalet. I vissa situationer skulle dock en hyresvärd som hyr ut en lägenhet med vetskap om att det bedrivs brottslig verksamhet där kunna ådra sig medverkansansvar enligt 23 kap. 4 § brottsbalken. Under alla omständigheter gör regeln det dock inte möjligt för en myndighet att ingripa.

8.7.2 Tillståndskrävande verksamheter

I sanktionsdirektivet anges i artikel 7.1 d att en möjlig sanktion mot en arbetsgivare som har någon anställd fastän denne vistas här olagligt ska vara att tillfälligt eller permanent upphäva tillståndet att bedriva verksamheten. I Sverige är utgångspunkten att det ska vara fritt för var och en att etablera en egen näringsverksamhet med det innehåll och i de former som han eller hon önskar. Huvudprincipen är således att näringsfrihet råder (2 kap. 20 § regeringsformen). I syfte att skydda angelägna allmänna intressen får emellertid begränsningar

införas i rätten att driva näring, och sådana finns också, främst för att garantera säkerhet och ordning. Vissa typer av verksamheter kräver därför tillstånd för att få drivas. Det krävs t.ex. tillstånd för att få servera, tillverka och sälja alkohol, anordna lotterier och spel, transportera farligt avfall, bedriva finansiell verksamhet, hantera brandfarliga och explosiva varor, handla med vapen eller läkemedel m.m. Sammantaget finns det omkring 60 lagar som innehåller krav på att företagen ska ha tillstånd eller motsvarande för att bedriva näringsverksamhet (Statskontorets rapport 1999:12). Tillstånd kan återkallas, men i flera fall endast då tillståndsinnehavaren åsidosätter bestämmelser i den lag som reglerar den tillståndskrävande verksamheten eller villkoren i tillståndet.

När det gäller transporttjänster samt hotell- och restaurangverksamhet finns emellertid något vidare möjligheter att återkalla ett meddelat tillstånd. Enligt lagen (1966:742) om hotell- och pensionatrörelse, vilken gäller om rörelsen är avsedd att samtidigt ta emot nio gäster eller har minst fem gästrum, krävs tillstånd av polismyndigheten i orten att driva sådan rörelse. Tillståndet får återkallas, om tillståndshavaren inte är lämplig att driva rörelsen av den anledningen att han eller hon upprepade gånger befunnits skyldig till brott mot lagen om hotell- och pensionatrörelse eller, om han eller hon har åsidosatt annan bestämmelse som gäller för rörelsen, under förutsättning att tillståndshavaren inte efter anmaning vidtar rättelse inom skälig tid.

Enligt yrkestrafiklagen (1998:490) får yrkesmässig trafik drivas endast av den som har trafikstillstånd. Vid tillståndsprövningen prövas sökandens ekonomiska förhållanden och vandel. Tillstånd får ges endast till den som bland annat med hänsyn till gott anseende bedöms som lämplig att driva verksamheten (2 kap. 5 § yrkestrafiklagen). Vid prövningen av kravet på gott anseende ska beaktas sökandens vilja och förmåga att fullgöra sina skyldigheter mot det allmänna, laglydnad i övrigt och andra omständigheter av betydelse. Kravet på gott anseende anses inte uppfyllt av den som har dömts för bland annat allvarliga brott eller allvarliga eller upprepade överträdelse av bestämmelser om löne- och anställningsförhållanden i branschen (2 kap. 11 § yrkestrafiklagen). Om det i den yrkesmässiga trafiken eller i övrigt vid driften av trafikrörelse eller i annan näringsverksamhet som tillståndshavaren driver har förekommit allvarliga missförhållanden eller om annars förutsättningarna för tillstånd enligt 2 kap. 5 § inte längre föreligger, ska tillståndet återkallas av prövningsmyndigheten. Om missförhållandena inte är så allvarliga att

tillståndet bör återkallas, kan i stället varning meddelas. Ett tillstånd kan också återkallas, exempelvis om en tillståndshavare har dömts för allvarliga brott (inräknat ekonomiska brott) eller har dömts för allvarliga eller upprepade överträdelser av bland annat bestämmelser om löne- och anställningsförhållanden i branschen.

För att servera alkohol krävs serveringstillstånd (7 kap. 5 § alkohollagen, 1994:1738⁴). Även om det inte är en förutsättning för att driva en restaurangverksamhet att man har sådant tillstånd, så är det för många restauranger i realiteten en nödvändighet. Tillstånd får beviljas endast för den som kan visa att han eller hon med hänsyn till sina personliga och ekonomiska förhållanden och omständigheterna i övrigt är lämplig att utöva verksamheten (7 kap. 7 § alkohollagen). Vid tillståndsprövningen ska särskild hänsyn tas till om sökanden är laglydig och benägen att fullgöra sina skyldigheter mot det allmänna. Även här förekommer alltså en vandelsprövning. Om en restaurang drivs av en juridisk person, är det den juridiska personen som ska ansöka om tillstånd. Kommunen gör då dels en kontroll av att den juridiska personen inte har några anmärkningar, dels en kontroll av att de fysiska personer som har ett betydande inflytande i rörelsen, t.ex. verkställande direktör, ensam firmatecknare, styrelseledamöter, bolagsdelägare eller aktieägare med betydande aktieinnehav (ett riktmärke kan vara 25% av aktierna), uppfyller de ekonomiska och personliga förutsättningarna för tillstånd (Folkhälsoinstitutets Handbok Alkohollagen 2009, s. 66).

Enligt 7 kap. 19 § 5 alkohollagen ska kommunen återkalla ett serveringstillstånd, om tillståndshavaren tillåter brottslig verksamhet på serveringsstället. Om en restaurang således har anställt tredjelandsmedborgare som vistas här olagligt och det finns en lagakraftvunnen dom som styrker detta, torde brottsligheten utgöra grund för att återkalla tillståndet. Ett tillstånd ska också enligt p. 4 i samma paragraf återkallas, om de förutsättningar som gäller för meddelande av tillstånd enligt 7 och 8 §§ inte längre föreligger. Det innebär att kravet på personlig lämplighet kvarstår även efter det att tillstånd meddelats. Om brister konstateras, är bestämmelsen i 7 kap. 19 § fjärde punkten tillämplig. Detta gäller även om serveringen av alkoholdrycker har skötts i enlighet med lagen (Folkhälsoinstitutets Handbok Alkohollagen 2009, s. 66).

⁴ Regeringen har lämnat förslag till ny alkohollag, prop. 2009/10:125, men ärendet har bordlagts och det är enligt uppgift från Socialutskottet i nuläget osäkert vad som kommer att hända med förslaget.

Återkallande av specifika tillstånd för att driva viss verksamhet torde huvudsakligen bli aktuellt när näringsidkaren har drivit verksamheten i strid med de regler som gäller specifikt för verksamheten. I vissa fall kan återkallande komma i fråga även vid allvarlig annan brottslighet. För att ett tillstånd till viss näringsverksamhet ska kunna återkallas på grund av att en näringsidkare haft anställda som vistas här olovligen skulle det enligt vår bedömning rimligen krävas att det varit fråga om upprepade eller allvarliga fall, t.ex. att det varit fråga om många anställda och att anställningen pågått under en längre tid eller att arbetsförhållandena varit särskilt exploaterande.

Mot den nu beskrivna bakgrunden kan konstateras att möjligheterna att återkalla ett tillstånd att utöva viss näringsverksamhet på grund av att tillståndshavaren anställt tredjelandsmedborgare som vistas här olagligt är begränsade. Därtill är det, som redan framhållits, endast för vissa typer av verksamhet som det över huvud taget krävs näringstillstånd. Utrymmet för återkallelse av tillstånd på grund av brottslig verksamhet i form av anställning av tredjelandsmedborgare som vistas olagligt torde dock vara något större i en av de branscher där sådant enligt kommissionen är vanligast förekommande, nämligen hotell- och restaurangbranschen.

8.7.3 Näringsförbud

Huvudregeln i svensk rätt är alltså att det inte krävs tillstånd för att driva näring. I vissa fall då det är påkallat från allmän synpunkt att förhindra en person från att bedriva näringsverksamhet finns dock en möjlighet att meddela ett generellt förbud som förhindrar detta, s.k. näringsförbud.

Förutsättningarna för näringsförbud regleras i lagen (1986:436) om näringsförbud. Den bestämmelse som är mest relevant i detta sammanhang finns i 1 §. Näringsförbud ska enligt den paragrafen meddelas den som i egenskap av enskild näringsidkare grovt åsidosatt vad som ålegat honom eller henne i näringsverksamhet och därvid gjort sig skyldig till brottslighet som inte är ringa. Bestämmelsen innebär att det är obligatoriskt att meddela näringsförbud vid brott som inte är ringa, om det är påkallat från allmän synpunkt (prop. 1995/96:98 s. 22 f.).

Uttrycket brott täcker såväl ett som flera brott. Att brottet inte är ringa betyder i detta sammanhang att rekvisitet inte bör anses uppfyllt om bara böter ingår i straffskalan. Även om fängelse ingår i

straffskalan, bör ett enstaka brott i allmänhet inte anses uppfylla rekvisitet om den faktiska påföljden är böter. Vid upprepad brottslighet bör dock även brott mot straffstadganden som bara är sanktionerade med böter kunna sammantagna innebära brott som inte är ringa. Detsamma gäller om någon flera gånger dömts till böter för brott för vilka fängelse ingår i straffskalan (prop. 1985/86:126 s. 151).

Vad krävs för att en näringsidkare ska anses ha grovt åsidosatt vad som ålegat honom eller henne i näringsverksamhet? I bestämmelsens förarbeten anges att allvarlig ekonomisk brottslighet i verksamheten innebär ett sådant åsidosättande (a. prop. s. 153). Även brottslighet i verksamheten som föranleder en frihetsberövande påföljd bör normalt – om inte denna är helt kortvarig – bedömas som ett så kvalificerat åsidosättande. Brottslighet som traditionellt har uppfattats som något mindre allvarlig bör också kvalificeras som ett grovt åsidosättande, om den upprepats under lång tid eller vid ett flertal tillfällen. Vidare får i princip alla andra slag av åsidosättanden beaktas, och särskilt allvarligt är det om försummelserna skett systematiskt. Om näringsidkaren vid sidan av brottsligheten systematiskt har nonchalerat t.ex. förelägganden och förbud från myndigheter, arbetsrättsliga förpliktelser eller sådana som gäller arbetsmiljön, liksom klara åsidosättanden av civilrättsliga åligganden, kan kravet på grovt åsidosättande av åligganden i näringsverksamhet vara uppfyllt (a. prop. s. 153 f.).

Utöver i de fall som anges i 1 § får, enligt 1 a §, näringsförbud meddelas den som i egenskap av enskild näringsidkare grovt åsidosatt vad som ålegat honom eller henne i näringsverksamhet och därvid i avsevärd omfattning underlåtit att betala sådan skatt, tull eller avgift som omfattas av lagen (1978:880) om betalningssäkring för skatter, tullar och avgifter. Enligt 2 § får näringsförbud också meddelas den som försatts i konkurs och då var enskild näringsidkare, om han eller hon förfarit grovt otillbörligt mot sina borgenärer eller på annat sätt grovt åsidosatt vad som ålegat honom eller henne i näringsverksamhet. Slutligen får näringsförbud under vissa förutsättningar även meddelas, om en enskild näringsidkare har överträtt vissa konkurrensbestämmelser (2 a §).

Näringsförbud får meddelas endast om det är påkallat från allmän synpunkt (1–2 a §§). I förarbetena uttalas att ett näringsförbud inte är ett straff utan har till syfte att hindra oseriösa näringsidkare att driva näringsverksamhet. Det ska därför vara påkallat från allmän

synpunkt att en viss person hindras från att fortsätta att driva näringsverksamhet (prop. 1995/96:98 s. 23).

Vid prövningen av om näringsförbud är påkallat från allmän synpunkt ska det enligt 3 § särskilt beaktas om åsidosättandet varit systematiskt eller syftat till betydande vinning. Ett förbud kan enligt vad som uttalats i förarbetena vara mera påkallat för den näringsidkare som t.ex. under en längre tid inte betalar in några skatter eller avgifter med beräkningen att själv få vinning än för den som oförskyllt hamnar i ett trångt ekonomiskt läge (prop. 1985/86:126 s. 157). Domstolen ska vidare beakta om åsidosättandet medfört eller varit ägnat att medföra betydande skada. I första hand syftas här på ekonomiska skador för exempelvis borgenärer eller anställda, konkurrenter, konsumenter, avtalskontrahenter och andra, men även person- och saksador som har eller kunde ha uppkommit på grund av t.ex. bristfälligt arbetarskydd eller miljöbrott ska beaktas (a. prop. s. 157). Slutligen ska domstolen särskilt beakta om näringsidkaren tidigare dömts för brott i näringsverksamhet. Har han eller hon trots en sådan dom fortsatt med oegentligheter, är det mera befogat att meddela ett förbud än om han eller hon lagförs för första gången (a. prop. s. 157). I förarbetena betonas att näringsförbud är en mycket ingripande åtgärd som därför normalt bör tillgripas först om näringsidkaren har visat sig mer eller mindre immun mot andra sanktioner och påtryckningsmedel (prop. 1985/86:126 s. 155).

I 4 § finns bestämmelser som innebär att även andra än enskilda näringsidkare kan meddelas näringsförbud, om förutsättningarna enligt 1–3 §§ är uppfyllda. Om näringsverksamheten har bedrivits av en juridisk person, får därför näringsförbud meddelas en komplementär i ett kommanditbolag, en bolagsman i annat handelsbolag, en ledamot eller en suppleant i styrelsen samt verkställande direktör och vice verkställande direktör i ett aktiebolag eller försäkringsbolag, ledamot i styrelsen i bland annat ekonomisk förening, etc. En förutsättning är – såvitt här är av intresse – att personen i fråga har begått brottet i näringsverksamheten. Näringsförbud kan också meddelas den som i annan egenskap än som uttryckligen anges i lagen faktiskt har utövat ledningen av en näringsverksamhet eller utåt har framträtt som ansvarig för en enskild näringsverksamhet.

Näringsförbud ska meddelas för en viss tid som ska vara lägst tre och högst tio år (5 §). Förbudstiden bör bestämmas med utgångspunkt från omständigheterna i det enskilda fallet och från hur allvarlig överträdelsen är (prop. 1995/96:98 s. 26).

Ett näringsförbud innebär ett förbud mot att driva näringsverksamhet. Därtill är det förbjudet för en person med näringsförbud att inneha centrala positioner i juridiska personer, bland annat som firmatecknare för juridisk person, bolagsman i ett annat handelsbolag än kommanditbolag eller komplementär i ett kommanditbolag, ledamot eller suppleant i styrelsen för ett aktiebolag, handelsbolag eller en ekonomisk förening samt verkställande direktör eller vice verkställande direktör i t.ex. aktiebolag (6 §). Det finns vissa möjligheter att medge dispens från ett näringsförbud, t.ex. beträffande viss näringsverksamhet eller anställning. Den som bryter mot ett näringsförbud kan drabbas av fängelsestraff och förlängning av näringsförbudet.

I de fall talan om näringsförbud har samband med brott ska åklagare föra talan vid tingsrätt. När det gäller utredningen och förfarandet i sådana mål ska straffprocessuella regler gälla i tillämpliga delar (med undantag för regler om vissa tvångsmedel, t.ex. häktning). Domstolen får meddela tillfälligt näringsförbud, om det är uppenbart att grund för näringsförbud föreligger. Ett tillfälligt näringsförbud gäller för tiden till dess frågan om näringsförbud har avgjorts slutligt.

8.7.4 Överväganden

Bedömning: Det krävs inte några lagändringar för att tillgodose de krav som ställs upp i artikel 7.1 d.

Möjligheterna är enligt gällande rätt små att genom myndighetsbeslut stänga en inrättning i syfte att förhindra att en arbetsgivare bedriver en verksamhet där tredjelandsmedborgare som vistas olagligt här i landet används som arbetskraft. Om arbetsmiljön är undermålig, kan det dock finnas förutsättningar för Arbetsmiljöverket att ingripa med stöd av arbetsmiljölagen och meddela beslut om att stänga en verksamhetslokal. Grunden för ett sådant ingripande är dock andra förhållanden än att arbetsgivaren anlitat tredjelandsmedborgare som vistas här olovligt.

I artikeln används ordet "åtgärd", inte sanktion, vilket talar för att syftet med åtgärden inte nödvändigtvis är att bestraffa ett beteende. En åtgärd att stänga en inrättning medför i och för sig negativa konsekvenser för en arbetsgivare, men det primära syftet med

detta torde vara att förhindra fortsatta överträdelser, inte att straffa arbetsgivaren.

Det är möjligt att tillfälligt stänga en inrättning i syfte att utreda brott, även misstänkt brott enligt 20 kap. 5 § UtL (dvs. anställning av utlänning som inte har föreskrivet arbetstillstånd eller – enligt vårt förslag – som vistas här olovligen). En sådan straffprocessuell åtgärd är emellertid sannolikt inte en sådan åtgärd som avses i direktivet. Den har dock – under den tid den gäller – den faktiska effekten att den förhindrar att arbetsgivaren använder verksamhetslokalen för att fortsätta den olagliga verksamheten.

De möjligheter att tvångsvis stänga en inrättning som finns enligt gällande rätt motsvarar sannolikt inte fullt ut direktivets krav. Artikel 7.1 d är emellertid utformad så att åtgärden stängning av inrättningar som har använts för att begå överträdelser är alternativ till åtgärden att upphäva tillstånd att driva näringsverksamheten i fråga. Det måste alltså inte finnas möjlighet att besluta om båda-dera.

I avsnitt 8.7.2 ovan har vi dragit slutsatsen att det i vissa fall – om än begränsade – är möjligt att återkalla det tillstånd som behövs för att driva verksamheten. Så är exempelvis fallet när det gäller serveringstillstånd. Tillståndskrav för att utöva näringsverksamhet gäller dock endast undantagsvis. I de fall då näringstillstånd inte behövs är man i stället hänvisad till möjligheten att meddela näringsförbud. Sådant förbud får meddelas under vissa förutsättningar som vi redogjort närmare för i avsnitt 8.7.3.

Vår bedömning är att det, redan med stöd av de nuvarande bestämmelserna i lagen om näringsförbud, är möjligt att meddela näringsförbud mot en arbetsgivare som i sin tjänst haft utlänningar som inte har föreskrivet arbetstillstånd. De närmare förutsättningarna för detta är att näringsidkaren genom brottsligheten – som inte får vara att bedöma som ringa – grovt har åsidosatt vad som ålegat honom i näringsverksamhet. Ett näringsförbud måste dessutom vara påkallat från allmän synpunkt. Det är således endast i allvarliga fall av överträdelser av 20 kap. 5 § UtL som det kan vara aktuellt att tillgripa näringsförbud. En sådan situation skulle kunna vara när det är fråga om ett uppsåtligt brott där arbetsgivaren systematiskt eller i stor omfattning anlitar tredjelandsmedborgare som vistas här olagligt och där arbetsgivare dessutom underlåtit att betala skatt och sociala avgifter. Vi föreslår ändringar i 20 kap. 5 § UtL så att den bestämmelsen omfattar även anställning av utlänningar som vistas här utan föreskrivet tillstånd (se avsnitt 4.2.4). Näringsförbud kom-

mer därmed att kunna meddelas även mot en arbetsgivare som har överträtt anställningsförbudet i näringsverksamhet, om övriga förutsättningar är uppfyllda.

Med hänsyn till att näringsförbud är en mycket ingripande åtgärd är det inte, och bör det inte heller vara, möjligt att meddela sådant förbud annat än vid allvarliga åsidosättanden av de regler som gäller för näringsverksamheten. Sanktionsdirektivet föreskriver endast att åtgärderna enligt artikel 7 ska vidtas ”i lämpliga fall”. Vad som är lämpligt har medlemsstaterna getts frihet att själva avgöra. Enligt artikel 7.1 d ska dessutom de åtgärder som där anges endast användas ”om detta är berättigat med tanke på hur allvarlig överträdelsen är”. Det är därför förenligt med direktivet att även fortsättningsvis ställa höga krav för att näringsförbud ska få meddelas. Behov av lagändringar i detta hänseende föreligger därmed inte.

Åtgärderna i artikel 7 ska tillämpas mot ”arbetsgivare”. Enligt definitionen i artikel 2 e avses med arbetsgivare ”varje fysisk person eller rättssubjekt”, dvs. både fysiska och juridiska personer. I de fall en verksamhet drivs med stöd av ett näringsstillstånd är tillståndet normalt meddelat i den juridiska personens namn. Vid en återkallelse av tillståndet är det därmed den juridiska personen som drabbas av åtgärden. Näringsförbud kan däremot meddelas endast mot fysiska personer, inte mot juridiska. Det är dock inte enbart enskilda näringsidkare som kan bli föremål för näringsförbud. Om näringsverksamheten bedrivits av en juridisk person, får näringsförbud meddelas en person som haft en central position i den juridiska personen, om denne begått brott i näringsverksamheten. Näringsförbud får också meddelas mot den som inte har haft en sådan formell position i den juridiska personen men som faktiskt har utövat ledningen av en näringsverksamhet eller som utåt har framträtt som ansvarig för en enskild näringsverksamhet. En sådan fysisk person som får näringsförbud blir tvungen att lämna sin post i företaget. Den juridiska personen kan emellertid därefter formellt sett fortsätta sin affärsverksamhet.

Beslut om näringsförbud kan alltså formellt sett bara meddelas mot fysiska personer. Direktivet anger emellertid att även juridiska personer ska kunna drabbas av de åtgärder som anges i artikel 7. I de fall en näringsverksamhet inte är tillståndspliktig och en överträdelse av anställningsförbudet därmed inte kan beivras genom att tillståndet återkallas, finns inte någon åtgärd att vidta för att hindra en juridisk person från att fortsätta att driva näringsverksamheten. Det skulle dock inte vara meningsfullt att ändra reglerna så att det

skulle bli möjligt att föreskriva näringsförbud för en juridisk person. Om näringsförbud meddelas mot en juridisk person, kan verksamheten flyttas över till en annan juridisk person i stället och fortsätta där. Ett näringsförbud för en juridisk person skulle därmed vara enkelt att kringgå. Det är ett grundläggande drag hos institutet näringsförbud att det meddelas endast mot fysiska personer. Vi anser att det saknas tillräckliga skäl att göra en annan bedömning i de situationer som nu är för handen.

Även om näringsförbud formellt sett inte kan meddelas mot juridiska personer, torde dock ett näringsförbud för en styrelseledamot, verkställande direktör, bolagsman etc. i praktiken få stora konsekvenser även för den juridiska personen, särskilt om det är fråga om ett mindre företag. Vi anser mot denna bakgrund att nuvarande regler får anses vara tillräckliga för att uppfylla de krav som ställs i direktivets bestämmelse i artikel 7.1 d. Det kan nämnas att regeringen nyligen har gjort bedömningen att Sverige uppfyller ett motsvarande åtagande (att tillfälligt eller slutligt antingen stänga en inrättning som använts för att genomföra människohandel eller vägra gärningsmannen att bedriva sådan verksamhet inom vilken brottet förövats) enligt Europarådets konvention om bekämpande av människohandel (prop. 2009/10:152 s. 47).

Slutligen ska påpekas att de redovisade reglerna om näringsförbud förutsätter att brottsligheten sker inom ramen för en näringsverksamhet. Det innebär att, i de fall en fysisk person anställer en utlänning som vistas här utan att ha föreskrivet tillstånd och detta sker för privata syften, han eller hon inte träffas av dessa regler. Detta är emellertid inte något problem. Direktivet lämnar nämligen öppet för medlemsstaterna att undanta arbetsgivare som är fysiska personer, om arbetet sker för privata syften. Enligt vår bedömning finns det inte behov av att gå längre än vad direktivet kräver i detta hänseende.

8.8 Sammanfattande anmärkningar

Som nämndes inledningsvis ska de åtgärder som anges i artikel 7 finnas tillgängliga i den nationella lagstiftningen men de behöver inte tillämpas i varje enskilt fall. Vilka sanktioner och åtgärder som kommer att tillgripas mot en arbetsgivare beror således på hur allvarlig överträdelsen av anställningsförbudet är. För var och en av de ovan redovisade åtgärderna krävs, för att de ska kunna användas, att

arbetsgivaren eller, om denne är en juridisk person, någon anställd (dock endast under vissa förutsättningar) har begått ett sådant brott som avses i 20 kap. 5 § UtL. Eftersom fråntagande av offentliga stöd, bidrag och andra förmåner, liksom återbetalningsskyldighet för sådana förmåner, bara kan komma i fråga som en särskild rättsverkan när brott har konstaterats, hanteras de frågorna inom ramen för brottmålet. Detsamma gäller vanligen frågor om näringsförbud. Uteslutning från ett förfarande för offentlig upphandling kan dock beslutas av en upphandlande myndighet först sedan dom i brottmålet har vunnit laga kraft eller, om brott inte kan styrkas, sedan beslut om särskild avgift vunnit laga kraft.

Även i det fallet att arbetsgivaren är en juridisk person kan flera sanktioner och åtgärder aktualiseras på grund av att anställningsförbudet överträtts. Således kan, beroende på hur allvarlig överträdelsen är, särskild avgift åläggas den juridiska personen och, om brott som avses i 20 kap. 5 § UtL konstateras och förutsättningarna i 36 kap. 7 § brottsbalken är uppfyllda, företagsbot dömas ut. Om brott har begåtts, kan även de nya sanktionerna fråntagande av offentliga förmåner eller återbetalning av sådana förmåner bli aktuella. Därtill kan en juridisk person uteslutas från ett förfarande för offentlig upphandling, dels om enligt lagakraftvunnen dom en företrädare för den juridiska personen har gjort sig skyldig till brott som avses i 20 kap. 5 § UtL i yrkesutövningen, dels om den juridiska personen eller en företrädare för denna har påförts särskild avgift enligt 20 kap. 12 § UtL.

9 Underentreprenad

9.1 Direktivets bestämmelser

I detta kapitel behandlar vi frågan hur direktivets artikel 8 om visst ansvar för den som anlitar underentreprenörer ska genomföras i svensk rätt. I den artikeln föreskrivs följande.

Underentreprenad

1. Om arbetsgivaren är en underentreprenör ska medlemsstaterna, utan att det påverkar tillämpningen av bestämmelserna i nationell lagstiftning om rätten till bidrag eller regressrätt eller bestämmelserna i nationell lagstiftning på området för social trygghet, sörja för att den entreprenör till vilken arbetsgivaren är en direkt underentreprenör tillsammans med eller i stället för arbetsgivaren kan hållas ansvarig för att betala
 - a) finansiella sanktioner enligt artikel 5, och
 - b) efterhandsutbetalningar enligt artikel 6.1 a och 6.1 c och artikel 6.2 och 6.3.
2. Om arbetsgivaren är en underentreprenör ska medlemsstaterna säkerställa att huvudentreprenören och varje eventuell entreprenör i mellanledet, om de kände till att underentreprenören anställde tredjelandsmedborgare som vistas olagligt, kan hållas ansvariga för de betalningar som anges i punkt 1 tillsammans med eller i stället för den anställande underentreprenören eller den entreprenör till vilken arbetsgivaren är en direkt underentreprenör.
3. En entreprenör som har uppfyllt skyldigheten att vidta rimliga kontrollåtgärder enligt nationell lagstiftning ska inte hållas ansvarig enligt punkterna 1 och 2.
4. Medlemsstaterna får införa strängare ansvarsregler i nationell lagstiftning.

Enligt artikel 2 f avses med underentreprenör

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

Ansvar för den som anlitar underentreprenörer ska alltså gälla dels finansiella sanktioner enligt artikel 5, dels efterhandsbetalningar enligt artiklarna 6.1 a, 6.1 c, 6.2 och 6.3. Artikel 6.1 a gäller ansvar för inestående ersättning, artikel 6.1 c ansvar för kostnader för att skicka ersättningen till tredjelandsmedborgaren, artikel 6.2 möjlighet till verkställbar dom avseende inestående ersättning och artikel 6.3 presumtion för minst tre månaders anställningsförhållande.

I detta kapitel behandlar vi först två inledande frågor om vad som avses med underentreprenör (avsnitt 9.2) och var underentreprenörernas uppdragsgivare ska ha hemvist för att träffas av bestämmelserna i artikel 8 (avsnitt 9.3). Därefter utreder vi hur artikel 8.1 om ansvar för företag till vilka en arbetsgivare är en direkt underentreprenör bör genomföras i svensk rätt beträffande dels finansiella sanktioner, dels ansvar för inestående ersättning och kostnader för att skicka sådan ersättning (avsnitt 9.4). Sedan gör vi samma bedömning beträffande artikel 8.2 om ansvar för andra uppdragsgivare än de som avses i artikel 8.1 (avsnitt 9.5). Slutligen behandlar vi frågan hur artikel 8.3 om ansvarsfrihet för uppdragsgivare som vidtagit rimliga kontrollåtgärder ska genomföras i svensk rätt (avsnitt 9.6).

9.2 Vad avses med underentreprenör?

Bedömning: I direktivet avses med underentreprenör den som anlitas av någon som ska genomföra ett entreprenadavtal eller underentreprenadavtal för att genomföra avtalet.

Inledning

Artikel 8 avser ansvar för den som anlitar en underentreprenör. En rimlig utgångspunkt skulle kunna vara att underentreprenörer anlitas för att utföra entreprenadarbete. Det är emellertid möjligt att underentreprenör är en missvisande term. Begreppet motsvaras i direktivets engelska lydelse av "subcontractor". Denna engelska term förekommer i många EU-rättsakter och motsvaras då ofta i rättsaktens svenska lydelse av termen underleverantör. Trots att ansvaret enligt direktivets svenska lydelse gäller för den som anlitar underentreprenörer är det alltså inte givet att ansvaret gäller i situationer som

med svenskt synsätt är entreprenadförhållanden. Det är därför nödvändigt att göra en mera ingående tolkning av begreppet.

EU-domstolen har i olika domar redogjort för de principer enligt vilka EU-rättsliga bestämmelser ska tolkas (se exempelvis domen den 6 oktober 1982 i mål 283/81, CILFIT, REG 1982, s. 3415). Helt kort kan följande utgångspunkter nämnas. Eftersom de olika språkversionerna är lika giltiga måste versionerna jämföras när en EU-rättslig bestämmelse ska tolkas. I unionsrätten används en egen, särskild terminologi. Juridiska begrepp behöver därför inte nödvändigtvis ha samma betydelse i unionsrätten som i de olika medlemsstaternas rättsordningar. Unionsrätten ska därför tolkas autonomt i förhållande till nationell rätt i medlemsstaterna. Vid tolkning av unionsrättsliga bestämmelser måste dessa placeras och tolkas i sitt sammanhang i enlighet med den allmänna systematiken och syftet med den lagstiftning som bestämmelsen är en del av.

Eftersom en central fråga som definitionen ger upphov till är om det är entreprenadförhållanden som avses, ska vi innan vi går in på tolkningen av underentreprenörsbegreppet behandla frågan vad som avses med entreprenad i svensk rätt. Vi ska också göra några korta påpekanden om ansvar i några andra medlemsstater och Norge för den som anlitar underentreprenörer.

Svenska regler beträffande entreprenadförhållanden

Begreppen huvud- och underentreprenör leder tankarna i första hand till bygg- och anläggningsarbeten. Entreprenader förekommer emellertid även i andra sektorer. Företag kan lägga ut så skilda uppdrag som IT-support och städning på entreprenad, och kommuner kan låta exempelvis hemtjänst och barnomsorg utföras på entreprenad.

I svensk rätt finns inte några särskilda bestämmelser som reglerar förhållandet mellan en uppdragsgivare och en underentreprenör och inte heller några författningar där begreppen entreprenad och underentreprenör definieras. Entreprenadbegreppet har emellertid diskuterats i olika sammanhang.

I 38–40 §§ lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet (medbestämmandelagen) finns bestämmelser om arbetstagarinflytande när en arbetsgivare beslutar att låta någon utföra arbete för hans räkning eller i hans verksamhet utan att denne ska vara arbetstagare hos honom. De viktigaste fallen när dessa regler är tillämp-

liga är när arbetsgivaren vill lägga ut arbete på entreprenad och när han vill hyra eller låna in arbetskraft från någon annan arbetsgivare. Reglerna omfattar dels en förhandlingsskyldighet (38 §), dels en facklig vetorätt i vissa fall mot den tilltänkta åtgärden (39–40 §§).

I bestämmelsernas förarbeten uttalas att för att arbete för arbetsgivarens räkning ska anses föreligga så krävs bland annat att det är arbete, och inte enbart en genom arbete framställd produkt, som är det väsentliga i förhållandet mellan arbetsgivaren och den som ska utföra arbetet (prop. 1975/76:105 bilaga 1 s. 395).

Beträffande entreprenadfallet har i litteraturen förklarats att legotillverkning av delar av ett företags produkter inte anses utgöra arbete för det företags räkning. Där har också anförts att bestämmelserna inte är tillämpliga när det rör sig om en prestation som enligt 2 § köplagen är att betrakta som köp av lös egendom. Där har vidare uttalats att gränsdragningen blir mer osäker, om det rör sig om enbart en bearbetning av en produkt som en arbetsgivare tillhandahåller eller om arbetet till sin natur är sådant att det personliga arbetsmomentet är det klart dominerande, t.ex. beställning av en marknadsundersökning eller en reklambroschyr (Bergqvist m.fl. s. 390).

Arbetsdomstolen förefaller inte ha uttalat sig i frågan om gränsdragningen mellan legoarbeten och entreprenad. I AD 1980 nr 112, som gällde bland annat frågan om en arbetsgivare åsidosatt sin förhandlingsskyldighet enligt 38 § medbestämmandelagen, var parterna visserligen oeniga i frågan om vissa avtal avsett legoarbete eller entreprenad, men Arbetsdomstolen behövde aldrig gå in på den frågan.

En annan gränsdragning som är av intresse är den mellan inhyrning av arbetskraft och entreprenad. I lagen (1993:440) om privat arbetsförmedling och uthyrning av arbetskraft finns bestämmelser om uthyrning av arbetskraft. Enligt lagens 2 § avses med uthyrning av arbetskraft ett rättsförhållande mellan en beställare och en arbetsgivare som innebär att arbetsgivaren mot ersättning ställer arbetstagare till beställarens förfogande för att utföra arbete som hör till beställarens verksamhet. I såväl förarbeten till den aktuella lagen och till dess föregångare som rättspraxis har konstaterats att det inte är möjligt att dra en tydlig gräns mellan uthyrning och entreprenad (se exempelvis prop. 1970:166 s. 21 ff. och 1990/91:124 s. 12 f. och 18 ff. samt NJA 1973 s. 562 och 1989 s. 629). I dessa två domar uttalade Högsta domstolen att reglerna i lagen (1935:113) med vissa bestämmelser om arbetsförmedling – vilken lag föregick den ovan-

nämnda lagen från 1993 – innebar ett förbud mot att skapa ett rättsförhållande mellan en beställare och en uppdragstagare som gick ut på att den senare skulle ställa arbetskraft till förfogande för beställaren, s.k. uthyrning av arbetskraft. Enligt Högsta domstolen var det inte meningen att förbjuda rättsförhållanden av innebörd att någon åtog sig att med hos honom anställd arbetskraft å annan åstadkomma ett visst arbetsresultat. Högsta domstolen förklarade att bestämmelsen med andra ord inte avsåg att förhindra vad som åtminstone i fråga om större arbeten betecknas som entreprenad-avtal.

I ovan redovisade lagförarbeten och rättspraxis har uttalats att bedömningen av om en viss verksamhet utgör uthyrning av arbetskraft eller entreprenad ska ske med beaktande av samtliga faktorer. Omständigheter som talar för att entreprenad föreligger är att arbetsgivaren utövar den faktiska arbetsledningen, avgör arbetsstyrkans storlek och sammansättning och kontrollerar arbetstid. Karakteristiskt för ett entreprenadavtal är vidare att det avser fullgörandet av en bestämd arbetsuppgift som redan från början är klart avgränsad och att arbetsuppgiften skiljer sig från vad beställaren sysselsätter sin ordinarie arbetsstyrka med. En annan omständighet som talar för att det är fråga om entreprenad är att det är uppdragstagaren som håller med material, maskiner och verktyg.

Även i mervärdesskattelagen finns bestämmelser som avser främst entreprenadförhållanden, nämligen bestämmelser om s.k. omvänd skattskyldighet när byggföretag anlitar underentreprenörer eller byggnadsarbetare från bemanningsföretag. Denna omvända skattskyldighet för mervärdesskatt infördes genom lagen (2006:1031) om ändring i mervärdesskattelagen. I den proposition som låg till grund för den redovisade lagstiftningen redogjordes för olika entreprenadformer i bygg- och anläggningsbranschen (prop. 2005/06:130 s. 16). Eftersom vi längre fram ställs inför frågan hur de olika parterna vid entreprenader ska benämnas kan följande från den redogörelsen nämnas. Byggherre är den som för egen räkning utför eller låter utföra byggnads-, rivnings- eller markarbeten. En byggherre kan anlita en eller flera entreprenörer för att utföra arbetena. Om byggherren anlitar flera entreprenörer, är det fråga om en delad entreprenad där alla entreprenörer verkar på uppdrag av byggherren. Byggherren har vid delad entreprenad ett ansvar för att samordna och leda verksamheten på byggplatsen. Ibland ger byggherren en av entreprenörerna i uppdrag att sköta samordningen av de övriga entreprenörerna (s.k. underentreprenörer). Den entreprenören

brukar då kallas huvudentreprenör. Generalentreprenad innebär att byggherren bara har avtal med en enda entreprenör och att denne i sin tur avtalar med övriga entreprenörer (s.k. underentreprenörer).

Ansvar för avtalsparts förpliktelser i några andra länder

I bland annat Norge, Finland, Spanien, Tyskland och Italien finns bestämmelser om visst ansvar för den som anlitar underentreprenörer eller underleverantörer.

I Norge infördes den 1 september 2009 för uppdragsgivare som lägger ut arbete på entreprenad eller hyr in arbetskraft ett solidariskt ansvar för betalning av lön och övertidsersättning enligt föreskrifter om allmängiltighet och intjänad semesterersättning till underleverantörernas anställda. Varje högre led i kedjan av uppdragsgivare eller leverantörer har ansvar för alla underliggande nivåer (Evju s. 6). Reglerna finns i 13 § allmenngjøringsloven. I denna paragrafs första stycke föreskrivs att

leverandører og underleverandører som setter ut arbeid eller leier inn arbeidstakere, hefter på samme måte som en selvskyldnerkausjonist for utbetaling av lønn og overtidsbetaling etter allmenngjøringsforskrifter og opptjente feriepenger ... til arbeidstakere ansatt hos virksomhetenes underleverandører.

