

# Lønnsgaranti for ansatt som eier aksjer i konkursrammet selskap

6.12.2023 (2023/3542)

Saken gjaldt lønnsgarantidekning for en ansatt eier med en eierandel på 20 prosent i det konkursrammede selskapet. Etter dekningsloven § 9-3 andre ledd andre setning skulle dekning gis dersom eieren ikke hadde hatt vesentlig innflytelse over driften i virksomheten. Nav mente at eieren hadde hatt vesentlig innflytelse fordi han kunne delta på generalforsamling, og danne et flertall mot vedtektsendringer sammen med andre aksjonærer. Det var etter Navs syn ikke av betydning at de andre eierne var straffedømt for konkursen i selskapet, eller at det aldri var avholdt generalforsamling.

Ombudet mente at Nav hadde praktisert lovbestemmelsen feil og for strengt. Ved vurderingen er det etter lovens ordlyd og lovforarbeidene av betydning hvilken innflytelse som faktisk har vært utøvd. Nav hadde kun vurdert hvilken innflytelse som kunne ha vært utøvd. Nav ble bedt om å behandle saken på nytt og endre praksis.

## Sakens bakgrunn

(1) X AS (heretter selskapet) startet sin virksomhet i 2020. Selskapet var eid av fire aksjonærer, hvor A hadde en eierandel på 20 prosent. A var også ansatt som avdelingsleder i Bergen. De øvrige eierne holdt til på Østlandet og hadde eierandeler på 51, 20 og 9 prosent. Største eier var styreleder og daglig leder frem til høsten 2020, da den andre eieren med en andel på 20 prosent overtok som daglig leder.

(2) Skatteetaten leverte 27. januar 2021 konkursbegjæring til Bergen tingrett for utestående krav på arbeidsgiveravgift og forskuddstrekk. Det ble åpnet konkurs i selskapet 23. februar 2021.

De to største eierne ble straffedømt for forhold ved konkursen i dom av Oslo tingrett 4. februar 2023.

(3) A søkte konkursboet om utestående lønn og feriepenger med 298 458 kroner for perioden 1. april til 31. august 2020. Kravet ble avslått under henvisning til at A hadde en eierandel på minst 20 prosent i selskapet, jf. dekningsloven § 9-3 første ledd nr. 1 bokstav b. Boet mente at A hadde hatt vesentlig innflytelse over driften av selskapet, slik at det ikke var grunnlag for unntak fra regelen, jf. andre ledd andre setning.

(4) NAV Arbeid og ytelse Sarpsborg kom ved vurderingen av lønnsgaranti til samme resultat i sitt vedtak av 3. juni 2021. I begrunnelsen kom det fram at det ikke var «avgjørende om [A] brukte de rettighetene [han] hadde som eier. Gitt eierandelen på 20 prosent mente Nav at han hadde «mulighet til vesentlig innflytelse over driften».

(5) Vedtaket ble påklaget av A. Ved klagebehandlingen fant NAV Arbeid og ytelse Kristiania ikke grunn til å endre vedtaket. Saken ble derfor oversendt til NAV Klageinstans Oslo og Akershus. Klageinstansen opprettholdt avslaget i sitt vedtak av 14. juni 2023.

(6) I vedtaket skrev NAV Klageinstans til A at «det er rettighetene du har hatt gjennom eierskapet ditt og muligheten til å benytte disse som skal vurderes, ikke om du faktisk har benyttet deg av dem». Klageinstansen mente at A hadde hatt mulighet til å benytte seg av sine eierrettigheter. Det ble særlig nevnt at han kunne delta på generalforsamling, få behandlet saker der og stemme. Det ble også nevnt at A sammen med andre aksjonærer kunne danne et såkalt negativt flertall. Det var ikke av betydning at de to største eierne ble straffedømt for konkursen.

