

Arbeidsavtalens stilling når konkursboet fortsetter driften av debitors virksomhet

Om revidering av arbeidsavtaler og særlig om tariffavtalen som
mulig skranke for en slik revisjon

Kandidatnr: 436

Veileder: Henning Jakhelln

Leveringsfrist: 25 november 2003

Til sammen 13495 ord

Dato: 24 november 2003

Innholdsfortegnelse

1	<u>INNLEDNING</u>	1
1.1	TEMA FOR AVHANDLINGEN	1
1.2	GRUNNLAGET OG BEHOVET FOR DRIFT UNDER KONKURSBEHANDLING	1
1.3	OM REVIDERING AV ARBEIDSAVTALER	3
1.4	FORHOLDET TIL TARIFFAVTALER	4
1.5	PROBLEMSTILLINGEN	5
1.6	FORUTSETNINGER	5
1.7	AVGRENSNINGER	7
1.8	RETTSKILDESITUASJONEN	8
2	<u>BOETS ADGANG TIL Å REFORHANDLE ARBEIDSKONTRAKTER</u>	9
3	<u>TARIFFAVTALENS STILLING VED DRIFT I BOETS REGI</u>	13
3.1	INNLEDNING	13
3.2	RAMMES KONKURSBESLAGET AV VIRKSOMHETSOVERDRAGELSESDIREKTIVET?	16
3.2.1	VURDERINGSTEMAET	16
3.2.2	GJENSTAND FOR OVERFØRING - IDENTITETSKRITERIET	17
3.2.3	”TIL EN ANNEN INNEHAVER”	17
3.2.4	OVERFØRING ”SOM FØLGE AV EN KONTRAKTSMESSIG OVERDRAGELSE”	18
3.2.5	OPPSUMMERING	21
3.3	OMFATTES OVERFØRINGEN TIL KONKURSBOET AV ARBEIDSMILJØLOVENS BESTEMMELSER OM VIRKSOMHETSOVERDRAGELSE?	21
3.3.1	INNLEDNING	21
3.3.2	LOVGIVNING OG FORARBEIDER	22
3.3.3	RETTSPRAKSIS	24
3.3.3.1	Leopold-dommen	25
3.3.4	OPPSUMMERING	27

3.4	ER BOET BUNDET AV SKYLDNERENS TARIFFAVTALE PÅ ANNET GRUNNLAG?	28
3.4.1	INNLEDNING	28
3.4.2	DOMMEN I ARD 1931 SIDE 5	29
3.4.3	KAN DET FOR KONKURSTILFELLENE SLUTTES FRA RETTSTILSTANDEN VED DE ORDINÆRE OVERDRAGELSER?	31
3.4.4	OPPSUMMERING	34
4	<u>TARIFFAVTALENS STILLING VED DRIFT I BOET REGI – HENSYN OG VIRKNINGER.</u>	35
4.1	INNLEDNING	35
4.2	HVILKE INTERESSER SKAL BOBEHANDLINGEN IVARETA?	35
4.3	VIL EN REGEL OM AT BOET SKAL VÆRE BUNDET AV DEBITORS TARIFFAVTALE VÆRE FORENLIG MED KREDITORENES INTERESSER?	37
4.4	VIL EN BESTEMMELSE OM AT DEBITORS TARIFFAVTALE BINDER BOET GI ARBEIDSTAKERNE ET REELT VERN?	38
4.5	HENSYNET TIL NÆRINGSLIVET GENERELT	42
4.6	HENSYNET TIL EN KONSEKVENT REGULERING AV KONKURSTILFELLENE	43
4.7	HENSYNET TIL FORUTBEREGNLIGHET VED DEN VIDERE DRIFT.	44
4.8	OPPSUMMERING AV DE REELLE HENSYN	45
5	<u>KONKLUSJON</u>	46
6	<u>LITTERATURLISTE</u>	47

1 Innledning

1.1 Tema for avhandlingen

Før en virksomhet går konkurs, vil det i enkelte tilfeller være ønskelig å opprettholde driften mens bobehandlingen pågår. Samtidig vil boet ha en sterk motivasjon til å redusere driftskostnadene. Det kan derfor bli aktuelt å gi de ansatte som fortsetter å arbeide i bedriften under bobehandlingen mindre fordelaktige vilkår, som for eksempel å redusere de ansattes lønn.

En slik endring av de ansattes vilkår betinger endring eller reforhandling av de ansattes arbeidsavtaler. Dersom det forelå en tariffavtale for virksomheten ved konkursåpningen, kan dette begrense boets muligheter til reforhandling. Dette forutsetter at tariffavtalen anses å være bindende for boet. Spørsmålet om tariffavtalenes gyldighet overfor konkursbo vil utgjøre hoveddelen av denne avhandlingen.

1.2 Grunnlaget og behovet for drift under konkursbehandling

Vilkårene for å opprettholde driften i en virksomhet under konkursbehandling fremgår av Konkursloven av 8 juni 1984 nr. 58 (kkl.) § 119. Avgjørelsen er etter denne bestemmelsen lagt til bostyrer, eller hvis kreditorvalg er oppnevnt, til bostyret. Fortsatt drift vil som regel være avhengig av kreditorenes medvirkning, slik at i alle fall de viktigste kreditorene vil bli involvert i beslutningen.¹

¹ Jfr. Elstad i Norsk lovkommentar 2002 bind 2. side 1628, note 125.

En beslutning om videre drift kan hvile på ulike grunnlag. Den kan for det første være motivert av en økonomisk innbringende avtale som ligger frem i tid. Den kan videre være motivert av at et ønske om å selge virksomheten som et “going concern”. Salg av et “going concern” vil kunne gi boet en betydelig bedre pris enn salg av en nedlagt virksomhet. Beslutningen kan videre være tatt på grunnlag av et ønske om å unngå et erstatningskrav som følge av avtalebrudd dersom driften innstilles.² Endelig kan bedriften ha et stort varelager, som boet ser seg tjent med å selge gjennom virksomhetens kanaler.³ Også andre grunnlag for beslutningen om videre drift kan tenkes.

Offentlige hensyn kan også være avgjørende for vurderingen av om driften skal fortsette i boets regi.⁴ Hensynet til virksomhetens arbeidstakere er et eksempel på offentlig hensyn som kan tillegges vekt ved vurderingen, jfr. kkl. § 119 annet ledd. Slike hensyn kan derimot ikke alene forsvare videre drift over en lengre periode.⁵ Etter kkl. § 119 annet ledd annet punktum, bør videre drift bare besluttes dersom det er sannsynlig at boet kan unngå skadevirkninger eller oppnå gunstigere realisasjon av boets eiendeler.

Konkursbehandlingens formål går frem av blant annet kkl. § 85 (som omhandler bobestyrerens plikter) og kkl. § 88 første ledd (kreditorutvalgets plikter). Bo-organene skal hovedsakelig ivareta fordringshavernes felles interesse overfor den enkelte fordringshaver og overfor tredje person.⁶ Fordringshavernes felles interesse er normalt å skaffe seg den best mulige dekning av sine fordringer. Dette innebærer at boet skal søke

² Et slikt erstatningskrav vil imidlertid som hovedregel få status som et dividendekrav i boet. Der flere kreditorer har prioriterte fordringer, er det ikke sikkert at det tjener kreditorfellesskapet å drive virksomheten videre med de utgifter som dette medfører, utelukkende for å unngå et slikt krav.

³ Ofte vil imidlertid varelageret være pantsatt i sin helhet, og da vil som regel realiseringen av disse verdiene bli overlatt til pantaveren.

⁴ Se kkl. § 85 første ledd.

⁵ Er det tale om drift for en kortere periode kan vektige samfunnsmessige hensyn få avgjørende betydning for om virksomheten skal drives videre. Det kan for eksempel være sterkt behov for å videreføre en hjørnesteinsbedrift i et lokalsamfunn. I slike tilfeller vil lønnsgarantiforvaltningen - i tråd med forvaltningspraksis - kunne stille garanti for lønnskostnader, selv om disse strengt tatt vil være massekrav. I noen tilfeller er det gitt garanti for opp til seks ukers drift, jfr. anbefaling fra konkursrådet: “Behandling av lønnskrav i konkurs” – publisert på konkursradet.no.

⁶ Se kkl. § 85 første pkt.

å oppnå en så høy dividende som mulig.⁷ Konkursloven knesetter som prinsipp at det først og fremst er kreditorenes interesser som skal ivaretas gjennom bobehandlingen.⁸

For boets vedkommende vil det av hensyn til kreditorfellesskapet være viktig at den videre drift av virksomheten blir gjennomført på en så effektiv og rasjonell måte som mulig. Utgifter pådratt etter konkursåpningen vil være massekrav i boet, og skal derfor dekkes foran all annen gjeld, jfr. dekningsloven av 8 juni 1984 nr. 59 (dl.) § 9-2. Dette gjelder blant annet den lønn de ansatte opparbeider seg etter konkursåpning.

Dekningsloven § 7-11 presiserer eksplisitt at lønnskrav pådratt etter konkursen skal utredes som massefordringer i boet.

1.3 Om revidering av arbeidsavtaler

I enkelte tilfeller velger boet å tre inn i de eksisterende arbeidsavtaler etter reglene i dekningslovens § 7-11. I slike tilfeller oppstår som regel ikke konflikt mellom boet og de ansatte, da arbeidsavtalene videreføres på de samme vilkår som før konkursen.

For arbeidstakerne vil det i en situasjon hvor konkursboet driver virksomheten videre, som regel være ønskelig at alle rettigheter etter arbeidsavtalen skal kunne gjøres gjeldende overfor boet. En slik rett vil imidlertid kunne komme i konflikt med boets ønske om å drive kostnadmessig effektivt. Situasjonen kan for eksempel være at boet ønsker å begrense sine masseomkostninger ved å reforhandle de foreliggende arbeidsavtaler. Først og fremst vil boet i et slikt tilfelle kunne være interessert i å begrense lønnsomkostningene, enten ved å redusere lønnssetninger, begrense retten til overtidarbeid, ekstravakter eller lignende. I enkelte tilfelle kan en nok tenke seg at arbeidstakerne vil akseptere en reduksjon av sine rettigheter for å bidra til at midlertidig videre drift blir mulig. I flertallet av tilfellene vil imidlertid en reduksjon av de ansattes rettigheter, selv i konkurstilfellene, være mot arbeidernes ønske.

⁷ jfr. Brækhus. Omsetning og kreditt 1. s. 60.

⁸ Jfr. Ot.prp. nr. 26 (1998-1999) s. 92.

Boets ønske om å redusere lønnskostnadene vil kunne være motivert av ulike grunner. Tilfellet kan være at kreditorene har satt som forutsetning for å stille sikkerhet for den videre drift at lønnskostnadene skal reduseres med et bestemt antall prosent. Situasjonen kan også være at kreditorene og boet har bestemt seg for å drive virksomheten videre, men at man søker å redusere lønnskostnadene for å oppnå en høyere dividende til kreditorene. Reduserte lønnskostnader kan også oppnås ved oppsigelser av arbeidstakerne. Imidlertid vil boet kunne ha behov for store deler av arbeidsstokken, slik at det ikke alltid er mulig å oppnå betydelige besparelser på denne måten.

Følgende eksempel illustrerer at det kan ligge betydelige besparelser i en reforhandling av arbeidsavtalene: Der 100 ansatte arbeider i tre måneder for boet, tilsvarer dette rundt regnet 48.000 arbeidstimer. Dersom samtlige ansatte får redusert timelønnen med kroner 10, medfører dette en besparelse for boet på kroner 480.000.

1.4 Forholdet til tariffavtaler

En tariffavtale er en avtale mellom en fagforening og en arbeidsgiver eller arbeidsgiverforening om arbeids- og lønnsvilkår eller andre arbeidsforhold, jfr. arbeidstvistloven av 5 mai 1927 nr. 1 (arbtvl.).

En tariffavtale regulerer forholdet mellom tariffavtalens parter, men gir også rammer for innholdet av de individuelle arbeidsforhold som omfattes. Ufravikelighetsprinsippet innebærer at en avtale mellom en arbeider og en arbeidsgiver, som begge er bundet av en tariffavtale, er ugyldig dersom denne inneholder noen bestemmelse som strider mot tariffavtalen. Dette følger av arbtvl. § 3 nr. 3.

På denne bakgrunn kan en tariffavtale tenkes å begrense boets adgang til å reforhandle arbeidsavtaler. Er boet bundet av skyldnerens tariffavtale der virksomheten drives videre, må det holde seg innenfor rammene av denne tariffavtalen ved inngåelsen av de nye individuelle arbeidsavtaler. Den videre fremstilling tar sikte på å bringe på det rene om debtors tariffavtale utgjør en skranke for boets reforhandlingsrett.

Det må understrekes at en tariffavtale kan gi begrensninger som innebærer store kostnader for boet, men som ikke er knyttet direkte opp mot de individuelle arbeidsavtalers lønns- og arbeidsvilkår. Det kan for eksempel være stilt krav til sikkerhetsrutiner eller lignende i en tariffavtale som går utover lovgivningens minstekrav. Slike forpliktelser vil kunne føre til økte kostnader og derfor gjøre arbeidet med å begrense masseomkostningene ved den videre drift vanskeligere for konkursboet.

I den videre fremstilling vil tariffavtalens stilling ved drift i boets regi drøftes i sammenheng med reforhandlingsretten, i den forstand at boets adgang til å reforhandle arbeidsavtaler her vil være innfallsvinkelen til problemstillingen.

