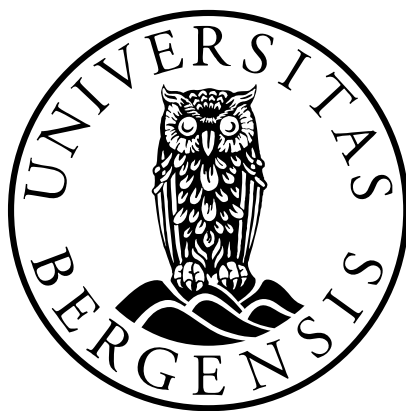


Hvilke arbeidstakere kan unntas fra den norske lønnsgarantiloven?

En redegjørelse av når norske og utenlandske arbeidstakere ikke omfattes av den norske lønnsgarantiloven

Kandidatnummer: 204299

Antall ord:
14 702



JUS399 Masteroppgave/JUS398 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10.12.2014

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	3
1 Innledning.....	4
1.1 Presentasjon av tema og problemstilling.....	4
1.2 Aktualitet.....	5
1.3 Rettskilder og rettskildebruk	7
1.3.1 Norske rettskilder	7
1.3.2 Insolvensdirektivet og praksis fra EU- domstolen	8
1.4 Videre fremstilling	10
2 Generelt om lønnsgarantiloven	11
2.1 Hvem omfattes av loven?.....	12
3 Lønnsgarantiloven § 7.....	14
3.1 Innledning.....	14
3.2 Paragraf 7 første ledd første punktum	15
3.3 Paragraf 7 første ledd annet punktum	18
3.4 Paragraf 7 annet ledd.....	21
3.4.1 Innledning.....	21
3.4.2 Nærstående	24
3.4.3 Daglig leder	27
4 Arbeidstaker som har hatt en eierandel i virksomheten på minst 20 %.....	33
5 Grenseoverskridende virksomhet.....	35
5.1 Presisering og utvikling.....	35
5.2 Utvikling.....	37
5.3 Ulike konstruksjoner av arbeidsforhold	38
5.4 Unntaket i art. 2(4) i insolvensdirektivet 2008/94/EF	41
6 Avslutning og oppsummering	45
Litteraturliste og kildehenvisninger	47

1 Innledning

1.1 Presentasjon av tema og problemstilling

Den overordnede problemstillingen og temaet for oppgaven er hvilke situasjoner arbeidstaker kan unntas for dekning fra lønnsgarantiordningen i tilfelle arbeidsgivers konkurs. Sentralt i fremstillingen er hvilke regler og vurderingskriterier som gir forvaltningen en slik hjemmel.

Formålet med lønnsgarantiordningen er å verne arbeidstakere¹. Loven trådte i kraft i 1974 som en videreføring av ordningen om feriepengeerstatning over feriefondet i konkurs og insolvenstilfeller.² Den kom til etter at Nordisk Råd i 1971 vedtok følgende: ”Nordisk Råd henstiller til regeringerne i Danmark, Finland, Island og Norge at gjennomføre et tilfredsstillende lønngarantisystem ved konkurs.”³ Det er i dag NAV Lønnsgaranti som administrerer lønnsgarantiordningen.

De sentrale reglene er den generelle misbruksbestemmelsen i lov av 14. desember 1973 nr. 61 om statsgaranti ved konkurs m.v (lønnsgarantiloven) § 7, lønnsgarantiloven § 2, unntaket i lov av 8. juni 1984 nr. 59 om fordringshavernes dekningsrett (dekningsloven) § 9-3 nr. 1 bokstav b og forskrift 28. oktober 1998 nr. 999 om statsgaranti for lønnskrav ved konkurs m.v § 1-1. Det er bestemmelsene som gir forvaltningen hjemmel til å nekte arbeidstakere dekning som skal utdypes i oppgaven. Lovens ordlyd og forståelsen av denne vil stå sentralt, i tillegg til lovgivers formål og hensynene bak loven. Jeg vil i oppgaven vise hvilke vurderingskriterier forvaltningen anvender i praksis.

I 1980 innførte EU Insolvensdirektivet.⁴ Direktivet påvirker både innholdet og anvendelsen av den norske loven, og direktivet har ført til en rekke endringer i den norske loven. Av den grunn vil internasjonal praksis på området også være en sentral kilde hva gjelder tolkning og forståelse av loven. Spørsmålet er når arbeidstakere ved grenseoverskridende virksomhet kan unntas fra den norske lønnsgarantiordningen. Det internasjonale aspektet kommer frem ved redegjørelsen av hvilke rettigheter og vurderingskriterier som gjelder for arbeidstakere som

¹ Ot.prp nr. 67 (1972-1973) kap. I s. 1.

² Jan Fougner mfl, *Arbeidsmiljøloven, kommentarutgave*, Oslo 2006 s. 9.

³ Ot.prp nr. 67 (1971-1973) kap II s.1.

⁴ Rådsdirektiv 80/987/EØF

arbeider i Norge uten å være norsk statsborgere, eller andre lignende situasjoner hvor det drives grenseoverskridende arbeid.

1.2 Aktualitet

For arbeidstakeren har lønnsutbetalingen en stor betydning. Det er disse utbetalingene som står for det daglige underhold til arbeidstaker selv og en eventuell familie, samtidig som lønnsutbetalingen skal dekke en rekke andre nødvendige utgifter i hverdagen. Reglene om når og hvor mye lønnsgarantiordningen gir er således av stor betydning for arbeidstaker. Av den grunn bør reglene være forutberegnelige for arbeidstaker slik at de er enkle å forholde seg til, samt ivaretar arbeidstakers interesser. Temaet og problemstillingen i oppgaven skal belyse hvilke tilfeller arbeidstaker likevel ikke har krav på dekning fra lønnsgarantiordningen. For en arbeidstaker kan det være avgjørende å vite om han står i fare for å ikke omfattes av lønnsgarantiordningen eller selv må bære risikoen for tap av lønn ved konkurs, før han velger å takke ja til en jobb. Dersom en arbeidstaker ikke er dekket av lønnsgarantiordningen, vil dette for eksempel kunne medføre en risiko for at arbeidstakeren selv må bære risikoen for tap av lønn ved eventuell konkurs.

Statistisk sentralbyrå melder at det i 3. kvartal i år ble åpnet totalt 1035 konkurser, det er en økning på 14 % sammenlignet med i fjor. Av disse er 745 foretakskonkurser⁵ og sammenlignet med samme tid i fjor er dette en økning på 8,6 %.⁶ Tallene illustrerer at det for arbeidstakere i 745 selskaper i 3. kvartal 2014 kan være aktuelt med lønnsgaranti, avhengig av hvor mye midler det er igjen i konkursboet. Antall ansatt i hver bedrift vil selvsagt variere, men tallet gir likevel et bilde på at lønnsgarantiordningen kan få anvendelse i en rekke tilfeller. NAV Lønnsgaranti, som administrerer ordningen, informerer samtidig om at behandlingstiden er svært lang. Det samme gjelder klagetiden.⁷ Lang behandlingstid gjør det enda viktigere at reglene er lett anvendelige slik at arbeidstaker kan forutberegne sin egen rettsstilling også når det gjelder muligheten for avslag.

⁵ Når selskap går konkurs, statistisk sentralbyrå skiller blant annet mellom foretakskonkurs og personlige konkurs.

⁶ ”Opna konkursar, 3. kvartal 2014” oppdatert 23.10.14 <https://www.ssb.no/konkurs>.

⁷ Lønnsgarantiordningen, innledende avsnitt: <https://www.nav.no/no/Bedrift/Oppfolging+og+rapportering/Permittering+og+omstilling/Lonnsgaranti>.

Formålet med innføringen av Insolvensdirektivet fra EU var å ”gi vern av arbeidstakere ved arbeidsgiverens insolvens, særlig for å sikre utbetaling av arbeidstakernes utestående krav”.⁸ Flere av endringene har knyttet seg til hvilke arbeidstakere som kan nektes dekning. Den viktigste konsekvensen av dette er at lønnsgarantiloven har gått fra å inneholde skjematisk regler om hvem som har krav på dekning, til å kun ha én skjematisk bestemmelse. De øvrige unntaksbestemmelsene er langt mer skjønnsmessig enn denne.

De mange endringene i lønnsgarantiloven gir et bilde på EU lovgivningens påvirkning på norsk lov og samspillet mellom norsk og internasjonal lov. EUs innføring av et direktiv gir uttrykk for den økte globaliseringen de siste tiårene og den stadig økende tendensen til å arbeide og drive virksomhet over langegrensene. Innføringen av de friheter gjorde det lettere å drive grenseoverskridende virksomhet og for arbeidstakere innenfor EU/EØS å arbeide i andre EU/EØS land. En redegjørelse av dette samspillet og rettstilstanden ved grenseoverskridende virksomhet er av den grunn høyst aktuelt i dag. Særlig innenfor byggebransjen har spørsmål rundt lønnsgaranti vært aktuelt på grunn av økt utenlandsk arbeidskraft.

En følge av mer skjønnsmessige bestemmelser er at forvaltningen får et større spillerom i vurderingen om arbeidstaker *kan* unntas fra dekning. Slike endringer kan skape usikkerhet og manglende forutberegnelighet for arbeidstakeren, dersom det ikke er klart hvilke kriterier som nå gjelder. Det er NAV Lønnsgaranti som administrerer ordningen og dersom arbeidstaker ønsker å klage sendes den først til NAV Lønnsgaranti for ny vurdering, og deretter til Arbeids- og sosialdepartementet som siste klageinstans jf. lov av 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) § 28. Klagemuligheten er med andre ord forholdsvis begrenset. Etter et avslag fra siste klageinstans er eneste mulighet å bringe saken inn for domstolen, noe som kan bli svært kostbart for arbeidstaker. Uten klare kriterier, vil det være vanskelig for arbeidstaker å vite om det er grunnlag for å bringe saken videre og hvilke argumenter personen kan anvende.

Dette gjør det aktuelt å undersøke unntaksbestemmelsene sitt anvendelsesområde og hvilke praktiske konsekvenser dette får, både for norske og utenlandske arbeidstakere.

⁸ Rådsdirektiv 80/987/EØF, fortalen s. 1.

1.3 Rettskilder og rettskildebruk

1.3.1 Norske rettskilder

Det skal redegjøres for innholdet i de sentrale bestemmelsene for oppgaven, som danner det primære rettsgrunnlaget. For å gjøre dette skal de aktuelle vilkårene i unntaksbestemmelsene tolkes. I forbindelse med tolkningen vil det sees hen til øvrige reletante rettskildefaktorer.

Forarbeidene er en viktig rettskildefaktor og har en sentral betydning hva gjelder forståelsen av lønnsgarantilovens bestemmelser. Her gis det uttrykk for lovgivers ønske og formål med bestemmelsen, samt ulike eksempler på når loven bør komme til anvendelse.

Videre er norsk rettspraksis på dette området svært begrenset. Det finnes ingen Høyesterettsdommer eller avgjørelser fra lagmannsretten som kan bidra til forståelsen av de sentrale bestemmelsene som er tema for oppgaven.

Forvaltningspraksis på området er ikke publisert. Avgjørelsene fra Arbeids- og sosialdepartementet gjelder forvaltningens skjønn, og praksisen ikke er tilgjengelig for allmennheten. Avgjørelsene har derfor liten rettskildemessig vekt. I oppgaven vil noen avgjørelser likevel bli nevnt, da som en illustrasjon på hvordan bestemmelsen blir tolket i praksis. Forvaltningen legger vekt på egen praksis når de fatter et vedtak, og avgjørelsene vil derfor gi en liten pekepinn på hvilke vurderingskriterier forvaltningen selv vektlegger. Sakene er gjort tilgjengelig for meg etter en avtale med departementet. På grunn av taushetsplikten vil det kun refereres til dato og deler av innholdet som er relevant for oppgaven.⁹

Når det gjelder juridisk teori så er det ikke publisert mange grundige arbeid som tar for seg problematikken som er oppgavens tema. Mye av den juridiske litteraturen er heller ikke oppdatert når det gjelder de seneste endringene i lønnsgarantiloven som er tema i denne oppgaven. I den juridiske litteraturen er lønnsgarantireglene ofte kommentert i forbindelse med andre lover og regler uten å gå særlig i dybden. Av internasjonal litteratur det svensk og dansk juridisk teori som anvendes, disse er noe mer ufullende om Insolvensdirektivet og EU-domstolens praksis. Av andre publikasjoner finnes lovkommentarer og informasjonssider, disse er ment å gi et overblikk og en innføring i lovens hovedbestemmelser.

⁹ Jf. forvaltningsloven § 13e nr. 1 sammenholdt med § 13a nr. 2.

1.3.2 Insolvensdirektivet og praksis fra EU- domstolen

Internasjonale rettskilder er også viktig i oppgaven som følge av EU direktivet på området, og det er nødvendig å kort redegjøre for hvilken betydning det får for oppgaven.

I dag er Insolvensdirektivet kodifisert i direktiv 2008/94/EF.¹⁰ Direktivet er inntatt i EØS-avtalens vedlegg XVII og er implementert i lønnsgarantiloven og forskrift om lønnsgarantiordningen. Etter lov av 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde(EØS) m.v. (EØS-loven), Del I art. 3 er Norge pliktig til å gjennomføre de EØS rettslige forpliktelser i nasjonal rett, noe som innebærer at lovgivningen må være i tråd med direktiver og forordninger fra EU. Når det gjelder direktiver kreves det at målsetningene fra direktivet er gjennomført i nasjonal lov og sammenlignet med forordninger så har medlemslandene her et noe større spillerom ved innføringen jf. EØS-avtalen art. 7. En begrensning i friheten ved innføringen er det likevel ettersom EU-retten oppstiller et ulovfestet krav til gjennomføring av direktivet. Kravet innebærer det skal være en klar og utvetydig rettstilstand etter innføringen av direktivet.¹¹

Formålet med direktivet loven bygger på, insolvensdirektiv 80/987/EØF, var å gi arbeidstakerne en minste beskyttelse i tilfelle insolvens hos arbeidsgiver. Direktivet er et minimumsdirektiv hvilket innebærer at det angir minimumskrav landene må innføre hva gjelder dekning av arbeidstakers krav. Utover dette står medlemslandene fritt til å utforme regler som er mer fordelaktige for arbeidstaker. Siden 1980 har det i alt kommet tre endringsdirektiver for å imøtegå de endringene som har skjedd i medlemslandene og utviklingen av det indre marked. Den første endringen kom i 1987¹² hvor endringen gav medlemslandene mulighet til å utelukke krav fra visse kategorier av arbeidstakere. Deretter kom et nytt endringsdirektiv i 2002.¹³ Her ble innholdet oppgradert mens den siste endringen av Insolvensdirektivet kom i 2008¹⁴. Det ble uttalt at Insolvensdirektivet hadde vært gjennom

¹⁰ Rådskdirektiv 80/987/EØF.

¹¹ Fredrik Sejersted mfl, *EØS- rett*, 3. utgave, Oslo 2011, kap. 8 ”Gjennomføringen av EØS-retten i norsk rett” s. 195-203.

¹² Rådskdirektiv 87/164/EØF.

¹³ Rådskdirektiv 2002/74/EF.

¹⁴ Rådskdirektiv 2008/94/EF.

en rekke endringer siden 1980 og at det av hensyn til klarhet var nødvendig med en oppgradering.¹⁵ I oppgaven vil den norske oversettelsen av direktivet bli anvendt.