I bestämmelsens förarbeten (Ot.prp. nr 88 [2008–2009]) diskuteras inte närmare vad som avses med ”leverandører” och ”underleverandører” och inte heller vad som menas med att de ”setter ud arbeid”.

I Finland föreskrivs i 73 § i utlänningslagen (30.4.2004/301) vissa skyldigheter för arbetsgivare, bland annat att försäkra sig om att utläningar som anställs eller är anställda har ett sådant uppehållstillstånd som krävs eller att de inte behöver något uppehållstillstånd. I 74 § föreskrivs att, när arbetstagare som är anställda hos en utländsk arbetsgivare arbetar i entreprenad- eller underentreprenad-arbete eller som hyrd arbetskraft, arbetsgivarens skyldigheter enligt 73 § tillämpas på den i Finland verksamma huvudentreprenören eller den som huvudsakligen låter utföra arbetet. I dessa bestämmelser förklaras inte vad som avses med entreprenad- eller underentreprenadarbete. Frågan berörs inte heller i den proposition som låg till grund för lagen (regeringens proposition RP 28/2003).

Finska bestämmelser om ansvar för den som anlitar underentreprenörer finns också i lagen om beställares utredningsskyl-

dighet och ansvar vid anlitan­de av utomstående arbetskraft (22.12.2006/1233). Den lagen är tillämplig på bland annat beställare i vars arbetslokaler eller på vars arbets­ställen i Finland sådana arbets­tagare arbetar som är anställda hos en arbetsgivare som har ingått underleverantörsavtal med beställaren och vars arbetsuppgifter an­knyter till sådana arbetsuppgifter som normalt utförs i beställarens verksamhet eller transporter som anknyter till beställarens normala verksamhet. Med beställare avses främst näringsidkare.

Som exempel på tjänster som inte anknyter till den egentliga verksamheten anges i lagens förarbeten (regeringens proposition RP 114/2006 s. 21) anskaffning från underleverantörer av advokat-, utbildnings-, reklambyrå- catering- och bevakningstjänster. I propositionen anförs att utgångspunkten vid bedömningen av om vissa uppgifter anknyter till den egentliga verksamheten är att den egentliga verksamheten skulle störas utan arbetsprestationerna och att uppgifterna har en så nära anknytning till den egentliga verksamheten att de bildar en helhet eller en servicekedja i beställarens verksamhet. I propositionen förklaras vidare att, i samband med byggande eller underhåll av en byggnad, städning utgör en uppgift som anknyter till byggandet. Även andra städ­uppgifter kan anses anknyta till de uppgifter som annars normalt utförs i det beställande företaget eftersom arbetsutrymmen alltid måste städas. När det gäller transporter uttalas att, om ett företag i sin verksamhet har eller har haft en bil för varutransporter som körs eller kördes av egna arbetstagare, det är fråga om transporter som anknyter till verksamheten när utomstående transportörer anlitas för transporttjänsterna.

I den nämnda finska lagen definieras underleverantörsavtal som ett avtal mellan beställaren och dennes avtalspart om att ett visst arbetsresultat ska presteras mot vederlag. I lagens förarbeten (a. proposition s. 23) anges att i praktiken kallas verksamhet som baserar sig på ett sådant avtal vanligen för underleverans eller underentreprenad.

Beställare som omfattas av lagen är skyldiga att göra vissa kontroller beträffande sina underleverantörer. Om beställaren inte gör dessa kontroller, får han eller hon betala en straffavgift.

I finsk rätt föreskrivs inte någon skyldighet för den som anlitar underentreprenörer att under vissa förutsättningar ansvara för lön till underentreprenörens anställda. Ett sådant ansvar finns emeller-

tid i Spanien.¹ Där föreskrivs nämligen att arbetsgivare som ingår avtal med andra företag om att de senare ska utföra arbeten eller tillhandahålla tjänster ansvarar solidariskt med dessa för deras anställdas löner. En förutsättning är dock att de arbeten och tjänster som avtalet avser motsvarar den verksamhet som arbetsgivaren bedriver.

I Tyskland föreskrivs att entreprenörer som uppdrar åt andra företag att utföra arbete eller tillhandahålla tjänster svarar tillsammans med uppdragstagaren för dennes skyldighet att betala minimilön enligt allmängiltigförklarade kollektivavtal till de anställda.²

Även i Italien föreskrivs en skyldighet för entreprenörer som anlitar underentreprenörer och tjänsteleverantörer att ansvara för löner till underentreprenörernas och leverantörernas anställda.³

Överväganden

I artikel 2 f definieras underentreprenör alltså som varje fysisk person eller rättssubjekt, till vilka genomförandet av samtliga eller delar av de skyldigheter som fastställs i ett tidigare kontrakt delegerats. Denna definition förefaller täcka in även personer som enligt svenskt synsätt inte är underentreprenörer eller underleverantörer. Exempelvis skulle vid avtal om köp av en soffa för hemleverans en transportör som säljaren anlitar för leveransen omfattas av definitionen. Ett annat exempel är att en fastighetsägare i ett hyreskontrakt åtar sig att renovera lokalerna före tillträdet. Ett byggföretag som anlitas för arbetena skulle kunna anses som underentreprenör enligt direktivets definition.

Kontraktsbegreppets och underentreprenörsbegreppets betydelse diskuterades vid ett av de möten som kommissionens kontaktkommitté har anordnat och som vi har deltagit i. De deltagande kommissionstjänstemännen kunde inte bidra till att klargöra vad för slags kontrakt som avses. Representanterna för den spanska och den finska regeringen anförde emellertid att kontrakten ska avse tjänster, inte varor, och att det ska vara fråga om sådana tjänster som uppdragsgivaren själv tillhandahåller i sin verksamhet. Dessa ståndpunkter motsades inte av kommissionens tjänstemän.

¹ Artikel 42 i Estatuto de los Trabajadores (lagen om arbetstagare), antagen genom kungligt lagstiftningsdekret nr 1/1995 den 24 mars 1995 (BOE nr 75, den 29 mars 1995, s. 9654).

² 15 § i Arbeitnehmer-Entsendegesetz (lagen om utstationering av arbetstagare).

³ Artikel 29 i lagdekret nr 276/2003.

En fråga som uppkommer är alltså vad som avses med kontrakt: om det är vilket kontrakt som helst eller kontrakt i en mer begränsad betydelse. Eftersom termen underentreprenör används i direktivets svenska lydelse, kan man ställa sig frågan om de kontrakt som avses trots allt är entreprenadavtal.

I direktivets engelska lydelse motsvaras kontrakt av "contract", i den franska av "contrat" och i den tyska av "Vertrag". Enligt beskrivningar i engelska, franska och tyska juridiska och allmänna ordböcker har dessa ord i stort samma betydelse som svenskans kontrakt. I EU:s rättsakter används begreppen också i den allmänna betydelsen. Enbart en tolkning av ordet kontrakt leder alltså inte till att det är entreprenadavtal som avses. Enligt svensk-engelska och svensk-franska ordböcker kan dock "contract" respektive "contrat" i vissa sammanhang betyda entreprenad och entreprenadkontrakt.

Begreppet underentreprenör motsvaras i direktivets engelska lydelse av "subcontractor", i dess danska lydelse av "underkontrahent", i dess franska av "sous-traitant" och i dess tyska av "Unterauftragnehmer". De engelska, franska och tyska begreppen förekommer i regel inte i juridiska ordböcker från de respektive länderna men förklaras däremot i allmänna ordböcker. Begreppen ges då i regel en betydelse som motsvarar svenskans underentreprenör och som inte innefattar underleverantör. I EU:s rättsakter motsvaras begreppen emellertid i regel av "underleverantör" och kan då också innefatta varuleverantörer.⁴

Enligt definitionen ska det vara fråga om "delegering av skyldigheter enligt ett tidigare kontrakt". Företag som köper varor från leverantörer delegerar inte skyldigheter enligt tidigare kontrakt till leverantören, vare sig varorna kommer från leverantörens standard-sortiment eller legotillverkas särskilt för beställaren. Detsamma gäller företags köp av tjänster i många situationer, t.ex. företags inköp av tjänster avseende underhåll, städning, IT-support och PR. "Delegering av skyldigheter enligt tidigare kontrakt" kan enligt vår uppfattning främst anses ske när entreprenadavtal genomförs.

⁴ I exempelvis Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/81/EG av den 13 juli 2009 om samordning av förfarandena vid tilldelning av vissa kontrakt för byggentreprenader, varor och tjänster av upphandlande myndigheter och enheter på försvars- och säkerhetsområdet om ändring av direktiven 2004/17/EG och 2004/18/EG motsvaras "subcontract" av underleverantörskontrakt. I artikel 1.22 i det direktivet definieras underleverantörskontrakt som ett skriftligt kontrakt med ekonomiska villkor som slutits mellan en anbudsgivare som valts ut för ett kontrakt och en eller flera ekonomiska aktörer, och som avser utförande av byggentreprenad, leverans av varor eller tillhandahållande av tjänster enligt kontraktet.

Den part som ”delegerar skyldigheter benämns i artikel 8.1 entreprenör (”contractor”, ”entrepreneur”, ”Auftragnehmer”) och den till vilken skyldigheterna delegeras underentreprenör (subcontractor, sous-traitant, Unterauftragnehmer). I exemplen ovan med soffförsäljning och renovering av hyrd lokal känns det främmande att anse parterna som entreprenör respektive underentreprenör. Vi anser därför att uppdragsgivaren i sådana fall inte träffas av bestämmelserna i artikel 8.

Mot bakgrund av övervägandena ovan anser vi att ansvaret enligt artikel 8 gäller endast för den som anlitar någon annan för att genomföra ett entreprenadavtal. Med underentreprenör avses alltså i direktivet den som anlitas av någon som ska genomföra ett entreprenadavtal eller underentreprenadavtal för att genomföra avtalet, helt eller till vissa delar.

När det gäller den lagtekniska lösningen bör det inte med direktivets terminologi föreskrivas ett ansvar för företag som delegerar skyldigheter enligt ett tidigare kontrakt. Bestämmelsen bör genomföras genom en bestämmelse som är så klar som möjligt för dem som den riktar sig till utifrån vår tolkning av direktivets bestämmelse. Enligt vår uppfattning bör ansvaret enligt de bestämmelser genom vilka artikel 8 genomförs i svensk rätt uttryckas som ett ansvar för den som anlitar underentreprenörer för att genomföra ett entreprenad- eller underentreprenadavtal. Denna lösning har visserligen den svagheten att entreprenad- och underentreprenörsbegreppen inte är definierade i svensk rätt. Det är emellertid inte möjligt att i lagtext ge en korrekt och heltäckande beskrivning av vad som anses utgöra en entreprenad och vem som anses vara underentreprenör. Denna bedömning måste göras med beaktande av samtliga omständigheter i det enskilda fallet och får ytterst ankomma på rättstillämparen.

9.3 Var ska en uppdragsgivare ha hemvist för att träffas av bestämmelserna i artikel 8?

Bedömning: En medlemsstats skyldigheter enligt artikel 8 omfattar såväl uppdragsgivare med hemvist i medlemsstaten som uppdragsgivare med hemvist i ett annat land. Det är den medlemsstat där en tredjelandsmedborgare vistas olagligt som ska

uppfylla skyldigheterna enligt artikel 8 beträffande uppdragsgivare åt tredjelandsmedborgarens arbetsgivare.
--

Vi har i kapitel 4 konstaterat att direktivets förbud mot anställning av tredjelandsmedborgare som vistas olagligt är tillämpligt även vid gränsöverskridande situationer. En medlemsstat ska nämligen tillämpa direktivets förbud på såväl inhemska som utländska arbetsgivare med anställda tredjelandsmedborgare som vistas olagligt i medlemsstaten. Även vid underentreprenader kan det förekomma gränsöverskridande fall, eftersom en tredjelandsmedborgare som är anställd hos en underentreprenör kan vistas olagligt och utföra arbete i ett annat land än det där uppdragsgivaren har sitt hemvist. Vidare kan underentreprenören och uppdragsgivaren ha hemvist i olika länder.

Den gränsöverskridande aspekten berörs inte i skälen i direktivet. Uppdragsgivare med hemvist i annat land än det där tredjelandsmedborgaren vistas olagligt omfattas emellertid av artikel 8 enligt dess ordalydelse. Syftet med bestämmelserna talar också för att de bör tillämpas inte endast när uppdragsgivaren har hemvist i det land där tredjelandsmedborgaren vistas olagligt. Mot denna bakgrund anser vi att artikel 8 omfattar även uppdragsgivare med hemvist i ett annat land än det där tredjelandsmedborgaren vistas olagligt.

Eftersom ansvaret enligt artikel 8 omfattar även uppdragsgivare i tredje land måste det vara den medlemsstat där den anställda tredjelandsmedborgaren vistas olagligt som ska genomföra artikel 8 beträffande arbetsgivarens uppdragsgivare. Detta är även beträffande uppdragsgivare med hemvist i en annan EU-stat den mest rimliga lösningen. En grundläggande förutsättning för att ansvar ska komma i fråga för en uppdragsgivare är att en underentreprenör haft en olovligt vistades tredjelandsmedborgare i sin tjänst och därför är skyldig att betala en finansiell avgift och eventuell inestående ersättning till de anställda. Underentreprenörens ansvar prövas enligt rätten i det land där den anställda tredjelandsmedborgaren vistas olagligt. Den finansiella sanktionen bör ådömas underentreprenören och uppdragsgivaren av myndigheterna i en och samma medlemsstat enligt reglerna i den medlemsstaten. Arbetstagarens ersättningskrav bör prövas enligt en och samma medlemsstats regler, oavsett om kraven riktas mot arbetsgivaren eller mot dennes uppdragsgivare.

9.4 Artikel 8.1

9.4.1 Genomförande av artikel 8.1 a

Förslag: En uppdragsgivare som anlitar en underentreprenör för att genomföra ett entreprenadavtal och som inte gjort rimliga kontroller ska betala en särskild avgift motsvarande den i 20 kap. 12 § UtlL, om underentreprenören utför underentreprenaden med anställda tredjelandsmedborgare som vistas här utan föreskrivet tillstånd.

Enligt artikel 8.1 a i direktivet ska den som anlitar en underentreprenör med anställda tredjelandsmedborgare som vistas olagligt ansvara för betalning av bland annat den finansiella sanktionen tillsammans med eller i stället för arbetsgivaren. Vi har i kapitel 6 föreslagit att artikel 5 om finansiella sanktioner ska genomföras genom den särskilda avgift som föreskrivs i 20 kap. 12 § UtlL. Det är alltså denna avgift som de aktuella uppdragsgivarna ska betala.

I artikel 8.1 anges inte uttryckligen att uppdragsgivarens ansvar förutsätter att den olagligt vistades tredjelandsmedborgaren ska ha arbetat inom den underentreprenad som utförs åt uppdragsgivaren, men bestämmelsen bygger enligt vår uppfattning på denna förutsättning.

Enligt artikel 8.1 ska de aktuella uppdragsgivarna ansvara för betalning av den finansiella sanktionen ”tillsammans med eller i stället för arbetsgivaren”. Skälet till att den särskilda avgiften infördes var att de förhållandevis lindriga straff som dömdes ut för brott enligt 20 kap. 5 § UtlL i förening med låg upptäcktsrisk hade gjort att påföljderna vid överträdelse av straffbestämmelsen tedde sig föga kännbara (prop. 1981/82:146 s. 49 ff). Arbetsgivarens agerande är inte mindre straffvärt när denne är underentreprenör. Den som anlitar en underentreprenör bör därför inte betala den särskilda avgiften i stället för arbetsgivaren. Inte heller bör uppdragsgivaren och underentreprenören betala den särskilda avgiften tillsammans. Enligt artikel 8.3, som vi behandlar i avsnitt 9.6, ska uppdragsgivare som gjort rimliga kontroller inte ha något ansvar enligt de aktuella bestämmelserna. Artikel 8 bygger alltså på att den som anlitar en underentreprenör ska, genom rimliga kontrollåtgärder, se till att underentreprenören inte utför arbetena med anställda som vistas olagligt. Om uppdragsgivaren inte har gjort detta, bör denne själv betala en särskild avgift.

Den möjlighet att efterge eller sätta ned avgiften som finns i förhållande till arbetsgivaren bör också finnas beträffande arbetsgivarens uppdragsgivare.

9.4.2 Genomförande av artikel 8.1 b med avseende på inestående ersättning

Förslag: För uppdragsgivare som anlitar en underentreprenör för att genomföra ett entreprenadavtal och som inte gjort rimliga kontroller införs ett solidariskt ansvar för lön och annan ersättning till olagligt vistantes anställda hos underentreprenören som arbetar inom underentreprenaden. Presumtionen för att den mellan arbetstagaren och arbetsgivaren överenskomna ersättningen motsvarar ersättningen enligt ett tillämbart kollektivavtal eller praxis inom yrket ska gälla även när arbetstagaren riktar sitt krav på inestående ersättning till arbetsgivarens uppdragsgivare. En regressrätt mot underentreprenören för en uppdragsgivare som infriat sitt ansvar slås fast i lag.

Uppdragsgivarens ansvar

Enligt artikel 8.1 b i direktivet jämförd med artikel 6.1 a ska den som anlitar en underentreprenör med anställda tredjelandsmedborgare som vistas olagligt vidare ansvara för de aktuella arbetstagarnas inestående ersättning tillsammans med eller i stället för arbetsgivaren. I kapitel 7.4 har vi föreslagit att arbetsgivarens ansvar för sådan ersättning ska slås fast i lag.

Av betydelse för bedömningen av hur artikel 8.1 ska genomföras är artikel 8.3. Enligt denna bestämmelse ska det aktuella ansvaret för uppdragsgivare åt underentreprenörer med olagligt vistantes anställda gälla endast för uppdragsgivare som inte vidtagit rimliga kontrollåtgärder. Ansvaret bygger alltså på att uppdragsgivaren varit i vart fall oaktsam när han anlitar underentreprenören.

När det gäller uppdragsgivarens ansvar "tillsammans med eller i stället för" arbetsgivaren för inestående ersättning och kostnader för att skicka ersättningen anser vi att den aktuella bestämmelsen ska genomföras på det sättet att arbetsgivaren kvarstår som huvudgäldenär beträffande arbetstagarens fordran på ersättning. Uppdragsgivaren ska alltså inte betala inestående ersättning i stället för

arbetsgivaren. Den fråga som då uppkommer är om uppdragsgivarens ansvar för inestående ersättning ska vara primärt eller subsidiärt. Om ansvaret är primärt, kan arbetstagaren vända sig direkt till arbetsgivarens uppdragsgivare. Om ansvaret däremot är subsidiärt, kan arbetstagaren rikta sitt krav mot uppdragsgivaren först sedan det visat sig att arbetsgivaren inte kan fullgöra sin förpliktelse.

Enligt vår uppfattning är det tveksamt om uppdragsgivaren vid ett subsidiärt ansvar skulle kunna anses svara för arbetsgivarens inestående ersättning tillsammans med arbetsgivaren i den mening som avses i artikel 8.1. Till detta kommer att det vid sådant ansvar för uppdragsgivaren skulle ta mycket lång tid innan arbetstagaren skulle kunna rikta några krav mot denne. För att kunna göra detta skulle arbetstagaren behöva dels en exekutionstitel mot arbetsgivaren avseende sin inestående ersättning, dels ett bevis från Kronofogden på att arbetsgivaren inte kan betala. En sådan lösning är olämplig med hänsyn till de aktuella arbetstagarnas situation. Vi anser därför att artikel 8.1 i fråga om inestående ersättning bör genomföras genom ett primärt ansvar för arbetsgivarens uppdragsgivare. Arbetsgivaren och uppdragsgivaren ska alltså svara solidariskt för arbetstagarens inestående ersättning.

Även i denna del ska uppdragsgivaren ha ett ansvar endast i den mån som den olagligt vistanades tredjelandsmedborgaren har arbetat i underentreprenadsarbeten inom uppdragsgivarens entreprenad.

I artikel 6.1 a finns också bestämmelsen om presumtion för viss överenskommen ersättning. I avsnitt 7.5 har vi föreslagit att denna bestämmelse ska genomföras i svensk rätt genom en regel om att den mellan arbetstagaren och arbetsgivaren överenskomna ersättningen ska antas var den ersättning som följer av ett tillämpligt kollektivavtal eller praxis inom yrket. Denna presumtion ska gälla även när arbetstagaren riktar sitt krav på inestående ersättning till arbetsgivarens uppdragsgivare.

Även om frågan inte är av betydelse för genomförandet av direktivet, vill vi påpeka att en uppdragsgivare som betalar ut lön till anställda hos en underentreprenör kan bli skyldig att betala arbetsgivaravgifter på ersättningen. Enligt 2 kap. 1 § socialavgiftslagen (2000:980) ska nämligen den som utger avgiftspliktig ersättning betala arbetsgivaravgifter. Lön och andra ersättningar är avgiftspliktiga (2 kap. 10 §). Det uppställs inte något krav på att den som tar emot ersättningen ska ha utfört arbetet för utbetalarens räkning. Kravet är endast att ersättningen är avgiftspliktig, dvs. att det är fråga om lön eller annan ersättning.

Regeringsrätten prövade i RÅ 2002 not 41 om en bank som genom en bankgaranti – en proprieborgen – hade åtagit sig att betala ut lön till en arbetsgivares f.d. anställda var skyldig att göra skatteavdrag på det belopp som utbetalats enligt garantin. I målet tillämpades den redan vid den tiden upphävda uppbördslagen (1953:272)(UBL). Av 3 § 2 mom. första stycket UBL framgick att en inkomsttagare som tilldelats en A-skattesedel var skyldig att erlagga preliminär A-skatt för erhållen ersättning för arbete. Enligt 2 § 2 mom. UBL avsågs med arbetsgivare bl.a. den som betalat ut ersättning för vilken mottagaren enligt bestämmelserna i 3 § 2 mom. första stycket skulle betala preliminär A-skatt. Enligt 39 § 1 mom. första stycket UBL skulle den som betalade ut ersättning för arbete göra avdrag för betalning av mottagarens preliminära A-skatt. Enligt Regeringsrätten var det avgörande för bedömningen vad ersättningen utgjorde i mottagarens hand. Eftersom löneutbetalningarna för den anställda utgjorde ersättning för arbete och eftersom banken inte förmedlat utbetalningarna utan faktiskt betalat ersättningen hade banken varit skyldig att göra avdrag för preliminär skatt vid löneutbetalningen.

Regeringsrätten prövade inte om banken varit skyldig att betala arbetsgivaravgifter. Grunden för målet var ett förhandsbesked, och ett sådant besked kunde inte lämnas i frågan om ett belopp var avgiftsgrundande. Enligt kommentaren tills socialavgiftslagen (Carlsson m.fl. s. NSAL 2:5) skulle ersättningen blivit underlag för avgifter enligt nu gällande regler.

Enligt vår uppfattning ska en uppdragsgivare som betalar lön till anställda hos en underentreprenör med stöd av de bestämmelser genom vilka artikel 8.1 genomförs betala arbetsgivaravgifter på ersättningen.

Regressrätt

En uppdragsgivare ska alltså ansvara för innestående ersättning till underentreprenörers anställda när dessa arbetar inom underentreprenaden fastän de saknat rätt att vistas här. Uppdragsgivaren bör emellertid inte ansvara för innestående ersättning i förhållande till arbetsgivaren utan ha regressrätt mot denne när ansvaret infriats. Denna regressrätt bör slås fast i lag. Regressrätten ska avse även uppdragsgivarens kostnad för arbetsgivaravgifter på ersättningen.

9.4.3 Genomförande av artikel 8.1 b med avseende på kostnader för att skicka inestående ersättning

Förslag: För uppdragsgivare som anlitar en underentreprenör för att genomföra ett entreprenadavtal införs ett ansvar för kostnaderna för att skicka lön och annan ersättning som uppdragsgivaren betalar enligt de bestämmelser genom vilka artikel 8.1 i direktivet genomförs i svensk rätt. Sådana kostnader ska omfattas av uppdragsgivarens regressrätt mot underentreprenören.

I artikel 8.1 b i direktivet hänvisas också till artikel 6.1 c om ansvar för kostnader för att skicka inestående ersättning till arbetsgivaren. I avsnitt 7.7 har vi föreslagit att det införs en lagstadgad skyldighet för arbetsgivare att bära kostnaderna för att skicka inestående ersättning till en tredjelandsmedborgare som arbetat vid olaglig vistelse här. Denna skyldighet ska gälla även uppdragsgivare som betalar inestående ersättning enligt de bestämmelser genom vilka artikel 8.1 genomförs. Uppdragsgivarens regressrätt mot arbetsgivaren ska omfatta även dessa kostnader.

9.4.4 Möjlighet till dom och verkställighet av dom

Bedömning: Det finns svensk domsrätt beträffande en talan som en tredjelandsmedborgare väcker mot en uppdragsgivare med hemvist i Sverige. En svensk domstols dom avseende en sådan talan är verkställbar. Artikel 8.1 b föranleder ingen ny lagstiftning när det gäller hänvisningen till artikel 6.2.

I artikel 8.1 b i direktivet hänvisas vidare till artikel 6.2. Sistnämnda artikel avser möjlighet till verkställbar dom. För att detta krav ska vara uppfyllt måste alltså svensk domstol vara behörig att pröva en talan som en tredjelandsmedborgare väcker mot en sådan uppdragsgivare som avses i artikel 8.1 om ersättning för arbete som utförts inom en underentreprenad vid olaglig vistelse här. Vidare krävs att Kronofogdemyndigheten är behörig att verkställa en dom avseende betalningsskyldighet beträffande sådan ersättning.

I avsnitt 7.8.2 har vi dragit slutsatsen att det finns svensk domsrätt beträffande en talan som en tredjelandsmedborgare väcker mot en arbetsgivare med hemvist i Sverige om ersättning för arbete som

utförts vid olaglig vistelse här i den mening som avses i direktivet samt att en dom som en svensk domstol meddelar avseende en sådan talan är verkställbar här. De resonemang som förs i det avsnittet gäller beträffande krav som en tredjelandsmedborgare riktar mot arbetsgivarens uppdragsgivare, om uppdragsgivaren har hemvist i Sverige. Det finns alltså svensk domsrätt beträffande en talan om inestående ersättning som en tredjelandsmedborgare väcker mot arbetsgivarens uppdragsgivare om ersättning för arbete som utförts vid olaglig vistelse här. En dom som en svensk domstol meddelat beträffande en sådan talan är verkställbar.

Om uppdragsgivaren däremot har hemvist i ett annat EU-land, regleras domsrätten i rådets förordning (EG) nr 44/2001 av den 22 december 2000 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område (Bryssel I-förordningen). Enligt artikel 2 i den förordningen ska talan mot den som har hemvist i en medlemsstat väckas vid domstol i den medlemsstaten, om inte annat föreskrivs i förordningen. Den enda särskilda behörighetsregel i förordningen som skulle kunna vara tillämplig är den i artikel 6.1 a. Enligt den bestämmelsen gäller att talan mot den som har hemvist i en medlemsstat kan, om han är en av flera svarande, väckas vid domstol där någon av svarandena har hemvist, förutsatt att det finns ett tillräckligt nära samband mellan käromålen för att en gemensam handläggning och dom ska vara påkallad för att undvika att oförenliga domar meddelas som en följd av att käromålen prövas i olika rättegångar. Denna bestämmelse skulle möjligtvis kunna vara tillämplig, om arbetstagaren väcker talan mot såväl arbetsgivaren som dennes uppdragsgivare. Om han eller hon riktar sin talan mot endast en uppdragsgivare med hemvist i en annan EU-stat, måste talan emellertid väckas där denne har sitt hemvist. Medlemsstaterna har alltså enligt EU:s regelverk på området inte möjlighet att genomföra artikel 8 när det gäller domsrätten i förhållande till uppdragsgivare med hemvist i en annan EU-stat.

Vad slutligen gäller uppdragsgivare med hemvist i tredje land finns det inga lagbestämmelser om svensk domsrätt beträffande en talan av aktuellt slag mot en sådan uppdragsgivare. Det står inte klart att en analogisk tillämpning av de interna svenska forumbestämmelserna leder till svensk domsrätt beträffande en sådan talan. Det är dock osannolikt att det skulle bli aktuellt för en olagligt vilstandes tredjelandsmedborgare att väcka talan mot en uppdragsgivare i tredje land. Mot denna bakgrund och med hänsyn till att

det inte är möjligt att reglera domsrätten beträffande en talan mot en uppdragsgivare i en annan EU-stat anser vi att det inte finns anledning att vidta några lagstiftningsåtgärder vad gäller svensk domsrätt beträffande en sådan talan mot en uppdragsgivare i tredje land.

Sammanfattningsvis anser vi att artikel 8.1 b inte föranleder någon ny lagstiftning när det gäller hänvisningen till artikel 6.2.

9.4.5 Genomförande av artikel 8.1 b med avseende på presumtionen för tre månaders anställning

Förslag: När en tredjelandsmedborgare väcker talan mot arbetsgivarens uppdragsgivare och gör gällande ansvar för uppdragsgivaren enligt de bestämmelser genom vilka artikel 8.1 b i direktivet genomförs, ska en presumtion för att tredjelandsmedborgaren utfört tre månaders heltidsarbete inom underentreprenaden gälla.

I artikel 8.1 b i direktivet hänvisas slutligen till artikel 6.3. I avsnitt 7.10.2 har vi föreslagit att den bestämmelsen ska genomföras genom en presumtion för tre månaders utfört heltidsarbete vid tvist mellan en utlänning och arbetsgivaren om inestående ersättning för arbete som utförts vid vistelse här utan föreskrivet tillstånd. En motsvarande presumtion ska gälla även när arbetstagaren väcker talan om ersättningen mot arbetsgivarens uppdragsgivare. Presumtionen bör avse tre månaders utfört heltidsarbete inom underentreprenaden.

9.5 Artikel 8.2

Förslag: I en underentreprenörskedja i vilken en underentreprenör utför underentreprenaden med hjälp av olagligt vistanades tredjelandsmedborgare ska även uppdragsgivare i tidigare led, dock inte den beställande parten i det ursprungliga entreprenadavtalet, betala en särskild avgift och ansvara för lön och annan ersättning till tredjelandsmedborgaren. Detta ska dock gälla endast om uppdragsgivaren vet eller har skälig anledning anta att underentreprenaden genomförs med anställda som vistas här olagligt. En uppdragsgivare som betalar lön och annan ersättning ska ha

regressrätt mot arbetsgivaren och underentreprenörer i mellanliggande led.

Enligt artikel 8.2 i direktivet ska uppdragsgivare som i en underentreprenörskedja befinner sig ovanför den underentreprenör till vilken arbetsgivaren är en direkt underentreprenör ansvara för finansiella sanktioner och efterhandsutbetalningar, om de kände till att underentreprenören anställde tredjelandsmedborgare som vistas olagligt. Ansvaret gäller inte den beställande parten i det ursprungliga entreprenadavtalet.

För ansvar enligt denna bestämmelse krävs alltså att uppdragsgivarna har haft viss kännedom om olagligt vistandes anställda hos underentreprenören. Enligt vår bedömning innebär detta att det inte är nödvändigt att en uppdragsgivare visste att den tredjelandsmedborgare som den finansiella sanktionen avser eller som kräver inestående ersättning var anställd av underentreprenören, vistades olagligt och arbetade inom underentreprenaden. Det är tillräckligt att uppdragsgivaren har kännedom om andra anställningar – tidigare eller samtidigt med den aktuella anställningen – hos arbetsgivaren av tredjelandsmedborgare som vistas olovligt. Enligt vår uppfattning bör ansvaret begränsas till situationer där sådan vetskap ger uppdragsgivaren skälig anledning anta att olagligt vistandes tredjelandsmedborgare arbetade inom underentreprenaden. Kännedom om tidigare anställningar av olovligt vistandes utlänningar kan ge skälig anledning anta detta. Anställningar långt tillbaka i tiden eller i ett företag där ledningen bytts ut behöver emellertid inte medföra att en uppdragsgivare ska vara ansvarig enligt artikel 8.2.

De aktuella uppdragsgivarna bör, precis som den uppdragsgivare som anlitar arbetsgivaren som underentreprenör, själv betala en särskild avgift. Deras ansvar för lön till olagligt vistandes anställda hos en underentreprenör bör vara primärt och solidariskt med såväl arbetsgivaren som underentreprenörer i leden mellan arbetsgivaren och uppdragsgivaren. Presumtionen för att den mellan arbetstagaren och arbetsgivaren överenskomna ersättningen motsvarar ersättningen enligt ett tillämplbart kollektivavtal eller praxis inom yrket ska gälla även när arbetstagaren riktar sitt krav på inestående ersättning till uppdragsgivare i tidigare led. Detsamma gäller presumtionen för tre månaders utfört arbete inom entreprenaden. En uppdragsgivare som betalar inestående ersättning enligt dessa bestämmelser bör

ha regressrätt i förhållande till såväl arbetsgivaren som underentreprenörer i leden mellan uppdragsgivaren och arbetsgivaren.

9.6 Artikel 8.3

Förslag: Uppdragsgivare som vidtagit rimliga kontrollåtgärder ska inte betala någon särskild avgift och inte heller ansvara för lön och annan ersättning till underentreprenörernas anställda.

9.6.1 Medlemsstaternas skyldighet enligt artikel 8.3

Enligt artikel 8.3 i direktivet ska en entreprenör som har uppfyllt skyldigheten att vidta rimliga kontrollåtgärder enligt nationell lagstiftning inte hållas ansvarig enligt artikel 8.1 och 8.2. Eftersom det i artikeln talas om ”skyldigheten” uppkommer frågan om medlemsstaterna måste föreskriva en uttrycklig skyldighet för den som anlitar en underentreprenör att vidta rimliga kontrollåtgärder.

I kommissionens förslag till direktiv fanns inte denna ansvarsfrihetsbestämmelse med. Av protokollen från sammanträdena inom den rådsarbetsgrupp som behandlade förslaget, och vars arbete ledde till ansvarsfrihetsbestämmelsen, framgår att syftet med denna var att uppdragsgivare som varit i god tro inte ska vara ansvariga enligt artikel 8.1 och 8.2. Inom rådsarbetsgruppen var avsikten alltså inte att medlemsstaterna skulle vara skyldiga att ålägga uppdragsgivare att vidta vissa kontrollåtgärder. Om det hade varit gemenskapslagstiftarens avsikt att föreskriva en sådan skyldighet för medlemsstaterna, borde den ha uttrycks på samma klara sätt som arbetsgivarnas kontrollskyldighet enligt artikel 4.1. Vi anser därför att artikel 8.3 inte innebär ett åliggande för medlemsstaterna att föreskriva en skyldighet för uppdragsgivare att vidta kontrollåtgärder.

I artikel 8.3 talas vidare om ”rimliga kontrollåtgärder enligt nationell lagstiftning”. Enligt vår uppfattning betyder detta inte att medlemsstaterna ska i sin lagstiftning närmare ange vilka kontrollåtgärder som uppdragsgivaren ska vidta för att undgå det ansvar som avses i artikel 8.1 och 8.2. Det skulle för övrigt inte vara lämpligt att försöka ange detta eftersom omständigheterna kan variera mycket från fall till fall. Ansvarsfrihetsbestämmelsen gäller ju både uppdragsgivare som anlitar den underentreprenör som anställt utlänningen och uppdragsgivare som befinner sig längre ifrån arbets-

givaren. Bestämmelsen bör därför uppfattas så att uppdragsgivare som vidtagit rimliga kontrollåtgärder inte ska drabbas av sådant ansvar som avses i artikel 8.1 och 8.2, och att det ska avgöras i varje enskilt fall om eventuella kontrollåtgärder som vidtagits är rimliga med hänsyn till omständigheterna.

9.6.2 Genomförande av artikel 8.3

Mot bakgrund av våra slutsatser om medlemsstaternas skyldigheter enligt artikel 8.3 anser vi att denna artikel bör genomföras genom bestämmelser om att uppdragsgivare som har gjort rimliga kontroller inte ska betala någon särskild avgift och inte heller ansvara för lön och annan ersättning till olagligt vistantes anställda hos underentreprenörer.

9.6.3 Vilka kontroller är rimliga?

Arbetsgivare som anställer utlänningar som inte har rätt att arbeta och vistas här underlåter regelmässigt att betala in arbetsgivaravgifter och avdragen skatt till Skatteverket. En uppdragsgivare som vill undvika att anlita underentreprenörer med olagligt vistantes anställda kan därför göra samma kontroller som uppdragsgivare som vill undvika att anlita underentreprenörer med svart arbetskraft.

Skatteverket har en särskild verksamhet som syftar till att underlätta för företag som anlitar entreprenörer och underentreprenörer att försäkra sig om att dessa sköter sin redovisning och betalar skatter och avgifter. Verksamheten kallas Förebyggande information. Skatteverket har inom ramen för den verksamheten tagit fram en broschyr med information till dem som anlitar entreprenörer och underentreprenörer och en blankett för att begära offentliga uppgifter från Skatteverket om ett visst företag eller en viss person. Den som skickar in blanketten får information om huruvida den person eller det företag som begäran avser är registrerad i organisationsnummerregistret, är registrerad som arbetsgivare och är registrerad för mervärdesskatt och för F-skatt. Uppgift lämnas också om vilka arbetsgivaravgifter som det berörda företaget betalat för var och en av de senaste tre månaderna. Information lämnas också om restförda skulder avseende skatter och avgifter.

Arbetsgivare anmäler inte till någon myndighet vilka anställda de har. En arbetsgivare ska emellertid varje månad lämna en skattekundskämlaration till Skatteverket. Denna ska innehålla uppgift om den sammanlagda ersättning för vilken arbetsgivaren är skyldig att betala arbetsgivaravgifter och om periodens sammanlagda avgifter. Ett företag som överväger att anlita en underentreprenör kan genom att jämföra de lönesummor som underentreprenören deklarerar till Skatteverket med antalet anställda hos underentreprenören få en uppfattning om huruvida denne betalar föreskrivna arbetsgivaravgifter.