1.5 Problemstillingen

Problemstillingen vil være hvorvidt et konkursbo er bundet av skyldnerens tariffavtaler der virksomheten drives videre i boets regi.

1.6 Forutsetninger

Problemstillingen forutsetter at det er tale om drift av virksomheten for en noe lengre periode. Hvis perspektivet på den videre drift ikke strekker seg lenger enn oppsigelsestiden på de arbeidsavtaler skyldneren har sluttet, vil lønnsgarantiordningen, samt lønnskravets stilling som førsteprioritets fordring, føre til at grunnlaget for reforhandlinger faller bort. Arbeidstakeren har da intet å vinne på å slutte seg til den nye avtalen.

Etter dekningsloven § 9-3 har de ansatte i skyldnerens tjeneste fortrinnsrett i arbeidsgivers konkursbo for ubetalt lønn, feriegodtgjørelse med videre. Disse kravene har status som fortrinnsberettigede fordringer av første klasse.

Andre kreditorgruppers utstrakte bruk av pantesikkerhet har medført at de ansattes dekning på tross av fortrinnsretten ikke blir tilfredsstillende.⁹ På denne bakgrunn er lønnsgarantiordningen opprettet. Staten innestår for betaling av lønn som ikke kan dekkes på grunn av arbeidsgivers konkurs m.v., jfr. lov om statsgaranti for lønnskrav ved konkurs m.v. av 14 desember 1971 nr. 61 § 1. Lønnsgarantiordningen omfatter bare krav som har fortrinnsrett etter dekningsloven. Ordningen sikrer en forskuttering av lønnskravene uavhengig av den dividende som lønnskravene kan få ved bo-oppgjøret.¹⁰

Dekningsperioden under lønnsgarantiordningen er begrenset til lønn og feriepenger innenfor de oppsigelsesfrister som følger av arbeidsmiljøloven § 58 nr. 1 til 4. Dekningen er videre begrenset til lønn i totalt seks måneder. Lønnskrav som er forfalt mer enn fire måneder før fristdagen dekkes ikke av statsgarantien.

Dersom arbeidsgiver har oppfylt sine lønnsforpliktelser frem til konkursåpningen, vil statsgarantien gi den enkelte arbeidstaker krav på dekning av lønn for en periode som tilsvare hans eller hennes oppsigelsestid etter bestemmelsene i arbeidsmiljøloven.

Det gjelder en beløpsgrense for samlet utbetaling til den enkelte arbeidstaker etter lønnsgarantiordningen. Grensen er tre ganger folketrygdens grunnbeløp.

Staten kan gjøre krav gjeldende mot arbeidsgiverens konkursbo for om mulig få noe av beløpet tilbakebetalt. Når staten dekker krav etter garantien, trer den inn i arbeidstakerens krav mot arbeidsgiveren og hans bo. Dette følger av lovens § 6.

Det kan også tenkes situasjoner hvor reforhandlinger av arbeidsavtalene kan bli aktuelt selv om driften i boets regi har et kortere perspektiv. Der virksomheten drives videre med sikte på avslutning av boet ved overdragelse til ny eier, vil det – uavhengig av tidsperspektivet på bobehandlingen - kunne være viktig å være en del av arbeidsstokken på overdragelsestidspunktet. Muligheten for arbeidstakerne til å være med virksomheten videre til en ny eier, vil kunne gi boet sterke kort i en forhandlingssituasjon. Arbeidsmiljølovens kapittel 12A kommer ikke til anvendelse ved overdragelse fra konkursbo,¹¹ og arbeidstakernes stilling ovenfor ny innehaver er derfor rettslig svak. I en slik situasjon vil imidlertid den praktiske fordel av å være en del av

⁹ Jfr. Jakhelln. Oversikt over arbeidsretten. Side 238.

¹⁰ Moe. Praktisk konkurs. Side 162.

¹¹ Se arbeidsmiljøloven av 4 februar 1977 nr. 4 (aml.) § 73A annet ledd.

arbeidsstokken på overdragelsestidspunktet kunne medføre at arbeidstakere presses til å inngå nye avtaler på dårligere vilkår.

Dersom driftsformen etter konkursen blir radikalt endret, for eksempel ved at det dreier seg om fysisk fjerning av utstyr fra det som før konkursen var en kontorbedrift, kan endringene av driften anses å være så gjennomgripende, at enkeltvilkår i tariffavtalen ikke var ment å regulere denne driftsformen.¹² Slikt sett kan deler av tariffavtalen bli ugyldig. Dette er imidlertid grunnet på en tolkning av tariffavtalen, og ikke på rettssetninger om tariffavtalers generelle gyldighet ved konkurs. Tolkninger av tariffavtalen vil ikke bli behandlet i denne fremstillingen, og det vil i det følgende forutsettes at den videre drift i regi av boet vesentlig foregår i samme form som før konkursen.

1.7 Avgrensninger

Det avgrenses mot arbeidsforhold som faller utenfor arbeidsmiljøloven. Videre vil arbeidsforhold i stat og kommune ikke behandles, da konkurs her ikke er aktuelt.

Det avgrenses videre mot konflikter arbeidstakerne imellom. Der en virksomhet skal drives videre og boet sier opp alle arbeidstakernes avtaler, er det ikke sikkert at alle får tilbud om nytt engasjement i virksomheten. I disse tilfellene kan det oppstå konflikter i forhold til hvem som gis tilbud om nytt arbeid. Enkelte arbeidstakere kan for eksempel hevde at de skal prioriteres ved ny-ansettelsene grunnet lang ansiennitet, og på denne bakgrunn hevde at de er usaklig oppsagt. Slike spørsmål behandles ikke i denne avhandlingen.

¹² Se for eksempel ARD 1931 side 5. Nærmere om denne dommen under pkt. 3.4.2.

1.8 Rettskildesituasjonen

I forhold til spørsmålet om tariffavtalens stilling ved konkurs, er det ytterst sparsomt med rettskilder. Spørsmålet er ikke direkte regulert ved lovgivning, og rettspraksis gir bare i beskjeden grad veiledning for løsningen av de spørsmål som her skal drøftes. I juridisk litteratur har spørsmålene vært berørt, men ikke behandlet i særlig utstrekning. Årsakene til at rettspraksis rundt disse spørsmålene er så lite omfattende er sammensatte. For det første er drift i boets regi bare unntaksvis aktuelt. Kreditorne vil sjelden være villige til å stille sikkerhet for driften når en virksomhet er satt under konkursbehandling, og det vil derfor ofte ikke foreligge midler til å drive virksomheten videre. Som regel vil de mest betydelige kreditorer på et tidligere tidspunkt ha vært inne og vurdert om det skal ytes ytterligere støtte for å holde liv i virksomheten. Dette vil kreditorne kunne gjøre mot å betinge seg innflytelse på bedriftens beslutninger.

Den vide pantsettelsesadgangen kan videre være en årsak til at spørsmålene som knytter seg til tariffavtalens stilling ved konkurs, ikke så ofte kommer på spissen i rettspraksis. Der pantegjenstanden ikke er overbeheftet, vil den kreditor som har sikret sitt krav ved pant, som hovedregel ikke se noen hensikt i å stille sikkerhet for den videre drift. Ofte vil heller ikke boet se det hensiktsmessig å drive virksomheten videre fordi alle aktiva er pantsatt. Som regel vil da pantegjenstandene bli abandonert av boet, og den enkelte kreditor må selv forfølge sitt krav.¹³

Endelig kan en årsak til at spørsmålene ikke har vært behandlet av domstolene i særlig utstrekning være boets sårbarhet i en slik situasjon. En rettssak mot boet kan i mange

¹³ I NOU 1993:16 foretas det i del 5 en gjennomgang av konkursboenes økonomiske situasjon. Fremstillingen som bygger på statistisk materiale viser at pantekravene svært ofte overstiger samlede aktiva i boet. I tillegg viser forarbeidene på side 134 at antall konkursbo som ble innstilt etter konkurslovens § 135, ble syttendoblet fra 1976 til 1991, mens antall ferdigbehandlede bo oppgjort etter § 128 "bare" ble firedoblet. Denne statistikken viser at blant annet at den vide pantsettelsesadgangen medfører at konkursboene sjelden har midler til å drive grundig bobehandling, og enda mindre til å drive virksomheten videre.

tilfelle føre til umiddelbar nedleggelse av driften. Dette skyldes at de økonomiske marginer for boet ved en konkurs ofte vil være små. Mulighetene til å bære en slik konflikt vil da kunne være avhengig av ytterligere tilskudd fra kreditorene. Risikoen for at driften innstilles vil arbeidstakerne sjelden være villige til å ta, og spørsmålene blir derfor ikke gjenstand for rettslig prøvning i særlig utstrekning.

2 BOETS ADGANG TIL Å REFORHANDLE ARBEIDSKONTRAKTER

Partene vil alltid kunne bli enige om å reforhandle en avtale.¹⁴ Som utgangspunkt må det alminnelige prinsipp om avtalefrihet innebære at partene til enhver tid kan inngå en endringsavtale.

En slik avtale er ikke nødvendigvis basert på at begge partene ønsker avtalen revidert. Situasjonen kan være at den ene parten innehar en posisjon som gjør at den andre parten presses til å inngå en mindre fordelaktig avtale. Retten til å si opp en avtale vil kunne være et slikt pressmiddel. Forutsetningen er selvsagt at oppsigelsen er gyldig. Retten til å si opp arbeidsavtalene kan altså være av betydning for boets mulighet til å få de ansattes kontrakter revidert. Det vil derfor kort redegjøres for boets oppsigelsesadgang.

Dekningsloven § 7-3 reguler boets inntreden i de alminnelige kontrakter og gir bare anvisning på to løsninger; inntreden eller ikke inntreden i den enkelte avtale. Det konkursrettslige utgangspunkt er imidlertid klart. Som eget rettssubjekt står boet fritt til å inngå nye kontrakter.¹⁵ Dette innebærer at boet istedenfor å tre inn i skyldnerens avtale, kan søke å forhandle frem en ny kontrakt som er gunstigere for boet.¹⁶

¹⁴ Hov. Avtaleslutning og ugyldighet. Side 439.

¹⁵ Se Haug, side 100.

¹⁶ Jfr. Huser. Gjeldsforhandling og konkurs - bind 2 side 287.

Konkursboet kan erklære at det ikke trer inn i skyldnerens avtale, men samtidig gi uttrykk for at den er villig til å fullføre handelen på andre vilkår.

Arbeidsavtalen skiller seg fra de ordinære avtaler en virksomhet slutter. De ansatte kan ikke i alle relasjoner likestilles med kommersielle kontraktsmotparter fordi arbeidsavtalen også har en sosial side. Arbeidstakeren er avhengig av sin arbeidsinntekt, og står derfor i et avhengighetsforhold til arbeidsgiveren.¹⁷ Dette avhengighetsforholdet gjør ofte arbeidstakeren til den svake part i kontrakten, noe som gir arbeidsavtaler en spesiell karakter.

Arbeidsavtalen er på bakgrunn av sin spesielle karakter gitt en egen bestemmelse i dekningslovens § 7-11. Paragrafen ble inntatt i dekningsloven ved lov nr. 72/1999. Bestemmelsen fremstår som et kompromiss mellom hensynet til kreditorene og hensynet til vern av arbeidstakerne. Her skal det ikke gis noen fullstendig presentasjon av bestemmelsen, men bare pekes på hvilken fremgangsmåte boet må gjøre bruk av for å komme seg fri fra en arbeidsavtale.

Som for andre avtaler¹⁸ kan boet etter denne bestemmelsen velge inntreden eller ikke inntreden i den enkelte avtale. Utgangspunktet er imidlertid inntreden i arbeidsavtalene. Dersom boet ikke gir beskjed om at det ønsker å tre ut av avtalen anses boet automatisk for å ha trådt inn i arbeidsavtalen. Boet må senest tre uker etter konkursåpningen erklære at det ikke trer inn. Slik erklæring skal være skriftlig og kan gis samlet ved skriv til tillitsvalgte eller ved oppslag på arbeidsplassen. En slik erklæring er ikke tilstrekkelig til å bringe arbeidsforholdet til opphør. Betydningen av erklæringen om å ikke tre inn er bare at lønnskravet da skal utredes som dividendekrav i stedet for som massekrav fra konkursåpningen.¹⁹ Alt arbeid som er utført for boet etter konkursåpningen skal likevel dekkes som massefordring.

Boet må i tillegg sende ut en oppsigelse til hver enkelt ansatt etter arbeidsmiljølovens regler dersom det bestemmer seg for ikke å tre inn i arbeidsavtalen. Dette innebærer at

¹⁷ Jfr, Haug side 89.

¹⁸ Jfr. dekningslovens § 7-3.

¹⁹ Se Ot.prp. nr. 26 (1998-1999) side 258

oppsigelsesfristen normalt må regnes fra første månedsskifte etter at oppsigelsen fant sted, og ikke knyttes til konkursåpningstidspunktet.

Når boet har trått ut av, og har sagt opp arbeidsavtalene etter reglene i dl. § 7-11, må det på samme måte som ved de kommersielle avtaler ha adgang til å slutte nye avtaler på andre vilkår med de ansatte.

At boet har anledning til å si opp arbeidsavtaler for så og slutte nye avtaler på andre vilkår, er forutsatt i forarbeidene. I NOU 1972: 20 side 324 uttales det:

”Boet får benytte seg av den kontakt det får med de ansatte i den første måneden etter boåpningen og søke å få sluttet nye arbeidsavtaler med dem som det blir bruk for under den fortsatte bobehandlingen – så vel lønn som oppsigelsesfrister kan da tilpasses de spesielle forhold.”

