

---

**PETRA HERZFELD OLSSON**

**Konsten att inkludera arbetskraftsmigranter i  
den svenska arbetsrättsliga modellen**

**2019-20 NR 3**



**SÄRTRYCK UR JURIDISK TIDSKRIFT**

---



# Konsten att inkludera arbetskraftsmigranter i den svenska arbetsrättsliga modellen\*

PETRA HERZFELD OLSSON\*\*

## 1. Inledning

### 1.1 Ämne och frågeställning

Den svenska arbetsrättsliga modellen har levererat goda villkor på den svenska arbetsmarknaden. Modellen utvecklades dock under en annan tid än vår och har idag svårt att nå ut till vissa av den moderna arbetsmarknadens arbetstagare. Särskilda utmaningar uppstår i förhållande till utländsk arbetskraft som saknar permanent uppehållstillstånd i Sverige. Detta bekräftas av rapporter om utnyttjande av utländsk arbetskraft som publicerats under 2019. För dem som inte omfattas av modellens skydd ökar risken för undermåliga anställningsvillkor. I artikeln diskuteras denna risk i förhållande till utländsk arbetskraft och frågan ställs i vilken mån de åtgärder som har vidtagits för att komma till rätta med den kan förväntas bidra till att den utländska arbetskraften får lön och andra anställningsvillkor motsvarande inhemsk arbetskraft. I fokus för analysen står samspelet mellan migrationsrätt och arbetsrätt.

I artikeln analyseras situationen för tre kategorier arbetskraftsmigranter som verkar på den svenska arbetsmarknaden; tredjelandsmedborgare som arbetar med stöd av arbetstillstånd, arbetskraft som utstationerats av en arbetsgivare som utnyttjat sin rätt att tillhandhålla tjänster enligt EU-rätten och irreguljära

\* Artikeln har genomgått vetenskaplig expertgranskning (peer review).

\*\* Petra Herzfeld Olsson, docent och universitetslektor i arbetsrätt, Juridiska institutionen, Stockholms universitet.

Artikeln ingår i det av Vetenskapsrådet finansierade projektet *An inclusive and sustainable Swedish labour market – the way ahead*, dnr 2017-03134. Jag vill rikta ett varmt tack för de värdefulla kommentarer jag fått av övriga projektdeltagare, Peter Andersson, Niklas Bruun, Tonia Novitz och särskilt Erik Sjödin, på utkast av artikeln.

arbetstagare. De tre grupperna skiljer sig åt på flera grundläggande sätt. Men i många fall verkar de på samma arbetsplats och erfar liknande problem.

## 1.2 Bakgrund

För att den svenska arbetsrättsliga modellen ska få fullt genomslag på en enskild arbetsplats ska vissa förutsättningar vara uppfyllda: Arbetsgivaren ska vara bunden av ett kollektivavtal som tillämpas på arbetsplatsen och arbetstagaren ska vara medlem i en avtalslutande arbetstagarorganisation. För arbetstagare som arbetar utanför dessa ramar, kan situationen se annorlunda ut. Det finns inte någon lag om lön. Lön är en avtalsfråga. Och när de fackliga organisationerna inte kan övervaka att rätt villkor tillämpas på en arbetsplats får arbetstagaren själv bära det ansvaret. Den enskildas förhandlingsstyrka spelar i dessa fall en avgörande roll för vilken lön som ska gälla liksom för efterlevnaden av de tillämpliga anställningsvillkoren.

Arbetstagarens förhandlingsstyrka påverkas av faktorer som kunskap om förhållandena på arbetsmarknaden och efterfrågan på viss kompetens. För arbetskraftsmigranter spelar också tillträdesvillkor en viktig roll. Är arbetet nyckeln till vistelsen i Sverige uppstår ett specifikt beroende av arbetsgivaren. Man talar om att en viss sårbarhet eller utsatthet ligger inneboende i förutsättningarna för arbetskraftsmigration.<sup>1</sup> I artikeln står frågan om hur detta beroende eller denna sårbarhet hanteras i svensk rätt i centrum.

Rätten etablerar beroendet. Arbetskraftsmigrantens beroende av arbetsgivaren är visserligen inte det uttalade syftet med den svenska regleringen men en bieffekt. Enligt den ordning för reglerad invandring som gäller i Sverige är en tredjelandsmedborgares rätt att arbeta i Sverige exempelvis kopplad till ett specifikt arbete och en specifik arbetsgivare. Värnandet av EU:s frihet att tillhandahålla tjänster medför vidare att arbetstagare inom ramen för ett sådant tillhandahållande utför arbete i Sverige inte ikraft av sin egen rätt till fri rörlighet utan med stöd av arbetsgivarens rätt att tillhandahålla tjänster. Rätten kan givetvis också påverka graden av beroendet och motverka att viss reglering leder till att utländsk arbetskraft missgynnas ifråga om anställningsvillkor i förhållande till inhemsk arbetskraft. För att åstadkomma detta måste rätten beakta och kompensera för dessa effekter.

<sup>1</sup> Se Bridget Andersson, *Migration, Immigration Control and the Fashioning of Precarious Workers*, *Work Employment and Society*, 2010 24(2), s. 301; Judy Fudge, *Precarious Migrant Status and Precarious Employment: The Paradox of International Rights for Migrant Workers*, *Comparative Labor Law and Policy Journal*, 2012 34(95), s. 122; Mark Freedland and Cathryn Costello, *Introduction*, i Cathryn Costello and Mark Freedland (red.) *Migrants at Work: Immigration and Vulnerability in Labour Law* (Oxford, Oxford University Press 2014).

Konsekvenserna kan annars bli allvarliga. Efterfrågan på arbetskraft i Sverige är exempelvis enligt Arbetsförmedlingen hög eller medelhög i flera branscher.<sup>2</sup> Detta hindrar inte att utländska arbetstagare som arbetar i sådana branscher erbjuds andra arbetsvillkor än motsvarande inhemska arbetstagare. Under hösten 2019 rapporterades om arbetskraftsmigranter i byggbranschen, en bransch där hög efterfrågan råder, med löner på 30–35 kronor i timmen.<sup>3</sup>

I kontrast till vad som gäller för inhemsk arbetskraft har lagstiftning antagits för migrerande arbetskraft som föreskriver eller förutsätter en viss lönenivå och/eller åtgärder som underlättar övervakning av lön och andra anställningsvillkor och möjligheten att utkräva dem. Särskild tillsyn i syfte att motverka exploatering sker också. Dessa åtgärder skulle kunna utgöra exempel på att lagstiftaren försöker kompensera för de sårbarheter som i många fall ligger inneboende i arbetskraftinvandringens förutsättningar.

### 1.3 Disposition och terminologi

Artikeln är upplagd på följande sätt: Närmast ges en kort översikt av svensk arbetsrätt (avsnitt 2). Avsnittet syftar till att underlätta förståelsen av de särskilda utmaningar som aktualiseras i förhållande till utländsk arbetskraft och att bättre förstå på vilket sätt de kompensatoriska åtgärderna för arbetskraftmigranter avviker från ordningen för inhemsk arbetskraft. Därefter ges i nämnd ordning de rättsliga förutsättningarna för tredjelandsmedborgares (avsnitt 3.1), utstationerades (avsnitt 4.1) och irreguljära arbetstagares (avsnitt 5.1) arbete i Sverige. De migrationsrättsliga och EU-rättsliga förutsättningarna för tillträde för de tre grupperna behandlas (3.1; 4.1; 5.1) liksom de särskilda arbetsrättsliga villkor som gäller för de utstationerade arbetstagarna och de irreguljära arbetstagarna (4.1; 5.2). Därefter beskrivs och analyseras de specifika åtgärder lagstiftaren antagit i förhållande till varje grupp för att exempelvis motverka utnyttjande och säkerställa att villkor motsvarande inhemsk arbetskraft erbjuds samt se till att minimivillkoren tillämpas; det vill säga de kompensatoriska åtgärderna (3.2–3.4; 4.4–4.4; 5.3–5.4). I avsnitt 6 jämförs de åtgärder som riktats mot varje grupp och till sist presenteras några avslutande reflektioner i avsnitt 7.

I artikeln används samlingsbegreppet arbetskraftmigranter för de tre kategorier utländsk arbetskraft som diskuteras. I flera fall kontrasteras regleringen av deras arbete mot regleringen av inhemsk arbetskraft. Med inhemsk arbetskraft avses arbetskraft som har permanent uppehållstillstånd eller medborgarskap i Sverige. Begreppen tredjeland och tredjelandsmedborgare återkommer i arti-

<sup>2</sup> Arbetsförmedlingen, Var finns jobben? Bedömning för 2019 och på fem års sikt (2019) s. 9–10, 31.

<sup>3</sup> Johan Lindholm och Torbjörn Hagelin, 'Byggbranschen har smutsats ned', SvD, publicerad på [www.svd.se](http://www.svd.se) 2019-12-08.

keln. Med tredjeland avses länder utanför EES och Schweiz och med tredjelandsmedborgare personer med medborgarskap i tredjeland som inte av egen kraft kan röra sig över gränserna med stöd av någon av EU:s fyra friheter. Tredjelandsmedborgare med tillstånd att arbeta i något annat EU-land utstationeras dock till Sverige. Deras närvaro i Sverige baseras på det EU-baserade företagens rätt att tillhandahålla tjänster i ett annat EU-land. Med irreguljär arbetskraft avses utländska arbetstagare som inte har de migrationsrättsliga tillstånd som krävs för arbete i Sverige.

## 2. Vad kännetecknar svensk arbetsrätt?<sup>4</sup>

### 2.1 Kollektivavtal, starka parter och partsautonomi

Den svenska arbetsrätten utmärks av kollektivavtalens centrala roll för regleringen av anställningsvillkoren. Hela 88 procent av den svenska arbetskraften omfattas av kollektivavtal.<sup>5</sup> Samtidigt präglas rättsområdet av samspel mellan lag och kollektivavtal.<sup>6</sup> En rad arbetsrättsliga frågor regleras i lag, exempelvis anställningsskydd, kollektivavtalsrätt, arbetstid och arbetsmiljö.<sup>7</sup> Den arbetsrättsliga lagstiftningen är i regel tvingande.<sup>8</sup> Genom kollektivavtal får dock avvikelser göras från ett stort antal av dessa bestämmelser, de är semi-dispositiva.<sup>9</sup> Ett annat utmärkande drag är att det saknas bestämmelser om minimilön i lag.<sup>10</sup> Lönen är en renodlad intressefråga som regleras i avtal, dvs. i anställningsavtalet eller i kollektivavtal. För de allra flesta arbetstagare bestäms lönen inom ramen för en kollektivavtalsreglering.<sup>11</sup>

<sup>4</sup> Detta avsnitt bygger på kapitel 2.2 i boken, Likabehandlingsprincipens olika ansikten – Om samspillet mellan arbetsrätt, skatterätt och socialförsäkringsrätt vid gränsöverskridande arbete av Petra Herzfeld Olsson, Kerstin Ahlberg, Katia Cejje och Thomas Erhag (Iustus 2019).

<sup>5</sup> Medlingsinstitutet, Avtalsrörelsen och lönebildningen, Medlingsinstitutets årsbok 2018 (Medlingsinstitutet 2019) s. 200.

<sup>6</sup> Mia Rönnmar, Den svenska arbetsrätts- och arbetsmarknadssystemet i EU – samspel och konflikt under 20 år, *Europarättslig Tidskrift* nr 2 2015, årgång 18, s. 268.

<sup>7</sup> Lag (1982:80) om anställningsskydd; lag (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet, arbetstidslag (1982:673), semesterlag (1977:480), arbetsmiljölag (1977:1160).

<sup>8</sup> Se t.ex. 2 § 2 st. lag (1982:80) om anställningsskydd.

<sup>9</sup> Se t.ex. 2 § 3–4 st. lag (1982:80) om anställningsskydd; Mats Glavå & Mikael Hansson *Arbetsrätt*, 3:e uppl. (Studentlitteratur 2016) s. 71 och 80 f. om semidispositivitetens innebörd. Arbetsmiljölagen är dock inte semidispositiv, se mer om detta tema: Peter Andersson, *Vida alla åtgärder som behövs – En rättsvetenskaplig studie av arbetsgivarens ansvar att förebygga stressrelaterad ohälsa och uppnå en god psykosocial arbetsmiljö* (Jure 2013) s. 16–19; Tore Sigeman & Erik Sjödin, *Arbetsrätten – en översikt* 7:e uppl. (Wolters Kluwer 2017) s. 237.

<sup>10</sup> Kent Källström & Jonas Malmberg, *Anställningsförhållandet – Inledning till den individuella arbetsrätten* 5:e uppl. (Iustus 2019) s. 204.

<sup>11</sup> A.a.

Kollektivavtalets starka ställning vilar på två förutsättningar – starka arbetsmarknadsparter och partsautonomi.<sup>12</sup> Organisationsgraden bland svenska arbetstagare är trots en nedgång sedan mitten av 1990-talet fortfarande bland den högsta i världen (69 procent år 2017). Arbetsgivarna är också till stor del organiserade. År 2017 arbetade 88 procent av samtliga anställda i Sverige i företag och verksamheter anslutna till en arbetsgivarorganisation.<sup>13</sup> Partsautonomin och det faktum att staten i ytterst begränsad omfattning lägger sig i innehållet i kollektivavtalen är också av central betydelse för det svenska systemet. Parternas förhandlingsutrymme begränsas enbart såtillvida att en kollektivavtalsbestämmelse inte får rättslig verkan om den strider mot tvingande lag, mot god sed på arbetsmarknaden eller om den annars är av otillbörlig natur.<sup>14</sup> En kollektivavtalsbestämmelse får exempelvis inte strida mot diskrimineringslagen eller urholka arbetstagares lagstadgade rättigheter.<sup>15</sup> Dessutom måste givetvis EU-rätten respekteras.<sup>16</sup>

Lagstiftningen i sig är också i många fall utformad för att främja kollektivavtalslösningar. Den semi-dispositiva konstruktionen är ett exempel på det och avsaknaden av lag om lön en annan. Även den fredsplikt som följer av ett kollektivavtal främjar kollektivavtalslösningar. Parterna i kollektivavtalet är i stor utsträckning förhindrade att vidta stridsåtgärder under kollektivavtalets löptid. Undantag gäller i några få fall, till exempel för sympatiåtgärder (41 § MBL).<sup>17</sup> Kollektivavtalet för också med sig ett antal ytterligare rättigheter för de fackliga organisationerna och deras medlemmar. Några exempel är primär förhandlingsskyldighet (11 § MBL), löpande informationsskyldighet (19 § MBL), tolkningsföreträde (34–35 §§ MBL) och vetoregler (38–40 §§ MBL).