Den som har gjort de kontroller som Skatteverket rekommenderar kan i många fall anses ha uppfyllt kraven på rimliga kontroller. I andra fall kan det emellertid krävas ytterligare och fortlöpande kontroller. Vilka kontroller som en uppdragsgivare behöver göra för att undgå det aktuella ansvaret måste avgöras från fall till fall. Det kan ställas högre krav på kontroller när ett företag anlitar en underentreprenör för första gången än när företaget tidigare har haft en förbindelse med en underentreprenör. Vidare kan en uppdragsgivare behöva göra grundligare kontroller, om en underentreprenör erbjuder ett uppseendeväckande lågt pris. Kontrollernas omfattning kan också variera mellan olika branscher. I branscher där det kan förmodas att det är mer vanligt förekommande med anställda som saknar rätt att vistas och arbeta här kan det ställas större krav på uppdragsgivarnas kontroller. De särskilda kontrollerna kan också variera beroende vilken kontakt som uppdragsgivaren har med underentreprenörens anställda. Om det under ett underentreprenadförhållande finns tecken på att en underentreprenör har anställda som vistas här olovligt, måste uppdragsgivaren vidta ytterligare kontrollåtgärder för att undgå ansvar.

10 Sanktioner mot juridiska personer

10.1 Inledning

I detta kapitel redovisar vi våra överväganden i fråga om direktivets bestämmelser om ansvar för och sanktioner mot juridiska personer (art. 11–12), dvs. huruvida det fordras några lagändringar eller om svensk rätt redan uppfyller direktivets bestämmelser på dessa punkter.

10.2 Direktivets bestämmelser

I artikel 11 föreskrivs att medlemsstaterna ska säkerställa att juridiska personer kan hållas ansvariga för de brott som avses i artikel 9 under vissa förutsättningar. Enligt den svenska språkversionen ska juridiska personer kunna hållas ansvariga för brott ”som har begåtts till förmån för någon person som har en ledande ställning inom den juridiska personen och agerar antingen enskilt eller som en del av den juridiska personens organisation, grundad på

- a) behörighet att företräda den juridiska personen,
- b) befogenhet att fatta beslut på den juridiska personens vägnar, eller
- c) befogenhet att utöva kontroll inom den juridiska personen.”

Den engelska versionen av direktivet lyder ”...where such an offence has been committed for their benefit by any person who has a leading position within the legal person...”.

Formuleringen i artikeln är densamma som i motsvarande bestämmelser om ansvar för juridiska personer i flera rambeslut som antagits inom EU. I den svenska språkversionen av några av dessa rambeslut har bestämmelsen formulerats ”...att juridiska personer kan ställas till ansvar för...brott som avses/anges i artiklarna...och som begås till deras förmån av en/varje/någon person som agerar/har

agerat...” (se prop. 2000/01:40 s. 50, prop. 2001/02:135 s. 40 och prop. 2005/06:209 s. 64).

Bestämmelsens ordalydelse i den svenska språkversionen av sanktionsdirektivet skiljer sig således på avgörande punkter från tidigare svenska lydelse av motsvarande bestämmelse. Den svenska språkversionen har härigenom fått en annan innebörd än den engelska texten. Den innebörd som bestämmelsen får genom den svenska språkversionen är inte heller rimlig. För att en juridisk person ska kunna ställas till ansvar måste brottet rimligen ha begåtts till förmån för den juridiska personen, inte till förmån för någon person inom företaget i ledande ställning etc. I det följande utgår vi således från att artikel 11 rätteligen har följande lydelse:

1. Medlemsstaterna ska säkerställa att juridiska personer kan hållas ansvariga för de brott som avses i artikel 9 och som har begåtts till deras förmån av någon person som har en ledande ställning inom den juridiska personen och agerar antingen enskilt eller som en del av den juridiska personens organisation, grundad på...

Andra stycket i artikel 11 innehåller en bestämmelse om att medlemsstaterna också ska säkerställa att juridiska personer kan hållas ansvariga när brister i övervakning eller kontroll som ska utföras av en sådan person som avses i punkt 1 har gjort det möjligt för en person som är underställd den juridiska personen att till dennes förmån begå ett brott som avses i artikel 9.

Enligt tredje stycket i artikeln ska juridiska personers ansvar enligt punkterna 1 och 2 inte utesluta straffrättsliga förfaranden mot fysiska personer som är gärningsmän vid, anstiftare av eller medhjälpare till brott som avses i artikel 9.

Artikel 12 innehåller en bestämmelse om de straffrättsliga sanktionerna för juridiska personer. Medlemsstaterna ska vidta de åtgärder som är nödvändiga för att säkerställa att ansvariga juridiska personer kan bli föremål för effektiva, proportionella och avskräckande sanktioner, som kan omfatta åtgärder såsom de som anges i artikel 7.

Medlemsstaterna kan vidare enligt andra stycket i artikel 12 besluta att en förteckning över arbetsgivare som är juridiska personer och som har hållits ansvariga för brott i enlighet med artikel 9 ska offentliggöras.

10.3 Juridiska personers ansvar enligt gällande rätt

10.3.1 Företagsbot

Juridiska personer kan inte ställas till svars för brott eller ådömas straff enligt svensk rätt. Däremot kan en näringsidkare, även en juridisk person, åläggas företagsbot enligt reglerna i 36 kap. 7–10 §§ brottsbalken. Företagsbot är konstruerat som en särskild rättsverkan av brott. Den 1 juli 2006 ändrades reglerna för att göra systemet med företagsbot effektivare. Ändringarna innebar bland annat att tillämpningsområdet utvidgades så att sanktionen numera omfattar även mindre allvarlig brottslighet som sker i näringsverksamhet. Främst som en följd av Sveriges internationella åtaganden utvidgades näringsidkarens ansvar till att omfatta även en viss begränsad grupp av personer med särskild ställning i företaget samt ändrades beloppsgränserna för företagsbot (se prop. 2005/06:59).

Företagsbot kan åläggas vid brott som har begåtts i utövningen av näringsverksamhet, om det för brottet är föreskrivet strängare straff än penningböter. Därtill krävs att det kan visas att

1. näringsidkaren inte har gjort vad som skäligen kunnat krävas för att förebygga brottsligheten eller att
2. brottet har begåtts av
 - b. en person i ledande ställning grundad på befogenhet att företräda näringsidkaren eller att fatta beslut på näringsidkarens vägnar, eller
 - c. en person som annars haft ett särskilt ansvar för tillsyn eller kontroll i verksamheten.

Punkt 1 tar sikte på fall där näringsidkaren som sådan kan anses ansvarig för brottsligheten, t.ex. på grund av att denne har haft bristande rutiner och kontroller till förebyggande av brott. I punkt 2 avses sådana fall där näringsidkaren kan ha haft fullt godtagbara rutiner för att förebygga brottsligheten men där sådana som har ett särskilt ansvar inom företaget har begått brottet (prop. 2005/06:59 s. 60 f.). Med begreppet person i ledande ställning avses framför allt en person som, på grund av att han eller hon ingår i företagets ledning eller under självständigt ansvar rapporterar direkt till ledningen, kan sägas ha ett särskilt ansvar för att verksamheten bedrivs på ett lagenligt sätt (a. prop. s. 61).

Om brottsligheten varit riktad mot näringsidkaren, kan denne dock inte åläggas företagsbot.

Med näringsidkare avses, liksom i annan lagstiftning, fysiska eller juridiska personer som yrkesmässigt driver verksamhet av ekonomisk art, oavsett om den är inriktad på vinst eller inte (prop. 1985/86:23 s. 24).

Det är allmän åklagare som för talan om företagsbot (36 kap. 7 § brottsbalken). Reglerna om företagsbot är obligatoriska. Det innebär att åklagaren ska föra talan om företagsbot, om han eller hon bedömer att rekvisiten är uppfyllda (prop. 2005/06:59 s. 61).

Företagsbot ska enligt 36 kap. 8 § brottsbalken fastställas till lägst fem tusen kronor och högst tio miljoner kronor. När storleken av företagsbot bestäms ska enligt 9 § samma kapitel, med beaktande av straffskalan för brottet, särskild hänsyn tas till den skada eller fara som brottsligheten inneburit samt till brottslighetens omfattning och förhållande till näringsverksamheten. Skälig hänsyn ska tas också till om näringsidkaren tidigare ålagts att betala företagsbot. För att ett återfall ska kunna tillmätas betydelse när det gäller ett stort företag bör normalt krävas att det är fråga om någorlunda likartade överträdelser som är hänförliga till samma del av verksamheten (a. prop. s. 62). Enligt förarbetena till bestämmelsen bör, liksom när det gäller straffskalorna för brott, den övre delen av skalan vara förbehållen ytterlighetsfall (a. prop. s. 61).

Enligt 36 kap. 10 § brottsbalken får företagsbot sättas lägre än vad som borde ha skett med tillämpning av 9 §,

1. om brottet medför annan betalningsskyldighet eller särskild rättsverkan för näringsidkaren och den samlade reaktionen på brottsligheten skulle bli oproportionerligt sträng,
2. om näringsidkaren efter förmåga försökt förebygga, avhjälpa eller begränsa de skadliga verkningarna av brottet,
3. om näringsidkaren frivilligt angett brottet, eller
4. om det annars finns särskilda skäl för jämkning.

Om det är särskilt påkallat med hänsyn till något av de nu nämnda förhållandena, får företagsbot helt efterges.

Företagsbot ska användas som den primära straffrättsliga sanktionen vid oaktsamma brott som straffvärdemässigt ligger på bötesnivå (a. prop. s. 45 och 63). Det har därför införts en särskild åtalsprövningsregel i 36 kap. 10 a § brottsbalken. Bestämmelsen innebär att, om ett brott som kan föranleda talan om företagsbot har begåtts av oaktsamhet och det inte kan antas föranleda annan påföljd än böter, det får åtalas av åklagare endast om åtal är påkallat från allmän synpunkt. Enligt uttalanden i förarbetena kan så vara fallet när

fråga är om brott som närmar sig eller gränsar till ett sådant straffvärde där annan påföljd än böter bör komma i fråga. Det kan också gälla brott som skett genom medveten oaktsamhet, på ett mer systematiskt sätt eller vid upprepade tillfällen. Även vid brott som innebär särskilt allvarliga risker i förhållande till straffbudets skyddsändamål kan det vara påkallat från allmän synpunkt att åtala gärningsmannen. Det kan också handla om situationer i vilka det på förhand står klart att en talan om företagsbot inte kan komma att föras eller verkställas mot näringsidkaren, t.ex. då denne är ett utländskt rättssubjekt eller om företaget är försatt i konkurs eller på annat sätt har upphört som ett subjekt vilket domen om företagsbot kan verkställas mot (a. prop. s. 47 och 63 f.).

10.3.2 Förverkande

Enligt 36 kap. 4 § brottsbalken ska värdet av sådana ekonomiska fördelar som uppkommit för en näringsidkare till följd av ett brott som är begånget i utövningen av näringsverksamhet förklaras förverkat. Om förverkande skulle vara oskäligt, ska det inte ske. Vid bedömningen av om ett förverkande är skäligt eller inte ska – bland andra omständigheter – beaktas om det finns anledning anta att annan betalningsskyldighet som svarar mot de ekonomiska fördelarna av brottet kommer att åläggas näringsidkaren eller annars fullgöras av denne. Det kan bland annat vara fråga om sanktionsavgifter eller skadeståndsskyldighet. Vid skälighetsbedömningen bör vidare stor vikt tillmätas frågan om regelöverträdelsen har skett med företagsledningens vetskap eller ledningen åtminstone bort kunna förhindra överträdelsen (prop. 1981/82:142 s. 28 f.).

Om det inte är möjligt eller endast med svårighet går att föra bevisning om storleken av det belopp som ska bli föremål för förverkande, får värdet i stället uppskattas utifrån vad som är skäligt med hänsyn till omständigheterna.

10.3.3 Särskild avgift

En juridisk person som har en utlänning i sin tjänst fastän utlänningen inte har arbetstillstånd kan, med stöd av 20 kap. 12 § utlänningslagen (2005:716) (UtlL), åläggas att betala en särskild avgift. När en verksamhet drivs av en juridisk person riktar sig ett anspråk på

särskild avgift mot den förmögenhetsmassa som hålls samman av denna, t.ex. av ett aktiebolag. En överlåtelse av bolaget har därför ingen inverkan på bolagets skyldighet att betala avgiften (prop. 1981/82:146 s. 74).

För varje utlänning utgör avgiften hälften av det prisbasbelopp enligt lagen (1962:381) om allmän försäkring (42 400 kr för år 2010¹) som gällde när överträdelsen upphörde. Har överträdelsen pågått under en längre tid än tre månader, är avgiften för varje utlänning i stället hela prisbasbeloppet. Om särskilda skäl talar för det, får avgiften sättas ned eller efterges helt. Med hänsyn till att arbetsgivare förutsätts känna till de regler som gäller vid anställning är avsikten att möjligheten till eftergift eller nedsättning ska tillämpas restriktivt (a. prop. s. 74).

10.4 Överväganden

Bedömning: Det föreligger inte något behov av lagändringar för att tillgodose de krav på ansvar och påföljder för juridiska personer som ställs upp i sanktionsdirektivet.

Juridiska personer kan inte ställas till svars för brott eller ådömas straff enligt svensk rätt. Enligt skäl 25 i direktivet medför inte heller bestämmelserna i direktivet någon skyldighet för medlemsstaterna att införa straffrättsligt ansvar för juridiska personer.

De sanktioner som enligt svensk rätt kan komma i fråga när ett brott har begåtts inom en juridisk person är företagsbot eller förverkande enligt 36 kap. 4 § brottsbalken. Det finns inget formellt hinder mot att tillämpa bestämmelserna om företagsbot då brott mot 20 kap. 5 § UtlL begåtts i utövningen av näringsverksamhet eftersom för sådant brott är föreskrivet strängare straff än penningböter. Huruvida de kan tillämpas i det enskilda fallet beror i stället på om näringsidkaren har gjort vad som skäligen kunnat krävas för att förebygga brottsligheten och, för det fall näringsidkaren har gjort vad som krävs i det hänseendet, vem inom den juridiska personen som har begått brottet. De nu gällande svenska reglerna är anpassade efter de krav som ställs i EU-rättsliga sammanhang.

Det finns dessutom möjlighet att ålägga en juridisk person som har anställt en utlänning utan föreskrivet arbetstillstånd att betala

¹ Förordning (2009:924) om prisbasbelopp och förhöjt prisbasbelopp för år 2010.

särskild avgift enligt 20 kap. 12 § UtL. Bestämmelsen ska enligt vårt förslag (se avsnitt 6.3) omfatta också fall av anställning av en utlänning som saknar föreskrivet tillstånd att vistas här.

Även förverkande kan, med stöd av 36 kap. 4 § brottsbalken, komma i fråga vid olaglig anställning. En första förutsättning för tillämpning är dock att det kan visas att en vinst eller åtminstone en kostnadsbesparing har kommit näringsidkaren till godo. Vidare är bestämmelsen sekundär till annan betalningsskyldighet som kan åläggas för att eliminera eventuella ekonomiska fördelar som uppkommit till följd av den brottsliga verksamheten. Eftersom särskild avgift enligt 20 kap. 12 § UtL sannolikt kommer att påföras en arbetsgivare som haft någon i sin tjänst i strid med 20 kap. 5 § UtL kan det antas att 36 kap. 4 § brottsbalken i praktiken sällan kommer att användas i sådana fall.

Bestämmelserna om ansvar och påföljder för juridiska personer i artiklarna 11 och 12 i sanktionsdirektivet överensstämmer med åtaganden som gjorts i en rad rambeslut som antagits inom ramen för samarbetet i rättsliga och inrikes frågor i EU. Riksdagen och regeringen har i ett flertal lagstiftningsärenden som avsett genomförande av dessa rambeslut i svensk rätt ansett att reglerna om företagsbot är tillräckliga för att uppfylla de krav på sanktioner mot juridiska personer som ställts i dessa rambeslut (prop. 1999/2000:85, bet. JuU20, prop. 2000/01:40, bet. JuU9, prop. 2001/02:135 s. 20, prop. 2003/04:35 s. 36, prop. 2003/04:111 s. 32 f. och prop. 2005/06:209 s. 39). Regeringen har senast i en proposition som behandlar bland annat frågan om Sveriges tillträde till Europarådets konvention om bekämpande av människohandel gjort bedömningen att reglerna om företagsbot är tillräckliga för att uppfylla konventionens krav på ansvar för juridiska personer (prop. 2009/10:152 s. 46).

Det ska också framhållas att kommissionen i sin rapport avseende medlemsstaternas genomförande av rambeslutet om förstärkning av skyddet mot förfalskning i samband med införandet av euron genom straffrättsliga och andra påföljder (KOM[2001] 771 slutlig) har angett att Sverige är en av nio medlemsstater som har lagstiftning varigenom juridiska personer kan ställas till rättsligt ansvar för de brott som omfattas av rambeslutet. Denna bedömning har stått sig även vid senare utvärderingar (se kommissionens tredje rapport, KOM[2007] 524 slutlig).

I sanktionsdirektivet ställs det inte upp några särskilda krav på vilka sanktioner som ska användas förutom att de ska vara effek-

tiva, proportionella och avskräckande. Det sägs alltså inte att det måste vara möjligt att döma ut böter eller administrativa avgifter. I andra sammanhang har, då fråga varit om att genomföra rambeslut med bestämmelser med samma innebörd som de bestämmelser som nu är i fråga, reglerna om företagsbot befunnits tillräckliga för att uppfylla EU-rättsliga krav på sanktioner mot juridiska personer. Förutom att döma ut företagsbot mot en juridisk person finns möjlighet att ålägga en arbetsgivare som är juridisk person att betala särskild avgift enligt 20 kap. 12 § UtlL. I vissa situationer kan även värdeförverkande enligt 36 kap. 4 § brottsbalken komma i fråga. Vi gör mot denna bakgrund bedömningen att det inte finns något behov av lagändringar för att tillgodose de krav på ansvar och påföljder för juridiska personer som ställs upp i sanktionsdirektivet.

Som ovan angetts föreskrivs i artikel 12 att sanktioner som är effektiva, proportionella och avskräckande ska tillämpas på juridiska personer som förklarats ansvariga enligt artikel 11. Enligt artikeln ”kan” sådana sanktioner ”omfatta åtgärder såsom de anges i artikel 7”. Vi har redovisat våra överväganden och förslag beträffande genomförandet av artikel 7 i kapitel 8. De bedömningar och förslag som vi redogjort för där innebär att juridiska personer även kommer att kunna sanktioneras genom fråntagande av rätt till offentliga stöd o.d. samt genom åläggande av skyldighet att betala tillbaka sådana stöd som redan har betalats ut (se avsnitt 8.6).

Den möjlighet som finns i andra stycket i artikel 12 för medlemsstaterna att besluta om offentliggörande av en förteckning över juridiska personer som har hållits ansvariga för brott i enlighet med artikel 9 är inte förpliktande, ter sig främmande för svenska rätts-traditioner och föranleder därför inte något behov av lagändringar.

10.5 Särskilt om artikel 11.3

Bedömning: Åtalsprövningsregeln i 36 kap. 10 a § brottsbalken är förenlig med artikel 11.3, vilken innebär att juridiska personers ansvar inte ska utesluta straffrättsliga förfaranden mot fysiska personer som ådragit sig ansvar för brott som avses i artikel 9.

Enligt sanktionsdirektivets artikel 11.3 ska juridiska personers ansvar enligt punkterna 1 och 2 i artikeln inte utesluta straffrättsliga förfaranden mot fysiska personer som är gärningsmän vid, anstiftare

av eller medhjälpare till brott som avses i artikel 9. Mot den bakgrunden måste vi undersöka om bestämmelsen i 36 kap. 10 a § brottsbalken medför att Sverige inte uppfyller kravet i artikel 11.3 att även fysiska personer ska kunna straffas för begångna brott i näringsverksamheten.

Den aktuella bestämmelsen är en åtalsprövningsregel som innebär att, om ett brott som kan föranleda talan om företagsbot har begåtts av oaktsamhet och det inte kan antas föranleda annan påföljd än böter, det får åtalas av åklagare endast om åtal är påkallat från allmän synpunkt. Avsikten är således att företagsbot ska vara den primära straffrättsliga sanktionen vid oaktsamma brott som straffvärdemässigt ligger på bötesnivå (prop. 2005/06:59 s. 61). Åtalsprövningsregeln gäller dock endast vid oaktsamma brott, medan de gärningar som anges i artikel 9 i sanktionsdirektivet ska vara brottsliga endast om de begås uppsåtligen. Redan på denna grund kan slutsatsen dras att åtalsprövningsregeln i 36 kap. 10 a § brottsbalken inte är något problem vid genomförande av sanktionsdirektivet.

11 Förenklat klagomålsförfarande

11.1 Förenklade klagomålsförfaranden

Bedömning: Kronofogdemyndighetens förfarande avseende ansökningar om betalningsföreläggande enligt lagen (1990:746) om betalningsföreläggande och handräckning är ett sådant klagomålsförfarande som avses i artikel 13.1 i direktivet. Fackligt center för papperslösa är utsett i den mening som avses i den artikeln att bistå tredjelandsmedborgare eftersom organisationen inrättats på det sätt som är gängse inom den svenska arbetsmarknadsmodellen. Svensk rätt uppfyller därför kraven i denna bestämmelse.

11.1.1 Inledning

Artikel 13 i direktivet har rubriken Förenklade klagomålsförfaranden. I artikel 13.1 föreskrivs följande.

Medlemsstaterna ska säkerställa att det finns effektiva mekanismer genom vilka olagligt anställda tredjelandsmedborgare kan inge klagomål mot sina arbetsgivare direkt eller genom tredje parter som utsetts av medlemsstaterna, såsom fackföreningar eller andra organisationer eller en behörig myndighet i medlemsstaten om detta föreskrivs i den nationella lagstiftningen.

Den fråga som denna bestämmelse främst ger upphov till är vad som menas med förenklat klagomålsförfarande. Innan vi gör den bedömningen behandlar vi några inledande frågor.

En första fråga som uppkommer är hur mycket som bisatsen ”om detta föreskrivs i den nationella lagstiftningen” täcker. Om den omfattar hela artikel 13.1, skulle skyldigheten beträffande förenklade klagomålsförfaranden innebära att tredjelandsmedborgare ska ges möjlighet att ge in klagomål enligt klagomålsförfaranden som redan finns i medlemsstaterna men att något nytt förfarande inte

skulle behöva inrättas. I skäl 26 anges att det bör finnas effektiva mekanismer genom vilka tredjelandsmedborgarna kan ge in klagomål direkt eller genom utsedda tredje parter såsom fackföreningar eller andra organisationer. Behöriga myndigheter i medlemsstaterna nämns alltså inte. Detta beror enligt vår uppfattning på att medlemsstaterna behöver ge tredjelandsmedborgarna möjlighet att ta hjälp av myndigheter endast om den möjligheten redan finns. Bisatsen avser alltså endast ”en behörig myndighet”.

En andra fråga är vad det innebär att klagomål ska kunna ges in direkt *eller* genom tredje parter. Enligt vår uppfattning innebär detta inte att medlemsstaterna kan välja ett av alternativen, utan tredjelandsmedborgarna ska ha möjlighet att ge in klagomål direkt eller genom tredje part.

En tredje och sista inledande fråga är vilka skyldigheter som följer för medlemsstaterna av att klagomål ska kunna ges in genom tredje parter *som utsetts* av medlemsstaterna. Ett skäl för att inte uppfatta detta som ett krav på medlemsstaterna att utse vissa organisationer att biträda de aktuella tredjelandsmedborgarna är att det skulle vara omöjligt för medlemsstaterna att genomföra direktivet om det inte finns någon lämplig organisation som är villig att hjälpa de aktuella tredjelandsmedborgarna. Den aktuella delen av bestämmelsen skulle då i stället kunna uppfattas som en skyldighet för medlemsstaterna att acceptera att klagomål ges in av organisationer som engagerar sig i sådana frågor.

I Sverige finns dock organisationer som hjälper arbetstagare som saknar rätt att vistas och arbeta här att tillvarata sina rättigheter, bland annat Fackligt center för papperslösa. Den organisationen är ett samarbete mellan Papperslösa Stockholm och de fackliga organisationerna. Genom centret kan papperslösa få information om sina rättigheter på arbetsmarknaden och få råd om löner, arbetsvillkor och arbetsmiljö. Papperslösa kan också få hjälp med att tillvarata sina rättigheter. Hjälp ges av det fackförbund som kan den aktuella branschen bäst. Den organisationen kan sägas vara utsedd i den mening som avses i direktivet eftersom den inrättats på det sätt som är gängse inom den svenska arbetsmarknadsmodellen. Vår bedömning är att direktivets krav i detta avseende därmed är tillgodosedda.

11.1.2 Till vem ska klagomål ges in?

Inledning

Av artikel 13.1 framgår inte till vem klagomål ska kunna ges in – om det är till arbetsgivaren eller till en myndighet eller något annat organ. Rubriken Förenklade klagomålsförfaranden kan leda tankarna till ett förfarande vid en myndighet. Som kommer att framgå av vår redogörelse nedan behöver det dock inte med nödvändighet vara fråga om ett sådant förfarande.

Att klagomål ska ges in ”mot” arbetsgivaren, inte ”till”, skulle kunna tolkas så att de ska ges in till någon annan än arbetsgivaren. Samma uttryck används emellertid i andra direktiv där det framgår att klagomålen ska ges in till den avtalspart som klagomålet avser, exempelvis i direktiv 2002/92 om försäkringsförmedling¹.

Klagomål i andra direktiv

Det finns bestämmelser om klagomål i många direktiv. Det vanligaste är att det är fråga om att klagomål ska kunna ges in till en myndighet eller något annat organ, men det finns också exempel på att klagomål ska kunna ges in till en avtalspart som klagomålet avser.

Ett exempel på det senare fallet är nyss nämnda direktiv 2002/92. I artikel 10, med rubriken Klagomål, föreskrivs att medlemsstaterna ska se till att det inrättas förfaranden som innebär att kunder och andra berörda parter, särskilt konsumentorganisationer, kan anmäla klagomål mot försäkrings- och återförsäkringsförmedlare samt att klagomålen under alla omständigheter ska besvaras. I artikel 11, med rubriken Tvistlösning utanför domstol, föreskrivs att medlemsstaterna ska uppmuntra inrättandet av lämpliga och effektiva förfaranden för klagomål och tvistlösning utanför domstol avseende tvister mellan försäkringsförmedlare och kunder, i förekommande fall med hjälp av befintliga organ.

Artikel 10 genomfördes genom bestämmelsen i 5 kap. 6 § lagen (2005:405) om försäkringsförmedling. I den bestämmelsen föreskrivs att försäkringsförmedlaren ska se till att kunder och andra som är berörda av försäkringsförmedlingen på ett lämpligt sätt kan anmäla klagomål mot förmedlaren, att förfarandet för hantering av anmälda klagomål ska vara effektivt och att förmedlaren ska besvara klagomål.

¹ Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/92/EG av den 9 december 2002 om försäkringsförmedling (EGT L 9, 15.1.2003, s. 3).

målen snarast möjligt. I 9 kap. 2 § 7 samma lag föreskrivs att regeringen eller den myndighet som regeringen bestämmer får meddela föreskrifter om vad försäkringsförmedlaren ska iaktta enligt 5 kap. 6 § vid hantering av klagomål. Finansinspektionen har med stöd av bemyndigande från regeringen meddelat Finansinspektionens föreskrifter och allmänna råd om försäkringsförmedling FFFS 2005:11. I dessa föreskrifter och råd finns korta regler om bl.a. klagomålsansvarig, motivering av beslut, handläggningsrutiner och handläggningstider.

Det finns också exempel på direktiv där det uttryckligen anges att klagomålen ska ges in till den som klagomålen avser. Ett exempel på detta är direktiv 2009/65 om samordning av lagar och andra författningar som avser företag för kollektiva investeringar i överlåtbara värdepapper (fondföretag)². Ett annat exempel finns i direktiv 2006/123 om tjänster på den inre marknaden³ (det s.k. tjänstedirektivet). I artikel 27, med rubriken Tvistlösning, föreskrivs att medlemsstaterna ska vidta de allmänna åtgärder som är nödvändiga för att se till att tjänsteleverantörer lämnar kontaktuppgifter, särskilt en postadress, ett faxnummer eller en e-postadress och ett telefonnummer dit alla tjänstemottagare, även de som är bosatta i en annan medlemsstat, direkt kan vända sig med klagomål eller förfrågan om den utförda tjänsten. Medlemsstaterna ska också vidta de allmänna åtgärder som är nödvändiga för att se till att tjänsteleverantörer besvarar klagomålen så snart som möjligt och skyndsamt försöker finna tillfredsställande lösningar.

Det finns ännu fler exempel på direktiv enligt vilka klagomål ska kunna ges in till en myndighet eller något annat organ. I direktiv 2009/72 om gemensamma regler för den inre marknaden för el⁴ föreskrivs i artikel 3.13 att medlemsstaterna ska se till att det finns en oberoende mekanism, t.ex. i form av en energiombudsman eller ett konsumentorgan, för att säkerställa effektiv behandling av klagomål och tvistlösning utanför domstol. Andra exempel på klagomålsförfaranden vid myndighet eller något annat organ finns i artiklarna

² Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/65/EG av den 13 juli 2009 om samordning av lagar och andra författningar som avser företag för kollektiva investeringar i överlåtbara värdepapper (fondföretag) (EUT L 302, 17.11.2009, s. 32).

³ Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/123/EG av den 12 december 2006 om tjänster på den inre marknaden (EUT L 376, 27.12.2006, s. 36).

⁴ Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/72/EG av den 13 juli 2009 om gemensamma regler för den inre marknaden för el och om upphävande av direktiv 2003/54/EG (EUT L 211, 14.8.2009, s. 55).

80–83 i direktiv 2007/64 om betaltjänster på den inre marknaden⁵, artikel 5 i direktiv 2006/114 om vilseledande och jämförande reklam⁶ och artikel 53 i direktiv 2004/39 om marknader för finansiella instrument⁷.

Bedömning

Det finns bestämmelser om möjlighet att ge in klagomål i många direktiv. I regel framgår av direktiven om klagomålen ska ges in till den som klagomålen avser eller till en myndighet eller något annat organ. Med hänsyn till att det i artikel 13.1 inte anges till vem klagomålen ska ges in, står det enligt vår mening medlemsstaterna fritt att genomföra den aktuella bestämmelsen genom en ordning där klagomål ges in till arbetsgivaren eller en ordning där de ges in till en myndighet eller något annat organ. Det är dock ett krav att ordningen ska vara en effektiv mekanism för arbetstagarna att ge in klagomål.

11.1.3 Vad kan klagomålen avse?

Av den aktuella direktivbestämmelsen framgår inte vad klagomålen ska kunna avse. Detta är emellertid fallet även med merparten av de andra direktivbestämmelser om klagomål som redovisats ovan. I förarbetena till de bestämmelser genom vilka dessa andra direktivbestämmelser genomförts i svensk rätt har frågan ofta inte diskuterats och den har inte heller reglerats i lag.

I direktivets skäl 16 uttalas att medlemsstaterna bör säkerställa att klagomål inges eller kan inges och att mekanismer har inrättats för att säkerställa att tredjelandsmedborgare kan erhålla efterhandsutbetalningar av den lön som de har rätt till. Detta skäl är ett av fyra, skäl 14–17, som rör ansvar för inestående lön. I skäl 26 återkommer man till klagomålsförfarandet, men i det sammanhanget

⁵ Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/64/EG av den 13 november 2007 om betaltjänster på den inre marknaden och om ändring av direktiven 97/7/EG, 2002/65/EG, 2005/60/EG och 2006/48/EG samt upphävande av direktiv 97/5/EG (EUT L 319, 5.12.2007, s. 1).

⁶ Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/114/EG av den 12 december 2006 om vilseledande och jämförande reklam (EUT L 376, 27.12.2006, s. 21).

⁷ Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/39/EG av den 21 april 2004 om marknader för finansiella instrument och om ändring av rådets direktiv 85/611/EEG och 93/6/EEG och Europaparlamentets och rådets direktiv 2000/12/EG samt upphävande av rådets direktiv 93/22/EEG (EUT L 145, 30.4.2004, s. 1).

diskuteras inte vad det ska avse. Det förhållandet att efterhandsutbetalningar nämns i skäl 16 behöver inte med nödvändighet innebära att klagomålen inte skulle kunna avse andra frågor, men det tyder på att avsikten varit att de ska avse inestående ersättning. Dessutom är arbetstagarens rätt till inestående ersättning – samt den närliggande skyldigheten för arbetsgivaren att stå kostnaden för att skicka ersättningen – den enda fråga rörande förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare som behandlas i direktivet. Enligt vår uppfattning ska klagomålsförfarandet alltså avse arbetstagarens inestående ersättning.

Trots denna slutsats vill vi nämna att det i arbetstidslagen (1982:673) och arbetsmiljölagen (1977:1160) finns bestämmelser om arbetstagarnas arbetsförhållanden i olika avseenden. Arbetsmiljöverket utövar tillsyn över att dessa lagar följs. En utlänning som arbetar utan föreskrivet arbetstillstånd kan vända sig till Arbetsmiljöverket med klagomål beträffande sina arbetsförhållanden i de flesta relevanta avseenden.

11.1.4 Genomförande av artikel 13.1

Medlemsstaterna kan alltså genomföra bestämmelsen i artikel 13.1 genom såväl en möjlighet att ge in klagomål till arbetsgivaren som en möjlighet att ge in sådana till en myndighet eller något annat organ för ett tvistlösningsförfarande utanför domstol.

När det gäller den sistnämnda möjligheten skulle klagomålen kunna ges in till en myndighet av sådant slag som Allmänna reklamationsnämnden. Ett sådant organs beslut blir inte tvingande för parterna. Förfarandet bygger på att parterna ställer upp på det och att den part som enligt organets beslut ska fullgöra något kan förväntas respektera beslutet. Förfarandet lämpar sig inte för ärenden där det krävs muntlig bevisning.

Arbetsgivare som anställer utlänningar som saknar föreskrivet arbetstillstånd kan i regel inte förväntas ställa upp på ett förfarande motsvarande det vid Allmänna reklamationsnämnden på ett sätt som gör förfarandet meningsfullt, inte minst med tanke på att klagomålet bygger på att arbetsgivaren gjort sig skyldig till brott. Frågorna kommer främst att avse hur mycket arbete som arbetstagaren har utfört och vilken ersättning som parterna kommit överens om. Detta är en fråga som inte lämpar sig för ett förfarande av aktuellt slag. Enligt vår uppfattning är det alltså inte meningsfullt att införa

ett särskilt förfarande för tvistlösning utanför domstol för de aktuella ärendena. Detsamma gäller en ordning med klagomål som ges in till den som klagomålet avser. En sådan ordning skulle innebära en skyldighet att besvara klagomål. Även om det i en sådan ordning infördes sanktioner mot den som inte besvarar ett klagomål, skulle den till vilket klagomålet riktas kunna uppfylla skyldigheten att svara genom att förklara att utlänningen aldrig varit anställd hos honom eller henne. Det kan därför ifrågasättas om ett sådant förfarande skulle uppfylla direktivets krav på effektiva mekanismer genom vilka klagomål kan inges.

Finns det då något alternativ till de två redovisade ordningarna? I Sverige finns ett summariskt förfarande som avser skyldighet att betala penningfordran och som uppfyller kravet på effektivitet, nämligen Kronofogdemyndighetens förfarande vid ansökan om betalningsföreläggande. Det förfarandet är visserligen avsett för otvistiga fordringar, och syftet är att en borgenär ska kunna få en exekutionstitel utan att behöva väcka talan vid domstol. Kronofogdemyndighetens uppgift är inte att ge sig in i någon rättsskipning, utan om det visar sig att fordringen är tvistig, så överlämnas målet till tingsrätten. Kronofogdemyndigheten ska inte heller verka för att tvistefrågor blir klarlagda eller för att parterna når en samförstånds lösning. Trots detta bör förfarandet emellertid enligt vår uppfattning kunna anses som ett förenklat klagomålsförfarande i den mening som avses i artikel 13.1. Vi anser därför att artikel 13.1 är genomförd i svensk rätt genom möjligheten att ansöka om betalningsföreläggande.

När det gäller kravet på att de aktuella arbetstagarna ska kunna ge in klagomål genom tredje parter så kan en sökande i ett mål om betalningsföreläggande företrädas av ett ombud. Organisationer kan inte vara ombud, men företrädare för dem kan vara det. Denna möjlighet är enligt vår uppfattning tillräcklig för att kravet att klagomål ska kunna ges in genom tredje parter ska vara uppfyllt.

11.2 Tredje parts engagemang i rättsliga eller administrativa förfaranden

Bedömning: Kärande i mål vid domstol, sökande i mål om betalningsföreläggande och verkställighetsärende vid Kronofogdemyndigheten samt utlänningar som ansöker om uppehållstillstånd kan företrädas av ombud. Företrädare för organisationer kan vara ombud. Kravet i artikel 13.2 i direktivet är därför uppfyllt.

Enligt artikel 13.2 i direktivet ska medlemsstaterna säkerställa att tredje parter som i enlighet med de kriterier som fastställs i deras nationella lagstiftning har ett berättigat intresse av att säkerställa att detta direktiv efterlevs får, på den olagligt anställde tredjelandsmedborgarens vägnar eller för att stödja denne, med hans eller hennes tillstånd, engagera sig i de rättsliga eller administrativa förfaranden som finns för att säkerställa efterlevnaden av skyldigheterna enligt direktivet.

Eftersom det är fråga om att tredje parter ska kunna engagera sig på tredjelandsmedborgarens vägnar eller för att stödja denne bör bestämmelsen ta sikte på sådant i direktivet där tredjelandsmedborgaren ska ta initiativet, dvs. möjligheten att framställa krav på innesående ersättning och erhålla verkställighet av dom mot arbetsgivaren avseende sådan ersättning (artikel 6.2 a), möjligheten att få tillfälliga uppehållstillstånd (art. 6.5) och möjligheten att inge klagomål (artikel 13.1). Artikeln bör alltså inte uppfattas så att tredje parter med berättigat intresse ska ha rätt att engagera sig i förfaranden som avser sanktioner och åtgärder som det ankommer på en myndighet att ta initiativ till.