Konkurslovutvalget som forberedte dekningsloven, foreslo en spesialregel for arbeidsavtaler. Departementet fulgte imidlertid ikke opp forslaget, men reservert plass i § 7-11 for senere innarbeidelse, jfr Ot.prp. nr. 50 (1981-82) s. 189. Imidlertid er uttalelser som gir uttrykk for det samme syn som sitatet ovenfor, også gitt i de senere forarbeidene til dekningslovens § 7-11.²⁰

På denne bakgrunn må det være klart at boet kan tre ut av avtalene etter bestemmelsen i dekningslovens § 7-11, for deretter å inngå nye arbeidsavtaler på andre vilkår som et ledd i å redusere masseomkostningene i boet.

Dersom arbeidstakerne ikke ønsker å få sine kontrakter revidert, kan boet derfor si opp avtalene etter dekningsloven § 7-11 for å legge press på de ansatte.²¹ Arbeidstakerne vil enten måtte akseptere de nye avtaler som boet presenterer, eller si nei til kontraktsforslaget. Risikoen for at arbeidstakerne sier nei til de nye avtaler må boet ta

²⁰ Ot.prp. nr. 26 (1998-1999) gir på side 259 sin tilslutning til sitat i NOU 1993:16 s 129, som i innhold tilsvarer det som ble uttalt i forarbeidene fra 1972.

²¹ Selv om arbeidstakerne viser vilje til å forhandle vil boet likevel kunne se seg tjent med å si opp alle avtaler umiddelbart. Man har ingen garanti for hvordan forhandlingene vil utvikle seg, og med tanke på at boet som regel er avhengig av å handle raskt for å kunne holde virksomheten i gang, vil det kunne være hensiktsmessig å sette et slikt press på arbeidstakerne umiddelbart etter boåpningen.

med i betraktningen når det velger å foreta en slik disposisjon.²² Er det for eksempel tale om en industribedrift i et lite lokalsamfunn, hvor alternativt arbeid knapt er å oppdrive, vil boet ofte kunne føle seg relativt trygge på at arbeidstakerne ikke har en reell mulighet til å takke nei til de nye kontraktene. Særlig må dette gjelde i et stramt arbeidsmarked.

Det vil imidlertid ikke alltid være slik at boet er den sterke part. Dette kan illustreres ved følgende tenkte eksempel:

Dersom boet får solgt virksomheten som et "going concern" vil dette for eksempel kunne tilføre boet 100 millioner kroner. Selger boet derimot bedriftens aktiva stykkevis, kan inntektene til boet bli det halve. Arbeidstakerne vil da kunne prøve å presse boet til å øke deres lønnsvilkår. De ansatte vil kunne begrunne dette med at de ønsker kompensasjon for å arbeide i en risikoutsatt virksomhet. Tenker man seg at arbeidstakerne krever en lønnsøkning som samlet vil utgjøre fem millioner kroner for perioden boet driver virksomheten, vil boet fortsatt kunne være tjent med å drive virksomheten videre, selv om de må gi etter for disse kravene.

Eksempelet viser at boet ikke alltid vil inneha en posisjon der det ensidig kan legge premissene for de nye avtaler.

²² Boet kan også risikere at arbeidstakere forsvinner i oppsigelsestiden. Etter dekningsloven § 7-11 fjerde ledd har arbeidstakerne rett til å ta annet arbeid i oppsigelsestiden. Boet har da ikke rett til å kreve at den ansatte stiller opp.

3 TARIFFAVTALENS STILLING VED DRIFT I BOETS REGI

3.1 Innledning

Skyldneren kan ved konkursåpningen være bundet av tariffavtale. Avtalen kan være inngått direkte mellom skyldneren og en fagforening, eller mellom arbeidsgiverforening som skyldneren er medlem av og en fagforening. I slike tilfelle er det av vesentlig betydning for adgangen til å reforhandle de individuelle arbeidsavtaler, om tariffavtaler som skyldneren var bundet av, også binder boet. Som regel vil det være lite spillerom for reguleringer av lønns- og arbeidsvilkår i de individuelle arbeidsavtalene under en tariffperiode. Hvor vide rammer tariffavtalen gir for innholdet av de individuelle arbeidsavtaler, vil imidlertid variere.

Enkelte tariffavtaler opererer med minstesatser for hvilken lønn som lovlig kan avtales for de ulike stillinger. Verkstedsoverenskomsten (2002-2004) kapittel 3.1. er et eksempel på en tariffavtale hvor en slik løsning er valgt. Tariffavtalen kan også angi en lønnsramme. Timelønnen må for eksempel ligge mellom 120 og 140 kroner. I tillegg gir ofte tariffavtaler bestemmelser om særskilte tillegg til den vanlige lønn, for eksempel for særlig smussig arbeid, for arbeid på avsidesliggende sted, for arbeid som krever mer enn det vanlige, osv.²³

Dersom de individuelle arbeidsavtaler etter revisjon inneholder en bestemmelse som strider mot en bindende tariffavtale, er denne bestemmelse ugyldig, jfr. arbtvl. § 3 nr. 3. Boets muligheter til å oppnå betydelige reduksjon av lønnskostnader gjennom forhandlinger, vil derfor som hovedregel være avhengig av at boet ikke er bundet av skyldnerens tariffavtale.²⁴

²³ Jfr. Jakhelln. Oversikt over arbeidsretten. Side 230

²⁴ Dersom boet er bundet av skyldnerens tariffavtaler, kunne boet tenkes å si opp de ansatte for deretter å inngå avtaler med uorganiserte arbeidstakere. Slike disposisjoner kan imidlertid ikke lovlig foretas av

Dersom boet er bundet av skyldnerens tariffavtaler, må endringer i de individuelle avtaler som bryter med tariffavtale godkjennes av tariffpartene ved inngåelse av ny tariffavtale. En slik prosess, hvor tariffpartene må involveres, vil som regel være lite heldig for boet. Særlig gjelder dette dersom en større fagorganisasjon er part i avtalen. Forhandlinger på dette planet vil kunne trekke ut i tid, og derved vanskeliggjøre videre drift for boet. Forhandlingene må nødvendigvis også involvere de kreditorer som eventuelt skal stille sikkerhet for den videre drift, noe som ytterligere kan forlenge forhandlingsperioden. Boets behov for å handle raskt i en situasjon som denne, er lite forenlig med en slik prosess. I tillegg vil boets muligheter for å slutte gunstige avtaler reduseres med sterke fagorganisasjoner ved forhandlingsbordet.

Tariffavtalens stilling ved konkurs er i juridisk litteratur først og fremst blitt knyttet til arbeidsmiljølovens bestemmelser om virksomhetsoverdragelse. Disse bestemmelsene er plassert i arbeidsmiljølovens kapittel 12A, og omfatter bestemmelsene §§ 73A til 73E.

Arbeidsmiljølovens kapittel 12A regulerer arbeidstakernes rettigheter ved overdragelse av virksomhet. Kapitlet ble inntatt i arbeidsmiljøloven ved endringslov av 27. november 1992 nr. 115, og trådte i kraft samtidig med EØS-avtalen den 1. januar 1994. Bestemmelsene er en implementering av EF-direktiv 77/187 om virksomhetsoverdragelser. Kapitlet er endret to ganger etter ikrafttredelsen.²⁵

Tariffavtalens stilling der konkursboet driver virksomheten videre, er ikke direkte regulert i dekningsloven eller i annen lovgivning. Derved vil, dersom konkursbeslaget regnes som en virksomhetsoverdragelse, arbeidsmiljølovens § 73B nr. 2 komme til anvendelse. Etter denne bestemmelsen skal de individuelle arbeidsvilkår som følger av tariffavtale som den tidligere innehaver var bundet av, opprettholdes inntil tariffavtalen utløper eller avløses av annen tariffavtale. En konklusjon om at konkursbeslaget faller inn under virkeområdet for arbeidsmiljølovens kapittel 12A, vil imidlertid ikke si noe om tariffavtalens stilling som sådan, bare de individuelle vilkår. Dette går frem av

boet, da arbeidsmiljølovens § 67 fastslår at oppsagte arbeidstakere har fortrinnsrett til ny stilling i ett år etter oppsigelsesfristens utløp. Det følger av aml. § 67 nr. 5 at bestemmelsen får anvendelse der virksomheten drives videre i hovedsakelig samme form som før konkursen.

²⁵ Ved lov av 15 juni 2001 nr. 33 og lov av 21 juni 2002 nr. 27.

dommen i ARD 2001 side 1.²⁶ Slike individuelle arbeidsvilkår vil typisk være fastsettelse av arbeidstakernes lønn. Dersom overføringen til konkursboet skal regnes som en virksomhetsoverdragelse, betyr dette at arbeidstakernes lønn ikke kan reduseres i tariffperioden, utover de skranker tariffavtalen stiller opp, uten at det inngås ny avtale mellom tariffpartene. En slik begrenset anvendelse av tariffavtalen som aml. § 73B nr. 2 gir, vil derfor som regel være tilstrekkelig til å hindre boet i å reforhandle arbeidsavtaler i særlig utstrekning.

Ved endringslov nr. 33/2001 fikk aml. § 73A, som regulerer kapitlets anvendelsesområde, et nytt annet ledd. Her fastslås det at reglene i §§ 73B og 73C ikke får anvendelse ved overføring fra et konkursbo til en ny arbeidsgiver. Om selve overføringen til konkursboet omfattes av kapitlets bestemmelser, er imidlertid mer usikkert.

I det følgende vil jeg derfor se på hvorvidt regelsettene om virksomhetsoverdragelse får anvendelse i forhold til tariffavtalens stilling ved konkurs:

Bestemmelsene i arbeidsmiljølovens kapittel 12A, er tatt inn i loven på bakgrunn av EU-lovgivningen. Denne lovgivningen gir en minstestandard for innholdet av de norske bestemmelsene. Norge er forpliktet til å innføre det vern som denne EU-lovgivningen gir, men står fritt til å gi bestemmelsene et videre anvendelsesområde i den nasjonale rett.²⁷

Her drøftes derfor først hvorvidt EU-lovgivningen, som arbeidsmiljølovens kapittel 12A bygger på omfatter overføring til boet ved konkursbeslag. Deretter vil rekkevidden av arbeidsmiljølovens § 73A, som angir de norske bestemmelsenes anvendelsesområde, behandles.

²⁶ Det uttales på side 7 i dommen at retten "finner det klart at arbeidsmiljølovens § 73B nr. 2, som hjemler opprettholdelse av individuelle lønns- og arbeidsvilkår som følger av tariffavtale, ikke innebærer noen direkte eller indirekte regulering av spørsmålet om hvilken stilling en tariffavtale som sådan har ved fusjon eller andre former for virksomhetsoverdragelse."

²⁷ Nærmere om dette under pkt. 3.3.1.

Dersom konkursbeslaget ikke regnes som en virksomhetsoverdragelse i henhold til arbeidsmiljølovens kapittel 12A, kan man ikke på dette grunnlag konkludere med at tariffavtalen faller bort som følge av at det åpnes konkurs. Boet kan tenkes å være bundet av skyldnerens tariffavtaler på annet grunnlag. Dette spørsmålet vil bli drøftet under punkt 3.4. nedenfor.

3.2 Rammes konkursbeslaget av virksomhetsoverdragelsesdirektivet?

Arbeidsmiljølovens bestemmelser om virksomhetsoverdragelse er en gjennomføring av to direktiver fra EU på grunnlag av EØS-avtalen.²⁸ Direktivene er nå opphevet, og er avløst av rådsdirektiv 2001/23/EF. Senere henvisninger vil være til det nyeste direktivet, dersom ikke annet presiseres. EF-domstolens tolkning av direktivene vil være av vesentlig betydning når anvendelsesområde for bestemmelsene skal trekkes.

Direktivets bestemmelser må i kraft av å ha blitt implementert i arbeidsmiljølovens kapittel 12A, gå foran norske rettsregler ved eventuell motstrid, jfr. EØS lovens § 2.

3.2.1 Vurderingstemaet

Direktivet kommer til anvendelse ”på overdragelse av et foretak, en virksomhet eller en del av et foretak eller virksomhet til en annen arbeidsgiver som følge av en kontraktsmessig overdragelse eller en fusjon”, jfr. artikkel 1 nr. 1a).

Bestemmelsen innebærer at tre hovedvilkår må være oppfylt for at direktivet skal komme til anvendelse:

- Det må foreligge en overføring av virksomhet eller del av virksomhet
- Overføringen må skje til en annen innehaver,

²⁸ Rådsdirektiv 77/187/EØF av 14 februar 1977 og rådsdirektiv 98/50/EF som innehold endringer i 1977-direktivet. Direktivene ble opphevet ved rådsdirektiv 2001/23/EF som har avløst dem. Dette direktivet inneholder ingen realitetsendringer av betydning.

- Overføringen må skje som følge av en kontraktmessig overdragelse eller en fusjon.

Den norske versjonen av direktivet er ikke identisk med lovteksten i aml. § 73A. Betydningen av dette kommer jeg tilbake til senere. Her skal overføringen til konkursboet foreløpig kun drøftes opp mot direktivet.