Foruten direktivet vil også avgjørelser avsagt av EU-domstolen være en sentral rettskilde. EU-domstolen har et selvstendig ansvar når det gjelder tolkning og anvendelse av EU-traktatene.¹⁶ Det skilles mellom avgjørelser som gjelder direkte søksmål, for eksempel traktatbrudd, og når domstolen blir tilsendt et spørsmål om hvordan konkrete bestemmelser i traktat eller i direktiver skal tolkes. EU-retten tar da kun stilling til tolkningsspørsmålet, og ikke den konkrete problemstillingen som er oppe i den nasjonale domstolen. I etterkant er det opp til den nasjonale domstolen å anvende tolkningsresultatet avsagt av EU-domstolen på det foreliggende faktum.¹⁷ De EU-avgjørelsene som er relevante i denne oppgaven er saker hvor EU-domstolen har fått forelagt et prejudisielt tolkningsspørsmål om forståelsen av ulike artikler i Insolvensdirektivet.

EØS-avtalen del I art. 6 hjemler at tolkning av EØS-avtalen skal gjøres "i samsvar med de relevante rettsavgjørelser som (EF-domstolen) har truffet før undertegning av denne avtale". Videre følger det av ODA-avtalen¹⁸ at nasjonale domstoler også plikter å ta "tilbørlig hensyn" til senere avgjørelser fra EU-domstolen også etter EØS-avtalens inngåelse(1992). Etter regelen skilles det mellom avgjørelser avsagt før og etter avtalens vedtakelse 2. mai 1992 ved at nasjonal domstol skal ta hensyn til relevante avgjørelser før EØS-avtalen, et like strengt krav er det ikke for avgjørelser etter inngåelse.¹⁹ Høyesterett har imidlertid i flere saker uttalt at også senere praksis fra EU-domstolen bør tillegges betydelig vekt²⁰, og i GOD MORGEN dommen, Rt. 2002 s. 391, kom det frem at skillet i EØS-avtalen art. 6 ikke er av praktisk betydning.²¹

Avgjørelsene er viktige fordi en rekke av endringene i loven har kommet etter at EU-domstolens avgjørelser har avdekket at Insolvensdirektivet er feiltolket og at de nasjonale lovene ikke er i tråd med direktivet. Det ble for eksempel avsagt en dom 11.juli 2014²². I etterkant endret departementet den norske bestemmelsen i lønnsгарantiforskriften § 3-3,²³ da

¹⁵ Rådskdirektiv 2008/94/EF, fortalen punkt nr. 1.

¹⁶ Fredrik Sejersted mfl, *EØS-rett*, 3. utgave, Oslo 2011, kap. 5.6 "EU-domstolen" s. 134.

¹⁷ Fredrik Sejersted mfl, *EØS-rett*, 3. utgave, Oslo 2011, kap. 10.6 "Praksis fra EU-domstolen" s. 234-237.

¹⁸ EØS-loven, avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol.

¹⁹ St.meld nr. 27 (2001-2002) kap 4.3.1 "EØS-avtalens utgangspunkt".

²⁰ Rt. 1997 s. 1954, Løten kommune.

²¹ Fredrik Sejersted mfl, *EØS-rett*, 3. utgave, Oslo 2011, s. 237 -239.

²² Sak C-198/13, *Victor Manuel Julián Hernández m.fl. mot Puntal Arquitectura SL m.fl.*(ennå ikke i Sml.).

²³ Endret ved forskrift 28. mars 2014 nr. 354.

den ikke lenger samsvarer med resultatet i avgjørelsen fra EU-domstolen. Videre vil avgjørelsene også bidra til tolkning og anvendelse av de norske bestemmelsene som er relevant i oppgaven. Den danske oversettelsen vil bli anvendt så fremt ikke annet fremgår i teksten.

1.4 Videre fremstilling

Oppgaven er delt inn i to hovedpunkter. Den første delen knytter seg til unntakelse av arbeidstakere i Norge etter de to sentrale misbruksbestemmelsene i lønnsgarantiloven, § 7 og unntaket som følger i dekningsloven § 9-3 nr.1 bokstav b jf. lønnsgarantiloven § 1.

Her skal det redegjøres for de ulike vilkårene i bestemmelsen. Det vil bli redegjort for de ulike alternativene i § 7 hver for seg. De sentrale punktene er unntaket for nærstående og daglig leder, da disse har vært gjennom mest endringen siden loven trådte i kraft i 1974. Formålet her er å forsøke å redegjøre for hvilke situasjoner som omfattes av loven, og hvilke som faller utenfor. Deretter skal det greies ut om unntaket i dekningsloven § 9-3 nr. 1 bokstav b.

Den andre del av oppgaven dreier seg om hvilke arbeidstakere som kan unntas fra dekning ved arbeidsforhold som går på tvers av landegrensene. Problemstillingene gjelder både utenlandske arbeidstakere som jobber i Norge for utenlandske foretak og norske arbeidstakere som arbeider i utlandet for utenlandske foretak. Utgangspunktet vil være § 2 og lønnsgarantiforskriften § 1-1. I denne delen av oppgaven vil det underliggende direktivet og ulike avgjørelser fra EU-domstolen ha større betydning. Dette er et område hvor rettstilstanden delvis er uklar blant annet på grunn av de stadige utfordringene når det gjelder grenseoverskridende virksomhet. Formålet er å vise noen av disse utfordringene og hvordan disse kan løses. På dette området vil landene i tilfelle konflikt, være tvunget til å komme til en løsning. Det vil likevel være aktuelt å se på de ulike alternativene og drøfte hvilket som er mest hensiktsmessig.

2 Generelt om lønnsgarantiloven

Lønnsgarantiloven får anvendelse ved konkursåpning hos arbeidsgiver og det ikke er midler igjen i boet til å dekke arbeidstakers krav. Arbeidsgiver er etter lønnsgarantiloven konkurs når reglene i lov av 8. juni 1984 nr. 58 om gjeldsforhandlinger og konkurs (konkursloven) kap. VIII er oppfylt. Etter reglene kan konkurs begjæres når arbeidsgiver er insolvent i samsvar med konkursloven §§ 61-63, og en konkursbegjæring medfører en avvikling av selskapet. Det avgrenses på denne måten mot krav på lønnsgaranti der det er åpnet gjeldsforhandlinger etter reglene i konkurslovens første del.

De grunnleggende rettighetene i lønnsgarantiloven er dekning av forfalte krav på lønn, feriepenger og andre vederlag for tjenester i arbeidsforholdet. I tillegg dekkes kostander en arbeidstakerorganisasjon har i forbindelse med inndrivelse av arbeidstakers krav jf. lønnsgarantiloven § 1 annet ledd. Det begrenses til et beløp som tilsvarer to ganger folketrygdens grunnbeløp²⁴, per 1. mai 2014 var det 88 370 kr.²⁵ Kravene dekkes inntil én måned regnet fra konkurstidspunktet, mens det gis dekning for tapte feriepenger opptjent samme år som frisdagen²⁶ i konkursen og året før, jf. lønnsgarantiloven § 1 tredje ledd punkt 2 og 3.

Det henvises i lønnsgarantiloven § 1 til dekningslovens bestemmelser i kap. 9 om rekkefølgen for dekning av fordringer. Loven hjemler de materielle reglene ved gjeldsforfølgelse og må lese i sammenheng med de prosessuelle reglene i konkursloven. De relevante bestemmelsene følger av § 9-3 som hjemler hvilke fordringer som først skal dekkes ved konkurs. Paragraf 9-3 første ledd nr. 1 hjemler hvilke krav på lønn som unntas fra fortrinnsretten. Av disse er det kun unntaket i bokstav b som gjelder for arbeidstaker med en eierandel på minst 20 %, som unntas også etter lønnsgarantiloven. De øvrige unntak, bokstav c og d, dekkes selv om de ikke er fortrinnsberettiget etter dekningsloven § 9-3 første ledd nr 1 jf. lønnsgarantiloven § 1 fjerde ledd nr. 1.

Tidligere innebar unntakene²⁷ at arbeidstaker ble unntatt i kraft av sin stilling. I praksis var det ikke store bevismessige problemer knyttet til dette. De ulike endringene har endret på

²⁴ Lønnsgarantiloven § 1 tredje ledd nr. 1

²⁵ Lov av 28. februar 1997 nr.19 om folketrygd(folketrygdloven) § 1-4.

²⁶ Dekningsloven §§ 1-1 til 1-3.

²⁷ Lønnsgarantiloven § 2, § 7 og § 1 fjerde ledd nr. 1 jf. dekningsloven § 9-3 1) bokstav b og forskrift om lønnsgaranti § 1-1.

bevisbyrden, og har i praksis ført til at bevisbyrden i dag påligger forvaltningen. Det betyr at forvaltningen har ansvaret for å bevise at vilkårene i unntaksbestemmelsene er oppfylt. Reglene om bevisbyrde er viktig for arbeidstakers rettssikkerhet. Endringene har også gitt arbeidstaker et økt vern ved at flere har krav på dekning enn tidligere.

2.1 Hvem omfattes av loven?

Lønnsgarantiloven gir rettigheter til den som er ”arbeidstaker”.

Begrepet defineres ikke i lønnsгарantiloven, men det finnes en definisjon i lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven) 17. juni 2005 nr. 62. Etter legaldefinisjon er en ”arbeidstaker” en som ”utfører arbeid i en annens tjeneste” jf. arbeidsmiljøloven § 1-8. I rettspraksis er det utviklet en rekke kriterier for når arbeidsforholdet har trekk som i hovedsak tilsier at det er et arbeidstakerforhold.²⁸ Arbeidsmiljøloven regnes som den sentrale loven på arbeidsrettens område. Det er en vernelov som omfatter hele arbeidslivet og arbeidstakers rettigheter i ulike situasjoner.²⁹ Lønnsgarantiloven har i likhet med arbeidsmiljøloven til formål å gi arbeidstaker rettigheter og det er ingen særlige holdepunkter som tilsier at det legges til grunn en annen forståelse av ”arbeidstaker” i lønnsгарantiloven, enn legaldefinisjonen i arbeidsmiljøloven.

Etter en naturlig forståelse av ”utfører arbeid i en annens tjeneste” faller selvstendig næringsdrivende utenfor definisjonen da disse utfører arbeidet til egen tjeneste. Den karakteristiske underordningen av arbeidstaker i forhold til arbeidsgiver er heller ikke tilstede her.

I forarbeidene til arbeidsmiljøloven er det oppstilt en rekke kriterier for når det kan foreligge et arbeidsforhold og det avgrenses mot selvstendige oppdragstakere.³⁰ Hvorvidt det foreligger et arbeidstakerforhold vil bero på en konkret vurdering av omstendighetene i saken. Ut i fra praksis er det normalt ikke et arbeidsforhold når det typiske underordningsforhold mellom arbeidsgiver og arbeidstaker ikke foreligger, hvis oppdragstaker stiller med de nødvendige hjelpemidler og oppdragstaker enten kan sette bort oppdraget på egen regning eller betale

²⁸ NOU: 2004: 5, Arbeidslivslovutvalget Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst, kap 10.5.1 ”Gjeldende rett”.

²⁹ Jan Fougner mfl. *Arbeidsmiljøloven, kommentarutgave*, Oslo 2013 s. 22.

³⁰ Ot.prp nr. 49 (2004-2005) kap. 6.1.1 s. 73.

medhjelpere i forbindelse med utførelsen av arbeidet.³¹ Det foreligger da et selvstendig oppdragsforhold som ikke omfattes av definisjonen i arbeidsmiljøloven § 1-8.

Etter dette omfattes ikke selvstendig næringsdrivende og selvstendige oppdragstakere av lønnsgarantiloven og har ikke krav på dekning.

Insolvensdirektivet berører i utgangspunktet ikke den nasjonale lovgivningens definisjon av blant annet begrepet "arbeidstaker" jf. direktiv 2008/94/EF art. 2 nr. 2. I forbindelse med endringen av EU direktivet om virksomhetsoverdragelse kom det frem at noen arbeidsforhold likevel ikke skal utelukkes fra nasjonal lov. Etter bokstav a-c i art. 2 nr. 2 i Insolvensdirektivet 2008/94/EF, skal ikke deltidsansatte definert i direktiv 97/81/EF, personer med tidsbegrenset ansettelse definert i direktiv 99/70/EF eller personer med vikaransettelsesforhold definert i direktiv 91/383/EØF utelukkes fra ordningen. Dette er uansett ikke problematisk da disse uansett er omfattet av den norske definisjonen av "arbeidstaker".

³¹ Rt. 2013 s. 352 og Rt. 2013 s. 342.

3 Lønnsgarantiloven § 7

3.1 Innledning

Lønnsgarantiloven § 7 anses som lovens generelle misbruksbestemmelse og gir forvaltningen hjemmel til å unnta en arbeidstaker fra lønnsgarantiordningen forutsatt at vilkårene er oppfylt.

Lovteksten er som følger: ”Arbeidstakere som tar arbeid for en arbeidsgiver som de vet eller burde vite er ute av stand til å dekke de løpende lønnsforpliktelser, kan nektes dekning.

Dekning kan også nektes dersom arbeidstakerne vet eller burde vite at forutsetningen for et ansettelsesforhold eller ansettelsesvilkår eller endring i en arbeidsavtale er at krav helt eller delvis skal dekkes over statsgarantien.

Det samme gjelder dersom arbeidstakeren står i et slikt forhold til arbeidsgiveren at dekning av kravet over statsgarantien må anses som urimelig.”

Bestemmelsen beskrives tre tilfeller hvor arbeidstaker kan unntas fra dekning: der arbeidstaker "vet eller burde vite" at arbeidsgiver er "ute av stand til å dekke de løpende lønnsforpliktelser", der arbeidstaker "vet eller burde vite" at "forutsetningen" for et "arbeidsforhold" eller "ansettelsesvilkår" eller "endring i en arbeidsavtale" er at kravet "helt eller delvis" skal dekkes av lønnsgarantien, eller dersom arbeidstaker står "i et slikt forhold" til arbeidsgiver" at dekning ansees som "urimelig".

De tre tilfellene har en viss glidende overgang og ut ifra de faktiske omstendigheter kan flere av vilkårene for de ulike situasjonene være oppfylt samtidig. Misbruksbestemmelsen ble innført allerede da loven trådte i kraft i 1974 og i forarbeidene ble det ansett for å være en bestemmelse ”som trolig sjeldent vil bli påberopt”, men som likevel ble ansett som nødvendig.³² Frem til i dag har lønnsgarantiloven § 7 blitt endret flere ganger, i henholdsvis 1992³³, 1998³⁴ og i 2002³⁵ hvor bestemmelsen fikk den utformingen den har i dag.

Selv om § 7 betegnes som en misbruksbestemmelse krever ikke vilkårene at det påvises at arbeidstaker bevisst misbrukte ordningen. Betegnelsen ”misbruksbestemmelse” kommer av at

³² Ot.prp nr. 67 (1972-1973) kap. VI ”til § 7” s. 24.

³³ Lov av 10. april 1992 nr. 42.

³⁴ 15. mai 1998 (ikrafttredelse straks etter resolusjon 15. mai 1998 nr. 478).