En part i ett mål vid allmän domstol, en sökande i mål om betalningsföreläggande och en sökande i verkställighetsärende vid Kronofogdemyndigheten kan företrädas av ombud och biträdas av rättegångsbiträde (12 kap. rättegångsbalken, 66 § lagen [1990:746] om betalningsföreläggande och handräckning respektive 2 kap. 6 § utsökningsbalken). Detsamma gäller en utlänning som ansöker om uppehållstillstånd (9 § förvaltningslagen [1986:223]). De tredje parter som avses i artikel 13.2 är i första hand organisationer. Organisationer kan som redan påpekats inte vara ombud och biträde, men företrädare för dem kan vara det. Denna möjlighet är enligt vår uppfattning tillräcklig för att Sverige ska uppfylla kraven enligt artikel 13.2.

11.3 Möjlighet att bistå tredjelandsmedborgare med att inge klagomål

Bedömning: Det är inte brottsligt att hjälpa en tredjelandsmedborgare med att inge en ansökan om betalningsföreläggande. Artikel 13.3 i direktivet föranleder därför inte några författningsändringar.

I artikel 13.3 i direktivet föreskrivs att bistående av tredjelandsmedborgare med att inge klagomål inte ska betraktas som hjälp till olaglig vistelse i enlighet med rådets direktiv 2002/90/EG av den 28 november 2002 om definition av hjälp till olaglig inresa, transitering och vistelse.

Enligt artikel 1.1 b i direktiv 2002/90 skulle medlemsstaterna anta lämpliga påföljder för den som i vinstsyfte avsiktligt hjälper en person som inte är medborgare i en medlemsstat att vistas på en medlemsstats territorium i strid mot denna stats lagstiftning om utlännings vistelse. Denna bestämmelse har genomförts i svensk rätt genom 20 kap. 7 § första stycket utlänningslagen (2005:716) som gör det straffbart att genom att dölja en utlänning eller genom någon annan sådan åtgärd hjälpa en utlänning att olovligen uppehålla sig i Sverige om detta görs i vinstsyfte. Att hjälpa en utlänning som vistas olagligt i Sverige med att ansöka om betalningsföreläggande kan inte anses som döljande av utlänning eller annan sådan åtgärd. Några författningsändringar behövs därför inte med anledning av kravet i artikel 13.3.

11.4 Möjlighet att bevilja tillfälliga uppehållstillstånd

Enligt artikel 13.4 i direktivet ska det i medlemsstaternas lagstiftning finnas en möjlighet att i vissa fall bevilja tillfälliga uppehållstillstånd för tredjelandsmedborgare som varit anställda i strid med direktivets förbud. Denna skyldighet har behandlats i avsnitt 7.12.

12 Inspektioner

12.1 Inledning

I detta kapitel redogör vi först för bestämmelserna i artikel 14 i direktivet samt för de nu gällande svenska bestämmelser som reglerar polisens befogenheter att göra inspektioner. Därefter beskriver vi vilka arbetsplatskontroller som utförs av olika myndigheter i dag och på vilka rättsliga grunder det sker. Slutligen följer en redovisning av våra överväganden i fråga om hur artikel 14 i direktivet ska genomföras.

12.2 Direktivets bestämmelser

I artikel 14.1 anges att medlemsstaterna ska säkerställa att effektiva och lämpliga inspektioner genomförs på deras territorium 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.

Enligt artikel 14.2 ska medlemsstaterna, för att effektivisera inspektionerna, på grundval av en riskbedömning regelbundet identifiera de verksamhetssektorer på deras territorier där det är vanligt med anställning av tredjelandsmedborgare som vistas olagligt. Medlemsstaterna ska för var och en av dessa sektorer varje år före den 1 juli informera kommissionen om de inspektioner, både i absoluta tal och som en procentuell andel av arbetsgivarna inom varje sektor, som utförts under föregående år tillsammans med resultatet av dem.

Motivet till artikel 14 är enligt skäl 28 att säkerställa en tillfredsställande efterlevnad av direktivet och i största möjliga utsträckning minska skillnaderna i efterlevnad mellan medlemsstaterna. I skäl 29 anges att medlemsstaterna bör uppmuntras att varje år fastställa ett nationellt mål för antalet inspektioner i de verksamhetssektorer på

deras territorium där det är vanligast med anställning av tredjelandsmedborgare som vistas olagligt.

För att öka effektiviteten hos de inspektioner som genomförs med tillämpning av direktivet bör medlemsstaterna enligt skäl 30 säkerställa att nationell lagstiftning ger de behöriga myndigheterna tillräckliga befogenheter att utföra inspektionerna, att information om anställning av personer som vistas olagligt, inbegripet resultatet av tidigare inspektioner, samlas in och behandlas för att direktivet ska genomföras på ett effektivt sätt samt att det finns tillgång till tillräcklig personal med de färdigheter och kvalifikationer som behövs för att effektivt genomföra inspektionerna.

Det anges vidare i skäl 31 att medlemsstaterna bör säkerställa att de inspektioner som genomförs med tillämpning av direktivet inte påverkar vare sig antalet eller kvaliteten på de inspektioner som genomförs för att bedöma anställnings- och arbetsförhållanden.

När det gäller utstationerade arbetstagare som är tredjelandsmedborgare får medlemsstaternas inspektionsmyndigheter enligt skäl 32 utnyttja det samarbete och informationsutbyte som föreskrivs i Europaparlamentets och rådets direktiv 96/71/EG av den 16 december 1996 om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster¹ för att kontrollera att den berörda tredjelandsmedborgaren är lagligen anställd i ursprungsmedlemsstaten.

Slutligen kan i sammanhanget nämnas att det i skäl 35 anges att all behandling av personuppgifter i samband med genomförandet av direktivet bör ske i enlighet med Europaparlamentets och rådets direktiv 95/46/EG av den 24 oktober 1995 om skydd för enskilda personer med avseende på behandling av personuppgifter och om det fria flödet av sådana uppgifter².

12.3 Gällande rätt

12.3.1 Regeringsformen

Enligt 2 kap. 6 § regeringsformen (RF) är varje medborgare gentemot det allmänna skyddad mot bland annat kroppsvisitation, husrannsakan och liknande intrång. Inskränkningar i dessa fri- och rättigheter får enligt 2 kap. 12 § RF i den utsträckning som medges i 13–16 §§ begränsas genom lag. Efter bemyndigande i lag får de begränsas

¹ EGT L 18, 21.1.1997, s. 1.

² EGT L 281, 23.11.1995, s. 31.

genom annan författning i vissa särskilt angivna fall som inte är tillämpliga i detta sammanhang. Begränsning får dock göras endast för att tillgodose ändamål som är godtagbart i ett demokratiskt samhälle. Begränsningen får aldrig gå utöver vad som är nödvändigt med hänsyn till det ändamål som har föranlett den och inte heller sträcka sig så långt att den utgör ett hot mot den fria åsiktsbildningen såsom en av folkstyrelsens grundvalar. Begränsning får inte göras enbart på grund av politisk, religiös, kulturell eller annan sådan åskådning.

I 13–14 §§ anges ytterligare begränsningar i fråga om inskränkningar av vissa grundläggande friheter. Att lagar och andra föreskrifter inte får innebära att någon medborgare missgynnas därför att han eller hon med hänsyn till ras, hudfärg eller etniskt ursprung tillhör en minoritet framgår av 15 §. I 16 § anges att de inte heller får innebära att någon missgynnas på grund av kön.

Enligt förarbetena till regeringsformen (prop. 1973:90 s. 246) förstås med husrannsakan i grundlagens mening varje av myndighet företagen undersökning av hus, rum eller slutet förvaringsställe, oavsett syftet med undersökningen. Genom att bestämmelsen även omfattar "liknande intrång" bereder den emellertid skydd också mot intrång som inte sker i undersökningssyfte (prop. 1975/76:209 s. 147).

De ändringar i regeringsformen som förväntas träda i kraft den 1 januari 2011 innebär inte några ändringar i sak som är av betydelse i detta sammanhang utom såvitt gäller den nuvarande 15 § (12 § i den reformerade RF).³ Uttrycket "ras" har tagits bort ur bestämmelsen. I stället avgränsas tillämpningsområdet till missgynnande som sker med hänsyn till etniskt ursprung, hudfärg eller annat liknande förhållande. Med uttrycket "annat liknande förhållande" åsyftas i första hand föreställningar om ras (prop. 2009/10:80 s. 252).

12.3.2 Den inre utlänningskontrollen

Kontroll av utlänningars rätt att vistas här i landet sker vid den yttre gränsen i samband med att utlänningen reser in i Sverige, s.k. gränskontroll. Kontroll av rätten att vistas här kan ske även inne i landet och kallas då för inre utlänningskontroll. Den syftar dels till att övervaka att utlänningar inte uppehåller sig här i landet utan nödvändiga tillstånd, dels till att söka efter utlänningar som ska lämna

³ Nuvarande 12 § motsvaras av 20–22 §§, nuvarande 13 § av 23 §, nuvarande 14 § av 24 §, nuvarande 15 § av 12 § och nuvarande 16 § av 13 § efter grundlagsändringen (prop. 2009/10:80).

landet enligt beslut om avvisning eller utvisning. Det är polisen som har ansvaret för denna kontroll.

Enligt 9 kap. 9 § utlänningslagen (2005:716) (UtlL) är en utlänning som vistas i Sverige skyldig att på begäran av en polisman visa upp pass eller andra handlingar som visar att han eller hon har rätt att uppehålla sig i Sverige. Utlänningen är också skyldig att efter kallelse av Migrationsverket eller polismyndigheten komma till verket eller myndigheten och lämna uppgifter om sin vistelse här i landet. Av andra stycket i nämnda paragraf framgår att Kustbevakningen ska medverka i polisens kontrollverksamhet genom kontroll av och i anslutning till sjötrafiken.

Enbart den omständigheten att en utlänning är skyldig att på begäran av en polisman visa upp sitt pass är inte liktydigt med att varje utlänning ska kontrolleras. Inre utlänningskontroll får enligt paragrafens tredje stycke vidtas endast om det finns grundad anledning att anta att utlänningen saknar rätt att uppehålla sig här i landet eller om det annars finns särskild anledning till kontroll. Bakgrunden till bestämmelsen var att Justitieombudsmannen (JO) i ärenden om utlänningskontroll år 1980 och 1981 (dnr 762–1980 och 1377–1981) framhållit att ”enbart det förhållandet att en person har ett utseende som uppfattas som utländskt inte kan ge tillräcklig anledning att hejda vederbörande på gatan och inleda utlänningskontroll”. I förarbetena till utlänningslagen (prop. 1988/89:86 s. 172 f.) uttalas bland annat att en utlännings uppträdande eller umgänge ibland kan ge anledning misstänka att han eller hon inte har rätt att vistas här i landet. I sådana fall får kontrollåtgärder enligt 9 kap. 9 § UtlL företas. Inre utlänningskontroll får dock alltså inte göras slumpmässigt eller i spaningssyfte.

Det finns inte någon närmare reglering av förutsättningarna för och tillvägagångssättet vid den inre utlänningskontrollen. Som allmän utgångspunkt gäller dock, enligt den allmänna bestämmelsen i 1 kap. 8 § UtlL, att lagen ska tillämpas så att utlänningars frihet inte begränsas mer än vad som är nödvändigt i varje enskilt fall. Detta gäller självfallet även vid utövandet av den inre utlänningskontrollen. I 8 § polislagen (1984:387) föreskrivs att en polisman som har att verkställa en tjänsteuppgift under iakttagande av vad som föreskrivs i lag eller annan författning ska ingripa på ett sätt som är försvarligt med hänsyn till åtgärdens syfte och övriga omständigheter. Måste tvång tillgripas, ska det ske endast i den form och den utsträckning som behövs för att det avsedda resultatet ska uppnås.

I Rikspolisstyrelsens föreskrifter (273-1 RPS F) för den inre utlänningskontrollen, utfärdade den 16 januari 1986, anges att den inre utlänningskontrollen i första hand ska inriktas på att efterspana utlännningar beträffande vilka det föreligger beslut om avvisning eller utvisning. Dessutom ska eftersträvas att övervaka att en utlänning inte vistas eller arbetar i Sverige utan att ha pass och nödvändigt tillstånd. En person får enligt föreskrifterna ”inte kontrolleras enbart därför att han på grund av hudfärg, språk, namn, beteende eller eljest kan antas vara utlänning”.

Utlänningslagen innehåller inte några befogenheter att använda kontroll- eller tvångsåtgärder, såsom kroppsvisitation eller husrannsakan, i samband med inre utlänningskontroll (vid inresekontroll kan däremot kroppsvisitation ske, se 9 kap. 2 § UtlL). Utlänningen är dock skyldig att inställa sig hos polisen eller Migrationsverket och också att stanna kvar för utredning under högst sex timmar. Enligt polislagen har emellertid polisen vissa befogenheter att tillgripa tvångsåtgärder även utanför det straffprocessuella området, t.ex. för att utföra kontrolluppgifter. Om polisen i sin löpande verksamhet av en eller annan anledning finner skäl att anta att en viss person befinner sig olovligen i Sverige, ska en förundersökning inledas. Därefter kan polisen tillämpa de kontroll- och tvångsåtgärder som regleras i rättegångsbalken.

Arbetet med den inre utlänningskontrollen initieras bland annat av olika anmälningar rörande utlännningar som under sin vistelse i Sverige kommer i kontakt med olika myndigheter (se prop. 2003/04:35 s. 26). Av bestämmelserna i 7 kap. 1 § utlänningsförordningen (2006:97) (UtlF) följer att bland annat Skatteverket, arbetsförmedlingskontor och socialnämnd ska underrätta polismyndigheten vid den första kontakten med en utlänning som inte har eller visar att han eller hon har sökt uppehållstillstånd i Sverige och som inte är undantagen från skyldigheten att ha sådant tillstånd. Polismyndigheten ska med anledning av en sådan underrättelse se till att utlänningen ansöker om uppehålls- eller arbetstillstånd hos Migrationsverket eller vidta de andra åtgärder som underrättelsen ger anledning till. Avsikten med dessa bestämmelser är att möjliggöra den inre utlänningskontrollen.

Förutom underrättelser från myndigheter får polismyndigheterna inte sällan tips och uppgifter från allmänheten, såväl från namngivna personer som från anonyma, om att utlännningar vistas eller arbetar på uppgivna adresser utan att ha de tillstånd som krävs. Även hotell-

kontrollen kan ge upphov till att en inre utlänningskontroll vidtas (SOU 2004:110 s. 126).

Inre utlänningskontroll bedrivs också i samband med andra åtgärder som ingår i polisens verksamhet (prop. 2003/04:35 s. 26). Att utläningar som vistas i Sverige har nödvändiga tillstånd kontrolleras ibland i samband med exempelvis kontroller av arbetsplatser, näringsställen och klubblokaler, vid trafikkontroller samt vid sedvanliga polisingripanden av olika slag. Det förefaller dock vara oklart vad som krävs för att en polisman vid en trafikkontroll eller annan rutinkontroll ska ha rätt att också göra en utlänningskontroll (SOU 2004:110 s. 126).

Den inre utlänningskontrollen sker dessutom genom spaningsverksamhet. I Rikspolisstyrelsens föreskrifter understryks att det för kontroll bör krävas att det finns skäligen misstanke att en utlännings saknar tillstånd eller att det annars kan bli aktuellt med avvisning/utvisning eller verkställighet (Wikrén/Sandesjö s. 471).

12.3.3 Husrannsakan

Bestämmelser om husrannsakan inom straffprocessen finns i 28 kap. rättegångsbalken. Husrannsakan får användas endast i syfte att utreda brott. Åtgärden får alltså inte ha till syfte att upptäcka eller förebygga brott.

En husrannsakan kan vara antingen reell eller personell, dvs. avse antingen föremål eller personer. Om det finns anledning att anta att ett brott har begåtts på vilket fängelse kan följa, får enligt 28 kap. 1 § rättegångsbalken husrannsakan företas i hus, rum eller slutet förvaringsställe för att söka efter föremål som kan tas i beslag eller i förvar eller annars för att utröna omständigheter som kan vara av betydelse för utredning om brottet eller om visst slag av förverkande (reell husrannsakan). Beviskravet "finns anledning" är detsamma som gäller för att inleda förundersökning (23 kap. 1 § rättegångsbalken). JO har i flera ärenden uttalat som princip att uppgifter som lämnas i anonyma anmälningar eller tips inte ensamma kan läggas till grund för en bedömning av om förutsättningar föreligger för att tillgripa ett straffprocessuellt tvångsmedel (JO 1991/92 s. 47 och 112). Det är enligt JO en annan sak att man genom t.ex. spaning föranledd av anonyma uppgifter eller på annat sätt kan få fram kompletterande information som utgör ett tillräckligt underlag för att en tvångsåtgärd ska vara tillåten.

En viktig princip vid tvångsmedelsanvändning är den s.k. ändamålsprincipen. Innebörden av den är att tvångsmedel får utnyttjas endast för de i lagen angivna syftena, och vid verkställigheten får de inte syfta till annat än som beslutats i det särskilda fallet (JO 1990/91 s. 66). Det huvudsakliga syftet med åtgärden får med andra ord inte vara att komma över information om något annat brott än det som utgör grund för beslutet om husrannsakan. JO har uttalat att gällande regler inte inrymmer en möjlighet att tillämpa husrannsakan som en allmän kontrollåtgärd för att undersöka om den misstänkte har gjort sig skyldig till en mer omfattande brottslighet än den som kan antas på de föreliggande omständigheterna (JO 1988/89 s. 67).

I 28 kap. 2 § rättegångsbalken finns bestämmelser om s.k. personell husrannsakan. För att söka efter en person som ska gripas, anhållas eller häktas får husrannsakan företas hos honom eller henne, eller hos någon annan, om det finns synnerlig anledning att anta att den sökta uppehåller sig där. JO har uttalat att formuleringen närmast torde få tolkas som att det ska föreligga en faktisk omständighet som påtagligt visar att man med fog kan förvänta sig att den eftersökte finns hos den där husrannsakan företas (JO 1985/86 s. 125).

Enligt 28 kap. 3 § första stycket rättegångsbalken får husrannsakan ske i en lokal som är tillgänglig för allmänheten för ändamål som avses i 1 eller 2 §, även om inte de övriga förutsättningar som anges där är uppfyllda. Enligt andra stycket gäller detta även i fråga om lokaler som utgör tillhåll för kriminella personer. Bestämmelsen innebär vissa lättnader i förhållande till vad som gäller enligt 1 och 2 §§. När det är fråga om en sådan lokal som avses i paragrafen krävs således inte att någon är skäligen misstänkt för brottet eller att det förekommer synnerlig anledning att man ska påträffa något av betydelse för brottsutredningen. Till skillnad från 1 § ställer bestämmelsen vidare inte upp något krav i fråga om brottets svårhetsgrad. Därför kan också misstankar om rena bötesbrott läggas till grund för husrannsakan med stöd av denna paragraf. Husrannsakan med stöd av 3 § får dock vidtas endast som ett led i en brottsutredning eller för sådant eftersökande som anges i 2 §. Det är alltså uteslutet att tillämpa bestämmelsen i brottsförebyggande syfte. JO har uttalat att bestämmelsen inte kan läggas till grund för rutinmässiga undersökningar rörande ett antal uppklarade brott (JO 1993/94 s. 97).

Enligt 28 kap. 3 a § rättegångsbalken gäller att husrannsakan får beslutas endast om skälen för åtgärden uppväger det intrång eller

men i övrigt som åtgärden innebär för den misstänkte eller för något annat motstående intresse.

En grundförutsättning för att husrannsakan ska få vidtas med stöd av reglerna i 28 kap. 1 § rättegångsbalken är att det föreligger misstanke om brott för vilket är föreskrivet fängelse. För brott mot 20 kap. 5 § UtL kan dömas till fängelse endast om omständigheterna är försvårande. Som vi utvecklat närmare i avsnitt 4.4.5.4 anses emellertid enligt vedertagen uppfattning i sådana fall endast en straffskala föreligga. Det innebär att det maximum som gäller vid försvårande omständigheter ska beaktas oberoende av huruvida sådana omständigheter åberopas i det särskilda fallet. Slutsatsen är således att det är möjligt att fatta beslut om husrannsakan vid misstanke om brott mot 20 kap. 5 § UtL, om också övriga förutsättningar är uppfyllda.

Bestämmelser om husrannsakan utanför det straffprocessuella området finns i 20 § polislagen. Enligt den paragrafen har en polisman befogenhet att, för att söka efter en person som med laga stöd ska omhändertas, bereda sig tillträde till den eftersöktes bostad eller till annat hus, rum eller ställe som tillhör eller disponeras av honom eller henne. Detsamma gäller i fråga om en lokal som är tillgänglig för allmänheten. Finns det synnerliga skäl att anta att den eftersökte uppehåller sig hos annan, får polismannen bereda sig tillträde även dit.

Vid polislagens införande uttalade departementschefen angående 20 § polislagen att den paragrafen innebär att polisen inte får bereda sig tillträde till vad som i rättegångsbalken kallas ”tillhåll” annat än för att söka efter en bestämd person, låt vara att denne inte nödvändigtvis behöver vara känd till namnet (prop. 1983/84:111 s. 129).

12.3.4 Kontroll av registreringskort på hotell m.m.

I 6 kap. 13 § UtL finns en bestämmelse som innebär att den som driver hotell, pensionat eller annan yrkesmässig uthyrningsverksamhet för övernattnings ska se till att utlänningar på ett egenhändigt undertecknat registreringskort lämnar uppgifter om sig. Utlänningen ska styrka sin identitet med en giltig legitimationshandling. Rikspolisstyrelsen får meddela föreskrifter om vilka uppgifter som ska lämnas. Rikspolisstyrelsen har med stöd av detta bemyndigande meddelat föreskrifter (RPSFS 2008:10). I 7 § anges att, om en polismyndighet begär det, registreringskortet ska företes utan dröjsmål. I sina allmänna råd anger Rikspolisstyrelsen att kontroll av korten

kan ske vid besök hos den registreringsansvarige eller genom att polismyndigheten särskilt begär att uppgifterna lämnas ut till myndigheten.

Bestämmelsen i 6 kap. 13 § UtIF har införts för att uppfylla Sveriges åtaganden med anledning av Schengenkonventionen (art. 45). Syftet med bestämmelsen är att korten vid behov ska kunna användas bland annat för att möjliggöra skyddsåtgärder vid hot samt för straffrättsliga förfaranden och för efterforskning av försvunna personer. Avsikten är däremot inte att polismyndigheten ska företa någon generell kontroll av korten (Wikrén/Sandesjö s. 471).

12.3.5 Kompensatoriska åtgärder inom Schengensamarbetet

När Sverige blev operativ medlem i Schengensamarbetet den 25 mars 2001 avskaffades personkontrollen vid den inre gränsen samtidigt som personkontrollen vid den yttre gränsen förstärktes och utresekontroll infördes. Delar av Schengenkonventionen ersattes 2006 av kodexen om Schengengränserna⁴. För att förhindra att människosmuggling och annan gränsöverskridande brottslighet underlättas innefattar gränskodexen en rätt för medlemsstaterna att utöva polisiära befogenheter inom hela det egna området (artikel 21.a). Detta brukar kallas kompensatoriska åtgärder och innefattar bland annat inre utlänningskontroll. Gränskodexen ger också möjlighet att ha föreskrifter om bland annat skyldighet att inneha, medföra och visa upp av Schengenstaten föreskrivna handlingar (artikel 21.c) och att föreskriva anmälningsskyldighet för utlänningar (artikel 21.d). Staterna har också förbundit sig att bistå varandra och ha ett nära och kontinuerligt samarbete för att genomföra en effektiv gränskontroll (artikel 16). Gränskontrollen bör bidra till kampen mot olaglig invandring och människohandel samt till förebyggande av alla typer av hot mot medlemsstaternas inre säkerhet, allmänna ordning, folkhälsa och internationella förbindelser (skäl 6).

⁴ Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 562/2006 av den 15 mars 2006 om en gemenskapskodex om gränspassage för personer (kodex om Schengengränserna) (EUT L 105, 13.4.2006, s. 1).

12.4 Vilka arbetsplatskontroller utförs i dag?

12.4.1 Polisens arbetsplatskontroller⁵

Polisen genomför redan i dag arbetsplatskontroller i olika former. Ofta sker kontrollerna i samarbete med andra myndigheter. Vid vissa inspektioner deltar gränspolisenheter och kontrollerar bland annat arbetstillstånd (t.ex. Operation Krogsanering, se avsnitt 12.4.2). Tillsyn enligt alkohollagen av alkoholutskänkning och nykterhet sker ofta i samarbete mellan närpolisen och kommunernas tillståndsenheter (se avsnitt 12.4.4). Det är vidare vanligt att polisen biträder Skatteverket vid dess inspektioner enligt lagen om kassaregister och vid kontroller av personalliggare i restaurang- respektive frisörverksamhet (se avsnitt 12.4.3).

Polisen har inte någon befogenhet att göra slumpmässiga kontroller på egen hand. Det innebär att polisen kan göra inspektioner endast i de fall då de har fått tips eller information som utgör tillräcklig grund för att utföra inre utlänningskontroll med stöd av 9 kap. 9 § UtL och vid behov husrannsakan enligt 20 § polislagen eller, vid misstanke mot en arbetsgivare om brott som avses i 20 kap. 5 § UtL, husrannsakan enligt rättegångsbalkens bestämmelser. Efter tips kan polisen inleda spaning och på så sätt få tillräckligt med underlag för att göra kontroller. Det kan dock vara svårt att avsätta resurser till spaning. De kontroller som polisen utför på egen hand är alltså underrättelsebaserade.

Underrättelser kommer från såväl myndigheter, främst Skatteverket, Migrationsverket, Försäkringskassan och Kronofogdemyndigheten, men även från allmänheten och från konkurrenter till den som kontrolleras. Informationen samlas hos Gränspolisavdelningens KUT-grupp (kriminal underrättelsetjänst) som sedan vidarebefordrar underrättelserna till spaningssektionen.

Vid de företagsbesök som gränspolisen gör i samarbete med bland annat Skatteverket och de kommunala tillståndsenheterna kan det uppstå misstanke om brott eller finnas anledning anta att en anställd vistas här olagligt. Polisen kan då ingripa och kontrollera pass och andra handlingar. Ibland görs även kontroller av hotelliggare beträffande uppgifter om utlänningsvilket har lett till en del upptäckter av personer som vistas här olagligt.

⁵ Avsnittet bygger på information som har inhämtats från gränspolisenheter i Göteborgs, Norrbottens, Skåne, Stockholms och Västerbottens län.

Sett till hela landet är det sannolikt framför allt i restaurangbranschen samt städ- och hotellbranscherna som det förekommer anställda som vistas olagligt. I Norrlandslänen är det i övrigt mest på marknader och vid festivaler och dylikt som det förekommer, liksom vid bärplockning och asfaltläggning.

Det finns geografiska skillnader när det gäller hur många planerade kontroller som görs per år. I Stockholms län utförs de egentliga arbetsplatskontrollerna av Gränspolisens spaningssektion som avsatt en speciell grupp för inre utlänningskontroll där arbetsplatskontroller ingår. Sedan flera år tillbaka ingår det som ett separat mål i verksamheten att utföra ett angett minimum av arbetsplatskontroller. För 2010 har målet satts till 120 inspektioner. Under 2009 utfördes 165 arbetsplatskontroller av Gränspolisens i Stockholm. I Skåne län har målsättningen för 2010 varit att göra 20 företagskontroller, och det målet var uppfyllt redan i april 2010. Företagskontroller görs där främst på sådana företag som är öppna för allmänheten, t.ex. restauranger, grossistföretag inom livsmedelsbranschen, tvätthallar, växthusinrättningar och företag som säljer exempelvis kläder.

12.4.2 Samordnad tillsyn

Operation Krogsanering

I Stockholms län finns sedan 1993 en regionalt samordnad tillsyn av restaurangbranschen. Verksamheten, som kallas Operation Krogsanering, syftar till att avslöja svart arbetskraft, bidragsfusk och andra slag av ekonomisk brottslighet i restaurangbranschen. Även servering av alkohol till underåriga eller berusade personer samt brott mot livsmedels- och räddningstjänstlagen kontrolleras. De myndigheter som deltar i verksamheten är Länsstyrelsen i Stockholms län, kommunerna (social- och miljöförvaltningarna), Polisen, Skatteverket, Ekobrottsmyndigheten, Räddningstjänsten, Försäkringskassan och Kronofogden. Varje myndighet kontrollerar det som hör till dess ansvarsområde, bland annat alkoholserving, brandskydd, miljö/hälsa, skatteredovisning och arbetstillstånd. Det är länsstyrelsen som samordnar verksamheten och planerar inspektionerna tillsammans med en ledningsgrupp som består av länsstyrelsen, Polisens tillståndsgrupp, Skatteverket och Stockholms stad.

Varje år görs 18–20 gemensamma insatser, och vid varje tillfälle kontrolleras 6–10 restauranger. Under ett år kontrolleras med andra

ord uppemot 200 restauranger i länet. Urvalet av vilka restauranger som ska besökas görs utifrån underrättelser om var det kan förekomma oegentligheter. Det är således inte fråga om någon stickprovskontroll.

Samordnad tillsyn i Västra Götalands län

Även i Västra Götalands län har det förekommit samarbete i fråga om tillsyn. Kommunerna genomförde med stöd av Skatteverket samordnad tillsyn under 2005. Länsstyrelsen har inte haft något samordningsansvar.

Ett delprojekt i den samordnade tillsynen har varit projektet Vita Kusten som innebar att ett antal myndigheter under högsäsongen kontrollerade restauranger och tillfällig handel framför allt i kommunerna utmed Bohuskusten. I projektet har berörda kommuners alkoholhandläggare, Skatteverket, länsstyrelsen, gränspolisen, Ekobrottsmyndigheten, Tullverket, Försäkringskassan, Räddningstjänsten samt närpolisen deltagit. Kontroller av restauranger med alkohol-tillstånd gjordes med stöd av alkohollagen, medan kontroller av tillfällig handel skedde med stöd av lagen om särskild skattekontroll av torg- och marknadshandel m.m. Det var Skatteverket som hade samordningsansvaret för den övergripande insatsen för Vita Kusten. Vid tillsynen fanns representanter för Skatteverket med som sakkunnigt biträde till berörda kommuner. Länsstyrelsen har till uppgift att stötta kommunerna med råd och stöd. Polispersonal från Ekobrottsmyndigheten medverkade för att kunna bistå berörda kommuner, om misstankar om ekonomisk brottslighet skulle uppkomma. Övriga myndigheter har agerat utifrån egna befogenheter.

Under 2005 utfördes 350 samordnade kontroller inom länet. Polisen medverkade regelbundet vid kommunernas restaurangtillsyn. Vid samordnad tillsyn kan det bli aktuellt med polisiära ingripanden såsom beslag av alkoholdrycker men även omhändertagande av arbetstagare som vistas här olagligt. Såväl närpolisen som gränspolisen har deltagit vid inspektionerna. Under senare år har samarbetet inte varit lika aktivt.

12.4.3 Skatteverkets inspektioner

Skatteverket utövar tillsyn över lagen (2006:757) om särskild skattekontroll i vissa branscher. I den lagen föreskrivs att i näringsverksamheter som avser restauranger och hårvård ska en personalliggare föras om det finns någon anställd. Varje verksamhetsdag ska i personalliggaren antecknas namn och personnummer eller samordningsnummer på personer som är verksamma i näringsverksamheten och tidpunkten då respektive persons arbetspass påbörjas respektive avslutas. Skatteverket har befogenhet att göra kontrollbesök i verksamhetslokalen för att identifiera de personer som är verksamma i en näringsverksamhet. Kontrollbesök får ske utan föregående anmälan. Vid ett sådant besök kan Skatteverkets handläggare begära att en person som utför eller kan antas utföra arbetsuppgifter i verksamheten styrker sin identitet. Uppgifterna får stämmas av mot personalliggaren. Om en person vägrar att legitimera sig, har Skatteverket däremot inte befogenhet att använda tvångsmedel. Vid misstanke om att något inte står rätt till eller om det bedöms att ett besök kan leda till en farlig situation, får Skatteverket begära bistånd av polisen som har befogenhet att kontrollera pass och andra identitetshandlingar.

Skatteverket utför även kontroller enligt lagen (2007:592) om kassaregister m.m. Skyldighet att använda kassaregister gäller med vissa undantag för den som i näringsverksamhet säljer varor eller tjänster mot kontant betalning. Med kontant betalning likställs betalning med kontokort (6 §). I lagen föreskrivs att all försäljning och annan löpande användning av ett kassaregister ska registreras i ett kassaregister. Den som omfattas av lagens skyldigheter ska till Skatteverket anmäla de kassaregister som finns i verksamheten. I syfte att utöva tillsyn över lagen har Skatteverket rätt att få tillträde till verksamhetslokaler där verksamheten bedrivs. Inspektionsbesök får göras utan föregående underrättelse (15 §). Om Skatteverket begär det, ska polisen lämna det biträde som behövs för tillsynen (20 §). Skatteverket har befogenhet att utfärda förelägganden, vid behov förenade med vite, mot näringsidkare som inte fullgör sin skyldighet samt i vissa fall att ta ut kontrollavgift av näringsidkare.

12.4.4 Kommunernas inspektioner

Kommunerna har tillsammans med polismyndigheterna ansvar för den omedelbara tillsynen av efterlevnaden av bestämmelserna i alkohollagen om servering av spritdrycker, vin och starköl, liksom tillsyn över servering av och detaljhandel med öl (8 kap. 1 § alkohollagen [1994:1738]). Tillsynen bedrivs som inre respektive yttre tillsyn. Inre tillsyn innebär bland annat kontroll och uppföljning av tillståndshavarens personliga och ekonomiska förhållanden, underättelser från andra myndigheter m.m. Den yttre tillsynen utgörs av besök på restauranger med tillstånd för att kontrollera att verksamheten bedrivs enligt alkohollagens bestämmelser.

Om en tillsynsmyndighet begär det, ska en tillståndshavare lämna tillträde till ett driftställe med tillhörande lokaler och tillhandahålla de handlingar som rör verksamheten samt utan ersättning hjälpa till vid tillsynen, lämna varuprover och redovisa vissa uppgifter (8 kap. 4 § alkohollagen). En tillsynsmyndighet har också rätt att få tillträde till en lokal för servering av eller detaljhandel med öl, om det behövs för att utöva tillsyn (8 kap. 6 § alkohollagen).

12.4.5 Arbetsmiljöverkets inspektioner

Enligt 5 § arbetsmiljölagen har tillsynsmyndigheten (Arbetsmiljöverket) för att utöva tillsyn enligt lagen tillträde till arbetsställe och får där göra undersökningar och ta prov. Polismyndighet är skyldig att lämna den handräckning som behövs för att tillsyn enligt lagen ska kunna utövas.

En stor del av Arbetsmiljöverkets tillsynsverksamhet är planerad och inriktar sig på arbetsplatser som bedöms som riskutsatta. Det bedrivs även projekt och kampanjer som övergripande berör särskilda problem eller branscher. En del av inspektionerna sker dock på förekommen anledning, dvs. att verket har fått indikationer på att det förekommer arbetsmiljömässiga brister på en arbetsplats.

De planerade inspektionerna anmäls alltid i förväg. Andra inspektioner kan däremot göras utan föregående anmälan. Vid en arbetsplatsinspektion talar verkets inspektörer i allmänhet med arbetsgivarens representant, t.ex. en platschef eller en arbetsledare. Om det finns någon representant för de anställda, t.ex. ett skyddsombud, talar inspektörerna även med denne.

Arbetsmiljöverkets inspektionsbesök har till syfte att stärka arbetsplatsens egen förmåga att förebygga risker samtidigt som arbetsgivaren får besked om vad som behöver göras. Vid inspektionsbesöken eftersträvas en dialog mellan inspektör, arbetsgivare och skyddsombud. Inspektören påtalar och åskådliggör de brister som finns i verksamheten, förklarar vilka riskerna är och informerar om vilka regler som gäller.

Arbetsmiljöverket kan begära att arbetsgivaren presenterar en lista över de anställda. Däremot kan verket inte begära att de anställda legitimerar sig. Om verket vid en inspektion fattar misstankar om att en anställd saknar nödvändiga tillstånd, görs en polisanmälan. Det är ganska ofta som inspektörerna på byggarbetsplatser och restauranger stöter på anställda som vistas i landet olagligt. Kontakt tas då med polisen och Migrationsverket.

Arbetsmiljöverket är förbindelsekontor enligt utstationeringsdirektivet⁶. Det innebär att verket ska hjälpa till med information till utländska arbetsgivare och arbetstagare som är verksamma i Sverige om vilka regler och kollektivavtalsvillkor som gäller i Sverige. Uppdraget avser arbetstagare som är utstationerade till Sverige från ett annat land.

12.5 En jämförelse med Finland och Norge

I Finland övervakar Arbetarskyddsförvaltningen inte bara arbetsmiljön utan även arbetsvillkor och andra förhållanden som i Sverige överlämnats till arbetsmarknadens parter att komma överens om och bevaka. Det är även Arbetarskyddsförvaltningen som utövar tillsyn över att arbetsgivare som sysselsätter utländsk arbetskraft gör det enligt de regler som finns. Under 2008 avsåg tillsynen över utländsk arbetskraft särskilt byggnads-, städ-, transport-, hotell- och restaurangbranscherna samt metallindustrin. Vid inspektionerna kontrolleras bland annat utländska arbetstagares rätt att arbeta och deras anställningsvillkor.

Målet 2008 var att genomföra omkring 360 arbetarskyddsinspektioner, varav de flesta var arbetsplatsinspektioner. År 2007 genomfördes 329 arbetsplatsinspektioner. Tillsynsobjekten hade 18 813 ar-

⁶ 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. 1–6.

betstagare, och ca 14 procent av dessa var utländska arbetstagare. Av de utländska arbetstagarna saknade en femtedel rätt att arbeta.