3.2.2 Gjenstand for overføring - Identitetskriteriet

For at direktivet skal få anvendelse må det foreligge en hel eller delvis overføring av virksomhet. Ved vurderingen av om dette vilkåret er oppfylt, er det sentrale spørsmålet om virksomheten fremstår i det vesentlig som den samme også etter overføringen. Dette er av EF-domstolen blitt formulert som et spørsmål om den aktuelle virksomhet bevarer sin identitet.²⁹

I denne oppgaven er det forutsatt at boets drift i all vesentlighet vil være av samme karakter som før konkursen. Der boet driver virksomheten videre, selv om dette skjer med en mindre arbeidsstokk enn før konkursen, vil identitetskriteriet som hovedregel være oppfylt.

3.2.3 "til en annen innehaver"

Dersom virksomheten overføres til et nytt rettssubjekt, vil dette vilkåret være oppfylt.³⁰ Boet er et selvstendig rettssubjekt, og er derfor å anse som ny innehaver i direktivets forstand.

²⁹ Temco-dommen (sak c-51/00) premiss 24 angir hvilke momenter som generelt vil være relevante ved identitetsvurderingen.

3.2.4 Overføring "som følge av en kontraktmessig overdragelse"

Sentralt for drøftelsen av om konkursbeslaget omfattes av reglene om virksomhetsoverdragelse, er hvilke overføringssituasjoner som søkes regulert. Det kan spørres om overføringen må være basert på gjensidig bebyrdende avtale. Direktivets ordlyd synes å gi uttrykk for dette. Dersom overføringen må ha avtalemessig forankring, vil konkursbeslaget, som er basert på rettsavgjørelse, falle utenfor direktivets virkeområde.

EF-domstolen har anlagt en vid forståelse av hva som ligger i direktivets overdragelseskriterium. Domstolen uttalte i Berg-saken at det må ha skjedd en overdragelse "in the context of a contractual relationship."³¹ I Bork-saken ble det uttalt av overføringen måtte skje "within the framework of contractual relations."³²

De forskjellige språkversjoner av direktivet har til dels ulik angivelse av hvilke overføringssituasjoner som omfattes. I Abels-dommen (sak 135/83)³³ blir det påpekt at det i enkelte versjoner fremgår av ordlyden at overføring skal skje på basis av kontrakt. Disse språkversjonene gjør det mulig å slutte at en overdragelse som følge av et forvaltningsvedtak eller en rettsavgjørelse er utelukket. Den danske versjon ("overdragelse") og den engelske versjon ("legal transfer") synes i følge domstolen imidlertid å angi et videre anvendelsesområde. Blant annet på bakgrunn av de språklige forskjellene i de ulike lands direktiver, har EF-domstolen anlagt en formålsorientert tolkning i favør av arbeidstakernes behov for beskyttelse.³⁴ På bakgrunn av en slik formålsorientert tolkning, har domstolen også gitt direktivet anvendelse i tilfeller der overføringen er skjedd ved forvaltningsvedtak og rettsavgjørelse.³⁵ At overføringen er skjedd på bakgrunn av rettsavgjørelse, utelukker derfor ikke anvendelse av direktivet.

³⁰ Fougner. Omstilling og nedbemanning side 133.

³¹ Sak 144 og 145/87

³² Sak 101/87

³³ Se her særlig premiss 11.

³⁴ Se Holo. Arbeidsmiljøloven kommentarutgave side 798, som viser til Abels-dommen (sak 135/83) premiss 13 og Redmond Stichting (sak C-29/91) premiss 11.

³⁵ Se for eksempel Berg –dommen (sak 144 og 145/87). I Redmond Stichting- dommen (sak c-29/91) fant EF-domstolen at direktivet også omfattet tilfeller hvor det offentlige besluttet å innstille støtten til en organisasjon og i stedet tildelte støtte til en annen organisasjon med tilsvarende forhold. Overførselen

Det kan imidlertid ikke slutes fra dette at konkursbeslaget er en overføring som omfattes. Konkursinstituttets spesielle formål gjør at konkursbeslagets forhold til bestemmelsene om virksomhetsoverdragelser, må vurderes på et bredere grunnlag. Direktivets artikkel 5 nr. 1, som unntar overdragelser fra konkursboet til en ny innehaver fra bestemmelsene dersom medlemsstaten ikke fastsetter noe annet, viser at konkurssituasjonen er spesiell, og derfor foranlediger egne vurderinger.

Mette Klingsten legger uten videre til grunn at konkursbeslaget ikke skal anses som en virksomhetsoverdragelse etter direktivet:³⁶

”En virksomheds indgivelse af konkursbegæring eller afsigelse af konkursdekret falder uden for direktivet og den danske virksomhedsoverdragelseslov. Det er ikke forbundet retsvirkninger med den blotte indgivelse af konkursbegæringen. I forbindelse med skifterettens afsigelse af konkursdekretet overgår virksomheden til konkursboet, der er en ny selvstændig juridisk person. Overførselen af virksomheden ved skifterettens dekret er imidlertid en retsakt, der ikke er omfattet af virksomhedsoverdragelsesloven, idet der ikke er tale om en ”overdragelse”.”

Her blir det gitt uttrykk for at konkursbeslaget ikke reguleres av direktivets bestemmelser fordi situasjonen ikke omfattes av overdragelsesbegrepet. Imidlertid begrunnes ikke konklusjonen. I denne sammenheng må det påpekes at Danmark har latt reglene om virksomhetsoverdragelse få anvendelse ved overdragelser fra konkursboet, mens konkursbeslaget uttrykkelig er unntatt.

Direktivet gir ingen fullstendig definisjon av overdragelsesbegrepet, og EF-domstolen har ikke fått seg forelagt et slikt spørsmål. Direktivets artikkel 5 nr. 1 omhandler kun situasjoner der overdragelsen skjer under konkursbehandling eller tilsvarende insolvensbehandling. I denne bestemmelsen er statene gitt en valgfrihet med hensyn til å gjøre direktivets artikkel 3 og 4 (som tilsvarer aml. §§ 73B og 73C) gjeldende der en virksomhet overdras fra konkursboet til en ny innehaver. Utgangspunktet er her at de aktuelle bestemmelser ikke skal gjøres gjeldende ved slik overdragelse. Norge har

hadde nærmest karakter av myndighetsutøvelse, men dette var ikke til hinder for at direktivet fikk anvendelse.

³⁶ Klingsten. Ansættelsesretlige aspekter ved virksomhedsoverdragelse. side 112.

likevel ved vedtagelsen av aml. § 73A annet ledd, lovfestet at §§ 73B og 73C ikke kommer til anvendelse ved overføring fra et konkursbo.

Direktivets artikkel 5. nr. 1 vil neppe kunne tolkes antitetisk. Det kan derfor ikke slutes at de konkurssituasjoner som faller utenfor dette unntaket, må være omfattet av direktivets anvendelsesområde. Skal overføringen til boet omfattes av direktivets overdragelsesbegrep, må støtte for et slikt standpunkt søkes i EF-domstolens praksis. Som nevnt tidligere, har ikke domstolen fått seg forelagt et slikt spørsmål i ren form.

Domstolen har imidlertid behandlet flere saker angående direktivets anvendbarhet i insolvenstilfellene.³⁷ I tilknytning til disse sakene har domstolen gitt flere uttalelser som understreker konkursinstituttets spesielle karakter. Selv om ingen av sakene direkte angår spørsmålet om konkursbeslagets omfattes av direktivet, gir disse uttalelsene et klart inntrykk av at direktivet skal avgrenses mot konkurstilfellene i sin helhet. Dette kan illustreres ved gjengivelse av to premisser i Abels-dommen (sak 135/83):

Premiss 15

”Konkursretten er karakteriseret ved særlige procedurer, som har til formål at afveje de forskjellige interesser, herunder de enkelte kreditorgruppers interesser, hvilket i alle medlemsstaterne indebærer, at der findes særlige regler, som kan bevirke en i hvert fald delvis fravigelse af andre generelle bestemmelser, herunder inden for social- og arbejdslovgivningen.”

³⁷ ”EF-domstolen har pr. 1.1.2003 behandlet spørsmålet om 1977-direktivets anvendelse i insolvens- og konkurstilfellene i følgende saker: Abels (1985), Danmols (1985), d’Urso (1991), Dethier (1998) og Sanders (1998). EFTA-domstolen har ikke hatt disse spørsmålene til behandling.”, Holo. Arbeidsmiljøloven kommentarutgave. side 813.

Premiss 17

”Hertil kommer, at reglerne om konkursbehandling og om tilsvarende procedurer er meget forskellige i de forskellige medlemsstater. Denne konstatering i forbindelse med den omstændighed, at konkursretten, så vel i medlemstaternes retsordener som i fællesskabsretten, er undergivet særlige regler, gør det muligt at slutte, at hvis direktivet var bestemt til også at omfatte overførsler af virksomheder, foretaget inden for rammerne af sådanne procedurer, ville der have været indsat en udtrykkelig bestemmelse herom.”

Synspunktene som kommer til utrykk her må ha generell gyldighet i konkurstilfellene. Hensynet til kreditorfellesskapet kommer inn som en tungtveiende faktor i forhold til om direktivet skal gis anvendelse. Når direktivteksten ikke uttrykkelig regulerer om konkursbeslaget omfattes av bestemmelsene, og heller ikke EF-domstolen har tatt stilling til spørsmålet, må det i samsvar med Abels-dommens premiss 17 antas at en slik overføring faller utenfor direktivets anvendelsesområde. Klingstens konklusjon synes således å være riktig.

3.2.5 Oppsummering

Direktivet kan på denne bakgrunn ikke sees å regulere overføringen til konkursboet.

3.3 Omfattes overføringen til konkursboet av arbeidsmiljølovens bestemmelser om virksomhetsoverdragelse?

3.3.1 Innledning

Det er ingen automatikk i at arbeidsmiljølovens kapittel om arbeidstakernes rettigheter ved virksomhetsoverdragelse m.v. har nøyaktig den samme rekkevidde som direktivet. Selv om kapitlet er inntatt i loven på bakgrunn av direktivet, hindrer ikke det den

enkelte stat, på grunnlag av nasjonal rett, å anvende direktivets prinsipper på tilfeller som ligger utenfor dets virkeområde. I Abels-dommen, premiss 24 heter det:

”Det må dog præsiseres, at selv om sådanne overførsler på grund af de ovenfor anførte betragtninger ikke falder ind under direktivets anvendelsesområde, kan medlemstaterne frit på egen hånd og på grundlag af deres egen nationale ret anvende direktivets principper helt eller delvis på disse tilfælde”

Forarbeidene til arbeidsmiljølovens kaptittel 12A uttaler også at virksomhetsdirektivet fastsetter en minstestandard, og at det er gitt åpning for at den enkelte stat kan gå lengre enn direktivet krever.³⁸ Direktivets artikkel 8 lyder nå:

”Dette direktiv berører ikke medlemsstatenes rett til å anvende eller innføre lover eller forskrifter som er mer fordelaktige for arbeidstakerne, eller til å fremme eller tillate tariffavtaler eller avtaler mellom parter i arbeidslivet som er mer fordelaktige for arbeidstakerne.”

En slik valgrett tilkommer derfor statene for så vidt angår konkursbeslaget, til tross for at overføringen til boet faller utenfor direktivets regulering, jfr. oppsummering under pkt. 3.2.5.

Spørsmålet blir etter dette om arbeidsmiljølovens kapittel 12A, på bakgrunn av intern rett, skal gis anvendelse på overføring til boet som skjer ved konkursbeslag.

3.3.2 Lovgivning og forarbeider

Arbeidsmiljølovens kapittel 12A inneholder ingen bestemmelse som direkte regulerer konkursbeslagets stilling i forhold til reglene om virksomhetsoverdragelse.

I forarbeidene til kapitlet gis det klart uttrykk for at bestemmelsene ikke er ment å gi noe videre innhold enn det som følger av direktivet. Departementet drøfter om arbeidsmiljølovens bestemmelser skal gis anvendelse på situasjoner som faller utenfor direktivet, men konkluderer med at slike spørsmål er kompliserte, og reiser

³⁸ Ot.prp. nr. 71 (1991-1992) side 15

vidtrekkende problemstillinger som ikke var mulig å foreta innen de tidsfrister som var satt for dets arbeid.³⁹ På denne bakgrunn uttales det samme sted i

Odelstingsproposisjonen:

”Departementet er derfor kommet til at det i denne omgang bare bør foretas de endringer som er nødvendige pga. EØS-avtalen, og at de nevnte spørsmål bør utredes senere i samarbeid med partene.”

Av disse uttalelser kan det sluttet at arbeidsmiljølovens kapittel 12A i utgangspunktet ikke var ment å omfatte noe mer enn det som fulgte av direktivet. Samtidig ble det åpnet for at en slik utvidelse av bestemmelsenes anvendelsesområde ville kunne gjennomføres på et senere tidspunkt. Overføring av virksomheten til boet var imidlertid ikke blant de tenkte utvidelser av direktivets anvendelsesområde som ble nevnt i de opprinnelige forarbeidene.