³⁵ 21. juni 2002 nr. 24 se dens III nr. 2 (ikrafttredelse 1. juli 2002 i følge resolusjon 21. juni 2002 nr. 577).

hvis vilkårene er oppfylt, så vil det typisk være fordi arbeidstaker og/eller arbeidsgiver har hatt til hensikt å utnytte og misbruke lønnsgarantiordningen til sin fordel.

Tidligere var en rekke av de øvrige unntak fra lønnsgarantiordningen hjemlet ved en henvisning til dekningslovens regler om prioritetsrekkefølgen for dekning av fordringer, herunder i dekningsloven § 9-3 nr.1. De ulike alternativene som unntas fra fortrinnsberettiget dekning i dekningsloven § 9-3 nr. 1 bokstav a-d, unntok arbeidstaker fra dekning i kraft av hans stilling. Siden lønnsgarantilovens ikrafttredelse har alle unntatt bokstav b blitt opphevet og en følge av dette har vært endringer i lønnsgarantilovens generelle misbruksbestemmelse § 7. Til sammenligning med unntaket i dekningsloven § 9-3 nr. 1 bokstav b, er lønnsgarantiloven § 7 en langt mer skjønnsmessig bestemmelse. Utviklingen har gjort at § 7 har gått fra å være en bestemmelse som ”trolig sjeldent vil bli påberopt”³⁶ til å bli den sentrale unntaksbestemmelsen ved anvendelse av lønnsgarantiloven.

Formålet med § 7 har gjennomgående vært det samme, å hindre misbruk av lønnsgarantiordningen, og de tre ulike alternativene i § 7 skisserer ulike situasjoner misbruk av garantiordningen. Et fellestrekk for alternativene i § 7 er at dersom vilkårene er oppfylt, så fremstår det støtende for de øvrige kreditorer at arbeidstaker mottar dekning fra lønnsgarantiordningen. Dette hensynet til de øvrige kreditorene har stått sentralt siden ikrafttredelsen

3.2 Paragraf 7 første ledd første punktum

”Arbeidstaker som tar arbeid for en arbeidsgiver som de vet eller burde vite at er ute av stand til å dekke løpende lønnsforpliktelser.”

Det første alternativet i lønnsgarantiloven § 7 beskriver en situasjon hvor arbeidstaker ”vet eller burde vite” at arbeidsgiver er ”ute av stand til å dekke de løpende lønnsforpliktelser” jf. lønnsgarantiloven § 7 første ledd første punktum.

Alternativet var tidligere § 7 tredje ledd og kom til i et lovforslag i 1992³⁷ som en konsekvens av at lønnsgarantiordningen stadig ble utnyttet.³⁸ Departementet ønsket særlig å ramme de

³⁶ Ot.prp nr. 67 (1972-1973) kap. VI ”til § 7” s. 24.

³⁷ Lov av 10. april 1992 nr. 42.

³⁸ Ot.prp nr.27 (1991-1992) kap. 3.9.4 s. 33.

tilfeller hvor arbeidstaker allerede fra oppstarten visste at selskapet ikke kom til å utbetale de løpende lønnsforpliktelsene.

Etter bestemmelsen ”kan” dekning nektes dersom de øvrige vilkårene er oppfylt. Vilkåret viser til at det utøves skjønn i vurderingen om hvorvidt omstendighetene i den konkrete saken tilsier at arbeidstaker skal nektes dekning. I den forbindelse skal det undersøkes hvilke momenter som er relevante i vurderingen.

Tidspunktet for når arbeidstakers kunnskap må foreligge er i følge forarbeidene det tidspunktet arbeidstakeren inngår arbeidsavtalen.³⁹ Det betyr at arbeidstakere som får rede på selskapets økonomiske situasjon etter tiltredelse ikke kan nektes dekning etter § 7 første ledd første punktum. Dette samsvarer med formålet bak bestemmelsen; det vil si å ramme de som med åpne øyne går inn i et selskap som allerede har dårlig likviditet. Det vil være arbeidstakers egen risiko å inngå avtalen basert på personens kunnskap om den økonomiske forutsetningen, og det vil være støtende for de øvrige kreditorene om arbeidstakeren i en slik situasjon fikk dekning.

Vilkåret er at arbeidstaker ”vet eller burde vite” at arbeidsgiver ikke er i stand til å utbetale lønn. En arbeidstaker som ”vet” at arbeidsgiver ikke har midler vil typisk være når det for eksempel er allmenn kjent gjennom media, eller hvor arbeidstaker på annen måte har fått tilgang på informasjon om selskapets økonomiske situasjonen. Det vil si situasjoner hvor arbeidstaker hadde slik kunnskap uten at det er særlig problematisk å føre bevis for det.

Mer problematisk er hva som ligger i ”burde vite”. Ut i fra en ordlydstolkning gir vilkåret ”burde vite” uttrykk for en aktsomhetsnorm. Det vanlige vurderingskriteriet her er hva en alminnelig person burde forstått. En slik forståelse vil ramme en uaktsom arbeidstaker som ut i fra forholdene burde forstått at arbeidsgiver ikke hadde midler til lønn.

I denne sammenheng påpekes det at arbeidstaker ikke pålegges en særskilt undersøkelsesplikt. Det vil si et krav om at arbeidstaker undersøker om arbeidsgiver har tilstrekkelige midler til å utbetale lønn. Slik informasjon kan være vanskelig å lete opp og i enkelte tilfeller også utilgjengelig for en arbeidstaker som er på vei inn i en virksomhet. Reglene i lønnsgarantiloven presiserer hva som ikke er lov og har på den måten en opplysningsverdi for arbeidstaker. Det ansees urimelig å tilkjenne arbeidstaker lønnsgaranti hvis han har slik

³⁹ Ot.prp nr. 27 (1991-1992) kap. 3.9.4 s. 33.

informasjon, men lovgivers løsning er at informasjonen må være tilgjengelig for arbeidstaker uten at det stilles et særskilt krav om undersøkelsesplikt.

Hvilke situasjoner det kan legges til grunn at arbeidstaker ”burde vite” at arbeidsgiver ikke har midler ligger ikke i dagen. Vil det for eksempel være tilstrekkelig at arbeidstakeren har sett et nyhetsoppslag om at bransjen selskapet er i for tiden går dårlig, eller kreves det mer håndfaste bevismomenter. Det kan for eksempel være en oversikt over regnskapet, en konkret avtale mellom partene eller en særlig handlemåte som alene eller samme med andre forhold gjøre at det er særlig grunn til å tro at arbeidstakeren var klar over den økonomiske situasjonen i forkant.

Forarbeidene er knappe på dette punktet, departementet gir uttrykk for at det er vanskelig å si noe om hva som ligger i ”burde vite”.⁴⁰ De viser til at det er den subjektive kunnskapen arbeidstaker har om de økonomiske konsekvensene som er avgjørende. Omstendigheter som kan være av betydning er etter departementets syn blant annet arbeidstakers stilling og eventuelt tidligere arbeidsforhold. Samtidig vil ikke tidligere arbeid hos samme arbeidsgiver automatisk tilsi at arbeidstaker ”burde vite”, det vil kun være et moment i vurderingen.⁴¹ Det gjør at forarbeidsuttalelsene egentlig ikke gir et særlig bidrag til forståelsen av vilkåret. Departementet innrømmer at bestemmelsen antakelig vil medføre noen bevismessige vanskeligheter, men at det er de åpenbare misbrukstilfeller som er målet, og det er ”kun disse bestemmelsen er ment å komme til anvendelse på”.⁴²

Denne uttalelsene kan tas til inntekt for at det er en forholdsvis høy terskel for når arbeidstaker ”burde vite”. Dette inntrykket forsterkes når departementet uttaler at bestemmelse tar sikte på rene misbruks- og spekulasjonstilfeller og at den ”antas å få anvendelse bare i svært få tilfeller”.⁴³

Terskelen og innholdet i bestemmelsen kan illustreres med en upublisert klagesak fra 26.mars 2014 som er et klart eksempel på lovens anvendelse i praksis.⁴⁴ Arbeidstakeren hadde klaget inn NAV Lønnsgaranti sitt vedtak om avslag på lønnsgaranti til departementet. NAV

⁴⁰ Ot.prp nr. 27 (1991-1992) kap. 5.1 s. 41.

⁴¹ Ot.prp nr. 27 (1991-1992) kap. 5.1 s. 42.

⁴² Ot.prp nr. 27 (1991-1992) kap. 3.9.4 s. 33.

⁴³ Ot.prp nr. 27 (1991-1992) kap. 5.1 s. 42.

⁴⁴ Klagesak E i litteraturlisten.

Lønnsgaranti viste i sin begrunnelse til at arbeidstakeren visste eller burde vite at arbeidsgiver var ute av stand til å betale lønn.

Bakgrunnen for saken var at klageren hadde vært ansatt som kontormedarbeider hvor arbeidsoppgavene blant annet var å fremforhandle avtaler og ha oversikt over selskapets gjeldsmasse. Etter arbeidsavtalen skulle arbeidsforholdet avgrenses til tre måneder, og lønnen skulle først utbetales etter at arbeidet var avsluttet.

Departementet la i begrunnelsen vekt på at det ikke er vanlig at lønn først skal utbetales etter endt arbeid. Men også at klageren gjennom arbeidsoppgavene ble klar over selskapets gjeld og fordringsmasse. Sistnevnte er imidlertid etter forarbeidene ikke relevant i vurderingen av lønnsgarantiloven § 7 første ledd da det er klagers kunnskap *før* avtalen inngås som er avgjørende.

I tillegg til lønnsavtalen, var et viktig og vesentlig moment at klagerens sønn også var daglig leder som hadde en eierandel på 50 %. I lys av det nære båndet mente departementet at klager visste eller burde ha visst at arbeidsgiver var ute av stand til å dekke lønnen. Departementet la til grunn at vilkårene i § 7 første ledd, samt vilkårene i § 7 annet ledd var oppfylt.

Det faktum at arbeidstakeren hadde kunnskap om den økonomiske situasjonen og samtidig godtok utbetaling av lønn i etterkant, anvendes av departementet som argument for at arbeidstakeren med åpne øyne godtok den risikoen dette innebar. Det var flere omstendigheter som gav grunn til å trekke klagers hensikter i tvil, og det var mer nærliggende at arbeidstakeren og ikke lønnsgarantiordningen skulle bære risikoen for tapet. Ettersom ingen av disse var medførte særlig bevismessige problemer, er saken et eksempel på et åpenbart tilfelle som faller innunder bestemmelsen.

3.3 Paragraf 7 første ledd annet punktum

”Dekning kan også nektes dersom arbeidstakeren vet eller burde vite at forutsetningen for et ansettelsesforhold eller ansettelsesvilkår eller endring i en arbeidsavtale er at krav helt eller delvis skal dekkes over statsgarantien.”

Lønnsgarantiloven § 7 første ledd annet punktum slik den er i dag ble innført etter et lovforslag i 1997.⁴⁵ Formålet med det nye tillegget var å tydeliggjøre hvilke misbrukstilfeller som kan gi grunn til å unnta arbeidstakeren for dekning. Resultatet ble en konkretisering av en situasjon som tidligere ble hjemlet i første ledd første punktum (som redegjort for i punkt 3.2).⁴⁶ Mens § 7 første ledd første punktum regulerer forhold arbeidstaker burde ha hatt kunnskap om ved inngåelse av arbeidsforholdet, regulerer § 7 første ledd annet punktum både forhold ved arbeidsforholdets begynnelse og visse endringer underveis i arbeidsforholdet.

Det kreves for det første at arbeidstakeren ”vet eller burde vite” at lønnen helt eller delvis skal dekkes av lønnsgarantien. Da formålet bak dette alternativet var å tydeliggjøre de misbrukstilfellene som tidligere ble rammet av første punktum, bør utgangspunktet være at terskelen er den samme som i første ledd. Arbeidstakeren vil da slippe å forholde seg til ulike terskler, i tillegg skapes det god sammenheng i loven at to like vilkår i samme bestemmelse tolkes likt.

Utgangspunktet vil være at det skal mye til for å unnta lønnsgaranti etter § 7 første ledd annet punktum.

Bevisspørsmålet etter dette leddet er hvorvidt arbeidstakeren vet eller burde vite at ”forutsetningen” for arbeidet var at lønnen skulle dekkes av lønnsgarantiordningen. Vilkåret må forstås slik at hensikten fra arbeidsforholdets begynnelse eller ved endringer underveis i arbeidsforholdet, har vært at arbeidstakers lønn helt eller delvis ikke skulle utbetales av arbeidsgiver. Dette avgrenser anvendelsesområdet til bestemmelsen sammenlignet med regelen i § 7 første ledd første punktum, i tråd med formålet ved innføringen. I forarbeidene vises det til at når partene har avtalt at lønn ikke skal utbetales før selskapet er konkurs. Samt der arbeidstakeren ikke får lønn den første perioden fordi han mottar dekning fra lønnsgarantiordningen som følge av tidligere arbeidsgivers konkurs. Dette er situasjoner hvor lønnsgarantiordningen i praksis blir en form for driftstilskudd for bedriften, og defineres i forarbeidene som de åpenbare tilfellene.⁴⁷

Videre må forutsetningen gå ut på at lønnen ”helt eller delvis” skal dekkes av lønnsgarantiordningen. I den forbindelse kan det stilles spørsmål til hvor mye som kreves for at dekning kan nektes.

⁴⁵ Endret i lov av 15. mai 1998, ikrafttredelse strak etter resolusjon 15. mai 1998 nr. 478.

⁴⁶ Ot.prp nr. 38 (1997-1998) kap. 3.4.4 s. 16.

⁴⁷ Ot.prp nr. 38 (1997-1998) kap. 3.4.4 s. 16.

Dersom vilkåret sees i sammenheng med arbeidstakers kunnskap og forarbeidsuttalelsene om at de åpenbare tilfellene skal rammes, vil det være når lønnen tydelig avviker fra det som er gjengs, uten holdbar begrunnelse. Helt åpenbart vil det trolig være der arbeidstaker ikke mottar lønn i det hele tatt. En kan si at desto mindre avvike til normal lønn blir, desto vanskeligere vil det være å legge til grunn at arbeidstakeren burde visst at lønnsgarantien skulle dekke dette.

Eksempelene i forarbeidene er der ”lønningar blir kraftig auka kort tid før konkursen, for å sikre større lønnsgarantidekning”.⁴⁸ Kommentaren er myntet på de situasjoner hvor man ser et stort avvik fra tidligere uten at det finnes en særlig forklaring på hvorfor arbeidstakeren får en lønnsøkning utover det normale. Dette samsvarer med at det er de åpenbare situasjonene som rammes.

Det er også aktuelt å se hen til lignende bestemmelser i andre lover for å se hvordan disse er beskrevet i loven. Både arbeidsmiljøloven § 14-12 c nr. 3 og lov 4. juni 1993 nr. 58 om allmenngjøring av tariffavtaler (allmenngjøringsloven) § 13 har en ordlyd som er omtrent identisk med den man finner i lønnsgarantiloven. I forarbeidene til allmenngjøringsloven henvises det til § 7 i lønnsgarantiloven, uttalelsen er med på å underbygge sammenhengen mellom lovene.⁴⁹ Etter arbeidsmiljøloven § 14-12 c nr. 3 kan solidaransvarlig ”nekte å dekke kravet dersom arbeidstakeren visste at forutsetningen for arbeidsoppdraget var at lønn mv. helt eller delvis skal dekkes av den solidaransvarlige”. Det samme følger av allmenngjøringsloven § 13 tredje ledd. De tre bestemmelsene inneholder med andre ord de samme vilkårene, og det vil det er nyttig å se hen til forarbeidsuttalelser fra de andre lovene, både når det gjelder terskelen og innholdet i vilkårene.