Kollektivavtal om löner och allmänna anställningsvillkor sluts på förbunds-nivå. Till exempel, mellan Svenska Byggnadsarbetareförbundet och Sveriges Byggindustrier eller mellan Sveriges Ingenjörer och Almega. En speciell typ av kollektivavtal är de så kallade hängavtalen. De ingås mellan fackförbund, eller en fackförbundsavdelning, och enskilda arbetsgivare som inte är med i någon arbetsgivarorganisation, och innebär att arbetsgivaren förbinder sig att tillämpa villkoren i förbundsavtalet för branschen. Det finns också kollektivavtal som täcker hela den privata, statliga eller kommunala sektorn och som reglerar tjänstepensioner och olika slag av arbetsrelaterade försäkringar. Parter i dessa avtal är huvudorganisationerna på arbetsgivarsidan och, på arbetstagersidan, LO eller särskilda förhandlingsorgan som PTK, Offentliganställdas Förhandlingsråd och

<sup>12</sup> Mikael Hansson, *Kollektivavtalsrätten: en rättsvetenskaplig berättelse* (Iustus 2010) s. 218.

<sup>13</sup> Medlingsinstitutet (2019) a.a. not 5, s. 204 f.

<sup>14</sup> Olof Bergqvist, Lars Lunning & Gudmund Toijer, *Medbestämmandelagen – Lagtext med kommentarer 2:a uppl.*, (Publica 1997) s. 296.

<sup>15</sup> AD 1995 nr 108 och AD 2017 nr 31.

<sup>16</sup> Se t.ex. 2 § 4 st. lag (1982:80) om anställningsskydd.

<sup>17</sup> Kent Källström, Jonas Malmberg & Sören Öman, *Den kollektiva arbetsrätten, 2:a uppl.* (Iustus 2019) s. 57 ff.

Saco-S. De senare förhandlar på uppdrag av tjänstemanna- och akademikerförbunden inom TCO respektive Saco.

Kollektivavtalet binder parterna och deras medlemmar. Organiserade arbetsgivare binds genom medlemskap i det arbetsgivarförbund som träffat kollektivavtalet och organiserade arbetstagare genom medlemskap i den kollektivavtalslutande arbetstagarorganisationen (26 § MBL). Dessa kan inte med bindande verkan frångå kollektivavtalsbestämmelserna (27 § MBL). Kollektivavtalsbestämmelserna blir för dessa arbetstagare automatiskt en del av det enskilda anställningsavtalet. Arbetstagaren kan därmed utkräva sina rättigheter direkt med stöd av kollektivavtalet.<sup>18</sup> Arbetsgivaren har därutöver, som regel, en avtalsrättslig förpliktelse i förhållande till arbetstagarorganisationen att tillämpa kollektivavtalsbestämmelserna också på de utanförstående arbetstagarna på arbetsplatsen.<sup>19</sup> Syftet med denna utfyllande verkan är att anställningsvillkoren ska vara enhetligt reglerade på en arbetsplats och att en utanförstående arbetstagare inte ska komma i ett bättre läge än en organiserad arbetstagare.<sup>20</sup> De utanförstående arbetstagarna kan emellertid inte utkräva några rättigheter med stöd av kollektivavtalet utan enbart med stöd av sina enskilda anställningsavtal.<sup>21</sup> Om det enskilda anställningsavtalet saknar hänvisning till kollektivavtalet och parterna inte avtalat om något annat presumeras dock att anställningsavtalet ska hämta sitt innehåll från det kollektivavtal som tillämpas på arbetsplatsen.<sup>22</sup> Det är emellertid möjligt för arbetsgivaren att träffa ett anställningsavtal med en utanförstående arbetstagare med villkor som avviker från och är mindre förmånliga än kollektivavtalsvillkoren. Det anställningsavtalet blir då giltigt och arbetstagaren kan enbart utkräva de rättigheter som framgår av anställningsavtalet. Arbetsgivaren begår dock ett avtalsbrott mot den kollektivavtalslutande arbetstagarorganisationen och blir skadeståndsskyldig mot denna.<sup>23</sup> Det allmänna skadeståndet sätts i en sådan situation så pass högt att det inte ska löna sig för arbetsgivaren att avvika från kollektivavtalsnivån.<sup>24</sup>

Kollektivavtalets utfyllande verkan begränsar sig emellertid till arbetstagare på arbetsplatser där arbetsgivaren är bunden av ett kollektivavtal.<sup>25</sup> Om arbetsgivaren inte är medlem i någon arbetsgivarorganisation och inte heller har tecknat ett så kallat hängavtal uppstår inte någon utfyllande verkan från branschavtalet. På sådana arbetsplatser begränsas avtalsfriheten i princip enbart av den arbetsrättsliga lagstiftningen. Det innebär att lönevillkoren bestäms av arbetsgivaren

<sup>18</sup> Hansson (2010) a.a. not 12, s. 199.

<sup>19</sup> Källström & Malmberg (2019) a.a. not 10, s. 187; Hansson (2010) a.a. not 12, s. 395 ff.; AD 2010 nr 87.

<sup>20</sup> Hansson (2010) a.a. not 12, s. 401.

<sup>21</sup> AD 2006 nr 76.

<sup>22</sup> AD 2014 nr 31.

<sup>23</sup> AD 2006 nr 76; Glavå & Hansson (2016) a.a. not 9, s. 543 f.

<sup>24</sup> Prop. 1975/76:105 bil. 1 s. 302; AD 2018 nr 78.

<sup>25</sup> Källström & Malmberg (2019) a.a. not 10, s. 188 f.



och arbetstagaren själva. Den enda begränsning som egentligen finns ifråga om lörens storlek utgår från 36 § avtalslagen om oskälighet.<sup>26</sup> Även i denna situation kan emellertid kollektivavtal spela en roll om villkoren är oklara. Kollektivavtalen kan få betydelse om kollektivavtalets bestämmelser brukar tillämpas på arbetsplatsen eller om det anses utgöra sedvänja i branschen.<sup>27</sup>

## 2.2 Tungt ansvar på fackföreningarna

Det vilar ett tungt ansvar på fackföreningarna att säkerställa en hög täckningsgrad för kollektivavtalen. Detta sker genom att de, i sista hand genom stridsåtgärder, förmår arbetsgivare som inte är med i någon arbetsgivarorganisation att träffa kollektivavtal.<sup>28</sup> Gränserna för fackföreningarnas möjligheter att tillgripa stridsåtgärder i syfte att få till stånd kollektivavtal har alltså central betydelse för balansen på arbetsmarknaden.<sup>29</sup> Rätten att vidta stridsåtgärder när ett kollektivavtal saknas är vidsträckt också ur ett internationellt perspektiv och bara kringgärdad några få begränsningar (se 41 a–41 c och 41 e §§ MBL och 23 § lag (1994:260) om offentlig anställning, LOA). Utöver de lagfästa begränsningarna har arbetsmarknadens parter själva åtagit sig att inte vidta samhällsfarliga stridsåtgärder (se huvudavtalet mellan LO och SAF) eller stridsåtgärder som hotar den politiska demokratin (se det särskilda huvudavtalet för den offentliga sektorn).<sup>30</sup>

Ytterligare ett utmärkande drag för den svenska arbetsrätten är att tillsynen över att bestämmelserna följs på arbetsplatserna i huvudsak ligger på arbetsmarknadens parter. Det finns bara två undantag. Det första är att Arbetsmiljöverket har tillsyn över arbetsmiljölagstiftningen och över arbetstidslagen på arbetsplatser där arbetstiden inte är reglerad i kollektivavtal (7 kap. 1 § arbetsmiljölagen och 20 § arbetstidslagen). Det andra undantaget är att Diskrimineringsombudsmannen (DO) utövar tillsyn över att diskrimineringslagen följs (4 kap. 1 § diskrimineringslagen [2008:567]). I övrigt saknas myndighetsbaserad tillsyn av arbetsvillkoren. Istället vilar detta ansvar på arbetsmarknadens parter. Parterna i kollektivavtalet ansvarar för att säkerställa att kollektivavtalsvillkoren tillämpas på arbetsplatsen. Fackförbundens medlemmar bistås normalt av sina organisationer vid tvister med arbetsgivaren, inte bara när det gäller kollektivavtalsreglerade rättigheter utan även vid anställningsskyddstvister och liknande. Arbetstagare som inte har fackligt stöd får själva säkerställa att de

<sup>26</sup> Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område; se AD 1982 nr 142 och AD 1986 nr 78; Källström & Malmberg (2019) a.a. not 10, s. 209.

<sup>27</sup> Källström & Malmberg (2019) a.a. not 10, s. 191.

<sup>28</sup> Jonas Malmberg & Erik Sjödin, Lex Laval, i Birgitta Nyström, Örjan Edström och Jonas Malmberg (red) *Nedslag i den nya arbetsrätten* (Liber 2012) s. 47.

<sup>29</sup> A.a.

<sup>30</sup> Källström, Malmberg & Öman (2019) a.a. not 17, s. 62 f.

får tillgång till sina rättigheter. Vid tvist kan de anlita ett juridiskt ombud. Vissa rättegångskostnader kan ersättas genom rättshjälpslagen.<sup>31</sup>

I den svenska arbetsrättsliga modellen får oorganiserade arbetstagare som arbetar på arbetsplatser utan kollektivavtal själva ta ett mycket stort ansvar för lön och efterlevnad av arbetsrättslig lag och andra anställningsvillkor.

### 3. Arbetskraft från tredje land

#### 3.1 Rättsliga utgångspunkter för arbetet i Sverige och förekomst

Sverige tillämpar reglerad invandring. Lagstiftaren bestämmer därmed på vilka grunder en utländsk person får beviljas inträde och uppehålla sig i Sverige. Arbete är en sådan grund. Tredjelandsmedborgare behöver arbetstillstånd för arbete i Sverige och uppehållstillstånd om de stannar längre än tre månader.<sup>32</sup> Migrationsverket fattar beslut om sådana tillstånd. Det innebär också att ett uppehållstillstånd ska återkallas om arbetskraftsmigranten inte påbörjat det arbete som tillståndet avser inom fyra månader från tillståndets första giltighetsdag (7 kap. 7 e § 2 UtL). Har anställningen upphört får uppehållstillståndet återkallas om inte arbetskraftsmigranten inom tre eller fyra månader, beroende på orsak till att anställningen upphört, fått ett nytt arbete inom ramen för arbetstillståndet eller sökt ett nytt arbetstillstånd med anledning av en ny anställning (7 kap. 3 § 1 st. 2. och 7 e § 2 st. UtL).

Ett arbetstillstånd är alltid tidsbegränsat. Det får inte ges för längre tid än två år och får inte avse längre tid än anställningstiden.<sup>33</sup> Tillståndet kan dock förlängas, som huvudregel sammanlagt till högst fyra år.<sup>34</sup> Under de första två åren är arbetstillståndet knutet till en viss specifik arbetsgivare och till ett visst slag av arbete, det vill säga yrke. Därefter knyts arbetstillståndet enbart till ett visst slag av arbete.<sup>35</sup>

Regleringen av arbetskraftsinvandring från tredje land genomgick en radikal förändring 2008. Systemet gick från att vara hårt reglerat och styrt av en myndighetsbaserad arbetsmarknadsprövning (Arbetsförmedlingen i samråd med arbetsmarknadens parter), till att bli öppet och arbetsgivar drivet. I dag är det

<sup>31</sup> Rättshjälp kan beviljas för personer med en årsinkomst som understiger 260 000 kr, se 6 och 30 §§, och som huvudregel för maximalt 100 timmars rättshjälp, se 15 § rättshjälpslagen (1996:1619); se vidare Kristin Stenfors, Oorganiserade arbetstagare och rättegången i arbetstvister – En analys utifrån Europakonventionen, Examensarbete i civilrätt, juridiska institutionen (Uppsala universitet 2015) s. 17 ff.

<sup>32</sup> 2 kap. 5 §, 7 §, 8–8 c §§ utlänningslagen (2005: 716) (hädanefter UtL).

<sup>33</sup> 6 kap. 2 a § UtL.

<sup>34</sup> 6 kap. 2 § 2 stycket UtL.