(7) A ba gjennom advokat Morten Gjesdahl om at avgjørelsen til NAV Klageinstans skulle omgjøres. Det ble blant annet vist til at klageinstansen kun foretok en formell vurdering av forholdet. I vedtak av 5. juli 2023 bestemte klageinstansen at vedtaket ikke skulle omgjøres. Beslutningen ble begrunnet med at A hadde en «teoretisk mulighet til å utøve innflytelse i selskapet».

(8) Saken ble ved advokat Gjesdahl klaget inn for Sivilombudet 1. august 2023. I klagen viste A til at Nav ikke hadde foretatt en individuell og reell vurdering av opplysningene han hadde kommet med. Det at A utviklet en dårlig relasjon til de øvrige aksjonærer, og arbeidet i Bergen, innebar at han reelt sett ikke hadde hatt tilstrekkelig innflytelse.

## Våre undersøkelser

(9) Vi fant grunn til å undersøke saken nærmere med Arbeids- og velferdsdirektoratet. I brev av 13. september 2023 spurte vi direktoratet om deres forståelse av dekningsloven § 9-3 andre ledd andre setning, og vilkåret om at arbeidstakeren ikke har hatt vesentlig innflytelse over driften av virksomheten. Vi viste til direktoratets oppfatning om at det avgjørende ved bestemmelsen er om arbeidstakeren har hatt mulighet til å utøve vesentlig innflytelse. Det ble spurt om forståelsen hadde støtte i lovens ordlyd og forarbeider.

- (10) Videre viste vi til at Nav blant annet har begrunnet forståelsen med langvarig forvaltningspraksis. Vi spurte om hvor lang og fast praksisen er.
- (11) Til slutt spurte vi om hva som skal til for at en arbeidstaker med 20 prosent eierandel har sannsynliggjort at vedkommende ikke har hatt vesentlig innflytelse over driften.
- (12) Arbeids- og velferdsdirektoratet ved rettsseksjonen svarte i brev av 18. oktober 2023. I svaret sto det at lovens ordlyd kan tilsi at det avgjørende er den faktiske innflytelsen som arbeidstakeren har hatt eller utøvd. Bestemmelsen må imidlertid forstås i lys av lovhistorikken. Det har vært unntak fra fortrinnsretten for lønnskrav fra arbeidstakere med eierandel siden dekningsloven tråde i kraft. Bakgrunnen for bestemmelsen var at den som har hatt vesentlig innflytelse over selskapet ofte vil kunne være ansvarlig for en konkurs, jf. NOU 1972:20 s. 351. Opprinnelig omfattet unntaket av retts tekniske grunner både den som «utøvde eller kunne utøve» en vesentlig innflytelse over skyldnerens forretning i kraft av sin eierandel.
- (13) Direktoratet skrev videre at den skjønnsmessige regelen i 1992 ble endret til et absolutt unntak for arbeidstakere med en eierandel på minst 20 prosent. Endringen ble begrunnet med retts tekniske hensyn og for å motvirke urimelig forskjellsbehandling, jf. Ot.prp.nr.27 (1991-1992) punkt 3.8.4. Ved den siste lovendringen i 2002 ble det igjen åpnet for en viss individuell vurdering. I lovforarbeidene er det vist til tilfeller hvor arbeidstaker i praksis ikke har hatt noen reell innflytelse, til tross for en formell eierandel, jf. Ot.prp.nr.53 (2001-2002) punkt 2.1 og 2.2. Som eksempler er det nevnt at arbeidstakeren ikke har møtt på generalforsamling eller brukt sin stemmerett.
- (14) Direktoratet mente at forarbeidene ikke kunne forstås slik at bestemmelsen skal omfatte tilfeller hvor arbeidstaker velger å ikke benytte seg av sine eierrettigheter og innflytelse. Det ble vist til uttalelser i lovforarbeidene om at lovendringene ikke ville gi særlig store praktiske konsekvenser, og at lovendringen var ment for de åpenbart urimelige tilfellene. Hvis arbeidstaker ikke benytter seg av eierrettighetene sine, vil det ikke være åpenbart urimelig å nekte lønnsгарantidekning. En eventuell endring av en slik langvarig praksis ville vært grundig drøftet i forarbeidene. Oppfatningen støttes også i juridisk teori.
- (15) Til vårt spørsmål om forvaltningspraksisens lengde svarte direktoratet at forståelsen konsekvent har vært lagt til grunn siden lovendringen i 2002. Først hos Arbeids- og sosialdepartementet da de tidligere klagebehandlet lønnsгарantisaker, og så senere av NAV Klageinstans.
- (16) Direktoratet svarte til slutt at det må vurderes konkret hva som skal til for at arbeidstakeren ikke har hatt vesentlig innflytelse. Det ble vist til noen eksempler fra praksis. Disse gjaldt unntak dersom én av aksjeeierne har over to tredjedels flertall, arbeidstakeren har hatt såkalte B-aksjer uten stemmerett, om virksomheten er forbundet med et holdingselskap eller en franchiseavtale, utestengelse fra generalforsamling eller sykdom som innebar at arbeidstakeren ikke kunne benytte seg av fullmektig. Motsatt vil en eierandel på over 33,3 prosent hos arbeidstaker, et såkalt negativt flertall, tilsi at lønnsгарantidekning ikke gis.

