



Stavanger, 2. februar 2021

Vår ref.:

**ANKE
TIL
HØYESTERETTS ANKEUTVALG**

Lagmannsrettens

saksnummer: 20-177109ASK-GULA/AVD1

Ankende part: Plog AS
v/styrets leder
Marknesringen 2
4052 Røyneberg

Prosessfullmektig: Advokat Katrine Gjestemoen
Advokatfirmaet PricewaterhouseCoopers AS
Postboks 150
4065 Stavanger

Ankemotpart: Staten v/Skatteoppkreveren i Sola kommune
Postboks 99
4097 Sola

Prosessfullmektig: Egen

Saken gjelder: Videre anke over Gulating lagmannsretts
kjennelse datert den 06.01.21 som forkastet anke
over kjennelse over konkursåpning.

1. Innledning

Det vises til Gulating lagmannsretts kjennelse datert den 06.01.21 hvoretter lagmannsretten forkastet anken over konkursåpningskjennelsen fra Stavanger tingrett datert den 19.10.20.

Ankende part påanker herved Gulating lagmannsretts kjennelse av 06.01.21 til Høyesteretts ankeutvalg. Anken er en videre anke over en kjennelse, slik at Høyesteretts kompetanse er begrenset til å prøve lagmannsrettens saksbehandling og lovtolkning, jfr. tvisteloven § 30-6 bokstav b og c.

Det anføres fra denne side at det foreligger feil ved rettsanvendelsen og saksbehandlingen, herunder at lagmannsretten har lagt til grunn uriktig forståelse av skattebetalingsloven og folketrygdloven under vurderingen av «klar og forfalt gjeld» i konkursloven § 63.

Det bemerkes at ankefrist for kjennelser er 1 måned, jfr. tvisteloven §§ 29-5 første ledd, jfr. § 30-3 første ledd. Kjennelsen ble avsagt den 06.01.21. Denne anken er således rettidig.

Undertegnede er ny prosessfullmektig for ankende part og overtar etter advokat Hege Oftedal da hun er innstilt som konstituert tingrettsdommer i Stavanger tingrett og avvikler sitt arbeidsforhold i Advokatfirmaet PwC AS.

2. Vilkår for konkursåpning

2.1. Insolvenspresumsjonen i § 63

Lagmannsretten har i kjennelse av 06.01.21 kun vurdert hvorvidt vilkårene for konkursåpning i medhold av konkursloven § 60, jfr. § 61, var oppfylt på konkursåpningstidspunktet. Denne side er av den oppfatning at det rettslige utgangspunkt er *konkursloven § 63*. Av bestemmelsen hitsettes følgende:

«(d)ersom skyldneren har lobestemt regnskapsplikt, eller har hatt slik regnskapsplikt i det siste år før konkursbegjæring ble innsendt, skal insolvens i alminnelighet antas å foreligge når konkurs begjæres av en fordringshaver som bevislig har krevd skyldneren for klar og forfalt gjeld og som minst 4 uker deretter har latt forkynne for skyldneren en oppfordring til å betale innen to uker. Konkursbegjæringen må i tilfelle være kommet inn til retten i løpet av de første to uker etter at betalingsfristen utløp».

Bestemmelsen inneholder en insolvenspresumsjon som ikke bygger på utlegg eller stans i betalinger. Presumsjonen forutsetter at en kreditor kan sannsynliggjøre at det foreligger klar og forfalt gjeld. Etter denne bestemmelsen er således bevisbyrden hva gjelder grunnlaget for kravet og kravets forfalltidspunkt, lagt til kreditor – ikke debitor.

Det er antatt at domstolen bør utvise forsiktighet ved anvendelsen av bestemmelsen og nøye påse at vilkårene er oppfylt. Vilråene i § 63 fortolkes strengt. Det vises til avgjørelsen inntatt i LF-2006-102519. Bestemmelsen er videre utførlig behandlet i NOU 1972: 20 og konkursrettslig kildemateriale.

Gjelden skal være klar og forfalt, jf. Rt. 2003 s. 909. Tvilsomme krav kan ikke danne grunnlag for insolvenspresumsjon.

Dersom bare deler av kravet er «klart», må hver del av kravet vurderes for seg.

Fra ankende part anføres at gjelden som pretenderes å være grunnlag for å fastslå at Plog AS er insolvent, ikke er klar og forfalt i henhold til bestemmelsen. Lagmannsretten har lagt til grunn uriktig forståelse av skattebetalingsloven og folketrygdloven under vurderingen av «klar og forfalt gjeld» i konkursloven § 63.