<sup>35</sup> 6 kap. 2 a § 3 stycket UtL.

den individuella arbetsgivaren som avgör om det finns ett behov av att anställa någon från tredje land. Ingen arbetsmarknadsprövning görs. Syftet med förändringarna var att underlätta för arbetsgivare att rekrytera arbetskraft utifrån och därigenom i större utsträckning säkerställa behovet av rätt arbetskraft.<sup>36</sup>

Antalet personer som arbetar med stöd av arbetstillstånd har ökat under den senaste tioårsperioden. Under 2010 beviljades 13 612 nya arbetstillstånd och under 2018 beviljades 20 841 nya arbetstillstånd. Under 2018 beviljades dessutom 10 632 ansökningar om förlängning av arbetstillstånd. Av dessa ledde 3 308 till permanent uppehållstillstånd.<sup>37</sup> Det innebär att åtminstone 28 000 personer arbetade i Sverige någon gång under 2018 med tidsbegränsat uppehållstillstånd. Trots ökningen är gruppen liten i förhållande till den totala sysselsatta arbetskraften som omfattar drygt 5 000 000 personer.<sup>38</sup> Inom vissa sektorer utgör de dock en substantiell andel.<sup>39</sup>

### 3.2 De kompensatoriska åtgärderna

För att säkerställa att 2008 års system för arbetskraftsinvandring inte skulle möjliggöra för oseriösa arbetsgivare att få arbetskraft genom att erbjuda anställningsvillkor som var sämre än de som redan tillämpas i Sverige infördes arbetsrättsligt betingade tillträdesvillkor.<sup>40</sup> För att få ett arbetstillstånd krävs ett konkret anställningserbjudande från en arbetsgivare enligt 6 kap. 2 § utlänningslagen. Arbetstagaren måste kunna försörja sig på anställningen vilket innebär att den totala månatliga inkomsten måste uppgå till 13 000 kr. Detta krav relaterar i huvudsak till det arbetstidsmätt arbetstagaren erbjuds.<sup>41</sup> Kravet säger dock inget om lönenivån som sådan. Ett sådant specifikt krav ställs emellertid också: Lönen, försäkringsskydd och övriga anställningsvillkor i anställningserbjudandet får nämligen inte vara sämre än de villkor som följer av svenska kollektivavtal eller praxis inom yrket eller branschen.<sup>42</sup>

För att inskräpa vikten av att de tillträdesvillkor som rör lön och andra anställningsvillkor faktiskt tillämpas under arbetstillståndets löptid infördes en obligatorisk återkallelsebestämmelse 2014.<sup>43</sup> Uppfylldes inte kraven enligt 6 kap. 2 § UtL skulle uppehållstillståndet återkallas. Den strikta tillämpningen av

<sup>36</sup> Prop. 2007/08:147 s. 1 och s. 25–26.

<sup>37</sup> Uppgift från Migrationsverkets statistikenhet.

<sup>38</sup> SCB, Antalet sysselsatta i Sverige 2018.

<sup>39</sup> Riksrevisionen, Ett välfungerande system för arbetskraftsinvandring? RIR 2016:32 (Riksrevisionen 2016) s. 55.

<sup>40</sup> Prop. 2007/08:147 s. 27.

<sup>41</sup> Ds 2018:7, Konsekvenser för arbetsgivare vid återkallelse av uppehållstillstånd för arbete, s. 15.

<sup>42</sup> 6 kap. 2 § UtL.

<sup>43</sup> Prop. 2013/14:227, s. 16 ff.; 7 kap. 7 e § UtL (SFS 2014:776).

bestämmelsen aktualiserade debatten om de s.k. ”kompetensutvisningarna”.<sup>44</sup> Förutsättningarna för att återkalla uppehållstillståndet när arbetsvillkoren inte uppfyller utlänningslagens krav mjukades därför upp. Numera görs en helhetsbedömning av omständigheterna, där arbetsgivarens avsikt med bristerna tas i beaktande.<sup>45</sup> Dessutom behöver enligt lagens lydelse från december 2017 uppehållstillståndet inte återkallas om arbetsgivaren avhjälpit bristen innan Migrationsverket vidtagit någon åtgärd.<sup>46</sup>

Migrationsverket har i uppdrag att göra efterhandskontroller.<sup>47</sup> Denna kontrollverksamhet inleddes 2015 som ett led i att inskräpa vikten av att de tillträdesvillkor som rör lön och andra anställningsvillkor faktiskt tillämpas under arbetstillståndets löptid och sker genom stickprov eller när Migrationsverket fått misstanke om oegentligheter.<sup>48</sup> I övrigt görs efterkontroller i samband med ansökningar om förlängning av arbetstillstånd. Att kontrollera lön och anställningsvillkor är normalt en uppgift för de fackliga organisationerna. Dessa har dock inte i uppdrag att kontrollera att utlänningslagens krav på lön och anställningsvillkor uppfylls.<sup>49</sup> Migrationsverkets kontroll av anställningsvillkor är som Birgitta Nyström har uppmärksammat ett exempel på ”att statliga myndigheters kontroll och inblandning på arbetsmarknaden avsevärt förstärks”.<sup>50</sup>

Denna kontroll och utlänningslagens krav på kollektivavtalsenliga villkor, skiljer sig från de krav som gäller för inhemsk arbetskraft. Det finns ingenting som hindrar en inhemsk arbetstagare från att ta ett arbete i Sverige till en lön som understiger kollektivavtalsnivån. Detta kan framförallt ske på arbetsplatser som inte omfattas av kollektivavtal.

### 3.3 De kompensatoriska åtgärdernas effektivitet

#### 3.3.1 Utlänningslagen och anställningsavtalet

Syftet med att kräva en viss nivå på anställningsvillkoren är, som nämnts, att säkerställa att systemet inte möjliggör för oseriösa arbetsgivare att få arbetskraft genom att erbjuda anställningsvillkor som är sämre än dem som redan tillämpas

<sup>44</sup> Se till exempel debatten i DN i juni och juli 2019 <https://www.dn.se/debatt/repliker/migrationsverket-duckar-sitt-ansvar-for-kompetensutvisningarna/> (besök 2019-10-11).

<sup>45</sup> Se t.ex. MIG 2018:12.

<sup>46</sup> MIGR 2017 nr 25 och nr 24 samt ändringen i 7 kap. 7 e § genom införandet av ett tredje stycke ”Trots vad som anges i första stycket 1 behöver ett tillstånd inte återkallas om arbetsgivaren har avhjälpit bristen utan att Migrationsverket har vidtagit någon åtgärd.” (SFS 2017:1093).

<sup>47</sup> Prop. 2013/14:227 s. 26 ff.

<sup>48</sup> Riksdagen, Ett väl fungerande system för arbetskraftinvandring?, RIR 2016:32, s. 108.

<sup>49</sup> Prop. 2013/14:227 s. 12.

<sup>50</sup> Birgitta Nyström, Svensk arbetsrätt – på väg mot vad? i Kerstin Ahlberg, Petra Herzfeld Olsson och Jonas Malmberg (red.) Niklas Bruun i Sverige, en vänbok (Iustus 2017) s. 331.

i Sverige.<sup>51</sup> Det är möjligt att kraven bidrar till att arbetskraftsinvandrare garanteras villkor som motsvarar inhemsk arbetskraft. Detta till trots rapporteras om undermåliga anställningsvillkor för denna grupp. Hur kommer det sig?

En förklaring ligger i att migrationsrätten (utlänningslagen) och arbetsrätten är två skilda rättsområden. Arbetskraftsinvandrare kan inte utkräva några anställningsvillkor med stöd av utlänningslagen. Ett anställningserbjudande i utlänningslagens mening är inte ett anställningsavtal. Anställningserbjudandet kan givetvis få betydelse för anställningsavtalets innehåll, men anställningsavtalet är ett civilrättsligt avtal som måste ingås enligt föreskrivna principer.<sup>52</sup> Om arbetskraftsinvandraren inte är medlem i en arbetstagarorganisation som har ett kollektivavtal som är tillämpligt på arbetsplatsen så kan ett anställningsavtal träffas vars villkor understiger den nivå som utlänningslagen föreskriver. Ett sådant anställningsavtal är giltigt. Om detta är vad arbetsgivaren säger sig kunna gå med på som avtalsvillkor fångas arbetskraftsinvandraren i ett dilemma. Väger arbetskraftsmigranten att ingå ett sådant avtal och något anställningsavtal inte träffas, kan rätten att vistas i Sverige gå förlorad. Det kan också bli konsekvensen av om Migrationsverket upptäcker att anställningsvillkoren inte motsvarar tillträdesvillkoren i utlänningslagen.<sup>53</sup> Arbetsgivaren, å andra sidan, blir inte föremål för sanktion i någon av dessa situationer.

Själva ingåendet av anställningsavtalet och dess villkor kan också vara en diffus process där arbetstagaren inte har helt klart för sig vad som gäller. Det kan visa sig att andra villkor tillämpas än de arbetskraftsmigranten förväntade sig. Motsvarande dilemma kan då uppstå. Arbetsgivaren är kanske inte villig att faktiskt tillämpa de villkor arbetstagaren anser att de kommit överens om. Ågerandet kan stå i strid med både lag och avtal. Riskerna för arbetskraftsmigranterna att försöka utkräva dessa villkor kan dock vara förlust av arbetet och därmed förlust av rätten att vara i Sverige. I denna situation riskerar arbetsgivaren arbetsrättsliga sanktioner vid en tvist. Men om tvisten leder till utvisning av arbetstagaren, aktualiseras inga sanktioner mot arbetsgivaren för brott mot utlänningslagen.

### 3.3.2 Utlänningslagens arbetsrättsliga krav

Det är dock centralt att hålla i minnet att Migrationsverkets kontroll av anställningsvillkoren liksom utlänningslagens krav i sig syftar till att motverka att

<sup>51</sup> Prop. 2007/2008:147 s. 27.

<sup>52</sup> AD 2007 nr 1; AD 2012 nr 34; Källström & Malmberg (2019) a.a. not 10, s. 115. För en diskussion om förhållandet mellan anställningserbjudande och anställningsavtal se Petra Herzfeld Olsson, Bindande eller inte? – Ger anställningserbjudandet arbetskraftsinvandraren tillräcklig förutsebarhet? i Catharina Calleman och Petra Herzfeld Olsson (red.) Arbetskraft från hela världen – Hur blev det med 2008 års reform? (Delmi Rapport 2015:9) s. 414 ff.

<sup>53</sup> 7 kap. 7 e § Utl.

systemet underlättar ”för oseriösa arbetsgivare att hitta arbetskraft genom att erbjuda anställningsvillkor som är sämre än för dem som gäller för arbetstagare redan bosatta i Sverige”.<sup>54</sup> Vilka villkor bestämmelsen tar sikte på har varit oklart.<sup>55</sup> Enligt 6 kap. 2 § första stycket 2. utlänningslagen ska som sagt ”lön, försäkringsvillkor och övriga anställningsvillkor inte vara sämre än de som följer av svenska kollektivavtal eller praxis inom yrket eller branschen”. Migrationsverket har bland annat utgått ifrån att tillämpning av semesterlag, arbetstidslag och arbetsmiljölag ska omfattas av kravet.<sup>56</sup> I september 2019 klargjorde emellertid Migrationsöverdomstolen att bestämmelsen i fråga om anställningsvillkor enbart omfattar ”sådana villkor som gäller vid sidan av villkor för anställningen som följer av lag eller annan författning”. Det som avses i bestämmelsen är ”villkor för anställningen som arbetsgivaren råder över och där det alltså finns utrymme för denne själv att ta ställning till vilka villkor som ska erbjudas”.<sup>57</sup> Migrationsöverdomstolen tycks mena att all arbetsrättslig lagstiftning ligger utanför de villkor som avses i 6 kap. 2 § första stycket 2. UtL eftersom arbetsgivaren inte råder över de villkoren. Domstolen hänvisar istället till att arbetstagaren i ett sådant fall i sedvanlig ordning får vända sig till arbetsgivaren med sitt anspråk och att tvist får prövas i domstol genom en arbetsrättslig eller en skadeståndsrättslig process.<sup>58</sup> Migrationsöverdomstolen motiverar sin bedömning med att eftersom återkallelsebestämelsen är obligatorisk när villkoren inte uppfylls måste en strikt tolkning av kraven som sådana göras.<sup>59</sup>

En fråga är om resonemanget om att arbetsgivaren ska kunna råda över villkoret också omfattar frågan om lön. I de fall arbetskraftmigranten ska anställas direkt av arbetsgivaren och denne är bunden av ett kollektivavtal med fastställda lönenivåer är arbetsgivaren skyldig att utge en lön som är förenlig med kollektivavtalet. I dessa fall är det alltså inte fråga om villkor ”som arbetsgivaren råder över”.<sup>60</sup> Kollektivavtalsbundna arbetsgivare råder ju överhuvudtaget inte över de villkor som framgår av kollektivavtalet. Att arbetsgivaren frivilligt direkt eller indirekt ingått avtalet som sådant är ju en annan sak. Migrationsöverdomstolens resonemang skulle kunna innebära att utlänningslagens krav om lön framöver enbart aktualiseras för arbetsgivare som inte är bundna av ett kollektivavtal. Om

<sup>54</sup> Prop. 2013/14:227 s. 13.

<sup>55</sup> MIG 2017:24 och MIG 2017:25 och MIG 2018:12; och Petra Herzfeld Olsson, Något om betydelsen av anställningsvillkor i utlänningslagens mening i Ruth Mannelqvist, Staffan Ingmansson, Carin Ulander-Wänman (red.) Festskrift till Örjan Edström (Juridiska institutionen, Umeå universitet 2019) s. 162 ff.

<sup>56</sup> Migrationsverket, Rättsenheten, Rättsligt ställningstagande angående övriga anställningsvillkor enligt 6 kap. 2 § utlänningslagen (2005:716) och hur sådana villkor ska bedömas, SR/39/2018 s. 2 f.

<sup>57</sup> Migrationsöverdomstolen MIG 2019:15, meddelad 2019-09-24.

<sup>58</sup> A.a. s. 16.

<sup>59</sup> A.a.

<sup>60</sup> MIG 2018:12.

så vore fallet skulle alltså utlänningslagens krav bara aktualiseras för arbetsgivare utan kollektivavtal. En sådan ordning skiljer sig från vad som hittills gällt.<sup>61</sup>

Lagstiftaren har uttalat att utlänningslagens krav och Migrationsverkets kontroller avser att motverka missbruk av reglerna och utnyttjande av utländsk arbetskraft.<sup>62</sup> I centrum står statens intresse av att arbetsgivare med stöd av arbetstillståndssystemet inte ska kunna utnyttja arbetstagare. Migrationsöverdomstolens just beskrivna strikta tolkning av utlänningslagens krav motverkar det syftet. Tolkningen behöver däremot inte enbart vara till nackdel för just arbetskraftmigranten eftersom de skäl som kan motivera utvisning begränsas. Den enda sanktion som är kopplad till överträdelse av regeln, är återkallelse av uppehållstillstånd alternativt avslag av förlängningsansökning och i förlängningen utvisning av arbetskraftmigranten.