I Norge gäller sedan den 1 januari 2008 att alla som arbetar på bygg- och anläggningsarbetsplatser ska bära ett id-kort synligt på sig. Det gäller oavsett om arbetsgivaren är norsk eller utländsk och även för hantverkare som bygger eller renoverar ett privat hus. Kort ställs ut endast för arbetstagare som är registrerade i alla relevanta register, såsom skatterregistret. Motsvarigheten till Arbetsmiljöverket, Arbeidstilsynet, som tillsammans med Petroleumstilsynet utövar tillsyn över bestämmelserna, har befogenhet att vid inspektioner kräva att de anställda visar upp id-korten. Enligt ett pressmeddelande den 8 mars 2010 har Arbeidsdepartementet sänt ut ett förslag om att införa krav på id-kort i renhållningsbranschen på remiss. Syftet är att motverka social dumpning och öka seriositeten i branschen. Förslaget innebär vidare att det ska upprättas ett register över renhållningsverksamheter som har fått id-kort utställda för sina anställda.

12.6 Överväganden

12.6.1 Inspektioner

Förslag: I 6 kap. UtlF förs in en bestämmelse om att polisen utför inspektioner hos arbetsgivare för att utreda brott som avses i 20 kap. 5 § UtlL.

Bedömning: Polisens nuvarande befogenheter är tillräckliga för att genomföra föreskrivna inspektioner.

I vårt uppdrag ingår att utreda hur direktivets krav på effektiva och lämpliga inspektioner kan säkerställas för kontroll av anställning av tredjelandsmedborgare som saknar rätt att vistas i landet och att föreslå vilken eller vilka myndigheter som ska utföra inspektioner av arbetsplatser. Enligt våra direktiv ska förslagen utformas så att arbetsgivarnas administrativa kostnader begränsas utan att andra viktiga intressen eftersätts. Inspektionerna ska göras i första hand på grundval av en riskbedömning. Denna bedömning ska utföras av de behöriga myndigheterna i respektive medlemsstat.

Inspektionerna ska således vara ”effektiva och lämpliga”. I kommissionens ursprungliga förslag till nuvarande artikel 14 (då artikel 15) angavs uttryckligen att medlemsstaterna skulle se till att minst

tio procent av samtliga företag på deras territorium varje år skulle inspekteras för kontroll av huruvida de anställer tredjelandsmedborgare som vistas olagligt i EU (KOM[2007] 249 slutlig). Enligt nuvarande lydelse finns inget kvantitativt mål och det som ska kontrolleras är ”anställning av tredjelandsmedborgare som vistas olagligt”. Inspektionerna ska göras i första hand på grundval av en riskbedömning, men det är i övrigt upp till varje medlemsstat att avgöra hur, när och var inspektionerna ska göras.

Det finns i dag inte någon myndighet som har ett direkt tillsynsansvar över om utlänningar som arbetar hos arbetsgivare etablerade i Sverige har nödvändiga tillstånd. Att ha en utlänning i sin tjänst som inte har tillstånd att arbeta här i landet utgör ett brott enligt 20 kap. 5 § UtL. En utlänning som vistas här i landet utan att ha föreskrivet tillstånd eller som arbetar här i avsaknad av föreskrivet arbetstillstånd gör sig också skyldig till brott (20 kap. 1 resp. 3 §§ UtL). Dessa brott hör under allmänt åtal, och därmed är det en uppgift för polisen att bedriva spaning och genomföra utredningar. Om polisen i sin löpande verksamhet av en eller annan anledning finner skäl att anta att en viss person befinner sig olovligen i Sverige, ska en förundersökning inledas. När så har skett kan polisen tillämpa de kontroll- och tvångsåtgärder som regleras i rättegångsbalken, t.ex. husrannsakan.

Om det inte finns misstanke om brott tillräcklig för att inleda förundersökning, men det finns anledning att anta att en utlänning vistas olagligt i Sverige, får polisen göra en s.k. inre utlänningskontroll. Utlänningslagen innehåller inte några befogenheter att använda kontroll- eller tvångsåtgärder. Polisen kan dock med stöd av polislagen tillgripa tvångsåtgärder, om det behövs för att fullgöra en kontrolluppgift. Möjlighet finns till såväl kroppsvisitation som husrannsakan.

Polisen är alltså 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 § UtL. För detta ändamål har polisen också befogenheter att använda tvångsmedel. Kontroller av detta slag ligger inte inom någon annan myndighets ansvarsområde. För att tydliggöra att polisen har ansvaret för bekämpningen av brott som avses i 20 kap. 5 § UtL bör det föras in en ny bestämmelse i utlänningsförordningen om att det är polisen som genomför inspektioner hos arbetsgivare för att utreda brott som avses i nämnda straffbestämmelse. Bestämmelsen införs alltså för att det ska stå klart att den svenska lagstiftningen uppfyller sanktionsdirektivets krav i fråga

om inspektioner. Direktivet tar sikte endast på anställning av tredje-landsmedborgare som vistas olagligt. Även om det således inte är nödvändigt för att uppfylla direktivet anser vi att det för att undvika missförstånd i fråga om polisens ansvar är lämpligast att låta bestämmelsen omfatta även utredning av brott som avses i första stycket 1 i den föreslagna nya lydelsen av 20 kap. 5 § UtLL, dvs. brott som består i att en arbetsgivare har en utlänning anställd trots att utlänningen saknar föreskrivet arbetsstillstånd och som polisen utreder redan i dag.

Enligt skäl 30 i direktivet bör medlemsstaterna, för att öka effektiviteten hos de inspektioner som genomförs med tillämpning av direktivet, säkerställa bland annat att nationell lagstiftning ger de behöriga myndigheterna tillräckliga befogenheter att utföra inspektionerna. Vi bör således fråga oss om polisen har tillräckliga befogenheter för att genomföra arbetsplatskontrollerna på ett effektivt sätt. Önskemål har också förts fram till oss om att polisen skulle få ett tillsynsansvar över att utlänningar som arbetar här har nödvändiga tillstånd.

Som ovan sagts får en inre utlänningskontroll inte göras slumpmässigt eller i spaningssyfte. Inte heller husrannsakan enligt rättegångsbalken får användas i brottsförebyggande syfte. Det saknas alltså möjligheter enligt gällande lagstiftning att tillgripa tvångsmedel, såväl straffprocessuella som administrativa, i rent spaningssyfte. Möjligheter till tvångsåtgärder enbart i spaningssyfte har föreslagits vid ett par tillfällen men har hittills inte lett till författningsändringar. Utredningen om verkställighet och kontroll i utlänningsärenden föreslog att kontroll av utlänningar inne i landet skulle få ske, även om det inte fanns anledning att anta att utlänningen saknade rätt att vistas i Sverige. Inför inträdet i Schengensamarbetet föreslog regeringen i en remiss till Lagrådet också en sådan ordning (prop. 1999/00:64). Eftersom Lagrådet avstyrkte förslaget med motiveringen att det, om inte formellt så dock i praktiken, skulle strida mot diskrimineringsförbudet i regeringsformen, avstod regeringen från att föreslå lagändringen.

Vi bedömer att det finns en stor risk för diskriminering, om det skulle införas möjligheter att tillgripa tvångsåtgärder i spaningssyfte vid misstanke om brott enligt utlänningslagen. Därtill skulle en möjlighet att vidta kontroll- och tvångsåtgärder utan att det finns en misstanke om brott utgöra en allvarlig inskränkning i de grundläggande fri- och rättigheterna. Om kontroll av utländska arbetstagares tillstånd skulle kunna ske utan att det finns anledning att

anta att ett brott har begåtts eller att anledning finns att anta att utlänningsvistas här olagligt, skulle det innebära en särskild ordning för brottsbekämpning och brottsutredning än vad som är föreskrivet för andra brott som faller under allmänt åtal. Det är enligt vår mening inte en framkomlig väg. De inspektioner av arbetsplatser som ska göras måste därför även i fortsättningen ske på det sätt som skett hitintills, dvs. underrättelsebaserat. Detta stämmer väl överens med direktivets krav att inspektionerna ska ske på grundval av en riskbedömning.

Förutom de underrättelsebaserade kontroller som polisen utför finns det andra myndighetskontroller av arbetsplatser där polisen deltar för att biträda annan myndighet eller lämna handräckning. Skatteverket gör exempelvis kontroller för att upptäcka svartarbete (personalliggare) och i den verksamheten kan information komma fram som kan föranleda poliskontroll av en utlännings rätt att vistas och arbeta här. I Arbetsmiljöverkets inspektionsverksamhet uppkommer också då och då misstankar om att arbetstagare inte har föreskrivna tillstånd för att vistas och arbeta här. Kontakt tas då med polisen och Migrationsverket som får gå vidare med kontroller. Även kommunerna gör inspektioner, ofta i samarbete med ordningspolisen, som ett led i tillsynen enligt alkohollagen. Även om polisen finns på arbetsplatsen på grund av någon annan anledning än att det på förhand finns misstanke om att någon som arbetar där vistas här olagligt eller arbetar utan arbetstillstånd, finns det således möjlighet att sådan misstanke uppstår på plats. Tillräckliga skäl att inleda förundersökning och därmed vidta tvångsåtgärder föreligger då. En fördel med att flera myndigheter samordnar sina kontroller är att ett enskilt företag störs vid färre tillfällen än som annars skulle vara fallet och därmed förorsakas mindre driftstörningar och produktionsbortfall.

Vår bedömning är sammanfattningsvis att det redan finns strukturer inom polisen för att genomföra sådana arbetsplatsinspektioner som föreskrivs i artikel 14, och att de befogenheter som polisen har är tillräckliga för detta ändamål. Det kan dock vara nödvändigt att ytterligare utveckla samarbetet dels mellan olika polismyndigheter, dels mellan polisen och andra myndigheter. Vidare kan omprioriteringar behöva göras för att frigöra tillräckliga resurser för att verkligen kunna genomföra de kontroller som är möjliga att göra enligt gällande lagstiftning.

12.6.2 Identifiering av risksektorer

Förslag: Rikspolisstyrelsen ska, genom ett tillägg i förordningen med instruktion för Rikspolisstyrelsen, få till uppgift att identifiera de risksektorer som avses i artikel 14.

I vårt uppdrag ingår att föreslå vilken eller vilka myndigheter som ska utföra den riskbedömning som bland annat ska ligga till grund för att identifiera verksamhetsområden där det är vanligt med anställning av tredjelandsmedborgare som saknar rätt att vistas i landet. Vi har i föregående avsnitt föreslagit att polisen ska ansvara för och utföra de inspektioner som krävs för att kontrollera att de bestämmelser genom vilka direktivet genomförs följs.

Polisen är den myndighet som har bäst kännedom om inom vilka branscher det är högst sannolikhet för att upptäcka arbetstagare som vistas här olagligt. Det bör därför vara polisen som gör de riskbedömningar som förutses. Detta bör lämpligen ske efter samråd med andra berörda myndigheter, t.ex. Migrationsverket och Skatteverket. Ansvaret för riskbedömningarna bör läggas centralt inom polisen, dvs. hos Rikspolisstyrelsen, eftersom rapporteringen till kommissionen ska ske utifrån vilka risksektorer som har identifierats. Till de övriga uppgifter som Rikspolisstyrelsen har bör därför läggas att även identifiera risksektorer i enlighet med artikel 14.2 i direktivet. Ett sådant tillägg ska därför göras i förordningen (1989:773) med instruktion för Rikspolisstyrelsen.

12.7 Statistik och rapportering

Förslag: Rikspolisstyrelsen ska samla in och sammanställa de uppgifter som anges i artikel 14.2 och rapportera till kommissionen. Förordningen med instruktion för Rikspolisstyrelsen bör ändras i enlighet med detta.

Enligt våra utredningsdirektiv ska vi dels analysera hur de statistikuppgifter kan samlas in som är nödvändiga för att uppfylla direktivets krav, dels ta ställning till vilken myndighet som ska ansvara för att statistikuppgifter tas fram och sammanställs på nationell nivå för att sedan årligen rapporteras in till kommissionen.

I artikel 14.2 anges att medlemsstaterna varje år ska informera kommissionen om vilka inspektioner som har gjorts inom varje hög-risksektor. Uppgifter ska lämnas om både hur många inspektioner som har gjorts i absoluta tal och hur stor procentuell andel av arbetsgivarna inom varje sektor som har inspekterats. Informationen ska även innehålla uppgifter om resultatet av inspektionerna. Det är ännu oklart om kommissionen därutöver kommer att ställa några övriga krav.

Vi har i det föregående föreslagit att polisen även fortsättningsvis ska ha huvudansvaret för inspektioner av arbetsplatser vid misstanke om att utlänningar arbetar här utan nödvändiga tillstånd. Det är också Rikspolisstyrelsen som föreslås få i uppdrag att identifiera de verksamhetssektorer där det finns störst risk för förekomst av arbetstagare som vistas olagligt. Det är mot denna bakgrund naturligt att Rikspolisstyrelsen även utses till ansvarig myndighet för sammanställningen av statistik om inspektionerna. Rikspolisstyrelsen bör vidare också vara den centrala enhet som ska rapportera till kommissionen. Uppgiften bör ges genom en ändring i förordningen med instruktion för Rikspolisstyrelsen.

Vilka uppgifter som ska sparas och sammanställas är ännu inte klart. Kommissionen arbetar med frågan och först därefter är det möjligt att ange vilka dessa uppgifter är. När det gäller antalet inspektioner på arbetsplatser är det viktigt att inte endast sådana inspektioner som görs av gränspoliserna för att göra inre utlänningskontroll eller för att utreda misstanke om brott mot utlänningslagen rapporteras. Också sådana inspektioner på arbetsplatser där polisen deltar i samverkan med en annan myndighet bör tas med i statistiken, eftersom de kan leda till att misstanke uppstår om att brott har begåtts eller att anledning finns att vidta inre utlänningskontroll, även om brott mot utlänningslagen inte upptäcks i det enskilda fallet.

13 Ikraftträdande m.m.

13.1 Ikraftträdande

Förslag: De författningsändringar som vi föreslår ska träda i kraft den 20 juli 2011.

Enligt artikel 17 i direktivet ska medlemsstaterna sätta i kraft de lagar och andra författningar som är nödvändiga för att följa direktivet senast den 20 juli 2011. Ett korrekt genomförande av direktivet förutsätter alltså att de lagändringar som vi har föreslagit träder i kraft senast den dagen. Efter remissbehandling, beredning i Regeringskansliet och inhämtande av Lagrådets yttrande måste regeringen besluta proposition som riksdagen ska behandla. Allt detta bör kunna ske i sådan tid att den föreslagna lagstiftningen kan träda i kraft den föreskrivna dagen.

13.2 Övergångsbestämmelser

Förslag: Den nya regeln om att talan om särskild avgift ska handläggas gemensamt med åtal mot samma person för brott som avses i 20 kap. 5 § UtL avseende samma gärning ska inte tillämpas på mål som redan är anhängiga i domstol vid ikraftträdandet. En övergångsbestämmelse om detta införs därför.

Bedömning: I övrigt behövs inte några övergångsbestämmelser.

Enligt allmänna principer får ny lag inte retroaktiv verkan. Beträffande strafflagstiftning är detta lagfäst i 2 kap. 10 § regeringsformen (RF). Enligt den bestämmelsen får straff eller annan brottspåföljd inte åläggas för gärning som inte var belagd med brottspåföljd när

den förövades. Detsamma gäller förverkande och annan särskild rättsverkan av brott. Denna princip slås fast även i 5 § lagen (1964:163) om införande av brottsbalken. Undantag gäller dock enligt denna bestämmelse, om de nya reglerna skulle leda till en mildare bedömning eller påföljd. Då ska alltså i stället de nyare reglerna tillämpas, även om gärningen begicks före ikraftträdandet.

Förbud mot retroaktivitet gäller enligt 2 kap. 10 § andra stycket RF även för skattelagstiftning. För annan lagstiftning, exempelvis civilrättslig, processrättslig och förvaltningsrättslig, finns däremot inte något lagstadgat förbud mot retroaktivitet. Det innebär att det är möjligt att ge ny lagstiftning tillbakaverkande kraft, om det bedöms befogat.

Vi har föreslagit en viss utvidgning av straffbestämmelsen i 20 kap. 5 § utlänningslagen (2005:716) (UtlL). Dessutom har vi föreslagit att det införs en ny form av särskild rättverkan av brott, nämligen frångående respektive återbetalning av offentliga stöd, bidrag och andra förmåner. Det utvidgade straffansvaret och de nya formerna av särskild rättsverkan ska naturligtvis kunna tillämpas endast i fråga om gärningar begångna efter ikraftträdandet. Eftersom detta följer av såväl allmänna principer som 2 kap. 10 § RF behövs inte någon särskild övergångsbestämmelse.

Det behövs inte heller någon övergångsbestämmelse till den av oss föreslagna regeln i skattebetalningslagen (1997:483). Av 2 kap. 10 § andra stycket RF och allmänna principer följer att den nya regeln ska tillämpas endast på ersättningar som tjänats in efter ikraftträdandet.

Vi föreslår vidare ett utvidgat tillämpningsområde för bestämmelsen om särskild avgift i 20 kap. 12 § UtlL. Förbudet mot retroaktiv lagstiftning i 2 kap. 10 § RF omfattar formellt inte administrativa påföljder som är av straffliknande natur. Enligt den bestämmelsens förarbeten skulle det emellertid innebära ett kringgående av förbudet att ge retroaktiv verkan åt regler om sådana administrativa sanktioner (prop. 1975/76:209 s. 125 – i förslaget till reformerad grundlag föreslås endast språkliga ändringar i bestämmelsen och den finns kvar i samma paragraf, prop. 2009/10:80 s. 251). Den ändrade regeln ska därmed tillämpas endast på överträdelser av anställningsförbudet som ägt rum efter ikraftträdandet. I fråga om överträdelser som ägt rum före ikraftträdandet tillämpas alltså äldre regler, även om prövningen sker efter ikraftträdandet. Någon särskild övergångsbestämmelse om detta behövs inte (jfr prop. 1995/96:215 s. 92).

Även på det civilrättsliga området är huvudregeln att nya regler inte bör verka retroaktivt. På avtal som ingåtts före ikraftträdandet ska således, om inget annat anges, äldre regler gälla. Det innebär att den av oss föreslagna lagen om vissa frågor när arbetsgivare i sin tjänst har utlänningar som vistas i Sverige utan föreskrivet tillstånd ska tillämpas endast på anställningsavtal och underentreprenadavtal som ingåtts efter ikraftträdandet. Undantag från huvudregeln har dock gjorts exempelvis i fråga om hyreslagstiftningen, med motiveringen att nya, tvingande regler gett ett bättre skydd för hyresgästen som är den svagare parten i avtalsförhållandet. Bestämmelserna i den av oss föreslagna lagen är tvingande till arbetstagarens förmån och lagen har också till huvudsyfte att ge de berörda tredjelandsmedborgarna som har arbetat här utan föreskrivet tillstånd att vistas här ett bättre skydd. Starka skäl talar dock emot att låta uppdragsgivare svara för underentreprenörers åtaganden mot sina anställda eftersom ett sådant ansvar inte förelåg vid underentreprenadavtalets ingående. Mot bakgrund av att de anställningsavtal som den nya lagen ska tillämpas på i de flesta fall gäller för endast en kortare tid saknas tillräckliga skäl att föreskriva att lagen ska tillämpas även på avtal om anställning som ingåtts före ikraftträdandet, även i fråga om arbete som utförs därefter. För detta talar också den omständigheten att arbetsgivare och uppdragsgivare inte ska träffas av lagens bestämmelser, om de har gjort vissa kontroller innan avtal ingås och att dessa bestämmelser om kontroll inte fanns då de ifrågasvarande avtalen ingicks.

Enligt våra förslag ska det införas en ny bestämmelse i 20 kap. 12 a § UtlL med innebörd att särskild avgift ska kunna åläggas inte bara en arbetsgivare utan under vissa förutsättningar även dennes uppdragsgivare och uppdragsgivare i tidigare led. Med hänsyn till förbudet mot retroaktiv strafflagstiftning, vilket alltså gäller även administrativa påföljder av straffliknande natur, står det klart att denna nya bestämmelse inte får tillämpas på överträdelser som har ägt rum före ikraftträdandet. Det är däremot mer osäkert vad som gäller i fråga om vilken betydelse tidpunkten för entreprenadavtalets ingående ska ha vid tillämpningen av den nya bestämmelsen. Enligt de principer som gäller för civilrättsliga bestämmelser tillämpas som tidigare sagts äldre regler på ett rättsförhållande som uppkommit före ikraftträdandet. Det skulle betyda att särskild avgift inte kan åläggas en uppdragsgivare, om överträdelsen har begåtts efter ikraftträdandet men entreprenadavtalet slutits dessförinnan. Bestämmelsen om särskild avgift är dock en offentlighetsrättslig föreskrift. Den ska

därför tillämpas på överträdelser som äger rum efter ikraftträdandet oavsett när entreprenadavtalet har ingåtts.

Skyldigheterna för arbetsgivare att innan anställningen påbörjas kontrollera att tredjelandsmedborgare har föreskrivna tillstånd för att vistas och arbeta här, att bevara en kopia av eller utdrag ur uppvisade tillståndshandlingar samt att underrätta Skatteverket är samtliga knutna till tidpunkten för när anställningen påbörjas, dvs. när den anställde börjar utföra arbete. Om anställningen påbörjas efter ikraftträdandet, ska dessa skyldigheter därför uppfyllas av arbetsgivaren, även om anställningsavtalet har ingåtts före ikraftträdandet. Någon särskild övergångsbestämmelse är inte nödvändig.

Vi bedömer att det inte heller i övrigt behövs några övergångsbestämmelser till våra förslag till författningsändringar utom i ett avseende. När det gäller processrättsliga bestämmelser är nämligen huvudregeln att dessa tillämpas från och med att de träder i kraft, även i fråga om redan anhängiga mål och ärenden (Vängby s. 521). Det innebär att den nya regeln i vårt förslag till 20 kap. 18 § UtlL om att talan om särskild avgift enligt 20 kap. 12 § UtlL ska handläggas i samma rättegång som åtal mot samma person för brott avseende samma gärning kommer att tillämpas även på åtal och talan om särskild avgift som väckts redan före ikraftträdandet. Sannolikt handläggs dessa mål redan i dag i stor utsträckning i samma rättegång. För att det inte ska uppstå några problem, exempelvis i mål där huvudförhandling redan har hållits före ikraftträdandet, bör en särskild övergångsbestämmelse införas om att den nya regeln inte ska tillämpas på mål som redan är anhängiga i domstol när lagändringen träder i kraft.

14 Förslagens konsekvenser

14.1 Inledning

En utredning ska enligt kommittéförordningen (1998:1474) redovisa vilka konsekvenser som förslagen i ett betänkande kan få i en rad olika avseenden. I förordningens 14 § föreskrivs att, om förslagen i ett betänkande påverkar kostnaderna eller intäkterna för staten, kommuner, landsting, företag eller andra enskilda, en beräkning av dessa konsekvenser ska redovisas i betänkandet. Om förslagen innebär samhällsekonomiska konsekvenser i övrigt, ska dessa redovisas. När det gäller kostnadsökningar och intäktsminskningar för det allmänna ska utredaren föreslå en finansiering. Enligt 15 § i förordningen gäller att, om förslagen i ett betänkande har betydelse för den kommunala självstyrelsen, konsekvenserna i det avseendet ska anges i betänkandet. Detsamma gäller när ett förslag har betydelse för brottsligheten och det brottsförebyggande arbetet, för sysselsättning och offentlig service i olika delar av landet, för små företags arbetsförutsättningar, konkurrensförmåga eller villkor i övrigt i förhållande till större företags, för jämställdheten mellan kvinnor och män eller för möjligheterna att nå de integrationspolitiska målen.

I våra direktiv har särskilt angetts att vi ska bedöma de ekonomiska konsekvenserna av förslagen för enskilda individer och för det allmänna. Förslagets kostnadseffekter för små respektive stora företag ska beskrivas.

I de avseenden som anges i kommittéförordningen och i våra direktiv kan våra förslag påverka kostnaderna för Skatteverket, Migrationsverket och rättsväsendet. De kan också påverka såväl privata som offentliga arbetsgivares kostnader. Slutligen kan de ha betydelse för brottsligheten och för möjligheterna att nå de integrationspolitiska målen.

Vi ska strax bedöma dessa konsekvenser närmare. Vi vill först framhålla att vårt uppdrag har varit att lämna förslag på hur EU:s

direktiv 2009/52 ska genomföras i svensk rätt. De förslag som vi har lämnat är, med några undantag, nödvändiga för att genomföra direktivet. De förslag som går längre än vad direktivet kräver är för det första förslagen som syftar till att säkerställa att tredjelandsmedborgare som inte har rätt att vistas här inte heller har arbetstillstånd. För det andra är det möjligt att vårt förslag att företag som anlitar underentreprenörer med anställda som vistas här olagligt ska betala en särskild avgift på egen hand, alltså inte "tillsammans med underentreprenören", går längre än vad direktivet kräver. Dock ska en uppdragsgivare som vidtagit rimliga kontrollåtgärder inte betala någon avgift. För det tredje är vårt förslag beträffande skyldigheten att betala kostnader för att skicka lön till den aktuella tredjelandsmedborgaren inte begränsat till fall där tredjelandsmedborgaren har lämnat Sverige. För det fjärde innehåller direktivet inte något krav på att tredjelandsmedborgare som samarbetat med de brottsutredande myndigheterna i en utredning om brott enligt 20 kap. 5 § utlänningslagen (2005:716) (UtlL) och som får ett tidsbegränsat uppehållstillstånd för att kunna få en talan om inestående ersättning prövad av domstol ska ha rätt att arbeta och ha rätt till sjukvård i den omfattning som vi föreslår. För det femte är denna möjlighet till uppehållstillstånd inte begränsad till de fall som anges i direktivet. Slutligen föreslår vi att arbetsgivare ska kontrollera att tredjelandsmedborgare har rätt att vistas och arbeta här, inte endast kontrollera deras vistelserätt, vilket är vad direktivet kräver. Motsvarande gäller beträffande den av oss föreslagna skyldigheten att spara en kopia av en handling som visar att tredjelandsmedborgaren har föreskrivet tillstånd att vistas och arbeta här.

I den mån som vi går längre än vad direktivet kräver får våra förslag högst begränsade negativa konsekvenser. Med undantag för dessa konsekvenser är det enligt vår uppfattning inte möjligt att genomföra direktivet med mindre negativa konsekvenser än de som våra förslag medför.

14.2 Ekonomiska konsekvenser

14.2.1 Inledning

De delar av våra förslag som kommer att ha störst ekonomiska konsekvenser är för det första skyldigheten för arbetsgivare att kontrollera att tredjelandsmedborgare som ska påbörja en anställning

har rätt att vistas här samt att spara en kopia av en handling som utvisar sådan rätt, för det andra skyldigheten att underrätta Skatteverket om anställningen och för det tredje den anledning för företaget att kontrollera underentreprenörer som följer av risken att ådömas en särskild avgift om uppdragstagaren utför underentreprenaden med anställda som vistas här olagligt.

Om ett betänkande innehåller förslag till nya eller ändrade regler, ska – enligt 15 a § kommittéförordningen – förslagens kostnads- mässiga och andra konsekvenser anges i betänkandet. Konsekvenserna ska anges på ett sätt som motsvarar de krav på innehållet i konsekvensutredningar som finns i 6 och 7 §§ förordningen (2007:1244) om konsekvensutredning vid regelgivning.

14.2.2 Konsekvenser för staten

Inledning

Bedömning: Våra förslag kan inte förväntas leda till intäkter av någon betydelse.

När det gäller de ekonomiska konsekvenserna av våra förslag kan de huvudsakligen förväntas leda till kostnader. Vi har lämnat förslag i två avseenden som i och för sig skulle kunna leda till ökade intäkter för staten. För det första skulle förslaget att den som anlitar en underentreprenör som utför underentreprenaden med anställda som vistas här olagligt ska betala en särskild avgift kunna leda till intäkter för staten. För det andra skulle förslaget att Skatteverket vid omprövning av skattebeslut avseende arbetsgivaravgifter på ersättning till tredjelandsmedborgare som vistats här utan föreskrivet tillstånd ska kunna luta sig mot en presumtion för tre månaders utfört heltidsarbete kunna leda till ökade skatteintäkter. Enligt vår uppfattning kan dessa förslag emellertid inte förväntas leda till intäkter av någon betydelse.

Vi övergår nu till att behandla de kostnader som våra förslag kan förväntas medföra.

Skatteverket

Bedömning: Våra förslag innebär att Skatteverket 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.

Den nya skyldigheten för arbetsgivare att lämna underrättelse om anställning av tredjelandsmedborgare ska fullgöras till Skatteverket. Skatteverket kommer därmed att behöva hantera de uppgifter som kommer att lämnas in och på olika sätt lämna information till arbetsgivare om skyldigheten att underrätta. Ny blankett behöver tas fram och eventuellt kan den befintliga blanketten för förenklad skattedeclaration behöva ändras. Även skriftligt informationsmaterial och informationen på Skatteverkets hemsida på Internet måste uppdateras. Det är också rimligt att räkna med ökade kostnader för att ta emot samtal och svara på frågor från arbetsgivare angående de nya skyldigheterna, åtminstone under ett inledande skede. Företrädare för Skatteverket uppskattar att våra förslag i denna del kommer att ge upphov till en initial kostnad om 3–5 miljoner kronor och att den årliga kostnaden kommer att uppgå till ett lika stort belopp. Därutöver tillkommer kostnaden för att anpassa datasystemet, vilken av Skatteverket har uppskattats till 2,5–3 miljoner kronor. Vi instämmer i dessa bedömningar. De förväntade kostnadsökningarna är enligt vår bedömning inte större än att de bör kunna klaras inom ramen för de nuvarande anslagen.

Migrationsverket

Bedömning: De kostnadsökningar som våra förslag kan komma att ge upphov till för Migrationsverkets del kan hanteras inom befintliga budgetramar.

Trots att våra förslag rör det utlänningsrättsliga området har det högst begränsade konsekvenser för Migrationsverket. Vi har föreslagit att det ska vara möjligt för tredjelandsmedborgare som samarbetat med de brottsutredande myndigheterna i en utredning om brott enligt 20 kap. 5 § UtlL och som har ett tidsbegränsat uppehållstillstånd som meddelats enligt 5 kap. 15 § UtlL att få ytterligare

uppehållstillstånd, om det behövs för att han eller hon ska kunna få en talan om inestående ersättning prövad av domstol. Denna möjlighet kommer enligt vår bedömning att användas i mycket liten utsträckning. Kostnaderna kan därför förmodas bli försumbara.

Migrationsverket ska också informera och ge råd och stöd till arbetsgivare som vill anställa tredjelandsmedborgare. Sådan information lämnas redan i dag. Det kan dock förmodas att efterfrågan på denna service ökar med anledning av införande av en lagstadgad kontrollskyldighet m.m. åtminstone i ett inledningsskede. Vi bedömer dock att det kommer att föranleda endast marginella kostnadsökningar för Migrationsverket och att de därför kan hanteras inom ramen för befintliga anslag. I övrigt påverkas inte Migrationsverkets kostnader av våra förslag.

Rättsväsendet

<p>Bedömning: Våra förslag får inte några konsekvenser för rättsväsendet som måste finansieras i särskild ordning.</p>

Den föreslagna ändringen av straffbestämmelsen i 20 kap. 5 § UtlL innebär att den brottsliga gärningen i bestämmelsen utvidgas något. Utvidgningen förväntas dock inte medföra några beaktansvärda kostnadsökningar för rättsväsendet. Detsamma gäller den motsvarande ändringen av bestämmelsen om den särskilda avgiften i 20 kap. 12 § UtlL. Samma bedömning gör vi beträffande den föreslagna bestämmelsen om att uppdragsgivare som anlitar underentreprenörer med olagligt vistandes anställda ska betala en särskild avgift.

För att den föreslagna bestämmelsen om att den som gjort sig skyldig till brott enligt 20 kap. 5 § UtlL ska kunna fråntas rätt till beviljade men inte utbetalda stöd och bli skyldig att betala tillbaka mottaget stöd ska kunna tillämpas krävs att åklagaren lägger fram utredning om vilka stöd som en tilltalad beviljats eller mottagit. Bestämmelsen kommer enligt vår bedömning att tillämpas endast i liten utsträckning. Åklagarmyndighetens kostnader för att ta fram utredningen behöver därför inte finansieras i särskild ordning. Domstolarna kommer inte att få fler mål med anledning av att den aktuella bestämmelsen införs, och deras arbetsbörda påverkas högst försumbart av bestämmelsen.

Med hänsyn till vad som nu sagts bedömer vi att våra förslag kommer att innebära en viss ökad arbetsbörda för polis, åklagare och domstolar. Vår bedömning är emellertid att de kostnadsökningar som kan förväntas uppstå inte är större än att de ryms inom den vanliga verksamheten hos de berörda myndigheterna och domstolarna. Genomförandet av de föreslagna lagändringarna bör således finansieras inom ramen för befintliga anslag.

Särskilt om Polisen

Bedömning: Våra förslag medför 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.

Vi har förslagit att Polisen ska få i uppdrag att utföra de inspektioner som ska genomföras för att säkerställa direktivets effektivitet. Sådan verksamhet bedrivs redan. Det är dessutom redan i dag Polisen som har ansvaret för brottsbekämpning. Vi bedömer därför att vårt förslag i denna del inte kommer att innebära några ökade kostnader för Polisen som behöver finansieras på särskilt sätt.

Därutöver föreslås Rikspolisstyrelsen få i uppdrag att göra de i direktivet föreskrivna bedömningarna av i vilka sektorer det är störst risk för anställning av tredjelandsmedborgare som vistas olagligt i landet. Detta är en ny uppgift som kommer att föranleda vissa kostnadsökningar. Därtill föreslår vi att Rikspolisstyrelsen utses till att samla in den statistik som är nödvändig för att årligen rapportera till kommissionen i enlighet med artikel 14.2. Även om viss uppgiftsinsamling och statistiksammanställning sker redan i dag, innebär dessa utökade arbetsuppgifter ökade kostnader.

Sammantaget bedömer vi att våra förslag medför nya och utökade arbetsuppgifter som leder till ett genomsnittligt ökat resursbehov för Rikspolisstyrelsen motsvarande en halv årsarbetskraft. Denna kostnadsökning är emellertid inte större än att den får hanteras inom ramen för det befintliga anslaget.

Landstingen

Bedömning: Våra förslag föranleder endast försumbart ökade kostnader för landstingen.

Vi har föreslagit att ett landsting ska erbjuda tredjelandsmedborgare som får tillfälliga uppehållstillstånd för att kunna föra talan om ersättning för arbete vid olaglig vistelse här vård i samma omfattning som erbjuds den som är bosatt inom landstinget. Upphållstillstånd kommer enligt vår bedömning att beviljas i ett mycket litet antal fall. Landstingens kostnader för sjukvård i aktuell omfattning till dessa tredjelandsmedborgare kan därför förväntas bli försumbara.

14.2.3 Konsekvenser för privata och offentliga arbetsgivare

Bedömning: Våra förslag kommer att innebära vissa ökade administrativa kostnader för arbetsgivare som dock är nödvändiga för att genomföra direktivets bestämmelser i svensk rätt.

Våra förslag får konsekvenser för arbetsgivare. Små och stora företag och offentliga arbetsgivare drabbas av förslagen på samma sätt.

Enligt våra förslag ska en arbetsgivare som avser att anställa en tredjelandsmedborgare kontrollera att tredjelandsmedborgaren har rätt att vistas här och spara en kopia av den handling som visar att utlänningen har sådan rätt. Eftersom det redan nu är straffbart att anställa en utlänning som saknar föreskrivet arbetstillstånd måste arbetsgivare även i dag försäkra sig om att personer som de anställer har rätt att arbeta här. De kontroller som arbetsgivarna kommer att behöva göra enligt den skyldighet som vi föreslår skiljer sig i praktiken inte mycket från de kontroller som de redan nu bör göra. Den lagstadgade kontrollskyldigheten medför därför bara försumbara extra kostnader för företagen.

Skyldigheten att spara en kopia av uppehållstillstånd eller liknande handling medför emellertid, låt vara synnerligen blygsamma, men dock kostnader för företagen. De arbetsmoment som tillkommer är att ta en kopia av den handling som tredjelandsmedborgaren i fråga visar upp, att spara denna handling i en pärm, mapp eller liknande samt att gallra ut handlingen när den inte längre behövs. I stället för att ta en kopia av handlingen kan arbetsgivaren teckna ned nöd-

vändiga uppgifter om tillstånd, identifikationsuppgifter m.m. (se avsnitt 5.4.5) och spara detta dokument. Vi bedömer att tidsåtgången för dessa arbetsmoment kan beräknas till uppskattningsvis fem minuter.

Därutöver ska arbetsgivare med anställda tredjelandsmedborgare lämna en underrättelse till Skatteverket om att en sådan tredjelandsmedborgare som avses i direktivet har anställts. Den tekniska lösningen för underrättelserna är inte klar, och det är därför inte möjligt att ange exakt vilken arbetsinsats som kommer att krävas av en arbetsgivare. Målet för såväl oss som Skatteverket är dock att underrättelse ska kunna ske på ett så enkelt sätt som möjligt. En lösning som Skatteverket ser som möjlig är att underrättelse lämnas i samband med skattedeklarationen månaden efter den kalendermånad då anställningen påbörjades. Sannolikt måste en ny handling upprättas, men detta bör kunna ske med automatik med hjälp av arbetsgivarens bokförings- och deklarationsprogram. Inmatning av uppgifter, kontroller och leverans av uppgifterna till Skatteverket bör rimligen kunna ske med en ökad tidsåtgång om sammanlagt högst fem minuter.

De arbetsuppgifter som tillkommer i samband med anställning av tredjelandsmedborgare kan alltså enligt vår uppskattning ta sammanlagt högst tio minuter i anspråk. Det är normalt en ekonomihandläggare som sköter inlämningen av skattedeklarationer, och vid beräkning av kostnaden för de nya skyldigheterna ska därför en lön om 266 kr per timme användas (lönekostnaden¹ är hämtad från Tillväxtverkets hemsida). För varje tredjelandsmedborgare uppgår därför den ökade administrativa kostnaden till omkring 45 kr.