På bakgrunn av vedtakelsen av direktiv 98/50/EF den 29 juni 1998, ble Ot.prp. nr. 79 (2000-2001) fremmet med sikte på endringer av arbeidsmiljølovens regler om arbeidstakernes rettigheter ved virksomhetsoverdragelse. Bakgrunnen for endringsdirektivet var å kodifisere rettspraksis fra EF-domstolen angående tolkningen av direktivets bestemmelser, samt klargjøre enkelte bestemmelser. Proposisjonen munnet ut i forslag om enkelte lovendringer i kapitlet om virksomhetsoverdragelser. Av disse endringene var aml. § 73A annet ledd, som unntar overdragelser fra konkursboet til ny innehaver, den praktisk viktigste. Bestemmelsen ble vedtatt ved endringslov av 1. juli 2001. Forarbeidene er relativt omfattende, og konkursbeslagets forhold til bestemmelsene om virksomhetsoverdragelse blir her kommentert. Departementet gir en redegjørelse av hva det mener er gjeldende rett på område, og konkluderer med at gjeldende rett må være slik at konkursbeslaget ikke omfattes av reglene om virksomhetsoverdragelse i arbeidsmiljøloven kapittel 12A.⁴⁰ Det blir her dels gjort en vurdering av EF-domstolens praksis, dels av Høyesterettspraksis. Departementet finner ikke at rettspraksis fra EF-domstolen taler for at direktivet skal forstås slik at konkursbeslaget skal omfattes. Dette er i samsvar med min konklusjon vedrørende EU-

³⁹ Ot.prp. nr. 71 (1991-1992) side 15

⁴⁰ Ot.prp. nr. 79 (2000-2001) side 13.

direktivets anvendelsesområde ovenfor. Når det gjelder spørsmålet om arbeidsmiljølovens bestemmelser får anvendelse ved konkursbeslag, er det særlig Rt. 1995 s. 1636 (Leopold-dommen) som har vært gjenstand for drøftelse. Dommen er av enkelte forfattere blitt tatt til inntekt for at konkursbeslaget omfattes av bestemmelsene.⁴¹ Departementet tolker imidlertid dommen slik at den ikke kan få betydning for forståelsen av arbeidsmiljølovens kapittel 12A.

Konklusjonen som departementet trekker, resulterte ikke i et konkret forslag om lovregulering. Lovgiver har altså ikke tatt stilling til rekkevidden av dommen. Uttalelsene er derfor bare en enkeltaktørs oppfatning av hva som er gjeldende rett, og kan ikke tillegges betydelig rettskildemessig vekt. En konklusjon som går ut på at konkursbeslaget ikke omfattes, vil derfor ikke kunne gjøres utelukkende med en henvisning til Ot.prp. nr. 79.

Verken arbeidsmiljølovens kapittel 12A eller forarbeidene til dette kapitlets bestemmelser gir grunnlag for å slutte at konkursbeslaget skal omfattes av bestemmelsene om arbeidstakernes rettigheter ved virksomhetsoverdragelse.

3.3.3 Rettspraksis

I det følgende vil det drøftes om konkursbeslaget, på bakgrunn av rettspraksis fra norske domstoler, omfattes av arbeidsmiljølovens bestemmelser om virksomhetsoverdragelse

I rettspraksis har spørsmålet om konkursbeslagets stilling til arbeidsmiljølovens bestemmelser om virksomhetsoverdragelse ikke vært oppe i ren form. Skal det på bakgrunn av rettspraksis, hevdes at konkursbeslaget omfattes av disse bestemmelsene, må det bygge på en analogisk tolkning av dommer som ikke direkte avgjør spørsmålet. I

⁴¹ Holo. Arbeidsmiljøloven kommentarutgave. side 809, synes å gi uttrykk for dette synet. Det tales her om at overføring ved ulike typer kreditorbeslag, herunder konkursbeslag, må omfattes av overføringsbegrepet i aml. § 73A. Det kan synes som at det her menes at konkursbeslaget omfattes av *overdragelsesbegrepet* i § 73A, og således at bestemmelsene i kapittel 12A kommer til anvendelse. Det henvises her til Rt. 1995 side 1640, og dommer Aarbakke's obiter dictum (behandles under pkt. 3.3.3.1), som behandler overdragelsesvilkåret i ferielovens § 12.

denne sammenheng er det rekkevidden av en uttalelse i Rt. 1995 s. 1636 som blir det sentrale for drøftelsen.

3.3.3.1 Leopold-dommen

Rt. 1995 s. 1636 (Leopold-dommen) omhandler en virksomhet med musikkpub som av huseieren og to banker med realsikkerhet ble overført til nytt selskap. Overføringen skjedde etter at det var begjært konkurs overfor det tidligere driverselskap, men før konkurs var blitt åpnet. Det nye selskap var ansvarlig etter ferieloven for ansattes feriepenger opptjent hos tidligere driftsselskap. Det var altså ikke tale om en overføring til et konkursbo slik som problemstillingen her forutsetter.

Dommer Aarbakke uttaler imidlertid i et obiter dictum på side 1640:

”Hvis et konkursbo i medhold av konkursloven §119 velger å videreføre debitors virksomhet – herunder å tre inn i hans arbeidsavtaler som arbeidsgiver – er det etter min mening mye som taler for at ferieloven § 12 kommer til anvendelse,

Konkursbeslaget skal ifølge denne uttalelsen anses som et innehaverskifte etter ferielovens § 12, der boet velger å videreføre debitors virksomhet. Hvis konkursbeslaget omfattes av ferielovens § 12 vil dette innebære en betydelig belastning for boet, fordi arbeidstakerne etter denne bestemmelsen da skal kunne kreve utestående feriepenger dekket som massefordring i boet. En redegjørelse for disse problemene faller imidlertid utenfor denne oppgavens fremstilling. Spørsmålet her blir i første omgang om konkursbeslaget i slike tilfelle også skal anses som en virksomhetsoverdragelse etter aml. § 73A.

Aarbakkes uttalelser er knyttet til eierskiftevilkåret i ferielovens § 12. Denne bestemmelsen er i forarbeidene til arbeidsmiljølovens kapittel 12a hevdet å være overflødig, fordi § 73B nr. 1 vil omfatte alle de tilfeller ferieloven § 12 regulerer.⁴² Slik

⁴² Se Ot.prp. nr. 71 (1991.1992) side 33

sett må bestemmelsen ses i sammenheng med bestemmelsene om arbeidstakernes rettigheter ved virksomhetsoverdragelse.

Det er imidlertid ikke sikkert at anvendelsesområde for ferielovens § 12 og arbeidsmiljølovens kapittel 12A er det samme. Lars Holo uttaler at omfangbestemmelsen i aml. § 73A kan ha begrensninger som ikke ferieloven har.⁴³ Selv om man legger til grunn at dommer Aarbakkens uttalelse er uttrykk for gjeldende rett, kan det derfor ikke konkluderes med at boet er bundet av de vilkår som følger av skyldnerens tariffavtaler etter aml. § 73B nr.2. Det kan imidlertid hevdes at det vil være ønskelig at arbeidsmiljølovens kapittel 12A og ferielovens § 12 skal gis anvendelse på de samme overføringssituasjoner.

Selv om man aksepterer at uttalelsen i Leopold-dommen skal forstås slik at arbeidsmiljølovens § 73A omfatter den overføringen som skjer ved konkursbeslaget, er dette neppe alene nok til å gi arbeidsmiljølovens kapittel 12A et videre anvendelsesområde en opprinnelig forutsatt. Departementet påpeker i Ot.prp. nr. 79 (2000-2001) på side 13, at førstvoterende i dommen bruker formuleringen "...mye som taler for...". Måten uttalelsen er formulert på, bærer ikke bud om at Høyesterett har tatt noe klart standpunkt til spørsmålet. Snarere bærer uttalelsen preg av å bygge på en slags foreløpig vurdering, uten at spørsmålet er behandlet i sin fulle bredde. Uttalelsen er i tillegg et obiter dictum. En slik uttalelse har ikke den samme tyngde som uttalelser som direkte begrunner det resultat domstolen har kommet til, og kan derfor neppe alene sees å ha utvidet arbeidsmiljølovens kapittel 12A til å omfatte overføringen til konkursboet.

En ensartet rettspraksis av et visst omfang, i samme retning som Leopold-dommens uttalelse, kunne bidratt til å gi virksomhetsoverdragelseskapitlet et anvendelsesområde som også innebefattet konkursbeslaget. Rettspraksis av et slikt omfang foreligger ikke på dette område. Dommens obiter dictum står derfor ganske alene, og kan på denne bakgrunn vanskelig sees å ha utvidet arbeidsmiljølovens kapittel 12A's anvendelsesområde.

⁴³ Holo, Norsk Lovkommentar – 2002, bind 2. side 1817, note 58

Det er ytterst tvilsomt om norske domstoler på det nåværende tidspunkt vil innfortolke mer i arbeidsmiljølovens bestemmelser enn det som utgår av EU-direktivet og EF-domstolens fortolkning av dette. Dette fordi det fra politisk hold er gitt klart uttrykk for at dette er et spørsmål som søkes løst gjennom lovregulering. Tidligere gjennom mandat til arbeidsrettsrådet, nå arbeidslivslovutvalget.⁴⁴ Domstolene vil nok også være forsiktige med å løse spørsmålet om konkursbeslagets forhold til reglene om virksomhetsoverdragelse på bakgrunn av reelle hensyn. Det er nettopp på bakgrunn av at slike hensyn trekker i ulike retninger at spørsmålet er vanskelig, og søkes løst på politisk plan.⁴⁵ Hensynet til kreditorfellesskapet står mot hensynet til arbeidstakernes beskyttelse.⁴⁶

På denne bakgrunn er det neppe grunnlag for å konkludere med at konkursbeslaget omfattes av bestemmelsene i arbeidsmiljølovens kapittel 12A som følge rettspraksis.

3.3.4 Oppsummering

Overføring til konkursboet ved konkursbeslag er ikke en virksomhetsoverdragelse etter aml. § 73A, da verken lovtekst, forarbeider eller rettspraksis har gitt bestemmelsen et slikt omfang. Konkursbeslaget omfattes således ikke av bestemmelsene i arbeidsmiljølovens kapittel 12A.

⁴⁴ Arbeidsrettsrådet ble nedlagt i 1999. Mandatet er nå overført til arbeidslivslovutvalget. Mandatet omfatter ikke en gjennomgang av tariffavtalens stilling der konkursboet driver virksomheten videre. I Innst. O. nr. 77 (1998-1999) uttaler justiskomiteen imidlertid at dette spørsmålet må ses i sammenheng med de spørsmål som arbeidsrettsrådet (nå arbeidslivslovutvalget) utreder. Dette må kunne tolkes slik at tariffavtalens stilling ved drift i boets regi, er neste tema som skal utredes. Arbeidslivslovutvalgets utredning skal være ferdig innen den 1. desember 2003.

⁴⁵ En nærmere vurdering av de motstridende hensyn som gjør seg gjeldende, vil bli foretatt under pkt. 4.

⁴⁶ Det er imidlertid ikke sikkert at arbeidstakerne som gruppe er tjent med at bestemmelsene om virksomhetsoverdragelse kommer til anvendelse ved en konkurs. Der konkursboet er nødt til å forholde seg til de rammer som skyldnerens tariffavtaler gir for arbeidstakernes lønns- og arbeidsvilkår, vil resultatet kunne bli at boet ikke ser seg tjent med å drive virksomheten videre. Resultatet av dette blir da umiddelbar innstilling av driften, og dette vil definitivt ikke gagne arbeidstakerne. Nærmere om dette nedenfor under pkt. 4.4.

3.4 Er boet bundet av skyldnerens tariffavtale på annet grunnlag?

3.4.1 Innledning

Som følge av de konklusjoner som er trukket ovenfor, er boet ikke bundet av de individuelle arbeidsvilkår som følger av skyldnerens tariffavtaler på bakgrunn av bestemmelsene om arbeidstakernes rettigheter ved virksomhetsoverdragelse.

Bestemmelsen i aml. § 73B nr. 2 kommer ikke til anvendelse. Boet kan imidlertid tenkes å være bundet av debtors tariffavtale på annet grunnlag. Med ”annet grunnlag”, siktes det her først og fremst til eventuelle domstolsskapte regler. I ARD 2001 s. 1 var den nye arbeidsgiver, etter en fusjon, bundet av tidligere arbeidsgivers tariffavtale og fant i denne konkrete saken støtte for et slik syn i aksjelovens §§ 13-2 og 13-16. En lignende bestemmelse, der en regulering av tariffavtalens stilling i konkurs eventuelt kan innfortolkes, foreligger ikke der virksomheten drives av boet.

Når tariffavtalens stilling ved konkurs drøftes uavhengig av reglene om virksomhetsoverdragelse, er det ikke lenger tale om å skille mellom individuelle og kollektive arbeidsvilkår. Dette skillet er konstruert ved utformingen av EU-direktivet og det foreligger ingen tradisjon for en slik deling av tariffavtalen der spørsmålet er behandlet utenfor direktivets og arbeidsmiljølovens bestemmelser om overdragelse av virksomhet. Når det her spørres om boet er bundet av debtors tariffavtale der det driver virksomheten videre, tales det om tariffavtalen i sin helhet. Når det i den videre fremstilling henvises til tariffavtalen eller tariffavtalen som sådan, er det avtalen i sin fulle bredde det siktes til. Er det tale om tariffavtalens individuelle vilkår vil dette presiseres særskilt.

Tariffavtalens stilling som sådan ved de ordinære virksomhetsoverdragelser er inngående drøftet av flere forfattere i juridiske teori. Om dette spørsmål foreligger det også noe rettspraksis. Spørsmålet om hvorvidt boet er bundet av skyldnerens tariffavtale der det velger å drive virksomheten videre, har i mindre grad vært gjenstand for drøftelse. Rettspraksis rundt dette spørsmålet er ytterst sparsom.

