

Lønnskrav i konkursbo

Denne artikkelen gjennomgår en rekke praktiske utfordringer i forbindelse med lønnskrav i konkursbo. Blant annet belyses utgangspunktene for dekning i boet, og i hvilke tilfeller arbeidstaker får bedre dekning ved at kravet søkes forskuttet av NAV. I tillegg gis en innføring i sentrale regler og problemstillinger behandling av lønnskrav kan medføre.



Advokatfullmektig
Pia Andrea Bjørnsen
Advokatfirmaet Ræder

Lønnsgarantiens utgangspunkt i norsk rett

I 1974 trådte den første loven som iver tok arbeidstakernes lønnskrav i kraft.¹ Formålet bak loven var å opprette en «statlig garantiordning som sikrer betalingen av forfalte krav på lønn og annet arbeidsvederlag for arbeid i tjenesteforhold».² Loven var ikke begrenset til tilfeller hvor det hadde blitt åpnet konkurs hos arbeidsgiver, og garantien dekket kravene i den utstrekning de hadde fortrinnsrett etter prioritetsloven av 31. mai 1963.³

Siden loven trådte i kraft, har det skjedd en rekke endringer og begrensninger i hva som dekkes av den statlige lønnsgarantiordningen og av arbeidsgivers konkursbo. I dag reguleres arbeidstakers krav på lønn og annet arbeidsvederlag av lønnsgarantiloven og dekningsloven. I tillegg kan særlovgivningen inneholde supplerende bestemmelser som konkursboet må forholde seg til i vurderingen av lønnskrav. Regelsettene er delvis svært overlappende, men i enkelte tilfeller kan arbeidstaker få bedre dekning ved å søke kravet forskuttet av NAV lønnsgaranti enn ved å få kravet utbetalt fra boet.

Ved konkursåpning hos arbeidsgiver, er det svært vanlig at boet mottar krav på dekning av lønn- og feriepengene fra tidligere ansatte. Lønnskrav er, med visse begrensninger, en fortrinnsberettiget fordring i boet. Ettersom det ofte er begrenset med midler i boet til å dekke innmeldte krav, kan det ha stor betydning for arbeidstaker om kravet blir ansett å være en førsteprioritets fordring eller en uprioritert fordring.⁴

Utfordringer i vurderingen av innmeldte lønnskrav i konkursbo

I den senere tiden har det imidlertid blitt mer vanlig å motta krav på vederlag som tradisjonelt ikke faller inn under lønnsbegrepet. Eksempelvis har det blitt mer vanlig at arbeidsgiver tilbyr arbeidstaker bonus eller provisjon i tillegg til fastlønn, dersom arbeidstaker oppnår visse målsetninger i selskapet eller yter en ekstraordinær arbeidsinnsats.

I tillegg har samfunnet blitt mer bevisst på sosial dumping og misbruk av arbeidskraft. Dette kan resultere i tvister mot arbeidsgiver om lønnskravets størrelse, som kan ligge flere måneder eller år tilbake i tid. Dersom arbeidstaker får medhold i et sivilrettslig krav mot arbeidsgiver, er dette imidlertid ikke ensbetydende med at vilkårene etter dekningsloven og lønnsgarantiloven er oppfylt. Vilårene etter lønnsgarantiloven og dekningsloven er objektive, og åpner ikke for en skjønnsmessig vurdering av kravets størrelse eller rettmessighet. Konkursboet er som et utgangspunkt heller ikke bundet av en dom hvor konkursboet selv ikke er part.

Lønnskrav i konkursbo kan derfor by på rettslige utfordringer som fordrer kjennskap til flere ulike regelsett. I tillegg er det flere nye problemstillinger som settes på spissen ved vurderingen av lønnskrav, som ikke tidligere har vært særlig belyst. I denne artikkelen vil jeg forsøke å belyse de problemstillingene som kan oppstå i konkursboets behandling av lønnskrav, både etter dekningsloven og etter lønnsgarantiloven. Artikkelen er i hovedsak begrenset til konkurs i aksjeselskaper, men reglene er i stor grad sammenfallende også ved konkurs i eksempelvis ansvarlig selskap, enkeltmannsforetak og for stiftelser.

Jeg vil først gi en overordnet fremstilling av regelverket og de mest relevante begrensningene som fremkommer av lønnsgarantiloven og dekningsloven, deretter ser jeg nærmere på hvilke krav som er dekningsberettiget samt kravet til sannsynlighet. Deretter trekker jeg frem noen særlige problemstillinger ved garantiforhold, før jeg avslutningsvis gjør en oppsummering.

Begrensninger i lønnsgarantiloven og dekningsloven

Dersom det er midler i boet til å dekke innmeldte lønnskrav, får arbeidstaker som et utgangspunkt utbetaling fra boet etter reglene i dekningsloven kapittel 9. Dersom boet ikke har midler til å dekke lønnskravene, kan boet søke kravet forskuttet av NAV lønnsgaranti. Ordningen sørger for at arbeidstaker på visse vilkår får dekket sine lønnskrav, uavhengig av om det er midler i boet eller ikke.