Eftersom ett enskilt företags totala kostnad beror på hur många tredjelandsmedborgare som anställs under ett år är det inte meningsfullt att beräkna någon kostnad för ett enskilt företag. Vi bör däremot försöka uppskatta en total årlig kostnad för samtliga arbetsgivare i hela landet. För att kunna göra en sådan uppskattning måste man veta hur många tredjelandsmedborgare som anställs i landet under ett år. Enligt Statistiska centralbyråns beräkningar var det under 2008 totalt 71 562 tredjelandsmedborgare som fått nytt jobb, dvs. gått från arbetslöshet eller bytt arbetsgivare. I siffran ingår även sådana tredjelandsmedborgare som är familjemedlemmar till EES-medborgare med uppehållsrätt här, som är familjemedlemmar till medborgare i Schweiz som utövar sin rätt till fri rörlighet samt per-

¹ Konstant lönekostnad enligt Medlingsinstitutets lönestatistik för 2002.

soner med ställning som varaktigt bosatta här. Det kommer dock inte att vara nödvändigt att lämna underrättelse i fråga om sådana personer. Den verkliga siffran kommer därmed att bli något lägre. Uppskattningsvis kan antalet underrättelser komma att uppgå till knappt 70 000 per år. Det innebär att den totala administrativa kostnaden för samtliga arbetsgivare kan komma att öka med 3 150 000 kr per år.

När det gäller skyldigheten att bevara en kopia av eller ett utdrag ur en tillståndshandling, finns det inte några alternativa sätt att genomföra direktivets bestämmelser. I fråga om underrättelseskyldigheten har vi i avsnitt 5.5.6 och 5.5.7 övervägt olika möjliga sätt att genomföra direktivets krav. Vi har valt den lösning som, utan att direktivets syfte eftersätts, ger minsta möjliga kostnadsökningar för såväl arbetsgivare som staten genom att samordna underrättelserna med redan befintliga krav på uppgiftslämnande.

Enligt våra förslag ska uppdragsgivare som anlitar underentreprenörer som utför sitt underentreprenadsarbete med hjälp av anställda tredjelandsmedborgare som vistas här olagligt betala en särskild avgift och vara solidariskt ansvariga med underentreprenörerna för lön till tredjelandsmedborgarna. Uppdragsgivare som gör rimliga kontroller av sina underentreprenörer ska dock inte bära något sådant ansvar. Tanken är alltså att det ska finnas incitament för företag att kontrollera sina underentreprenörer. För de företag som hittills inte har gjort sådana kontroller medför våra förslag vissa extra kostnader. Hur stora dessa kan komma att bli är emellertid inte möjligt att bedöma.

Vi har föreslagit att det vid tvist mellan en arbetsgivare och en anställd tredjelandsmedborgare om lön som arbetstagaren utfört vid olaglig vistelse här ska gälla en presumtion för att den avtalade lönen motsvarar lön enligt ett tillämplbart kollektivavtal eller praxis inom yrket eller branschen och att arbetstagaren utfört tre månaders arbete. Enligt vår bedömning är det inte troligt att dessa presumtioner kommer att medföra några kostnader för arbetsgivarna.

14.3 Möjligheterna att nå de integrationspolitiska målen

Bedömning: Våra förslag kan ha en negativ inverkan på möjligheterna att nå de integrationspolitiska målen.

Målet för integrationspolitiken är lika rättigheter, skyldigheter och möjligheter för alla oavsett etnisk och kulturell bakgrund (prop. 2008/09:1 utg.omr. 13, s. 14). Regeringen har i skrivelsen 2008/09:24 *Egenmakt mot utanförskap – regeringens strategi för integration* angett sju områden som integrationspolitiken bör fokusera på under mandatperioden. Bland dessa finns målen att fler personer ska komma i arbete och att diskriminering ska bekämpas effektivt.

Vi har i avsnitt 5.4.4 konstaterat att det finns en risk att de skärpta kraven på arbetsgivare som anställer tredjelandsmedborgare, 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. Våra förslag för att genomföra direktivet kan därför få en negativ inverkan på möjligheterna att nå de integrationspolitiska målen.

14.4 Konsekvenser för brottsligheten

Bedömning: Det är möjligt att våra förslag leder till minskad brottslighet.

Vi har föreslagit att den som anlitar en underentreprenör som utför underentreprenaden med anställda som vistas här olagligt ska betala en särskild avgift och vara solidariskt ansvarig med underentreprenören för inestående ersättning till sådana tredjelandsmedborgare. En uppdragsgivare som har gjort rimliga kontroller ska dock inte betala någon avgift eller ansvara för någon lön. Det är möjligt att dessa bestämmelser leder till att företag som anlitar underentreprenörer kontrollerar dessa i större omfattning än vad som sker i dag. Det är därför möjligt att de aktuella bestämmelserna leder till minskad brottslighet.

14.5 Andra konsekvenser

Bedömning: Våra förslag kommer inte att medföra några andra konsekvenser av det slag som anges i 15 § kommittéförordningen.

Enligt 15 § kommittéförordningen ska bland annat beaktas, om framlagda förslag bedöms få konsekvenser för små företags arbetsförutsättningar, konkurrensförmåga eller villkor i övrigt i förhållande till större företags. De regler vi föreslår ska tillämpas vid anställning av vissa tredjelandsmedborgare och ska gälla för alla arbetsgivare som driver näringsverksamhet. Genom våra förslag till genomförande av sanktionsdirektivet ökar möjligheterna att tillgripa sanktioner mot arbetsgivare som medvetet eller utan att kontrollera föreskrivna tillstånd anställer tredjelandsmedborgare som vistas här olagligt. Det är således dessa företag som kan drabbas av ökade kostnader. Förhoppningsvis leder detta till en bättre konkurrenssituation för företag som iakttar gällande regler.

Kostnaderna för att fullgöra skyldigheten att bevara kopia av tillståndshandlingar och att underrätta Skatteverket vid anställning av en tredjelandsmedborgare är avhängiga av antalet anställda tredjelandsmedborgare. De torde därför inte få några konsekvenser för små företags arbetsförutsättningar, konkurrensförmåga eller villkor i övrigt i förhållande till större företags.

Vi bedömer att våra förslag inte heller i övrigt får några sådana konsekvenser som anges i 15 § kommittéförordningen som ska redovisas i betänkandet, dvs. konsekvenser för den kommunala självstyrelsen, för det brottsförebyggande arbetet, för sysselsättning och offentlig service i olika delar av landet eller för jämställdheten mellan kvinnor och män.

15 Författningskommentar

15.1 Förslaget till lag om ändring i utlänningslagen (2005:716)

5 kap. 15 c §

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

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

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

Bestämmelsen är ny och har behandlats i avsnitt 7.12. I bestämmelsen föreskrivs en möjlighet att bevilja ett tidsbegränsat uppehållstillstånd för utlänningar som har uppehållstillstånd enligt 5 kap. 15 § utlänningslagen (2005:716) (UtlL) och som har samarbetat med de brottsutredande myndigheterna i en utredning om brott enligt 20 kap. 5 § UtlL. För att uppehållstillstånd ska kunna beviljas krävs att utlännningen har väckt talan om innestående ersättning. Talan kan ha väckts genom ansökan om stämning vid domstol eller ansökan om betalningsföreläggande. Talan kan ha väckts mot antingen en hävdad arbetsgivare eller en hävdad uppdragsgivare som arbetsgivaren varit underentreprenör åt. Upphållstillstånd bör beviljas endast om utlännningen behöver vara här för att kunna föra sin talan, exempelvis om hans närvaro vid en huvudförhandling är av betydelse för utredningen. Om det återstår lång tid innan hans närvaro behövs, bör uppehållstillstånd inte beviljas.

5 kap. 18 §

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 familjanknytning 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.

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 §, 15 a §, 15 c §, 8 kap. 14 § och 12 kap. 18–20 §§.

I paragrafens *andra stycke* har i punkt 7 lagts till en hänvisning till 15 c § för att uppehållstillstånd ska kunna beviljas med stöd av sistnämnda bestämmelse trots att utlänningen befinner sig i Sverige. I paragrafens *sista stycke* har lagts till hänvisningar till 15 § och 15 c § så att uppehållstillstånd kan meddelas med stöd av dessa paragrafer även beträffande en utlänning som ska avvisas eller utvisas enligt dom eller beslut som vunnit laga kraft.

7 kap. 7 d §

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

Bestämmelsen är ny och har behandlats i avsnitt 4.4.2.

8 kap. 13 a §

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

Bestämmelsen är ny och har behandlats i avsnitt 4.4.2.

12 kap. 12 a §

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.

Bestämmelsen har ändrats så att det är möjligt att meddela inhibition även när en ansökan om uppehållstillstånd enligt den nya bestämmelsen i 5 kap. 15 c § har gjorts.

12 kap. 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.

Bestämmelsen är ny och har behandlats i avsnitt 7.13. Enligt bestämmelsen är det möjligt att meddela inhibition när ansökan om uppehållstillstånd enligt 5 kap. 15 § gjorts.

12 kap. 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.

Bestämmelsen är ny och har behandlats i avsnitt 7.13.

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, 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 §§.

Bestämmelsen har behandlats i avsnitt 4.2.4. Den har ändrats 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. Med föreskrivet tillstånd avses uppehållstillstånd eller visering.

Den nya bestämmelsen avser både arbetsgivare med hemvist i Sverige och arbetsgivare med hemvist i ett annat land.

20 kap. 12 §

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.

Bestämmelsen i första stycket har ändrats på motsvarande sätt som straffbestämmelsen i 20 kap 5 §. Dessutom har bestämmelsen om att den som har en utlänning i sin tjänst fastän utlänningen inte har arbetstillstånd ska betala en särskild avgift korrigerats så att det framgår att avgiften ska betalas när utlänningen inte har föreskrivet arbetstillstånd.

Bestämmelsen om att avgiften tillfaller staten har flyttats till andra stycket.

Enligt bestämmelsen i tredje stycket ska en arbetsgivare som har kontrollerat att en anställd tredjelandsmedborgare har rätt att vistas här, behållit en kopia eller ett utdrag ur den eller de handlingar som utvisar att tredjelandsmedborgaren har rätt att vistas här samt underrettat Skatteverket om anställningen inte betala någon särskild avgift. Detta gäller dock inte om den kontrollerade handlingen var en förfalskning och arbetsgivaren insåg detta.

20 kap. 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 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 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.

Bestämmelsen är ny. Den har behandlats i kapitel 9. Bestämmelsens första stycke innebär att företag som åtar sig att utföra entreprenader och som anlitar underentreprenörer för att genomföra hela eller delar av entreprenaden ska betala en särskild avgift, om en underentreprenör utför underentreprenaden med anställda tredjelandsmedborgare som vistas här olagligt. Alla uppdragsgivare mellan arbetsgivaren och den beställande parten i det ursprungliga entreprenadavtalet ska som utgångspunkt betala en särskild avgift enligt denna bestämmelse.

Med entreprenad avses inte endast bygg- och anläggningsentreprenader utan även entreprenader i andra branscher. Entreprenad kan bäst beskrivas som ett åtagande att åstadkomma ett visst arbetsresultat. Ett företag som åtar sig att leverera varor är inte att anse som en underentreprenör, inte heller om det är fråga om legotillverkade produkter. Detta gäller även om produkterna levereras till ett företag som använder dem när det utför en entreprenad.

Enligt *andra stycket* ska uppdragsgivare i tidigare led i en underentreprenörskedja, dvs. uppdragsgivare i leden ovanför den underentreprenör och uppdragsgivare som anlitar arbetsgivaren med olagligt vistandes anställda, betala en särskild avgift endast om de vet eller har skäligen anledning anta att underentreprenören utförde underentreprenaden med olagligt vistandes anställda. En uppdragsgivare som känner till att en underentreprenör längre ner i en underentreprenörskedja använder sig av anställda som vistas här olagligt inom andra entreprenadarbeten eller har gjort det tidigare och som erbjuder uppseendeväckande låga priser kan ha skäligen anledning anta att underentreprenören använder sig av tredjelandsmedborgare som

vistas här olagligt även inom den underentreprenörskedja som uppdragsgivaren ingår i.

Enligt *tredje stycket* ska en uppdragsgivare som vidtagit rimliga kontrollåtgärder inte betala någon särskild avgift. Vi har i avsnitt 9.6.3 redovisat vilka krav på kontrollåtgärder som kan ställas på den som anlitar underentreprenörer.

I *ffjärde stycket* anges hur avgiften ska beräknas. Möjligheten till eftergift eller nedsättning bör tillämpas restriktivt, precis som möjligheten att efterge och sätta ner den särskilda avgiften för arbetsgivaren. Möjligheten syftar till att undvika att resultatet blir orimligt.

20 kap. 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 polisanmälades.

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.

Bestämmelsen är ny. Den har behandlats i avsnitt 8.6.3 och 8.6.4.

I *första stycket* anges förutsättningarna för att få ta ifrån någon sådana offentliga stöd, bidrag och förmåner som han eller hon har beviljats. Av *andra stycket* framgår under vilka förutsättningar beslut om återbetalningsskyldighet för redan utbetalda sådana förmåner får meddelas. De grundläggande förutsättningarna är desamma för

båda typerna av åtgärder. Det är således endast när någon har gjort sig skyldig till brott som avses i 5 § första stycket 2 eller 3 som ett beslut om åtgärd enligt första eller andra stycket kan bli aktuellt. Åtgärderna är utformade som en särskild rättsverkan av brott som alltså endast kan beslutas när någon har gjort sig skyldig till brott och endast brott som består i att ha en utlänning i sin tjänst utan att utlänningen har föreskrivet tillstånd för vistelse här i landet. Den som anställer någon som har rätt att vistas här men som inte har föreskrivet arbetstillstånd kan dömas för brott enligt 5 § första stycket 1 men däremot inte åläggas sådan särskild rättsverkan som anges i denna paragraf.

Bestämmelsen är fakultativ. Det innebär att rätten får fatta beslut om åtgärd, om vissa förutsättningar är uppfyllda. För det första krävs att omständigheterna vid den brottsliga gärningen är försvårande. Det innebär att gärningens straffvärde måste vara sådant att fängelse kan väljas som påföljd. Däremot är det inte nödvändigt att fängelse väljs som påföljd i det enskilda fallet. Därutöver krävs att det mot bakgrund av gärningens straffvärde och övriga omständigheter är motiverat att besluta om framtagna av förmåner eller återbetalningsskyldighet för sådana förmåner. Straffvärdet ska bedömas på vanligt sätt utifrån bestämmelserna i 29 kap. 1–3 §§ brottsbalken. Samtliga omständigheter som föreligger i målet ska beaktas, t.ex. brottets svårhetsgrad, vilken vinning brottet medfört eller kunnat medföra, liksom om brottet har begåtts uppsåtligt eller av oaktsamhet. Även brottslighetens omfattning är av intresse. Det finns naturligtvis anledning att se mer allvarigt på sådan brottslighet som har bedrivits på ett systematiskt sätt och i stor omfattning än på enstaka överträdelser.

De övriga omständigheter som ska beaktas kan tala såväl för som emot att åtgärden tillämpas. För en tillämpning talar framför allt att det är fråga om återfall i samma brottslighet. En omständighet som däremot kan tala emot att åtgärderna tillämpas är att ett sådant beslut skulle medföra att en tredje man påverkas på ett sätt som är oskäligt. I övrigt bör sådana skäl som anges i 29 kap. 5 § brottsbalken beaktas i mildrande riktning även vid bedömningen av om beslut om åtgärd enligt paragrafen bör meddelas.

Vid bestämmande av om stöd ska återtas eller om återbetalningsskyldighet ska åläggas en arbetsgivare måste hänsyn alltså tas också till om ett sådant beslut kan få negativa konsekvenser för tredje man. Som exempel kan nämnas stöd som Arbetsförmedlingen beviljat en näringsidkare för att anställa t.ex. en långtids-

arbetslös. Vi anser att ett sådant stöd inte ska kunna dras in eller återbetalas, om inte den som anställts med hjälp av stödet är den som vistas här olagligt. Det kan dock finnas andra situationer då det inte är lika självklart att beslut om frångående eller återbetalning av stödet inte bör ske. Om tredje man skulle drabbas oskäligt hårt av ett sådant beslut, bör återtagande respektive återbetalning emellertid inte beslutas.

Beslut om åtgärd enligt paragrafen får beslutas endast efter yrkande av åklagaren. Det är alltså, till skillnad från vad som i allmänhet gäller i fråga om särskild rättsverkan av brott, inte möjligt för rätten att fatta beslut om sådana rättsverkan *ex officio*, dvs. utan yrkande. I samband med förundersökning med anledning av brott som avses i 5 § ska åklagaren utreda om några offentliga stöd, bidrag eller andra förmåner har betalats ut under det år som passerat närmast före polisanmälan eller om sådana stöd har beviljats men ännu inte betalats ut. Det kan ske genom kontroll hos en myndighet som är central för den bransch som arbetsgivaren är verksam inom. Dessutom bör länsstyrelsen kontaktas i de fall det är befogat. Så torde regelmässigt vara fallet när det är fråga om arbetsgivare som verkar i ett län där regionalstöd kan beviljas. Om det exempelvis är en lantbrukare som är misstänkt för överträdelse av anställningsförbudet bör kontroll göras med Jordbruksverket för att ta reda på om verket under de sista tolv månaderna före polisanmälan har betalat ut något bidrag eller annat stöd till lantbrukaren eller om myndigheten har beslutat om att bevilja ett bidrag som ännu inte har betalats ut eller på annat sätt realiserats.

Enligt *tredje stycket* får åtgärder enligt första och andra styckena inte beslutas, om det med beaktande av övriga åtgärder och sanktioner som brottet kommer att medföra för arbetsgivaren skulle bli oproportionerligt ingripande. Betalningsskyldighet för inestående ersättning till tredjelandsmedborgaren, se avsnitt 7.4–7.7, ska dock inte beaktas vid denna bedömning. Sådan betalningsskyldighet grundar sig nämligen på att arbetsgivaren inte har betalat avtalsenlig lön.

I *fjärde stycket* undantas sådana fall då anställningen har avsett arbete för arbetsgivarens privata syften. Det motsvarar det undantag som anges i artikel 7.2 i direktivet. Vidare får en åtgärd som avses i första eller andra stycket inte omfatta stöd, bidrag eller annan förmån som har beviljats eller betalats ut till en fysisk person för hans eller hennes privata behov. Med detta avses t.ex. sjukpenning, arbetslöshetsersättning, bostadsbidrag eller andra ersättningar. Det-

samma gäller ersättning som mottagits för att vårda en annan familjemedlem eller nära anhörig.

20 kap. 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.

Paragrafen är ny. Den innebär att, i de fall ett brott som avses i 20 kap. 5 § första stycket 2 eller 3 UtL har begåtts inom ramen för verksamheten i en juridisk person, den juridiska personen ska kunna bli föremål för en sådan åtgärd som avses i 15 §. I 16 § anges närmare under vilka förutsättningar detta får ske. Vi har behandlat bestämmelsen närmare i avsnitt 8.6.5.

20 kap. 17 §

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

Bestämmelsen, som har behandlats i avsnitt 4.2.3.3, är ny. Den har till syfte att säkerställa att Sverige uppfyller sina åtaganden enligt Europakonventionen och dess förbud mot dubbelbestraffning. Om såväl talan om särskild avgift som åtal för brott avseende samma gärning väcks mot samma person, måste dessa enligt bestämmelsen handläggas i samma rättegång. Enligt övergångsbestämmelsen gäller detta inte mål som kommit in till domstol före ikraftträdandet.

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

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.

I paragrafen anges lagens innehåll. Lagen är tillämplig på såväl svenska som utländska arbetsgivare, i den mening som begreppet har i Sverige i civilrättsliga sammanhang. Med föreskrivet tillstånd avses föreskrivet uppehållstillstånd eller föreskriven visering.

Lagen omfattar utlänningar som vistas här olagligt och antingen utför arbete här under vistelsen eller tillfälligt utför arbete utomlands om de vanligtvis utför arbete i Sverige i anställningen när de vistas här olagligt.

Lagen är tillämplig endast på arbetsgivare som uppsåtligen eller av oaktsamhet har en utlänning i sin tjänst som vistas här olagligt. En arbetsgivare som har gjort de kontroller som föreskrivs i den av oss föreslagna regeln i 6 kap. 13 a § UtlF och underrättat Skatteverket om anställningen i enlighet med den föreslagna regeln i 7 kap. 1 b § samma förordning omfattas därför som utgångspunkt inte av lagens bestämmelser.

2 §

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

Av paragrafen framgår att lagens bestämmelser är tvingande till de aktuella utlänningarnas förmån.

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.

I paragrafen anges vad som avses med uppdragstagare. Genom definitionen avgränsas det ansvar som föreskrivs i 7 § för den som anlitar underentreprenörer. Vad som menas med entreprenadavtal har vi behandlat ovan i kommentaren till 20 kap. 12 a § UtL. Eftersom uppdragsgivare definieras som den som ska genomföra ett entreprenadavtal eller underentreprenadavtal, träffar det ansvar som föreskrivs i 7 § för uppdragsgivare inte beställaren i det ursprungliga entreprenadavtalet.

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 §.

I paragrafen slås rätten till avtalad ersättning för en utlänning som arbetat som anställd trots att han eller hon vistats här utan föreskrivet tillstånd fast i en uttrycklig lagregel. Bestämmelsen har behandlats i avsnitten 7.3 och 7.4.

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 tillämbart svenskt kollektivavtal eller praxis inom yrket eller branschen, och

2. utlänningen anses ha utfört tre månaders heltidsarbete.

I denna paragrafs första punkt föreskrivs en presumtion för att en arbetsgivare och en anställd som vistas här utan föreskrivet tillstånd har avtalat om ersättning på en viss nivå. Bestämmelsen har behandlats i avsnitt 7.5. Vid tvist om avtalad ersättning har arbetstagaren möjlighet att välja ett tillämbart kollektivavtal från vilket den er-

sättning som presumptionen ska avse ska hämtas. Det ankommer på arbetstagaren att återopa det kollektivavtal från vilket avtalsvillkoret hämtas och lägga fram utredning för att avtalet är tillämbart.

I paragrafens *andra punkt* föreskrivs en presumtion för att arbetstagaren utfört tre månaders heltidsarbete. Bestämmelsen har behandlats i avsnitten 7.10.1 och 7.10.2.

6 §

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

Enligt denna bestämmelse, som har behandlats i avsnitt 7.7, ska arbetsgivaren stå kostnaderna för att sända lön och annan ersättning för utfört arbete till en anställd utlänning. Föreskriften gäller oavsett om arbetstagaren finns kvar i Sverige eller om han eller hon har lämnat landet.

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 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 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.

I första stycket i denna paragraf, som har behandlats i avsnitt 9, föreskrivs ett ansvar för uppdragsgivare i underentreprenörskedjor för lön till olagligt vistandes anställda hos en underentreprenör längre ner i kedjan. Ansvaret gäller som utgångspunkt alla uppdragsgivare

mellan arbetsgivaren och den beställande parten i det ursprungliga entreprenadavtalet. Ansvar för gällande även kostnader för att sända lönen och ersättningen till utlänningen.

Uppdragsgivarna och arbetsgivaren svarar för lönen och ersättningen solidariskt med varandra. Arbetstagen kan därför vända sig mot vem som helst av dem för att få ut inestående ersättning.

Enligt *andra stycket* ska uppdragsgivare i tidigare led i en underentreprenörskedja, dvs. uppdragsgivare i leden ovanför den underentreprenör och uppdragsgivare som anlitat arbetsgivaren med olagligt vinstandes anställda, ansvara för inestående ersättning endast om de vet eller har skälig anledning anta att underentreprenören utförde underentreprenaden med olagligt vinstandes anställda. En uppdragsgivare som känner till att en underentreprenör längre ner i en underentreprenörskedja använder sig av anställda som vistas här olagligt inom andra entreprenadarbeten eller har gjort det tidigare och som erbjuder uppseendeväckande låga priser kan ha skälig anledning anta att underentreprenören använder sig av tredjelandsmedborgare som vistas här olagligt även inom den underentreprenörskedja som uppdragsgivaren ingår i.

Enligt *tredje stycket* ska en uppdragsgivare som vidtagit rimliga kontrollåtgärder inte ansvara för lön till anställda hos en underentreprenör och kostnaderna för att skicka lönen. Vi har i avsnitt 9.6.3 redovisat vilka krav på kontrollåtgärder som kan ställas på den som anlitar underentreprenörer.

I *fjärde stycket* föreskrivs en regressrätt för uppdragsgivare som betalat inestående ersättning till en olagligt vinstandes anställd hos en underentreprenör. Regressrätten gäller i förhållande till såväl arbetsgivaren som uppdragsgivare i leden mellan arbetsgivaren och den uppdragsgivare som betalat lönen. Regressrätten gäller även för den som till följd av regressbestämmelserna ersatt en uppdragsgivare i tidigare led som betalat lönen.

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.

För en utlänning som riktar ett krav på inestående ersättning till en uppdragsgivare gäller enligt denna bestämmelse presumtioner motsvarande dem som föreskrivs i 5 §. De kommentarer som vi har gjort i anslutning till den paragrafen är därför tillämpliga även här.

15.3 Förslaget till lag om ändring i skattebetalningslagen (1997:483)

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 uppsåtligt eller av oaktsamhet haft utlänningen i sin tjänst fastän utlänningen vistats här utan föreskrivet tillstånd.

Bestämmelsen är ny och har behandlats i avsnitt 7.10.3. Enligt denna bestämmelse gäller en presumtion för tre månaders utfört heltidsarbete när ett beskattningsbeslut avseende arbetsgivaravgifter på ersättning till en utlänning för arbete vid vistelse här utan föreskrivet tillstånd omprövas och arbetsgivaravgifterna bestäms genom skönsbeskattning. Presumtionen gäller när utlänningen har vistats här utan föreskriven visering eller föreskrivet uppehållstillstånd. Presumtionen gäller när utlänningen har utfört arbete här vid olaglig vistelse eller tillfälligt utomlands inom ramen för en anställning i vilken arbetet vanligtvis utförs i Sverige vid vistelse här utan föreskrivet tillstånd. Presumtionen gäller inte någon viss nivå på den ersättning som utlänningen erhållit, utan i det avseendet gäller sedvanliga bevisbörde-

regler. Detsamma gäller i frågan huruvida en viss person verkligen utfört arbete här vid vistelse utan föreskrivet tillstånd.

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

1 kap. 4 §

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 tillståndsprövning och annan liknande prövning,*
- 6. handläggning*
 - a) enligt lagen (2007:324) om Skatteverkets hantering av vissa borge-närsuppgifter och*
 - b) av andra frågor om ansvar för någon annans skatter och av-gifter,*
- 7. fullgörande av ett åliggande som följer av ett för Sverige bind-ande internationellt åtagande,*
- 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.*

Uppgifter som får behandlas enligt första stycket får även behandlas för tillhandahållande av information som behövs i Skatteverkets brotts-bekämpande verksamhet enligt lagen (1997:1024) om Skatteverkets med-verkan i brottsutredningar.

I paragrafen har det tillkommit en *punkt 10*. Ändringen är för-anledd av att arbetsgivare i förslaget till 7 kap. 1 b § utlännings-förordningen (2006:97) åläggs en skyldighet att underrätta Skatte-verket vid anställning av vissa tredjelandsmedborgare. Den innebär att Skatteverkets behandling av de uppgifter som lämnas i under-

rättelserna kommer att följa samma regler som gäller för beskattningsverksamheten m.m. Vi har behandlat frågan närmare i avsnitt 5.5.9.

Ändringarna i *punkterna 8 och 9* är följdändringar av uteslutande redaktionell karaktär.

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

4 §

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 § 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.

I första styckets fjärde punkt har lagts till en hänvisning till 5 kap. 15 c § UtlL. Utlänningar som har beviljats ett tidsbegränsat uppehållstillstånd enligt denna bestämmelse får därmed rätt till vård i samma omfattning som när de hade ett tidsbegränsat uppehållstillstånd enligt 5 kap. 15 § UtlL. Bestämmelsen har behandlats i avsnitt 7.12.

15.6 Förslaget till förordning om ändring i förordningen (1989:773) om instruktion för Rikspolisstyrelsen

2 §

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 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 byrå 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 för-

djupat 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 sådana risksektorer som anges där, samt

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.

Paragrafen har ändrats endast på så sätt att det förts in en ny punkt 8. Ändringen är föranledd av att det i sanktionsdirektivets artikel 14.2 första stycket ställs upp krav på att behöriga myndigheter på grundval av en riskbedömning regelbundet ska identifiera de verksamhetssektorer där det är vanligt med anställning av tredjelandsmedborgare som vistas olagligt. Enligt punkt 8 a) är Rikspolis-

styrelsen alltså den myndighet som ska göra dessa riskbedömningar. Vi har behandlat frågan i avsnitt 12.6.2.

I andra stycket i artikel 14.2 i sanktionsdirektivet föreskrivs att medlemsstaterna ska samla in statistik om de inspektioner som ska genomföras för att kontrollera direktivets efterlevnad. Uppgifterna ska rapporteras årligen till kommissionen. Punkt 8 b) innebär att det är Rikspolisstyrelsen som är den myndighet som ska ansvara för insamling och sammanställning av uppgifterna om genomförda inspektioner och resultatet av dem. Frågan har behandlats i avsnitt 12.7.

15.7 Förslaget till förordning om ändring i utlänningsförordningen (2006:97)

5 kap. 1 §

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 eller 15 c § utlänningslagen (2005:716) är undantagen från kravet på arbetstillstånd.

I paragrafens *andra stycke* har lagts till en hänvisning till 5 kap. 15 c §. En utlänning som har beviljats ett tidsbegränsat uppehållstillstånd enligt denna bestämmelse får därmed rätt att arbeta även medan han eller hon vistas här för att kunna avsluta en rättegång mot arbetsgivaren eller en uppdragsgivare vid underentreprenad om rätt till innestående ersättning. Bestämmelsen har behandlats i avsnitt 7.12.

5 kap. 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. Ett arbetstillstånd får inte beviljas för en utlänning som endast innehar ett sådant identitetskort som avses i 2 kap. 17 § första stycket.

Bestämmelsen ändras så att utlänningar inte kan beviljas arbetstillstånd för längre tid än de har rätt att vistas här.

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.

Paragrafen är ny. Den reglerar vissa av de skyldigheter arbetsgivare har i samband med anställning av vissa tredjelandsmedborgare. Genom dessa bestämmelser genomförs artikel 4.1 a–b i direktivet.

I första stycket regleras arbetsgivares skyldigheter att innan en tredjelandsmedborgare påbörjar en anställning kontrollera att tredjelandsmedborgaren har föreskrivet tillstånd för att vistas och arbeta här i landet. Vi har behandlat bestämmelsen utförligt i avsnitt 6.4.3. Det finns situationer då tredjelandsmedborgare har rätt att uppehålla sig i landet utan uppehållstillstånd. Så är det t.ex. under de första tre månaderna i Sverige (jämte annan Schengenstat, om han eller hon har vistats där före inresan till Sverige). Då krävs endast visering. I förhållande till vissa tredje länder gäller viseringsfrihet och då behöver arbetsgivaren kontrollera att arbetstagaren är medborgare i ett land för vilket viseringsfrihet gäller.

Bestämmelsen i andra stycket innebär att en arbetsgivare är skyldig att ta en kopia av den tillståndshandling som tredjelandsmedborgaren har visat upp. Kopian ska sedan bevaras under hela anställningstiden och ytterligare sex månader efter att anställningstiden har löpt ut. I stället för en kopia av den eller de uppvisade handlingarna kan arbetsgivaren spara ett utdrag av dessa. Med detta menas att arbetsgivaren antecknar viktiga uppgifter i tillstånds-

handlingarna och sparar dessa under den föreskrivna tiden. I avsnitt 5.4.5 har vi angett närmare vilka uppgifter som måste sparas.

I det *tredje stycket* inskränks den grupp av tredjelandsmedborgare som bestämmelserna i första och andra styckena ska tillämpas på. Först anges vad som menas med en tredjelandsmedborgare, nämligen en utlänning som inte är medborgare i en annan EU-stat, en annan EES-stat eller i Schweiz. Detta motsvarar definitionen i 1 kap. 3 c § UtlL. Bestämmelserna i första och andra styckena ska dock inte tillämpas i fråga om vissa grupper av personer, trots att de är tredjelandsmedborgare enligt denna definition. Det gäller beträffande dels tredjelandsmedborgare vilka är familjemedlemmar till en EES-medborgare som har uppehållsrätt här i landet enligt 3 a kap. UtlL, dels tredjelandsmedborgare som är familjemedlemmar till schweiziska medborgare som utövar sin rätt till fri rörlighet. Vi har behandlat frågor om vilka tredjelandsmedborgare kontrollskyldigheten gäller för i avsnitt 5.4.2.

Det bör framhållas att kontrollskyldigheten inte är uttömmande reglerad genom bestämmelsen i denna paragraf. Arbetsgivare har enligt 20 kap. 5 och 12 §§ UtlL ett ansvar för att tillstånd till vistelse och arbete finns, om sådant är föreskrivet, även vid anställning av andra utlänningar än de som anges i denna paragraf.

6 kap. 18 §

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

Paragrafen är ny. Den innebär ett förtydligande av polisens uppgift att utreda brott som avses i 20 kap. 5 § UtlL. Bestämmelsen införs som ett led i genomförandet av sanktionsdirektivet, se vidare i avsnitt 12.6.1. Det bör framhållas att bestämmelsen inte medför några ytterligare befogenheter än de som i allmänhet tillkommer polisen vid brottsutredning.

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.

I denna paragraf, som är ny, anges i *första stycket* att arbetsgivare som anställer en sådan tredjelandsmedborgare som anges i 6 kap. 13 a § måste underrätta Skatteverket om anställningen. Genom denna bestämmelse genomförs artikel 4.1 c i direktivet. Under rättelsen ska ske senast månaden efter den kalendermånad då anställningen påbörjades.

I *andra stycket* ges Skatteverket bemyndigande att i föreskrifter ange närmare hur och när underrättelse ska ske.

Av *tredje stycket* följer att det inte är nödvändigt att lämna underrättelse vid anställning av en tredjelandsmedborgare som har ställning som varaktigt bosatt här i landet eller i en annan EU-stat. Undantaget har behandlats i avsnitt 5.5.8.

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

Bestämmelsen är ny. Den har behandlats i avsnitt 7.9. I bestämmelsen föreskrivs en skyldighet för myndigheter som prövar en fråga om avvisning eller utvisning av en tredjelandsmedborgare att ge honom eller henne viss information.

Särskilt yttrande

Särskilt yttrande av Katri Linna

Direktivet med sanktioner mot arbetsgivare är problematiskt från diskrimineringssynpunkt. Tyngdpunkten i direktivet ligger på att bestraffa arbetsgivare i syfte att avhålla dem från att anställa tredjelandsmedborgare som vistas olagligt inom EU. Det finns dock uppenbara risker för att direktivet kommer att få följder för möjligheterna att få arbete även för personer med utländsk bakgrund som vistas här lagligt.

Det finns en risk för att de krav som ställs på arbetsgivare som anställer tredjelandsmedborgare, 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 medföra negativa effekter för anställbarheten hos tredjelandsmedborgaren och personer som felaktigt förmodas tillhöra denna grupp.

Därutöver finns en stor risk att de regler som införs för att implementera direktivet kommer att tillämpas på ett sätt som är diskriminerande. Det kan innebära att personer som utifrån sitt utseende, brytning eller annan markör förmodas tillhöra gruppen tredjelandsmedborgare utsätts för särskilda kontroller, medan andra undslipper detta. Detta leder till ett utpekande av vissa och till att personer som utifrån sitt utseende definieras som "européer" men som egentligen tillhör gruppen tredjelandsmedborgare inte utsätts för tillräcklig kontroll utifrån lagens ändamål. Det enda sättet detta kan undvikas är att arbetsgivare vidtar samma kontrollåtgärder oavsett vad han eller hon har för bild av arbetssökandes bakgrund.

Jag är väl medveten om att Sverige är förpliktat att genomföra direktivets bestämmelser. Utredningen har gjort vissa försök att förhindra att genomförandet av direktivet leder till diskriminering och

andra negativa effekter för tredjelandsmedborgare och andra med utländsk bakgrund. Trots dessa försök riskerar den nya lagstiftningen att medföra ökad diskriminering på grund av etnisk tillhörighet.

