

UiO : **Det juridiske fakultet**

# Arbeidsforholdets stilling ved konkurs

En undersøkelse av reglene for oppsigelse i konteksten av konkurs

Kandidatnummer: 591

Leveringsfrist: 25. november 2020

Antall ord: 16 128



## Innholdsfortegnelse

<b>1</b>	<b>INNLEDNING.....</b>	<b>1</b>
1.1	Oppgavens tema og problemstilling .....	1
1.1.1	Avgrensning.....	2
1.2	Metodebruk og rettskildebildet .....	3
1.2.1	Anvendelsen av reelle hensyn som rettskilde.....	4
1.3	Begrepsavklaring .....	5
1.3.1	Arbeidstaker.....	5
1.3.2	Virksomhet .....	6
1.3.3	Konkursdebitor .....	7
1.4	Rettslig kontekst.....	7
1.4.1	Legislative hensyn i arbeidsretten .....	8
1.4.2	Legislative hensyn i konkursretten .....	10
1.5	Den videre fremstillingen.....	11
<b>2</b>	<b>OPPSIGELSESVERNET.....</b>	<b>11</b>
2.1	Nedbemanning – oppsigelse grunnet virksomhetens forhold .....	11
2.1.1	Saklig begrunnelse for nedbemanning .....	13
2.1.2	Saklig utvelgelse av arbeidstakere.....	14
2.2	Særskilt oppsigelsesvern ved virksomhetsoverdragelser .....	15
<b>3</b>	<b>DEKNINGSLOVENS REGULERING AV ARBEIDSFORHOLDET VED KONKURSBESLAG .....</b>	<b>16</b>
3.1	Forholdet mellom konkursbo og arbeidstaker .....	16
3.2	Lovteksten.....	17
3.3	Forarbeider .....	18
3.4	Rettspraksis .....	20
3.4.1	Rt. 1995 s. 270 (Christiania Bank og Kreditkasse) .....	21
3.5	Øvrige rettskilder .....	22
3.6	Konklusjon.....	23

<b>4</b>	<b>KONKURSBESLAGET I LYS AV ARBEIDSMILJØLOVENS REGULERING AV VIRKSOMHETSOVERDRAGELSER .....</b>	<b>24</b>
4.1	Innledning .....	24
4.2	Konkursbeslaget og vilkårene for virksomhetsoverdragelse .....	25
4.2.1	Enhetsvilkåret .....	26
4.2.2	Identitetsvilkåret .....	27
4.2.3	Overdragelsesvilkåret .....	29
4.3	Forarbeider .....	32
4.4	Rettspraksis .....	33
4.4.1	Rt. 1995 s. 1636 (Leopold).....	34
4.5	Konklusjon.....	36
<b>5</b>	<b>ARBEIDSFORHOLDETS STILLING VED OVERDRAGELSE AV VIRKSOMHET FRA KONKURSBO TIL NY ERVERVER .....</b>	<b>37</b>
5.1	Innledning .....	37
5.2	Lovteksten.....	39
5.3	Forarbeider .....	39
5.4	Rettspraksis .....	41
5.4.1	Rt. 1995 s. 849 (Keiserinnen).....	41
5.4.2	Rt. 1992 s. 1039 .....	43
5.5	Øvrige rettskilder .....	44
5.5.1	Forholdet til reglene om fortrinnsrett .....	45
5.5.2	En side til diskrimineringsvernet.....	47
5.5.3	Formålsbetraktninger.....	49
5.6	Konklusjon.....	50
<b>6</b>	<b>OPPSUMMERING.....</b>	<b>51</b>
	<b>LITTERATURLISTE.....</b>	<b>53</b>

# 1 Innledning

## 1.1 Oppgavens tema og problemstilling

Arbeidsforholdets stilling ved konkurs er et tema som er svært praktisk, men som i liten grad er behandlet i juridisk teori. Hvert år rammes et betydelig antall virksomheter av konkurs, og en konkurs hos arbeidsgiver har store konsekvenser for de ansatte. Tall fra Statistisk Sentralbyrå viser at det i 2018 og 2019 ble åpnet over 10 000 konkurser i Norge<sup>1</sup>, hvoretter et betydelig antall arbeidsforhold ble berørt. Temaet for avhandlingen er den rettslige reguleringen av nedbemanning som gjøres i forbindelse med konkursbeslag og konkursbehandling.

I avhandlingen skal jeg belyse to problemstillinger tilknyttet dette temaet. Den første problemstillingen er om konkursboet må forholde seg til et oppsigelsesvern, dersom boet gjennom konkursbehandlingen skal fortsette konkursdebitors drift med redusert arbeidsstokk. Den andre problemstillingen er hvilket oppsigelsesvern de ansatte har der konkursboet meddeler oppsigelser i forbindelse med salg av virksomheten, fordi erverver ikke ønsker å beholde alle arbeidsforholdene. Nærmere bestemt er problemstillingen om det må gjøres en saklighetsvurdering for slike oppsigelser ved overdragelser fra et konkursbo.

Disse spørsmålene er tett knyttet opp mot regler om arbeidsforholdets stilling ved konkursbehandling i lov 8. juni 1984 nr. 59 om fordringshavernes dekningsrett (dekningsloven), og mot regler om arbeidsforholdenes stilling ved virksomhetsoverdragelse i lov 17. juni 2005 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern m.v (arbeidsmiljøloven).

Konkursretten inneholder en utførlig regulering av overgangen fra vanlig drift av virksomhet, til konkursåpning og bobehandling<sup>2</sup>, men regulerer i mindre grad situasjonen der konkursboet overdrar konkursdebitors virksomhet til en ny erverver. Arbeidsretten på sin side inneholder regler som kommer til anvendelse der en virksomhet overdras til en ny erverver, men lovgiver

---

<sup>1</sup> Statistisk Sentralbyrå, tabell 09694, huket av for 2018 og 2019

<sup>2</sup> Konkursloven inneholder blant annet regulering av konkursåpningen, skyldnerens stilling under konkurs og realisering av boets eiendeler, mens dekningsloven på sin side regulerer forhold som konkursboets beslagsrett og fordringshavernes dividenderett.

har valgt å gi disse reglene begrenset anvendelse ved konkurstilfeller.<sup>3</sup> Det foreligger dermed ingen klar lovregulering av hvilke rettigheter arbeidstakerne har, dersom konkursboet velger å selge konkursdebitors virksomhet. Videre er det uklart om konkursunntaket også omfatter selve konkursbeslaget. Temaet syntes således å falle mellom to rettsområder, hvilket gjør oppgavens tema og problemstilling utfordrende, men interessant.

### 1.1.1 Avgrensning

Oppgavens problemstillinger knytter seg til nedbemanningsreglene for arbeidstakere, slik at oppgaven ikke behandler den rettslige stillingen til oppdragstakere. Rettsstillingen til statlige ansatte og embetsmenn omfattes heller ikke. Arbeidstakerbegrepet anvendt i oppgaven er nærmere kommentert under kapittel 1.3.1.

Temaet for oppgaven knytter seg til reglene for oppsigelse og andre former for opphør av arbeidsforhold. Suspensjon eller avskjed faller derfor utenfor oppgavens rammer.

Problemstillingene oppstilt i oppgaven vil hovedsakelig belyses på bakgrunn av de bestemmelser som følger av arbeidsmiljøloven og dekningsloven, samt rettskildene som er tilknyttet disse lovene. Oppgaven avgrenses derfor mot kollektive relasjoner, det vil si de rettigheter og plikter som eventuelt måtte fremgå av tariffavtaler mellom arbeidsgiverorganisasjoner og fagforeninger.

Oppgaven analyserer den rettslige stillingen for arbeidstakere ansatt i en virksomhet som tas under konkursbehandling etter konkurslovens annen del. Den rettslige stillingen til arbeidstakere som er ansatt i en virksomhet som er under gjeldsforhandling etter konkurslovens første del eller under rekonstruksjon etter den midlertidige rekonstruksjonsloven<sup>4</sup>, faller utenfor oppgavens problemstillinger og behandles ikke.