Den nya tillämpningen av utlänningslagens krav på lön och andra anställningsvillkor enligt 6 kap. 2 § UtLL medför dock att utlänningslagens roll som möjlig väktare av att lagstadgad svensk arbetsrätt också ska tillämpas på arbetskraftsmigranter minimeras. Denna väktarroll har visserligen aldrig inneburit att arbetskraftsmigranten kompenseras arbetsrättsligt eller på något annat sätt för överträdelse av utlänningslagen. Eventuellt kan man istället tala om en preventiv funktion i de fall arbetsgivaren varit angelägen om att behålla en viss arbetskraftmigrant. Bestämmelsens preventiva funktion blir nu ytterst begränsad. Arbetsgivare kommer framöver att kunna strunta i arbetsrättslig lagstiftning utan att riskera att arbetskraftsmigranten förloras genom utvisning. Tillämpning av arbetsrätten kommer som för övriga arbetstagare på svensk arbetsmarknad att hänga på om arbetskraftsmigranten vågar ta strid för sin sak. I en mening likställs därmed arbetskraftsmigranterna med inhemsk arbetskraft. Incitamenten för arbetskraftsmigranten att utkräva sina rättigheter kan också i viss mån öka. Kommer överträdelse av arbetsrätten till Migrationsverkets kännedom kan den inte aktualisera ett återkallelseförfarande. Risker för arbetskraftsmigrantens del blir istället i högre grad kopplad till risken att förlora jobbet och av det skälet riskera utvisning. Rättsutvecklingen tydliggör att Migrationsverkets kontroll av anställningsvillkoren liksom utlänningslagens krav i sig har ett annat syfte än att säkerställa att svensk arbetsrätt tillämpas.

Att de kompensatoriska åtgärder som vidtagits genom utlänningslagens krav på att lön och andra anställningsvillkor inte får vara sämre än de som följer av svenska kollektivavtal eller praxis inom yrket eller branschen inte i tillräcklig grad motverkar de faktorer som kan leda till undermåliga anställningsvillkor vittnar inte minst media- och forskningsrapporter under 2019 om.<sup>63</sup> Vi har kun-

<sup>61</sup> Se t.ex. MIG 2017:25, där arbetsgivaren enligt uppgift i den överklagade domen var bunden av kollektivavtal med Hotell- och restaurangfacket.

<sup>62</sup> Prop. 2013/14:227 s. 13.

<sup>63</sup> TT, Ministern: ”Det ska inte förekomma”. publicerat på svd.se 2019-09-30, <https://www.svd.se/ministern-fullkomligt-oacceptabelt> (besök 2019-10-01).



nat läsa om bärplockare som inte får kollektivavtalsenlig lön,<sup>64</sup> nageltekniker och personliga assistenter som fått behålla en bråkdel av den kollektivavtalsenliga lönen,<sup>65</sup> och byggnadsarbetare som fått lön motsvarande 30–35 kr i timmen.<sup>66</sup> Migrationsöverdomstolens nya praxis kommer knappast ändra på detta. För att motverka den utsatthet migrationsrätten skapar, krävs andra åtgärder, som ger arbetskraftmigranten en reell möjlighet att utkräva rättigheter enligt arbetsrätten utan att riskera utvisning. Regeringen har undersökt möjligheterna att få till stånd en bättre balans mellan de involverade parterna.<sup>67</sup> Hittills har med ett undantag inte några kompensatoriska åtgärder vidtagits som kan tänkas underlätta för arbetskraftsmigranterna att komma i åtnjutande av sina rättigheter i de fall arbetsgivaren motsätter sig detta. Undantaget som introduceras i det följande gäller för säsongsarbetare och är resultatet av genomförd EU-rätt.

### 3.4 Tillstånd för säsongsarbete

Sedan 2010 har ett antal EU-direktiv som reglerar tillträde och villkor för olika grupper av arbetstagare genomförts i svensk rätt.<sup>68</sup> Tre nya kapitel har införts i utlänningslagen, kap. 6 a om EU-blåkort, kap. 6 b om tillstånd för företagsintern förflyttning, ICT och kap. 6 c om tillstånd för säsongsarbete. Denna särreglering behandlas, med ett undantag, inte i artikeln eftersom dess utgångspunkter i de delar som står i fokus överensstämmer med utlänningslagen i övrigt.<sup>69</sup> Den bestämmelse som ska behandlas är en specifik sanktion som kan aktualiseras när en tredjelandsmedborgare som arbetar med stöd av ett tillstånd för säsongsarbete enligt kapitel 6 c utIL förlorar ett sådant tillstånd därför att arbetsgivaren

<sup>64</sup> Charlotta Hedberg, Linn Axelsson och Manolo Abella, Thai berry pickers in Sweden – A migration corridor to a low-wage sector, Report 2019:3 (DELMi, Stockholm, 2019) s. VIII.

<sup>65</sup> Jonna Söderqvist, Nagelsalong krävs på miljoner av Handels, Lag & Avtal, publicerad på [www.lag-avtal.se](http://www.lag-avtal.se) 2009-05-22; Karwan Tahir, Företag utnyttjar personliga assistenter: 'Vi kan inte göra något', Sveriges Radio p. 4 Örebro, publicerad på <https://sverigesradio.se> 20 september 2019.

<sup>66</sup> Lindholm och Hagelin, not 3.

<sup>67</sup> SOU 2016:91, Stärkt ställning för arbetskraftsinvandrare på arbetsmarknaden; Ds 2018:7, Konsekvenser för arbetsgivare vid återkallelse av arbetstillstånd.

<sup>68</sup> Se t.ex.: rådets direktiv 2009/50/EG av den 25 maj 2009 om villkor för tredjelandsmedborgares inresa och vistelse för högkvalificerad anställning; Europaparlamentets och rådets direktiv 2011/98/EU av den 13 december 2011 om ett enda ansökningsförfarande för ett kombinerat tillstånd för tredjelandsmedborgare att vistas och arbeta på en medlemsstats territorium och om en gemensam uppsättning rättigheter för arbetstagare från tredjeland som vistas lagligen i en medlemsstat; Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/36/EU av den 26 februari 2014 om villkor för tredjelandsmedborgares tillträde och vistelse för säsongsanställning; Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/66/EU av den 15 maj 2014 om villkor för inresa och vistelse för tredjelandsmedborgare inom ramen för företagsintern förflyttning av personal.

<sup>69</sup> För en introduktion till direktiven se K. Hailbronner & D. Thym (red.) EU Immigration and Asylum Law: A commentary, 2nd ed., (C.H.Beck, Hart Publishing, Nomos 2016).



inte uppfyllt de motsvarande krav på vissa anställningsvillkor som de som gäller i övrigt enligt 6 kap. 2 § 1 st. 2. Sanktionen gäller enbart vid förlust av tillstånd för säsongarbete och återfinns i lag (2018:318) om rätt till ersättning när ett tillstånd för säsongarbete återkallas. Sanktionen och lagen har sin grund i EU-direktivet om säsongarbete.<sup>70</sup> Sanktionen innebär att arbetskraftsmigranten har rätt till ersättning från arbetsgivaren när ett tillstånd för säsongarbete återkallas bland annat på grund av att lönen, försäkringsskyddet eller övriga anställningsvillkor är sämre än de villkor som följer av svenska kollektivavtal eller praxis inom yrket eller branschen (3 § lag om ersättning). Ersättningen ska motsvara den lön och annan ersättning från arbetsgivaren som utlänningen skulle ha haft rätt till i anledning av anställningen under tillståndstiden om tillståndet inte hade återkallats (3 § lag om ersättning).

Sanktionen har den fördelen att den minskar den risk en arbetstagare tar genom att utkräva föreskrivna anställningsvillkor som denne förnekas. Om utkrävandet leder till återkallelse av tillstånd för säsongarbete kan sanktionen leda till att arbetstagaren får ersättning för den förväntade arbetstid som därmed går förlorad. Därutöver stärks den preventiva effekt kravet på viss lön och andra anställningsvillkor får genom att en överträdelse kan bli kostsam för arbetsgivaren. Det finns därför goda skäl att införa en liknande bestämmelse med tillämplighet vid återkallanden av uppehållstillstånd enligt den allmänna regleringen i utlänningslagen (7 kap. 7 e § UtL). En sådan bestämmelse kan få en långt mer kompensatorisk effekt än vad den nuvarande regleringen har.

## 4. Utstationering inom EU

### 4.1 Rättsliga utgångspunkter för arbetet i Sverige och förekomst

Arbetsgivare som är etablerade i ett annat land än Sverige kan utstationera arbetstagare till Sverige i samband med att arbetsgivaren tillhandahåller tjänster över gränserna.<sup>71</sup> Bestämmelser om detta finns i utstationeringslagen (1999:678). Utstationeringslagen har sin grund i EU:s utstationeringsdirektiv (96/71/EG) och i friheten att tillhandahålla tjänster inom EU, art. 56 i fördraget om Europeiska Unionens funktionssätt (FEUF). Den svenska utstationeringslagen har ett bredare tillämpningsområde än utstationeringsdirektivet och gäller för utstationering till Sverige från varje annat land. Vissa bestämmelser är specifika för arbetsgivare som är etablerade inom EES eller Schweiz.<sup>72</sup> Enbart de

<sup>70</sup> Prop. 2017/18:10 s. 99 ff.

<sup>71</sup> 1 § lag (1999:678) om utstationering av arbetstagare (hädanefter utstationeringslagen).

<sup>72</sup> 1 a § utstationeringslagen.

bestämmelser som gäller för utstationering till Sverige från ett land inom EES eller Schweiz kommer att behandlas i den här artikeln.

Utstationering kan ske i tre olika former: genom entreprenad, inom en koncern och i form av uthyrning av personal. Entreprenadfallet, som står i fokus för denna artikel, aktualiseras när en utländsk arbetsgivare för egen räkning och under egen ledning sänder arbetstagare till Sverige enligt ett avtal som arbetsgivaren har ingått med mottagaren av tjänsten i Sverige.<sup>73</sup> En utstationerad arbetstagare arbetar vanligen i ett annat land men utför arbete i Sverige under begränsad tid.<sup>74</sup>

I detta fall är det alltså arbetsgivaren som utnyttjar sin rätt till fri rörlighet av tjänster med stöd i art. 56 FEUF. Om tjänsten utförs i en annan av EU:s medlemsländer med stöd av utstationerad arbetskraft får värdstaten inte uppställa krav på arbetstillstånd eller uppehållstillstånd för denna arbetskraft oavsett om de är EU-medborgare eller tredjelandsmedborgare. Ett sådant krav skulle stå i strid med art. 56 FEUF.<sup>75</sup>

Sedan år 2013 ska utstationeringar till Sverige, oavsett utsändningsland, registreras hos Arbetsmiljöverket. Antalet registreringar har ökat. År 2018 registrerades 106 799 utstationerade arbetstagare i utstationeringsregistret. 66 % var verksamma inom byggverksamhet. Majoriteten registrerades för korta perioder i Sverige. 72 % registrerades för högst två månader. Året dessförinnan var de flesta perioder längre, sex till åtta månader. Vad som ligger bakom denna skillnad är oklart.<sup>76</sup>

Utgångspunkten i utstationeringsdirektivet är att oavsett vilket lands lag som lagvalsregler skulle peka ut som tillämpligt på anställningsavtalet så ska de utstationerade arbetstagarna garanteras en viss miniminivå av anställningsvillkor i enlighet med värdlandets lagstiftning eller kollektivavtal eller skiljedomar som förklarats ha allmän giltighet.<sup>77</sup> Dessa minimivillkor kallas den hårda kärnan och omfattar bestämmelser om arbetstid och vilotid, semesterdagar, minimilön, villkor för uthyrning av arbetskraft, arbetsmiljö, skyddsåtgärder för gravida och kvinnor som just fött barn och unga, samt lika behandling av kvinnor och män samt andra bestämmelser om icke-diskriminering.<sup>78</sup>

Utstationeringsdirektivet genomfördes som nämnts i svensk rätt genom antagandet av utstationeringslagen. Den hårda kärna som ska garanteras återfinns i 5 § utstationeringslagen. Enligt denna ska arbetsgivaren tillämpa vissa angivna bestämmelser i semesterlagen (1977:480), föräldraledighetslagen (1995:584),

<sup>73</sup> 3 § 1 stycket 1 p. utstationeringslagen.

<sup>74</sup> 4 § utstationeringslagen.

<sup>75</sup> C-445/03 Kommissionen mot Luxemburg, EU:C:2004:655, para. 30, 41, 50.

<sup>76</sup> Helårsrapport 2018 – Register för företag som utstationerar arbetstagare i Sverige, Arbetsmiljöverket rapport 2019:1 s. 3.

<sup>77</sup> Hänvisningen till kollektivavtal gäller enligt direktivet bara för byggsektorn. Sverige har dock valt att utsträcka tillämpligheten även till andra sektorer.

