

REGJERINGSADVOKATEN

Oslo, 18.02.2021
2021-0173 MEM/vtt

ANKETILSVAR

TIL

HØYESTERETT

Sak nr: 20-177109ASK-GULA/AVD1

Ankende part: Plog AS
v/styrets leder Arne Viste
Marknesringen 2
4052 RØYNEBERG

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

Ankemotpart: Staten v/Skatteetaten
Postboks 9200 Grønland
0134 OSLO

Prosessfullmektig: Regjeringsadvokaten
v/advokat Marius Emberland
Postboks 8012 Dep
0030 OSLO

1 INNLEDNING

Det vises til ankeerklæring datert 02.02.2021, forkynt for ankemotparten den 12.02.2020. Anketilsvarsfrist er av lagmannsretten satt til 19.02.2021, og anketilsvaret er rettidig fremsatt.

Jeg melder meg som ny prosessfullmektig for staten v/Skatteetaten.

REGJERINGSADVOKATEN

Den 06.01.2021 avsa Gulating lagmannsrett kjennelse med slik slutning:

1. Anken forkastes
2. Partene dekker egne sakskostnader.

Den 19.10.2020 avsa Stavanger tingrett kjennelse med slik slutning:

Boet til Plog AS, organisasjonsnummer 998208688 postadresse Marknesringen 2, 4052 Røyneberg forretningsadresse Marknesringen 2, 4052 Røyneberg tas under behandling som konkursbo.

Anken er en videre anke over en kjennelse, slik at Høyesteretts kompetanse er begrenset til å prøve lagmannsrettens saksbehandling og lovtolkning, jf. tvisteloven § 30-6 bokstav b og c.

Ankende part har anført at det foreligger feil ved rettsanvendelsen og saksbehandlingen, herunder at lagmannsretten har lag til grunn uriktig forståelse av skattebetalingsloven og folketrygdloven under vurderingen av "klar og forfalt gjeld" i konkursloven § 63.

Staten ved Skatteetaten vil anføre at Gulating lagmannsretts kjennelse av 06.01.2021 er korrekt. Det foreligger ingen feil ved rettsanvendelsen eller saksbehandlingen. Staten slutter seg i hovedsak til lagmannsrettens vurderinger, men vil nedenfor kommentere de anførselene ankende part har fremsatt i anken.

2 PÅSTÅTT SAKSBEHANDLINGSFEIL

Ankende part anfører at det foreligger saksbehandlingsfeil, fordi lagmannsretten og staten v/Skatteetaten skal ha vist til et brev av 24.11.2016, som ankende part ikke skal være kjent med.

Det fremstår som om dette beror på en misforståelse.

I ankende parts prosesskriv av 14.10.2020 fulgte et bilag 1 "Skriv fra Skatt Vest datert 15.12.2016." Brevet det vises til og som er vedlagt, er påført to datoer. Det står "Deres dato: 24.11.2016", og "Vår dato: 15.12.2016". Dette referer seg normalt til at brevet er sendt 15.12.2016 fra Skatt vest, som et svar på motpartens brev av 24.11.2016. Motparten har altså rett i at korrekt dato er 15.12.2016. Det er dette brevet staten har ment å vise til, selv om det ved en feil er referert til datoen 24.11.2016 i stedet for 15.12.2016. Ettersom hverken staten eller ankende part har fremlagt noe brev av 24.11.2016, og det klart fremstår som om det er i realiteten er brevet av 15.12.2016 som lagmannsretten referer til, kan staten ikke forstå annet enn at det er tale om det samme brevet.

Staten anfører etter dette at det ikke foreligger noen saksbehandlingsfeil av betydning for saken. Anken kan ikke føre frem på dette punktet. Se også punkt 3 nedenfor, for så vidt gjelder andre mulige påståtte saksbehandlingsfeil og deres betydning.

3 PÅSTÅTT RETTSANVENDELSESFEL

3.1 Rettslig utgangspunkt for insolvensvurderingen

I konkursbegjæringen av 21.08.2020 anførte Skatteoppkreveren i Sola at det skulle åpnes konkurs med grunnlag i konkursloven § 60 jf. § 62, ettersom utleggsforretning av 16.06.2020 ga grunnlag for presumsjon for insolvens. Det viste seg at det på tidspunktet da utleggsforretningen ble avholdt, fantes midler på bankkonto som ville vært tilgjengelige for delvis dekning av kravet, ettersom politiet hadde hevet beslag i kontoen. Skatteoppkreveren avdekket ikke at beslaget var opphevet, og avholdt utleggsforretning med intet til utlegg. Med bakgrunn i at det ikke var foretatt tilstrekkelige undersøkelser ved avholdelse av utleggsforretningen, frafalt staten anførselen om at det forelå presumsjon for insolvens etter konkursloven 60 jf. § 62.