---

<sup>3</sup> Arbeidsmiljøloven § 16-1 (2)

<sup>4</sup> Midlertidig lov av 7. mai 2020 nr. 38 om rekonstruksjon for å avhjelpe økonomiske problemer som følge av utbrudd av covid-19 (rekonstruksjonsloven)

## 1.2 Metodebruk og rettskildebildet

For å svare på oppgavens problemstillinger vil jeg bruke en rettsdogmatisk metode. Det vil si at jeg skal tolke og vurdere relevante rettskildefaktorer, for å finne frem til den gjeldende rettslige reguleringen av det arbeidsrettslige oppsigelsesvernet og saklighetsprinsippet i konteksten av konkursbehandlingen. De mest sentrale lovene i besvarelsen vil være dekningsloven og arbeidsmiljøloven. Arbeidsmiljølovens regler om virksomhetsoverdragelse er sentrale i vurderingen av oppgavens problemstillinger. Reglene ble utformet på bakgrunn av EU-rettens regulering av slike overdragelser, og rådsdirektiv 2001/23/EF av 12. mars 2001 om tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om ivaretagelse av arbeidstakernes rettigheter ved overdragelse av foretak, virksomheter eller deler av foretak eller virksomheter (virksomhetsoverdragelsesdirektivet) en derfor en relevant rettskilde.<sup>5</sup> Oppgaven vil i tillegg se hen til praksis fra EU-domstolen, som er relevant for forståelsen av direktivets innhold.<sup>6</sup>

En metodemessig utfordring for avhandlingen er at temaet er preget av et begrenset rettskildebilde. Verken arbeidsmiljøloven eller dekningsloven inneholder regler som direkte regulerer oppgavens problemstillinger. Forarbeidene identifiserer bakgrunnen for andre regler som indirekte belyser problemstillingene, men ettersom disse i hovedsak gjelder andre spørsmål er de ikke alene avklarende for hva som må legges til grunn som gjeldende rett. Videre foreligger det per i dag heller ikke rettspraksis som direkte behandler spørsmålene. Næss har pekt på at mangelen på relevante rettsavgjørelser kan indikere at temaet er lite praktisk.<sup>7</sup> Jeg vil argumentere for at temaet er svært praktisk. Antallet konkurser er tett sammenkoblet med den økonomiske veksten i samfunnet, og en økonomi i omstilling er preget av at virksomheter kommer og går.<sup>8</sup> Det knytter seg usikkerhet til den videre utviklingen av konkursstatistikken, spesielt ettersom den økonomiske virkningen av den pågående Covid-19 pandemien fortsatt ikke er kartlagt. Ved langvarig økonomisk nedgang er det likevel sannsynlig å se et økende antall konkurser<sup>9</sup>, hvilket betyr større konkurranse på arbeidsmarkedet. I lys av dette er det svært aktuelt å klargjøre den gjeldende reguleringen av oppsigelser ved konkurs.

---

<sup>5</sup> Ot.prp.nr.71 (1991-1992) s. 6

<sup>6</sup> Rt. 2015 s. 718 (avsnitt 60)

<sup>7</sup> Næss (2013) s. 126.

<sup>8</sup> Fjærli og Hoang (2020)

<sup>9</sup> Fjærli og Hoang (2020)

En mulig forklaring på manglende rettspraksis tilknyttet temaet kan finnes i den etablerte og utbredte praksisen tilknyttet oppsigelser i konkurs. For eksempel er det ikke uvanlig at boet sender ut generiske skriv om ikke-inntreden og oppsigelse, til hele eller store deler av virksomhetens ansatte, kort tid etter konkursbeslaget.<sup>10</sup> Videre er det ved konkursboets salg av virksomheten vanlig praksis å innta en bestemmelse i kjøpekontrakten om at konkursboet plikter å foreta oppsigelser, slik at ny innehaver tegner egne arbeidsavtaler.<sup>11</sup> På denne måten kan sedvane ha vært bidragsytende til at oppsigelser ikke utfordres i stort omfang av arbeidstakerne, slik at temaet sjeldent tas inn for behandling i domstolene. Dersom det er motsetninger mellom alminnelige praksis i konkursretten og de krav arbeidstakere kan stille til oppsigelsesprosessen, bør disse ulikhetene identifiseres slik at gjeldende rett avklares.

På bakgrunn av det uklare rettskildebildet, vil jeg til en viss grad også anvende reelle hensyn i fastsettelsen av hva som må ansees å være gjeldende rett. I oppgavens kapittel 3, som analyserer spørsmålet om dekningslovens regler inneholder et oppsigelsesvern for arbeidstakere, sees det i vurderingen hen til underliggende konkursrettslige og arbeidsrettslige hensyn. Under vurderingen av arbeidsforholdets stilling ved overdragelse fra et konkursbo, i oppgavens kapittel 5, vil hensynet til et sammenhengende lovverk og formålsbetraktninger bidra til å belyse oppgavens andre problemstilling.

### 1.2.1 Anvendelsen av reelle hensyn som rettskilde

Reelle hensyn kan anvendes i en diskusjon om hva rettens innhold faktisk må sies å være («de lege lata»), men også i en diskusjon om hva gjeldende rett på et spesifikt område bør være («de lege ferenda»)<sup>12</sup> I denne avhandlingen vil reelle hensyn benyttes for å finne frem til gjeldende rett, de lege lata. En slik anvendelse av reelle hensyn som rettskildefaktor har vært omdiskutert i juridisk teori. Det er derfor hensiktsmessig å kort redegjøre for noe av denne diskusjonen, for å klargjøre utfordringer ved å bruke reelle hensyn som rettskilde på denne måten.

---

<sup>10</sup> Det kan f.eks. vises til at Konkursrådet på sine nettsider har maler for oppsigelse av arbeidsforhold, som inneholder en generell orientering om oppsigelse av arbeidsforhold.  
(<https://www.konkursradet.no/maler.304754.no.html>)

<sup>11</sup> Jakhelln (2008) s. 214

<sup>12</sup> Høgberg (2019) s. 347

Anvendelsen av reelle hensyn har i juridisk teori vært definert som at rettsanvenderen i fastsettelsen av gjeldende rett tar hensyn til resultatets «godhet».<sup>13</sup> Eckhoffs rettskildelære tar utgangspunkt i en slik forståelse, og knytter begrepet opp mot rettsanvenderens subjektive vurderinger.<sup>14</sup> Dersom en slik forståelse av begrepet legges til grunn skiller denne rettskildefaktoren seg fra øvrige rettskilder, ved at innholdet ikke nødvendigvis fastsettes av lovgiver. I forlengelsen av dette kan det argumenteres at reelle hensyn som tolkningsmoment kan føre med seg en så skjønsmessig vurdering at rettsanvenderen i essens skaper ny rett. En slik utvikling av rett kan potensielt gå på tvers av det demokratiske prinsippet om folkesuverenitet.

Et motargument til en slik forståelse av begrepet er at en rettsanvender som bruker reelle hensyn i sin tolkning kun tar utgangspunkt i eksisterende hensyn og formål, som er identifisert på et «høyere plan». Nygaard argumenterer for en slik forståelse og mener begrepet «reelle hensyn» må forstås på bakgrunn av «omsyn som inneheld grunnlag eller substans som eksisterer uavhengig av resultatet i det konkrete tilfellet».<sup>15</sup> Om en slik forståelse legges til grunn mener Nygaard at anvendelsen av reelle hensyn betyr at rettsanvendere benytter seg av «byggesteiner» som allerede eksisterer i lovgivningen, og som har utviklet seg på demokratisk grunnlag. Perspektivet gir uttrykk for at en vektlegging av denne rettskildefaktoren kan hensynta etablerte legislative hensyn og formål, slik at rettsanvenderen ikke skaper rett på en måte som strider imot folkesuverenitetsprinsippet.<sup>16</sup>

### **1.3 Begrepsavklaring**

#### **1.3.1 Arbeidstaker**

Arbeidstakerbegrepet anvendes både i arbeidsmiljølovens regler om virksomhetsoverdragelse og i dekningslovens regler om arbeidsavtalers stilling ved konkurs. Begrepet er legaldefinert i

---

<sup>13</sup> Høgberg (2019) s. 345

<sup>14</sup> Eckhoff og Helgesen (2001) s. 24

<sup>15</sup> Nygaard (2004) s. 267

<sup>16</sup> Nygaard (2004) s. 268



arbeidsmiljøloven, hvor det er definert som «[e]nhver som utfører arbeid i annens tjeneste».<sup>17</sup> I rettspraksis er det lagt til grunn at begrepet ikke skal tolkes snevert, slik at verneavgivningen skal komme til anvendelse for de som har behov.<sup>18</sup> Når det i oppgaven her refereres til «arbeidsforhold» og «arbeidstaker», skal innholdet forstås i samsvar med det som følger av arbeidsmiljøloven.