I den følgende fremstilling skal først dommen i ARD 1931 side 5 gjennomgås. Det er fra enkelte forfattere hevdet at boet på bakgrunn av denne dommen må være bundet av debtors tariffavtaler der virksomheten drives videre. Etter dette vil det gis en kort presentasjon av tariffavtalens stilling som sådan ved de ordinære virksomhetsoverdragelser. Dette gjøres fordi gjeldende rett ved disse overdragelsene vil kunne være av betydning for løsningen i konkurstilfellene. I forlengelsen av presentasjon som gjøres av disse bestemmelsene, vil det drøftes om det kan slutes fra konkurstilfellene på bakgrunn av rettstilstanden ved de ordinære overdragelser

3.4.2 Dommen i ARD 1931 side 5

Med henvisning til denne dommen er det fra enkelte forfattere i den juridiske teori hevdet at tariffavtalen forblir bindende for et konkursbo dersom det fortsetter å drive virksomheten videre på vesentlig samme måte som debitor.⁴⁷

Saken gjaldt spørsmålet om arbeidet med demontering av bedriftens maskineri, i regi av boet, var omfattet av fabrikkens tariffavtale. Flertallet fant at boet ikke var bundet av debtors tariffavtale, fordi arbeidet med demontering var av en helt annen karakter enn det arbeid tariffavtalen søkte å regulere. Det blir også lagt betydelig vekt på at formålet med arbeidet var endelig avvikling av virksomheten, og at mulighetene for gjenopptagelse av driften ikke var til stede. Dommen henviser på side 6 til Paal Berg, som uttaler:

” at det vilde være utenfor all rimelighets grenser, om en avtale skulde kunne kreves opprettholdt under forhold som ingen av partene kunde tenke sig mulige. Og må det gjelde for vanlige rettelige avtaler, må det særlig gjelde for tariffavtalene.”

Dommen synes således å bygge på en oppfatning om at tariffavtalen ikke regulerer den situasjon og det arbeid det her var tale om. Tariffavtalens bestemmelser kunne derfor ikke gjøres gjeldende overfor boet. Samtidig synes dommen å forutsette at

⁴⁷ Se for eksempel Stein Evju. Arbetsrätten i Norden. side 260

utgangspunktet er at boet er bundet av tariffavtalen der virksomheten drives videre av boet. Arbeidsretten uttaler:

”At et konkursbo, der på nogen måte vil fortsette den av en konkursskyldner tidligere drevne virksomhet, herunder må være bundet av den tariffavtale som av hensyn til denne virksomhet er inngått og ikke lovlig bragt til ophør, synes saksøkte ikke å bestride.”

Det er særlig tre innvendinger som kan fremmes mot å legge betydelig vekt på denne dommen:

For det første er forutsetningen som tas om at tariffavtaler er bindende for boet, ikke avgjørende for den aktuelle tvists løsning. Den rettslige forutsetning som her tas, begrunnes ikke i dommen. Det er derfor ikke mulig å se hvilke vurderinger som ligger til grunn for Arbeidsrettens forutsetning. Det blir da også svært vanskelig å drøfte om de vurderinger som eventuelt er blitt gjort kan opprettholdes.

Til dette kan innvendes at utviklingen av et sterkere arbeidervern har vært førende for visse politiske grupperinger de senere år, og at disse har fått betydelig grad av gjennomslag for sitt syn. På denne bakgrunn kan det argumenteres med at dommens forutsetning må opprettholdes. Bevisstheten rundt viktigheten av et slikt vern er vesentlig større i dag enn da dommen ble avsagt. Imidlertid blir dette en svært usikker forutsetning, og det er tvilsomt om en slik tolkning kan tillegges særlig vekt.

Den andre hovedinnvending er dommens alder. Dommen er over 70 år gammel, og det er tvilsomt om domstolene vil føle seg særlig bundet av denne dommen dersom de skulle få seg forelagt seg spørsmålet i dag.

Til sist kan det anføres at det ikke er tale om rettens forutsetning, men saksøktes. Uttalelsen fra arbeidsrettens kan leses som at det kun er en tolkning av saksøktes anførsler som gjøres, jfr. ”.... synes saksøkte ikke å bestride”. Retten kan på denne bakgrunn hevdes å ikke ha tatt noen initiativ til å vurdere spørsmålet og heller ikke tatt noen bevisst rettslig forutsetning i dommen.

Til tross for disse innvendingene gjør mangelen på rettskilder vedrørende tariffavtalens stilling i konkurs at det må gripes etter dommer som den her foreliggende, og isolert trekker dommen i retning av at debitors tariffavtaler binder boet der det driver virksomheten videre. Om dommen skal tillegges avgjørende vekt for konklusjonen av hva som er gjeldende rett på området, er mer tvilsomt.

3.4.3 Kan det for konkurstilfellene sluttes fra rettsstilstanden ved de ordinære overdragelser?

Innledningsvis under dette punktet skal det gis en presentasjon tariffavtalens stilling som sådan ved de ordinære virksomhetsoverdragelser: I ARD 1988 side 38 legger Arbeidsretten til grunn at den nye arbeidsgiver ikke er bundet av den tidligere arbeidsgivers tariffavtale, dersom det er tale om en reell overdragelse. Arbeidsretten uttaler at dette er slått fast gjennom rettspraksis.⁴⁸ Den tradisjonelle oppfatning har på denne bakgrunn vært at ny arbeidsgiver ikke er bundet av tidligere tariffavtale.

Det er stilt spørsmål ved om arbeidsrettens uttalelse om at rettsstilstanden er fastslått gjennom rettspraksis, er riktig. Jakhelln hevder at rettspraksis fra Arbeidsretten ikke er så entydig som premissene i ARD 1988 s. 38 kan gi inntrykk av.⁴⁹ Han foretar en kritisk gjennomgang av de dommer som arbeidsretten har bygget sitt standpunkt på for å begrunne dette.⁵⁰ Her skal det ikke foretas en analyse av de aktuelle dommene, men bare konstateres at Arbeidsrettens tolkning av dommene har større rettskildemessig vekt enn vurderinger som fremkommer i juridisk litteratur.

Jakhelln peker i sin fremstilling på at sammenhengen med de regler som gjelder for den individuelle arbeidsavtale, medfører at spørsmålet om tariffavtalens stilling som sådan kommer i en noe annen stilling enn tidligere.⁵¹ Etter arbeidsmiljølovens § 73B nr. 2 blir de individuelle vilkår som følger av tidligere arbeidsgivers tariffavtale, bindende for den

⁴⁸ På side 42 i dommen vises det til følgende dommer ARD 1926 s. 3, ARD 1930 s. 168, ARD 1936 side 1, ARD 1952 s. 31, ARD 1966 s. 45, og ARD 1974 s. 35.

⁴⁹ Jakhelln. Oversikt over arbeidsretten. side 397

⁵⁰ Jakhelln. Oversikt over arbeidsretten. side 407 flg.

⁵¹ Jakhelln. Oversikt over arbeidsretten kapittel 5.5.5.8. se bl.a. side 416.

nye arbeidsgiver. Arbeidsmiljølovens kapittel 12A ble inntatt i loven etter at dommen i ARD 1988 s. 38 ble avsagt. Man kan derfor ikke utelukke at retten hadde tatt et annet standpunkt dersom den hadde fått seg forelagt spørsmålet i dag. Ikke bare fordi sammenhengen med bestemmelsen i § 73B nr. 2 tilsier at en slik løsning bør velges, men også fordi bestemmelsene i arbeidsmiljølovens kapittel 12A gir uttrykk for en generell rettsutvikling i retning av et styrket arbeidervern ved overdragelse av virksomhet. Rettsutviklingen skal her ikke foregripes, og på bakgrunn av dommen i ARD 1988 s. 38, må den alminnelige regel være at den nye arbeidsgiveren ikke er bundet av tidligere arbeidsgivers tariffavtale. Arbeidsretten uttaler på side 43 i denne dommen at det ikke foreligger noen alminnelig løsning av tariffavtalens stilling ved overdragelse av virksomhet på tvers av den rettstilstand som er fastlagt gjennom rettspraksis, og at endringer i tilfelle bør skje lovgivningsveien.

Spørsmålet utredes nå av arbeidslivslovutvalget, som er ventet å komme med sin innstilling innen 1. desember 2003. Før de endelige konklusjoner av dette arbeidet er trukket, er det lite trolig at domstolene vil stå i spissen for en endring av rettstilstanden på dette område.

Ved ordinær overdragelse av virksomhet synes den nye arbeidsgiver altså ikke å være bundet av tidligere arbeidsgivers tariffavtale som sådan. Ved konkurs er balansen mellom boet som arbeidsgiver, og arbeidstakerne, en annen enn der virksomheten drives videre etter en ordinær overføring av virksomheten. Arbeidstakernes interesser, skal i samsvar med konkurslovens § 85, bare varetas så langt det er forenelig med kreditorenes felles interesser. På denne bakgrunn vil det være naturlig å slutte at tariffavtalen ikke binder boet der virksomhetens drives videre etter konkursåpningen. Dette vil følge av en fra-det-mer-til-det-mindre betraktning. Hvis en ny innehaver ikke er bundet av tidligere arbeidsgivers tariffavtaler ved en ordinær overdragelse, kan det vanskelig slutes at dette må være tilfellet der virksomheten er under konkursbehandling.

Spørsmålet om tariffavtalen skal binde ny arbeidsgiver er imidlertid mer sammensatt og komplisert ved de ordinære virksomhetsoverdragelser, enn der konkursboet velger å drive virksomheten videre. Ved de ordinære virksomhetsoverdragelser kan det for

eksempel oppstå problemer som følge av at den nye arbeidsgiver allerede er bundet av annen tariffavtale. Særlig kan dette være problematisk hvis de forskjellige tariffavtalene gir anvisning på ulike løsninger på en slik måte at de kommer i konflikt med hverandre. Det kan være praktisk umulig for en arbeidsgiver å oppfylle begge tariffavtalene.

Lovgiver har imidlertid allerede akseptert tilstedeværelsen av slike konflikter ved vedtagelsen av aml. § 73B nr. 2. Når individuelle vilkår som følger av tariffavtale skal opprettholdes av den nye arbeidsgiver, åpnes det for denne type konflikter.

Dette er et moment som taler mot at den nye arbeidsgiver skal være bundet av tidligere tariffavtale ved de ordinære overdragelser av virksomhet. Dette momentet gjør seg derimot ikke gjeldende ved konkurstilfellene. Boet er en ”virksomhet” som opprettes for å avvikle debtors engasjement, og vil naturlig nok ikke ha slike forpliktelser ved overtakelsen av virksomheten.

En kan også peke på et moment som faller annerledes ut ved overdragelser til konkursbo, og som derfor taler mot at denne situasjonen er sammenlignbar med en ordinær virksomhetsoverdragelse. Ved en ordinær virksomhetsoverdragelse vil arbeidstakerne som overføres komme inn i en fungerende virksomhet, der ledelse og arbeidsrutiner som regel vil være på plass. Dette gir en viss grad av sikkerhet til arbeidstakerne og reduserer dermed behovet for at tidligere tariffavtale binder den nye arbeidsgiver. I konkurssituasjoner eksisterer imidlertid sjelden noe rammeverk. I mange situasjoner forefinnes det ikke engang en fungerende ledelse. Arbeidstakerne kan således befinne seg i en situasjon der deres arbeidsvilkår er fullstendig uregulert. Dette kan tale for at behovet for beskyttelse av arbeidstakerne er større i konkurssituasjoner enn ved vanlige virksomhetsoverdragelser.

På denne bakgrunn er det ikke sikkert at en fra-det-mer-til-det-mindre slutning kan foretas her. Hensynene bak en regel om at ny arbeidsgiver skal være ubundet av tidligere tariffavtale er sammensatte, og lar seg ikke overføre til konkurstilfellene i sin fulle bredde. Avgjørende for om en fra-det-mer-til-det-mindre betraktning er forsvarlig er derfor hvilke hovedhensyn regelen (om at tariffavtalen ikke skal binde ny arbeidsgiver) hviler på. På bakgrunn av den foreliggende rettspraksis er det vanskelig å

slutte noe klart om dette. Arbeidslivslovutvalgets arbeid med å utarbeide klare regler for tariffavtalens stilling ved overdragelse av virksomhet vil derfor kunne være av stor betydning også for konkurstilfellene. Hvilke hensyn som blir tillagt størst vekt ved utformingen av en lovbestemmelse om tariffavtalens stilling ved overdragelse av virksomhet, vil være av betydning for om det er mulig å slutte for konkurstilfellene på bakgrunn av rettsstilstanden utenfor konkurs.

Slik rettsstilstanden er i dag, kan ikke den alminnelige regel ved de ordinære virksomhetsoverdragelser om at ny arbeidsgiver ikke er bundet av overdragerens tariffavtaler, tillegges vesentlig betydning for tariffavtalens stilling ved drift i boets regi.

3.4.4 Oppsummering

Foreliggende rettspraksis og lovverk synes ikke å gi noe klart svar på hvorvidt tariffavtaler er bindende ved overdragelse til et konkursbo, da rettskildene er svake og til dels trekker i ulike retninger. Det må dog påpekes at ARD 1931 side 5 fremstår som den eneste rettskilde som gir noen føring på en løsning av problemet. Dommen er imidlertid en særdeles svak rettskilde.⁵² Dette, samt mangelen på andre rettskilder gjør det vanskelig å trekke noen konklusjon med hensyn til tariffavtalens gyldighet under konkurs før mer generelle hensyn er tatt i betraktning. Under en slik vurdering vil virkningene av en eventuell regel som binder konkursboet til skyldnerens tariffavtale stå sentralt.