Gulating lagmannsrett kom til at vilkårene etter konkursloven § 60 jf. § 61 for å ta konkursbegjæringen til følge, var til stede. I anken gjør ankende part gjeldende at det rettslige utgangspunktet for vurderingen skal være om vilkårene i konkursloven § 63 er oppfylt.

Staten har problemer med å forstå holdbarheten i ankende parts argumentasjon. Konkursloven § 63 er en presumsjonsregel. Dersom vilkårene i bestemmelsen er oppfylt, antas insolvens i alminnelighet å foreligge, og det blir opp til skyldner å dokumentere solvens. Staten har ikke påberopt at det foreligger presumsjon for insolvens etter konkursloven § 63.

Staten kan ikke se at lagmannsrettens rettsanvendelse er feil, når rettens utgangspunkt er om vilkårene i konkursloven § 60 jf. § 61 er oppfylt. Dersom vilkårene i disse bestemmelsene er oppfylt, skal det åpnes konkurs, uavhengig av om kreditor kunne ha påberopt en av konkurslovens presumsjonsregler.

I forlengelsen av ankende parts anførsel om at saken skal vurderes etter konkursloven § 63, er det anført at rettens vurdering er feil for så vidt gjelder vilkåret "klar og forfalt gjeld". Ordlyden i konkursloven § 63 er imidlertid ikke relevant, ettersom det ikke er denne bestemmelsen som hjemler konkursåpning. Det er likevel slik at det også etter konkursloven § 61 vil være noen føringer for hvilke gjeldsposter som skal tas med i insolvensvurderingen. Følgende gjengis fra Konkursloven Kommentartutgave ved Wiker og Ro (2003) på side 230, til konkursloven § 61, som gir uttrykk for gjeldende rett:

Når det gjelder passivapostene, skal de som utgangspunkt oppføres med de beløp som antas å kunne gjøres gjeldende mot skyldneren. Klare og forfalte krav, og krav som skyldneren har godtatt, må legges til grunn. Tvilsomme og omtvistede passivaposter må tingretten ta prejudisiell stilling til. Også uforfalte gjeldsposter skal medtas, slik som ilignet, men ikke betalte skatter. Det synes også å være enighet i teorien om at skatter som man må regne med vil bli utlignet på inntekter skyldneren har hatt, må føres opp.

Lagmannsretten har foretatt en prejudisiell prøving av de krav staten har anført å ha mot Plog AS, og prøvingen er gjort med utgangspunkt i korrekt vurderingstema. Lagmannsretten har kommet til at staten i tilstrekkelig grad har godtgjort at det foreligger krav mot Plog AS som medfører at selskapet er insuffisient. Lagmannsrettens vurdering av hvilke poster som kan tas med i vurderingen, samsvarer med det som er gjengitt over fra Kommentartutgaven. Staten kan ikke se at det foreligger feil ved lagmannsrettens rettsanvendelse.

REGJERINGSADVOKATEN

Staten vil under enhver omstendighet gjennomgå de innsigelsene som er fremsatt for de ulike kravstypene.

3.2 Forskuddstrekk

Ankende part gjør gjeldende at det foreligger mangeårig brudd på skatteforvaltningsloven § 9-2 (3) og § 9-3 (3), ettersom arbeidstakere ikke har fått skatteoppgjør. Det anføres at det foreligger "lønnsstyveri" overfor arbeidstakerne. Ankende part har videre anført at det prejudisielt må tas stilling til hvorvidt skatteetaten kan innkreve 50 % skatt, uten å foreta skatteoppgjør.

Staten mener, i likhet med lagmannsretten, at det må skilles mellom skatteplikt for arbeidsgiver og skatteplikt for arbeidstaker. Etter skattebetalingsloven § 5-4 (1) plikter arbeidsgiver av eget tiltak å foreta forskuddstrekk i henhold til det enhver tid gjeldende skattekort og reglene i lovens kap. 5. Denne plikten påhviler arbeidsgiver uavhengig av den enkelte ansattes krav på skatteoppgjør og eventuell tilbakebetaling av for mye betalt skatt. Staten mener derfor at lagmannsretten korrekt har lagt til grunn at det ikke foreligger noe unntak etter skattebetalingsloven § 5-5 (1) for personer som på grunn manglende arbeidstillatelse ikke får utskrevet skattekort.