<sup>78</sup> Art. 3.1 Utstationeringsdirektivet (96/71).

lag (2002:293) om förbud mot diskriminering av deltidsarbetande arbetstagare och arbetstagare med tidsbegränsad anställning samt diskrimineringslagen (2008:567). Därutöver gäller även arbetsmiljölagen (1977:1160) och arbetstidslagen (1982:673) med vissa undantag.<sup>79</sup> Någon bestämmelse om viss lönenivå finns dock inte. Skälet är att Sverige inte har den typ av kollektivavtal som direktivet i första hand tar sikte på, så kallade allmängiltiga kollektivavtal. Lagstiftaren valde att inte utnyttja möjligheten som föreskrevs i direktivets artikel 3.8 att genom lag göra svenska kollektivavtal tillämpliga vid utstationering. Utgångspunkten var att det system vi hade räckte för att motverka social dumpning, som var det syfte som stod i centrum vid genomförandet av direktivet.<sup>80</sup> Arbetstagarorganisationerna uppgav i lagstiftningsärendet att de hade ”god kontroll över de utländska företag som bedriver verksamhet i Sverige och ser till att kollektivavtal träffas och följs”.<sup>81</sup> Det skulle vara främmande för det svenska systemet att i lag tvinga en part att tillämpa den lönenivå som utgår från den typ av kollektivavtal som tillämpas i Sverige.<sup>82</sup>

Genom Laval- domen klarade EU-domstolen att den miniminivå som ska skyddas genom den hårda kärnan också är ett tak.<sup>83</sup> Rätten att vidta stridsåtgärder för att få till stånd ett kollektivavtal med den utstationerande arbetsgivaren begränsades därför efter Laval- domen i svensk rätt. Stridsåtgärder i utstationeringssituationer kan därefter bara vidtas för att få till stånd villkor som överensstämmer med villkoren i ett centralt kollektivavtal som tillämpas i hela Sverige på motsvarande arbetstagare i aktuell bransch. Kraven ska motsvara den hårda kärnan, och utgöra en förbättring i jämförelse med tillämplig lag. En ytterligare förutsättning för lovligheten var att arbetsgivaren inte kunde visa att de utstationerade arbetstagarna när det gäller den hårda kärnan hade villkor som i allt väsentligt var lika förmånliga som minimivillkoren i det eftersträvade svenska kollektivavtalet.<sup>84</sup> Den begränsning som var kopplad till det faktum att arbetsgivaren redan tillämpade erforderliga villkor (den så kallade bevisregeln) blev särskilt problematisk i en svensk kontext, där förekomsten av ett svensk kollektivavtal spelar en så central roll för möjligheten att utkräva och kontrollera efterlevnaden av de aktuella villkoren.<sup>85</sup> Arbetstagarorganisationernas kontroll över de utländska företagen begränsades därmed. Det har också visat sig vara svårt att i praktiken garantera den nivå som ska skyddas. Rapportering om usla villkor för utstationerade arbetstagare är inte sällsynt.<sup>86</sup> En förklaring till miss-

<sup>79</sup> 5 § utstationeringslagen.

<sup>80</sup> Prop. 1998/99:90 s. 27.

<sup>81</sup> A.a. s. 26.

<sup>82</sup> Prop. 1998/99:90 s. 27.

<sup>83</sup> C-341/05, Laval un Partneri, EU:C:2007:809, para. 110.

<sup>84</sup> 5 a § utstationeringslagen i sin lydelse genom (SFS 2012:857).

<sup>85</sup> Mia Rönmar (2015), not 6, s. 278

<sup>86</sup> Se t.ex. Christer Thörnqvist och Sebastian Bernhardsson, Their own stories – how Polish construction workers posted to Sweden experience their job situation, or resistance versus life

förhållandena är som Cathryn Costello och Mark Freedland formulerar saken ”the posted workers route places workers at the disposal of their employer”.<sup>87</sup> Beroendet av arbetsgivaren kan även i detta fall motverka tillämpningen av tillämpliga arbetsvillkor.

## 4.2 De kompensatoriska åtgärderna

För att säkerställa bättre efterlevnad av utstationeringsdirektivet antog EU Tillämpningsdirektivet (2014/67/EU).<sup>88</sup> Flera av direktivets bestämmelser är inriktade på att motverka kringgående av utstationeringsdirektivet, förbättra kontrollen av efterlevnaden och underlätta för de utstationerade arbetstagarna att utkräva de rättigheter de faktiskt ska garanteras. När genomförandet av direktivet processades genom den svenska lagstiftningsprocessen behandlades samtidigt frågan om det var möjligt att också bättre anpassa regleringen av utstationering till den svenska modellen.<sup>89</sup> Resultatet av detta arbete blev ett antal nya och reviderade bestämmelser i utstationeringslagen som trädde i kraft den 1 juni 2017. Lagstiftaren fann en finurlig lösning för att bli av med bevisregeln i 5 a § utstationeringslagen och samtidigt uppfylla EU-rättens krav. Ett så kallat utstationeringskollektivavtal uppfanns. De krav som kan begäras med stöd av stridsåtgärder, inom ramen för ett sådant utstationeringskollektivavtal, får endast likasom tidigare utgöra minimivillkor inom den hårda kärnan och vara förmånligare för arbetstagarna i förhållande till det som följer direkt av utstationeringslagen.<sup>90</sup> Kollektivavtalet får dock till skillnad från vad som gäller i övrigt också i vissa avseenden mer begränsade rättsverkningar. Den rad rättigheter och skyldigheter som i vanliga fall följer på kollektivavtalet som exempelvis förstärkta förhandlings- och informationsrättigheter gäller inte utstationeringskollektivavtal.<sup>91</sup> Däremot är det möjligt för utstationerade utanförstående arbetstagare att direkt åberopa bestämmelser i kollektivavtalet för att utkräva rättigheter, något som inte är möjligt för andra utanförstående arbetstagare.<sup>92</sup> Denna möjlighet gäller

projects, *Transfer 2015*, Vol. 21(1) s. 23–36, s. 29 ff.; C-M Jonsson och Göran Larson, *Gäst i verkligheten – om utstationerad arbetskraft i praktiken* (LO 2013), s. 22–24; Vinnare och förlorare: Om konkurrens om arbetskraftskostnader inom EU (LO 2013) s. 56 ff.

<sup>87</sup> Cathryn Costello and Mark Freedland, *Seasonal Workers and Intra-Corporate Transferees in EU Law: Capital’s Handmaidens?* i Joanna Howe och Rosemary Owens (red.) *Temporary Labour Migration in the Global Era: The Regulatory Challenges* (Bloomsbury 2016) s. 61.

<sup>88</sup> Skäl 5, 7 Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/67/EU av den 15 maj 2014 om tillämpning av direktiv 96/71/EG om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster och om ändring av förordning (EU) nr 1024/2012 om administrativt samarbete genom informationssystemet för den inre marknaden (IMI-förordningen).

<sup>89</sup> Prop. 2016/17:107 s. 18–19; Kommittédirektiv 2012: 92; 2014:149; 2014:81; 2014:150.

<sup>90</sup> Prop. 2016/17:107 s. 46.

<sup>91</sup> Prop. 2016/17:107 s. 44–45.

<sup>92</sup> Prop. 2016/17:107 s. 131–138.

dock inte bara för det så kallade utstationeringskollektivavtalet utan för alla kollektivavtal som reglerar villkor för utstationerad arbetskraft, också dem som ingåtts utan stöd av stridsåtgärder. Åtgärderna syftar, mot bakgrund av kollektivavtalens särställning i svensk rätt, till att skydda arbetstagare och utgör därmed ett ”allmänintresse som kan motivera inskränkningar i den fria rörligheten på EUs inre marknad”.<sup>93</sup> Genom att begränsa kollektivavtalets rättsverkningar bedöms de nationella åtgärderna inte gå utöver vad som är lämpligt och nödvändigt för att uppfylla det enligt EU-rätten godtagbara målet för att inskränka friheten att tillhandahålla tjänster.<sup>94</sup>

Andra särlösningar för utstationerad arbetskraft antogs också i syfte att ytterligare skydda arbetstagarna. I utstationeringslagen framgår till skillnad från i annan arbetsrättslig lagstiftning att de avtalsbundna organisationerna har rätt att få tillgång till dokumentation av anställningsavtal, lönespecifikationer, tidrapporter och intyg över gjorda löneutbetalningar i den utsträckning som behövs för att kunna bedöma om kollektivavtalet följs ifråga om den hårda kärnan.<sup>95</sup> Utstationerade arbetstagare skyddas därutöver, till skillnad från andra arbetstagare, mot repressalier av arbetsgivaren när de inleder rättsliga eller administrativa förfaranden om arbets- och anställningsvillkor som ingår i den hårda kärnan.<sup>96</sup>

Tillämpningsdirektivet innehåller också en bestämmelse om huvudentreprenörsansvar.<sup>97</sup> En hel del av de problem som uppmärksammats rörande utstationering kan förklaras av svårigheterna med att kontrollera vilka villkor som tillämpas i långa entreprenadskedjor. Denna problematik gäller dock inte enbart utstationerad arbetskraft utan har också inomstatlig relevans. I det här avseendet valde lagstiftaren därför att utsträcka det skydd som direktivet avser att ge utstationerad arbetskraft till all arbetskraft som omfattas av entreprenadverksamhet inom sektorerna bygg- och anläggningsverksamhet.<sup>98</sup> Lagen innebär att under vissa förutsättningar ska en uppdragsgivare ansvara för lönefordringar som en anlita underentreprenör inte betalat till sina anställda.<sup>99</sup> Om uppdragsgivaren inte betalar övergår ansvaret under vissa förutsättningar på huvudentreprenören.<sup>100</sup>

<sup>93</sup> Citat från prop. 2016/17:107 s. 34, se dock de vidare resonemangen, s. 40.

<sup>94</sup> Prop. 2016/17:107 s. 46.

<sup>95</sup> 5 d § utstationeringslagen.

<sup>96</sup> 22 § utstationeringslagen. Det finns i övrigt ett repressalieförbud i 2 kap. 18 § diskrimineringslagen (2008:567).

<sup>97</sup> Art. 12 Tillämpningsdirektivet (2014/67/EU).

<sup>98</sup> Art. 12 Tillämpningsdirektivet (2014/67/EU); lag (2018:1472) om entreprenörsansvar för lönefordringar; Prop. 2017/18:214.

<sup>99</sup> 7 § lag om entreprenörsansvar för lönefordringar.

<sup>100</sup> 8 § lag om entreprenörsansvar för lönefordringar.

### 4.3 De kompensatoriska åtgärdernas effektivitet

Någon lagreglerad lönenivå har alltså inte kommit till stånd för de utstationerade arbetstagarna. Däremot har lagstiftaren nästintill slagit knut på sig själv för att få den svenska modellen att fungera så väl som möjligt i samklang med EU-rättens krav. Målet att kollektivavtalet ska stå i centrum har kunnat bevaras, samtidigt som rättsverkningarna av detta kollektivavtal har anpassats. Dessutom har de enskilda arbetstagarna getts förstärkta möjligheter att utkräva rättigheter med stöd av kollektivavtalet och förstärkt skydd genom repressalieförbudet. De kollektivavtalsbundna fackliga organisationerna har också fått en lagstadgad rätt till insyn på företaget när det gäller anställningsvillkoren. I utstationeringsfallet har utgångspunkten varit att Sverige är skyldigt att särbehandla de utstationerade arbetstagarna i förhållande till inhemsk arbetskraft och enbart garantera dem den hårda kärnan. Den nivå på anställningsvillkor arbetstagarna garanteras med stöd av EU-rätten måste dock till varje pris upprätthållas. Att uppfylla krav på att garantera en viss nivå och samtidigt i möjligaste mån bevara den svenska modellen och särskilt kollektivavtalets särställning har tvingat fram okonventionella lösningar, men som trots allt faktiskt kan bidra till att motverka missförhållanden. De fackliga organisationerna har fått verktyg för att upprätthålla den nivå EU-rätten stipulerar. Verktygen förutsätter dock att de utstationerade arbetstagarna omfattas av ett kollektivavtal. Därutöver är det inte givet att de utstationerade arbetstagarna själva anser att utkrävandet av de aktuella rättigheterna ligger i deras primära intresse. Arbetet som sådant kan anses ha ett större värde. De flesta är heller inte medlemmar i en svensk arbetstagarorganisation.<sup>101</sup> I en sådan miljö måste arbetstagarorganisationerna ta ett mycket stort ansvar och får kanske mindre hjälp och stöd av de aktuella arbetstagarna än vad som gäller i förhållande till inhemsk arbetskraft.

### 4.4 Mer likabehandling i framtiden

Den senaste utvecklingen inom utstationeringsområdet kan förstärka effekten av de kompensatoriska åtgärderna som beskrivits ovan. EU reviderade nämligen utstationeringsdirektivet år 2018. Förespråkarna för ökad likabehandling vann därmed en delseger. Revideringen medför att den hårda kärnan utvidgas och att begreppet minimilön ersätts av lön. Dessutom ska alla värdlandets villkor, förutom kompletterande regler om tjänstepension och regler om ingående

<sup>101</sup> Anders Neergaard, 'Det fackliga löftet': Solidaritet, fackföreningsrörelse och arbetskraftsinvandring, i Catharina Calleman och Petra Herzfeld Olsson (red.) *Arbetskraft från hela världen* (Delmi 2015:9) s. 220.

och uppsägning av anställningsavtal samt konkurrensklausuler tillämpas efter 12 alternativt 18 månaders utstationering.<sup>102</sup>

Förslag på hur direktivet ska genomföras i svensk rätt har lämnats av 2018 års utstationeringsutredning. Enligt förslaget ska rätten att vidta stridsåtgärder bland annat utsträckas. Stridsåtgärder föreslås kunna syfta till att få stånd en utvidgad ”hård kärna” och efter tolv månader till ett vanligt kollektivavtal. Någon förändring av de särskilda rättsverkningar som kollektivavtal för utstationerad arbetskraft har genom 2017 års ändringar föreslås inte. Fackföreningarnas lagreglerade rätt till insyn på företaget kvarstår också.<sup>103</sup>

När nu likabehandlingsperspektivet får en mer framskjuten plats i EU-rätten kan det i kombinationen med de okonventionella svenska lösningarna bidra till att de utstationerade arbetstagarna faktiskt närmar sig inhemsk arbetskraft i ersättningshänseende. LO och Byggnads har dock pekat på problematiken med att den utstationerade arbetsgivaren inte med stöd av stridsåtgärder kan åläggas att betala arbetstagarens resa, kost och logi när arbetstagaren utstationeras till Sverige (den primära utstationeringen).<sup>104</sup>

## 5. Irreguljär arbetskraft

### 5.1 Rättsliga utgångspunkter för arbetet i Sverige och förekomst

Ett syfte med den EU-rättsliga kompetensen på det invandringspolitiska området är att förebygga och förstärka bekämpandet av olaglig invandring.<sup>105</sup> Sanktionsdirektivet antogs, med stöd av just denna kompetens, i syfte att motverka irreguljära invandrares drivkraft för att hitta arbete i EU.<sup>106</sup> Grundpelaren i sanktionsdirektivet är ett förbud mot att anställa tredjelandsmedborgare som inte har rätt till vistelse i EU inklusive sanktioner mot arbetsgivare som överträder detta förbud.<sup>107</sup>

Enligt svensk rätt är det sedan länge straffsanktionerat för en utlänning att, uppsåtligen eller av oaktsamhet, vistas i Sverige utan nödvändiga tillstånd och

<sup>102</sup> Andra ändringar med mindre betydelse för denna artikel introduceras i Kerstin Ahlberg, Nya utstationeringsregler: ”Hårda kärnan” utökas och alla världandets villkor ska tillämpas efter tolv månader, EU & arbetsrätt, Nr 2 2018, s. 5.