⁵² Jfr drøftelsen under pkt. 3.4.2.

4 Tariffavtalens stilling ved drift i boet regi – hensyn og virkninger.

4.1 Innledning

Dersom det er ønskelig å begrense boets muligheter til å revidere arbeidsavtaler gjennom å gjøre det rammeverk som følger av skyldnerens tariffavtaler gjeldende for boet, kan dette gjøres på to måter. Enten ved å la bestemmelsene om virksomhetsoverdragelse få anvendelse på disse tilfellene, eller ved å innføre en regel, for eksempel i konkursloven, om at boet skal være bundet av skyldnerens tariffavtale der boet driver virksomheten videre. Fremstillingen vil i det følgende fokusere på hensynene for og imot å la boet være bundet av skyldnerens tariffavtale som sådan. Argumentene som fremmes har imidlertid gyldighet også forhold til om konkursbeslaget bør omfattes av arbeidsmiljølovens kapittel 12A. Gjennom hvilke regelsett tariffavtalens vilkår eventuelt skal binde boet, vil først og fremst være et spørsmål om hvilket omfang en slik begrensning av boets handlefrihet skal ha, og hva lovgiver i denne sammenheng finner hensiktsmessig.

Hvorvidt debtors tariffavtaler skal være bindende for boet, er i realiteten et spørsmål om hvor stor gjennomslagskraft de motstridende hensyn som gjør seg gjeldende ved konkurs skal ha. Det må foretas en avveining mellom ivaretagelsen av kreditorhensyn og arbeidervernhensyn.

4.2 Hvilke interesser skal bobehandlingen ivareta?

Hensynet til kreditorene tilsier at bobehandlingen bør gjennomføres med det formål å realisere debtors eiendeler til en best mulig pris. Bredere samfunnshensyn kan derimot

tale for at bobehandlingen har et noe annet formål, for eksempel opprettholdelse av produksjon, næringsliv og arbeidsplasser.⁵³

Konkursloven gir uttrykk for at det først og fremst er kreditorenes interesser som skal ivaretas under bobehandlingen. Dette går frem av § 7 annet ledd, § 85 første ledd og § 88 første ledd. Konkurslovens § 85 første ledd, som omhandler bostyrerens forvaltningsansvar, lyder:

”Bostyreren skal vareta fordringshavernes felles interesse overfor den enkelte fordringshaver og overfor tredjeperson. Så langt det er forenlig med disse interessene, skal bostyreren i samarbeid med offentlige myndigheter medvirke til at hensynet til berørte arbeidstakere og særlige samfunnsinteresser varetas under bobehandlingen.”

Formuleringen her gir ikke bare uttrykk for at det er kreditorfellesskapets interesser som skal ha førsteprioritet, men også at arbeidervernhensyn bare skal varetas ”så langt det er forenlig” med kreditorenes felles interesser. Med kreditorenes øyne vil da enhver gevinst i form av høyere dividende berettigede tilsidesettelse av arbeidervernhensyn. Bestemmelsen kan imidlertid ikke forstås slik at et hvert ønske fra kreditorfellesskapet om å redusere boets omkostninger må gå foran andre samfunnsmessige hensyn. Vilkåret må leses objektivt. Hva slags innhold en slik objektiv vurdering skal ha, er det vanskeligere å si noe presist om.

Problemstillingen sto sentralt ved vedtakelsen av konkursloven.⁵⁴ Spørsmålet er også drøftet på generelt grunnlag i NOU 1993:16 og i Ot.prp. nr. 26 (1998-1999).

I Ot.prp. nr. 50 (side 26 flg.) uttaler departementet følgende:

”Selv om det i mange tilfeller ikke vil være motstrid mellom rene kreditorinteresser i snever forstand og hensynet til berørte arbeidstakere og videre samfunnsinteresser, vil det ved valg av løsninger i visse tilfeller kunne dreie seg om betydelige beløp, særlig ved valg av realisasjonsmåte, fortsatt drift mv. Det er ikke meningen at boorganene i

⁵³ Jfr. Ot.prp. nr. 26 (1998-1999) side 92

⁵⁴ Se Ot.prp. nr. 50 (1980-1981) kapittel 4.1.2

slike situasjoner skal tilsidesette vesentlige kreditorinteresser. De må vise et forsvarlig skjønn ved forvaltningen av boet.”

Det følger av denne uttalelsen at boorganene ikke skal tilsidesette vesentlige kreditorinteresser av hensyn til arbeidstakerne eller andre bredere samfunnsinteresser. Uttalelsen må forstås slik, at mindre vesentlige kreditorinteresser kan tenkes satt til side for å ivareta arbeidervernhensyn. Vurderingene som her er gjort, er av generell karakter, og gir ikke vesentlig veiledning for spørsmålet om skyldnerens tariffavtale skal binde boet. I Ot.prp. nr. 26 (1998-1999) gis det mer konkrete eksempler på tilfeller der samfunnsmessige hensyn må vike for kreditorfellesskapets interesser.⁵⁵ Også disse eksemplene er til liten hjelp for spørsmålet som vurderes her. Felles for alle de nevnte utredninger er at deres vurderinger av spørsmålet om hvilke interesser bobehandlingen skal ivareta, er av generell karakter.

4.3 Vil en regel om at boet skal være bundet av debtors tariffavtale være forenlig med kreditorenes interesser?

Det er vanskelig å si noe bestemt om tariffavtalen bør binde boet på bakgrunn av en avveining av disse hensynene. Dette fordi situasjonene i de forskjellige konkursvirksomheter kan være meget forskjellig. I tilfeller der boet vil være avhengig av å få redusert lønnskostnader for at det i det hele tatt skal være lønnsomt å drive virksomheten videre, vil det framstå som rimelig at debtors tariffavtaler ikke skal binde boet. En slik ubundenhet vil ikke framstå som like rimelig der boet, for å øke dividenden til kreditorene med en prosent, forhandler seg frem til kraftige lønnskutt i de individuelle arbeidsavtalene. I det første tilfellet vil det vanskelig kunne påstås at hensynet til arbeidstakerne er forenlig med kreditorenes interesser, mens det ved det andre tilfellet vil kunne hevdes å foreligge slik forenelighet.

Det vil imidlertid være svært vanskelig å detaljregulere tariffavtalens stilling ved drift i boets regi, gjennom å gi ulike løsninger for de ulike tilfeller. En regel om at det skal

⁵⁵ Se side 93 og 94. Eksemplene tar for seg konflikten mellom offentlige interesser i å avdekke mulige straffbare forhold, og kreditorenes interesse i en høyest mulig dividende gjennom rasjonell bobehandling.

foretas en skjønnsmessig vurdering i det enkelte tilfelle, vil heller ikke være noen heldig løsning. Behovet for klarhet og forutberegnelighet vil ikke bli tilfredsstilt med en slik regel.

Det kan hevdes at behovet for klare regler er ekstra sterkt på dette område, fordi disse sakene sjelden blir prøvd for retten. Mange virksomheter under konkurs vil ikke tåle belastningen ved en rettslig konflikt.⁵⁶ Arbeidstakerne vil da kunne vegre seg for å gå til rettslige skritt mot boet. Rettssaker kan dessuten bli langvarige, noe som både kreditorer og arbeidstakerne vil søke å unngå for at bo-oppgjøret ikke skal bli unødig forsinket. Fraværet av rettslig prøvelse av spørsmålet vil igjen føre til at det gjennom rettspraksis ikke vil bli trukket opp klare retningslinjer for den skjønnsmessige vurderingen som skal foretas. I praksis overlater man da utviklingen av innholdet i en slik vurdering til bobestyrererne, under press fra kreditorerne. Dette kan ikke være noen god løsning.

På denne bakgrunn må det gjøres et valg av hvilke interesser som skal gis gjennomslag ved utformingen av en bestemmelse som regulerer tariffavtalens stilling ved drift i boets regi. Konkursloven og dens forarbeider gir liten veiledning for løsningen av spørsmålet. Både konkursloven og forarbeidene til de aktuelle bestemmelser er så generelle at det vanskelig kan sluttes hva løsningen bør være ut fra disse kildene.

4.4 Vil en bestemmelse om at debtors tariffavtale binder boet gi arbeidstakerne et reelt vern?

Det kan stilles spørsmål ved om en beskyttelse av arbeidsavtalene gjennom å gjøre debtors tariffavtaler bindende for boet, vil gi arbeidstakerne et reelt vern. EF-domstolen har drøftet spørsmålet om et sterkt vern på papiret innebærer et tilsvarende sterkt vern i praksis. Dette er gjort i relasjon til virksomhetsoverdragelsesdirektivets anvendelse på overdragelse fra konkursboet til ny innehaver. I Abels-dommen hevdet den nederlandske regjering at anvendelse av direktivet i konkurstilfellene kan få konsekvenser som er til skade for arbeidstakerne, fordi dette ville kunne hindre boet å

⁵⁶ Se pkt. 1.8 om rettskildesituasjonen

selge virksomheten som et ”going concern”. Motparten mente at dette ikke medførte riktighet. På denne bakgrunn uttaler EF-domstolen:

Premiss 22:

”Denne forskjellige vurdering viser, at der på den økonomiske utviklings nuværende trin hersker stor usikkerhet om indvirkningen på arbeidsmarkedet af virksomhedsoverførsler i tilfælde af arbejdsgiverens insolvens og om, hvilke foranstaltninger, der er egnede til bedst mulig at beskytte arbeidstagerens interesser i denne situation.”

Premiss 23:

”Det følger af det foregående, at man ikke kan udelukke en alvorlig risiko for en generell forværring af arbejdernes leve- og arbejdsvilkår, i strid med traktatens sociale formål, og at man derfor ikke kan konkludere, at direktiv 77/187 pålægger medlemsstaterne en pligt til at utvide de bestemmelser som direktivet fastsætter, til at omfatte overførsler af virksomheder, bedrifter eller dele af bedrifter, som sker inden for rammerne af en konkursbehandling, der har til formål at realisere overdragerens aktiver under den kompetente retlige myndigheds kontrol.”

De samme betenkeligheter som EF-domstolen her gir uttrykk for, gjør seg også gjeldende i forhold til en lovregulering som innebærer at konkursboet skal være bundet av debtors tariffavtale. En slik bestemmelse vil kunne få negative konsekvenser på flere måter. For det første vil en slik begrensning for boet kunne innebære at det ikke ser seg tjent med å drive virksomheten videre. Arbeidet med å redusere lønnsomkostningene blir betydelig mer omfattende, fordi fagorganisasjoner må involveres i forhandlingene. Slike forhandlinger vil boet ofte ikke se seg tjent med. Resultatet av et slikt lovfestet vern vil altså kunne bli umiddelbar innstilling av driften. På denne måten vil arbeidstakersiden kunne skyte seg selv i foten ved å kreve at rettigheter etter tariffavtale må opprettholdes ved konkurs.

For det andre er det ikke sikkert at boets tariffbundenhet vil tjene arbeidstakerne som gruppe, selv om boet velger å drive virksomheten videre. Resultatet kan bli at færre av arbeidstakerne blir tilbudt videre arbeid, fordi boet ikke gis muligheter til å redusere lønnskostnadene. En opprettholdelse av lønnsvilkår som følger av tariffavtale kan således resultere i at flere arbeidstakere blir oppsagt, enn om det motsatte hadde vært

tilfelle. Til sist vil boet ved å redusere lønnsomkostningene kunne gjøre driften mer lønnsom, og dermed ha større muligheter til å overdra virksomheten som et ”going concern”. Boet vil på denne måten kunne presentere et mer attraktivt salgsubjekt for eventuelle interessenter. Dette vil medføre at arbeidstakerne også etter avviklingen av konkursboets virksomhet vil ha en mulighet til å beholde sine arbeidsplasser.

Det bør påpekes at disse argumentene er klassiske, i den forstand at de fremføres i de fleste sammenhenger der arbeideres rettigheter diskuteres. Sterkere lovfestet arbeidervern, uavhengig av om det gjelder ved konkurs eller i andre sammenhenger, kan alltid hevdes å svekke arbeiderens posisjon i det lange løp. Regler som styrker arbeideres rettigheter, slik som minstelønn, oppsigelsesvern, pensjons- og sykkelønsregler, eller tariffavtalers gyldighet ved konkurs for den saks skyld, har alle det til felles at de medfører økte kostnader for arbeidsgiver. Dette kan gjøre det mindre aktuelt å ansette flere arbeidstakere, eller redusere driftens lønnsomhet til et nivå der det ikke lenger er hensiktsmessig å drive virksomheten.

Virkningene av at tariffavtalen opprettholdes ved konkurs ser ved første øyekast noe annerledes ut, da det her tales om faren for at bedriften ikke kan selges som ”going concern”, eller at driften innstilles umiddelbart i stedet for at virksomheten drives videre under bobehandlingen. De underliggende teorier om årsak-virknings forholdet mellom arbeidervern og driftens lønnsomhet er imidlertid de samme, nemlig at sterkere arbeidervern hevdes å føre til lavere lønnsomhet.