(17) Direktoratets svar ble oversendt til A. Det ble gitt svar 24. oktober 2023 fra advokat Gjesdahl, hvor argumentasjonen i klagen ble opprettholdt.

## Sivilombudets syn på saken

(18) Spørsmålet i saken er om Nav har en rett forståelse av dekningsloven § 9-3 andre ledd andre setning og hva som ligger i kravet om at arbeidstaker har sannsynliggjort at «han ikke har hatt en vesentlig innflytelse over driften» av det konkursrammede selskapet.

### Forståelsen av dekningsloven § 9-3

(19) Det står i lønnsgarantiloven § 1 at staten ved konkurs dekker krav på lønn og feriepenger «i den utstrekning de har fortrinnsrett etter dekningsloven kapittel 9», jf. tredje ledd. Etter dekningsloven § 9-3 første ledd er «lønn eller annet arbeidsvederlag i skyldnerens tjeneste» gitt fortrinnsrett.

(20) Det er gjort enkelte unntak fra utgangspunktet om dekning av lønnskrav. Blant annet står det videre i første ledd nr. 1 bokstav b at «vederlag til arbeidstaker som har hatt eierandel i virksomheten på minst 20 prosent» er unntatt dekning. Unntaket gjelder imidlertid ikke der en arbeidstaker med minst 20 prosent eierandel «sannsynliggjør at han ikke har hatt vesentlig innflytelse over driften i virksomheten».

(21) Etter *lovens ordlyd* er vurderingstemaet hva det innebærer at arbeidstakeren ikke har hatt vesentlig innflytelse over driften i det konkursrammede selskapet. Det er et spørsmål om ordlyden sikter til at arbeidstakeren faktisk har hatt innflytelse, eller om den også dekker situasjonen der han eller hun hadde mulighet til å påvirke. Slik lovbestemmelsen er formulert er det etter Sivilombudets syn mest nærliggende å forstå teksten som at det er avgjørende om arbeidstakeren rent faktisk har hatt påvirkning på driften av selskapet. Også direktoratet mener som nevnt at ordlyden i seg selv kan tilsi at det er den faktiske innflytelsen som arbeidstakeren har hatt som er avgjørende.

(22) *Lovforarbeidene* gir etter ombudets oppfatning klar støtte til en forståelse om at det er den faktiske påvirkningen som er avgjørende ved vurderingen etter lovbestemmelsen. Bakgrunnen for lovendringen i 2002 var at EU i forbindelse med tilpasningen til EUs insolvensdirektiv 80/987/EEC i 2002 mente at den tidligere lovbestemmelsen var for streng, se Ot.prp.nr.53 (2001-2002) s. 1. Den tidligere lovbestemmelsen oppstilte et absolutt unntak for lønnsgaranti for alle ansatte som hadde en eierandel over tjue prosent. I forbindelse med forslaget til ny lov uttalte departementet at den tidligere reguleringen ble «oppfattet som urimelig», og gav tydelig uttrykk for et skille mellom eierskap og faktisk påvirkning på det konkursrammede selskapet. Blant annet ble det uttalt at «det kunne være slik at man i praksis ikke har hatt noen reell innflytelse over virksomhetens drift selv om man formelt sett har vært daglig leder, styremedlem eller hatt en eierandel», se s. 2.