Källförteckning

(endast källor som vi hänvisar till)

Litteratur

- Adlercreutz, Axel: *Avtalsrätt I*, 12 uppl. Lund 2002
- Adlercreutz, Axel och Bernhard Johann Mulder: *Svensk arbetsrätt*, 13 uppl. Lund 2007
- Almén, Tore och Rudolf Eklund: *Lagen om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område*, 9 uppl. Stockholm 1968
- Andersson, Jan: "Legala förbud och ogiltighet – En teleologisk studie". I *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 1999, s. 533–752
- Andersson, Jan: "Högsta domstolens prejudikatfunktion och bruket av obiter dicta". I *Stockholm Centre for Commercial Law – Årsbok I*, 2008, s. 11–32
- Bergqvist, Olof, Lars Lunning och Gudmund Toijer: *Medbestämmandelagen. Lagtext med kommentarer*, 2 uppl. Stockholm 1997
- Bergström, Sture: *Ogiltighet ur civilrättslig och skatterättslig synvinkel*, Stockholm 1984
- Bernitz, Ulf: "Avtalsvillkorslagen". I *Svensk Juristtidning* 1974 s. 81–134
- Bernitz, Ulf och Anders Kjellgren: *Europarättens grunder*, 3 uppl. Vällingby 2007
- Bogdan, Michael: *Svensk internationell privat- och processrätt*, 7 uppl. Lund 2008
- Carlsson, Nils-Fredrik, Christer Silfverberg och Yvonne Svenström: *Socialavgifter*, Stockholm 2004
- Danelius, Hans: *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis*, 3 uppl. Stockholm 2007
- Evju, Stein: "Solidariskt ansvar för uppdragsgivare i Norge". I *EU & arbetsrätt* nr 3/4 2009

- Falk, Jan-Erik: *Lag om offentlig upphandling – en kommentar*, Stockholm 2009
- Grönfors, Kurt: *Avtalslagen*, 3 uppl. Göteborg 1995
- Inghammar, Andreas: "From Vagrant to Undocumented Migrant Worker. Helots at Work and the intersection between standards, labour law and immigration policy". I *European Journal of Migration and Law* 12(2) 2010, s. 193–214
- Karlgren, Hjalmar: "Ett gammalt tvisteämne: nullitet och angripelighet". I *Festskrift till Ussing*, Köpenhamn 1951
- Lehrberg, Bert: *Avtalsrättens grundelement*, 2 uppl. Uppsala 2006
- Lunning, Lars, och Gudmund Toijer: *Anställningsskydd. Kommentarer till anställningsskyddslagen*, 9 uppl. Stockholm 2006
- Munukka, Juri: "Är obehörig vinst en svensk rättsprincip?". I *Ny Juridik* 3:09 s. 26–34
- Nial, Håkan: "Om förvärv i strid med legala förbud". I *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 1936, s. 1–77
- Ramberg, Jan och Christina Ramberg: *Allmän avtalsrätt*, 7 uppl. Stockholm 2007
- Schulz, Mårten: "Nya argumentationslinjer i förmögenhetsrätten. Obehörig vinst rediviva". I *Svensk Juristtidning* 2009 s. 946–959
- Schmidt, Folke: *Löntagarrätt*, Uppsala 1994
- van Dijk, Pieter, Fried van Hoof, Arjen van Rijn och Leo Zwaak (eds.): *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 4th edition Antwerpen – Oxford 2006
- Wikrén, Gerhard, och Håkan Sandesjö: *Utlänningslagen med kommentarer*, 9 uppl. Stockholm 2010
- Vängby, Staffan: "Övergångsbestämmelser i civilrättslig och processrättslig lagstiftning". I *Festskrift till Lars Heuman*, Stockholm 2008

Offentligt tryck

- Proposition 1962:10 med förslag till brottsbalk, del C
- Proposition 1964:10 med förslag till lag om införande av brottsbalken m.m.
- Proposition 1968:142 angående riktlinjer för utlänningspolitiken m.m.
- Proposition 1970:166 med förslag till lag om ändring i lagen (1935:113) med vissa bestämmelser om arbetsförmedling
- Proposition 1971:77 med förslag till lag om vissa internationella sanktioner

- Proposition 1973/90 med förslag till ny regeringsform och ny riksdagsordning m.m.
- Proposition 1975/76:18 om ändring i utlänningslagen (1954:193), m.m.
- Proposition 1975/76:105 med förslag till arbetsrättsreform m.m.
- Proposition 1975/76:209 om ändring i regeringsformen
- Proposition 1976/77:149 om arbetsmiljölag m.m.
- Proposition 1981/82:142 om ändring i brottsbalken (ekonomiska sanktioner vid brott i näringsverksamhet)
- Proposition 1981/82:146 om ändring i utlänningslagen (1980:376), m.m.
- Proposition 1981/82:165 med förslag till konkurrenslag
- Proposition 1983/84:111 med förslag till ny polislagen m.m.
- Proposition 1983/84:144 om invandrings- och flyktingpolitiken
- Proposition 1985/86:23 om ändring i brottsbalken m.m. (företagsbot)
- Proposition 1985/86:126 om lag om näringsförbud, m.m.
- Proposition 1988/89:86 Ny utlänningslag m.m.
- Proposition 1990/91:124 om privat arbetsförmedling och uthyrning av arbetskraft, m.m.
- Proposition 1992/93:88 om offentlig upphandling
- Proposition 1995/96:98 Ändrade regler för näringsförbud
- Proposition 1995/96:215 Otillbörlig kurspåverkan och vissa insiderfrågor
- Proposition 1999/2000:85 Sveriges tillträde till vissa internationella överenskommelser för bekämpande av penningförfalskning m.m.
- Proposition 2000/01:40 Penningförfalskning m.m.
- Proposition 2001/02:135 Sveriges antagande av rambeslut om bekämpande av terrorism
- Proposition 2001/02:144 Lag om behandling av personuppgifter i den arbetsmarknadspolitiska verksamheten
- Proposition 2002/03:106 Administrativa avgifter på skatte- och tullområdet, m.m.
- Proposition 2003/04:35 Människosmuggling och tidsbegränsat uppehållstillstånd för målsägande och vittnen m.m.
- Proposition 2003/04:50 Åtgärder för att klarlägga asylsökandes identitet, m.m.
- Proposition 2003/04:111 Ett utvidgat straffansvar för människohandel
- Proposition 2005/06:59 Företagsbot
- Proposition 2005/06:130 Omvänd skattskyldighet för mervärdesskatt inom byggsektorn

- Proposition 2005/06:209 Straffrättsliga regler mot förorening från fartyg
- Proposition 2006/07:128 Ny lagstiftning om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster
- Proposition 2007/08:135 Ny konkurrenslag m.m.
- Proposition 2007/08:147 Nya regler för arbetskraftsinvandring
- Proposition 2008/09:1 Budgetpropositionen för 2009, utgiftsområde 13
- Proposition 2009/10:31 Genomförande av skyddsgrundsdirektivet och asylprocedurdirektivet
- Proposition 2009/10:80 En reformerad grundlag
- Proposition 2009/10:125 En ny alkohollag
- Proposition 2009/10:152 Förstärkt straffrättsligt skydd mot människohandel

Betänkanden i SOU-serien

- SOU 1988:1 *Översyn av utlänningslagen*, betänkande av Utredningen om översyn av utlänningslagen
- SOU 1994:141 *Arbetsrättsliga utredningar. Bakgrundsmaterial utarbetat av sekretariatet vid 1992 års arbetsrättskommitté*
- SOU 2004:110 *Gränskontrolllag – effektivare gränskontroll*, betänkande av Gränskontrollutredningen
- SOU 2006:87 *Arbetskraftsinvandring till Sverige – förslag och konsekvenser*, slutbetänkande av Kommittén för arbetskraftsinvandring
- SOU 2008:38 *EU, allmännyttan och hyrorna*, betänkande av Utredningen om allmännyttans villkor, del I
- SOU 2009:58 *Skatteförfarandet*, slutbetänkande av Skatteförfarandeutredningen
- SOU 2009:60 *Återvändandedirektivet och svensk rätt*, delbetänkande av Förvarsutredningen
- SOU 2009:91 *Fingeravtryck i uppehållstillstånd*, slutbetänkande av Viseringsutredningen

Rättsfall

Rättsfall från Högsta domstolen

NJA 1953 s. 99
NJA 1973 s. 562
NJA 1982 s. 784
NJA 1987 s. 845 II
NJA 1989 s. 629
NJA 1990 s. 401
NJA 1992 s. 717
NJA 1991 s. 631
NJA 1993 s. 13
NJA 1997 s. 93
NJA 2007 s. 519
NJA 2010 s. 168 I och II

Rättsfall från Regeringsrätten

RÅ 2000 ref 65
RÅ 2000 ref 66
RÅ 2002 not 41
RÅ 2002 not 42
RÅ 2009 ref 94
Dom den 10 september 2010 i mål nr 567/10

Rättsfall från Arbetsdomstolen

AD 1979 nr 90
AD 1980 nr 112
AD 1981 nr 131
AD 1996 nr 135
AD 1991 nr 49
AD 2004 nr 18

Rättsfall från hovrätterna

Hovrätten över Skåne och Blekinges dom den 11 november 2000
i mål T 471-97

Hovrätten för Västra Sveriges dom den 27 maj 2005
i mål T 4686-04

Svea hovrätts dom den 8 september 2008 i mål T 8659-07

Rättsfall från kammarrätterna

Kammarrätten i Jönköpings dom den 9 juni 2009 i mål 4211-08

Kammarrätten i Stockholms dom den 9 juli 2009 i mål nr 1406-09

Kammarrätten i Stockholms dom den 21 januari 2010 i mål 6427-09
(överklagad till Regeringsrätten, mål nr 567/10)

Rättsfall från EU-domstolen

Dom den 20 februari 1979 i mål 120/78, Rewe-Zentrale, REG 1979,
s. 649

Dom den 6 oktober 1982 i mål 283/81, CILFIT, REG 1982, s. 3415

Dom den 30 januari 1985 i mål 143/83, kommissionen mot Danmark,
REG 1985, s. 427

Dom den 9 augusti 1994 i mål C-43/93, Vander Elst, REG 1994,
s. I-3803

Dom den 26 september 1996 i mål C-241/94, Frankrike mot kom-
missionen, REG 1996, s. I-4551

Dom den 12 maj 1998 i mål C-85/96, Martínez Sala, REG 1998,
s. I-2691

Dom den 13 juli 2000 i mål C-412/98, Group Josi, REG 2000,
s. I-5925

Dom den 1 mars 2005 i mål C-281/02, Owusu, REG 2005,
s. I-1383

Dom den 9 februari 2006 i de förenade målen C-226/04 och
C-228/04, La Cascina m.fl., REG 2006, s. I-1347

Dom den 30 november 2006 i mål C-32/05, kommissionen mot
Luxemburg, REG 2006, s. I-11323

Dom den 16 december 2008 i mål C-213/07, Michaniki, REG 2008,
s. I-9999

Dom den 23 december 2009 i mål C-376/08, Serrantoni (ännu inte
publicerad i REG)

Rättsfall från tribunalen (tidigare förstainstansrätten)

Dom den 25 mars 1999 i mål T-102/96, Gencor mot kommissionen, REG 1999, s. II-753

Rättsfall från Europadomstolen

Dom den 8 juni 1976, Engel m.fl. mot Nederländerna, Series A n. 22

Dom den 7 oktober 1988, Salabiaku mot Frankrike, ansökan 10519/83

Dom den 25 september 1992, Pham Hoang mot Frankrike, ansökan 13191/87

Beslut den 30 maj 2000, R.T. mot Schweiz, ansökan 31982/96

Dom den 8 april 2003, Manasson mot Sverige, ansökan 41265/98

Dom den 23 juli 2003, Västberga Taxi AB och Vulic mot Sverige, ansökan 36985/97

Dom den 23 juli 2003, Janosevic mot Sverige, ansökan 34619/97

Beslut den 14 september 2004, Rosenquist mot Sverige, ansökan 60619/00

Dom den 27 januari 2009, Carlberg mot Sverige, ansökan 9631/04

Dom den 10 februari 2009, Sergey Zolotukhin mot Ryssland, ansökan 14939/03

Dom den 16 juni 2009, Ruotsalainen mot Finland, ansökan 13079/03

Dom den 25 juni 2009, Maresti mot Kroatien, ansökan 55759/07

Dom den 14 januari 2010, Tsonyo Tsonev mot Bulgarien, ansökan 2376/03

Från Kommissionen: *Österrike mot Italien*, Yearbook of the European Convention on Human Rights, 4 s. 112 och 6 s. 740

Beslut av Justitieombudsmannen

Dnr 762-1980

Dnr 1377-1981

JO 1985/86 s. 125

JO 1988/89 s. 67

JO 1990/91 s. 66

JO 1991/92 s. 47 och 112

JO 1993/94 s. 97

Övrigt

Regeringens skrivelse 2008/09:24 *Egenmakt mot utanförskap - regeringens strategi för integration*

Explanatory Report to Protocol No. 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, ETS No. 117

Statskontorets rapport 1999:12 *Tillstånd för näringsverksamhet*

Datainspektionens rapport 2002:3

Projekt RITA: *Projekt RITA - rättvis ingång till arbete*. Åtkomlig på Fastighetsanställdas förbunds hemsida www.fastighets.se

Folkhälsoinstitutets Handbok Alkohollagen 2009

Kommittédirektiv



Genomförande av EG-direktiv om sanktioner mot arbetsgivare

Dir.
2009:49

Beslut vid regeringssammanträde den 25 juni 2009

Sammanfattning

En särskild utredare ska föreslå hur Europaparlamentets och rådets direktiv om sanktioner mot arbetsgivare för tredjelandsmedborgare som vistas olagligt i EU ska genomföras i svensk rätt. Utredaren ska lämna nödvändiga författningsförslag.

EG-direktivet behandlar bl.a. frågor om

- kontroll- och underrättelseskyldighet för arbetsgivare,
- sanktioner mot arbetsgivare som anställer tredjelandsmedborgare som saknar rätt att vistas i unionen,
- framtagna av rätt för arbetsgivare att delta i offentlig upphandling samt framtagna av rätten till och återbetalningskyldighet för offentliga förmåner, stöd och bidrag,
- förenklade klagomålsförfaranden och betalningsansvar för innesående ersättningar,
- sanktioner och betalningsansvar för andra än arbetsgivare vid entreprenad, och
- inspektioner av arbetsplatser.

Därutöver ska utredaren överväga 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 underrätta arbetsgivare i vissa fall. Utredaren ska också i denna del lämna nödvändiga författningsförslag.

I utredarens uppdrag ingår att beakta regeringens mål att minska företagens administrativa kostnader.

Uppdraget ska redovisas senast den 1 oktober 2010.

EG-direktivet om sanktioner mot arbetsgivare

Den 25 maj 2009 antogs Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/52/EG om minimistandarder för sanktioner och åtgärder mot arbetsgivare för tredjelandsmedborgare som vistas olagligt. Direktivet kommer att publiceras i Europeiska unionens officiella tidning, EUT, i juli 2009.

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. Överträdelse av förbudet ska kunna medföra att arbetsgivare åläggs olika administrativa, finansiella och straffrättsliga sanktioner. Det rör sig om ett minimidirektiv och det finns därför möjligheter för medlemsstaterna att behålla eller införa strängare regler än de som följer av direktivet.

Senast 24 månader efter publicering av EG-direktivet i EUT ska medlemsstaterna ha genomfört direktivet i nationell lagstiftning.

Uppdraget att föreslå hur EG-direktivet ska genomföras

Reglering av kontroll- och underrättelseskyldighet för arbetsgivare

Direktivet föreskriver att medlemsstaterna ska ålägga arbetsgivare att kontrollera att tredjelandsmedborgare har ett giltigt uppehållstillstånd eller annan handling som visar rätt till vistelse innan anställningen påbörjas (art. 4.1).

Eftersom direktivet är ett s.k. minimidirektiv kan medlemsstaterna dock införa eller behålla strängare regler, dvs. krav på att arbetstagaren innehar och visar upp ett giltigt arbetstillstånd för arbetsgivaren.

Enligt direktivet ska arbetsgivaren vara skyldig att behålla en kopia av eller ett utdrag av innehållet i uppehållstillståndet eller annan handling som visar rätt till vistelse så att behöriga myndigheter kan inspektera handlingen i fråga (art. 4.1b). Vidare ska arbetsgivaren underrätta behörig myndighet om anställningens början inom en tidsperiod som medlemsstaten själv ska fastställa (art. 4.1c).

Om arbetsgivaren är en fysisk person och anställningen avser arbete för dennes privata syften får medlemsstaterna besluta att tillämpa ett förenklat förfarande för underrättelsen (art. 4.2). Medlems-

staterna får också besluta att införa undantag från kravet på underrättelse om anställningen avser tredjelandsmedborgare som har ställning som varaktigt bosatt (art. 4.2). En arbetsgivare som kontrollerat att tredjelandsmedborgaren har tillstånd att vistas i landet, sparat en kopia av eller ett utdrag av innehållet i handlingen och underrättat behörig myndighet om anställningen, ska inte kunna hållas ansvarig för överträdelse av förbudet mot anställningen såvida inte arbetsgivaren kände till att den handling som visats upp var en förfälskning (art. 4.3).

Bestämmelser om uppehålls- och arbetstillstånd och vilka utlänningar som är undantagna från kravet på innehav av dessa tillstånd vid anställning i Sverige finns i utlänningslagen (2005:716, UtlL) och utlänningsförordningen (2006:96, UtlF). Beslut om uppehålls- och arbetstillstånd meddelas av Migrationsverket och information om tillstånden läggs in i ett webbaserat ärendehanteringssystem, Wilma.

Bestämmelser om underrättelse om utlänningars vistelse i Sverige finns i 7 kap. UtlF. Underrättelseskyldighet för arbetsgivare finns endast i de fall som rör anställning av en asylsökande som är undantagen från kravet på arbetstillstånd (7 kap. 1 a § UtlF). I dessa fall ska Migrationsverket underrättas om anställningens början och upphörande. Av 20 kap. 6 § UtlL framgår att det är förenat med straffansvar att uppsåtligen eller av oaktsamhet inte göra sådan anmälan som föreskrivs i utlänningsförordningen eller att i en anmälan medvetet lämna oriktig uppgift.

Någon uttrycklig bestämmelse om att arbetsgivare ska kontrollera att en utlänning har ett uppehålls- och arbetstillstånd och spara kopia av handlingen finns inte. Däremot är det enligt 20 kap. 5 § UtlL förenat med straffansvar att uppsåtligen eller av oaktsamhet ha en utlänning i sin tjänst fastän utlänningen inte har föreskrivet arbetstillstånd. För svensk del medför direktivet att det måste införas en skyldighet för arbetsgivare att underrätta behörig myndighet om anställning av tredjelandsmedborgare med permanenta uppehållstillstånd i Sverige. Dessa är enligt nuvarande ordning undantagna från kravet på arbetstillstånd.

Kontroll- och underrättelseskyldighet för arbetsgivare vid anställning av utlänningar är inte författningsreglerad i en omfattning som fullt ut motsvarar direktivets bestämmelser.

Utredaren ska därför

- ta ställning till vilka författningsändringar som föranleds av direktivets bestämmelser om kontroll- och underrättelse-skyldighet,
- föreslå vilken myndighet som bör utses att ta emot underrättelse om anställning av tredjelandsmedborgare,
- ta ställning till inom vilken tidsfrist underrättelsen om anställning av tredjelandsmedborgare ska ha inkommit till behörig myndighet, och
- utarbeta nödvändiga författningsförslag.

Förslagen ska utformas så att arbetsgivarnas administrativa kostnader begränsas, utan att direktivets syfte eftersätts.

Anpassning av svenska regler till kravet på finansiella sanktioner

Direktivet föreskriver att medlemsstaterna ska införa ett förbud för arbetsgivare att anställa tredjelandsmedborgare som vistas olagligt på deras territorier (art. 3.1). Vidare ska effektiva, proportionella och avskräckande sanktioner införas för arbetsgivare som överträder detta förbud (art. 5.1). Utöver en finansiell sanktion som ska öka i förhållande till antalet anställda tredjelandsmedborgare som vistas olagligt ska sanktionerna även omfatta betalning av kostnaderna för dessa personers återvändande. Medlemsstaterna kan dock besluta att en genomsnittlig återvändandekostnad i stället inkluderas i den finansiella sanktionen (art. 5.2). Om arbetsgivaren är en fysisk person och anställningen avser arbete för arbetsgivarens privata syften, kan den finansiella sanktionen reduceras i de fall arbetsförhållandena inte är särskilt exploaterande (art. 5.3).

Enligt 20 kap. 12–14 §§ UtL ska en fysisk eller juridisk person som har en utlänning i sin tjänst fastän utlänningen inte har arbetstillstånd – oavsett om straffansvar krävs ut – betala en särskild avgift. 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, utgör avgiften för varje utlänning i stället hela prisbasbeloppet. Avgiften får sättas ned eller efterges helt, om särskilda skäl talar för det. Bestämmelserna om särskild avgift tillkom den 1 juli 1982 (prop. 1981/82:146). Gällande svenska regler motsvarar inte i alla delar direktivets

bestämmelser. I den aktuella propositionen behandlas även Sveriges tillträde till del I av ILO-konventionen (nr 143) om missbruk i samband med migration och om främjande av migrerande arbetstagares likställdhet med avseende på möjligheter och behandling. ILO-konventionens del I innehåller bestämmelser om administrativa, civilrättsliga och straffrättsliga sanktioner mot arbetsgivare som anställer migrerande arbetstagare som vistas och arbetar olagligt i konventionsstaterna och bör därför beaktas i detta sammanhang.

Utredaren ska

- utreda vilket behov av författningsändringar som finns med anledning av direktivets krav på effektiva, proportionella och avskräckande finansiella sanktioner mot arbetsgivare,
- kartlägga i vilken omfattning gällande bestämmelse om särskild avgift tillämpats under de senaste fem åren,
- ta ställning till om det ska införas en särskild bestämmelse som ålägger arbetsgivare att stå för återvändandekostnader eller om denna kostnad i stället ska ingå i den finansiella sanktionen,
- ta ställning till om nuvarande system med särskild avgift kopplad till prisbasbelopp bör behållas,
- ta ställning till om den finansiella sanktionen ska kunna sättas ned för fysiska personer om anställningen avser arbete för privata syften, och
- utarbeta nödvändiga författningsförslag.

Anpassning av den svenska straffrättsliga regleringen

Enligt direktivet ska uppsåtlig överträdelse av förbudet mot anställning av tredjelandsmedborgare som vistas olagligt i landet i fem fall utgöra brott (art. 9) och fysiska personer som gör sig skyldiga till något av dessa brott ska kunna åläggas effektiva, proportionella och avskräckande straffrättsliga sanktioner (art. 10). De fall som ska utgöra brott avser upprepade överträdelser av förbudet, anställning av ett betydande antal tredjelandsmedborgare, anställning under särskilt exploaterande arbetsförhållanden, fall där arbetsgivaren vet att arbetstagaren är ett offer för människohandel samt anställning av en minderårig. Även anstiftan och medhjälp till uppsåtliga brott ska straffbeläggas. Även juridiska personer ska kunna ställas till ansvar för de brott som anges ovan (art. 11). Något krav på att införa ett rent straffrättsligt ansvar för juridiska personer finns dock inte enligt direktivet.

Enligt 20 kap. 5 § UtlL kan den som uppsåtligt eller av oaktsamhet har en utlänning i sin tjänst fastän utlänningen inte har föreskrivet arbetstillstånd dömas till böter, eller när omständigheterna är försvårande, fängelse i högst ett år. Gällande rätt går därmed längre än direktivets minimikrav på vad som ska vara kriminaliserat eftersom själva anställningen av en utlänning som saknar arbetstillstånd utgör ett brott i Sverige. Frågan är om nuvarande kriminalisering i något avseende behöver ändras för att möta direktivets krav.

Utredaren ska därför

- analysera och ta ställning till om det finns behov av förändringar av den straffrättsliga regleringen i utlänningslagen för arbetsgivare som anställer utlänningar som saknar de tillstånd som krävs för vistelse och arbete,
- redovisa i vilken omfattning straffbestämmelsen om anställning av en utlänning som saknar arbetstillstånd har tillämpats under de senaste fem åren, och
- utarbeta nödvändiga författningsförslag.

Andra åtgärder mot arbetsgivare som anställt tredjelandsmedborgare som vistas olagligt i EU

Medlemsstaterna ska vidta nödvändiga åtgärder för att säkerställa att arbetsgivare som överträtt förbudet mot anställning av tredjelandsmedborgare i lämpliga fall även ska kunna bli fråntagna rätten till en del av eller alla offentliga förmåner, stöd eller bidrag, inbegripet EU-bidrag som förvaltas av medlemsstaterna, i upp till fem år. Även en återbetalningsskyldighet för en del av eller alla tidigare beviljade offentliga förmåner, stöd eller bidrag som arbetsgivaren beviljats upp till tolv månader före upptäckten av anställningen ska kunna aktualiseras. Arbetsgivare ska också kunna bli fråntagna rätten att delta i offentlig upphandling enligt direktiv 2004/18/EG om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster i upp till fem år. Detta direktiv har genomförts i svensk rätt genom lag (2007:1091) om offentlig upphandling. Vidare ska tillfälligt eller permanent näringsförbud eller stängning av inrättning som använts för att begå överträdelsen kunna vidtas mot en arbetsgivare. Medlemsstaterna får besluta att angivna åtgärder inte ska tillämpas i fall då

arbetsgivaren är en fysisk person och anställningen avser arbete för dennas privata syften (art. 7).

De åtgärder mot arbetsgivare och de olika tidsfrister som direktivet föreskriver med anledning av anställning av tredjelandsmedborgare som vistas olagligt i landet saknar motsvarighet i svensk lagstiftning.

Utredaren ska därför

- 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,
- ta ställning till om de åtgärder som föreslås även ska tillämpas på arbetsgivare som är fysiska personer och anställningen avser arbete för deras privata syften, och
- utarbeta nödvändiga författningsförslag.

Betalningsansvar för inestående ersättning och förenklade klagomålsförfaranden

Medlemsstaterna ska säkerställa att arbetsgivare ansvarar för betalning av inestående ersättning ("efterhandsutbetalningar") till tredjelandsmedborgare som anställts utan rätt att vistas i landet samt för betalning av eventuella skatter och sociala avgifter m.m. (art. 6.1). Inom en preskriptionstid som fastställs i nationell lagstiftning ska berörda tredjelandsmedborgare kunna framställa krav och i förlängningen erhålla verkställighet av en dom gentemot arbetsgivaren för inestående ersättning antingen under den tid han eller hon vistas i landet eller från det land han eller hon har återvänt eller återsänts till. Tredjelandsmedborgaren ska systematiskt och objektivt informeras om sina rättigheter innan ett eventuellt beslut om återsändande verkställs (art. 6.2). Vid tvist och om arbetstagaren eller arbetsgivaren inte kan bevisa motsatsen ska ett anställningsförhållande om minst tre månader presumeras och den överenskomna ersättningsnivån ska antas ha varit i vart fall minimilönen enligt nationell lagstiftning, kollektivavtal eller praxis i branschen. Av ingressen till direktivet framgår att medlemsstaterna inte ska vara skyldiga att fullgöra arbetsgivarens skyldigheter i dennes ställe.

Enligt 20 kap. 3 § UtIL är det förenat med straffansvar att utan arbetstillstånd uppsåtligen eller av oaktsamhet ha anställning eller bedriva verksamhet som kräver ett sådant tillstånd. Det är oklart

vilket arbetsrättsligt skydd, t.ex. i form av rätt till inestående ersättning, som finns enligt såväl lag som kollektivavtal för en tredjelandsmedborgare som arbetat i strid mot denna bestämmelse (AD 1979 nr 90). Direktivets bestämmelse om en presumtion om ett anställningsförhållande på tre månader och antagandet av överenskommelse om viss ersättningsnivå saknar helt motsvarighet i svensk rätt oavsett om arbetstagaren vistas lagligt i landet eller inte.

Medlemsstaterna ska vidare enligt direktivet säkerställa att det finns effektiva mekanismer genom vilka berörda tredjelandsmedborgare kan inge klagomål mot sina arbetsgivare ("förenklat klagomålsförfarande", art. 13). En tredje part ska kunna bistå tredjelandsmedborgare att ge in klagomål och ett sådant bistånd ska då inte betraktas som hjälp till olaglig vistelse. I två fall där överträdelse av förbudet mot anställning av tredjelandsmedborgare ska utgöra brott, dvs. då arbetstagaren utsatts för särskilt exploaterande arbetsförhållanden eller då tredjelandsmedborgaren är minderårig, ska medlemsstaterna kunna bevilja tidsbegränsade uppehållstillstånd under den tid utredning och rättegång i brottmålet varar. I de fall tidsbegränsade uppehållstillstånd har beviljats ska medlemsstaterna i sin nationella lagstiftning fastställa villkoren för förlängning av dessa tillstånd till dess att tredjelandsmedborgaren har erhållit eventuell efterhandsutbetalning av inestående ersättning (art. 6.5 och art. 13.4).

Enligt gällande rätt är hjälp till olaglig vistelse straffbelagt enligt 20 kap. 7 § UtlL om detta sker i vinstsyfte. Enligt 5 kap. 15 § samma lag kan tidsbegränsade uppehållstillstånd på ansökan av förundersökningsledare under vissa villkor medges en utlänning som vistas här i landet. Upppehållstillståndet får förlängas om förundersökningsledaren begär det och förutsättningarna för att bevilja tillstånd fortfarande är uppfyllda.

Arbetstagare och fackförbund driver enligt nuvarande ordning in arbetstagares lönekrav som en civilrättslig fordran med beaktande av relevanta arbetsrättsliga lagar och kollektivavtal. Reglerna om i vilket forum en lönetvist ska drivas kan skilja sig något beroende på om arbetstagaren är fackligt organiserad eller inte och huruvida arbetsgivaren har kollektivavtal med den fackliga organisationen. Några särskilda regler som specifikt tar sikte på en tredjelandsmedborgares möjlighet att driva krav mot arbetsgivare vid anställning utan de tillstånd som krävs för vistelse och arbete finns inte i svensk rätt.

Utredaren ska därför

- analysera vilket arbetsrättsligt skydd som finns för en tredjelandsmedborgare som uppsåtligen eller av oaktsamhet har arbetat utan föreskrivet arbetstillstånd,
- analysera vilket behov av lag- och förordningsändringar som föranleds av direktivets bestämmelser om betalningsansvar för inestående ersättningar och förenklade klagomålsförfaranden,
- ta ställning till om nuvarande reglering i 5 kap. 15 § UtL avseende förlängning av tidsbegränsade uppehållstillstånd som beviljats en utlänning för medverkan i förundersökning och rättegång behöver ändras, och
- utarbeta nödvändiga författningsförslag.

Utgångspunkten för utredarens förslag ska vara att den svenska arbetsmarknadsmodellen i så stor utsträckning som möjligt ska bibehållas samt att en tredjelandsmedborgare inte ska kunna ta del av det svenska lönegarantisystemet för obetald ersättning för arbete under tid som denne inte har haft rätt att vistas i landet.

Sanktioner och betalningsansvar för andra än arbetsgivare vid entreprenad

Enligt direktivet ska en entreprenör till vilken arbetsgivaren är en direkt underentreprenör tillsammans med eller i stället för arbetsgivaren kunna hållas ansvarig för betalning av finansiella sanktioner och för efterhandsutbetalning till tredjelandsmedborgaren (art. 8.1). Om en huvudentreprenör och eventuella mellanliggande entreprenörer har känt till att en underentreprenör anställt tredjelandsmedborgare som vistas olagligt i landet, ska även dessa kunna hållas ansvariga för betalning av finansiella sanktioner och efterhandsutbetalningar (art. 8.2). En entreprenör som har vidtagit rimliga kontrollåtgärder enligt nationell lagstiftning ska dock inte hållas ansvarig (art. 8.3).

Direktivets bestämmelser om finansiella sanktioner och betalningsansvar för andra än arbetsgivare vid entreprenad saknar motsvarighet i svensk rätt.

Utredaren ska därför

- utreda hur direktivets bestämmelser om betalningsansvar i entreprenadförhållanden kan genomföras i svensk rätt, och

- utarbeta nödvändiga författningsförslag.

Utgångspunkten bör vara att en arbetsgivare så långt som möjligt även fortsättningsvis ska svara för sina arbetstagares löner m.m. samtidigt som direktivets bestämmelser fullt ut respekteras.

Inspektioner av arbetsplatser

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. På grundval av en riskbedömning ska medlemsstaterna identifiera de verksamhetsområden där det kan förekomma sådan anställning, sektorsvis samla in data om antalet inspektioner och årligen informera kommissionen om resultatet av inspektionerna (art. 14).

Kontroll av utlänningars rätt att vistas i Sverige, s.k. *inre utlänningskontroll*, åligger polisen enligt 9 kap. 9 § UtlL. Kontrollen syftar dels till att övervaka att utlänningar inte uppehåller sig här i landet utan nödvändiga tillstånd, dels till att söka efter utlänningar som ska lämna landet enligt beslut om avvisning eller utvisning.

Bestämmelser om inspektioner av arbetsplatser som särskilt tar sikte på kontroll av anställning av tredjelandsmedborgare som saknar rätt att vistas i landet i enlighet med vad som föreskrivs i direktivet finns inte. Däremot finns olika tillsynsverksamheter där ett flertal myndigheter samverkar som kan resultera i upptäckt av sådan anställning. Ett exempel är den regionalt samordnade tillsynen av restaurangbranschen i Stockholms län, Operation Krog-sanering, som bl.a. syftar till att avslöja svart arbetskraft, bidragsfusk och andra slag av ekonomisk brottslighet i restaurangbranschen.

Utredaren ska

- utreda hur direktivets krav på effektiva och lämpliga inspektioner kan säkerställas för kontroll av anställning av tredjelandsmedborgare som saknar rätt att vistas i landet,
- föreslå vilken eller vilka myndigheter som ska utföra inspektioner av arbetsplatser och utföra den riskbedömning som bl.a. ligger till grund för att identifiera verksamhetsområden där det är vanligt med anställning av tredjelandsmedborgare som saknar rätt att vistas i landet,
- analysera hur nödvändiga statistikuppgifter kan samlas in,

- ta ställning till vilken myndighet som ska ansvara för att statistikuppgifter tas fram och nationellt sammanställa den information som årligen ska rapporteras in till kommissionen, och
- utarbeta nödvändiga författningsförslag.

Förslagen ska utformas så att arbetsgivarnas administrativa kostnader begränsas, utan att andra viktiga intressen eftersätts.

Uppdraget att utreda frågor om underrättelseskyldighet för arbetsgivare och Migrationsverket

Skyldighet för arbetsgivare att informera Migrationsverket när anställningen upphör

För närvarande är asylsökande undantagna från skyldigheten att ha arbetstillstånd i de fall Migrationsverket bedömer att beslut i ärendet inte kommer att kunna fattas inom fyra månader från ansöknings-tillfället. Migrationsverket utfärdar i dessa fall ett särskilt bevis som visar att den asylsökande är undantagen från kravet på innehav av arbetstillstånd, ett s.k. AT-UND. Sedan den 15 december 2008 är arbetsgivare skyldiga att underrätta Migrationsverket om anställning av asylsökande som innehar ett AT-UND (7 kap. 1 a § UtlF). Underrättelsen ska innehålla utlänningens namn, födelsedatum, medborgarskap och bostadsadress här i landet samt uppgift om vilket yrke och vilken tidsperiod som anställningen avser. Migrationsverket ska även underrättas när anställningen upphör.

För andra än asylsökande finns dock inte motsvarande underrättelseskyldighet. Enligt gällande rätt kan en utlänning, vars anställning upphör under pågående tillståndstid, få sitt uppehållstillstånd återkallat. En återkallelse får ske 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 (7 kap. 3 § första stycket 2 UtlL). Möjligheten att återkalla uppehållstillståndet i ett sådant fall infördes då det inte ansågs rimligt att en utlänning som beviljats uppehålls- och arbetstillstånd på grund av ett arbetserbjudande skulle kunna vistas här i landet under en längre tid utan att ha sin försörjning ordnad (prop. 2007/08:147 s. 32 f.). En förutsättning för bestämmelsens tillämpning är dock att det kommer till Migrationsverkets kännedom att utlänningens

anställning har upphört. En sådan ordning skulle dock kunna medföra en ökad administrativ börda för arbetsgivare och en avvägning mellan dessa olika intressen bör därför göras.

Utredaren ska

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

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

Enligt nuvarande ordning kan en arbetsgivare i vissa fall 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 bl.a. att det saknas 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. I sammanhanget bör även beaktas det straffrättsliga ansvaret för en arbetsgivare, som uppsåtligen eller av oaktsamhet har en utlänning i sin tjänst fastän utlänningen inte har föreskrivet arbetstillstånd (20 kap. 5 § UtlL), och för utlänningen (20 kap. 3 § UtlL).

Utredaren ska

- 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 anställda (se t.ex. AD 1979 nr 90), och
- utarbeta nödvändiga författningsförslag.

Uppdragets genomförande

I uppdraget ingår att, utifrån de övervägande som gjorts, lämna fullständiga författningsförslag. Utredaren får ta upp andra närliggande frågor som har samband med EG-direktivet och som aktualiseras under utredningsuppdraget om det bedöms nödvändigt för att uppdraget ska kunna genomföras på ett fullgott sätt. Utredaren ska i sina ställningstaganden särskilt beakta hur utlänningarnas personliga integritet och principen om icke-diskriminering kan komma att påverkas av förslagen. Utredaren ska vidare beakta regeringens mål att minska företagens administrativa kostnader och att reglerna utformas på ett för arbetsgivaren lämplig och ändamålsenligt sätt. Utredaren bör hålla sig informerad om kommande arbete inom ramen för utredningen om månatliga inkomststopp.

Ekonomiska konsekvenser

Utredaren ska bedöma de ekonomiska konsekvenserna av förslagen för enskilda individer och för det allmänna. Förslagets kostnadseffekter för små respektive stora företag ska beskrivas. Utredaren 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 utredaren föreslå hur dessa ska finansieras.

Samråd och redovisning av uppdraget

Utredaren ska under arbetet samråda med arbetsmarknadens parter, Näringslivets Regelnämnd och Diskrimineringsombudsmannen.

Uppdraget ska redovisas senast den 1 oktober 2010.

(Justitiedepartementet)

DIREKTIV

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

EUROPAPARLAMENTET OCH EUROPEISKA UNIONENS RÅD HAR
ANTAGIT DETTA DIREKTIV

med beaktande av fördraget om upprättandet av Europeiska
gemenskapen, särskilt artikel 63.3 b,

med beaktande av kommissionens förslag,

med beaktande av Europeiska ekonomiska och sociala kommit-
téens yttrande ⁽¹⁾,

med beaktande av Regionkommitténs yttrande ⁽²⁾,

i enlighet med förfarandet i artikel 251 i fördraget ⁽³⁾, och

av följande skäl:

(1) Europeiska rådet kom vid sitt möte den 14 och 15 december 2006 överens om att medlemsstaternas samarbete bör stärkas i fråga om bekämpning av olaglig invandring och särskilt att åtgärderna mot olaglig anställning bör intensifieras på medlemsstats- och EU-nivå.

(2) 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.

(3) Grundpelaren i sådana åtgärder bör vara ett allmänt förbud mot anställning av tredjelandsmedborgare som inte har rätt till vistelse i EU samt sanktioner mot arbetsgivare som överträder detta förbud.

⁽¹⁾ EUT C 204, 9.8.2008, s. 70.

⁽²⁾ EUT C 257, 9.10.2008, s. 20.

⁽³⁾ Europaparlamentets yttrande av den 4 februari 2009 (ännu ej offentliggjort i EUT) och rådets beslut av den 25 maj 2009.

(4) Eftersom det i detta direktiv föreskrivs minimistandarder bör medlemsstaterna ha rätt att anta eller behålla strängare sanktioner och åtgärder och införa strängare skyldigheter för arbetsgivarna.

(5) Detta direktiv bör inte 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 Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 562/2006 av den 15 mars 2006 om en gemenskapskodex om gränspassage för personer (kodex om Schengen gränserna) ⁽⁴⁾. Direktivet bör dessutom inte 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 utstationerats till en annan medlemsstat i samband med tillhandahållande av tjänster. Detta direktiv 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.

(6) I detta direktiv bör vissa termer definieras och dessa definitioner bör endast gälla detta direktiv.

(7) 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.

(8) Definitionen av *arbetsgivare* kan omfatta en sammanslutning av personer med erkänd kapacitet att utföra rättsliga handlingar utan ställning som juridisk person.

⁽⁴⁾ EUT, L 105, 13.4.2006, s. 1.