Dekningsloven inneholder på sin side ingen legaldefinisjon av arbeidstakerbegrepet. Det følger av lovens forarbeider at arbeidstakerbegrepet som anvendes i § 7-11 skal forstås på samme måte som i dekningsloven § 9-3.<sup>19</sup> Denne bestemmelsen inneholder heller ikke noen konkret definisjon av begrepet, men regulerer dekningen av «[f]ordring på lønn eller annet arbeidsvederlag i skyldnerens tjeneste»<sup>20</sup>. Ordlyden samsvarer med definisjonen i arbeidsmiljøloven, som også legger vekt på at arbeidet må utføres «i tjeneste». Departementet har videre lagt til grunn at ordlyden i dekningsloven § 9-3 innebærer en avgrensning mot selvstendige oppdragstakere.<sup>21</sup> Det kan på denne bakgrunn argumenteres at begrepets innhold etter dekningsloven samsvarer med innholdet etter arbeidsmiljøloven. En slik oppfatning legges også til grunn i denne oppgaven.

### 1.3.2 Virksomhet

Virksomhetsbegrepet er sentralt i oppgaven da temaet omhandler arbeidsforholdets rettslige stilling i overføringen fra konkursdebitors virksomhet til konkursboet, og deretter i overføringen til en ny virksomhet som ledd i konkursbehandlingen. Virksomhetsbegrepet som anvendes i avhandlingen samsvarer med den betydningen som legges til grunn i arbeidsmiljøloven § 1-2, hvor virksomheter ansees å være en samling av aktivitet i arbeidslivet som har en viss grad av organisasjon, og hvor aktiviteten ikke er «helt ubetydelig»<sup>22</sup>. En slik forståelse av virksomhetsbegrepet medfører at en arbeidsgivers rent

---

<sup>17</sup> Arbeidsmiljøloven § 1-8 (1)

<sup>18</sup> Rt. 1984 s. 1044 (s. 1048), Rt. 2013 s. 342 (avsnitt 45) og Rt. 2015 s. 354 (avsnitt 39)

<sup>19</sup> Ot.prp.nr.26 (1998-1999) s. 258

<sup>20</sup> Dekningsloven § 9-3 (1)

<sup>21</sup> Ot.prp.nr.26 (1998-1999) s. 258

<sup>22</sup> NOU 2004:5 s. 149

personlige arbeidsavtaler ikke ansees å utgjøre en virksomhet, og at slike arbeidsforhold dermed heller ikke vil være omfattet av arbeidsmiljølovens bestemmelser.<sup>23</sup>

Begrepet «erhvervende virksomhet» brukes gjennomgående i oppgaven og henviser til det selskapet som konkursboet overdrar driften til, der virksomheten som ledd i konkursbehandlingen blir solgt som et «going concern»<sup>24</sup>.

### 1.3.3 Konkursdebitor

Begrepet «konkursdebitor» benyttes gjennomgående i oppgaven, som en betegnelse på den juridiske enheten som er tatt under konkursbehandling. Begrepet «debitor» benyttes om det samme, som en forkortelse for «konkursdebitor». Det understrekes at debitorbegrepet i konkursretten generelt henviser til den parten som skal levere en forpliktelse og at begrepet i utgangspunktet er mest meningsfullt når det knyttes opp mot en konkret forpliktelse, ettersom begge partene i et avtaleforhold som regel vil være både debitor og kreditor for hverandre.<sup>25</sup> For å unngå uklarhet vil begrepene «debitor» og «konkursdebitor» i oppgaven tillegges et tilsvarende innhold.

## 1.4 Rettslig kontekst

Arbeidsretten omhandler de normene som regulerer kontraktsforholdet mellom en arbeidsgiver og en arbeidstaker. Arbeidsretten har visse særpreg, som skiller den fra andre rettsområder. Relasjonen mellom arbeidsgiver og arbeidstaker er i stor grad regulert gjennom avtalen, og på samme tid har avtalens gjenstand gjort at samfunnet over tid har sett et økt behov for statsintervensjonisme.<sup>26</sup> Konkursretten er på sin side et rettsområde tuftet på andre verdier og hensyn. Reglene er utformet på bakgrunn av et mål om å redde mest mulig av de verdier som måtte være igjen i en insolvent virksomhet, slik at virksomheten i størst mulig grad kan gjøre opp for sine forpliktelser. Statens inngripen setter sentrale føringer for denne prosessen.

---

<sup>23</sup> NOU 2004:5 s. 149

<sup>24</sup> NOU 1993:16 s. 116-117 og Ot.prp.nr. 26 (1998-1999) s. 144

<sup>25</sup> Haaskjold (2017) s. 6

<sup>26</sup> Skjønberg et al. (2017) s. 25

De to fagfeltene har altså ulike særpreg, som har påvirket utformingen av de hensyn som ligger til grunn for den rettslige reguleringen. Slike hensyn er viktige for forståelsen av reguleringen, og kapittel 1.4 vil derfor kort identifisere og redegjøre for de hensyn som ansees å være mest sentrale.

#### 1.4.1 Legislative hensyn i arbeidsretten

Arbeidsavtalen er som et utgangspunkt en privatrettslig kontrakt inngått mellom to parter som er bundet av gjensidige rettigheter og plikter. Det kan derfor stilles spørsmål om i hvilken grad hensynet til alminnelige kontraktsrettslige prinsipper gjør seg gjeldende i arbeidsretten. Det er et grunnleggende synspunkt innenfor fagområdet at arbeidsavtalen er en spesiell kontrakt, som ikke nødvendigvis kan likestilles med andre kontraktsrettslige avtaler.<sup>27</sup>

Avtalens særpreg kan knyttes til tre viktige faktorer, som er karakteriserende for arbeidsavtaler. Først og fremst pekes det på at arbeidsavtalen ikke er en rent økonomisk kontrakt. Arbeidsavtalen regulerer arbeidskraft og da dette godet ikke kan skilles fra individet er avtalen tett knyttet til sosiale forhold.<sup>28</sup> Videre er arbeidsavtalen en kontrakt som inngås mellom parter som ikke er likeverdige. Historisk sett har arbeidsgivere stått sosioøkonomisk sterkere enn arbeidstakere og arbeidsgivere består i dag nær utelukkende av bedrifter. Dette har ført til at arbeidsgivere tradisjonelt har en bedre forhandlingsposisjon enn arbeidsgivere.<sup>29</sup> Tilslutt er arbeidsavtalen preget av å være en dynamisk og ufullstendig kontrakt uten detaljregulering av partenes plikter og rettigheter, som forutsetter en kontinuerlig utfylling underveis i kontraktsforholdet.<sup>30</sup> I denne forbindelse er styringsretten sentral, ettersom den gir arbeidsgiver en ensidig rett til treffe avgjørelser for arbeidsforholdet og for utnyttelsen av den arbeidskraft som individet stiller til disposisjon.<sup>31</sup> På denne bakgrunn kan det argumenteres at hensynet til alminnelige kontraktsrettslige prinsipper får begrenset vekt i arbeidsretten, som

---

<sup>27</sup> Evju (2003) s.5

<sup>28</sup> Evju (2003) s.6

<sup>29</sup> Evju (2003) s.6. Se også oppgavens punkt 2.1 om behovet for statsintervensjonisme.