I enkelte tilfeller får arbeidstaker bedre dekning ved at boet søker kravet for-

1 LOV-1973-12-14-61, Lov om statsgaranti for lønnskrav ved konkurs mv.

2 Ot.prp. nr. 67 (1972-1973) s. 3.

3 LOV-1963-05-31-2, Lov om rekkefølga for krav i konkurs o.a.

4 Reglene om prioritetsrekkefølgen i konkursbo reguleres av dekningsloven kap. 9.



Lønnsgarantien og dekningsloven § 9-3 dekker lønn og annet arbeidsvederlag.

skuttet gjennom NAV lønnsgaranti, enda det er midler i boet til å dekke kravet. Dette fordi lønnsgarantiloven har andre begrensninger enn de som følger av dekningsloven. I dette punktet vil jeg gjennomgå de begrensningene som følger av begge regelsett, og i hvilke tilfeller arbeidstaker kan være best tjent med at kravet blir forskuttet av NAV lønnsgaranti.

Etter lønnsgarantiloven § 1 andre ledd dekker garantien krav på «lønn og annet vederlag», herunder feriepengene. Hva som ligger i dette, kommer jeg nærmere tilbake til i punktet Hvilke krav dekkes av lønnsgarantiordningen og som en førsteprioritets fordring i boet, nedenfor. Kravene dekkes i den utstrekning de har «fortrinnsrett etter dekningsloven kapittel 9», med enkelte begrensninger.⁵ Et utgangspunkt etter

lønnsgarantiloven, er derfor at garantien dekker det samme som følger etter dekningsloven. I dette ligger det imidlertid visse begrensninger og unntak. Innledningsvis bemerkes at ved utbetaling fra NAV lønnsgaranti, har staten regresskrav i boet med samme fortrinnsrett som lønsmottakeren.⁶

Både dekningsloven § 9-3 og lønnsgarantiloven § 1 har begrensninger i 1) *hvilke* krav som kan dekkes, 2) *kravets alder* og 3) *maks dekningsperiode*. Jeg vil gjennomgå disse begrensningene i punktene nedenfor.

Begrensninger i kravets alder

Begge regelsett har begrensninger i kravets alder, men begrensningene er ikke helt sammenfallende. Lønnsgarantien dekker lønnskrav som har forfalt senere enn tolv måneder før

fristdagen, og feriepengene som er opptjent samme år som fristdagen og året før. Etter dekningsloven § 9-3 kan fordringens forfallstidspunkt ikke ligge lenger tilbake enn fire måneder før fristdagen. For feriepengene er det en begrensning på 30 måneder, men fordringen kan ikke være opptjent senere enn 24 måneder før fristdagen. Lønnsgarantien har derfor en mer omfattende dekningsperiode for lønnskrav enn dekningsloven.

Krav bakover i tid og for hvilke perioder som dekkes, beror sjeldent på særlige utfordringer. Begrensningene kan imidlertid også ha betydning for krav fremover i tid, dvs. krav for oppsigelsestid i selskapet. NAV lønnsgaranti dekker lønnskrav i inntil én måned regnet fra konkursåpningstidspunktet.⁷ Etter dekningsloven regnes imidlertid

⁵ Lønnsgarantiloven § 1 tredje ledd.

⁶ Dekningsloven § 9-3 annet ledd siste setning.

⁷ Lønnsgarantiloven § 1 tredje ledd nr. 2.

krav i oppsigelsestiden basert på reglene som fremkommer av arbeidsmiljøloven § 15-3 første til fjerde ledd. Bestemmelsen regulerer oppsigelsesfrister, hvor hovedregelen er at det gjelder en gjensidig oppsigelsesfrist på én måned.⁸ Oppsigelsesfristen regnes imidlertid fra og med første dagen i måneden *etter* oppsigelsen fant sted. Forskjellen i regelsettene kan ha praktisk betydning for arbeidsgiver, idet konkurs i seg selv ikke medfører oppsigelse.⁹

Et praktisk eksempel er dersom konkursåpning i selskapet er 2. august. Etter lønnsgarantiloven er krav i oppsigelsestid begrenset til 2. september, ettersom krav dekkes for inntil én måned regnet fra konkursåpningstidspunktet. Etter dekningsloven vil oppsigelsen gjelde fra konkursboet sier opp arbeidsavtalen, som i dette eksempelet vil gjelde fra 1. september dersom konkursboet sier opp arbeidsavtalen før 31. august. Dette vil som et utgangspunkt medføre at arbeidstaker kan få dekket lønn i oppsigelsestid frem til 1. oktober.