For ordens skyld bemerkes at til tross for at det stilles strengere krav til sannsynlighetsovervekt ved vurderingen etter § 63, er det lagt til grunn at det også etter § 60 skal foreligge betydelig sannsynlighetsovervekt knyttet til tvil om insolvensen, jfr. Rt. Rt. 2004 s. 118.

2.2. «Klar og forfalt» gjeld.

Bakgrunnen for at selskapet ikke løpende betaler skatteforpliktelser ved forfall er knyttet til ikke-returbare asylsøkeres rett til å ta lønnet arbeid, herunder arbeidsgivers forpliktelser i forlengelsen av et slikt arbeidsforhold. Styreleder i ankende part har redegjort for og forsøkt å illustrere problemstillingen i et hjelpedokument som ble fremlagt som bilag til anken til lagmannsretten.

Styreleder vil fremholde at problemstillingen kan illustreres ved skattebehandlingen av arbeidstakeren Melat. I 2014 søkte hun skattekort. I 2015 ble hun trukket 50 % skatt og beløpet ble innbetalt skatteetaten. I dag har hun fortsatt ikke fått skatteoppgjøret fra 2015. Politiet ville ikke straffeefølge arbeidsforholdet i 2015, og henla straffesaken som omfattet arbeidsforholdet i 2017. Påtalemyndigheten ville ikke innlemme henne i siktelsen i 2019. Det anføres at forholdet er representativt for det store flertallet av de ansatte i Plog AS.

2.2.1. Rapportering

Lagmannsretten har ikke tatt stilling til om arbeidsgiver har oppfylt rapporteringsplikten da lagmannsretten er av den oppfatning at kravet om tvangsmulkt ikke får betydning for suffisiensvurderingen.

Denne side anfører at ankende part har foretatt rapportering på eneste mulige måte og fastholder merknader i anken til lagmannsretten.

2.2.2. Skattetrekk

Det følger av skattebetalingsloven § 5-1 (1) at skattekort skal utstedes «for alle skattytere som må forutsettes å få trekkpliktig inntekt av betydning». De ansatte i Plog AS nektes likevel å få utstedt skattekort. Det foretas heller ikke skatteoppgjør for denne gruppen ansatte.

All den tid det ikke foretas skatteoppgjør for denne gruppen ansatte, innebærer trekk med 50% for dem – i motsetning til andre arbeidstakere, at de aldri får tilbakebetalt overskytende for mye innbetalt skattetrekk fra Staten.

Det anføres fra denne side at det foreligger mangeårig brudd på skatteforvaltningslovens § 9-2 (3) og § 9-3 (3). Som det framgår ovenfor, har for eksempel Melat fortsatt ikke fått skatteoppgjør for 2015 til tross for at alle veiledninger fra skatteetaten ble fulgt for dette inntektsåret. Arbeidsgiver har i denne saken ikke ønsket være delaktig i det som oppfattes å være «lønnstyveri» overfor denne gruppen ansatte.

Skatteoppkreveren har på sin side anført at trekkgrunnlaget for de ureturnerbare asylsøkerne er 50% som følge av at de ikke får utskrevet skattekort. Lagmannsretten har, i likhet med tingretten, kommet til at skyldner plikter å avsette og innbetale 50% skattetrekk fra de ansatte i Plog AS - selv om dette fører til at trekket åpenbart overstiger skatteplikten til den enkelte ansatte.

Lagmannsretten synes å ha lagt til grunn at ankende part har ment at det skal gjøres unntak for arbeidsgivers plikt til å trekke skatt, det er ikke riktig. Ankende part har imidlertid anført at det prejudisielt må tas stilling til hvorvidt skatteetaten kan innkreve 50 % skatt – et reelt og objektivt alt for høyt skattetrekk for den enkelte ansatte, uten å foreta skatteoppgjør og hvor således skatteopprekker beholder et alt for høyt skattetrekk.

Ankende part anfører at kravet om 50% skattetrekk fra lovgiver ikke er ment som en permanent og livsvarig løsning for skatteyttere som har søkt skattekort, men blir nektet dette. Videre anføres at praksis hvoretter skattetrekk fra skattytere som ikke gis påfølgende skatteoppgjør, ikke er i samsvar med lovgivers intensjoner. Dersom de ureturnerbare asylsøkere skal trekkes 50% av bruttoinntekt hele året, hvert år, hele sitt yrkesaktive liv, er dette ikke bare urimelig, men en praksis som undergraver lovgivers intensjoner, de praktiske, operasjonelle behov og tillitten til skattemyndighetene.