Skyldners gjeldsforpliktelser skal som utgangspunkt oppføres med de beløp som antas å kunne gjøres gjeldende overfor skyldner. Skatteetaten har ikke fattet et endelig vedtak om forskuddstrekk, men selskapet har selv fremlagt opplysninger som viser at det er utbetalt lønn på 8 585 308 kroner for årene 2018-2020. At det foreligger en plikt til å betale forskuddstrekk etter skattebetalingsloven kap. 5, kan likevel ikke være tvilsomt. Staten mener at lagmannsretten korrekt har lagt til grunn at skyldig forskuddstrekk, beregnet til kr 2 191 544, er en gjeldspost som må medtas på passivasiden ved insolvensvurdering.

Staten viser til lagmannsrettens uttalelse hvor det fremgår at den er

... enig med tingretten i at det må skilles mellom arbeidsgivers plikt til å trekke skatt og arbeidstakers plikt til å betale skatt. For skatteyttere uten skattekort plikter arbeidsgiver å beregne prosent skattetrekk. Dersom det gjøres unntak fra plikten til å trekke skatt fra arbeidstakere uten lovlig oppholds- og arbeidstillatelse, vil det kunne åpne for sosial dumping og misbruk av arbeidskraft. Det kan ikke ha vært lovgivers intensjon.

Lagmannsrettens rettsanvendelse er korrekt når den legger til grunn at krav på forskuddstrekk skal med på passivasiden ved vurderingen av om insuffisiens foreligger.

3.3 Arbeidsgiveravgift

Ankende part har anført at det ikke skal svares arbeidsgiveravgift for ureturnerbare asylsøkere som ikke har trygderettigheter i Norge, og at et slik krav ikke kan medtas ved insolvensvurderingen da det ikke er forfalt.

Staten mener det også her må skilles mellom de lovbestemte plikter som påhviler arbeidsgiver og de rettigheter den enkelte arbeidstaker har etter gjeldende regelverk. Det følger av folketrygdloven § 23-2 første ledd at arbeidsgiver skal betale arbeidsgiveravgift av lønn og annen godtgjørelse for arbeid han plikter å innrapportere. Staten mener lagmannsretten korrekt har

REGJERINGSADVOKATEN

lagt til grunn at det etter lovens ordlyd ikke gjelder noe unntak fra plikten til å betale arbeidsgiveravgift for såkalte ureturnerbare asylsøkere. Et slik unntak vil gi arbeidsgivere avgiftsmessige insentiver til å ansette personer uten oppholds- og arbeidstillatelse, og et slik konkurransefortrinn er neppe tilsiktet av lovgiver.

Det foreligger ikke et endelig fastsatt krav på arbeidsgiveravgift, men staten mener i likhet med lagmannsretten at ubetalt arbeidsgiveravgift er en gjeldspost som må hensyntas ved insolvensvurderingen. Selskapet har selv opplyst at de har utbetalt lønn på 8 585 308 kroner for årene 2018 til 2020. Arbeidsgiveravgift på 14,1 % av dette beløpet utgjør 1 210 528 kroner. Kravene fremstår ikke forfalt i skatteetatens systemer, ettersom motparten ikke har foretatt korrekt innrapportering etter a-meldingen, slik selskapet plikter etter a-opplysningsloven § 4. Forfall er imidlertid lovbestemt i skattebetalingsloven § 10- 10. Hvorvidt kravene er forfalt, har ikke avgjørende betydning. Det vises til det som er gjengitt fra kommentarutgaven til konkursloven i punkt 3, hvor det altså står at også uforfalte gjeldsposter skal tas med i insuffisiensvurderingen.

Ankende part mener lagmannsretten har begått en feil når den ikke begrunner hvorfor den er komme til at gjelden skal medtas i suffisiensvurderingen når kravet ikke er beregnet og endelig fastsatt. Denne side er ikke enig i at dette er en feil, uavhengig av om anførselen skal karakteriseres som en anke over rettsanvendelsen eller saksbehandlingen. Det er ikke noe krav i konkursloven § 61 om at gjeldsposter må være forfalte for at de skal kunne tas med i suffisiensvurderingen. Grunnen til at lagmannsretten er forholdsvis kortfattet på dette punkt, synes å være at rettstilstanden er klar.