I forarbeidene til allmenngjøringsloven uttales det at formålet med § 13 er å hindre misbruk av solidaransvaret. Bestemmelsen skal tolkes snevert fordi det kun er de helt åpenbare tilfeller av misbruk som skal rammes.⁵⁰ Som eksempler viser departementet til situasjoner hvor arbeidstakeren *visste* at arbeidsgiver ikke skulle betale lønn etter allmenngjøringsforskrifter og derfor skulle motta lønn fra solidaransvarlig, eller dersom det er avtalt ulønnet arbeid.⁵¹

⁴⁸ Ot.prp nr. 38 (1997-1998) kap. 3.4.4 s. 17.

⁴⁹ Ot.prp nr. 88 (2008-2009) kap. 4.6.8 s. 63.

⁵⁰ Ot.prp nr. 88 (2008-2009) kap. 4.6.8 s. 63.

⁵¹ Ot.prp nr. 88 (2008-2009) kap. 4.6.8 s. 63.

Også når det gjelder arbeidsmiljøloven § 14-12 c uttales det i forarbeidene at bestemmelsen skal tolkes snevert og er ment å ramme de åpenbare tilfellene. Man ønsker en snever tolkning slik at ”formålene med ordningen ikke undergraves” og som eksempler vises det til situasjoner hvor arbeidstakeren *visste* at forutsetningen hele tiden var at solidaransvarlig skulle dekke lønnen.⁵²

I forarbeidene til alle de tre bestemmelsene uttaler departementet at ordlyden har som formål å ramme de klare og åpenbare situasjonene. Dette må tolkes slik at det er situasjoner hvor det ikke er problematisk å bevise at arbeidstaker *visste* at arbeidsgiver ikke skulle stå for lønnsutbetalingen, bestemmelsen skal ramme. Formuleringen i forarbeidene om at de åpenbare tilfellene bestemmelsen primært skal rammes, kan tas til inntekt for at uttrykket ”burde vite” har en høyere terskel enn en helt generell aktsomhetsnorm. Denne tolkningen forsterkes gjennom uttalelsen i forarbeidene om at bestemmelsen ikke er ment å gi solidaransvarlige oppdragsgivere regelmessig mulighet til å anføre at det foreligger misbruk i et forsøk på å fri seg fra ansvar.⁵³

Utgangspunktet bør, basert på denne drøftelsen, være at terskelen for anvendelse av lønnsgarantiloven § 7 første ledd annet punktum er noe høyere enn etter første ledd første punktum. Det skal være situasjoner hvor det ligger i dagen at arbeidstakeren visste at arbeidsgiver aldri skulle utbetale lønn, den skulle dekkes av lønnsgarantiordningen. Det vil være i tråd med formålet bak bestemmelsen, nemlig å hindre de åpenbare tilfellene ved misbruk av lønnsgarantiordningen.

3.4 Paragraf 7 annet ledd

3.4.1 Innledning

”Det samme gjelder dersom arbeidstakeren står i et slikt forhold til arbeidsgiver at dekning av kravet over statsgarantien må anses som urimelig.”

Bestemmelsen angir at dekning vil være urimelig på grunn av arbeidstakers forhold til arbeidsgiver. Paragraf 7 annet ledd ble innført da lønnsgarantiloven gjennomgikk endringer i

⁵² Prop.74 L (2011-2012) Endringer i arbeidsmiljøloven og tjenestemannsloven mv. (likebehandling ved utleie av arbeidstakere og tiltak i den forbindelse mv.) kap. 20, avsnitt ”til § 14-12 c” s. 108.

⁵³ Ot.prp nr. 88 (2008-2009) kap. 4.6.8 s. 63.

2002.⁵⁴ Opprinnelig var nærstående til arbeidstakere med en eierandel på minst 20 %, nærstående til daglig leder og nærstående til tidligere daglig leder, styremedlem eller arbeidstaker som alene eller sammen med nærstående har hatt en eierandel på minst 20 % unntatt fra dekning etter lønnsgarantiloven. I forarbeidene til forslaget om endring av lønnsgarantiloven kom det imidlertid frem at EU ikke godtok de norske unntakene som unntok ” for store grupper fra lønnsgarantidekning”.⁵⁵ Det ble ikke ansett å være forenlig med Insolvensdirektivet 80/987/EØF og de opprinnelige unntakene som gjaldt nærstående ble opphevet.⁵⁶ Samtidig ble det åpnet for en individuell vurdering for de resterende unntakene som fulgte i dekningsloven § 9-3 nr. 1 bokstav a-c. Etter bestemmelsen måtte arbeidstakerne i unntakene føre bevis for at de ikke hadde hatt vesentlig innflytelse på driften for å likevel få sine krav dekt av lønnsgarantiordningen.⁵⁷

Som følge av opphevelsen av unntakene for nærstående i 2002, mente departementet det var behov for et nytt ledd i lønnsgarantiloven § 7.⁵⁸ Hensikten med det nye tillegget var å ”fange opp andre tilfeller hvor lønnsgarantidekning ikke bør gis for eksempel til ”nærstående i de tilfellene hvor det ville være åpenbart urimelig”⁵⁹ og ”særlig der det kunne oppfattes som støtende for de øvrige kreditorene at arbeidstaker mottar dekning.”⁶⁰ Departementet mente bestemmelsen ville være i tråd med insolvensdirektiv 80/987/EØF art. 10 b⁶¹ som gav medlemsstatene rett til å ”avvise eller begrense” lønnsgarantiordningen dersom det ”syntes urimelig å oppfylle plikten fordi arbeidstaker og arbeidsgiver har særlige forbindelser og felles interesser som resulterer i en stilltiende avtale mellom dem”.⁶²

Insolvensdirektive endret på nytt i 2002.⁶³ Etter ny art. 10 bokstav c åpnet direktivet nå *kun* for å unnta dekning for arbeidstakere som ”alene eller sammen med nære slektninger var eier av en vesentlig del av arbeidsgiverens foretak eller virksomhet og hadde en betydelig innflytelse på foretakets eller virksomhetens drift.

⁵⁴ Endret ved lov av 21. juni 2002 nr. 24, se dens III nr. 2 (ikrafttredelse 1. juli 2002 ifølge resolusjon 21. juni 2002 nr. 577.

⁵⁵ Ot.prp nr. 53 (2001-2002) kap. 2.2 s. 2.

⁵⁶ Ot.prp nr. 53 (2001-2002) kap. 2.3 s. 4.

⁵⁷ Ot.prp nr. 53 (2001-2002) kap. 2.3 s. 4.

⁵⁸ Ot.prp nr. 53 (2001-2002) kap. 3.2 s. 5.

⁵⁹ Ot.prp nr. 53 (2001-2002) kap. 3.2 s. 5.

⁶⁰ Ot.prp nr. 53 (2001-2002) kap. 3.3 s. 5.

⁶¹ I dag hjemlet i art. 12 b direktiv 2008/94/EF.

⁶² Rådsdirektiv 80/987/EØF.

⁶³ Rådsdirektiv 2002/74/EC.

Konsekvensen var at de grupper med arbeidstakere som definert i dekningsloven § 9-3 nr. 1 bokstav a, c og d⁶⁴ fra nå hadde krav på dekning etter lønnsgarantiloven.⁶⁵

Innskrenkingen av retten til å unnta nærstående hadde bakgrunn i en avgjørelse fra EU-domstolen fra 2001.⁶⁶ Den svenske domstolen forela for EU-domstolen spørsmål om den svenske loven var i strid med punkt G i avsnitt I, i bilaget til direktiv 80/987/EØF. Den svenske bestemmelsen unntok arbeidstakere som var nærstående til eier som mindre enn seks måneder før konkursen eide minst 1/5 del av bedriften, uten at arbeidstaker selv eide en del av denne.

I premiss 25 uttaler EU-domstolen at unntaket til direktivet *kun* gjelder for arbeidstakere som *selv eller sammen* med nære slektninger eier en vesentlig del av selskapet. En tolkning som innebar unntakelse av arbeidstaker uten eierandel, men som var nærstående til en med eierandel, ville være en tilsidesettelse av bestemmelsens klare ordlyd. På dette tidspunkt hadde Norge et rent kategorisk unntak for nærstående til arbeidsgiver som nå måtte fjernes.

Da § 7 annet ledd ble vedtatt i samsvar med art. 10 b i direktiv 80/987/EØF⁶⁷, var det hovedsakelig situasjoner hvor arbeidstaker hadde et spesielt forhold til arbeidsgiver. I forarbeidene angis ”kjærester og nære venner” som eksempel.⁶⁸ Begrunnelsen var at personer i slike relasjoner ofte hadde felles interesser og ”et ønske om å tilgodese hverandre” slik at det fremstår urimelig å gi dekning etter lønnsgarantiloven.⁶⁹ Også de upubliserte klagesakene gir uttrykk for at det er situasjoner hvor arbeidsgiver og arbeidstaker har en spesiell relasjon som faller inne under § 7 annet ledd, og der de blir nektet på dette grunnlag.

I det følgende skal det sees nærmere på hvordan rettstilstanden er i dag hva gjelder unntakelse fra lønnsgarantiloven for nærstående og daglig leder rett til dekning etter § 7 annet ledd.

⁶⁴Herunder: Vederlag som tillitsmann når skyldneren er en sammenslutning eller en stiftelse jf. bokstav a, arbeidstaker som har vært daglig leder jf. bokstav c og arbeidstaker som har vært styremedlem, unntatt arbeidstakerens valgte representanter jf. bokstav d.

⁶⁵Ot.prp nr. 107 (2004-2005) kap. 5 s. 4.

⁶⁶Sak C-441/99, Sml. 2001 s. I-07687, premiss 21.

⁶⁷I dag art. 12 b direktiv 2008/94/EF.

⁶⁸Ot.prp nr. 53 (2001-2002) kap. 3.3 s. 5.

⁶⁹Ot.prp nr. 53 (2001- 2002) kap 3.3 s. 5.

3.4.2 Nærstående

For å tette et eventuelt hull ved opphevelsen av de kategoriske unntakene, innførte altså lovgiver en ny bestemmelse som hovedsakelig skulle ramme arbeidstakere med en generell nærhet til arbeidstaker, jf. ordlyden ”i et slikt forhold til” i § 7 annet ledd. Før endringen i 2001 ble arbeidstaker automatisk unntatt fra loven dersom han var nærstående etter definisjonen i dekningsloven § 1-5. Det omfattet blant annet slekt i rett opp- og nedstigende linje og nærstående til eier av virksomheter. Det var en rent skjematisk regel uten rom for skjønn. En viktig forskjell fra endringen i 2002, er at det i dag er forvaltningen som har bevisbyrden. Det innebærer at forvaltningen må føre bevis for det de mener er et forhold mellom arbeidstaker og arbeidsgiver som tilsier at dekning fra lønnsgarantiordningen er urimelig.

I lovforslaget fra 2001 var hovedhensynet bak tillegget i lønnsgarantiloven § 7 at enkelte nærstående ”kunne ha hatt stor innflytelse på driften” og i slike situasjoner ville det være rimelig å unnta de fra dekning.⁷⁰ Det første forslaget til et nytt ledd i § 7 var omtrent identisk med ordlyden i insolvensdirektiv 80/987/EØF art. 10 b, men etter høringsuttalelsene og justisdepartementets lovtekniske gjennomgang kom det frem at ordlyden ville medføre unødvendig tolkningsproblemer.⁷¹ Bestemmelsen ble derfor omformulerte til dagens innhold og er ikke lenger identisk med innholdet i daværende direktivs bestemmelse art. 10 b.⁷² Samtidig erkjenner departementet at bestemmelsen vil kunne medføre ”bevismessige problemer”, men anser bestemmelsen som mer ”målrettet enn de generelle misbruksbestemmelsene”.⁷³

Det vil bero på en konkret helhetsvurdering basert på omstendighetene i saken hvorvidt arbeidstakeren nektes dekning. I forarbeidene gis det en rekke eksempler på hvilke situasjoner man ser for seg at faller innenfor bestemmelsen virkeområde. Blant annet hvis arbeidstakeren har en spesielt gunstig arbeidsavtale sammenlignet med de andre ansatte, dersom tittel og lønn ikke er i samsvar med vedkommende sine oppgaver, hvis kvalifikasjonen ikke er tilstrekkelige til å inneha en slik stilling eller en avtale om utsettelse av lønnsutbetalingen.

⁷⁰ Ot.prp nr. 53 (2001-2002) kap. 3.3 s. 5.

⁷¹ Ot.prp nr. 53 (2001-2002) kap. 3.3 s. 5.

⁷² I dag art. 12 b direktiv 2008/94/EF.

⁷³ Ot.prp nr. 53 (2001-2002) kap. 3.3 s. 5.

Departementet understreker i forarbeidene at bestemmelsen er i tråd med direktivet, samt at ”reglene ikke vil ramme personer som ikke har hatt innflytelse på driften”.⁷⁴

En rekke av de opplistede situasjonene vil i praksis være vanskelig å føre bevis for. For eksempel i en liten bedrift hvor arbeidstakerne ofte har flere ulike arbeidsoppgaver uten at disse er spesifisert i avtalen. Problemet her vil være å føre bevis for når arbeidsoppgavene ikke samsvarer med den lønnen arbeidstaker mottar. Her kan det komme en rekke ulike begrunnelser inn. I enkelte arbeidsforhold kan det være en underliggende tariffavtale eller interne lønnsregler i bedriften som styrer arbeidstakers lønn, ellers vil lønnen bero på forhandlinger mellom partene. Det er ikke uvanlig at en arbeidstaker blir tilbudt høyere lønn enn det som er gjengs, for eksempel fordi han ansees som svært ettertraktet, og bedriften sikrer seg arbeidstakeren ved å tilby høyere lønn. De mange ulike situasjonene som kan oppstå gjør det vanskeligere å angi ulike eksempler på lovens anvendelse i praksis, og departementets forsøk på å redegjøre for rettstilstanden gir antakeligvis ikke like mye veiledning som tiltenkt.

På dette punkt kan det sees hen til forvaltningspraksis som en illustrasjon på anvendelse av bestemmelsen i praksis. Ut i fra de upubliserte klagesakene jeg har fått tilsendt fra departementet kommer det frem at omstendighetene i saken skal sees i sammenheng med forholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. I de 5 sakene fra perioden 2012- 2014, er begrunnelsen i fire av de fem sakene at arbeidstaker har hatt et forhold til arbeidsgiver som gjør at man anser det som urimelig at vedkommende mottar dekning. Dette er ulike typer relasjoner. Klager er far eller ektefellen er daglig leder og/eller har en eierandel. Et fellestrekk i disse sakene er at klager ikke har mottatt lønn for en viss periode. Dette er som regel begrunnet i et ønske og et forsøk på å hindre en konkurs, og omtales som en avtale om betalingsutsettelse, hvilket nevnes i forarbeidene som et eksempel på når § 7 annet ledd kan få anvendelse. Forvaltningen anser det ikke som vanlig å godta denne typen betalingsutsettelser av lønn, og viser til at det er relasjonen til arbeidsgiver som gjør at klageren godtar en betalingsutsettelse som vedkommende antakeligvis ikke ville godtatt om den særlige relasjonen til arbeidsgiver ikke eksisterte.