Dersom lagmannsretten hadde lagt til grunn en realistisk beregning av den enkelte ansattes skattetrekk og ikke gjennomgående 50% trekk for alle ansatte, vil kravet fra Staten for insolvensvurderingen være betydelig lavere enn det lagmannsretten har lagt til grunn. Dette er avgjørende for vurderingen av om det foreligger et reelt og forfalt krav fra kreditor.

2.2.3. Arbeidsgiveravgift.

Lagmannsretten har kommet til at det ikke er grunnlag for Plog AS sine innsigelser mot kravet om arbeidsgiveravgift. Lagmannsretten slutter seg til tingrettens vurdering om at kravet på arbeidsgiveravgift skal medtas i suffisiensvurderingen selv om kravet ikke er endelig fastsatt.

Skatteopprekkeren har erkjent at kravet ikke er forfalt. Det er anført at selskapets unnlathet hva gjelder rapportering må føre til at kravene likevel anses forfalt.

Skatteopprekkeren kan ikke høres med anførselen. Det foreligger ingen unnfalhet eller unnlathet fra arbeidsgiver. Lagmannsretten har ikke begrunnet hvorfor de er kommet til at gjelden skal medtas i suffisiensvurderingen når ikke engang Skatteopprekkeren har beregnet kravet. Lagmannsretten konkluderer bare med at kravet skal medtas i suffisiensvurderingen selv om kravet ikke er endelig fastsatt. Dette er å anse som en feil ved lovanvendelsen og gjelden kan ikke anses å være «klar og forfalt» i lovens forstand.

Arbeidsgiveravgift er en skatt som arbeidsgivere er pålagt til å betale som et prosentuet påslag på lønnskostnader. Arbeidsgiveravgiften skal bidra til å finansiere folketrygdens utgifter.

Ingen av de ureturnerbare asylsøkerne har trygderettigheter i Norge. De gis ikke mulighet til å bli medlemmer av folketrygden, se folketrygdlovens § 2-1 (3)

Tingretten har i premissene, som lagmannsretten er enig i, vist til ankende parts anførsler hva gjelder at arbeidsgiveravgiften skal finansiere folketrygden og at dette isolert sett kan støtte argumentasjonen om at arbeidsgiveravgift i et tilfelle som dette, ikke skal svares. Lagmannsretten viser imidlertid til at bestemmelsen i folketrygdloven ikke gjør unntak for ureturnerbare flyktninger. Lagmannsretten viser også til lovforarbeidene og det som i Ot.prp. nr. 29 (1995-96) uttales som plikt til å svare arbeidsgiveravgift for arbeid utført av arbeidstakere som ikke er trygdet i Norge.

Fra ankende part anføres at sitatet fra lovforarbeidene ikke er dekkende for den foreliggende situasjon. Tilfellet for de ureturnerbare asylsøkerne ansatt i Plog AS har mer til felles med unntaksbestemmelsen inntatt i § 23-2, sett hen til at de ansatte i Plog AS - slik som utenlandske

statsborgere som ikke er bosatt i Norge og ansatte på norske skip, ikke har mulighet til å være medlemmer av folketrygden. Dette er ikke vurdert av lagmannsretten.

Lagmannsretten har ikke tatt stilling til dokumentasjonen fremlagt fra ankende part hvor det klart fremkommer at det ikke skal betales arbeidsgiveravgift og trygdeavgift. Dokumentasjonen denne side sikter til er skrevet fra Staten datert 15.12.2016.

Tingretten har i kjennelse av 19.10.20 vist til et brev av 24.11.2016 fra Skatt Vest og kommet til at dette brevet ikke kan forstås slik at det ikke skal betales arbeidsgiveravgift og trygdeavgift for arbeidstakere som ikke er medlem av folketrygden og ikke skal betale trygdeavgift. Tingretten skriver at «(u)ttalelsen ikke er nærmere begrunnet, og tillegges begrenset vekt.»

Denne side er ikke kjent med at et brev av denne dato eksisterer og har således heller ikke lagt frem et slikt brev. Ankemotpart viser også til brev datert den 24.11.2016 i sitt anketilsvar. Lagmannsretten har ikke selv tatt stilling til dokumentasjonen, men viser til tingrettens vurdering som bygger på brevet av 24.11.2016. Dette må anses å være en saksbehandlingsfeil og Høyesteretts ankeutvalg må legge til grunn Skatteetatens uttalelser i brev av 15.12.2016 i vurderingen av om gjelden er «klar og forfalt».