<sup>30</sup> Evju (2003) s.7

<sup>31</sup> Evju (2003) s.11

reflekteres i lovreguleringen, hvor det er nedlagt et forbud mot å avtale vilkår som er mindre gunstige enn det som følger av reguleringen i arbeidsmiljøloven.<sup>32</sup>

Den lovregulerte begrensningen i partenes avtalefrihet gir uttrykk for hensynet til arbeidstakervernet, som står sentralt i arbeidsretten. Vernehensynet kommer til uttrykk i arbeidsmiljølovens formålsbestemmelse hvor det slås fast at loven skal «... sikre trygge ansettelsesforhold ...».<sup>33</sup> Bestemmelsen ansees å være et av lovens bærende hensyn.<sup>34</sup> I hvilken grad vernehensynet gjennom tiden har gjort seg gjeldende i utformingen og forståelsen av arbeidsretten, har utviklet seg. Oppfatningen av hva lovgivningen bør verne og hvor omfattende vernet bør være, har utvidet seg til å omfatte stadig flere områder.<sup>35</sup> Vernehensynets sentrale posisjon i dag betyr at det er et viktig moment for forståelsen og ved tolkningen av arbeidsmiljøloven, som i stor grad er utformet for å beskytte arbeidstakere.<sup>36</sup>

Vernehensynet er likevel ikke enerådende i arbeidsretten, og rettsområdet som helhet må sees i lys av andre sentrale interesser. Det kan blant annet argumenteres at sosioøkonomiske hensyn vil gjøre seg gjeldende, spesielt når det kommer til tolkningen og utformingen av regler som befinner seg i et skjæringspunkt mellom arbeidsrett og andre rettsområder hvor dette hensynet tradisjonelt står sterk. Arbeidstakere er en viktig ressurs i samfunnet, og arbeidskraften bør forvaltes på en hensiktsmessig måte. Arbeidsrettslig regulering kan bidra til å hindre overarbeidelse, utfordrende arbeidsvilkår, ulikhet og andre faktorer som kan utgjøre hindre for befolkningens deltakelse i arbeidsmarkedet. Samtidig vil arbeidsrettslige regler i mange tilfeller ha økonomiske konsekvenser for ulike samfunnsaktører.<sup>37</sup> For eksempel kan en regulering av minstelønn påvirke både privatøkonomien til arbeidstakere og virksomheters økonomiske balanse. Et annet eksempel er stillingsvernsregler, som medfører at arbeidsgiver ikke står fritt i en eventuell nedbemanningsprosess, og dermed fører til at ansettelser utgjør en større økonomisk forpliktelse for virksomheten. På denne bakgrunn er

---

<sup>32</sup> Arbeidsmiljøloven § 1-9

<sup>33</sup> Arbeidsmiljøloven § 1-1 bokstav b

<sup>34</sup> Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 68.

<sup>35</sup> Det vises til at formålsbestemmelsen ble utvidet ved lovrevisjonen i 2005, ved innføring av ivaretagelsen av et helsefremmende arbeidsmiljø, fokuset på likebehandling og et inkluderende arbeidsliv som sentrale vernehensyn, jf. § 1-1 bokstav a, b og f.

<sup>36</sup> Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 68.

<sup>37</sup> Fanebust (2015) s. 17

det klart at arbeidsrettslig regulering får samfunnsøkonomiske konsekvenser, som bør hensyntas i utformingen og tolkningen av reglene innenfor rettsområdet.

#### 1.4.2 Legislative hensyn i konkursretten

Sentrale hensyn i konkursretten kan identifiseres ved å se hen til de aktører som berøres av en konkursbehandling, og på denne bakgrunn kan det legges til grunn at interessene til konkursdebitor, kreditorer og samfunnet generelt, er beskyttelsesverdige hensyn som er relevante for forståelsen av konkursrettslige regler.<sup>38</sup>

Hensynet til konkursdebitor handler om at reguleringen bør verne om vedkommendes økonomiske interesser og interessen i egen virksomhet. Herunder faller også hensynet til virksomhetens ansatte. Et sentralt utgangspunkt i en konkursbehandling er at de deler av virksomheten som eventuelt ansees å være bærekraftig bør videreføres om dette er mulig, slik at selskapets verdier og arbeidsforhold i størst mulig grad kan berges.<sup>39</sup>

Hensynet til kreditorenes interesser kan i mange tilfeller gå på tvers av hensynet til konkursdebitors interesser, da hensynet handler om ivaretagelse av kreditorenes interesse i å få dekket sine fordringer på en rasjonell måte.<sup>40</sup> Hensynet bygger på et argument om at konkursretten bør sikre trygghet for kreditorer ved å redusere deres risiko for tap, ettersom skyldneren har forbrukt kreditorenes midler gjennom uholdbar drift.<sup>41</sup> Dersom risikoen for kreditorene blir for høy kan dette få en uønsket samfunnsøkonomisk effekt, for eksempel ved at selskaper får problemer med å skaffe kreditt eller ved at slik kreditt blir dyrere, som igjen motvirker handel og økonomisk vekst.<sup>42</sup>

Hensynet til av «samfunnsinteresser» kommer i konkursretten blant annet til uttrykk i lovforarbeidene til dekningsloven og konkursloven<sup>43</sup>, men hva som ligger i dette begrepet fremstår likevel ikke som helt klart. Huser peker på at begrepet er dynamisk og at dets innhold

---

<sup>38</sup> Huser (1987) s. 34-35

<sup>39</sup> Huser (1987) s. 35-36

<sup>40</sup> Ot.prp.nr.50 (1980-1981) s. 1-2

<sup>41</sup> Huser (1987) s. 36

<sup>42</sup> Huser (1987) s. 36

<sup>43</sup> Se f.eks. Ot.prp.nr.50 (1980-1981) s. 42

dermed må fastsettes i lys av samfunnsutviklingen.<sup>44</sup> Private virksomheter er i mange tilfeller tett sammenvevd med sentrale samfunnsinstitusjoner, som medfører at disse institusjonene kan ha interesser i en eventuell konkursbehandling. For eksempel kan staten ha økonomiske interesser i en konkret sak, gjennom sin rolle som fordringshaver. Videre vil det offentlige gjerne ha samfunnsøkonomiske interesser, for eksempel ved at ulønnsomme virksomheter kan utgjøre en økonomisk byrde for staten. I andre tilfeller kan staten være direkte involvert i en konkursbehandling, med et mål om å bevare arbeidsplasser og opprettholde sysselsetting.<sup>45</sup>

## **1.5 Den videre fremstillingen**

I kapittel 2 gjør jeg en kort gjennomgang av arbeidsrettens oppsigelsesvern, ettersom oppgavens problemstilling knytter seg til hvorvidt oppsigelsesvernet gjør seg gjeldende ved konkurs. Gjennomgangen bidrar til å belyse de konsekvenser et oppsigelsesvern i en slik situasjon vil kunne medføre. Kapittel 3 og 4 tar for seg oppgavens første problemstilling. I kapittel 3 undersøker jeg om dekningsloven § 7-11 inneholder et oppsigelsesvern. I kapittel 4 vil jeg belyse om arbeidsmiljølovens regler om virksomhetsoverdragelser kommer til anvendelse ved konkursbeslag, slik at arbeidstakerne er omfattet av det særskilte oppsigelsesvernet som gjelder ved slike overdragelser. Oppgavens andre problemstilling behandles i kapittel 5, hvor spørsmålet er om de ansatte er omfattet av et oppsigelsesvern dersom konkursboet meddeler oppsigelser i forbindelse med salg av virksomheten, fordi erverver ikke ønsker å beholde alle arbeidsforholdene. Avslutningsvis vil jeg i kapittel 6 gjøre en oppsummering av oppgavens konklusjoner.

## **2 Oppsigelsesvernet**

### **2.1 Nedbemanning – oppsigelse grunnet virksomhetens forhold**

Vernet av arbeidstakere er som tidligere nevnt et sentralt hensyn i arbeidsretten, og oppsigelsesvernet står i kjernen av dette vernehensynet. Oppgavens tema knytter seg til reglene for den nedbemanning som kan gjøres i forbindelse med konkursbeslag og

---

<sup>44</sup> Huser (1987) s. 37

<sup>45</sup> Ot.prp. nr. 50 (1980-1981) s. 2

konkursbehandling av en virksomhet. Ettersom spørsmålet er hvorvidt oppsigelsesvernet setter begrensninger for arbeidsgivers handlinger i slike prosesser, er det nødvendig å gjøre en kort gjennomgang av hvordan vernet er regulert i arbeidsrettslig lovgivning. En gjennomgang er også relevant for å belyse hvilke konsekvenser en slik innfortolkning av et oppsigelsesvern i konteksten av konkurs vil kunne medføre.

Arbeidsmiljøloven § 15-7 gir uttrykk for arbeidsrettens alminnelige oppsigelsesvern, og fastsetter at en arbeidstaker ikke kan sies opp uten at oppsigelsen er saklig begrunnet i virksomhetens, arbeidsgivers eller arbeidstakers forhold. På bakgrunn av de oppstilte problemstillingene vil oppgaven begrenses til å fokusere på situasjonen hvor oppsigelsen er knyttet til virksomhetens forhold.