(23) Skillet mellom eierskap og faktisk påvirkning ble videre tydeliggjort i lovforarbeidene ved at det skal foretas «en viss individuell vurdering» av eierens innflytelse, se s. 3. For ansatte som har

hatt en eierandel i det konkurranserammede selskapet står det følgende om vurderingen:

«Dersom man har hatt en eierandel på mer enn 33,3 prosent vil dette tilsi at lønnsgarantidekning normalt ikke blir innvilget. I et slikt tilfelle vil man ha såkalt negativt flertall og i realiteten kunne ha stor innflytelse på virksomhetens drift. Momenter som kan trekke i retning av at arbeidstakeren ikke anses å ha hatt innflytelse, kan for eksempel være manglende oppmøte på generalforsamling eller at man ikke har benyttet sin stemmerett».

(24) Noe tilsvarende er nevnt for ansatte som har vært styremedlem, ved at lønnsgarantidekning kan gis dersom hen «ikke har mottatt styredokumenter eller deltatt på styremøter, men kun har vært oppført proforma som styremedlem».

(25) Ombudet forstår uttalelsene som at departementet har åpnet for at det kan gis lønnsgarantidekning uavhengig av eierandel. Eksempelene om manglende oppmøte og stemmegivning på generalforsamling viser at det ikke er eierandelen i seg selv og muligheten den gir som er av betydning, men om rettighetene som eier er benyttet. Muligheten for innflytelse som eierandelen gir synes ikke å være tilstrekkelig for å bli unntatt lønnsgarantidekning. Det er vanskelig å se noen annen forståelse av eksempelvis departementet nevner. Tilsvarende gjelder for uttalelsene om ansatte som har vært styremedlem, men ikke møtt på styremøter eller mottatt saksdokumenter.

(26) Det kommer også fram i lovforarbeidene at departementet mente at lovendringen ikke ville «gi særlig store praktiske konsekvenser», og at «normalt vil en arbeidstaker som har vært styremedlem eller eier med en eierandel på minst 20 prosent ha innflytelse på driften». Endringen skulle omfatte tilfeller hvor det ville være «åpenbart urimelig at lønnsgarantidekning blir nektet». Uttalelsene kan tilsi at departementet la opp til en nokså streng vurdering, men de kan også leses i lys av en antagelse om hvor ofte en som har 20 % eierandel eller mer, ikke også utøver innflytelse. Uansett er uttalelsene fullt forenlig med at den innflytelse som faktisk er utøvd gis avgjørende betydning, gitt de øvrige uttalelsene i lovforarbeidene.

(27) Oppsummert viser lovforarbeidene at det særlig kan være aktuelt med lønnsgarantidekning ved en eierandel mellom 20 og 33,3 prosent. Dersom den ansatte eieren sannsynliggjør at vedkommende faktisk ikke har hatt vesentlig innflytelse, må lønnsgarantidekning likevel gis. Dette må vurderes konkret for det enkelte tilfellet. Ved vurderingen vil det blant annet være av betydning om eieren har møtt og stemt på generalforsamling.

(28) Direktoratet har vist til *lovhistorikken* til støtte for sin tolkning av bestemmelsen. Etter ombudets syn tilsier imidlertid også *lovhistorikken* at muligheten for innflytelse ikke er avgjørende. Fra 1984 var unntaket av retts tekniske hensyn ikke knyttet til en bestemt eierandel, men til om arbeidstakeren «utøvde eller kunne utøve en vesentlig innflytelse over skyldnerens forretning i kraft av sin [...] eierandel». Regelen var likevel «vanskelig å håndtere i praksis», og den førte til en «relativt streng og konsekvent forvaltningspraksis» som var «tilnærmet objektiv», jf. Ot.prp.nr.27 (1991-1992) s. 28. Ved lovendring i 1992 ble bestemmelsen derfor helt objektiv og knyttet til om aksjeposten var på over 20 prosent.