Oppsigelsesfristen etter dekningsloven gjelder imidlertid ikke uavkortet. Dersom arbeidstakeren allerede er i oppsigelsestid ved konkursåpning, får arbeidstaker kun dekket krav i oppsigelsestiden i én måned regnet fra konkursåpningstidspunktet.¹⁰

Hovedregelen om dekning av én måneds oppsigelsestid gjelder uavhengig av individuelle avtaler om oppsigelsestid.¹¹ Avvikende bestemmelser i arbeidskontrakten om oppsigelsestid, er derfor som et utgangspunkt ikke relevant i vurderingen av hvor lenge krav dekkes i oppsigelsesperioden.

Det ligger videre en praktisk begrensning i at annen inntekt arbeidstaker har i oppsigelsestiden går til fradrag i den utstrekning den «kommer isteden-

for inntekt i skyldneres tjeneste».¹² Bestemmelsen er relevant for de tilfeller arbeidstaker får nytt arbeid etter konkursåpning. Inntekt fra nytt arbeid vil da gå til fradrag for eventuelle krav som dekkes av boet i oppsigelsestiden. Eventuell inntekt fra bistillinger arbeidstaker har hatt ved siden av arbeidet i selskapet, går ikke til fradrag.

Viktig for arbeidstaker å melde til NAV

Dersom arbeidstaker ikke får nytt arbeid, får arbeidstaker ikke dividende¹³ med mindre vedkommende innen 14 dager har meldt seg som arbeidssøkende hos NAV.¹⁴ Dette medfører at arbeidstaker potensielt ikke får dekning for hele eller deler av sitt lønnstap. Begrensningen ivaretar blant annet tapsbegrensningsplikten, ved at arbeidstaker søker nytt arbeid etter konkursen. I praksis må arbeidstaker dokumentere at vedkommende har sendt inn meldekort til NAV for den aktuelle perioden.

Både etter lønnsgarantiloven og dekningsloven ligger det videre en begrensning i at fortrinnsretten er begrenset til lønn i seks måneder. Dersom en arbeidstaker har utestående lønn for 24 måneder, vil kun 6 av disse månedene kunne dekkes. Hvilke måneder som dekkes eller søkes forskuttet, er de månedene som gir arbeidstaker best dekning.

Særbegrensninger i kravets størrelse og persongrupper som kan motta dekning

Dekningsloven § 9-3 og lønnsgarantiloven § 1 har videre enkelte særbegrensninger og unntak.

Kravets størrelse

For det første ligger det en begrensning i at utbetaling fra NAV lønnsgaranti er begrenset til et beløp som svarer til to ganger folketrygdens grunnbeløp på fristdagen.¹⁵ Det ligger derfor en begrensning i kravets *størrelse*. Tilsva-

rende begrensning fremkommer ikke av dekningsloven.

Hvem som kan få dekket kravet

For det annet ligger det en begrensning i *hvem* som kan få krav dekket etter dekningsloven § 9-3. Etter bestemmelsen gjelder fortrinnsretten ikke for vederlag opptjent mens arbeidstakeren var i «posisjon» som daglig leder, styremedlem¹⁶ eller hadde eierandel på minst 20 % i virksomheten.

Tidligere var arbeidstaker som hadde vært i slik posisjon i løpet av de siste seks månedene før fristdagen, også unntatt fortrinnsrett for vederlag opptjent etter dette tidspunktet.¹⁷ Tilsvarende begrensning er ikke videreført, og vederlag til styremedlemmer og aksjonærer med minst 20 % eierandel har fortrinnsrett dersom arbeidstakeren «sannsynliggjør» at han ikke har hatt «vesentlig innflytelse» over driften i virksomheten.¹⁸ For daglig leder vil arbeidstaker ha krav på dekning dersom vedkommende «*ikke har hatt slike mandat og fullmakter som normalt ligg til stilling som dagleg leiar*».¹⁹ Dette er nok i praksis ikke så vanlig, og ofte vil daglig leder ha reelle funksjoner som medfører at vedkommende er unntatt fortrinnsrett. Det kan imidlertid tenkes tilfeller hvor arbeidstaker nylig har sluttet som daglig leder, men fremdeles utfører andre oppgaver for selskapet. I slike tilfeller vil arbeidstaker ha fortrinnsrett for perioden vedkommende reelt ikke var daglig leder.

Var arbeidstaker reelt i en posisjon omfattet av unntaket?

Vurderingen av om arbeidstaker har en fortrinnsberettiget fordring i boet må bero på om arbeidstaker *reelt* var i en posisjon som er omfattet av unntaket. Det er arbeidstaker som må sannsynliggjøre at vedkommende ikke var i en slik posisjon, som i praksis kan by på vanskelige skjønnsmessige vurderinger.

Tidligere gjaldt samme begrensning for hvem som kunne få dekning etter dek-

8 Det gjelder imidlertid unntak for tilfeller annen oppsigelsesfrist skriftlig er fastsatt i tariff eller arbeidstaker har vært ansatt i minst 5 år, se aml. § 15-3 første til tredje ledd.