Kravet om at en oppsigelse må være saklig begrunnet har to sentrale elementer. For det første kan ikke oppsigelsen begrunnes med utenforliggende hensyn.<sup>46</sup> Saklighetskravet er en rettslig standard, og bestemmelsen inneholder ingen oversikt over hvilke oppsigelsesgrunnlag som ansees å være utenforliggende.<sup>47</sup> Det må derfor foretas en konkret vurdering av det påberopte grunnlaget i den individuelle sak. Det er tilstrekkelig at grunnlaget objektivt sett er utenforliggende, og det er derfor uten betydning om arbeidsgiver har handlet ut ifra en faktisk eller rettslig villfarelse.<sup>48</sup> For det andre innebærer saklighetskravet at de forhold som påberopes i oppsigelsen er tilstrekkelig tungtveiende til å begrunne en oppsigelse.<sup>49</sup> Dette innebærer at en oppsigelse kan ansees å være i strid med arbeidsmiljøloven § 15-7, selv om den ikke i seg selv er basert på utenforliggende eller usaklige hensyn. Terskelen for oppsigelse skal generelt være høy, og det må derfor foreligge gode grunner for at arbeidsgiver skal kunne iverksette et slikt tiltak.<sup>50</sup> Saklighetskravet knytter seg både til begrunnelsen for nedbemanningen og omfanget av den, samt til selve utvelgelsesprosessen av hvilke arbeidsforhold som sies opp.<sup>51</sup>

---

<sup>46</sup> Fanebust (2017) s. 75

<sup>47</sup> Dalheim (2020) note 640

<sup>48</sup> Fanebust (2017) s. 80

<sup>49</sup> Dalheim (2019) note 641

<sup>50</sup> Rt. 2009 s. 685 (avsnitt 52)

<sup>51</sup> Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 229

### 2.1.1 Saklig begrunnelse for nedbemanning

Oppsigelse begrunnet med forhold på virksomhetens side vil som regel være knyttet til selskapets økonomiske forhold, ved at nedbemanning eller annen omorganisering er kritisk for å sikre at selskapet har formålstjenlig drift.<sup>52</sup> Det er likevel ikke krav om at virksomheten står overfor en kritisk økonomisk situasjon. En oppsigelse kan også ansees å være saklig der den er begrunnet i mer konkurransedyktig drift.<sup>53</sup> Dette utgangspunktet er også lagt til grunn i rettspraksis, som har stadfestet at et ønske om å forbedre virksomhetens konkurranseevne kan utgjøre en saklig begrunnelse for nedbemanning, selv om driften gikk med økonomisk overskudd før oppsigelse ble foretatt.<sup>54</sup>

Ved oppsigelse begrunnet i driftsinnskrenkning eller rasjonaliseringstiltak foreligger det et krav om at virksomheten ikke har « annet passende arbeid » som kan tilbys arbeidstakeren.<sup>55</sup> Dersom dette vilkåret ikke oppfylles ansees oppsigelsen å være usaklig. Hvorvidt slikt « passende arbeid » foreligger må vurderes på bakgrunn av en konkret helhetsvurdering, hvor arbeidstakers egen vurdering av hvorvidt arbeidet er « passende » som et utgangspunkt skal tillegges vekt.<sup>56</sup> At arbeidstakerens mening skal hensyntas medfører likevel ikke at vedkommende er berettiget til å velge mellom ulike stillinger som måtte være tilgjengelige i virksomheten.<sup>57</sup> Domstolen har lagt til grunn at det avgjørende er hvorvidt det foreligger arbeid som arbeidstakeren kan utføre « ... på en rimelig god måte, selv om andre måtte antas å ville kunne ha utført det bedre »<sup>58</sup>. Videre følger det av rettspraksis at en stilling kan ansees å være « passende » selv om lønnen er vesentlig lavere, dersom det ikke finnes andre stillinger som bedre samsvarer med arbeidstakers tidligere jobb.<sup>59</sup> Domstolene har dermed ikke anlagt en særskilt streng vurdering av hvorvidt virksomheten har annet passende arbeid å tilby arbeidstakeren.

---

<sup>52</sup> Det kan i denne forbindelse vises til LA-2008-55470, hvor lagmannsretten la til grunn at virksomheten på oppsigelsestidspunktet var « i en kritisk økonomisk situasjon », slik at selskapets styre ikke hadde andre alternativer enn å legge ned driften og si opp den ansatte.

<sup>53</sup> Fougner (2016) s. 236-237

<sup>54</sup> LA-1999-806

<sup>55</sup> Arbeidsmiljøloven § 15-7 (2) første pkt.

<sup>56</sup> Ot.prp.nr.41 (1975-1976) s. 72

<sup>57</sup> Rt. 2008 s. 749 (avsnitt 36)

<sup>58</sup> RG 1993 s. 1007 (s.1010)

<sup>59</sup> Rt. 2015 s. 1332 (avsnitt 59)



For oppsigelser begrunnet i virksomhetens forhold må det også foretas en avveining mellom virksomhetens behov for å gå til oppsigelse, og de negative konsekvenser oppsigelsen vil få for arbeidstakeren.<sup>60</sup> Selv om det ikke stilles et krav om en økonomisk prekær situasjon, vil virksomhetens begrunnelse for omlegging av driften kunne få betydning ved denne interesseavveiningen. Dersom oppsigelsen kun er begrunnet i en interesse om økonomisk gevinst, vil hensynet til arbeidstakerens interesse av å beholde arbeidet kunne få større gjennomslagskraft.<sup>61</sup> På denne bakgrunn vil virksomheter som står overfor økonomiske problemer i større grad ha adgang til å gjennomføre slike alvorlige tiltak.

### 2.1.2 Saklig utvelgelse av arbeidstakere

Der en virksomhet skal nedbemanne stilles det krav til selve utvelgelsen av arbeidstakerne, som vil si at både utvelgelseskriteriene og utvelgelseskretsen må være saklig.<sup>62</sup> Kravene til utvelgelseskriterier og -krets er ikke eksplisitt definert i lovteksten, men utviklet gjennom rettspraksis.<sup>63</sup> I teorien er det lagt til grunn at en kombinasjon av ulike kriterier, herunder kvalifikasjoner, egnethet, ansiennitet og særlige sosiale hensyn, vil gjøre seg gjeldende ved utvelgelsen.<sup>64</sup> Arbeidsgiver kan i enkelte særtilfeller også være bundet av utvelgelseskriterier som følger av arbeidsavtalen.<sup>65</sup>

For utvelgelseskretsen er det generelle utgangspunktet at arbeidsgiver skal forholde seg til virksomheten som en hel krets.<sup>66</sup> I noen tilfeller kan det likevel være grunn til å begrense utvelgelseskretsen, slik at bare en del av virksomheten utgjør «basen for utvelgelse». Slike spørsmål om begrensning av utvalgs-kretsen kommer typisk på spissen der virksomheten er fordelt på ulike enheter med geografisk spredning. I rettspraksis er det lagt klare føringer for når utvelgelseskretsen kan begrenses på denne måten. I Rt. 2015 s. 1332 la Høyesterett til grunn at en snevrere krets kan anvendes dersom dette er saklig, og saklighetsvurderingen vil

---

<sup>60</sup> Arbeidsmiljøloven § 15-7 (2) annet pkt.