- (9) För att förhindra anställning av tredjelandsmedborgare som vistas olagligt bör arbetsgivare vara skyldiga att innan de anställer tredjelandsmedborgare, även om tredjelandsmedborgarna rekryteras för att utstationeras till en annan medlemsstat i samband med tillhandahållande av tjänster, 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.
- (10) För att medlemsstaterna i synnerhet ska kunna kontrollera om handlingar är förfalskade bör arbetsgivarna också vara skyldiga att underrätta de behöriga myndigheterna om att de anställer en tredjelandsmedborgare. För att göra den administrativa bördan så liten som möjligt bör medlemsstaterna få tillåta att en sådan underrättelse sker inom ramen för andra system för anmälan. Medlemsstaterna bör kunna besluta att tillämpa ett förenklat förfarande för anmälan från arbetsgivare som är fysiska personer, då anställningen avser arbete för deras privata syften.
- (11) Arbetsgivare som har fullgjort skyldigheterna enligt detta direktiv bör inte hållas ansvariga för att ha anställt tredjelandsmedborgare som vistas olagligt om den behöriga myndigheten senare upptäcker att handlingen som en anställd uppvisat i själva verket varit förfalskad eller missbrukats, såvida inte arbetsgivaren kände till att handlingen var en förfalskning.
- (12) För att underlätta för arbetsgivare att fullgöra sina skyldigheter bör medlemsstaterna anstränga sig på alla sätt för att skyndsamt handlägga ansökningar om förnyelse av uppehållstillstånd.
- (13) För att det allmänna förbudet ska efterlevas och för att motverka överträdelser bör medlemsstaterna införa lämpliga sanktioner. Sanktionerna bör omfatta finansiella sanktionsavgifter samt bidrag till kostnaderna för att återvända tredjelandsmedborgaren, tillsammans med möjligheten att sätta ner sanktionsavgiften för arbetsgivare som är fysiska personer, då anställningen avser arbete för deras privata syften.
- (14) Arbetsgivaren bör i samtliga fall vara skyldig att till tredjelandsmedborgaren betala eventuell inestående ersättning för utfört arbete samt inestående skatter och sociala avgifter. Om storleken på ersättningen inte kan fastställas ska den presumeras motsvara minst den lön som gäller enligt tillämpliga lagar om minimilön, kollektivavtal eller i enlighet med etablerad praxis i relevanta branscher. Arbetsgivaren bör också vara skyldig att i förekommande fall betala eventuella kostnader för att skicka inestående ersättning till det land som den olagligt anställda tredjelandsmedborgaren återvänt eller återsänts till. I de fall arbetsgivaren inte har gjort några efterhandsutbetalningar bör medlemsstaterna inte vara skyldiga att fullgöra denna skyldighet i arbetsgivarens ställe.
- (15) Den olagligt anställda tredjelandsmedborgaren bör inte erhålla rätt till inresa, vistelse och tillträde till arbetsmarknaden genom den olagliga anställningen, utbetalningen eller efterhandsutbetalning av ersättning, sociala avgifter eller skatter som betalas av arbetsgivaren eller ett rättssubjekt som är skyldigt att betala i dennes ställe.
- (16) Medlemsstaterna bör säkerställa att klagomål inges eller kan inges och att mekanismer har inrättats för att säkerställa att tredjelandsmedborgare kan erhålla efterhandsutbetalningar av den inestående lön de har rätt till. Medlemsstaterna bör inte vara skyldiga att involvera sina beskickningar eller representationer i tredjeländer i dessa mekanismer. Samtidigt som man inrättar effektiva mekanismer för att göra det lättare att inge klagomål bör medlemsstaterna, om något sådant inte redan föreskrivs i nationell lagstiftning, överväga möjligheten och mervärdet av att ge en behörig myndighet tillstånd att vidta rättsliga åtgärder mot en arbetsgivare i syfte att få tillbaka inestående ersättning.
- (17) Medlemsstaterna bör vidare sörja för att det föreligger en presumtion om ett anställningsförhållande på minst tre månader, så att bevisbördan läggs på arbetsgivaren för åtminstone en viss period. Den anställda bör bland andra också ges möjlighet att bevisa att det föreligger ett anställningsförhållande och vilken varaktighet detta har.
- (18) Medlemsstaterna bör se till att det finns möjligheter till ytterligare sanktioner mot arbetsgivare, bland annat fråntagande av rätten till en del av eller alla offentliga förmåner, stöd eller bidrag, inbegripet jordbruksbidrag, fråntagande av rätten till deltagande i förfaranden för offentlig upphandling, samt återbetalning av en del av eller alla redan erhållna offentliga förmåner, stöd eller bidrag, inbegripet EU-bidrag som förvaltas av medlemsstaterna. Medlemsstaterna bör få besluta att inte tillämpa dessa ytterligare sanktioner på arbetsgivare som är fysiska personer, då anställningen avser arbete för deras privata syften.
- (19) Detta direktiv, särskilt artiklarna 7, 10 och 12, bör inte påverka tillämpningen av rådets förordning (EG, Euratom) nr 1605/2002 av den 25 juni 2002 med budgetförordning för Europeiska gemenskapernas allmänna budget⁽¹⁾.
- (20) Med tanke på den allmänna förekomsten av underentreprenader inom vissa berörda sektorer är det nödvändigt att säkerställa att åtminstone den entreprenör till vilken arbetsgivaren är en direkt underentreprenör kan hållas ansvarig för finansiella sanktioner tillsammans med eller i stället för arbetsgivaren. I specifika fall kan andra entreprenörer hållas ansvariga för finansiella sanktioner tillsammans med eller i stället för en arbetsgivare som anställer tredjelandsmedborgare som vistas olagligt. De

⁽¹⁾ EGT L 248, 16.9.2002, s. 1.

efterhandsutbetalningar som ska täckas av ansvarsbestämmelserna i detta direktiv bör också omfatta bidrag till nationella semesterfonder och sociala fonder som regleras i lag eller genom kollektivavtal.

- (21) Erfarenheten har visat att befintliga sanktionssystem inte har varit tillräckliga för att uppnå fullständig efterlevnad av förbuden mot anställning av tredjelandsmedborgare som vistas olagligt. En av orsakerna är att enbart administrativa sanktioner sannolikt inte är tillräckliga för att avskräcka vissa skrupellösa arbetsgivare. Efterlevnaden kan och bör stärkas genom att straffrättsliga sanktioner tillämpas.
- (22) För att garantera fullständig efterlevnad av det allmänna förbudet finns det därför ett särskilt behov av mer avskräckande sanktioner i allvarliga fall såsom återkommande upprepade överträdelse, olaglig anställning av ett betydande antal tredjelandsmedborgare, särskilt exploaterande arbetsförhållanden, arbetsgivarens vetskap om att arbetstagaren är offer för människohandel samt olaglig anställning av en minderårig. Detta direktiv ålägger medlemsstaterna att i sin nationella lagstiftning tillhandahålla straffrättsliga sanktioner för sådana allvarliga överträdelse. Det medför inga skyldigheter beträffande tillämpningen av sådana sanktioner eller något annat befintligt system för brottsbekämpning i enskilda fall.
- (23) I samtliga fall som bedöms som allvarliga enligt detta direktiv bör överträdelsen, om den begås uppsåtligt, betraktas som ett brott i hela gemenskapen. Bestämmelserna i detta direktiv angående brott bör inte påverka tillämpningen av rådets rambeslut 2002/629/RIF av den 19 juli 2002 om bekämpande av människohandel⁽¹⁾.
- (24) Brottet bör kunna bestraffas med effektiva, proportionella och avskräckande straffrättsliga sanktioner. Skyldigheten att säkerställa effektiva, proportionella och avskräckande straffrättsliga sanktioner enligt detta direktiv påverkar inte hur medlemsstaterna internt organiserar sina straffrättsliga system.
- (25) Juridiska personer kan också hållas ansvariga för de brott som avses i detta direktiv, eftersom många arbetsgivare är juridiska personer. Bestämmelserna i detta direktiv medför ingen skyldighet för medlemsstaterna att införa straffrättsligt ansvar för juridiska personer.
- (26) För att underlätta efterlevnaden av detta direktiv bör det finnas effektiva mekanismer genom vilka tredjelandsmedborgarna kan inge klagomål direkt eller genom utsedda tredje parter såsom fackföreningar eller andra organisationer. De utsedda tredje parterna bör när de bistår tredjelandsmedborgaren med att inge klagomål skyddas mot eventuella sanktioner enligt regler som förbjuder hjälp till olaglig vistelse.
- (27) Som ett komplement till mekanismerna för att inge klagomål bör medlemsstaterna 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. Tillstånden bör beviljas med användning av jämförbara arrangemang som de som gäller för tredjelandsmedborgare som omfattas av rådets 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⁽²⁾.
- (28) För att säkerställa en tillfredsställande efterlevnad av detta direktiv och i största möjliga utsträckning minska skillnaderna i efterlevnad mellan medlemsstaterna bör medlemsstaterna säkerställa att effektiva och lämpliga inspektioner genomförs på deras territorium och informera kommissionen om resultatet av de inspektioner som de utför.
- (29) Medlemsstaterna bör uppmuntras att varje år fastställa ett nationellt mål för antalet inspektioner i de verksamhetssektorer på deras territorium där det är vanligast med anställning av tredjelandsmedborgare som vistas olagligt.
- (30) För att öka effektiviteten hos de inspektioner som genomförs med tillämpning av detta direktiv bör medlemsstaterna säkerställa att nationell lagstiftning ger de behöriga myndigheterna tillräckliga befogenheter att utföra inspektionerna, att information om olaglig anställning, inbegripet resultatet av tidigare inspektioner, samlas in och behandlas för att detta direktiv ska genomföras på ett effektivt sätt samt att det finns tillgång till tillräcklig personal med de färdigheter och kvalifikationer som behövs för att effektivt genomföra inspektionerna.
- (31) Medlemsstaterna bör säkerställa att de inspektioner som genomförs med tillämpning av detta direktiv inte påverkar vare sig antalet eller kvaliteten på de inspektioner som genomförs för att bedöma anställnings- och arbetsförhållanden.

⁽¹⁾ EGT L 203, 1.8.2002, s. 1.

⁽²⁾ EUT L 261, 6.8.2004, s. 19.

- (32) När det gäller utstationerade arbetstagare som är tredjelandsmedborgare får medlemsstaternas inspektionsmyndigheter utnyttja det samarbete och informationsutbyte som föreskrivs i Europaparlamentets och rådets direktiv 96/71/EG av den 16 december 1996 om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster⁽¹⁾, för att kontrollera att den berörda tredjelandsmedborgaren är lagligen anställd i ursprungsmedlemsstaten.
- (33) Detta direktiv bör betraktas som ett komplement till åtgärder för att motverka svart arbete och exploatering.
- (34) I enlighet med punkt 34 i det interinstitutionella avtalet om bättre lagstiftning⁽²⁾ uppmuntras medlemsstaterna att för egen del och i gemenskapens intresse upprätta egna tabeller som så långt det är möjligt visar överensstämmelsen mellan detta direktiv och införlivandeåtgärderna samt att offentliggöra dessa tabeller.
- (35) All behandling av personuppgifter i samband med genomförandet av detta direktiv bör ske i enlighet med Europaparlamentets och rådets direktiv 95/46/EG av den 24 oktober 1995 om skydd för enskilda personer med avseende på behandling av personuppgifter och om det fria flödet av sådana uppgifter⁽³⁾.
- (36) Eftersom målet för detta direktiv, nämligen att motverka olaglig invandring genom att vidta åtgärder mot den drivkraft som utsikterna till ett arbete innebär, inte i tillräcklig utsträckning kan uppnås av medlemsstaterna och det därför, på grund av detta direktivs omfattning och verkningar, bättre kan uppnås på gemenskapsnivå, kan gemenskapen vidta åtgärder i enlighet med subsidiaritetsprincipen i artikel 5 i fördraget. I enlighet med proportionalitetsprincipen i samma artikel går direktivet inte utöver vad som är nödvändigt för att uppnå detta mål.
- (37) Detta direktiv respekterar de grundläggande rättigheterna och följer de principer som erkänns särskilt i Europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna och Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna. Direktivet bör specifikt tillämpas med vederbörlig respekt för näringsfriheten, likhet inför lagen och principen om icke-diskriminering, rätten till ett effektivt rättsmedel och en opartisk domstol samt principerna om laglighet och proportionalitet i fråga om brott och straff i enlighet med artiklarna 16, 20, 21, 47 och 49 i stadgan.

- (38) I enlighet med artiklarna 1 och 2 i protokollet om Förenade kungarikets och Irlands ställning, fogat till fördraget om Europeiska unionen och fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen, och utan att det påverkar tillämpningen av artikel 4 i nämnda protokoll, deltar dessa medlemsstater inte i antagandet av detta direktiv, som inte är bindande för eller tillämpligt i dem.
- (39) I enlighet med artiklarna 1 och 2 i protokollet om Danmarks ställning, fogat till fördraget om Europeiska unionen och fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen, deltar Danmark inte i antagandet av detta direktiv, som inte är bindande för eller tillämpligt på Danmark.

HÄRIGENOM FÖRESKRIVS FÖLJANDE.

Artikel 1

Syfte och tillämpningsområde

I syfte att bekämpa olaglig invandring förbjuds i detta direktiv anställning av tredjelandsmedborgare som vistas olagligt. Därför fastställs i direktivet gemensamma minimistandarder för sanktioner och åtgärder som medlemsstaterna ska tillämpa gentemot arbetsgivare som överträder detta förbud.

Artikel 2

Definitioner

Med särskilt avseende på detta direktiv gäller följande definitioner:

- a) *tredjelandsmedborgare*: personer som inte är unionsmedborgare i den mening som avses i artikel 17.1 i fördraget och som inte heller är personer som åtnjuter fri rörlighet enligt gemenskapslagstiftningen i enlighet med artikel 2.5 i kodexen om Schengengränsarna.
- b) *tredjelandsmedborgare som vistas olagligt*: en tredjelandsmedborgare som vistas på en medlemsstats territorium som inte uppfyller, eller inte längre uppfyller, villkoren för vistelse eller bosättning i den medlemsstaten.
- c) *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.
- d) *olaglig anställning*: anställning av en tredjelandsmedborgare som vistas olagligt.

⁽¹⁾ EGT L 18, 21.1.1997, s. 1.

⁽²⁾ EUT C 321, 31.12.2003, s. 1.

⁽³⁾ EGT L 281, 23.11.1995, s. 31.

- e) *arbetsgivare*: varje fysisk person eller rättssubjekt, inbegripet bemanningsföretag, för eller under vilkas ledning och/eller kontroll anställning sker.
- f) *underentreprenör*: varje fysisk person eller rättssubjekt, till vilka genomförandet av samtliga eller delar av de skyldigheter som fastställs i ett tidigare kontrakt delegerats.
- g) *juridisk person*: 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.
- h) *bemanningsföretag*: 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.
- i) *särskilt exploaterande arbetsförhållanden*: 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.
- j) *ersättning till tredjelandsmedborgare som vistas olagligt*: 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.
- 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.
2. Medlemsstaterna får besluta att tillämpa ett förenklat förfarande för underrättelse enligt punkt 1 c om arbetsgivaren är en fysisk person och anställningen avser arbete för dennes privata syften.
- Medlemsstaterna får besluta att underrättelse enligt punkt 1 c ovan inte är nödvändigt om den anställde har beviljats ställning som varaktigt bosatt enligt direktiv 2003/109/EG av den 25 november 2003 om varaktigt bosatta tredjelandsmedborgares ställning ⁽¹⁾.
3. Medlemsstaterna ska säkerställa att arbetsgivare som har fullgjort sina skyldigheter enligt punkt 1 inte ska hållas ansvariga för överträdelse 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.

Artikel 5

Finansiella sanktioner

- Artikel 3**
- Förbud mot olaglig anställning**
1. Medlemsstaterna ska förbjuda anställning av tredjelandsmedborgare som vistas olagligt.
2. Överträdelse av detta förbud ska bestraffas med de sanktioner och åtgärder som fastställs i detta direktiv.
3. En medlemsstat får besluta att inte tillämpa förbudet i punkt 1 på tredjelandsmedborgare som vistas olagligt vars återvändande har uppskjutits och som får arbeta i enlighet med nationell lagstiftning.
- Artikel 4**
- Arbetsgivarens skyldigheter**
1. Medlemsstaterna ska ålägga arbetsgivarna att
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.

⁽¹⁾ EUT L 16, 23.1.2004, s. 44.

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.

Artikel 6

Efterhandsutbetalningar som ska göras av arbetsgivare

1. För varje överträdelse av det förbud som avses i artikel 3 ska medlemsstaterna säkerställa att arbetsgivaren ska ansvara för betalning av

a) eventuell inestående ersättning till den olagligt anställda tredjelandsmedborgaren; den överenskomna ersättningsnivån 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 arbetsgivaren eller arbetstagaren kan bevisa motsatsen, samtidigt som, i förekommande fall, rättsligt bindande nationella bestämmelser om löner respekteras,

b) ett belopp motsvarande eventuella skatter och sociala avgifter som arbetsgivaren skulle ha betalat om tredjelandsmedborgaren varit lagligt anställd, inklusive straffavgifter vid försening och relevanta administrativa sanktioner,

c) i förekommande fall, eventuella kostnader för att skicka efterhandsutbetalningar till det land som tredjelandsmedborgaren återvänt eller återsänts till.

2. 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 inestående 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 inestående ersättning utan att tredjelandsmedborgaren i det fallet behöver framställa några krav.

Olagligt anställda tredjelandsmedborgare ska systematiskt och objektivt informeras om sina rättigheter enligt denna punkt

och enligt artikel 13, innan ett eventuellt beslut om återsändande verkställs.

3. För tillämpningen av punkterna 1 a och 1 b ska medlemsstaterna fastställa att det ska föreligga en presumtion om ett anställningsförhållande på minst tre månader, såvida inte arbetsgivaren eller arbetstagaren, bland andra, kan motbevisa detta.

4. Medlemsstaterna ska säkerställa att nödvändiga mekanismer har inrättats som säkerställer att olagligt anställda tredjelandsmedborgare kan erhålla eventuella efterhandsutbetalningar av ersättning enligt punkt 1 a och som är indriven i enlighet med kraven i punkt 2, även om de har återvänt eller blivit återsända.

5. 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 7

Övriga åtgärder

1. Medlemsstaterna ska vidta nödvändiga åtgärder för att säkerställa att arbetsgivare i lämpliga fall även ska omfattas av följande åtgärder:

a) Fråntagande av rätten till en del av eller alla offentliga förmåner, stöd eller bidrag, inbegripet EU-bidrag som förvaltas av medlemsstaterna, i upp till fem år.

b) Fråntagande av rätten att delta i offentlig upphandling enligt definitionen i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster⁽¹⁾ i upp till fem år.

c) Återbetalning av en del av eller alla offentliga förmåner, stöd eller bidrag, inbegripet EU-bidrag som förvaltas av medlemsstaterna, som arbetsgivaren har beviljats under upp till tolv månader före upptäckten av den olagliga anställningen.

d) Tillfällig eller permanent stängning av inrättningar som har använts för att begå överträdelsen eller tillfälligt eller permanent upphävande av tillståndet att driva näringsverksamheten i fråga om detta är berättigat med tanke på hur allvarlig överträdelsen är.

2. Medlemsstaterna får besluta att inte tillämpa punkt 1 om arbetsgivaren är en fysisk person och anställningen avser arbete för dennes privata syften.

⁽¹⁾ EUT L 134, 30.4.2004, s. 114.

Artikel 8

Underentreprenad

1. Om arbetsgivaren är en underentreprenör ska medlemsstaterna, utan att det påverkar tillämpningen av bestämmelserna i nationell lagstiftning om rätten till bidrag eller regressrätt eller bestämmelserna i nationell lagstiftning på området för social trygghet, sörja för att den entreprenör till vilken arbetsgivaren är en direkt underentreprenör tillsammans med eller i stället för arbetsgivaren kan hållas ansvarig för att betala

- a) finansiella sanktioner enligt artikel 5, och
- b) efterhandsutbetalningar enligt artikel 6.1 a och 6.1 c och artikel 6.2 och 6.3.

2. Om arbetsgivaren är en underentreprenör ska medlemsstaterna säkerställa att huvudentreprenören och varje eventuell entreprenör i mellanledet, om de kände till att underentreprenören anställde tredjelandsmedborgare som vistas olagligt, kan hållas ansvariga för de betalningar som anges i punkt 1 tillsammans med eller i stället för den anställande underentreprenören eller den entreprenör till vilken arbetsgivaren är en direkt underentreprenör.

3. En entreprenör som har uppfyllt skyldigheten att vidta rimliga kontrollåtgärder enligt nationell lagstiftning ska inte hållas ansvarig enligt punkterna 1 och 2.

4. Medlemsstaterna får införa strängare ansvarsregler i nationell lagstiftning.

Artikel 9

Brott

1. Medlemsstaterna ska säkerställa att en överträdelse av förbudet som avses i artikel 3 utgör ett brott under var och en av följande omständigheter enligt nationell lagstiftning, om den begås uppsåtligen:

- 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 2002/629/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.

2. Medlemsstaterna ska säkerställa att anstiftan av eller medhjälp till uppsåtliga handlingar av det slag som avses i punkt 1 utgör en straffbar gärning.

Artikel 10

Straffrättsliga sanktioner

1. Medlemsstaterna ska vidta nödvändiga åtgärder för att säkerställa att fysiska personer som begår brott enligt artikel 9 straffas med effektiva, proportionella och avskräckande straffrättsliga sanktioner.

2. Förutsatt att allmänna rättsprinciper inte utesluter detta kan de straffrättsliga sanktioner som avses i denna artikel enligt nationell lagstiftning tillämpas utan att det påverkar andra sanktioner eller åtgärder som inte är av straffrättslig karaktär och de kan åtföljas av offentliggörandet av det rättsliga beslutet i det berörda fallet.

Artikel 11

Juridiska personers ansvar

1. Medlemsstaterna ska säkerställa att juridiska personer kan hållas ansvariga för de brott som avses i artikel 9 och som har begåtts till förmån för någon person som har en ledande ställning inom den juridiska personen och agerar antingen enskilt eller som en del av den juridiska personens organisation, grundad på

- a) behörighet att företräda den juridiska personen,
- b) befogenhet att fatta beslut på den juridiska personens vägnar, eller
- c) befogenhet att utöva kontroll inom den juridiska personen.

2. Medlemsstaterna ska också säkerställa att juridiska personer kan hållas ansvariga när brister i övervakning eller kontroll som ska utföras av en sådan person som avses i punkt 1 har gjort det möjligt för en person som är underställd den juridiska personen att till dennes förmån begå ett brott som avses i artikel 9.

3. Juridiska personers ansvar enligt punkterna 1 och 2 ska inte utesluta straffrättsliga förfaranden mot fysiska personer som är gärningsmän vid, anstiftare av eller medhjälpare till brott som avses i artikel 9.

Artikel 12

Sanktioner mot juridiska personer

Medlemsstaterna ska vidta de åtgärder som är nödvändiga för att säkerställa att juridiska personer som förklarats ansvariga i enlighet med artikel 11 kan bli föremål för effektiva, proportionella och avskräckande sanktioner, som kan omfatta åtgärder såsom de som anges i artikel 7.

Medlemsstaterna kan besluta att en förteckning över arbetsgivare som är juridiska personer och som har hållits ansvariga för brott i enlighet med artikel 9 ska offentliggöras.

Artikel 13

Förenklade klagomålsförfaranden

1. Medlemsstaterna ska säkerställa att det finns effektiva mekanismer genom vilka olagligt anställda tredjelandsmedborgare kan inge klagomål mot sina arbetsgivare direkt eller genom tredje parter som utsetts av medlemsstaterna, såsom fackföreningar eller andra organisationer eller en behörig myndighet i medlemsstaten om detta föreskrivs i den nationella lagstiftningen.

2. Medlemsstaterna ska säkerställa att tredje parter som i enlighet med de kriterier som fastställs i deras nationella lagstiftning har ett berättigat intresse av att säkerställa att detta direktiv efterlevs får, på den olagligt anställde tredjelandsmedborgarens vägnar eller för att stödja denne, med hans eller hennes tillstånd, engagera sig i de rättsliga eller administrativa förfaranden som finns för att säkerställa efterlevnaden av skyldigheterna enligt detta direktiv.

3. Att bistå tredjelandsmedborgare med att inge klagomål ska inte betraktas som hjälp till olaglig vistelse i enlighet med rådets direktiv 2002/90/EG av den 28 november 2002 om definition av hjälp till olaglig inresa, transitering och vistelse⁽¹⁾.

4. 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.

Artikel 14

Inspektioner

1. Medlemsstaterna ska säkerställa att effektiva och lämpliga inspektioner genomförs på deras territorium 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.

2. 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.

Medlemsstaterna ska för var och en av dessa sektorer varje år före den 1 juli informera kommissionen om de inspektioner, både i absoluta tal och som en procentuell andel av arbetsgivarna inom varje sektor, som utförts under föregående år tillsammans med resultatet av dem.

Artikel 15

Förmånligare bestämmelser

Detta direktiv ska inte påverka medlemsstaternas rätt att anta eller behålla bestämmelser som är förmånligare för de tredjelandsmedborgare som de är tillämpliga på enligt artiklarna 6 och 13, förutsatt att sådana bestämmelser är förenliga med detta direktiv.

Artikel 16

Rapportering

1. Kommissionen ska senast den 20 juli 2014 och vart tredje år därefter 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 medlemsstaternas genomförande av artikel 6.2 och 6.5.

2. Medlemsstaterna ska till kommissionen översända all information som är lämplig för att utarbeta den rapport som avses i punkt 1. 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.

Artikel 17

Införlivande

1. Medlemsstaterna ska sätta i kraft de lagar och andra författningar som är nödvändiga för att följa detta direktiv senast den 20 juli 2011. De ska genast underrätta kommissionen om detta.

⁽¹⁾ EGT L 328, 5.12.2002, s. 17.

När en medlemsstat antar dessa bestämmelser ska de innehålla en hänvisning till detta direktiv eller åtföljas av en sådan hänvisning när de offentliggörs. Närmare föreskrifter om hur hänvisningen ska göras ska varje medlemsstat själv utfärda.

2. Medlemsstaterna ska till kommissionen överlämna texten till de centrala bestämmelser i nationell lagstiftning som de antar inom det område som omfattas av detta direktiv.

Artikel 18

Ikraftträdande

Detta direktiv träder i kraft den tjugonde dagen efter det att det har offentliggjorts i *Europeiska unionens officiella tidning*.

Artikel 19

Adressater

Detta direktiv riktar sig till medlemsstaterna i enlighet med fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen.

Utfärdat i Bryssel den 18 juni 2009.

På Europaparlamentets vägnar

H.-G. PÖTTERING

Ordförande

På rådets vägnar

Š. FÜLE

Ordförande

Statens offentliga utredningar 2010

Kronologisk förteckning

1. Lätt att göra rätt – om förmedling av brottskadestånd. Ju.
2. Ett samlat insolvensförfarande – förslag till ny lag. Ju.
3. Metria – förutsättningar för att ombilda division Metria vid Lantmäteriet till ett statligt ägt aktiebolag. M.
4. Allmänna handlingar i elektronisk form – offentlighet och integritet. Ju.
5. Skolgång för alla barn. U.
6. Kunskapslägesrapport på kärnavfallsområdet 2010 – utmaningar för slutförvarsprogrammet. M.
7. Aktiva åtgärder för att främja lika rättigheter och möjligheter – ett systematiskt målinriktat arbete på tre samhällsområden. IJ.
8. En myndighet för havs- och vattenmiljö. M.
9. Den framtida organisationen för vissa fiskefrågor. Jo.
10. Kvinnor, män och jämställdhet i läromedel i historia. En granskning på uppdrag av Delegationen för jämställdhet i skolan. U.
11. Spela samman – en ny modell för statens stöd till regional kulturverksamhet. Ku.
12. I samspel med musiklivet – en ny nationell plattform för musiken. Ku.
13. Upphandling på försvars- och säkerhetsområdet. Fi.
14. Partsinsyn enligt rättegångsbalken. Ju.
15. Kriminella grupperingar – motverka rekrytering och underlätta avhopp. Ju.
16. Sverige för nyanlända. Värden, välfärdsstat, vardagsliv. IJ.
17. Prissatt vatten? M.
18. En reformerad budgetlag. Fi.
19. Lärling – en bro mellan skola och arbetsliv. U.
20. Så enkelt som möjligt för så många som möjligt – från strategi till handling för e-förvaltning. Fi.
21. Bättre marknad för tjänstehundar. Jo.
22. Krigets Lagar – centrala dokument om folkrätten under väpnad konflikt, neutralitet, ockupation och fredsinsatser. Fö.
23. Tredje sjösäkerhetspaketet. Klassdirektivet, Klassförordningen, Olycksutredningsdirektivet, IMO:s olycksutredningskod. N.
24. Avtalad upphovsrätt. Ju.
25. Viss översyn av verksamhet och organisation på informationssäkerhetsområdet. Fö.
26. Flyttningsbidrag och unionsrätten. A.
27. Gemensamt ansvar och gränsöverstigande samarbete inom transportforskningen. N.
28. Vändpunkt Sverige – ett ökat intresse för matematik, naturvetenskap, teknik och IKT. U.
29. En ny förvaltningslag. Ju.
30. Tredje inre marknadspaketet för el och naturgas. Fortsatt europeisk harmonisering. N.
31. Första hjälpen i psykisk hälsa. S.
32. Utrikesförvaltning i världsklass. En mer flexibel utrikesrepresentation. UD.
33. Kvinnor, män och jämställdhet i läromedel i samhällskunskap. En granskning på uppdrag av Delegationen för jämställdhet i skolan. U.
34. På väg mot en ny roll – överväganden och förslag om Riksutställningar. Ku.
35. Kunskap som befrielse? En metanalys av svensk forskning om jämställdhet och skola 1969–2009. U.
36. Svensk forskning om jämställdhet och skola. En bibliografi. U.
37. Sverige för nyanlända utanför flyktingmottagandet. IJ.
38. Muttbrott. Ju.
39. Ny ordning för nationella vaccinationsprogram. S.

40. Cirkulär migration och utveckling – kartläggning av cirkulära rörelsemönster och diskussion om hur migrationens utvecklingspotential kan främjas. Ju.
41. Kompensationstillägg – om ersättning vid försenade utbetalningar. S.
42. Med fiskevård i fokus – en ny fiskevårdslag. Jo.
43. Förundersökningsbegränsning. Ju.
44. Mål och medel – särskilda åtgärder för vissa måltyper i domstol. Ju.
45. Händelseanalyser vid självmord inom hälso- och sjukvården och socialtjänsten. Förslag till ny lag. S.
46. Utländsk näringsverksamhet i Sverige. En översyn av lagstiftningen om utländska filialer i ett EU-perspektiv. N.
47. Alkoholkonsumtion, alkoholproblem och sjukfrånvaro – vilka är sambanden? En systematisk litteraturöversikt. S.
48. Multipla hälsoproblem bland personer över 60 år. En systematisk litteraturöversikt om förekomst, konsekvenser och vård. S.
49. Förbud mot köp av sexuell tjänst. En utvärdering 1999–2008. Ju.
50. Försvarsmaktens helikopterresurser. Fö.
51. Könsskillnader i skolprestationer – idéer om orsaker. U.
52. Biologiska faktorer och könsskillnader i skolresultat. Ett diskussionsunderlag för Delegationen för jämställdhet i skolans arbete för analys av bakgrunden till pojkars sämre skolprestationer jämfört med flickors. U.
53. Pojkar och skolan: Ett bakgrundsdokument om "pojkkrisen". Översättning på svenska av engelsk rapport: Boys and School: A Background Paper on the "Boy Crisis". + Engelsk rapport. U.
54. Förbättrad återbetalning av studielånen. U.
55. Romers rätt – en strategi för romer i Sverige. IJ.
56. Innovationsupphandling. N.
57. Effektivare planering av vägar och järnvägar. N.
58. Rehabiliteringsrådets delbetänkande. S.
59. Underhållsskyldighet i internationella situationer – Underhållsförordningen, 2007 års Haagkonvention och 2007 års Haagprotokoll + Bilagedel. Ju.
60. Ett utvidgat skydd mot åldersdiskriminering. IJ.
61. Driftskompatibilitet och enheter som ansvarar för underhåll inom EU:s järnvägssystem. N.
62. Så enkelt som möjligt för så många som möjligt. – Under konstruktion – framtidens e- förvaltning. Fi.
63. EU:s direktiv om sanktioner mot arbetsgivare. Ju.

Statens offentliga utredningar 2010

Systematisk förteckning

Justitiedepartementet

- Lätt att göra rätt
– om förmedling av brottsskadestånd. [1]
- Ett samlat insolvensförfarande – förslag till ny lag. [2]
- Allmänna handlingar i elektronisk form
– offentlighet och integritet. [4]
- Partsinsyn enligt rättegångsbalken. [14]
- Kriminella grupperingar – motverka rekrytering och underlätta avhopp. [15]
- Avtalad upphovsrätt. [24]
- En ny förvaltningslag. [29]
- Mutbrott. (38)
- Cirkulär migration och utveckling
– kartläggning av cirkulära rörelsemönster och diskussion om hur migrationens utvecklingspotential kan främjas. [40]
- Förundersökningsbegränsning. [43]
- Mål och medel – särskilda åtgärder för vissa måltyper i domstol. [44]
- Förbud mot köp av sexuell tjänst. En utvärdering 1999–2008. [49]
- Underhållsskyldighet i internationella situationer – Underhållsförordningen, 2007 års Haagkonvention och 2007 års Haagprotokoll + Bilagedel. [59]
- EU:s direktiv om sanktioner mot arbetsgivare. [63]

Utrikesdepartementet

- Utrikesförvaltning i världsklass. En mer flexibel utrikesrepresentation. [32]

Försvarsdepartementet

- Krigets Lagar – centrala dokument om folkrätten under väpnad konflikt, neutralitet, ockupation och fredsinsatser. [22]
- Viss översyn av verksamhet och organisation på informationssäkerhetsområdet. [25]
- Försvarsmaktens helikopterresurser. [50]

Socialdepartementet

- Första hjälpen i psykisk hälsa. [31]
- Ny ordning för nationella vaccinationsprogram. [39]
- Kompensationstillägg – om ersättning vid försenade utbetalningar. [41]
- Händelseanalyser vid självmord inom hälso- och sjukvården och socialtjänsten. Förslag till ny lag. [45]
- Alkoholkonsumtion, alkoholproblem och sjukfrånvaro – vilka är sambanden? En systematisk litteraturöversikt. [47]
- Multipla hälsoproblem bland personer över 60 år. En systematisk litteraturöversikt om förekomst, konsekvenser och vård. [48]
- Rehabiliteringsrådets delbetänkande. [58]

Finansdepartementet

- Upphandling på försvars- och säkerhetsområdet. [13]
- En reformerad budgetlag. [18]
- Så enkelt som möjligt för så många som möjligt – från strategi till handling för e-förvaltning. [20]
- Så enkelt som möjligt för så många som möjligt. – Under konstruktion – framtidens e-förvaltning. [62]

Utbildningsdepartementet

- Skolgång för alla barn. [5]
- Kvinnor, män och jämställdhet i läromedel i historia. En granskning på uppdrag av Delegationen för jämställdhet i skolan. [10]
- Lärling – en bro mellan skola och arbetsliv. [19]
- Vändpunkt Sverige – ett ökat intresse för matematik, naturvetenskap, teknik och IKT. [28]
- Kvinnor, män och jämställdhet i läromedel i samhällskunskap. En granskning på uppdrag av Delegationen för jämställdhet i skolan. [33]

Kunskap som befrielse? En metaanalys av svensk forskning om jämställdhet och skola 1969–2009. [35]

Svensk forskning om jämställdhet och skola. En bibliografi. [36]

Könsskillnader i skolprestationer – idéer om orsaker. [51]

Biologiska faktorer och könsskillnader i skolresultat. Ett diskussionsunderlag för Delegationen för jämställdhet i skolans arbete för analys av bakgrunden till pojkars sämre skolprestationer jämfört med flickors. [52]

Pojkar och skolan: Ett bakgrundsdokument om pojkkrisen. Översättning på svenska av engelsk rapport: Boys and School: A Backgroundpaper on the "Boy Crisis". + Engelsk rapport. [53]

Förbättrad återbetalning av studieskulder. [54]

Jordbruksdepartementet

Den framtida organisationen för vissa fiskefrågor. [9]

Bättre marknad för tjänstehundar. [21]

Med fiskevård i fokus – en ny fiskevårdslag. [42]

Miljödepartementet

Metria – förutsättningar för att ombilda division Metria vid Lantmäteriet till ett statligt ägt aktiebolag. [3]

Kunskapslägesrapport på kärnavfallsområdet 2010 – utmaningar för slutförvarsprogrammet. [6]

En myndighet för havs- och vattenmiljö. [8]

Prissatt vatten? [17]

Näringsdepartementet

Tredje sjösäkerhetspaketet. Klassdirektivet, Klassförordningen, Olycksutredningsdirektivet, IMO:s olycksutredningskod. [23]

Gemensamt ansvar och gränsöverstigande samarbete inom transportforskningen. [27]

Tredje inre marknadspaketet för el och naturgas. Fortsatt europeisk harmonisering. [30]

Utländsk näringsverksamhet i Sverige. En översyn av lagstiftningen om utländska filialer i ett EU-perspektiv. [46]

Innovationsupphandling. [56]

Effektivare planering av vägar och järnvägar. [57]

Driftskompatibilitet och enheter som ansvarar för underhåll inom EU:s järnvägssystem. [61]

Integrations- och jämställdhetsdepartementet

Aktiva åtgärder för att främja lika rättigheter och möjligheter – ett systematiskt målriktat arbete på tre samhällsområden. [7]

Sverige för nyanlända. Värden, välfärdsstat, vardagsliv. [16]

Sverige för nyanlända utanför flyktingmottandet. [37]

Romers rätt – en strategi för romer i Sverige. [55]

Ett utvidgat skydd mot åldersdiskriminering. [60]

Kulturdepartementet

Spela samman – en ny modell för statens stöd till regional kulturverksamhet. [11]

I samspel med musiklivet – en ny nationell plattform för musiken. [12]

På väg mot en ny roll – överväganden och förslag om Riksutställningar. [34]

Arbetsmarknadsdepartementet

Flyttningsbidrag och unionsrätten. [26]