9 Arbeidsavtalers stilling i konkurs reguleres av dekningsloven § 7-11.

10 Se Prop. 23 L (2013-2014) punkt 2.3 og Ot.prp. nr. 38 (1997-1998) s. 31.

11 Ot.prp. nr. 27 (1991-1992) s. 43.

12 Dekningsloven § 7-11 fjerde ledd tredje setning.

13 Dividende er den prosentvise deknningen av kravet kreditorene får ved utbetaling fra konkursboet.

14 Dekningsloven § 7-11 fjerde ledd fjerde setning. Bestemmelsen forutsetter at vedkommende «har hatt mulighet» til å melde seg som arbeidssøkende.

15 Pr. 1. mai 2021 utgjør 2G kr 212 728.

16 Unntaket gjelder ikke arbeidstakernes valgte representanter, jf. dekningsloven § 9-3 nr. 1 bokstav c.

17 Ot.prp. nr. 27 (1991-1992) punkt 5.3.

18 Dekningsloven § 9-3 annet ledd andre setning.

19 Ot.prp. nr. 107 (2004-2005) s. 2.

ningsloven § 9-3, også etter lønns-
garantiloven. Siden 2002 er styreleder
og daglig leder imidlertid ikke unntatt
dekning etter lønnsgarantiloven. Unn-
taket for personer som har minst 20 %
eierandel i virksomheten er imidlertid
oppretholdt også etter lønnsgaranti-
loven.²⁰

Årsaken til endringene er EUs Insol-
vensdirektiv og senere Rådsdirektiv,
hvor det er slått fast at det ikke lenger
er mulig å opprettholde unntaket for
disse persongruppene.²¹ Løsningen
innebærer i praksis at persongruppene
kan få dekket inntil to ganger folke-
trygdens grunnbeløp av den statlige
lønnsgarantien, men at øvrige kravene
ikke vil være prioriterte krav i konkurs-
boet. Arbeidstaker som har vært i en
slik posisjon, vil da være henvist til å få
dekket eventuelt øvrige krav som en
uprioritert fordring etter dekningslo-
ven § 9-6.

Hvilket regelsett som gir arbeidstaker
best dekning, må vurderes konkret i
det enkelte tilfellet.

Krav som dekkes av lønnsgarantiordningen og som en førsteprioritets fordring i boet

Som nevnt i punktet Begrensninger i
lønnsgarantiloven og dekningsloven,
ovenfor, dekker lønnsgarantien og dekn-
ningsloven § 9-3 lønn og annet
arbeidsvederlag. I tillegg dekkes krav
på feriepenger. Hva som ligger i begre-
pene, kan tidvis by på rettslige utfor-
dringer og vurderinger.

Umiddelbart kunne en tenke seg at
dekningen omfattet alle krav på veder-
lag mot arbeidsgiver som er grunnet
arbeidsgiverforholdet. Regelsettenes
dekningsområde er imidlertid snevrere
enn lønnsbegrepet i eksempelvis skat-
teretten, og medfører ikke at alle krav
mot arbeidsgiver er en fortrinnsberet-
tiget fordring.

Av de kravene som i utgangspunktet
dekkes, kan nevnes ordinær lønn,
overtidsgodtgjørelse, feriepenger og
faste tillegg. Utgangspunktet for vurde-
ringen av lønnskravet, er hva som er
avtalt mellom arbeidsgiver og arbeids-
taker.

Krav på bonus og provisjon

Et praktisk eksempel som kan by på
særlige utfordringer, er krav på bonus
og provisjon. Veiledning for bostyrer
utarbeidet av NAV lønnsgaranti har
noe veiledning om hva som skal anses
å være dekningsberettiget.²² Av veilede-
ren fremkommer det at det avgjørende
er om kravene relaterer seg til arbeids-
takers arbeidsinnsats. Eksempler på
dette kan være at deler av lønnen til
arbeidstaker er provisjon for salg i virk-
somheten, som blant annet er vanlig
ved telefon- og dørsalg.

Bonus eller provisjon som relaterer seg
til at selskapet oppnår visse målsetnin-
ger, eller at virksomheten oppnår et
bestemt antall salg, er som et utgangs-
punkt unntatt. Det vises til eksempel
inntatt i veiledningens punkt 8.2:

«I mange bransjer er det vanlig med
ulike typer budsjettbonuser. Dersom
en ansatt har krav på provisjon eller
bonus av for eksempel det totale antall
salg i virksomheten, vil dette i utgangs-
punktet ikke kunne dekkes under
lønnsgarantien, fordi resultatet ikke
kan individualiseres til søkers arbeids-
innsats, resultatet er avhengig av flere
enn søker/betinget av alle de ansatte
sin arbeidsinnsats»

Krav om resultatbonus kan imidlertid
være omfattet dersom eksempelvis
ledelsen har hatt en ekstra motivasjon
til å følge opp de ansatte med sikte på
salgsmessige ytelser. Igjen vil vurderin-
gen bero på om kravet er grunnet
arbeidstakers arbeidsinnsats og ment
som et vederlag for denne innsatsen.
Utgangspunktet for vurderingen er hva
som fremkommer av avtalen mellom
arbeidsgiver og arbeidstaker.