Ankende part har gjort gjeldende at tilfellet for de såkalte ureturnerbare asylsøkerne ansatt i Plog AS har mer til felles med unntaksbestemmelsen inntatt i folketrygdloven § 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. Det er gjort gjeldende at dette ikke er vurdert av lagmannsretten.

Staten er uenig i at det foreligger noen feil, hva enten den måtte anses som en påstått rettsanvendelsesfeil eller en påstått saksbehandlingsfeil. Plog AS driver virksomhet på norsk jord, ikke i internasjonalt farvann. Det kan ikke være slik at dersom et selskap ved å ansette såkalte ureturnerbare asylsøkere, vil slippe å betale arbeidsgiveravgift. Dette vil være konkurransevridende og kunne føre til sosial dumping. Lagmannsretten viser til forarbeidene til folketrygdloven § 23-2 (Ot.prp. nr. (1995-1996) side 194). Lagmannsretten har ingen inngående drøftelse av hvorvidt unntakene i folketrygdloven § 23-2 kommer til anvendelse, men slår kort fast at den er enig i tingrettens vurdering. Lagmannsrettens vurdering fremstår tilstrekkelig, og den er korrekt.

3.4 Tvangsmulkt

Ankende part har anført at kravet på tvangsmulkt ikke er korrekt, ettersom selskapet har innrapportert opplysninger i form av et oversendt Excel-skjema hvor det er gitt opplysninger om lønn per ansatt.

Staten mener vedtaket om tvangsmulkt er korrekt, og at det i utgangspunktet skal tas med på gjeldssiden ved insolvensvurderingen, men viser til at lagmannsretten ikke foretok en prejudisiell prøving av kravet da vilkårene for konkursåpning uansett var oppfylt. Staten har vanskelig for å

REGJERINGSADVOKATEN

se hvordan dette forholdet kan innebære noen feil som skulle tilsi at lagmannsrettens kjennelse er uriktig.

4 TVISTELOVEN § 30-5

Ankende part synes å mene at anken reiser spørsmål om forståelsen av gjeldende rett i tilfeller der ansatte i et selskap som begjæres konkurs er utenlandske statsborgere uten lovlig opphold i riket. Det er gjort gjeldende at rettstilstanden er usikker, og at ankende part «ønsker en avklaring av lovligheten av Skatteetatens praksis».

Staten gjør gjeldende at anken bør nektes fremmet iht. tvisteloven § 30-5.

Det foreligger etter gjeldende rett et klart skille mellom de ansattes personlige skatteplikt og selskapets plikt til å svare arbeidsgiveravgift og forskuddstrekk. Bestemmelsene gjennomgått over i punkt 3.1 og 3.2 viser at arbeidsgivers plikter klart fremgår av lovverket, og det fremstår ikke tvilsomt at arbeidsgiver plikter å beregne og betale arbeidsgiveravgift og forskuddstrekk også der arbeidstaker er en såkalt ureturnerbar asylsøker. Det fremgår videre klart at det ikke foreligger noe unntak etter skattebetalingsloven § 5-5 (1) for personer som på grunn manglende arbeidstillatelse ikke får utskrevet skattekort. Rettstilstanden er klar. Ankende parts behov for avklaring av egen rettsposisjon vil bli avgjort selv med en avgjørelse fra Høyesteretts ankeutvalg som nekter anken fremmet iht. tvisteloven § 30-5. Staten har vanskelig for å se at saken reiser uavklarte spørsmål av generell karakter, gitt de klare retningslinjer som følger av gjeldende rett.

5 FOR ØVRIG

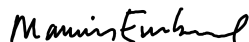
Det er påløpt sakskostnader tilsvarende fem timers arbeid for statens prosessfullmektig (1450 kroner x 5 = 7250 kroner).

6 PÅSTAND

1. Prinsipalt: Anken tillates ikke fremmet.
2. Subsidiært: Anken forkastes.
3. I begge tilfelle: Staten v/Skatteetaten tilkjennes sakskostnader for Høyesterett.

Anketilsvaret er inngitt i Aktørportalen.

Oslo, 18. februar 2021
REGJERINGSADVOKATEN



Marius Emberland
advokat