

UNNEBÄCK & STEENBERG ADVOKATBYRÅ

KAMMARRÄTTEN I STOCKHOLM
Migrationsöverdomstolen

ÖVERKLAGANDE

Klagande

1. Hero Anwar Hama Hama, 19880309-7701
Individnummer: 50511656
2. Bebak Karim M Salih M Salih, 19820102-7912
Individnummer: 50511654
3. Bala Bebak Karim Karim, 20080520-8782
Individnummer: 50511659
4. BASAK Bebak Karim Karim,
Individnummer: 50511662

Ombud

Advokat Anders Unneback
Unneback & Steenberg Advokatbyrå AB
S:t Eriksgatan 63A
112 34 Stockholm
anders@usadvokat.se

Tel: 0732-061771

Motpart

Migrationsverket

Överklagat beslut

Migrationsdomstolens, vid Förvaltningsrätten i Malmö, dom av den 5 januari 2021, i mål UM 38847-20

Saken

Arbetsstillstånd m.m.

I egenskap av ombud för klagandena ovan får jag härmed överklaga Migrationsdomstolens dom.

Yrkanden

Klagandena yrkar att Migrationsöverdomstolen meddelar prövningstillstånd och därefter upphäver Migrationsdomstolens dom och istället bifaller klagandenas ansökan om arbetsstillstånd.

Alternativt yrkas att målet visas åter till Migrationsdomstolen alternativt Migrationsverket för prövning i sak.

Klagandena yrkar även att beslutet om utvisning till hemlandet Irak, ska inhiberas i väntan på beslut, i enlighet med 12 kap. 12 a § utlänningslagen.

KAMMARRÄTTEN
I STOCKHOLM
Avdelning 03

INKOM: 2021-01-27
MÅLNR: UM 908-21
AKTBIL: 1

Grunder och omständigheter

Migrationsdomstolen har kommit till fel slutsats, eftersom domstolen uppenbarligen har missuppfattat det underliggande regelverket och relevant praxis avseende övergång av verksamhet.

Det är en allvarlig brist i domstolens handläggning att avgörandet inte är förankrat i gällande rätt. Det är inte fråga om att domstolen gjort en felaktig bedömning eller avvägning, utan det är närmast uppenbart att domstolen, precis som Migrationsverket om än på annat vis, missförstått gällande rätt.

Migrationsverkets och därefter migrationsdomstolens beslut får allvarliga konsekvenser för en familj med två barn, som om Migrationsöverdomstolen inte korrigerar underinstansernas misstag kommer att ryckas upp från den tillvaro de byggt upp i Sverige.

Om migrationsdomstolens dom inte ändras kommer det också att få konsekvenser för brukarens vardag och livskvalitet, eftersom klaganden, Hero Hama Hama, nedan "Hero" är den personliga assistent som står brukaren närmast och som har arbetat med assistansen längst.

Vad är fel i domen?

Migrationsdomstolen har i domskälen angett följande:

Hero Anwar Hama Hama anför att brukaren hon arbetar för har bytt assistansanordnare från Shamsen Assistans AB till den enskilda firman TRF Assistans vård och omsorg. Det framgår dock inte att Shamsen Assistans AB ska ha köpts upp av TRF Assistans vård och omsorg eller att Shamsen Assistans AB på något annat sätt har överlätit sin verksamhet, eller delar av den, till TRF Assistans vård och omsorg.

Migrationsdomstolen bedömer mot denna bakgrund att det inte har framkommit uppgifter om att sådan verksamhetsövergång skett som avses i 6 b § lagen om anställningsskydd.

Att den enskilde brukarens samtliga assistenter nu istället är anställda hos TRF Assistans vård och omsorg ändrar inte denna bedömning. Migrationsdomstolen instämmer därför i Migrationsverkets bedömning att det inte har skett en verksamhetsövergång från Shamsen Assistans AB till TRF Assistans vård och omsorg.