(29) Gjeldende lovforarbeider i Ot.prp.nr.53 (2001-2002) gir som nevnt uttrykk for en streng praksis, men ombudet mener at det ikke er holdepunkter for at den strenge praksisen som gjaldt mellom 1984-1992 skulle gjeninnføres. Den opprinnelige ordlyden ble heller ikke tatt inn igjen i loven. Vurderingen er nå om man «har hatt», ikke om man «utøvde eller kunne utøve» innflytelse slik loven lød før endringen i 1992. Ombudet mener at dersom retts tekniske hensyn fortsatt skulle tale for en enklere og svært streng vurdering, burde det kommet fram i gjeldende ordlyd eller lovforarbeider.

(30) Opprinnelig var *formålet* med å unnta ansatte eiere fra lønnsgarantidekning at «de som har hatt en vesentlig innflytelse over forretningsførselen før konkursen, ofte selv vil kunne bebreides at det gikk dårlig», jf. NOU 1972:20 s. 351. Etter ombudets oppfatning slår ikke formålet til for en eier som ikke har påvirket driften og måten selskapet ble styrt på. Det sosiale formålet bak lønnsgarantiordningen ble videre styrket i 2006 ved at det etter nye krav fra EU ble gitt dekning også til arbeidstakere som har vært daglig leder eller styremedlem, jf. lønnsgarantiloven § 1 fjerde ledd nr. 1. Den styrkingen av lønnsgarantiordningen som gradvis har skjedd er etter ombudets oppfatning relevant, og taler for en mindre streng forståelse enn den Nav har lagt til grunn.

(31) Av *andre rettslige argumenter* har Nav vist til lovkommentaren til lønnsgarantiloven av Bergsland, Madsen og Nilsen side 23. Uttalelsen det vises til i lovkommentaren er imidlertid hentet fra NAV Lønnsgarantis egen Veiledning for bostyrer – den statlige lønnsgarantiordningen (oktober 2018). I punkt 5.2 på s. 11 i veiledningen står det at det er uten betydning om arbeidstakeren faktisk benytter seg av muligheten til å utøve innflytelse. Når den motsatte løsningen følger av lovens ordlyd og lovforarbeidene, kan ombudet ikke se at veilederen og henvisningen til denne i juridisk teori kan begrunne en annen forståelse. Navs praktisering av regelen fra 2002 kan heller ikke ha avgjørende betydning når praksisen er til ugunst for borgerne og ikke har tilstrekkelig forankring i loven, sml. blant annet Høyesteretts dommer HR-2021-2126-A avsnitt 67 og Rt. 2003 s. 1821 avsnitt 39.

(32) Etter gjennomgangen av de relevante rettslige argumentene mener ombudet at det avgjørende etter dekningsloven § 9-3 er om arbeidstakeren sannsynliggjør at vedkommende ikke faktisk har hatt vesentlig innflytelse på driften av selskapet. Lovens ordlyd og de nyeste lovforarbeidene gir tydelig støtte til en slik forståelse. Lovhistorikken tilsier også at en mulighet for innflytelse ikke er nok til å nekte lønnsgarantidekning.

## **Vurdering av Navs vedtak**

(33) Som vist har Nav i vurderingen av As søknad lagt vekt på hvilke muligheter han hadde for å påvirke driften av selskapet. Det er ikke gjort en vurdering av hvilken innflytelse han faktisk har hatt. Dette gjelder både i underinstansen og Nav Klageinstans. Blant annet er det i vedtaket til Nav Klageinstans nevnt at A kunne delta på generalforsamling, få behandlet saker der og stemme. Det ble også nevnt at A sammen med andre aksjonærer kunne danne et negativt flertall. Nav har videre fremhevet at det ikke hadde betydning at to av de andre eierne ble straffedømt i forbindelse med konkursen i selskapet.