Betalingsutsettelse er med andre ord et sentralt poeng i avgjørelsene og en situasjon som ofte tilsier at lønnsgaranti er urimelig. I den forbindelse kan det stilles spørsmål til hva som gjelder

⁷⁴ Ot.prp nr. 53 (2001-2002) kap. 3.3 s. 5.

i en situasjon hvor arbeidstaker har provisjonsbasert lønn. Det kan være at arbeidstakeren ikke mottar lønn før etter to måneder, for eksempel fordi han har blitt med på arbeidsgivers nye prosjekt som er i startfasen og lønnen skal regnes ut i fra resultatet etter et gitt intervall. Hvis arbeidstaker har et resultat som ikke vil tilsi lønn om konkursen tenkes vekk, så vil personen heller ikke ha krav på dekning fra lønnsgarantiordningen.

Løsningen må antakeligvis være at det oppstilles en forutsetning om at en avtale om provisjonsbasert lønn er reell og følger av arbeidsavtalen. Hadde ikke dette vært et krav ville arbeidstaker kunne misbruke lønnsgarantiordningen ved å vise til en slik avtale med arbeidsgiver, når realiteten er at han ikke har mottatt lønn i et forsøk på å unngå konkurs. Dersom vedkommende er nærstående, for eksempel i rett opp eller nedstigende linje, så er lovens løsning at vedkommende kan unntas fra lønnsgarantiordningen. Begrunnelsen er at arbeidstakerens godtakelse av betalingsutsettelsen ikke ansees som normalt. Hvis arbeidstaker kunne vist til en avtale med arbeidsgiver om provisjon, forutsatt at arbeidstaker ikke kan føre holdbare bevis for dette, ville konsekvensen være en omgåelse av reglene.

Ut i fra de upubliserte klagesakene og forarbeidene, syntes relasjonen mellom arbeidstaker og arbeidsgiver å stå i fokus. Men når man ser nærmere på de ulike eksemplene fra forarbeidene som redegjort for over, må relasjonen sees i sammenheng med de konkrete omstendighetene i saken. Det samsvarer med endringen i 2002⁷⁵ om at relasjonen ikke lenger kunne være eneste begrunnelse for unntakelse. Utgangspunktet samsvarer med tanken om at arbeidstaker på grunn av relasjon har tatt en risiko utover det vanlige. Da er det mer rimelig at vedkommende selv må bære konsekvensen, enn at lønnsgarantiordningen er ansvarlig for arbeidstakers tap.

Samtidig vil det i praksis være vanskelig å bevise når en relasjon tilsier at dekning er urimelig. Når det gjelder giftemål, samboerskap og nært slektskap vil det være relativt uproblematisk å slå fast relasjonen. Men i forarbeidene nevnes også situasjoner der arbeidsgiver og arbeidstaker er "kjærester og nære venner".⁷⁶ Denne kategorien er vesentlig mer uklar og mindre konkret. Dette kan skape en rekke bevismessige problemer, for når er man kjærester og når er vennskapet nært nok til at det kvalifiserer til å unnta arbeidstaker fra dekning? En slik vag definisjon samsvarer dårlig med hensynet til forutberegnelighet ettersom en vag formulering gjør det vanskelig for arbeidstaker å innrette seg etter reglene, noe som er viktig på dette rettsområdet.

⁷⁵ Ot.prp nr. 53 (2001-2002) kap. 3.3 s. 5.

⁷⁶ Ot.prp nr. 53 (2001-2002) kap. 3.3 s. 5.

Uttalelsene i forarbeidene, både om hvilke relasjoner og hvilke omstendigheter som taler for å nekte dekning, er ment å være veiledende ved anvendelsen av en svært skjønnsmessig og vag bestemmelse, og er ikke avgjørende ved anvendelsen. Problematismen av de ulike situasjonene ovenfor viser likevel de mange ulike situasjonene som kan oppstå, samt hvilke bevismessigproblemer dette medfører i praksis. Bestemmelsen er vagt utformet i et forsøk på å favne bredt, noe som igjen gjør at den ikke passer like godt på alle situasjoner. Det er da viktig at forvaltningens vurderinger kommer tydelig frem i et avslag for å gi arbeidstakeren mulighet til å ivare ta sin egen rettsstilling og eventuelt imøtegå avslaget.

Av den grunn må det kunne stilles større krav til omstendighetene i saken dersom relasjonen mellom arbeidstaker og arbeidsgiver ikke ligger i dagen og motsatt. For eksempel der omstendighetene ellers skiller seg fra det normale vil det ikke være nødvendig å stille like strenge krav til relasjonen, forutsatt at det er en relasjon. Samtidig som man har departementets uttalelse om det er det er de åpenbare situasjonene som skal rammes i bakhodet. Det kan lette noe på de mange bevismessige problemer ved anvendelsen av § 7 annet ledd.

3.4.3 Daglig leder

Daglig leder står i en særstilling etter at man i lovforslaget i 2004 opphevet det kategoriske unntaket for daglig leder.⁷⁷ Regelen var tidligere svært skjematisk ved at arbeidstaker som utøvde eller kunne utøve vesentlig innflytelse i selskapet i kraft av sin stilling som daglig leder, var unntatt. Dersom daglig leder kunne ha påvirket driften, var det ikke avgjørende om han faktisk hadde gjort det.⁷⁸ Det var en regel som favnet vidt. Før det endelige unntaket ble opphevet forsøkte man å myke opp ved at det ble åpnet for at en daglig leder kunne føre bevis for at han ikke hadde hatt ”vesentlig innflytelse over virksomhetens drift” jf. dekningsloven. § 9-3 annet ledd. Det var da daglig leder som hadde bevisbyrden og måtte argumentere for at han likevel skulle motta dekning. Men i forarbeidene til endringen i 2004 ble det vist til at denne muligheten bare i unntakstilfeller ble innvilget.⁷⁹

Bakgrunnen for opphevelsen av unntaket var, som nevnt innledningsvis, en endring i Insolvensdirektivet 2002/74/EC om hvilke persongrupper som kunne holdes utenfor

⁷⁷ Endret ved lov av 21. desember 2005 nr. 120 (ikrafttredelse 1. januar 2006 ifølge resolusjon 21. desember 2005 nr. 1604).

⁷⁸ Ot.prp nr. 27 (1991-1992) kap 3.8.1 s. 29.

⁷⁹ Ot.prp nr. 107 (2004-2006) kap. 5 s. 4.

dekning.⁸⁰ Spørsmålet om ledende medarbeiders krav på lønnsgaranti hadde vært oppe for EU-domstolen allerede i 1993.⁸¹ I Wagner Miret saken var spørsmålet om det var i tråd med direktiv 80/987/EØF at Spania unntok ”higher management staff” fra dekning. EU-domstolen uttalte at alle arbeidstakere som faller inn under den nasjonale definisjonen av ”arbeidstaker” har krav på dekning.⁸² Det var kun adgang til å unnta grupper av arbeidstakere som var inntatt i et vedlegg til direktivet. I vedlegget var det nærmere beskrevet hvilke grupper arbeidstakere som var unntatt i hvert land. Spania hadde ikke ført inn et unntak for ledende medarbeidere i vedlegget, og EU-domstolen konkluderte med at det ikke var adgang til å unnta ledende medarbeidere fra garantiordningen.⁸³

Da unntaket ble opphevet⁸⁴ i Norge ble det ikke foretatt en vurdering av konsekvensene opphevelsen kunne få, slik man gjorde da unntaket om nærstående ble fjernet. Da gikk departementet grundig gjennom hvilke konsekvenser endringen og innføringen av § 7 annet ledd ville få og hvordan rettsstillingen nå ville bli.⁸⁵ Ved opphevelsen av daglig leder ble det kun uttalt at endringen vil lette antall klagesaker å gjøre reglene enklere; da vil det ”i nær sagt alle konkursar vere ein dagleg leiar som vil ha krav på dekning” med mindre ”andre unntaksregler blir aktuelle og bruke”.⁸⁶ I praksis førte opphevelsen av unntaket for daglig leder til at flere arbeidstakere ville få lønnsgarantiordning. Departementet regnet med at det ville føre til en økning av utbetalinger på ca. 115 millioner kroner årlig avhengig av antall konkurser.⁸⁷

Det er klart at den generelle misbruksbestemmelsen i lønnsgarantiloven § 7 kan få anvendelse også for en daglig leder som en ”arbeidstaker” som ”utfører arbeid i en annens tjeneste” jf. arbeidsmiljøloven § 1-8. Men i vurderingen om vilkårene i de generelle unntakene er oppfylt, redegjort for i punkt 3.2-3.4.1, vil det ikke ha avgjørende betydning at arbeidstakeren hadde stillingen daglig leder.

⁸⁰ Ot.prp nr. 107 (2004-2005) kap. 1 s. 2.

⁸¹ Sak C- 334/92, Sml. 1993 s. I-6911, engelsk oversettelse.

⁸² Sak C- 334/92, Sml. 1993 s. I-6911 premiss 12.

⁸³ Sak C- 334/92, Sml. 1993 s. I-6911 premiss 14.

⁸⁴ Endret ved lov av 21. desember 2005 nr. 120(ikrafttredelse 1. jan 2006. Ifølge resolusjon 21. desember 2005 nr. 1604).

⁸⁵ Ot.prp nr. 53 (2001-2002) kap. 3 s. 5.

⁸⁶ Ot.prp nr. 107 (2004-2005) kap. ”Økonomiske og administrative konsekvenser” s. 4.

⁸⁷ Ot.prp nr. 107 (2004-2005) kap. 1 s. 2.

Unntaket av daglig leder var et viktig unntak fra loven. Når forarbeidene ikke foretar en redegjørelse av rettstilstanden etter opphevelsen av unntaket, oppstår det et særlig spørsmål om rettsstillingen til daglig leder.

Spørsmålet er om uttalelsen om at det ”i nær sagt alle konkurser vil vere ein dagleg leiar som vil ha krav på dekning”, skal tolkes slik at det ikke er rom for å unnta daglig leder begrunnet i hans stilling. Eller om det åpnes for at den generelle bestemmelsen i § 7 annet ledd som gjelder for nærstående, også kan få anvendelse her. I det videre skal det derfor vurderes om § 7 annet åpner for andre relasjon enn slektskap som begrunnelse for at daglig leder på grunn av sin stilling kan unntas fra lønnsgarantiordningen.

Tidligere i oppgaven har vilkåret ”i et slikt forhold til arbeidsgiveren” i § 7 annet ledd blitt tolket til å omfatte særlige relasjoner til arbeidsgiver, hvor arbeidsgiver og arbeidstaker for eksempel er i nær slekt eller er ”kjæreste og venner”.⁸⁸ Her er det tale om nærhet i form av kjennskap til arbeidsgiver. For å ramme daglig leder blir spørsmålet om vilkåret kan tolkes til å gjelde nærhet til beslutninger og avgjørelser som tas i selskapet. Slik at ordlyden også åpner for en vurdering av daglig leders posisjon og oppgaver.

For det første følger det av forarbeidene at for ”tidligere daglig leder” kan det ”tenkes tilfeller hvor lønnsgarantiloven vil kunne fremstå som støtende i forhold til de øvrige kreditorer”, og at § 7 annet ledd vil være en ”sikkerhetsventil i disse tilfellene”.⁸⁹ Dette var før unntaket for daglig leder ble opphevet, men hensynet bak regelen kan likevel tas til inntekt for en tolkning som innebærer unntakelse av daglig leder. Det er fordi daglig leder ofte har en funksjon som gir han særlig innsikt i driften, til og med være ansvarlig for selskapets økonomiske situasjon som følge av hans rett til å ta beslutninger. Det er situasjonen hvor det er støtende for øvrige kreditorer at daglig leders krav blir dekt, mens det ikke er penger igjen i konkursboet til deres krav, forarbeidene viser til.

Lønnsgarantiloven § 7 annet ledd er utformet i samsvar med insolvensdirektiv 2008/94/EF art. 12 b (tidligere art. 10 c da § 7 annet ledd ble innført i 2002⁹⁰). Bestemmelsen gir medlemsstatene mulighet til å avvise eller begrense utbetalingsplikten hvis det fremstår urimelig fordi ”arbeidstakeren og arbeidsgiveren har særlige forbindelser og felles interesser som har resultert i en stilltiende avtale mellom dem”.

⁸⁸ Ot.prp nr. 53 (2001-2002) kap. 3.3 s. 5.

⁸⁹ Ot.prp nr. 53 (2001-2002) kap. 3.3 s. 5.

⁹⁰ Ot.prp nr. 53 (2002-2002) kap. 3.3 s. 5.

Ut i fra ordlyden i art. 12 b direktiv 2008/94/EF syntes ikke den å være til hinder for en tolkning av ordlyden som innebærer at daglig leder som følge av sin posisjon kan nektes dekning.

På bakgrunn av direktivet vil det avgjørende være om det kan føres bevis for at arbeidstakers posisjon som daglig leder har gitt han en forbindelse og felles interesser med arbeidsgiver som har resultert i en ”stilltiende avtale”. En slik situasjon tilsier at det er rimelig å unnta daglig leder ettersom han står i en særstilling sammenlignet med de andre arbeidstakerne. På samme måte som en nærstående skiller seg fra andre arbeidstakere fordi han har en ”slikt forhold” til arbeidsgiver at det er urimelig gi dekning jf. lønnsgarantiloven § 7 annet ledd og drøftelsen i punkt 3.4.2. Disse betraktningene gjør seg gjeldende for en daglig leder som har hatt en avgjørende og vesentlig innflytelse på selskapets økonomiske situasjon.

En innvending er at det kan være vanskelig å føre bevis for at det foreligger en ”stilltiende avtale” mellom daglig leder og arbeidstaker. Et nært samarbeid mellom daglig leder og arbeidsgiver vil ofte være normalt og naturlig. Av den grunn kan det også være problematisk å bevise når deres forbindelser skiller seg fra det normale.

Men sees det hen til vilkårene som vist i punkt 3.4.2 for nærstående, er bevisspørsmålet om arbeidstaker ”står i et slikt forhold til arbeidsgiver” at dekning fremstår ”urimelig”. I begrunnelsen for valg av ordlyd vises det til at relasjonen mellom nærstående tilsier at partene har felles interesse og et ønske om å tilgodese hverandre.⁹¹ Her er det ikke et krav om å bevise at det faktisk foreligger en ”stilltiende avtale” mellom arbeidstaker og arbeidsgiver. Dersom denne argumentasjonen kan anvendes også for daglig leder så vil ikke bevisproblemene være andre enn de samme man møter ved unntaket for nærstående.

Det rent kategoriske unntaket ble opphevet blant annet fordi det rammet urimelig. Hvis dette fortsatt er tilfellet, er det et argument mot en slik tolkning. I den forbindelse er det viktig å peke på at denne tolkningen ikke legger opp til en skjematisk regel. En viktig forskjell er at det i dag er forvaltningen som har bevisbyrden. Det avgjørende vil være om omstendighetene i saken tilsier at daglig leder gjennom sin posisjon har hatt en kontakt med arbeidsgiver som skiller seg fra det normale. Med andre ord må det noe mer til enn kun arbeidstakerens stilling, på samme måte som det for nærstående må noe mer til enn en nær relasjon.