Arbeidstaker kan også ha krav på
bonus og provisjon som ikke kunne
opptjenes som følge av konkursen,
eksempelvis fordi arbeidstaker mistet
muligheten til å utføre arbeid ved kon-
kursåpning. Dette forutsetter at kravet
oppfyller vilkårene for å være fortrinns-
berettiget, og det er forhold hos
arbeidsgiver som er skyld i at arbeids-
avtalen ikke oppfylles.

Kost- og losjikrav mv.

Som nevnt vil faste tillegg som et
utgangspunkt kunne dekkes som en
fortrinnsberettiget fordring, og følgelig
også av lønnsgarantien. Avgjørende er
om kravet er å anse som *vederlag for
utførelsen av arbeidet*, og om det tar
sikte på å dekke et tjenstlig behov. Et
moment som ikke i seg selv er avgjø-
rende, er om beløpet skulle vært innbe-
rettet som lønn. Særskilte ytelser fra
arbeidsgiver er imidlertid som et
utgangspunkt unntatt dersom de er å
anse som en utgiftsdekning, og ikke
vederlag for arbeid.

Som en følge av dette har krav på kost-
og losji, mobil- og avisabonnement
mv. som er nødvendig for utførelsen av
arbeidet, ikke fortrinnsrett.²³ Dersom
ytelsen både fra arbeidsgiver og
arbeidstaker er ment å være vederlag
for arbeidsinnsats, vil kravet imidlertid
være fortrinnsberettiget.

Krav på OTP

Arbeidsgivere plikter som hovedregel å
ha innskuddspensjon for sine ansatte,
hvor obligatorisk tjenstepensjon
(OTP) er innskuddsordningens lov på-
lagte del.²⁴ OTP sikrer at bedriften
sparer minst 2 % opp til 12 G av den
ansattes bruttolønn til pensjon.

Som hovedregel vil krav på OTP ikke
by på særlige utfordringer, da kravet
kan beregnes ut fra arbeidstakernes
øvrige lønnskrav. Dette gjelder også
dersom selskapet i strid med regelver-
ket, ikke har inngått avtale om pen-
sjonsordning. Kravet vil da beregnes
etter lovens minstekrav.²⁵ Ved krav på
OTP av bonus og overtidskompensa-

²⁰ Lønnsgarantiloven § 1 fjerde ledd nr. 1, jf. også Ot.prp.
nr. 107 (2004-2005) s. 3 flg.

²¹ Direktiv 80/987/EØF og 2002/74/EC, se også bakgrun-
nen for endringen i Ot.prp. nr. 107 (2004-2005) s. 3 flg.

²² «Veiledning for bostyrer» er tilgjengelig på NAV sine
nettsider.

²³ Se nærmere veilederen punkt 8.1.

²⁴ Se OTP-loven §§ 1 flg.

²⁵ Se nærmere veilederen punkt 8.8.

sjon, kan vurderingen imidlertid vise seg å være vanskeligere.

Om det skal regnes OTP av slike krav, besvares i utgangspunktet ut fra lov om obligatorisk tjenstepensjon, lov om innskuddspensjon og lov om ytelsesbasert pensjon.

Etter lov om innskuddspensjon § 5-5 første ledd skal innskuddet betales i henhold til selskapets innskuddsplan, og innskuddsplanen skal minst utgjøre 2 % av «lønn» mellom 1G og 12G.²⁶ Tilsvarende fremkommer av tjenstepensjonsloven § 5-5. Spørsmålet om det regnes OTP av bonus må derfor vurderes ut fra lønnsbegrepet i pensjonslovgivningen.

Lønnsbegrepet

Lønnsbegrepet er i forarbeidene til OTP-loven definert som «skattepliktig lønnsinntekt [som] innebærer at pensjonen også vil beregnes av midlertidige og varierende tillegg og naturalytelser, i den utstrekning dette anses som skattepliktig inntekt».²⁷ OTP skal dermed som et utgangspunkt beregnes av bonusordninger, i den utstrekning dette anses som skattepliktig inntekt.

For at det ikke skal regnes OTP av bonus, må innskuddsplanen fastsette at «varierende eller midlertidige tillegg» (eksempelvis bonus) skal være unntatt beregningen.²⁸ Med andre ord må det fremgå av selskapets innskuddsplan dersom bonusutbetalinger skal unntas beregningen av OTP.

Det er vanlig at selskapets innskuddsplan inneholder en bestemmelse om at det i lønnen ikke medregnes godtgjørelse for overtid, skattepliktige naturalytelser, utgiftsgodtgjørelse eller «andre varierende eller midlertidige tillegg». Spørsmålet om OTP av bonus er dekningsberettiget, vil da bero på om bonus i det konkrete tilfellet faller inn under «varierende eller midlertid tillegg».