(34) Med den forståelsen av dekningsloven § 9-3 som ombudet har gjort rede for foran, vil det ha betydning om det ble avholdt generalforsamling, og om A møtte og stemte. Videre er det av betydning om A faktisk dannet et negativt flertall, og hvordan de reelle mulighetene for dette var. Slik ombudet forstår det, ble det i perioden A var eier aldri avholdt generalforsamling med mulighet for å stemme. De andre eiernes påvirkning kan også være et relevant forhold i helhetsvurderingen av As innflytelse. I dette tilfellet ble to av de andre eierne straffedømt i forbindelse med selskapets konkurs. Disse hadde samlet en eierandel på 71 prosent og var både daglig leder og styreleder. Nav har ikke tillagt noen av de nevnte forholdene betydning i sin vurdering.

(35) Nav har også vist til As mulighet til å be om at det ble avholdt generalforsamling. Etter aksjeloven § 5-6 andre ledd kan en aksjeeier med «minst en tidel av aksjekapitalen» be om ekstraordinær generalforsamling for å få behandlet «et bestemt angitt emne». Bestemmelsen innebærer at også en ansatt eier med krav på lønnsgarantidekning, ved en eierandel under 20 prosent, har mulighet til en slik innflytelse. Ombudet mener derfor at det å kunne innkalle, og innkalle, til generalforsamling ikke alene kan være avgjørende for å nekte lønnsgarantidekning. Retten til å innkalle til generalforsamling er heller ikke nevnt blant eksemplene i lovforarbeidene.

(36) På denne bakgrunn mener ombudet at Nav har gjort feil både ved forståelsen og anvendelsen av dekningsloven § 9-3 andre ledd andre setning, ved å ikke vurdere de nevnte forholdene, jf. sivilombudsloven § 12 første ledd bokstav a. Ombudet ber om at Nav vurderer As sak på nytt med utgangspunkt i ombudets forståelse av lovbestemmelsen. Det presiseres at ombudet ikke har tatt stilling til utfallet av saken.

(37) Nav har i sin redegjørelse nevnt forhold som innebærer at en ansatt eier ikke har hatt vesentlig innflytelse over driften, og derfor skal gis lønnsgarantidekning. Disse gjaldt unntak dersom én av aksjeeierne har over to tredjedels flertall, arbeidstakeren har hatt såkalte B-aksjer uten stemmerett, om virksomheten er forbundet med et holdingselskap eller en franchiseavtale, utestengelse fra generalforsamling eller sykdom som innebar at arbeidstakeren ikke kunne benytte seg av fullmektig.

(38) Ombudet mener at eksemplene kan tilsi at den svært strenge praksisen fra perioden 1984 til 1992 feilaktig er blitt videreført. Unntakene som er nevnt er tilnærmet objektive, ved at de kun gjelder tilfeller hvor den ansatte eiers eierandel ikke har noen reell innflytelse. Som vist er dette en feil forståelse av dekningsloven § 9-3 andre ledd andre setning. Ombudet ber Nav om å endre praksis i samsvar med ombudets forståelse av lovbestemmelsen.

## Konklusjon

(39) Ombudet er kommet til at Nav har praktisert dekningsloven § 9-3 andre ledd andre setning for strengt. Ved vurderingen av om en arbeidstaker og eier ikke har hatt vesentlig innflytelse over driften av det konkursrammede selskapet, må det vurderes hvilken innflytelse som faktisk er utøvd. Nav har kun vurdert hvilken innflytelse som kunne ha vært utøvd.

(40) Nav bes om å behandle saken til A på nytt etter ombudets forståelse av lovbestemmelsen. Nav bes også om å endre «Veiledning for bostyrer – den statlige lønnsgarantiordningen» i tråd med ombudets forståelse, slik at det kommer fram at det må gjøres en konkret vurdering av hvilken innflytelse eieren faktisk har hatt. Ombudet ber om å bli orientert om utfallet av saken og endringen av veilederen innen 5. februar 2024.

6.12.2023 (2023/3542)