<sup>61</sup> Ot.prp.nr.41 (1975-1976) s. 72

<sup>62</sup> Ot.prp.nr. 49 (2004-2005) s. 229

<sup>63</sup> Rt. 1986 s. 879 (s. 887)

<sup>64</sup> Skjønberg et al (2017) s. 433

<sup>65</sup> Rt. 1996 s. 1401

<sup>66</sup> Skjønberg et al (2017) s. 433

her bero på en rekke ulike hensyn. Førstvoterende uttalte i denne forbindelse at «[n]år lovens utgangspunkt er at virksomheten er utvelgelseskrets, følger det ...at de hensyn som tilsier at utgangspunktet fravikes, må være tungtveiende.»<sup>67</sup>

## 2.2 Særskilt oppsigelsesvern ved virksomhetsoverdragelser

Arbeidsmiljøloven har i § 16-4 et særskilt oppsigelsesvern ved virksomhetsoverdragelser, som fastsetter at arbeidsgivers oppsigelse ikke kan begrunnes i overdragelsen alene. Dersom oppsigelsen har slik begrunnelse, vil den automatisk ansees å være ugyldig.<sup>68</sup>

Ved en virksomhetsoverdragelse vil ny erverver kunne ha gode grunner for å gjøre endringer i arbeidsstokken, for eksempel dersom overdragelsen har medført at virksomheten er overbemannet. Lovgiver har derfor slått fast at regelen i arbeidsmiljøloven § 16-4 ikke skal være til hinder for at ny erverver gjør nedbemanninger i forbindelse med overdragelsen, men oppsigelsene må i slike tilfeller gjøres i tråd med regelen i § 15-7.<sup>69</sup> Det alminnelige saklighetskravet må oppfylles og det kan ikke foreligge annet passende arbeid i virksomheten. Videre må interesseavveiningen mellom hensynet til virksomhetens og arbeidstakers behov resultere i at virksomheten ansees å ha saklig grunnlag for oppsigelsen. I vurderingen må det også sees hen til hvorvidt begrunnelsen for oppsigelsen ville vært saklig dersom overdragelsen ikke hadde funnet sted.<sup>70</sup>

Som et utgangspunkt skal vurderingen av om oppsigelsen samsvarer med kravene som følger av arbeidsmiljøloven § 15-7 gjøres på bakgrunn av forholdene hos den ervervende virksomhet.<sup>71</sup> Regelen i § 16-4 kan også komme til anvendelse der arbeidsgiver sier opp arbeidstakere før selve overdragelsen har skjedd, spesielt dersom oppsigelsen kun gjelder de arbeidsforhold som ellers ville blitt overført. Dette fordi arbeidsgiveren vanskelig kan påberope seg en annen, saklig begrunnelse for oppsigelse i slike situasjoner.<sup>72</sup>

---

<sup>67</sup> Rt. 2015 s. 1332 (avsnitt 43)

<sup>68</sup> Storeng (2020) s. 671

<sup>69</sup> Ot.prp.nr.71 (1991-1992) s. 34

<sup>70</sup> Ot.prp.nr.71 (1991-1992) s. 34

<sup>71</sup> Rt. 1995 s. 849 (s. 856)

<sup>72</sup> Næss (2013) s. 190

### **3 Dekningslovens regulering av arbeidsforholdet ved konkursbeslag**

#### **3.1 Forholdet mellom konkursbo og arbeidstaker**

Forholdet mellom konkursboet og konkursdebitors arbeidstakere reguleres av dekningsloven § 7-11, hvor hovedregelen er at boet ved konkursåpning automatisk trer inn i debitors eksisterende arbeidsavtaler. Bestemmelsen ble inntatt i loven ved endringslov av 3. september 1999 nr. 72, på bakgrunn av at manglende regulering hadde resultert i flere uklarheter tilknyttet konkursboets rett til inntreden i virksomhetens eksisterende arbeidsavtaler.<sup>73</sup> Det ble ansett som sentralt å innføre en oppklarende lovregulering, da arbeidsavtaler har stor innvirkning på virksomheters økonomiske forhold, slik at rettsforholdet mellom arbeidstakere og konkursboet i stor grad påvirker boets evne til å fortsette driften eller selge selskapet som et «going concern»<sup>74</sup>.

Hovedregelen i § 7-11 medfører at konkursboet trer inn i konkursdebitors partsrolle, ved å ta over de rettigheter og plikter som følger av arbeidsavtalen.<sup>75</sup> Regelen er begrunnet med at konkursboet i de fleste tilfeller vil ha behov for arbeidskraft i den første fasen av konkursbehandlingen, enten til avvikling av virksomheten eller til å fortsette den videre driften. På samme tid kan denne fasen være hektisk, slik at konkursboet ikke nødvendigvis har kapasitet til å gjøre en gjennomgang av de individuelle arbeidsavtalene debitor har inngått. Arbeidsforholdene står på sin side foran en usikker fremtid, og arbeidstakerne har behov for en avklaring. En regel om at konkursboet automatisk trer inn i debitors arbeidsavtaler kan medføre at konkursboets passivitet ikke får negative konsekvenser for arbeidstakerne.<sup>76</sup>

Det er ikke uvanlig at konkursboet ønsker å fortsette virksomhetens drift, med redusert arbeidsstokk. Det kan være snakk om situasjoner hvor boet allerede ved konkursåpningen ser det fordelaktig å kun beholde visse nøkkelpersoner. Det kan også oppstå situasjoner hvor boet etter en tid har behov for å redusere antall ansatte. Konkursboet kan derfor, senest tre uker

---

<sup>73</sup> Ot.prp.nr.26 (1989-1999) s. 144

<sup>74</sup> NOU 1993:16 s. 116-117 og Ot.prp.nr.26 (1998-1999) s. 144

<sup>75</sup> Dekningsloven § 7-11 (1) første pkt. og (2) første pkt.

<sup>76</sup> Aasebø et al. (2015), s. 349.

etter konkursåpning, erklære at det ikke vil tre inn i arbeidsavtalen eller erklære uttreden av arbeidsavtalen, med én måneds varsel.<sup>77</sup> Det er i denne forbindelse viktig å merke at en slik erklæring ikke i seg selv medfører at arbeidsavtalen avsluttes, da plikter og rettigheter som følger av avtalen består frem til den sies opp.<sup>78</sup> Forpliktelsen til å sende oppsigelser i tillegg til erklæring om ikke-inntreden ble drøftet i forarbeidene til endringsloven, hvor departementet bemerket at det ikke ville være belastende å kreve at konkursboet også sender ut oppsigelse til de arbeidsforholdene det ønsker å avslutte. En slik regel ble også begrunnet med at konkursboet blir oppfordret til å raskere bestemme seg for om det vil forbli i arbeidsavtalen eller ikke.<sup>79</sup>

### 3.2 Lovteksten

Oppgavens første problemstilling er hvorvidt et konkursbo må forholde seg til oppsigelsesvernet, dersom konkursbehandlingen innebærer at boet fortsetter debtors drift med redusert arbeidsstokk. Utgangspunktet etter dekningslovens § 7-11 er at både arbeidstaker og konkursboet kan sende oppsigelser etter at konkursboet har valgt å tre inn i konkursdebtors arbeidsavtaler. Der konkursboet har fattet beslutning om å fortsette driften av debtors virksomhet, men ønsker å redusere arbeidsstokken, må arbeidsavtalen sies opp «etter arbeidsforholdets alminnelige regler».<sup>80</sup> Hva som her menes med «arbeidsforholdets alminnelige regler» er imidlertid ikke helt klart.

Kravet om at oppsigelsen skal skje «etter arbeidsforholdets alminnelige regler» kan som et utgangspunkt indikere at det må sees hen til reguleringen av oppsigelse i den spesifikke arbeidsavtale. Ordlyden peker likevel på at oppsigelsen må følge de «alminnelige regler», som må ansees å være en tydelig henvisning til de generelle regler som følger av lovreguleringen.<sup>81</sup>

Videre kan begrepet «arbeidsforholdets alminnelige regler» i hovedsak forstås på to måter. For det første kan begrepet forstås som en henvisning til arbeidsmiljølovens prosessuelle

---

<sup>77</sup> Dekningsloven § 7-11 (1) andre pkt. og (2) fjerde pkt.

<sup>78</sup> Dekningsloven § 7-11 (2) femte pkt. og (3) første pkt.

<sup>79</sup> Ot.prp.nr.26 (1998-1999) s. 146

<sup>80</sup> Dekningsloven § 7-11 (2) fjerde pkt. og (3) første pkt.

<sup>81</sup> En slik forståelse er også fortsatt i forarbeidene, se oppgavens punkt 4.3.2

regler, slik at bestemmelsen fastsetter at konkursboet ved nedbemanningen må forholde seg til arbeidsmiljølovens regler om formkrav ved oppsigelse.<sup>82</sup> Disse formkravene følger av § 15-4, som fastsetter at en oppsigelse må være skriftlig og at den må leveres personlig eller tilskrives direkte til arbeidstaker. Videre stilles det krav til oppsigelsens innhold, ved at arbeidstakeren blant annet skal opplyses om sin rett til å kreve forhandling, reise søksmål, og til å stå i stillingen, samt om frister tilknyttet disse rettighetene.