⁹¹ Ot.prp nr. 53 (2001-2002) kap. 3.3 s. 5.

Da EU-domstolen avsa avgjørelsen i Wagner Miret- saken var et sentralt poeng at medlemsstatene kunne innta i et vedlegg til direktivet hvilke grupper arbeidstakere som ikke hadde krav på dekning. Denne muligheten var hjemlet i direktiv 80/987/EØF art. 1 nr. 2. Men ved endringen av Insolvensdirektivet i 2002 opphevet man denne muligheten.⁹² Det vil si at dommen ikke kan tolkes slik at den stenger for at daglig leder kan utestenges etter en bestemmelse som er i tråd med art. 12 b 2008/94/EF.

Spørsmålet er hva dette innebærer for rettsstillingen til en daglig leder. Basert på denne drøftelsen kan ikke direktivet sies å stenge for å unnta daglig leder basert på en vurdering av hans posisjon og innflytelse i driften. Å unnta daglig leder etter § 7 annet ledd som beskrevet ovenfor er heller ikke urimelig sammenlignet med de øvrige unntakene fra lønnsgarantiordningen.

Det er ikke noe mer åpenbart at nærstående på grunn av særlig omstendigheter skal unntas, enn en daglig leder når det kan føres bevis på at han har utnyttet sin stilling. I begge tilfeller vil det i praksis være arbeidstakere som skiller seg fra de øvrige arbeidstakerne gjennom sin særlig posisjon, enten som en nærstående eller daglig leder. Men det er omstendighetene som gjør det urimelig å tilkjenne dekning og rimelig at de selv bærer risikoen for egne handlinger. Tolkningen vil ikke medføre en fare for arbeidstaker å gå inn i en stilling som daglig leder i frykt for ikke å omfattes av lønnsgarantien.

En tolkning av § 7 annet ledd, som også omfatter *nærhet til beslutninger*, er ikke den naturlige forståelsen men ordlyden stenger likevel ikke for en slik tolkning. Dette skulle tilsi at forvaltningen har en slik mulighet. Problemet er at dette spørsmålet ikke er berørt i forarbeidene. I forarbeidene vises det til at bestemmelsen har til hensikt å ramme nærstående og at daglig leder kan unntas etter ”andre unntaksbestemmelser” uten at det presiser hvilke disse er.⁹³ Av den grunn taler reelle hensyn for at daglig leder bare bør unntas der man finner vilkårene i § 7 første ledd oppfylt, eller når daglig leder også har et forhold til arbeidsgiver som redegjort for i punkt. 3.4.2. Å godta en slik tolkning uten at det er nærmere presisert i forarbeidene samsvarer ikke med bestemmelsen opplysningsverdi. Det vil igjen svekke forutberegneligheten og dermed også rettsikkerheten for en arbeidstaker som er daglig leder.

⁹² Rådsdirektiv 2002/74/EF, fortalen punkt nr. 5.

⁹³ Ot.prp nr. 107 (2004-2005) kap. 7 s. 4.

Lovgiver kan her komme på banen for å endre eller utdype hvilke forhold de mener kan unntas fra dekning etter § 7 annet ledd, herunder daglig leder. Verken Insolvensdirektivet art. 12 b eller praksis fra EU-domstolen syntes å stenge for dette. Regelen som unntar nærstående basert på en konkret helhetsvurdering, se punkt 3.4.2, har så langt ikke møtt motstand fra EU eller EFTA, det taler det for at det også må være rom for å unnta daglig leder etter en lignende vurdering.

4 Arbeidstaker som har hatt en eierandel i virksomheten på minst 20 %

Retten til å unnta arbeidstakere med en eierandel på minst 20% har nærmest vært uendret siden lønnsgarantilovens ikrafttredelsen. Unntaket er i samsvar med Insolvensdirektivet 2008/94/EF art. 12 c og det eneste unntaket som gjennomgående har vært i tråd med EU-retten. Den er ikke hjemlet direkte i lønnsgarantiloven, men følger ved en henvisning i § 1 tredje ledd til dekningsloven § 9-3 bokstav b som hjemler hvilke fordringer som er fortrinnsberettiget ved konkurs. Sammenlignet med § 7 er bestemmelsen en langt mer skjematisk regel og et godt bilde på hvordan man opprinnelig ønsket unntakene fra lønnsgarantiloven utformet. I likhet med de andre bestemmelsene er formålet også her å hindre misbruk av lønnsgarantiordningen.

I 1991 ble en prosentsats på 20 % innført. Regelen var tidligere at arbeidstaker som var eier kunne unntas dersom han hadde utøvet vesentlig innflytelse på driften. Innføringen av en fast prosentsats var begrunnet i retts tekniske hensyn og for å motvirke urimelig forskjellsbehandling.⁹⁴ Man valgte denne prosentsatsen fordi man mente arbeidstakere med minst 20 % eierskap har en ”interesse og innflytelse” som taler for at de ikke bør være fortrinnsberettiget overfor øvrige kreditorer.⁹⁵

Denne begrunnelsen samsvarer med det synet EU har på arbeidstakere med eierandel i det aktuelle selskapet. En dom fra EU-domstolen fra 2001 er et godt eksempel.⁹⁶

Tolkningsspørsmålet domstolen skulle ta stilling til, var hvorvidt den svenske bestemmelsen som nektet dekning til arbeidstakere som innen seks måneder før konkurs hadde hatt eierandel i selskapet, var i tråd med direktivet. Spørsmålet var om karantenebestemmelsen på seks måneder var i tråd med direktivet. I forbindelse med tolkningen av direktivet viste domstolen til at art. 12 c bygger på en oppfatning om at arbeidstakere med en eierandel kan ha hatt en betydelig innflytelse på driften og kan derfor også være ansvarlig for virksomhetens insolvens.⁹⁷ Man skal ikke ha en fordel sammenlignet med de øvrige kreditorer når man selv er ansvarlig for den økonomiske situasjonen. Domstolen krever ikke at misbruksbestemmelsen skal stille spørsmål til hvorvidt arbeidstakere med eierandel faktisk

⁹⁴ Ot.prp nr. 27(1991-1992) kap. 3.8.4 s. 30.

⁹⁵ Ot.prp nr. 27(1991-1992) kap. 3.8.4 s. 30.

⁹⁶ Sak C- 30/10, Sml. 2011 s. I-00513.

⁹⁷ Sak C- 30/10, Sml. 2011 s. I-00513, premiss 24.

hadde en reell innflytelse i selskapet, direktivet åpner for å direkte unnta arbeidstakere med eierandel rent skjematisk.

Den norske loven åpner imidlertid for at arbeidstakere med en eierandel likevel kan motta dekning. Etter bestemmelsen vil en arbeidstaker med en eierandel på minst 20 % unntas fra dekning av NAV Lønnsgaranti med mindre vedkommende kan "sannsynliggjøre" at han ikke har hatt "vesentlig innflytelse over driftens virksomhet" jf. dekningsloven § 9-3 annet ledd. Til sammenligning med lønnsgarantiloven § 7, er det her arbeidstaker selv som har bevisbyrden og ikke forvaltningen. Bestemmelsen er derfor ikke så skjematisk som den først kan fremstå.

Samtidig var denne muligheten tilgjengelig også da de nå opphevede unntakene fortsatt var gjeldende rett og ved opphevelsen av daglig leder unntaket viste man til at arbeidstakers mulighet til å bevise at han ikke hadde "vesentlig innflytelse" bare i unntakstilfeller ble innvilget.⁹⁸ Dette taler for at bestemmelsen fortsatt ikke har stor praktisk betydning og et unntak som ikke kommer ofte til anvendelse. Noe som igjen bidrar til å stille unntaket i en særstilling sammenlignet med § 7 som en mer skjematisk og firkantet bestemmelse.

⁹⁸ Ot.prp nr.107 (2004-2005) kap. 5 s. 4.

5 Grenseoverskridende virksomhet

5.1 Presisering og utvikling

Tidligere har oppgaven fokusert på hvilken stilling arbeidstaker har som begrunnelse for å unnta arbeidstaker lønnsgarantiordningen. Den neste problemstillingen omhandler i større grad spørsmål om unntakelse fra lønnsgarantiordningen ved internasjonale arbeidsforhold. De siste tiårene har utviklingen i samfunnet medført en stadig større flyt av selskaper og mennesker over landegrensene. Det er ikke lenger uvanlig at et selskap har virksomhet i flere land, og det er heller ikke uvanlig at deres arbeidstakere kommer fra andre land enn landet der selskapet er hjemmehørende. Denne flyten av arbeidskraft har ført til en et større fokus på regler som beskytter arbeidstakernes rettigheter, også når det gjelder deres krav på lønnsgaranti.

Opprinnelig inneholdt ikke lønnsgarantiloven en særskilt bestemmelse som gjaldt for utenlandske arbeidstakere. Det var lønnsgarantiloven § 2 som avgrenset lovens geografiske virkeområde. En forutsetning for å få dekning fra lønnsgarantiordningen var at bedriften hadde betalt ”arbeidsgiveravgift til (den norske) folketrygden” jf. folketrygdloven § 23-2 hvem. Kort oppsummert skal arbeidsgiver betale avgift for all lønn eller annen godtgjørelse for utført arbeid i Norge. Avgiftskravet representerer ikke bare en geografisk avgrensning, men er også grunnlaget for finansieringen av garantiordningen jf. Lønnsgarantiloven § 2. Men det er ikke et krav at avgiften faktisk er betalt, så lenge arbeidsgiver i utgangspunktet er pliktig til å betale.⁹⁹ At det kun kreves en plikt til å betale arbeidsgiveravgiften har sammenheng med at det ikke er arbeidstaker som betaler avgiften. Situasjonen for et selskap med svak økonomi vil ofte være at avgiften ikke betales. Et krav om at avgiften måtte være betalt ville da gått utover arbeidstaker og loven ville ikke gitt arbeidstaker en reell beskyttelse.

Det er klart at en utenlandsk arbeidstaker som arbeider i et norsk selskap i Norge, vil personen ha krav på dekning på lik linje med andre norske arbeidstakere i samme firma. Men når det gjelder grenseoverskridende virksomhet finnes det en rekke ulike typer arbeidsforhold. For eksempel utenlandske arbeidstakere i Norge som arbeider for et utenlandsk selskap eller arbeidstakere som ikke har en fast arbeidsplass i den forstand at de reiser rundt for et selskap etablert i utlandet.

⁹⁹ Ot.prp nr. 67 (1973-1973) kap. VI s. 21.

Lønnsgarantiloven § 2 løser ikke disse spørsmålene. I forskrift 16. desember 2005 nr. 1566 om utsendte arbeidstakere § 2, om hvilke regler som uansett får anvendelse på utenlandske utsendte arbeidstakere i Norge, er ikke lønnsgarantiloven nevnt.

Disse problemstillingene har oppstått som følge av utviklingen i det internasjonale samfunnet og EU har forsøkt å imøtegå dette ved å innføre en særskilt regel om grenseoverskridende virksomhet i Insolvensdirektivet. En lignende regel ble innført i Norge i forskrift til lønnsgarantiloven § 1-1 i 2006.¹⁰⁰ Bestemmelsen hjemler tre unntak når arbeidstaker har krav på dekning til tross for at arbeidsgiver ikke har plikt til å betale arbeidsgiveravgift. Regelen innebærer at lønnsgarantiordningen også omfatter arbeidstakere som har ”utført arbeid” i Norge for en ”arbeidsgiver hjemmehørende i annet EØS-land” og for lønn ”utført for arbeid i annet EØS-land for arbeidsgiver som bare kan begjæres konkurs i Norge i den utstrekning de ikke får dekning i det landet de er trygdet eller utførte arbeidet” jf. Lønnsgarantiforskriften § 1-1 bokstav b og c.¹⁰¹

Bestemmelsen er utformet i samsvar med Insolvensdirektivet 2008/94/EF art. 9¹⁰² som hjemler når et foretak som driver ”virksomhet på minst to medlemsstaters territorium, er insolvent i henhold til art. 2 nr. 1, skal garantiinstitusjonen i den medlemsstat der arbeidstakeren vanligvis utfører eller utførte sitt arbeid, være ansvarlig for utbetalingen av utestående krav”. Utenlandske arbeidstakeres rett til lønnsgaranti fra Norge er i liten grad omtalt i forarbeidene. Til tross for at det stadig kommer utenlandske arbeidstakere til Norge for å arbeide uten at de er ansatt i et norsk selskap.

I det videre skal det sees nærmere på noen situasjoner hvor arbeidstakere kan unntas fra dekning. Problemstillingen omfatter både situasjonen hvor en utenlandsk arbeidstaker arbeider i Norge for en utenlandsk selskap, samt når arbeidstakeren arbeider i flere land. Den andre problemstillingen knytter seg til i hvilken utstrekning Norge er ansvarlig for utenlandske arbeidstakere i Norge, når selskapets insolvenssituasjon ikke anerkjennes i Norge.

¹⁰⁰ 15. mars 2006 nr. 339, senere endret ved forskrift 5. februar 2013 nr. 141

¹⁰¹ Samt forskrift om lønnsgaranti § 1-1 bokstav a ”arbeidstakere på norske fiske- og fangstfartøyer”.

¹⁰² Tidligere art. 8a direktiv 2002/74/EF.

5.2 Utvikling

Innledningsvis er det nødvendig å kort redegjøre for den utviklingen av reglene som har skjedd, før innholdet og betydningen av lønnsgarantiforskriften § 1-1 skal utdypes.

Problemstillingen om grenseoverskridende virksomhet ble behandlet av EU-domstolen for første gang i 1997 da et britisk selskap gikk konkurs i Storbritannia. Selskapet var registrert i England og hadde arbeidstakere i flere europeiske land, blant annet Danmark. Arbeidstakeren Mosbæk arbeidet i Danmark på et kontor leid av selskapet og utgjorde selskapets eneste tilknytning til Danmark. Spørsmålet var om det var England eller Danmark som var ansvarlig for utbetaling av lønnsgaranti. Konklusjonen til EU-domstolen var at det landet hvor insolvensbehandlingen mot arbeidsgiver var innledet, som var ansvarlig for å dekke arbeidstakerne sitt krav, uavhengig av hvor arbeidet geografisk var utført.¹⁰³

I 1999 kom spørsmålet opp på nytt da et selskap etablert i Irland gikk konkurs.¹⁰⁴ Til forskjell fra Mosbæk-saken, var selskapet i større grad permanent til stede i Storbritannia. De hadde flere filialer der, den største var i Bristol med over 200 ansatte. Selskapet hadde betalt de lovpålagte skatter og avgifter til engelsk myndighet for de britiske arbeidstakerne. Dette i motsetning til i Mosbæk-saken, hvor det ikke var foretatt trekk i samsvar med dansk lov for den lønn Mosbæk mottok. EU-domstolen minnet om kriteriene fra Mosbæk-saken, men oppstiller et tilleggsvilkår for å sikre direktivets sosiale formål. Det avgjørende var hvor arbeidstakeren hadde utført sitt arbeid, noe som normalt ville tilsi ”det sociale og sproglige område, arbeidstakere tilhører.”¹⁰⁵

Det var først etter denne avgjørelsen art. 8a direktiv 2002/74, som lønnsgarantiforskriften § 1-1 bygger på, ble innført. Hensikten var å tydeliggjøre hvilke land som er ansvarlig ved grenseoverskridende virksomhet. Dette var nødvendig for å sikre arbeidstakernes rettssikkerhet og minstekrav på dekning. Avgjørende for hvilket land som er ansvarlig skulle være der arbeidstaker sedvanligvis utfører arbeidet eller der arbeidet hadde vært utført.