Migrationsdomstolen har här missuppfattat vad som grundar en verksamhetsövergång. Domstolen skriver att det inte framgår att Shamsen Assistans AB ska ha köpts upp av TRF Assistans. Det är korrekt, men det saknar ju betydelse, eftersom det inte är fråga om överlåtelse av något bolag. Det är inte ens en förutsättning för att reglerna om övergång av verksamhet ska bli tillämpliga att så har skett.

Domstolen anför i nästa del av samma mening att Shamsen Assistans inte heller på annat sätt har överlätit sin verksamhet, eller delar av den, till TRF Assistans. Inte heller det är en förutsättning för att reglerna om övergång av verksamhet ska bli tillämpliga. Det är ju i detta fall inte fråga om en traditionell överlåtelse av någon verksamhet, utan fråga är om byte av assistansanordnare.

UNNEBÄCK & STEENBERG ADVOKATBYRÅ

Det är ju brukaren som har valt att byta assistansanordnare, och med detta har följt att all personal och alla resurser som är involverade i verksamheten, inklusive alla anställda och arbetsledningen, har övergått till TRF Assistans.

Det förefaller vara så att domstolen inte har beaktat de omständigheter som har anförts i överklagandet, utan domstolen har baserat avgörandet på delar av omständigheterna, utan att beakta de relevanta omständigheterna och sedan tillämpa dessa omständigheter på regelverket som styr övergång av verksamhet.

Det relevanta är att hela enheten som hanterar brukaren har bytt huvudman, från Shamsen Assistans till TRF Assistans. Det är fråga om en ekonomisk enhet i den betydelse som är relevant enligt det s.k. övergångsdirektivet.

Stöd härför kan hämtas från Arbetsdomstolens avgörande AD 2014 nr 28, i vilket AD bedömde om det skett en övergång av verksamhet eller inte, då det skett ett byte av assistansanordnare. De relevanta delarna av detta avgörande citeras nedan, där AD också hänvisar till avgörandet AD 2014 nr 14.

Det anmärkningsvärda är att migrationsdomstolen i det nu överklagande målet har hänvisat till ett relevant avgörande från AD (2014 nr 28) men att migrationsdomstolen ändå har kommit till fel slutsats. AD anför i sitt avgörande 2014 nr 28 följande:

Av överlåtelsedirektivet följer att en övergång av verksamhet förutsätter att en ekonomisk enhet går över till en annan arbetsgivare och att enheten vid övergången behåller sin identitet (artikel 1.1 b). *Bytet av arbetsgivare ska ske till följd av avtal, men det behöver inte finnas en direkt avtalsrelation mellan den nya och den gamla arbetsgivaren (se till exempel C-172/99 Liikenne REG 2001 s. I-745 och [AD 2011 nr 54](#))*. Innebörden av begreppet övergång av verksamhet har varit föremål för en omfattande rättspraxis från såväl EU-domstolen som Arbetsdomstolen. Rättsläget har i [AD 2014 nr 14](#) sammanfattats på följande vis:

Med ekonomisk enhet förstås en organiserad gruppering av tillgångar vars syfte är att bedriva ekonomisk verksamhet, vare sig denna utgör huvud- eller sidoverksamhet (artikel 1.1 b). Enheten ska vara varaktigt organiserad och inte begränsad till att utföra visst arbete. Det ska vara fråga om en "organisation av personer och tillgångar som är tillräckligt strukturerad och oberoende och som kan bedriva en ekonomisk verksamhet genom vilken ett särskilt syfte eftersträvas" (C-151/09 UGT-FSP REU 2010 s. I-7591, punkten 26). Inom sektorer, som huvudsakligen baserar sig på arbetskraft, behöver det inte finnas några betydande materiella eller immateriella tillgångar. Ett strukturerat kollektiv av arbetstagare kan utgöra en varaktigt organiserad ekonomisk enhet, om grupperingen av arbetstagare är tillräckligt självständig. Med det förstås att ledningen för grupperingen relativt fritt och oberoende kan organisera arbetet inom gruppen och ge order och instruktioner samt fördela uppgifter åt underordnade arbetstagare inom den aktuella enheten utan direkt inblandning av arbetsgivarens andra organisationsstrukturer (se till exempel C-108/10 Scattolon REU 2011 s. I-7491, punkterna 42-52 med hänvisningar).