<sup>103</sup> Genomförande av ändringar i utstationeringsdirektivet, SOU 2019:25 s. 43–44.

<sup>104</sup> LO:s remissyttrande över Genomförande av ändringar i utstationeringsdirektivet, SOU 2019:25, dnrn 20100175, s. 1, 3; Byggnads remissyttrande över SOU 2019:25, Genomförande av ändringar i utstationeringsdirektivet, s. 1.

<sup>105</sup> Art. 79 FEUF.

<sup>106</sup> Skäl 2, Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/52/EG av den 18 juni 2009 om minimistandarder för sanktioner och åtgärder mot arbetsgivare som vistas olagligt (hädanefter Sanktionsdirektivet).

<sup>107</sup> Skäl 3, Sanktionsdirektivet.



att när arbetstillstånd krävs, arbeta utan arbetstillstånd.<sup>108</sup> Det är också en kriminell handling att under motsvarande förutsättningar anställa en utlänning utan föreskrivet arbetstillstånd.<sup>109</sup> I och med genomförandet av sanktionsdirektivet blev det också kriminaliserat att ha en utlänning anställd som inte har rätt att vistas i Sverige.<sup>110</sup> Straffet för en arbetsgivare kan i dessa fall bli böter, eller vid försvårande omständigheter, fängelse i högst ett år.<sup>111</sup> Försvårande omständigheter kan aktualiseras om det finns ett vinstsyfte bakom anställningen eller om arbetsgivaren agerar i stor skala och har ett stort antal utlänningar anställda utan nödvändiga tillstånd.<sup>112</sup>

Oavsett om ansvar kan utkrävas enligt de straffrättsliga bestämmelserna, kan en fysisk eller juridisk person som anställer en utlänning utan nödvändiga tillstånd bli skyldig att betala en särskild avgift.<sup>113</sup> Den särskilda avgiften har nyligen höjts från ett halvt till ett helt prisbasbelopp för att inskräpa vikten av att bestämmelserna följs. Om överträdelsen har pågått under en längre tid än tre månader är avgiften för varje utlänning istället två prisbasbelopp.<sup>114</sup> En sådan avgift ska dock inte tas ut om arbetsgivaren kontrollerat utlänningens rätt att vistas i Sverige och behållit en kopia av de aktuella handlingarna, och underlämnat Skatteverket om anställningen.<sup>115</sup> Denna senare undantagsmöjlighet är en konsekvens av sanktionsdirektivets krav. Enligt sanktionsdirektivet är arbetsgivaren skyldig att utföra kontroller innan en utlänning påbörjar anställningen.<sup>116</sup> Kontrollerarna ska avse att klarlägga om utlänningen har föreskrivet tillstånd att vistas och arbeta här eller är undantagen från skyldigheten att ha arbetstillstånd. Rapporteringen om anställningen till Skatteverket ska ske senast kalendermånaden efter den månad anställningen påbörjas.<sup>117</sup> Har dessa skyldigheter fullgjorts undgår arbetsgivaren ett antal sanktioner, bland annat den särskilda avgiften.<sup>118</sup>

Sanktionsdirektivet har också lett till några helt nya sanktioner för att motverka anställning av tredjelandsmedborgare utan rätt att vistas i Sverige.<sup>119</sup> En arbetsgivare som begått brottet att anställa en utlänning som inte har rätt att

<sup>108</sup> 20 kap. 1 och 3 §§ utlänningslagen. Niklas Selberg, Om kriminaliseringen av papperslösas arbete och argumenten för att avskaffa den, i Catharina Calleman och Petra Herzfeld Olsson (red.) *Arbetskraft från hela världen* (Delmi 2015:9) s. 364.

<sup>109</sup> 20 kap. 5 § UtL.

<sup>110</sup> 20 kap. 5 § UtL i lydelse sedan [SFS 2013:646].

<sup>111</sup> A.a.

<sup>112</sup> Prop. 1975/76:18 s. 145; Svea hovrätt 2012-11-14, mål nr 5075-12.

<sup>113</sup> 20 kap. 12 § 1 st. UtL.

<sup>114</sup> 20 kap. 12 § 3 st. UtL; prop. 2017/18:176 s. 1.

<sup>115</sup> 20 kap. 12 § 2 st. UtL.

<sup>116</sup> Art. 4.1 a sanktionsdirektivet; Prop. 2012/13:125 s. 26 genomförd genom 6 kap. 13 a § utlänningsförordningen (2006:97 hädanefter UtLF).

<sup>117</sup> 7 kap. 1 b § UtLF.

<sup>118</sup> Prop. 2012/13:125 s. 26 ff., 55; Gerhard Wikrén och Håkan Sandesjö, *Utlänningslagen med kommentar*, elfte upplagan (Wolters Kluwer 2017) s. 794–795.

<sup>119</sup> Prop. 2012/13:125 s. 26–36.



vistas i Sverige, kan enligt 20 kap. 15 § UtIL fråntas sin rätt till en del av eller alla offentliga stöd, bidrag och förmåner som beviljats men inte betalats ut för en tid av högst fem år och enligt 20 kap. 16 § UtIL förpliktigas att betala tillbaka sådana stöd, bidrag och förmåner som betalats ut upp till tolv månader innan brottet kom till Polismyndighetens kännedom.<sup>120</sup>

Några säkra uppgifter om antalet utländska arbetstagare utan rätt till vistelse eller utan arbetstillstånd som arbetar i Sverige är svåra att få fram. Enligt Fackligt center för papperslösa finns mellan 30 000–50 000 personer utan nödvändiga tillstånd i Sverige.<sup>121</sup> Migrationsverkets uppskattning är enligt SVT 20 000–50 000 personer.<sup>122</sup>

## 5.2 Arbetsrättens tillämplighet

Ett par av sanktionsdirektivets sanktioner har arbetsrättsliga implikationer. Enligt direktivet ska medlemsstaterna säkerställa att arbetsgivare ska ansvara för betalning av eventuell inestående ersättning till olagligt anställd tredjelandsmedborgare.<sup>123</sup> Med anledning av genomförandet av detta krav i svensk rätt väcktes frågan om och i så fall i vilken utsträckning irreguljära migranter omfattas av svensk arbetsrätt.<sup>124</sup> Frågan hade fram till denna tidpunkt knappt uppmärksamrats. Vid ett tillfälle hade Arbetsdomstolen bedömt att en arbetsgivare inte kunde ställas till svars för brott mot anställningsskyddslagen på grund av att uppsägningen ifråga gällt en utländsk arbetstagare som saknat arbetstillstånd. Arbetsdomstolen menade att eftersom det är brottsligt att ha en utlänning anställd utan arbetstillstånd, kan arbetsgivaren inte ställas till svar för att ha sagt upp en sådan person. Utlänningslagen trumfades på så sätt anställningsskyddslagens krav på saklig grund för uppsägning.<sup>125</sup>

Regeringen gav sin syn på saken i propositionen om genomförandet av sanktionsdirektivet:

”Att det är förbjudet för arbetsgivare att anställa utlänningar som inte har föreskrivet arbetstillstånd innebär inte att den som arbetar utan sådant tillstånd saknar rättigheter. Grundläggande skyddsregler inom arbetsrätt och arbetsmiljö kan i betydande delar tillämpas på dessa utlänningar. Även en sådan grundläggande rättighet som föreningsfrihet gäller oavsett utlänningens migrationsrättsliga status”.<sup>126</sup>

<sup>120</sup> 20 kap. 15–16 §§ UtIL; prop. 2012/13:123 s. 51 ff., 129 ff.

<sup>121</sup> <http://www.fcfp.se/> (besök 2019-10-14).

<sup>122</sup> SVT, Antalet papperslösa ökar – polisen har svårt att verkställa utvisningsbeslut, 31 oktober 2018, <https://www.svt.se/nyheter/lokalt/sormland/polisen-lyckas-bara-utvisa>.

<sup>123</sup> Art. 6.1.a i Sanktionsdirektivet.

<sup>124</sup> SOU 2010:63, 170–195; Kommitteedirektiv 2009:49 Genomförande av EG-direktiv om sanktioner mot arbetsgivare s. 9.

<sup>125</sup> AD 1979:90.

<sup>126</sup> Prop. 2012/13:125 s. 24.

Något svar på exakt vilka bestämmelser i vilka lagar som ansågs tillämpliga angavs inte. Detta kan förklaras med att frågan ligger utanför sanktionsdirektivets tillämpningsområde. Regeringen behövde helt enkelt inte ta ställning till den. Det finns dock skäl att i detta sammanhang uppmärksamma att enligt den utredning som lämnade förslag på hur direktivet skulle genomföras, borde syftet med en viss lag eller lagbestämmelse styra tillämpligheten av de arbetsrättsliga bestämmelserna.<sup>127</sup> Utredningen bedömde därför att semesterlag, arbetstidslag, arbetsmiljölager och lönegarantilager var tillämpliga.<sup>128</sup> Även kollektivavtal bedömdes vara tillämpligt på organiserade arbetstagare som saknade föreskrivet tillstånd.<sup>129</sup> Arbetsdomstolens praxis ifråga om anställningsskyddet ifrågasattes dock inte. Utredningens utgångspunkt att varje bestämmelses tillämplighet får analyseras var för sig delas delvis av Inghammar.<sup>130</sup> Selberg förespråkar dock en mer principiell hållning där den relevanta frågan istället är om den som utför arbetet uppfyller kriterierna för att vara arbetstagare. Det vill säga den fråga som ställs i förhållande till både inhemska arbetskraft och arbetskraft som har nödvändiga tillstånd. Om en person som utför arbete är arbetstagare, omfattas alltså den personen av arbetsrätten med detta synsätt. Frågan om personen har nödvändiga tillstånd eller inte blir irrelevant.<sup>131</sup> Systemargumentet till stöd för denna senare hållning är övertygande. Arbetsdomstolens resonemang i målet om anställningsskyddslagens tillämpning kan också tala för en sådan tolkning. Skälet till att lagen inte kunde tillämpas var att den stod i konflikt med en annan lag, utlänningslagen, inte att arbetstagaren som sådan inte skulle omfattas av den.<sup>132</sup>

Sanktionsdirektivet är som nämnts inriktat på ersättning för utfört arbete och innehåller presumtionsregler i anslutning därtill. Under genomförandeprocessen diskuterades om ett giltigt anställningsavtal kunde träffas för irreguljära migranter och om svensk rätt innehöll en rätt till lön för utfört arbete oavsett migrationsrättslig status.<sup>133</sup> Diskussionen utgick från praxis enligt vilken frågan om följderna av lagstridiga avtal bestäms av allmänna rättsgrundsatser. Om ett avtal som strider mot lag är ogiltigt, trots att det inte framgår av lagbestämmelsen som sådan, beror ”på om den lagregel som överträts bygger på sådana hänsyn som gör att en ogiltighetspåföljd är påkallad. Detta får avgöras i varje uppkommande typfall efter en analys av syftet med lagregeln, behovet av en ogiltighetspåföljd

<sup>127</sup> SOU 2010:63 s. 182.

<sup>128</sup> SOU 2010:63 s. 183, 186.

<sup>129</sup> SOU 2010:63 s. 183 f.

<sup>130</sup> Andreas Inghammar, *The Employment Contract Revisited. Undocumented Migrant Workers and the Intersection between International Standards, Immigration Policy and Employment Law*, *European Journal of Migration and Law* 12 (2010) s. 206, 207–210.

<sup>131</sup> Niklas Selberg, *Arbetsrätt i centrum och periferi – Migrationsrätt, arbetsrätt och (ir)reguljär arbetskraftsmigration*, i *Festskrift till Catharina Calleman, I rättens utkanter* (Iustus 2014) s. 382.

<sup>132</sup> AD 1979 nr 90.

<sup>133</sup> SOU 2010:63 och prop. 2012/13:125 s. 80 f.

för att ingripa mot en överträdelse och de olika konsekvenser som en sådan påföljd kan medföra, t.ex. för godtroende medkontrahenter”.<sup>134</sup> Att ett avtal blir ogiltigt behöver dock inte innebära att det saknar rättsverkningar. Detta eftersom utfört arbete normalt inte kan återgå om anställningsavtalet skulle förklaras ogiltigt och ingen av parterna bör vinna på att ett avtal är ogiltigt. Regeringen menar därför att en arbetsgivare enligt svensk rätt bör vara skyldig att betala lön och annan ersättning enligt anställningsavtalet för utfört arbete oavsett om nödvändiga tillstånd finns.<sup>135</sup> För att säkerställa att rättsläget blev tillräckligt klart och precist samt att ”personer som berörs ges möjlighet att få full kännedom om sina rättigheter och skyldigheter” föreslogs att utlänningens rätt till inestående ersättning skulle fastställas i en uttrycklig lagbestämmelse.<sup>136</sup> Riksdagen delade denna bedömning. Bestämmelserna samlades i en särskild lag, lag (2013:644) om rätt till lön och annan ersättning för arbete utfört av en utlänning som inte har rätt att vistas i Sverige (hädanefter lag om ersättning för utfört arbete). Lagen gäller när en arbetsgivare som inte har vidtagit sådana kontrollåtgärder som avses i 20 kap. 12 § andra stycket utlänningslagen (2005:716) har en utlänning anställd i Sverige som inte har rätt att vistas här (1 § första stycket lagen om ersättning för utfört arbete).