¹⁰³ Sak C-117/96, Sml. 1997 s. I-05017.

¹⁰⁴ Sak C-198/98, Sml. 1999 s. I-08903.

¹⁰⁵ Sak C-198/98, Sml. 1999 s. I-08903 premiss 23.

Spørsmålet om når et selskapet drev ”virksomhet på minst to medlemsstaters territorium” var sentralt i Holmquist- saken i 2008.¹⁰⁶ Her ble innholdet i art. 8a direktiv 2002/74/EF tolket.

I dommen kom det frem at det ikke kreves at virksomheten har en fast filial eller et fast driftssted, men det må være en viss grad av tilstedeværelse i en annen medlemsstat.¹⁰⁷ Dette utdypes i premiss 31 hvor domstolen uttaler at det må være en viss ”fysisk infrastruktur i en annen medlemsstat end den stat, hvor virksomheden har etablert sit hjemsted”. Et kontor vil være tilstrekkelig. Samtidig anerkjenner domstolen at en rekke bedrifter og selskaper ikke trenger å ha en fysisk infrastruktur for å kunne utøve en betydelig økonomisk aktivitet. For eksempel innenfor telekommunikasjonssektoren.¹⁰⁸ Men selskapet må likevel være etablert på en måte som krever at menneskelige resurser er tilstede for å utføre arbeidsoppgavene.¹⁰⁹ Holmquist hadde utført transportarbeidet ved å kjøre gjennom andre land, dette var ikke tilstrekkelig til å anse at selskapet drev ”virksomhet på minst to medlemsstaters territorium” jf. art. 8a direktiv 2002/74/EF.

5.3 Ulike konstruksjoner av arbeidsforhold

Hensikten med innføringen av art. 8a 2002/74/EF(i dag art. 9 2008/94/EF) var å klarlegge rettstilstanden, samtidig ansees de tre overnevnte sakene fra EU-domstolen som grunnlag for hvordan en grenseoverskridende situasjon kan løses. Et fellestrekk ved sakene er at selskapet som har gått konkurs har vært etabler eller hatt tilknytning til flere land, men derfra er det meste ulikt. Det er blant annet fordi det finnes så mange ulike konstruksjoner av arbeidsforhold som kan oppstå ved grenseoverskridende virksomhet og det er vanskelig å utforme en generell regel som skal omfatte alle tenkelige tilfeller. Et annet sentralt poeng er at EU-domstolen ansees å ha en mye friere holdning til sine tidligere avgjørelser enn norsk Høyesterett.¹¹⁰ EU-domstolen er i langt større grad formålstro. Det vil si at de vektlegger formålet med EU direktivet når de avgjøre et spørsmål. De tre sentrale avgjørelsene på området, Mosebæk saken, Everson saken og Holmquist saken, er en konsekvens av dette.

At det finnes mange ulike konstruksjoner av arbeidsforhold, uten en klar løsning, kan illustreres med et eksempel: En håndverker er ansatt i et byggefirma som sender sine

¹⁰⁶ Sak C-310/07, Sml. 2008 s. I-07871.

¹⁰⁷ Sak C-310/07, Sml. 2008 s. I-07871 premiss 30

¹⁰⁸ Sak C-310/07, Sml. 2008 s. I-07871 premiss 32

¹⁰⁹ Sak C-310/07, Sml. 2008 s. I-07871 premiss 34

¹¹⁰ Fredrik Sejersted mfl, *EØS- rett*, 3. utgave, Oslo 2011, kap. 10.6 praksis fra EU domstolen s. 234.

arbeidstakere til flere ulike land eller en arbeidstaker arbeider i lengre tid i et annet land i forbindelse med oppstarten av den nye filialen til selskapet. I en slik situasjon har ikke arbeidstakeren en fast arbeidsplass i vanlig forstand. Sett hen til vurderingskriteriene i Everson- og Holmquist-saken så vil det være det lands garantiinstitusjon hvor arbeidstaker ”sedvanligvis utfører” eller ”utførte arbeidet” som er ansvarlig.

Her finnes det flere løsninger. Dersom man lar utgangspunktet være landet arbeidstaker startet arbeidsforholdet i, kan dette begrunnes med at det er her arbeidstaker ”sedvanligvis utfører” arbeidet. En annen løsning er å la det landet arbeidstaker arbeidet sist i, være er ansvarlig. Begrunnelsen vil da være at det var her arbeidstaker ”utførte arbeidet”, selv om han i tid har arbeidet lenger i et annet land fordi det ikke der han ”utførte arbeidet” sist. Det er med andre ord flere løsninger basert på hvordan de to vilkårene tolkes og hvordan den konkrete arbeidssituasjonen til arbeidstaker er. De mange ulike alternativene gjør at landene må bli enige seg i mellom. For å lette på konfliktene om hvilket land som er ansvarlig for utbetaling av lønnsgaranti ved grenseoverskridende virksomhet, innførte man også art. 8b i direktiv 2002/74/EC. Artikkelen fastsetter at medlemslandene skal lage bestemmelser som gir mulighet for å utveksle informasjon om ulike garantiinstitusjonen slik at det kan opplyses om arbeidstakers utestående krav. Det skal også oversendes kontaktopplysninger om garantiinstitusjon til Kommisjonen og de øvrige medlemsland. Formålet med artikkelen er å bidra til et administrativt samarbeid landene i mellom ved anvendelse av art. 8a direktiv 2002/74/EF.

Men dersom man ser problemstillingen fra arbeidstakers ståsted, kan det stilles spørsmål ved hvilke valgmuligheter arbeidstaker har i en slik situasjon. Dette er et sentralt spørsmål da Insolvensdirektivet kun oppstiller en minsterett for arbeidstakerne. Landene står fritt til å utforme en garantiordning som gir arbeidstakerne bedre rettigheter. Ulikhetene landene i mellom går blant annet på hvor langt bak i tid det kan gis dekning for og hva beløpet maksimalt kan utgjøre.

Som vist tidligere er det også opp til nasjonal lovgivning å definere blant annet begrepet ”arbeidstaker” og ”lønn”. Denne åpningen for nasjonale løsninger kan medføre at arbeidstaker for eksempel har fått en ekstra godtgjørelse fra arbeidsgiver som ansees som ”lønn” i et land, men som faller utenfor definisjonen i et annet EU/EØS-land. Arbeidstaker vil her naturlig nok ønske dekning fra det landet som også dekker denne godtgjørelsen.

Et lignende spørsmål kom opp til EU-domstolen i saken mellom Charles Defossez mot Christian Wiare.¹¹¹ Defossez hadde arbeidet i Belgia for et selskap som var etablert i Frankrike. Da selskapet gikk konkurs rettet han krav på dekning til den franske lønnsgarantiordningen. Han fikk avslag og ble henvist til den belgiske garantiordningen, og da saken ble anket ble saken utsatt og fremlagt for EU-domstolen.¹¹²

Det prejudisielle spørsmålet domstolen tok stilling til var om art. 8a anga hvilken garantiinstitusjon som var kompetent på en måte som utelukket andre institusjoner. Eller om bestemmelsen kunne tolkes i tråd med formålet om å styrke arbeidstakers rettigheter, samt gjøre bruk av deres rett til fri bevegelse slik at bestemmelsen ikke fratrar arbeidstakers rett til å gjøre krav på dekning etter en mer gunstig garantiinstitusjon.¹¹³

EU-domstolen viste til vurderingskriteriene i Mosbæk- og Everson- sakene og la vekt på at de nødvendige avgiftene ved lønnsutbetalingen var gjort til Frankrike og at virksomheten ikke hadde den samme faste tilknytningen til Belgia som i Everson-saken. Konklusjonen ble at art. 3 direktiv 80/987/EØF måtte forstås slik at når arbeidstaker har arbeidet i et annet land enn bostedet og arbeidsgiver ikke er varig etablert der, i tillegg til at de har oppfylt avgiftskravene i et annet land, så er det hjemlandets lønnsgarantiordning som er ansvarlig. Deretter påpekes det at selv om direktivet ikke gir adgang til å velge mellom de ulike garantiinstitusjoner, utelukkes det ikke at arbeidstakeren likevel kan søke dekning hos en annen enn det lands garantiinstitusjon som ble indentifisert som den riktige. Forutsatt at det vil være til arbeidstakers fordel og foreskrives i den gjeldende nasjonale lovgivning jf. premiss 31. Det understrekes igjen i premiss 33 at det andre alternativet *må gi* bedre beskyttelse enn den lønnsgarantiordningen som i utgangspunktet ble utpekt som kompetent.

Da spørsmålet kom opp til EU-domstolen kunne ikke endringsdirektivet 2002/74/EF, som blant annet inneholdt art. 8a, anvendes fordi Frankrike ikke hadde implementert direktivet innen den fastsatte fristen og konkursen ble registrert før fristen gikk ut.¹¹⁴ I premiss 22 sier domstolen uttrykkelig at innføringen av art. 8a i direktiv 2002/74/EF innebærer et nytt kriterium og en grunnleggende endring av direktiv 80/987/EØF. Dermed kan det ikke utelukkes at ”en juridiske vurdering” av denne situasjonen vil medføre et annet resultat ved tolkningen av art. 8a.

¹¹¹ Sak C- 477/09, Sml. 2001 s. I-01421.

¹¹² I dag art. 9 direktiv 2008/94/EF.

¹¹³ Sak C- 447/09, Sml. 2001 s. I-01421, premiss 17.

¹¹⁴ Sak C- 447/09, Sml. 2001 s. I-01421, premiss 21-24.

Ved å åpne for at tolkningen av någjeldende direktiv, 2008/94/EF, kan medføre et annet resultat, bidrar domstolen til å gjøre rettstilstanden på dette området klar. Et argument for at standpunktet til EU-domstolen bør opprettholdes er at det gir arbeidstakeren mulighet til å vurdere å velge hvilken lønnsgarantiordning som er mest fordelaktig for han. Dette vil utvilsomt styrke rettighetene til arbeidstakere som arbeider på tvers av landegrensene, noe som også er formålet med direktivet.

Til tross uttalelsen i avgjørelsen, kan hvert fall ikke utelukkes at dersom arbeidstaker får avslag på søknad om lønnsgaranti i landet han arbeider i, så kan han søke på nytt i landet der selskapet er etablert. For eksempel der arbeidstakeren ikke oppfyller de nasjonale kravene i landet personen arbeider i, mens kravene i landet der selskapet er etablert er oppfylt. Også her vil en slik mulighet styrke arbeidstakeres rettssikkerhet ved grenseoverskridende virksomhet.

En løsning som bidrar til en styrkelse av arbeidstakernes rettssikkerhet er et tungtveiende argument. Både fordi en slik løsning samsvarer med Insolvensdirektivets sosiale formål¹¹⁵, men også fordi det innebærer at det ikke vil være arbeidstakere som taper på at selskaper driver virksomhet utover landegrensene. En løsning som stiller arbeidstaker i en dårligere stilling på grunn av grenseoverskridende virksomhet er ikke ønskelig.

5.4 Unntaket i art. 2(4) i insolvensdirektivet 2008/94/EF

En annen problemstilling når det gjelder grenseoverskridende virksomhet knytter seg til hvilke situasjoner arbeidstaker har krav på dekning. Insolvensbegrepet definerer når en virksomhet er insolvent og dermed hvilke situasjoner arbeidstaker har krav på dekning. For å forstå hva som ligger i dette må man inn i Insolvensdirektivet som den norske loven og lønnsgarantiforskriften samsvarer med.

Siden innføringen av Insolvensdirektivet har insolvensbegrepet blir utvidet.¹¹⁶ I dag defineres insolvensbegrepet i art.2(1), direktiv 2008/94/EF. Etter art. 2(1) bokstav a, vil ”arbeidsgiver ansees insolvent” når det i samsvar med nasjonale lover er ”besluttet å innlede gjeldsforhandlinger”. Insolvens foreligger også etter art. 2(1) bokstav b når det er fastslått at virksomheten ”endelig er avviklet, og at de disponible aktiva ikke er tilstrekkelige til å begrunne at forhandlinger innledes”. For at de nasjonale lovene skal være i tråd med

¹¹⁵ ”Vern av arbeidstakere ved arbeidsgivers insolvens” jf. direktiv 2008/94/EF fortalen punkt 1.

¹¹⁶ Ruth Nielsen, *Dansk arbejdsret*, 2. utgave 1. Opplag, København 2012, s. 612.

direktivet må arbeidstaker kunne kreve lønnsgaranti i minst en av disse situasjonen, forutsatt at konkursboet ikke kan dekke lønnskravet. Etter de norske reglene har man krav på lønnsgaranti når konkursen innebærer avvikling av selskapet jf. lønnsgarantiloven § 1 jf. konkursloven kap. VIII i samsvar med Insolvensdirektivet art. 2(1) bokstav b.

Men avvikling av selskapet er ikke den eneste insolvenssituasjonen som hjemler rett til lønnsgaranti i andre EU og EØS- land. Art. 2(1) a og b angir som nevnt minstekravene, men insolvensbegrepet utvides i art. 2(4) hvor det åpnes for at medlemsstatene kan utvide retten til lønnsgaranti i andre insolvenssituasjoner enn de som angis i art. 2(1), ”for eksempel betalingsstans, som er fastslått ved andre framgangsmåter enn de som er nevnt i nr. 1, og som er fastsatt i nasjonal lovgivning.” jf. art. 2(4) direktiv 2008/94/EF. Man trenger ikke å se lengere enn til våre naboland for å finne eksempler på en utvidelse av lønnsgarantiordningen. I Sverige får garantien anvendelse også ”vid konkurs och företagsrekonstruktion” jf. Lönegarantiförordning (1992:501) § 1 og i Danmark i lov om Lønmodtagernes Garantifond § 1 nr. 4 ”under arbejdsgiverens rekonstruktionsbehandling”.

Et eksempel er dersom en arbeidstaker i et dansk-etablert firma starter en ”rekonstruktionsbehandling”. Etter dansk rett gir ”rekonstruktionsbehandling” virksomheter med likviditetsproblemer mulighet til å undersøke om virksomheten enten skal fortsette(rekonstrueres), om det skal inngås en akkoravtale eller om de skal gå konkurs.¹¹⁷ Det vil være et poeng å spørre seg om lønnsgarantiforskriften § 1-1 jf. Insolvensdirektivet art. 9 gjelder når disse arbeidstakerne ”utfører sitt arbeid” i Norge.¹¹⁸

I direktivet åpnes det for en utvidelse av insolvensbegrepet, men det åpnes ikke en tilsvarende utvidelse for dekning når arbeidstakeren utfører arbeidet i et annet land. I Art. 2 (4) annet ledd i Insolvensdirektivet, følger det at utvidelsen ”ikke medføre en garantiplikt for garantiinstitusjonene i de øvrige medlemsstatene i tilfellene nevnt i kapittel IV”. I Kap. IV finne blant annet art. 9 direktiv 2008/94/EF.¹¹⁹

Ettersom Norge ikke har benyttet seg av muligheten til å utvide insolvensbegrepet, vil arbeidstaker *kun* ha krav på dekning fra den norske lønnsgarantiordningen når det er åpnet konkurs i samsvar konkursloven kap. VIII. Ut i fra dette fremstår det som Norge har adgang

¹¹⁷ <https://www.detfagligehus.dk/faa-hjaelp/loenmodtager/i-arbejde/konkurs/rekonstruktion/>

¹¹⁸ De norske reglene om arbeidstakers rett ved virksomhetsoverdragelse faller utenfor oppgavens tema, og vil ikke bli tatt opp.