For det andre kan ordlyden forstås som en henvisning til de materielle reglene som arbeidsmiljøloven oppstiller ved en eventuell nedbemanningsprosess.<sup>83</sup> En slik forståelse ville innebære at det innfortolkes et stillingsvern i dekningslovens bestemmelse, ved at arbeidstakerne er beskyttet mot usaklig oppsigelse etter arbeidsmiljøloven § 15-7 også der debtors virksomhet er tatt under konkursbehandling.

Dersom ordlyden skal forstås som at det gjelder et vilkår om «saklig grunn» for at et konkursbo skal kunne si opp en arbeidstaker, ville det innebære et helt annet krav til konkursboets saksbehandling forutfor oppsigelser av de ansatte. Videre ville det innebære risiko for individuell bestridelse og søksmål fra den enkelte ansatte, overfor boet. Ettersom lovens ordlyd ikke gir en avklaring på hvordan oppsigelsesregelen i dekningsloven § 7-11 skal tolkes, må det sees hen til bestemmelsens lovforarbeider.

### **3.3 Forarbeider**

Forarbeidene fastsetter at dekningslovens bestemmelse om at oppsigelsen må være i henhold til «arbeidsforholdets alminnelige regler», betyr at oppsigelsen må følge reglene som fremgår av den loven som regulerer det spesifikke arbeidsforholdet.<sup>84</sup> Der debitor er en ordinær virksomhet som har ansatt arbeidstakere, må konkursboets oppsigelse følge arbeidsmiljølovens regler.<sup>85</sup> Forarbeidene henviser etter dette generelt til de ulike arbeidsrettslige lovene som regulerer oppsigelse, og avklarer dermed ikke spørsmålet om hvilke av arbeidsmiljølovens oppsigelsesregler som kommer til anvendelse i det konkrete

---

<sup>82</sup> Næss (2013) s. 127

<sup>83</sup> Næss (2013) s. 127

<sup>84</sup> Ot.prp.nr.26 (1998-1999) s. 258

<sup>85</sup> Arbeidsmiljøloven § 1-2

tilfellet. Det er likevel verdt å merke at departementet syntes å legge til grunn at bestemmelsen innebærer at konkursboet pålegges å sende en formell oppsigelse.<sup>86</sup> Det kan indikere at bestemmelsen henviser til at oppsigelsen må følge arbeidsmiljølovens *formelle* krav, og at den dermed ikke nødvendigvis innebærer at lovens *materielle* vilkår også kommer til anvendelse.

Lovgivers valg om å trekke et skille mellom konkursboets erklæring om ikke-inntreden eller uttreden, og konkursboets oppsigelse av arbeidsforholdet, er tilknyttet reguleringen av hvordan boet i konkursbehandlingen skal behandle arbeidstakernes lønnskrav. Konkursboets erklæring om ikke-inntreden eller uttreden medfører at arbeidstakeres vederlagsfordring blir et dividendekrav i stedet for et massekrav, som vil si at lønnskrevet får dårligere prioritet i boet.<sup>87</sup> Hensynet bak en slik regulering er at boet ikke skal bli sittende med store lønnskrav på grunn av lang oppsigelsestid, som går foran fordringer til de øvrige kreditorene. Det vil være uheldig for konkursbehandlingen om boet må bruke store summer på lønnsfordringer, dersom virksomheten skal avvikles eller kun drives for en kortere periode.<sup>88</sup> Reglernes utforming uttrykker lovgivers fokus på at konkursboet skal kunne sikre verdi fra debtors virksomhet, slik at kreditorenes krav dekkes i størst mulig grad.

På denne bakgrunn kan det stilles spørsmål ved hvorfor lovgiver har valgt å gå for et «tosporet» system, hvor konkursboet både må sende erklæring og oppsigelse til arbeidstakerne, når lovgiver kunne bestemt at erklæringen i seg selv skulle utgjøre en oppsigelse. Spørsmålet ble drøftet i forarbeidene til dekningsloven § 7-11, etter at lovutvalget hadde argumentert for en løsning hvor boet ikke skulle være forpliktet til å sende en formell oppsigelse. Denne drøftelsen bidrar til å klarlegge innholdet i oppsigelsesbestemmelsen. Landsorganisasjonen i Norge (LO) argumenterte at utvalgets forslag ikke ivaretok arbeidsrettslige hensyn i tilstrekkelig grad, og uttalte i den forbindelse

*«LO kan ikke akseptere at arbeidsmiljølovens regler vedrørende oppsigelsens form, angivelse og innhold ikke skal gjelde i konkurstilfeller. Det kan ikke være noen stor*

---

<sup>86</sup> I merknader til dekningsloven § 7-11 vises det til proposisjonens del V punkt 3 « [o]m begrunnelsen for å pålegge boet å sende en formell oppsigelse», jf. Ot.prp.nr.26 (1998-1999) s. 259

<sup>87</sup> Dekningsloven § 7-11 (2) sjetten pkt. og (3) annet pkt.

<sup>88</sup> Ot.prp.nr.26 (1998-1999) s. 259

*belastning for boet å sende ut en standard skriftlig oppsigelse som fyller vilkårene i aml. § 57, til alle ansatte.»<sup>89</sup>*

Departementet viste til LOs innsigelse, og bemerket

*«Departementet er enig med LO i at det ikke kan være en stor belastning for boet å sende ut en standard oppsigelse etter arbeidsmiljøloven § 57 så snart det har bestemt seg for ikke å tre inn i avtalen ... Departementet foreslår derfor at boet pålegges å sende en oppsigelse etter arbeidsmiljølovens regler.»<sup>90</sup>*

Departementet henviste her til § 57 i den tidligere arbeidsmiljøloven, som regulerte formelle vilkår tilknyttet oppsigelsen. Bestemmelsen inneholdt blant annet krav om drøfting før beslutning om oppsigelse fant sted, vilkår tilknyttet oppsigelsens form og avgivelse, samt krav om hvilke opplysninger oppsigelsen måtte inneholde. Departementets uttalelse, samt henvisningen til § 57 i arbeidsmiljøloven av 1977, styrker indikasjonen på at dekningslovens bestemmelse henviser til at konkursboets oppsigelse kun må følge arbeidsmiljølovens *formelle* krav.

Som gjennomgangen ovenfor viser, bidrar ikke forarbeidene til dekningsloven § 7-11 til en utvetydig oppklaring av hvordan regelen om konkursboets oppsigelse skal forstås. Basert på en tolkning av forarbeidene kan det likevel argumenteres for at disse går i retning av en forståelse om at begrepet «sies opp etter arbeidsforholdets alminnelige regler» skal forstås som et krav om at kun arbeidsmiljølovens formelle oppsigelsesregler kommer til anvendelse.

### **3.4 Rettspraksis**

Det foreligger ikke rettspraksis som direkte behandler spørsmålet om hvorvidt det må innfortolkes et arbeidsrettslig oppsigelsesvern i dekningsloven § 7-11. Det finnes likevel rettsavgjørelser som kan være av interesse i belysningen av problemstillingen, selv avgjørelsen ikke omhandler denne direkte. Oppgaven skal derfor undersøke Høyesteretts

---

<sup>89</sup> Ot.prp.nr.26 (1998-1999) s. 144

<sup>90</sup> Ot.prp.nr.26 (1998-1999) s. 146

avgjørelse i Rt. 1995 s. 270 (Christiania Bank og Kreditkasse), for å vurdere om denne kan bidra til å avklare problemstillingen.

#### 3.4.1 Rt. 1995 s. 270 (Christiania Bank og Kreditkasse)

Saken omhandlet oppdrettsanlegget Sotra Ørret, som var finansiert av Christiania Bank og Kreditkasse. Da selskapet misligholdt sine forpliktelser overfor banken, fikk sistnevnte ved kjennelse rett til tvangsbruk av oppdrettsanlegget i en begrenset periode. Banken meddelte etter dette at alle arbeidsforhold ville opphøre ved bankens tiltredelse, og anlegget ble deretter driftet med innleid arbeidskraft frem til virksomheten opphørte. Spørsmålet for retten var om det i et slikt tilfelle forelå et oppsigelsesvern for arbeidstakerne ansatt i Sotra Ørret. Selv om saken omhandlet oppsigelse etter kjennelse om tvangsbruk, kommenterte førstvoterende konkurssituasjonen og uttalte

*«Når det gjelder konkurs, er det et uklart spørsmål om arbeidstakerne har oppsigelsesvern i forhold til konkursboet hvor det vil drive virksomheten videre.»<sup>91</sup>*

Avgjørelsens rettskildemessige verdi må ansees å være svak. Det vises for det første til at avgjørelsen omhandler arbeidsforholdets stilling der det hadde skjedd en overføring av bruksrett som følge av en tvangsfullbyrdelse. En slik situasjon omfattes ikke av dekningsloven § 7-11, som kun regulerer arbeidsforholdet stilling ved et konkursbeslag. Videre må det vektlegges at rettens uttalelse er et obiter dictum, som i utgangspunktet har mindre rettskildemessig vekt uttalelser som dommens resultat bygger på.