### 5.3 De kompensatoriska åtgärderna

I 4 § lagen om ersättning för utfört arbete fastställs att en utlänning som har utfört arbete under sådana förhållanden som avses i 1 § första stycket har rätt till lön och annan ersättning från sin arbetsgivare. Lagens ersättningsbestämmelser innehåller vidare två presumtioner. Den ena gäller ersättningsnivån och den andra den tid arbetet utförts (5 §). Presumtionen för ersättningsnivån är lön enligt kollektivavtal eller lön i enlighet med etablerad praxis i den relevanta branschen. Den överenskomna lönen ska antas vara den minimilön som följer av ett kollektivavtal eller praxis inom yrket eller branschen. Det är arbetstagaren som ska åberopa den praxis eller det kollektivavtal från vilket avtalsvillkoret hämtas.<sup>137</sup> När det gäller den tid som arbetet utförts utgår presumtionen från att tre månaders heltidsarbete utförts.<sup>138</sup> Lagstiftaren utgår uttryckligen ifrån att de aktuella utlänningarna i de flesta fall förväntas vara oorganiserade.<sup>139</sup>

I både denna lag och i sanktionsdirektivet finns också en bestämmelse med syfte att underlätta för den irreguljära arbetskraftsmigranten att få ut den utestående ersättningen. Möjligheten tar sikte på de problem som uppstår när arbetet

<sup>134</sup> Prop. 2012/13:125 s. 80, som hänvisar till NJA 1997 s. 93.

<sup>135</sup> Prop. 2012/13:125 s. 80.

<sup>136</sup> A.a. s. 81.

<sup>137</sup> A.a.

<sup>138</sup> A.a. s. 82.

<sup>139</sup> A.a.

utförs inom ramen för en entreprenörskedja.<sup>140</sup> I 7 § lagen om ersättning för utfört arbete, föreskrivs att om arbetsgivare som anlitas som underentreprenör för att genomföra ett entreprenadavtal inte kan ersätta en utlänning för utebliven lön ansvarar arbetsgivarens uppdragsgivare och uppdragsgivare i tidigare led solidariskt med varandra för den lön och annan ersättning samt de eventuella kostnader för att sända lönen och ersättningen till utlänningen som arbetsgivaren skulle ha betalat.

Sanktionsdirektivet ställer också krav på att medlemsstaterna ska säkerställa att effektiva och lämpliga inspektioner genomförs för att kontrollera anställning av tredjelandsmedborgare som vistas här lagligt. Inspektionerna ska i första hand göras efter att behöriga myndigheter gjort en riskbedömning.<sup>141</sup> På grundval av riskbedömningen ska de verksamhetssektorer regelbundet identifieras där det är vanligt med anställning av tredjelandsmedborgare som vistas olagligt.<sup>142</sup> Medlemsstaterna ska sedan rapportera till EU-kommissionen om utfallet av de inspektioner som gjorts inom de identifierade sektorerna.

Det är Polismyndigheten som utför inspektioner och gör riskbedömningen i Sverige.<sup>143</sup> Sektorer som identifierats som risksektorer under 2012–2016 är hotell- och restaurangverksamhet, handel, reparation av motorfordon och motorcyklar samt annan service verksamhet inklusive frisör- och skönhetssalonger.<sup>144</sup> För att bättre uppfylla sanktionsdirektivets krav fick polisen 2018 befogenhet att på egen hand göra slumpmässiga arbetsplatsinspektioner inom verksamhetssektorer som identifierats som risksektorer ”för att kontrollera om arbetsgivare har anställda som inte har rätt att vistas i Sverige”.<sup>145</sup> Syftet är bland annat ”att förebygga och motverka att arbetsgivare anställer personer som saknar rätt att vistas eller arbeta här, *särskilt med hänsyn till den risk det innebär för dessa personer att utnyttjas av oseriösa arbetsgivare*” (förf. kursivering).<sup>146</sup> Ett annat syfte är också att ”upprätthålla den ordning för reglerad invandring som gäller i Sverige”.<sup>147</sup>

Den senaste rapporteringen visar att antalet inspektioner ökar. Under 2018 genomfördes 186 arbetsplatsinspektioner i Stockholm och under dessa påträffades 170 personer som vistades olagligt i Sverige.<sup>148</sup>

<sup>140</sup> Se beskrivning av hur detta kan gå till i Elinor Torps reportagebok, *Vi, Skuggorna: Ett Sverige du inte känner till* (Leopard förlag 2019).

<sup>141</sup> Art. 14. 1 st., Sanktionsdirektivet.

<sup>142</sup> Art. 14 2 st., Sanktionsdirektivet.

<sup>143</sup> 19 § förordningen (2014:1102) med instruktion för Polismyndigheten; Prop. 2012/13:125 s. 115; numera också 9 kap. 14 § UtLL, se prop. 2017/18:176 s. 4, 8.

<sup>144</sup> Prop. 2017/18:176 s. 9.

<sup>145</sup> A.a. s. 9 ff.

<sup>146</sup> Prop. 2017/18:176 s. 12.

<sup>147</sup> A.a.

<sup>148</sup> Polisen Stockholms län, Resultaten pekar åt rätt håll hos Gränspolisen, 3 september 2019: <https://polisen.se/aktuellt/nyheter/2019/september/resultaten-pekara-ratt-hall-hos-granspolisen/>.

## 5.4 De kompensatoriska åtgärdernas effektivitet

Två centrala aspekter är viktiga att hålla i minnet när det gäller tillämpligheten av den nya lagen om ersättning för utfört arbete. Lagen gäller enbart för individer som inte har rätt att vistas i Sverige och när arbetsgivaren inte har vidtagit de kontrollåtgärder som följer av 6 kap. 13 a § utlänningsförordningen. De irreguljära migranter som enbart saknar arbetstillstånd och/eller kontrollerats av arbetsgivaren får förlita sig på de principer som framgår av praxis. Presumptionerna faller i dessa fall liksom entreprenörsansvaret. De förtydliganden av rättsläget som föranledde antagandet av en specifik lag tycks således inte primärt ha till syfte att säkerställa de irreguljära arbetstagarnas lön. I stället tycks det primära syftet vara att leva upp till EU-rättens krav.

EU-rätten syftar till att motverka anställning av arbetstagare som saknar rätt att vistas i ett EU-land och samtidigt balansera sanktionerna på så sätt att om arbetsgivaren gör det som rimligen krävs för att motverka denna risk aktualiseras inte sanktionerna.<sup>149</sup> Den specifika sanktion som tar sikte på inestående ersättning förefaller vara lågt prioriterad av den svenska lagstiftaren. Inga åtgärder har vidtagits för att göra dessa bestämmelser realiserbara inom ramen för den svenska modellen. Istället har, till skillnad mot vad som gäller för de andra två grupperna av arbetskraftsmigranter som diskuteras i artikeln, ett ökat fokus i form av andra sanktioner riktats mot arbetsgivare som anställer migranter utan tillräckliga tillstånd. Detta fokus leder dock inte i något fall till att arbetstagarens rättigheter erkänns eller tillvaratas. Den utökade inspektionsverksamheten påstås motverka den risk det innebär för irreguljära arbetskraftsmigranter att utnyttjas av oseriösa arbetsgivare. Eftersom inspektionsverksamheten inte i någon del på något sätt bidrar till att de irreguljära arbetskraftsmigranterna tillerkänns kompensation i de fall de inte fått rimlig lön och/eller svensk arbetsrätt inte tillämpats framstår påståendet som missvisande. När risken för upptäckt blir reell och kostsam för arbetsgivare, kan det visserligen bidra till att de irreguljära migranterna inte anställs alls. Men för att inspektionerna verkligen ska motverka utnyttjande borde inspektionerna också bidra till att den irreguljära arbetskraften ska kunna utkräva utestående rättigheter när de väl upptäcks.

För att de rättigheter som lagen om ersättning för utfört arbete avser att säkerställa ska kunna realiserars bör kompletterande åtgärder övervägas. Ett problem som också uppmärksammats av *Fackligt center för papperslösa* är att dessa arbetstagare sällan försöker utkräva sina rättigheter av rädsla för att det ska leda till utvisning.<sup>150</sup> I såväl nationella som internationella sammanhang betonas vikten av att arbetsrätten hålls separerad från migrationsrätten. Det handlar ytterst

<sup>149</sup> Jfr Niklas Selberg, Åtgärder mot dem som tillgodogjort sig papperslösas arbete: nya principer i arbetsrättens sanktionssystem, eller ett principiellt nytt sanktionssystem, i Birgitta Nyström, Örjan Edström och Jonas Malmberg (red) *Nedslag i den nya arbetsrätten* (Liber, 2012) s. 86 ff.

<sup>150</sup> Se t.ex. *Fackligt center för papperslösa*, remissyttrande över DS 2017:16 Arbetsplatsinspektioner och höjd särskild avgift (Stockholm 2017-06-13).

om att bevara de olika rättsområdenas integritet.<sup>151</sup> Begreppet brandvägg har aktualiserats och har fått bred spridning.<sup>152</sup> Hur detta ska uppnås är däremot inte uppenbart. Inom ramen för en arbetsrättslig tvist kan detta kanske ske genom att de irreguljära migranternas identitet skyddas och på så sätt undanhålls polisens kännedom. I rapporteringen om irreguljära migranter framkommer uppgifter om att arbetsgivaren hotar arbetstagaren med att kontakta polisen om de inte utför arbete enligt de villkor arbetsgivaren erbjuder.<sup>153</sup> Denna hotbild spelar troligen en roll i sammanhanget. Här måste lagstiftaren bestämma sig för om möjligheten för den irreguljära arbetskraftsmigranten att kunna utkräva sina rättigheter i vissa lägen ska prioriteras framför vikten av att verkställa den ordning för reglerad invandring som gäller. Just risken att arbetsgivaren anmäler den irreguljära migranten kan möjligen motverkas av att arbetsgivarna faktiskt sanktioneras som avsett. Det är inte troligt att enskilda skulle ge sig till känna som arbetsgivare i sådana fall. För arbetskraftsmigranten kan dock risken att enbart förlora jobbet vid klagomål vara nog så kännbar.<sup>154</sup> Här finns det anledning att överväga om det verkligen är rimligt att arbetsgivaren helt fritt ska kunna disponera över den irreguljära arbetskraftsmigrantens anställning. Återigen finns det skäl att överväga om den prioriteringsordning som nu gäller mellan den irreguljära arbetskraftsmigrantens rättigheter i förhållande till gällande ordning för reglerad invandring är rimlig. I det mål som ligger till grund för den gällande ordningen påtalade Arbetsdomstolen att utgången i målet medför ”att en utlännings sociala skydd i ett fall som det förevarande betänkligt försvagas. Domstolen vill därför fästa uppmärksamheten på den från sistnämnda utgångspunkt föga tillfredsställande situation som den påtalade lagkonflikten kan medföra”.<sup>155</sup> Så som situationen nu ser ut tillerkänns det brott arbetsgivaren begått mot staten för att anställa den irreguljära arbetskraftsmigranten ett straffvärde, men den kränkning arbetsgivaren begår mot arbetstagare när anställningen avslutas, anses inte värd att sanktioneras.

En annan tänkbar åtgärd, för att förbättra möjligheten att realisera rätten till utestående lön, men som egentligen går emot principen om brandvägg, är att polisen i sin inspektionsverksamhet informerar den irreguljära arbetskraftsmigranten om rätten att utfå utestående lön. Sådan information har dock bara ett värde om arbetskraftsmigranten rent faktiskt har kapacitet kan utkräva rättigheten som sådan. De fackliga organisationerna spelar här en nyckelroll. *Fackligt center*

<sup>151</sup> Se t.ex. ILO:s expertkommitté för tillämpning av konventioner och rekommendationer: CEACR General Survey 2016, para. 465. CEACR Direct request antagen 2018, publicerad vid 108:e mötet (2019) Migration for Employment Convention (revised) 1949 (nr 97) Belize.

<sup>152</sup> Se t.ex. ILO:s expertkommitté för tillämpning av konventioner och rekommendationer: CEACR General Survey 2016, para. 480 och 607.

<sup>153</sup> Sandra Lund, År papperslösa rättslösa? Arbetet, 29 april 2016: <https://arbetet.se/2016/04/29/ar-papperslosa-rattlosa/>.

<sup>154</sup> Jonna Söderqvist, 'De är räddare än någonsin', Arbetarskydd nr 10/2019, s. 23.

<sup>155</sup> AD 1979 nr 90.

för papperslösa, som ett antal arbetstagarorganisationer står bakom, bistår med visst stöd och slussar vidare till aktuellt fackförbund.<sup>156</sup> Vissa förbund organiserar papperslösa och andra inte.<sup>157</sup> Organisationsgraden bland papperslösa är dock låg. Det är oklart om dessa arbetstagare skulle kunna finansiera en process med stöd av rättshjälpslagen.

En rad utmaningar aktualiseras i dessa fall och det står klart att även om frågan om ”hur papperslösas inkludering i arbetsrätten praktiskt kan genomföras” är relevant, så är dess lösning långt ifrån enkel.<sup>158</sup>

## 6. Olika strategier för olika grupper

Till skillnad mot vad som gäller för inhemsk arbetskraft har det antagits lagstadgade krav som berör lön för tredjelandsmedborgare genom utlänningslagens krav på att erbjudas viss lön för att få arbetstillstånd och för irreguljära arbetstagare enligt lagen om rätt till lön och ersättning för utfört arbete. För den utstationerade arbetskraften finns inte några lagstadgade krav på viss lön. För utstationerad arbetskraft vilar lönen helt och hållet på förekomst av kollektivavtal. Men till skillnad mot vad som gäller för de andra grupperna har lagstiftaren i detta fall till följd av EU-rätten istället satt ett tak på vilken lön en svensk facklig organisation med stöd av stridsåtgärder kan kräva.

Utstationerad arbetskraft ska enligt lag när det gäller alla anställningsvillkor garanteras en hård kärna av rättigheter. Parterna kan komma överens om mer långtgående rättigheter men arbetstagarorganisationen är förhindrad att med stöd av stridsåtgärder ställa krav på rättigheter utöver den hårda kärnan. För tredjelandsmedborgare uppställer utlänningslagen också specifika krav i fråga om övriga anställningsvillkor för att få ett arbetstillstånd. Dessa krav gäller dock bara sådana villkor som arbetsgivaren kan förfoga över.