¹¹⁹ Tidligere art. 8a direktiv 2002/74/EF.

til å unnta arbeidstakere for dekning dersom insolvenssituasjonen faller innenfor utvidelsen av insolvensbegrepet.

Spørsmålet i den videre fremstilling er om dette innebærer at man da kan få en situasjon hvor selskapet, som for eksempel har hovedsete i Danmark havner i en situasjon som ikke omfattes av den norske loven. Arbeidstakerne som til daglig arbeider i Danmark vil ha krav lønnsgaranti, mens arbeidstakere som arbeider i Norge vil få avslag på krav om dekning fra den norske lønnsgarantiordningen begrunnet i art. 2(4) annet ledd. En slik løsning vil innebære at arbeidstakere i samme firma får ulike rettigheter og de utsendte arbeidstakerne får en svakere rettsstilling. Det vil heller ikke samsvare med likebehandlingsprinsippet i EU-retten.

Dette er en relativt kompleks problemstilling og det er flere alternativer tilgjengelig avhengig av faktum i den konkrete saken. Har man for eksempel betalt de nødvendige avgifter i samsvar med norsk lov, kan man henvise til Everson-saken som argument for at den norske lønnsgarantien likevel må være ansvarlig. Et argument til støtte for dette er hensynet til likebehandlingsprinsippet. I Everson-saken la EU-domstolen vekt på at alle ansatte som arbeider i samme land bør motta lik beskyttelse. Når man har betalt de nødvendige skatter og avgifter til Norge, som også står for finansieringen av lønnsgarantiordningen, er EU-domstolen sitt syn at Norge bør dekke de utestående kravene.

Problemet kan også løses ved at disse arbeidstakerne kan fremsette sitt krav i Danmark selv om det ikke er i tråd med direktivet art. 8a. Men under henvisning til rettsavgjørelsen mellom Defossez mot Wiare,¹²⁰ nevnt over, begrunnet i at Danmarks lønnsgarantiordning er mer gunstig for arbeidstakeren ettersom de har et utvidet insolvensbegrep. Det må antas at det er tilstrekkelige holdepunkter til at en slik løsning kan anvendes, selv om dommen ikke bygger på de nyeste direktivene. En slik løsning vil dessuten ivaretar det sosiale formålet bak Insolvensdirektivet.

I Norge kan det syntes som denne problemstillingen er løst ved at § 1-1 bokstav c i forskrift om lønnsgarantiordningen hjemler at dersom selskapet bare kan begjæres konkurs i Norge, så er Norge ansvarlig for lønnsgarantidekning ”i den utstrekning arbeidstakerne ikke får lønnsgarantidekning i det land de er trygdet eller har utført arbeidet”. Regelen gir en beskyttelse til de arbeidstakere som står utenfor lønnsgarantiordningen i landet de arbeider

¹²⁰ Sak C-477/09, Sml. 2001 s. I-01421.

som følge av at selskapet kun kan begjæres konkurs i Norge. Dersom en lignende regel følger i dansk rett så vil dette gi beskyttelse til arbeidstakeren i eksempelet ovenfor.

6 Avslutning og oppsummering

Oppgaven viser hvordan reglene om hvilke arbeidstakere som kan unntas fra lønnsgarantiloven har gått fra et skjematisk regelverk, til et skjønnsmessig. Mens skjematiske regler vil være enkle for arbeidstaker å forholde seg til, er risikoen større for at disse rammer urimelig. Skjønnsmessige regler gir større rom for tilpasning, noe som er positivt når man ser på de mange variasjoner av arbeidsforhold som finnes. Opphevelsen av de skjematiske unntakene har også gjort at flere arbeidstakere i utgangspunktet har krav på dekning. I praksis har dette gjort at bevisbyrden har blitt skjøvet over på forvaltningen, noe som også er til fordel for arbeidstaker.

En svakhet er det likevel da ikke finnes flere rettsavgjørelser på området. Det finnes kun forvaltningspraksis som ikke er tilgjengelig for allmennheten. Forvaltningen legger vekt på egen praksis i avgjørelsene sine, og uklarheter og uavklarte spørsmål løftes derfor ikke frem. Svakheten er tydeligst når det gjelder tvilstilfeller. Klageveien er lang, og å ta saken inn for domstolene vil være både risikabelt, kostbart og vanskelig når arbeidstaker ikke har annet enn en generelt utformet lovtekst å støtte seg til. Arbeidstaker mister her en viktig mulighet til å vite og i det hele tatt vurdere om hans sak er behandlet i samsvar med de krav til likebehandling som gjelder for forvaltningen. Nettopp fordi forvaltningspraksis ikke er tilgjengelig.

Oppgaven viser at særlig lønnsgarantiloven § 7 annet ledd er en vid og generell unntaksbestemmelse. Det er ikke direkte gitt hvilke vurderingskriterier som gjelder, særlig for daglig leder er det lite veiledning å hente i henholdsvis lovtekst, forarbeider og praksis. Det gjør at bestemmelsen har mindre opplysningsverdi for disse arbeidstakerne, noe som igjen går utover forutberegneligheten og arbeidstakers mulighet til å beregne egen rettsstillingen når det gjelder lønnsgaranti.

Også internasjonalt viser oppgaven at det er utfordringer når det gjelder unntakelse av arbeidstaker fra lønnsgarantiordningen. Internasjonal har man innført og endret Insolvensdirektivet i den hensikt å gi arbeidstakere en økt beskyttelse både innad i landet og ved arbeid utover landegrensene. Disse endringene har igjen punkt for punkt ført til endringer også i den norske lønnsgarantiloven, og viser hvor bundet Norge er av EØS-avtalen.

Det er utfordrende når de norske reglene skal tilpasses de internasjonale, også ved grenseoverskridende virksomhet. Reglen skal gi arbeidstaker beskyttelse, samtidig innebærer dette et unntak fra reglene om finansiering av lønnsgarantiordningen. Utvidelsen vil være en økt utgift for Norge, og et naturlig utgangspunkt for Norge vil være å begrense utgiftene på dette punkt. Det kan gå utover arbeidstakere ansatt i et selskap som driver grenseoverskridende virksomhet.

Likebehandlingsprinsippet kommer også inn her. Arbeidstakere innad i samme selskap bør ha krav på lønnsgaranti på lik linje. Det forutsetter god samarbeidsvilje landene i mellom. Problemstillingen er forsøk løst i Insolvensdirektivet og EU-domstolen har avsagt flere avgjørelser på området. Likevel er dette utfordrende fordi det krever et godt samarbeid mellom medlemslandene i EU og EØS-avtalen som har ulike økonomiske utfordringer. Dette kan slå uheldig ut for arbeidstaker som risikerer lang ventetid.

Litteraturliste og kildehenvisninger

Juridisk litteratur:

- Fougner Jan mfl., *Arbeidsmiljøloven, kommentarutgave*, 2. utgave (Oslo 2013)
- Fougner Jan mfl., *Omstilling og nedbemanning*, 2. utgave (Oslo 2011).
- Gjems-Onstad Ole, ”*EØS-avtalen og EØS-loven med kommentarer*” 2. utgave, 1. opplag (Oslo 2000).
- Nielsen Ruth, ”*Dansk arbeidsret*” 2. utgave, 1. opplag (København 2012).
- Nystöm Birgitta, ”*EU och arbetsrätten*”, 3. opplag, (Stockholm 2002).
- Sejersted Fredrik mfl., ”*EØS-rett*” 3. utgave (Oslo 2011).
- Sigeman Tore, ”*Arbetsrätten, en översikt*”, 5. opplag (Stockholm 2010).
- Walin Gösta og Torkel Gregow, ”*Förmånsrättslagen, lönegarantilagen med mer. En kommentar*” opplag 6:1 (Stockholm 2010).

Lover og forskrifter:

- Lov av 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven).
- Lov 14. desember 1973 nr. 61 om statsgaranti for lønnskrav ved konkurs m.v (lønnsgarantiloven).
- Lov av 8. juni 1984 nr. 58 om gjeldsforhandling og konkurs (konkursloven).
- Lov av 8. juni 1984 nr. 59 om fordringshavernes dekningsrett (dekningsloven).
- Lov av 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven).
- Lov av 4. juni 1993 nr. 58 om allmenngjøring av tariffavtaler(allmenngjøringsloven) mv.
- Lov av 28. februar 1997 nr.19 om folketrygd(folketrygdloven).

- Lov av 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.(arbeidsmiljøloven).
- Forskrift av 28. oktober 1998 nr. 999 om statsgaranti for lønnskrav ved konkurs m.v.
- Forskrift 16. desember 2005 nr. 1566 om utsendte arbeidstakere.

Forarbeider og offentlige dokumenter:

- Ot. prp nr. 67 (1972-1973): Om lov om statsgaranti for lønnskrav ved konkurs m.v.
- Ot. prp nr. 27 (1991-1992): Om endringer i lønnsgarantiloven m.m.
- Ot. prp nr. 38 (1997-1998): Om lov om endringer i lønnsgarantiloven m.m.
- Ot. prp nr. 53 (2001-2002): Om lov om endringer i lov 14. desember 1973 nr. 61 om statsgaranti for lønnskrav ved konkurs m.v.
- Ot. prp nr. 9 (2004-2005): Om lov om endringer i folketrygdlova og i enkelte andre lover.
- Ot.prp nr. 107 (2004-2005): Om lov om endring i lov 14. desember 1973 nr. 15 om statsgaranti fir lønnskrav ved konkurs m.v og lov 8. juni 1984 nr. 50 om fordringshavernes dekningsrett (dekningsloven).
- Ot.prp nr. 49 (2004-2005): Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven).
- Ot.prp nr. 88 (2008-2009): Om endringer i allmenngjøringsloven m.m (solidaransvar mv.).
- St.meld nr. 27 (2001-2002) kap 4.3.1 "EØS-avtalens utgangspunkt".
- Prop. 74 L (2011-2012): Endringer i arbeidsmiljøloven og tjenestemannsloven mv. (likebehandling ved utleie av arbeidstakere og tiltak i den forbindelse mv.).
- Prop. 23 L (2013-2014): Endringer i lønnsgarantiloven, permitteringsloven, forskotteringsloven og folketrygdloven (samleproposisjon).

- NOU 2004: 5, Arbeidslivslovutvalget, Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst.

Rettspraksis:

- Rt. 1997 s. 1954 (Løten kommune)
- Rt. 2002 s. 391 (GOD MORGEN)
- Rt. 2013 s. 342
- Rt. 2013 s. 352

Forvaltningspraksis:

Fem saker mottatt fra Arbeids og sosialdepartementet til bruk som illustrasjon i oppgaven. Sakene er fått etter en avtale taushetsplikt for bruk av sakene i en forskningsoppgave.

- Sak A- 16.01.2012.
- Sak B- 30.11.2012.
- Sak C- 07.05.2013.
- Sak D- 27.02.2014.
- Sak E- 26.03.2014.

Internasjonale kilder

- Insolvensdirektivet 80/987/EØF om tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om vern av arbeidstakere ved arbeidsgiverens insolvens, publisert i særskilt vedlegg nr. 2 bind 12 s 144 (St.prp.nr 100 1991-92)EØS-tillegget nr. 35/2014/s. 259.
- Rådskdirektiv 87/164/EØF om endring av direktiv 80/987/EØF om tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om vern av arbeidstakere ved arbeidsgiverens insolvens, publisert i særskilt vedlegg nr. 2 bind 12 s 148 (St.prp.nr 100 1991-92).
- Rådskdirektiv 2002/74/EC om endring av direktiv 80/987/EØF om tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om vern av arbeidstakere ved arbeidsgiverens insolvens, publisert i EØS- tillegget nr. 49/2005/s. 369.

- Rådskdirektiv 2008/94/EF om vern av arbeidstakere ved arbeidsgiverens insolvens, publisert i EØS-tillegget nr. 35/2014/s. 259.

Rettspraksis fra EU- domstolen:

- Sak C-334/92, *Wagner Miret mot Fondo de garantía salarial*, Sml. 1993 s. I-06911.
- Sak C-117-96, *Mosbæk mot Lønmodtagerenes Garantifond*, Sml. 1997 s. I-05017.
- Sak C-198/98, *G.Everson og T.J. Barrass mot Bell Lines*, Sml. 1999 s. I-08903.
- Sak C-441/99, *Soghra Gharehveran mot Sverige*, Sml. 2001 s. I-07687.
- Sak C-447/09, *Charles Defossez mot Christian Wart som kurator for Sotimon SARL*, Sml. 2001 s. I-01421.
- Sak C- 201/01, *Maria Walcher mot Bundesamt für Soziales und Behindertenwesen Steiermark*, Sml. 2003 s. I-08827.
- Sak C-310/07, *Anders Holmquist mot Sverige*, Sml. 2008 s. I-07871.
- Sak C-30/10, *Lotta Andersson mot Sverige*, Sml. 2011 s. side I-00513.
- Sak C-198/13, *Victor Manuel Julián Hernández m.fl. mot Puntal Arquitectura SL m.fl.*(ennå ikke i Sml.).

*** Dato for siste besøk av internettsider og internettartikler er 10.12.14**

Artikler:

- Senter for europarett, ”Lønnsgarantiordningen. Forespørsel om rådgivende uttalelse fra Varbergs”, *EuroRett nr. 12 1995*, publisert på Lovdata.no:
<https://lovdata.no/pro/#document/EUR/eur-1995-12-05?searchResultContext=1072>
- Senter for europarett, ”Lønnsgaranti og aktiviteter i flere medlemsstater”, *Eurorett nr. 17 2008*, publisert på Lovdata.no: <https://lovdata.no/pro/#document/EUR/eur-2008-17-02?searchResultContext=1072>

- Senter for europarett, ”lønnsgaranti ved konkurs”, *Eurorett nr.5. 2011*, publisert på Lovdata.no: <https://lovdata.no/pro/#document/EUR/eur-2011-05-05?searchResultContext=1072>

Internetsider:

- Kommentarer til lønnsgarantiloven av Cathrine Prahls Reusch og David W. Schiøtt tilgjengelig via www.arbeidsrett.no
- Det faglig hus: <https://www.detfaglige.dk/faa-hjaelp/loenmodtager/i-arbejde/konkurs/rekonstruktion/>
- NAV Lønnsgaranti: <https://www.nav.no/no/Bedrift/Oppfolging+og+rapportering/Permittering+og+omstilling/Lonnsgaranti> (Publisert 19.12.2006, Sist endret 22.10.2014)
- Prosa.dk: <https://www.prosa.dk/raadgivning/ansaettelse/rekonstruktion-og-konkurs/>
- Restinformasjon.dk: <https://www.retsinformation.dk/forms/R0710.aspx?id=137055>
- Statistisk sentralbyrå: <https://www.ssb.no/konkurs> Oppdatert: 23.10.14(neste publisering 21.01.15)