Varierende vs. faste tillegg

Høyesterett har uttalt at foretakspensjonslovens uttrykk «varierende (...) tillegg» i § 5-4 må avgrenses mot faste tillegg. Avgjørende for om bonus må anses som «varierende tillegg», er om «*tilleggene inngår som en fast del av lønnsordningen, og om opptjeningen er regelmessig*».²⁹

Uttalelsene om at tilleggene må inngå som en fast regelmessig del av lønnsordningen, taler i retning av at midlertidige bonusordninger er unntatt OTP-beregning. Dette vil eksempelvis kunne være bonus basert på selskapets målsetninger, som i utgangspunktet heller ikke er dekningsberettiget etter lønnsgarantiloven § 1 og dekningsloven § 9-3.

Finanstilsynet har spesifisert dette noe videre i en høringsuttalelse hvor det uttales at bonus er «varierende og midlertidig» dersom den etter sin art er midlertidig eller ikke gis regelmessig. I sin forbrukerinformasjon uttaler Finanstilsynet at «*Bonus og andre tillegg vil være en del av lønnsgrunnlaget dersom disse er av varig karakter og utgjør en ikke uvesentlig andel av den samlede lønn*». Uttalelsen ser ut til å ta sikte på bonusordninger i form av «provisjonsavtaler».

Sannsynligheten for kravets eksistens og kravets størrelse

Vurderingen av lønnskrav basert på attesterte timelister, fastlønn eller basert på lønns slipper, beror sjeldent på særlige problemer. Problemene kan imidlertid oppstå i tilfeller hvor arbeidstaker mener vedkommende har jobbet mer enn det som fremgår av attesterte timelister eller opplysninger gitt fra arbeidsgiver. Problemer kan også oppstå dersom timelistene ikke er attestert eller godkjent av arbeidsgiver, eller timelistene er utarbeidet i ettertid. Dette er i utgangspunktet ikke et spørsmål om *hvilke* krav ordningene dekker, men et spørsmål om sannsynligheten av *eksistensen* og *størrelsen* på kravet.

Arbeidstaker har bevisbyrden

Det er arbeidstaker som må sannsynliggjøre «eksistensen og størrelsen» av sitt lønnskrav.³⁰ Det er derfor som et utgangspunkt arbeidstaker som har bevisbyrden for at kravet faktisk eksisterer, og størrelsen på det angitte kravet. Dette kan blant annet gjøres ved å vise til timelister, lønns slipper eller skriftlige avtaler med arbeidsgiver. I tilfeller hvor slik skriftlig dokumentasjon ikke foreligger, har vurderingen imidlertid vist seg å kunne være vanskelig. Vurderingen av arbeidstakers lønnskrav er som et utgangspunkt en objektiv vurdering, som ikke åpner for å hensynta hva arbeidstaker *burde* få i lønnskompensasjon.

Ikke bundet av dom hvor boet ikke har vært part

I enkelte tilfeller har arbeidstaker en rettskraftig dom mot arbeidsgiver, som enten er avsagt før eller etter konkursåpning. Som redegjort for, er konkursboet eller NAV som hovedregel ikke bundet av en dom hvor boet selv ikke har vært part.³¹ Bakgrunnen for at selve resultatet i en dom ikke kan legges uprøvd til grunn, er at bevisbyrden ved en sak mellom arbeidsgiver og arbeidstaker ikke er den samme som bevisbyrden ved søknad om dekning etter lønnsgarantiloven og/eller dekningsloven § 9-3. En domstol vil som utgangspunkt ikke ta stilling til om kravet oppfyller vilkårene for dekning etter lønnsgarantiloven § 1 eller dekningsloven § 9-3.

Konkursboet må derfor på selvstendig grunnlag foreta en vurdering av om de innmeldte kravene anses tilstrekkelig sannsynliggjort til å dekkes som en førsteprioritets fordring etter dekningsloven § 9-3.

En rettskraftig dom vil likevel være et moment i vurderingen av om kravet anses tilstrekkelig sannsynliggjort. I forvaltningspraksis er det særlig vektlagt hvor grundig dommen er, om forholdene i saken er dokumenterte og om det foreligger forklaringer fra forholdsvis objektive parter.

²⁶ 1G svarer til folketrygdens grunnbeløp.

²⁷ Ot.prp. nr. 71 (1999-2000) punkt 19.1.5.2.

²⁸ OTP-loven § 5-5 annet ledd, innskuddspensjonsloven § 5-5 annet ledd og foretakspensjonsloven § 5-4 annet ledd.

²⁹ HR-2016-1446-A avs. 92.

³⁰ Lønnsгарантиforskriften § 3-2 nr. 4.

³¹ Tvistelovens § 19-15 første ledd.

At en domstol har kommet til at det er mest sannsynlig at arbeidstaker har et krav mot arbeidsgiver, er derfor ikke ensbetydende med at kravet kan dekkes som en førsteprioritets fordring i boet eller av NAV lønnsgaranti. Kravet vil imidlertid kunne meldes i boet som en uprioritert fordring etter dekningsloven § 9-6.

Videre kan det gjelde særreguleringer for arbeidstakers yrkesgruppe som må hensyntas i vurderingen av det innmeldte lønnskrav.