Hvorvidt dette årsak-virknings forholdet medfører riktighet er et omstridt spørsmål, og politiske grupperinger med motstridende interesser trekker de konkurrerende teorier til inntekt for ulike løsninger. Grupperinger som ønsker et svakere arbeidervern, gjerne representert av næringslivet og arbeidsgiversiden, støtter seg på argumentet om at arbeidervern øker bedriftens kostnader og derved svekker arbeiderernes posisjon i det lange løp. På den motsatte siden finnes grupperinger som ønsker et sterkere arbeidervern, gjerne representert ved fagbevegelsen. Disse grupperingene aksepterer ikke et årsak-virkningsforhold om at sterkere arbeidervern svekker arbeidstagerens posisjon i det lange løp, og hevder i stedet at et svekket arbeidervern i det lange løp er

til skade for arbeiderne, særlig den gruppen av arbeidere som av ulike grunner stiller svakest.

Dette viser at den skepsis som er fremført, blant annet av EF domstolen, mot å påtvinge et konkursbo en tariffavtale fordi det kan medføre at boet ikke kan selges som "going concern", eller vil føre til at driften innstilles tidligere, relaterer seg til et politisk omstridt tema. Sett i lys av dette kan det være naturlig å spørre om det er riktig av domstolene å støtte seg på slike argumenter, og om ikke spørsmålet heller bør få sin endelige løsning på politisk nivå.

I Ot.prp. nr. 79 (2000-2001) griper departementet fatt i problemstillingen. Dette blir gjort på bakgrunn av at det fra enkelte høringsinstanser ble hevdet at arbeidsmiljølovens kapittel 12A måtte gis anvendelse på konkurstilfellene. Blant annet ble det fra Landsorganisasjonen i Norge uttalt at hensynet til arbeidstakerne må veie tyngre enn behovet for å sikre videre drift av insolvente foretak. Departementet kommenterer denne uttalelsen på side 15 i odeltingsproposisjonen:

"Til dette vil departementet bemerke at nettopp hensynet til arbeidstakerne er en viktig begrunnelse for at reglene ikke får anvendelse i konkurs, idet videre drift av virksomheten vil øke sjansene for å bevare arbeidsplassene, jf. også Kommisjonens uttalelse i (Com (94) 300)."

Departementet argumenterer med muligheten for videre drift av virksomheten vil forringes dersom reglene i arbeidsmiljølovens kapittel 12A kommer til anvendelse. Uttalelsen kan synes å være gjort med tanke på om forpliktelsene som følger av kapitlet skal gjøres gjeldende overfor den nye innehaver, som følge av overdragelse fra konkursboet. Synspunktet har imidlertid full gyldighet i forhold til spørsmålet om slike forpliktelser bør pålegges boet, der virksomheten drives videre i dets regi.

Det hevdes fra enkelte hold at det syn som departementet her gir uttrykk for, ikke nødvendigvis er riktig.⁵⁷ Det hersker imidlertid såpass stor usikkerhet rundt spørsmålet at denne usikkerheten i seg selv kan tale mot at slike plikter bør pålegges boet. Dersom tariffavtalens vilkår skal kunne gjøres gjeldende overfor boet, må man i det minste være sikker på at dette gagnar arbeidstakerne som gruppe. På denne bakgrunn blir usikkerheten rundt virkningene av en slik bestemmelse et argument mot å la boet være bundet av skyldnerens tariffavtale der virksomheten drives videre.

Som fremstillingen ovenfor viser, er virkningene av å innføre en bestemmelse om at boet skal være bundet av debtors tariffavtaler særdeles vanskelig å forutsi. Før en slik regel eventuelt innføres bør spørsmålet utredes grundig slik at lovgiver får et klart beslutningsgrunnlag å forholde seg til.

4.5 Hensynet til næringslivet generelt

Når en vurderer viktigheten av å ta hensyn til kreditorene ved konkursbehandling, kan det være nyttig å anlegge et videre perspektiv, der en ser på de mer langsiktige følgene for næringslivet. En dyptgående analyse av sammenhengen mellom et svekket kreditorvern under konkurs og hvilke følger dette vil få for næringslivet, vil falle utenfor denne oppgavens tema. Det kan imidlertid være nyttig kort å rette søkelyset mot følgende moment: Vi har en rekke mekanismer i privatretten som har til hensikt, blant annet, å øke tilgjengeligheten av risikovillig kapital for næringslivet. Panteinstituttet er en slik mekanisme. Gjennom pant skapes sikkerhet, som betydelig øker tilgjengeligheten av kapital. Likeledes kan konkurs sies å være en slik mekanisme, da konkursinstituttet enkelt sagt garanterer kreditorer oppgjør for sine krav, så langt det er aktiva igjen i boet etter at masseomkostninger er trukket fra. Grunnen til at det kan sies å foreligge en slik garanti, er at hensynet til kreditorene har en meget fremtredende plass i vår konkurslovgivning.

⁵⁷ Se for eksempel Dege. Arbeidsgivers styringsrett – bind 1. side 343 med henvisning til to tyske proffesorers uttalelser om emne.

Dersom en svekker hensynet til kreditorerne på bekostning av, for eksempel, hensynet til arbeidernes rettigheter, vil en samtidig svekke den garanti for oppgjør som konkursinstituttet gir. Sagt på en annen måte vil en øke sannsynligheten for at kreditorer ikke får tilfredsstillende oppgjør for sine krav mot en virksomhet, noe som generelt øker risikoen ved å gjøre kapital tilgjengelig for næringslivet. Økt risiko betyr at mindre kapital gjøres tilgjengelig. Sett i lys av at risikovillig kapital nærmest kan karakteriseres som "livsblodet" til næringslivet, bør virkningene av enhver regelendring, eller presisering, som kan medføre at tilgangen på slik kapital blir redusert, granskes med tanke på dette. Spørsmålet om tariffavtalens stilling ved konkurs er intet unntak i så måte.

4.6 Hensynet til en konsekvent regulering av konkurstilfellene

Ved vedtakelsen av arbeidsmiljølovens § 73A annet ledd, som sier at aml. §§ 73B og 73C ikke kommer til anvendelse ved overdragelse fra et konkursbo til en ny arbeidsgiver, ble det uttrykt i forarbeidene at en av hovedgrunnene for å ikke la disse bestemmelsene ramme slike overdragelser, var muligheten for boet til å selge virksomheten som en igangværende virksomhet.⁵⁸ Dette fordi en ny innehaver ville kunne være interessert i å betale boet (og derved kreditorerne) en høyere pris hvis ikke denne ble pålagt forpliktelsene som følger av aml. §§ 73B og 73C. Bestemmelsen i aml. § 73A annet ledd innebærer blant annet at individuelle vilkår som følger av tariffavtale ikke binder ny arbeidsgiver som får overdratt virksomhet eller del av virksomhet til seg fra et konkursbo, jfr. § 73B nr. 2.

En konsekvent politikk i forhold til dette spørsmålet tilsier at heller ikke boet bør være bundet av skyldnerens tariffavtale. De samme hensyn som er tillagt avgjørende vekt ved vedtakelsen av aml. § 73B nr. 2 gjør seg også gjeldende her. Dersom boet ikke er bundet av tariffavtalen, kan det i perioden frem til et eventuelt salg foretas, arbeides med å gjøre virksomheten mer salgbar. Hvis boet kan presentere en virksomhet med

⁵⁸ Se Ot.prp. nr 79 (2000-2001) side 14-15, pkt. 5.3.2

lave kostnader relatert til arbeidstakerne, vil dette utvilsomt kunne øke prisen ved videresalg.

En bestemmelse som sier at boet skal være bundet av tariffavtalen som sådan er lite forenlig med det standpunkt som ble tatt ved vedtakelsen av arbeidsmiljølovens § 73A annet ledd. Dersom lovgiver faller ned på et standpunkt om at debtors tariffavtale binder boet, samtidig som § 73A annet ledd blir stående uendret, vil lovreguleringen på området fremstå som innkonsekvent.

4.7 Hensynet til forutberegnlighet ved den videre drift.

Risikoen for arbeidskamp taler for at boet skal være bundet av debtors tariffavtaler. I en situasjon der boet ønsker å drive virksomheten videre, vil det være særdeles viktig at det kan gjøres klare kostnadsberegninger for driften. Dersom boet er bundet av den tidligere tariffavtale, vil det gjelde en fredsplikt for de arbeidsvilkår som er regulert ved tariffavtale. Boet kan da være sikre på at disse reguleringene vil ligge fast for driftsperioden. Den forutberegnlighet som fredsplikten gir, kan i noen tilfeller være vel så viktig for boet som muligheten til å skjære ned på lønnsomkostningene. For eksempel kan det i enkelte tilfelle tjene kreditorfellesskapet at debtors tariffavtaler binder boet og arbeiderne.⁵⁹ Arbeidstakerne vil da ikke kunne gå til arbeidskamp for å få opprettet en tariffavtale som gir dem bedre betingelser jfr. Arbeidstvistlovens § 6 nr. 1.

I tillegg vil det kunne være et selvstendig mål ved utformingen av regler å unngå løsninger som åpner for konflikt. Dette taler for å velge en løsning om at tariffavtalen binder boet, slik at fredsplikten opprettholdes også etter konkursåpningen.

⁵⁹ Se eksempel under pkt. 2.

4.8 Oppsummering av de reelle hensyn

Som fremstillingen under dette kapitlet viser, er det på bakgrunn av reelle hensyn vanskelig å trekke klare konklusjoner i forhold til om tariffavtalen skal binde boet der det driver virksomheten videre. Spørsmålet er utpreget politisk og usikkerheten rundt virkningene av de ulike løsningene gjør at det er vanskelig å ha noen klar formening om hvilket valg som vil gi den totalt beste regel. Skal det likevel trekkes en konklusjon, er jeg tilbøyelig til å mene at boet ikke bør være bundet av skyldnerens tariffavtaler. Det er særlig usikkerheten rundt de mer vidtrekkende konsekvenser for næringslivet⁶⁰, samt den generelle usikkerhet som knytter seg til virkningene både for arbeidsgiver- og arbeidstakersiden, som taler mot å innføre eller bekrefte en regel om at tariffavtaler skal være bindende ved konkurs.

⁶⁰ Jfr. drøftelsen under pkt. 4.5

5 Konklusjon

Gjeldende rett åpner for reforhandling av arbeidsavtaler under bobehandling, jfr. fremstillingen under pkt. 2.

Det finnes ikke grunnlag i EU-retten for at tariffavtaler er bindende for et konkursbo.⁶¹

Det finnes heller ikke grunnlag i arbeidsmiljølovens bestemmelser om overdragelse av virksomhet, for at tariffavtaler er bindende for et konkursbo.⁶²

Vedrørende spørsmålet om boet er bundet av debtors tariffavtale på annet grunnlag der det driver virksomheten videre, er det vanskeligere å fastslå hva som er gjeldende rett.⁶³ Reelle hensyn gir ingen entydig avklaring, da de trekker i ulike retninger og er politisk omstridt.⁶⁴

En står da igjen med ARD 1931 side 5, der det forutsettes at tariffavtaler er bindende for konkursbo. Utfallet av dommen, en over 70 år gammel dom, var ikke bygget direkte på denne forutsetningen, og den ble heller ikke begrunnet. Det dreier seg med andre ord om en usedvanlig svak rettskilde. Sett i lys av at reelle hensyn i liten grad leder an mot noe bestemt utfall, blir denne dommen imidlertid den eneste rettskilden som gir direkte føringer mot en løsning av spørsmålet. En objektiv juridisk konklusjon må da bli at tariffavtaler er bindende for konkursboet, jfr. ARD 1931 side 5.

Det bør imidlertid påpekes at spørsmålet om hvorvidt tariffavtaler er bindende for boet griper rett inn i det alltid tilstedeværende politiske stridstema om omfanget av arbeidervern. Spørsmålet bør derfor få sin endelige løsning på politisk hold.

⁶¹ Jfr. oppsummering i pkt 3.2.5.

⁶² Jfr. oppsummering i pkt 3.3.4.

⁶³ Jfr. oppsummering i pkt 3.4.4.

⁶⁴ Se pkt 4.8.

6 Litteraturliste

Brækhus, Sjur. *Omsetning og kreditt 1 – Den personlige gjeldsforfølgning*, 3 utgave, 3 opplag. Oslo, 1994

Dege, Jan Tormod. *Arbeidsgivers styringsrett*. Bind 1. Oslo, 1995

Evju, Stein. *Arbetsrätten i norden*. 2. utg., 1999

Haug Nygaard, Marius. *Arbeidsavtalens stilling i konkurs*. I: Aktuell arbeidsrett. Stein Evju (Red.). Oslo, 1989

Holo. *Arbeidsmiljøloven kommentarutgave*. Odd Friberg, Jan Fougner og Lars Holo. 8. utg. Oslo, 2003

Hov, Jo. *Avtaleslutning og ugyldighet*. 2. utg.. Oslo, 1998

Huser, Kristian. *Gjeldsforhandling og konkurs – bind 2*. Bergen, 1988

Jakhelln, Henning. *Oversikt over arbeidsretten*. 2. utg. Oslo, 1996

Klingsten, Mette. *Ansættelsesretlige aspekter ved virksomhedsoverdragelse*. København, 2002

Moe, Ernst. *Praktisk konkurs*. Oslo, 1999

Norsk lovkommentar. Bind 2. 4. utg. Oslo 2002

Omstilling og nedbemanning. Jan Fougner.....[et al.]. Oslo 2003

Artikler:

Konkursrådet. Behandling av lønnskrav i konkurs. Anbefaling vedtatt av konkursrådet i mars 1998. Publisert på konkursradet.no.