Skrivet fra Staten datert 15.12.2016 gjelder den foreliggende sak og er del av en lengre kommunikasjon mellom selskapets ledelse og Skatteetaten. Avsender av skrevet var på tidspunktet for utarbeidelse godt kjent med virksomheten, skatte- og avgiftsproblematikken og vanskelighetene med å følge gjeldende regelverk med hensyn på rapportering med videre.

Arbeidsgiver fikk den gang forklart at det måtte skilles mellom ansatte som ikke var medlem i folketrygden (altså frivillig), og dem som ikke fikk bli medlem (altså ufrivillig). Ankende part hadde selv ikke kompetanse til å overprøve Skatteetatens uttalelser og kunne ikke annet enn å forholde seg til den veiledning som ble gitt.

Skatteoppkreveren må også forholde seg til den veiledning de selv har gitt. Når det er gitt uttrykk for at det ikke skal svares arbeidsgiveravgift, kan kravet heller ikke anses å være «klar(t) og forfalt» på konkursåpningstidspunktet. Skatteoppkreveren har ikke bestridt at det fremsatte krav strider mot veiledningen som er gitt.

Det bemerkes at ankende part først ble kjent med kravet om arbeidsgiveravgift i ankemotpartens prosesskriv til Stavanger tingrett av 24.09.2020. Ankende part har følgelig forholdt seg til den veiledning som tidligere er gitt, og handlet i god tro om at det ikke skal svares arbeidsgiveravgift, frem til dagen før rettsmøte til behandling av konkursbegjæring ble avholdt den 25.09.20. Av prosesskrivet av 24.09.20 fremgår det for øvrig også at «kravene (...) ikke er forfalt».

Ankende part anfører følgelig at lagmannsretten har lagt til grunn uriktig forståelse av folketrygdloven § 23-2 første ledd. Det riktige må være at *det ikke skal svares arbeidsgiveravgift* i foreliggende tilfelle. Uansett, er ikke gjelden «klar og forfalt» i konkurslovens forstand, ettersom kravet ikke engang er fastsatt.

3. Anken reiser spørsmål av betydning utenfor denne foreliggende sak og må fremmes til behandling, jft. tvisteloven § 30-5.

Saken reiser prinsipielle rettslige spørsmål knyttet til ureturnerbare asylsøkeres rettigheter, herunder spørsmålet om hvorvidt skatteetaten kan innkreve 50 % skatt for ureturnerbare asylsøkere

uten å foreta skatteoppgjør, samt spørsmålet om ureturnerbare asylsøkeres plikt til å svare arbeidsgiveravgift når de ikke har trygderettigheter i Norge (ikke medlem av folketrygden).

Ankende part har avsatt skattetrekk for sine arbeidstakere, avsatt arbeidsgiveravgift og merverdiavgift knyttet til arbeidsforholdene og driften. Ankende part har siden 2015 forsøkt å få en avklaring fra Skatteetaten på hvorledes selskapet skal forholde seg på lovlig måte for overholdelse av forpliktelser overfor det offernlige. Det er forsøkt betalt skattetrekk, arbeidsgiveravgift og andre forpliktelser, uten at dette har latt seg gjøre.

Ankende part ønsker en avklaring av lovligheten av Skatteetatens praksis og hvorledes arbeidsgiver skal forholde seg i et tilfelle som dette.

Saken reiser spørsmål utenfor denne foreliggende saken, og vektige hensyn taler for at Høyesterett fremmer anken til behandling, jft. tvisteloven § 30-5.

4. Annet

For det tilfellet at ankende part vinner frem, nedlegges påstand om å bli tilkjent sakskostnader. Det er for utarbeidelse av anken medgått i overkant av 2 timer og kreves tilkjent totalt kr 6 400.

5. Påstand

Det nedlegges slik

p å s t a n d :

1. Gulating lagmannsretts kjennelse datert den 06.01.21 i sak nr. 20-177109ASK-GULA/AVD1 oppheves og anken fremmes til behandling ved lagmannsretten.
2. Plog AS tilkjennes sakens omkostninger for Høyesterett.

Denne ankeerklæring er innsendt via opplasting i aktørportalen.

Stavanger, 2. februar 2021
Advokatfirmaet PricewaterhouseCoopers AS

Katrine Gjestemoen
Advokat