Eksempel

Et eksempel er hva som anses å være arbeidstid for yrkessjåfører, som reguleres av forskrift om arbeidstid for sjåfører og andre innenfor vegtransport³² og forskrift om kjøre- og hviletid for vegtransport.³³ Forskriftene har blant annet sin bakgrunn i direktiver fastsatt av EU.³⁴ Regelsettene regulerer blant annet når arbeidstaker utfører lønnspliktig arbeid og bestemmelser om lovpålagt hviletid. Hva som er fastsatt som arbeidstid for yrkessjåfører, kan følgelig være med på å belyse hvilket krav arbeidstakeren kan få dekket som en fortrinnsberettiget fordring.

Særlig om garantistillelse

Et vilkår for å få dekning for kravet er videre at alle dekningsmuligheter er uttømt. Dette er grunnet i at boets dekning og dekningen fra NAV lønnsgaranti skal være subsidiær. Dette kan by på praktiske utfordringer i tilfeller arbeidstaker har meldt inn kravet flere steder, for eksempel under en garanti. Hvilken type garanti eller sikkerhetsstillelse det gjelder, kan også ha betydning for vurderingen.

Temaet har særlig praktisk betydning når kreditor har meldt sine krav i konkursboet og hos garantistiller, eller garantiforpliktelsene av ulike årsaker ikke er oppfylt av garantistiller forut for konkursen. I tillegg kan kravet overstige garantiens pålydende eller det har oppstått tvist om kravets rettmessighet under garantien.

Hvordan skal konkursboet forholde seg til slike problemstillinger? Problemstillingen er relevant også utenfor temaet lønnskrav i konkursretten, da det har blitt mer vanlig at eksempelvis morselskaper stiller sikkerhet for datterselskapets forpliktelser.³⁵

Særegent med sikkerhetsstillelse er nettopp at kreditor i visse tilfeller får en fordel på de øvrige kreditorenes bekostning. I konkursrettslig sammenheng vil eksempelvis en panthaver som har gyldig rettsvern for pantet, i prinsippet ikke berøres av konkursen.³⁶ Enkelte garantier kan imidlertid stille seg annerledes enn ordinære sikkerhetsstillelser for en enkeltkreditor, ved at garantien kan gjelde for alle selskapets forpliktelser. I slike tilfeller blir det også et spørsmål om konkursboet kan tre inn i garantien stilt til selskapet, og fordele garantimidlene til samtlige kreditorer eller til en nærmere angitt gruppe av kreditorer. Arbeidstaker med innmeldt lønnskrav i konkursboet og under garantien vil da kunne motta oppgjør fra konkursboet uten å forholde seg til garantien.

Jeg vil i det videre først se på konkursboets rett til å tre inn i garantiavtaler. Deretter vil jeg gjennomgå de problemstillingene som oppstår når arbeidstaker har meldt inn kravet flere steder, og hvordan konkursboet skal forholde seg til tilfeller der kravet overstiger garantiens pålydende.

Konkursboets rett til å tre inn i garantiavtaler

Spørsmålet har mest relevans for det tilfellet at selskapet er pålagt å stille en garanti for virksomheten, eksempelvis NS 8405 punkt 9.2 om entreprenørens kontraktsmessige forpliktelse overfor byggherren eller sikkerhetsstillelse for gods- og persontransportvirksomhet etter forskrift om yrkestransport med motorvogn og fartøy § 7. Sistnevnte

forskrift bygger på fordring EF 1071/2009 art. 7 nr. 1 jf. art 3, hvor det fremkommer at foretaket «*til enhver tid [skal] være i stand til å oppfylle sine økonomiske forpliktelser i løpet av regnskapsåret*». Ved slike kontraktsforhold skal løyvehaver av fellesskapsløyve fremlegge en garantierklæring fra bank eller forsikringsselskap. Garantierklæringen tilgodeser *enhver* kreditor hvis fordring oppstår under utøvelse av løyvehavers virksomhet som person- eller godstransportør.

Løyvegarantien

En arbeidstaker som har uoppgjorte lønnskrav, kan derfor melde kravet inn under løyvegarantien. Garantien opphører imidlertid ved selskapets konkurs, men arbeidstaker har fremdeles rett til å få utbetalt kravet under garantien. For det tilfellet kravet er ubestridt, fordrer dette sjeldent problemer. Kravet som dekkes under garantien, vil da gå til fradrag for fordringen i boet. Dersom arbeidstaker ikke får dekket sitt fulle krav under garantien, kan det imidlertid oppstå spørsmål om hvilke deler av kravet som er dekket under garantien. Dette kommer jeg nærmere tilbake til i punktet nedenfor.

Utbetaling kan ta flere år

For det annet kan det ha oppstått tvist om kravet forut for konkursåpning. I slike tilfeller vil garantistiller ofte ikke være forpliktet til å utbetale under garantien før det foreligger rettskraftig dom eller forlik. Dersom konkursboet utbetaler hele eller deler av kravet, risikerer det derfor at arbeidstaker senere får dobbel dekning for sine krav på bekostning av øvrige kreditorer. I tilfeller tvisten fortsetter etter konkursåpning, og saken er oppe for flere instanser, kan det derfor ta flere år før arbeidstakerne får utbetalt sine lønnskrav.