För att det ska vara fråga om en övergång av verksamhet krävs vidare att den ekonomiska enheten behåller sin identitet efter det att verksamheten fortsätter eller återupptas. Frågan om det föreligger identitet mellan enheterna före respektive efter

UNNEBÄCK & STEENBERG ADVOKATBYRÅ

det att enheten övertagits av en ny arbetsgivare är beroende av vilken typ av verksamhet som bedrivs av den ekonomiska enheten. En ekonomisk enhet, som utgörs av ett kollektiv av arbetstagare, kan anses behålla sin identitet. Så kan vara fallet om dessa varaktigt förenas i en gemensam verksamhet och om den nye arbetsgivaren inte inskränker sig till att fortsätta den aktuella verksamheten, utan även övertar en huvuddel av personalstyrkan såvitt avser antal och kompetens. I sådant fall anses den nye arbetsgivaren förvärva en organisation av tillgångar som gör det möjligt för honom att varaktigt fortsätta överlåtarens verksamhet eller viss del av denna verksamhet (se till exempel C-151/09 UGT-FSP REU 2010 s. I-7591, punkten 29). Den fråga som kan ställas är om de tillgångar som omfattas av övergången är tillräckliga för att möjliggöra ett fortsatt tillhandahållande av de tjänster som är typiska för den ekonomiska verksamheten i fråga, utan att andra betydande tillgångar eller andra delar av företaget används (C-458/05 Jouini REG 2007 s. I-7301, punkten 34).

Verksamheten som Hero arbetade i behöll sin identitet också efter det att TRF Assistans hade tagit över ansvaret. Det förelåg identitet mellan verksamheten så som den var under Shamsen Assistans, och så som den var under TRF Assistans. I avgörandet AD 2014 nr 28 förelåg den inte identitet mellan verksamheten före och efter övergången, eftersom det tillfördes kompetens efter övergången. Så är inte fallet i det nu aktuella målet.

Som återgetts ovan är det inte en förutsättning att det ens finns en traditionell avtalsrelation mellan överlåtaren och förvärvaren. Arbetsdomstolen uttrycker detta i sitt avgörande AD 2011 nr 54, på följande vis.

”Av EG-domstolens praxis framgår även att det för frågan om direktivets tillämplighet inte har någon avgörande betydelse att det inte finns något avtalsförhållande mellan överlåtaren och förvärvaren.”

Det blir i ljuset av ovan redovisade praxis, AD 2011 nr 54, tydligt att migrationsdomstolen har missförstått reglerna som styr den fråga domstolen har haft att pröva. På något annat vis kan man inte gärna tolka skrivningen i domen, som nu åter citeras.

”Det framgår dock inte att Shamsen Assistans AB ska ha köpts upp av TRF Assistans vård och omsorg eller att Shamsen Assistans AB på något annat sätt har överlåtit sin verksamhet, eller delar av den, till TRF Assistans vård och omsorg.”

Migrationsdomstolen fokuserar på avsaknaden av ett uppköp eller en överlåtelse, vilket ju, som redovisats ovan, saknar betydelse.

Migrationsdomstolens missuppfattning har påverkat utgången av målet, och utgör ett sådant grovt förbiseende som är grund för prövningstillstånd. Migrationsöverdomstolen ska därför ta upp målet till avgörande.

UNNEBÄCK & STEENBERG ADVOKATBYRÅ

Stockholm den 26 januari, 2021

Anders Unnebäck
Advokat