Utstationerade arbetstagare har fått tillgång till extraordinära medel för att säkerställa att de kan komma i åtnjutande av den hårda kärna de ska garanteras. De utanförstående utstationerade arbetstagarna kan till skillnad från inhemsk arbetskraft utkräva kollektivavtalsnormer. Facken har, till skillnad från i förhållande till andra grupper, en lagstadgad rätt att kontrollera villkoren, och ett specifikt repressalieförbud har införts för arbetsgivare till utstationerad arbetskraft när anställningsvillkor utkrävs. När det gäller det huvudentreprenörsansvar som

<sup>156</sup> Jonna Söderqvist, 'De är räddare än någonsin', Arbetskydd nr 10/2019, s. 20.

<sup>157</sup> Anders Neergård, Fackföreningsrörelsen och arbetskraftsinvandring, i C Calleman och P Herzfeld Olsson (red.) Arbetskraft från hela världen – hur blev det med 2008 års reform? (Delmi 2015:9) s. 215 ff.

<sup>158</sup> Selberg, 2014, a.a. not 131, s. 382.



EU-rätten föreskriver, valde dock den svenska lagstiftaren att ge det generell tillämplighet på arbetsmarknaden.

Vissa extraordinära åtgärder har också antagits i förhållande till de irreguljära arbetskraftsmigranterna. Presumptionsregeln i fråga om lön är till skillnad från vad som gäller för inhemsk arbetskraft lagreglerad och något mer långtgående. Presumptionsregeln i fråga om arbetad tid är unik för irreguljär arbetskraft. Dessutom gäller också ett entreprenörsansvar för dessa arbetstagare när det gäller utestående lön. Detta entreprenörsansvar är inte begränsat till byggnads- och anläggningsverksamhet, som det huvudentreprenörsansvar som regleras i lag (2018:1472) om entreprenörsansvar för lönefordringar. Å andra sidan sträcker det sig inte lika långt, det gäller nämligen inte huvudentreprenören.

För att utnyttja dessa kompensatoriska åtgärder krävs dock i en svensk kontext medlemskap i en facklig organisation alternativt egna medel för att driva saken i domstol.

För tredjelandsmedborgare har inte några extraordinära åtgärder vidtagits för att säkerställa att de enskilda migranterna ska kunna utkräva sina rättigheter. Här är utgångspunkten att dessa arbetstagare får förlita sig på den svenska modellen. Den risk för utvisning som förlust av arbete kan leda till beaktas med ett undantag inte på något sätt. Undantaget gäller tredjelandsmedborgare som arbetar med stöd av tillstånd för säsongarbete. Eftersom arbetsgivaren kan ha att betala utestående ersättning vid förlust av uppehållstillstånd om orsaken beror på brister hos arbetsgivaren, ökas incitamentet för arbetsgivaren att faktiskt tillämpa de villkor lagen ställer.

Särskild statlig tillsyn har införts för tredjelandsmedborgare och irreguljära migranter. I båda dessa fall har lagstiftaren anfört att ett syfte med inspektionerna är att motverka att arbetstagare utnyttjas. Syftet fullgörs på två olika sätt i förhållande till de två olika kategorierna. Migrationsverket kontrollerar anställningsvillkor för att pröva om villkoren för arbetstillstånd och uppehållstillstånd är uppfyllda. Är det inte det blir sanktionen förlust av arbetstillstånd respektive uppehållstillstånd för arbetskraftsmigranten. Sanktion aktualiseras för arbetsgivaren bara vid förlust av tillstånd för säsongarbete.<sup>159</sup> Utnyttjandet i övrigt motverkas på så sätt att arbetstagare som tillåter sig arbeta under villkor som inte uppfyller utlänningslagens krav ska avvisas från den svenska arbetsmarknaden. För arbetsgivare som utnyttjat denna möjlighet aktualiseras vid sidan av säsongarbetet inte någon sanktion.<sup>160</sup>

<sup>159</sup> Se avsnitt 3.4.

<sup>160</sup> Se avsnitt 3.3. I sammanhanget kan dock den sanktion som kopplades till Migrationsverkets rätt att utföra efterhandskontroller nämnas (om efterhandskontroller, se avsnitt 3.3). Arbetsgivare måste vid sådan kontroll lämna uppgift om arbetsvillkor på heder och samvete, 6 kap. 6 b § Utf. Därmed kan bestämmelsen om osann försäkran i brottsbalken aktualiseras, dvs. 15 kap. 10 § BrB, se prop. 2013/13:227 s. 30. Sanktionen tar dock inte sikte på den problematik som lyfts i artikeln.



Den tillsyn som tar sikte på irreguljär arbetskraft utförs av polisen. I de här fallen aktualiseras kännbara sanktioner för arbetsgivaren.<sup>161</sup> Arbetstagarna kan sättas i förvar i avvaktan på utvisning. De kan också ställas till svars för den brottsliga handling de begår genom att arbeta utan arbetstillstånd.<sup>162</sup> Att motverka utnyttjandet i detta fall innebär främst att arbetsgivare som gör sig skyldiga till sådant utnyttjande kan få kännbara straff till skillnad från den som gör sig skyldig till anställning av tredjelandsmedborgare med undermåliga anställningsvillkor. Därutöver går motverkandet av utnyttjande främst ut på att se till att arbete inte utförs av personer utan nödvändiga tillstånd.

## 7. Avslutande reflektioner

Den svenska lagstiftaren värnar om den rådande ordningen för reglerad invandring. Den fria rörligheten som gäller inom EU kan betraktas som en del av denna ordning. I förhållande till de tre grupper som har stått i fokus för artikeln har den svenska lagstiftaren på eget initiativ vidtagit åtgärder som avser att upprätthålla denna ordning. Vikten av att värna gränsen som sådan och minimera förekomst av irreguljär invandring har också djup EU-förankring.<sup>163</sup> Ett sidoordnat spår inom ramen för dessa åtgärder är också att freda den svenska arbetsmarknaden från osund konkurrens, det vill säga skydda den inhemska arbetsmarknaden från arbetstagare som accepterar och arbetsgivare som betalar en lön som inte motsvarar inhemska arbetskrafts. Att skydda den enskilda arbetskraftmigranten ligger inte inom dessa ramar. I den mån åtgärder har vidtagits för att inskräpa att viss arbetsrätt ska tillämpas, har de helt och hållet drivits av EU-rätten. Det gäller rätten till utestående lön för den irreguljära arbetskraften och den rätt till lön som säsongarbetare kan få när tillstånd för säsongarbete återkallats. Det gäller också de exceptionella lösningar som har genomförts för den utstationerade arbetskraften. Kravet på att kunna garantera dessa arbetstagare en hård kärna i kombination med en stark vilja att hålla lösningarna inom den svenska modellen ledde fram till innovativa lösningar som kan bidra till att de utstationerade arbetstagarna faktiskt kan utkräva de rättigheter de tillerkänns. Den svenska lagstiftaren har valt att hålla dessa kompensatoriska arbetsrättsliga åtgärder så begränsade som möjligt, dvs. inte gått utöver EU-rättens krav. När det däremot gällde straffsanktioneringens tillämpningsområde, som syftar till att värna ordningen för reglerad invandring, valdes ett mer omfattande förbud än vad EU-

<sup>161</sup> Se avsnitt 5.1.

<sup>162</sup> 20 kap. 3 § UtLL.

<sup>163</sup> Se t.ex. FRONTEX verksamhet, läs vidare på EU-kommissionens webbplats och sidan Irregular Migration & Return.

rätten kräver.<sup>164</sup> Det står klart att av alla de åtgärder som diskuterats så är det väldigt få som kan sägas kompensera för arbetskraftsmigranternas sårbarhet. Behovet av att säkerställa arbetsrättens integritet i förhållande till migrationsrätten kvarstår.

Risken att förlora arbetet när krav ställs på att tillerkännas sina rättigheter är en orsak till sårbarheten. För inhemsk arbetskraft ställs krav på saklig grund vid uppsägning. Att också ge arbetskraftsmigranter ett reellt anställningsskydd är angeläget. Repressalieförbudet för de utstationerade arbetstagarna infördes bland annat eftersom det fanns en risk att svenskt anställningsskydd inte skulle tillämpas på dem.<sup>165</sup> Repressalieförbudet så som det nu är utformat gäller också tredjelandsmedborgare som utstationeras till Sverige.<sup>166</sup> För att anställningsskydd och repressalieförbud ska kunna förverkligas av arbetskraftsmigranterna krävs att de ska kunna komma i åtnjutande av dessa rättigheter.

De beskrivna åtgärder som vidtagits av lagstiftaren har främst varit inriktade på att värna allmänna intressen, som den reglerade invandringen, lojalitetskravet mot EU och skydd av inhemska arbetstagare och inhemska företag mot otillbörlig konkurrens. Lagstiftaren har dock för vana att i de lagstiftningsärenden som ligger bakom de åtgärder som diskuterats åberopa de utländska arbetstagarnas intressen. Utnyttjande ska motverkas, de ska inte erbjudas sämre anställningsvillkor än vad som gäller för svensk arbetskraft etc. Att få verkningfulla åtgärder vidtagits med syfte att säkerställa att dessa arbetstagare ska kunna komma i åtnjutande av motsvarande villkor som de som gäller för inhemsk arbetskraft har flera förklaringar. En är den svenska arbetsrättsliga modellen som sådan. Den bygger på att parterna tar ansvar och själva antar och övervakar den reglering som bedöms vara nödvändig. Den bygger också på att de enskilda arbetstagarna är intresserade av att inlemmas i denna struktur genom att ansluta sig till arbetstagarorganisationer. Många av de arbetstagare som omfattas av den reglering som diskuterats, särskilt tredjelandsmedborgare och irreguljära arbetstagare, arbetar inom sektorer där den svenska modellen tampas med utmaningar också i förhållande till den inhemska arbetskraften. Det gäller exempelvis städ-, hotell-, restaurang- och bärplockarbranscherna. Att modellen har svårt att få fäste hos arbetskraftsmigranter leder kanske inte i alla fall till att arbetstagare utnyttjas, men risken ökar i de fall de enskilda arbetstagarna inte har tillräckliga förutsättningar för att tillgodose sina egna intressen. Inom sektorer där modellen generellt är svag blir det särskilt svårt för arbetstagemigranter. Därmed aktualiseras frågan om det är rimligt att lagstiftaren vidtar åtgärder som enbart tar sikte på utländsk arbetskraft. I vilken grad kan särbehandling, som inte kommer den inhemska arbetskraft som står utanför skyddsnäten till del, rättfärdigas?

<sup>164</sup> Prop. 2012/13:125 s. 47 ff.

<sup>165</sup> 22 § utstationeringslagen, prop. 2016/17:107 s. 145.

<sup>166</sup> Prop. 2016/17:107 s. 148.

Brittiska forskare pekar på att åtgärder som riktar in sig på kriminalisering av visst arbete flyttar fokus från arbetskraftsexploatering till extrema former av utnyttjande.<sup>167</sup> Den brittiska situationen skiljer sig på flera punkter från den svenska men diskussionen sätter fingret på problemet. Den arbetskraftsexploatering som äger rum där anses vara ett resultat av ”systematic and institutional features of state policies and practices relating to immigration and labour regulation combined with the ’free market’ behaviour of employers”.<sup>168</sup> Den svenska arbetsmarknaden karaktäriseras sällan som en fri marknad av brittiska mått. Men för de grupper som rör sig utanför dess skyddsstrukturer är arbetstagaren utlämnad åt sina individuella förutsättningar för att hävda sina rättigheter. Det är arbetsrättsliga åtgärder som är ingången till arbetstagarnas rättigheter. Tillsynsfrågan framstår som central. Lagstiftaren står här inför ett vägval. De fackliga organisationerna kan ta och ges ett större ansvar för dessa grupper. Eftersom en inte kan räkna med att arbetskraftsmigranter i första hand organiserar sig fackligt finns det skäl att överväga om de fackliga organisationerna kan få ett lagreglerat uppdrag att granska villkor utanför sitt medlemsansvar. En jämförelse kan göras med de regionala skyddsombuden och det statliga stöd de får.<sup>169</sup> Ett annat alternativ är att staten tar ett större ansvar generellt för övervakning av arbetsvillkor på arbetsplatser som saknar kollektivavtal.

Sammanfattningsvis kan vi konstatera att den sårbarhet som migrationsrätten ger upphov till inte i tillräcklig utsträckning kompenseras av de åtgärder som vidtagits. Ytterligare åtgärder bör övervägas om lagstiftaren menar allvar med att arbetskraftsmigranter ska arbeta enligt villkor som motsvarar svensk arbetskrafts. Inspiration kan hämtas från de åtgärder som vidtagits i förhållande till den utstationerade arbetskraften. Ett reellt anställningsskydd i kombination med ett effektivt tillsynsförfarande och verkningfulla sanktioner som kommer arbetstagaren till del vid förlust av rätten att vistas i Sverige på grund av arbetsgivarens misstag kan vara en väg framåt för att motverka exploatering och utnyttjande. Det finns också skäl att fundera över den migrationsrättsliga ordningen som nu gäller. Bör exempelvis arbetstillståndet, som nu, vara knutet till en viss arbetsgivare?

<sup>167</sup> Judy Fudge, *Modern Slavery, Unfree Labour and the Labour Market: The Social Dynamics of Legal Characterization*, *Social & Legal Sciences* 2018, Vol. 27(4), s. 427; Anne Davies, *The Immigration Act*, *Industrial Law Journal* 45: s. 439.

<sup>168</sup> Fudge, 2018, a.a. not 167, s. 429

<sup>169</sup> Anders Jelmin, Ekot, *Fackens skyddsombud ska motverka dödsolyckor* (18 juni 2019), Sveriges Radios webbplats: <https://sverigesradio.se/>.