Garantiens stilling

Garantiens stilling i konkurs er ikke særskilt regulert i konkurslovgivningen, og det finnes lite rettspraksis på området. Spørsmålet må vurderes ut fra dekningsloven § 7-3 første ledd, hvor det følger at konkursboet har «rett til å tre

32 FOR-2005-06-10-543.

33 FOR-2007-07-02-877.

34 Se EU-direktiv 2002/15/EF.

35 I denne artikkelen vil jeg kun belyse de temaene som er relevant for vurderingen av lønnskrav, og ikke utdype nærmere de særlige problemstillingene som kan oppstå ved garantistillelser og konkurs.

36 Full dekning for kravet forutsetter at kreditors krav ligger innenfor pantets verdi; se, dekn. § 8-14. For øvrig vises til panteloven § 1-9 bokstav c, konkursloven § 117 flg. og dekningsloven kap. 8.

inn i de gjensidig tyngende avtaler skyldneren har sluttet». Konkursboets rett til å tre inn i avtalen griper likevel ikke inn i den annen parts rett til å påberope «insolvensen som opphørsgrunn etter avtalens art», jf. bestemmelsens annet ledd.

Lagmannsretten har i en dom fra 2021 kommet til at et konkursbo som en hovedregel ikke har rett til å tre inn i garantiavtaler.³⁷ Lagmannsrettens begrunnelse er at unntaksbestemmelsen i dekningsloven § 7-3 annet ledd kom til anvendelse, da garantiavtaler i hovedsak bygger på en forutsetning om videre solvens. Saken omhandlet morselskapsgaranti i et konkursrammet datterselskap, og ble ikke tillatt fremmet for Høyesterett. Utgangspunktet blir derfor at konkursboet ikke kan tre inn i garantiavtalen, og at arbeidstaker og konkursboet må forholde seg til det anmeldte kravet i konkursboet og under garantien.

Garantien dekker ikke arbeidstakers fulle krav

For det tilfellet garantien ikke dekker arbeidstakers fulle krav, kan det ha stor betydning for arbeidstaker hvilke krav som dekkes under garantien og hvilke krav som dekkes av boet. Dette har sammenheng med begrensningene i dekningsloven og lønnsgarantiloven, særlig hva gjelder kravets alder.

I ordinære oppgjørssituasjoner er hovedregelen at debitor har uinnskrenket valgrett av hvilken gjeldspost som skal dekkes først. Har debitor ikke tatt et valg, skal de eldste postene gjøres opp først. Subsidiært gjelder en valgrett for kreditor, dersom debitor ikke har tatt et aktivt valg.³⁸

Dersom arbeidstaker har krav mot arbeidsgiver for flere år tilbake i tid, vil arbeidstaker som en hovedregel være avskåret fra å få kravet dekket som en førsteprioritets fordring i boet. Krav som faller innenfor regelsettenes dekningsområde, vil arbeidstaker imidlertid få dekket, forutsatt at de øvrige kravene er oppfylt. Det er derfor i

arbeidstakers interesse at de eldste kravene dekkes under garantien, og at de nyere kravene dekkes av konkursboet.

Hvilken praktisk betydning dette vil ha for konkursboet, vil kunne variere ut fra om de øvrige garantimidlene inngår i boets beslagsrett eller ikke. Dersom garantiens innestående er innskutt fra konkursdebitor, vil øvrig innestående på garantien tilfalle boets beslagsrett etter dekningsloven § 2-2. Dersom garantien er stilt fra en tredjeperson, er utgangspunktet imidlertid det motsatte.

Avslutning

Det er en rekke problemstillinger som kan oppstå i boets vurdering av arbeidstakers lønnskrav. Vurderingen av hvorvidt et krav er fortrinnsberettiget eller ikke, vil variere fra tilfelle til tilfelle, og kan til tider være vanskelig.

Utgangspunktet er at det må dokumenteres at kravet var ment fra både arbeidstaker og arbeidsgiver som vederlag for den arbeidsinnsats arbeidstaker gjør for virksomheten. Viktige momenter i denne vurderingen kan være om kravet fremstår regelmessig, inngår som en del av lønnsgrunnlaget og fremkommer av arbeidsavtalen.

I tilfeller kravet er meldt flere steder, har arbeidstaker som et utgangspunkt valgrett om hvilken fordring som dekkes hvor. Dette kan til tider medføre at det tar lang tid før arbeidstaker får utbetalt sitt krav i konkursboet, i tilfelle garantiens pålydende er uavklart. Dette kan være som følge av rettslige tvister eller uenighet om kravets størrelse eller rettmessighet.

³⁷ LB-2020-7846 (Habitat-dommen).

³⁸ Bergsåker, Pengekravsrett (2011) s. 302.