Til slutt er det sentralt at førstvoterende selv legger til grunn at spørsmålet om konkursboet må forholde seg til et oppsigelsesvern ikke er avklart. Avgjørelsen gir dermed ingen indikasjon på hvorvidt Høyesterett legger til grunn at arbeidstakerne har et oppsigelsesvern i konkurssituasjoner, eller ikke. Avgjørelsen bidrar på denne måte ikke til noen avklaring av spørsmålet om hvorvidt det må innfortolkes et arbeidsrettslig oppsigelsesvern i dekningsloven § 7-11.

---

<sup>91</sup> Rt. 1995 s. 270 s. 273-274



### 3.5 Øvrige rettskilder

Gjennomgangen av tilgjengelige rettskilder har så langt vist at verken lovens ordlyd, forarbeider eller rettspraksis kan gi en endelig avklaring på betydningen av begrepet «sies opp etter arbeidsforholdets alminnelige regler». På grunn av den usikre rettsstilstanden må bestemmelsens innhold forsøkes klargjort i lys av øvrige rettskilder, hvor underliggende hensyn i dekningsloven § 7-11 blir relevant.

I juridisk teori er det argumentert at forarbeidene til dekningsloven § 7-11 i stor grad anlegger et arbeidsrettslig synspunkt, og at dette peker i retning av at begrepet «sies opp etter arbeidsforholdets alminnelige regler» er ment å forstås som en referanse til alle stillingsvernsreglene i arbeidsmiljøloven kapittel 15. Det vises i denne forbindelse til Jakhelln, som har uttalt

*«Sammenfatningsvis gir lovforarbeidene et temmelig utvetydig inntrykk av at det er lagt opp til at arbeidsforholdet mellom konkursbo og arbeidstakere i størst mulig grad skal følge de vanlige arbeidsrettslige regler. Dertil kommer at det må legges til grunn et generelt arbeidsrettslig saklighetsprinsipp.»<sup>92</sup>*

Selv om det ikke kan være tvil om at regelen om konkursboets oppsigelse er utformet for å ivareta arbeidstakernes behov for avklaring av arbeidsavtalens stilling, har oppgaven demonstrert at dekningsloven § 7-11 i stor grad er utformet for å ivareta konkursbehandlingsformålet om å sikre mest mulig av virksomhetens verdi. På bakgrunn av dette kan det argumenteres at dekningsloven § 7-11 er preget av både arbeidsrettslige og konkursrettslige hensyn, men at arbeidsrettslige hensyn gjør seg mer gjeldende så lenge arbeidsavtalen mellom konkursboet og arbeidstaker består. Dette ettersom konkursboet i denne perioden overtar debitors rolle som arbeidsgiver.

Konkursbehandlingen har likevel en «utløpsdato» og reglene er utformet med tanke på at boets drift av virksomheten i fremtiden skal avsluttes, enten ved at virksomheten avvikles eller selges til en ny erverver. Reglene i dekningsloven § 7-11 som gjelder avviklingen av

---

<sup>92</sup> Jakhelln (2008) s. 201

forholdet mellom konkursboet og arbeidstakerne, er derfor i større grad preget av hensynet til konkursboets økonomiske behov.

Argumentet om at konkursrettslige og arbeidsrettslige hensyn gjør seg gjeldende på ulike stadier av en konkursbehandling, finnes det også spor av i forarbeidene til dekningsloven § 7-11. Det kan i denne forbindelse vises til forarbeidenes kommentarer til konkursboets rolle som arbeidsgiver, i forbindelse med skatte- og trygderettslige spørsmål. Departementet skiller her mellom konkursboets forpliktelser som arbeidsgiver om det velger å tre inn i arbeidsavtaler eller ikke. I denne forbindelse uttales det at det ikke er naturlig å anse konkursboet som arbeidsgiver i skattelovens eller trygdelovens forstand, så lenge boet ikke har trådt inn i arbeidsavtalen.<sup>93</sup> Lovgiver legger til grunn at det samme gjelder for de tilfellene hvor boet først trer inn i avtalen, og deretter velger å tre ut igjen.

Det kan se ut til at forarbeidene antar at konkursboets forpliktelser som arbeidsgiver er avhengig av hvorvidt boet trer inn eller ut av arbeidsavtalene. Dersom dette synspunktet legges til grunn for skatterettslige og trygderettslige spørsmål, kan argumenteres at det samme bør gjelde for konkursboets arbeidsrettslige forpliktelser.

### **3.6 Konklusjon**

Det følger av dekningsloven § 7-11 at konkursboet må sende oppsigelser til arbeidstakerne «etter arbeidsforholdets alminnelige regler», og en alminnelig språklig forståelse av bestemmelsens ordlyd tilsier at det her åpnes opp for at konkursboet har rett til å foreta en nedbemanning av virksomhetens arbeidsstokk etter at det er åpnet konkurs. En regel om at boet ikke står fritt til å gjøre en slik nedbemanning må i så fall baseres på en innskrenkende tolkning av dekningsloven § 7-11. Ettersom verken lovteksten, forarbeider, rettspraksis eller underliggende hensyn indikerer at bestemmelsen må forstås innskrenkende, må konklusjonen bli at det ikke skal innfortolkes et materielt oppsigelsesvern i dekningsloven § 7-11.

---

<sup>93</sup> Ot.prp.nr.26 (1998-1999) s. 261

## **4 Konkursbeslaget i lys av arbeidsmiljølovens regulering av virksomhetsoverdragelser**

### **4.1 Innledning**

Arbeidsmiljølovens kapittel 16 inneholder regler om arbeidsgivers forpliktelser overfor ansatte, der det gjennomføres omorganisering av virksomheten som kan sies å utgjøre en virksomhetsoverdragelse. Disse reglene ble først inntatt i norsk lovgivning i den tidligere arbeidsmiljøloven av 1977, som følge av at Norge etter EØS-avtalen var forpliktet til å tilpasse seg utviklingen av den EU-rettslige reguleringen av virksomhetsoverdragelser.<sup>94</sup> Reglene i arbeidsmiljølovens kapittel 16 må derfor tolkes i lys av underliggende EU-rettslige regler, hvor også praksis fra EU-domstolen vil få innvirkning på reglenes innhold.<sup>95</sup>

Direktivet identifiserer to sentrale formål med reguleringen. Det er for det første lagt til grunn at den økonomiske utviklingen har ført til et behov for omorganisering av virksomheter, herunder overdragelser, og en internasjonal regulering som sikrer vern av arbeidstakere i slike prosesser ansees å være nødvendig for å beskytte arbeidstakers rettigheter.<sup>96</sup> Direktivets andre formål er å fremme harmonisering av medlemslandenes reguleringer av arbeidstakervernet, slik at ulikheter i vernets omfang minskes.<sup>97</sup>

Også for arbeidsmiljølovens regler om virksomhetsoverdragelse er arbeidstakervernet et underliggende formål. Reglene søker å balansere interessene til de som er de sentrale aktørene i en virksomhetsoverdragelse, som ved ordinære overdragelser hovedsakelig vil være virksomheter og arbeidstakere. For den ervervende virksomheten foreligger det et sentralt behov for å sikre konkurransedyktig drift. I noen tilfeller vil dette behovet kunne ivaretas ved at arbeidsforholdene følger med i virksomhetsoverdragelsen, fordi arbeidstakerne har innsikt i driften og er godt kjent med virksomhetens kundekrets, systemer, og lignende. I denne situasjonen vil ivaretagelsen av arbeidsgivers interesser samsvare med arbeidstakernes ønske om trygge, stabile og langvarige arbeidsforhold. I andre tilfeller er det mindre fordelaktig at

---

<sup>94</sup> Ot.prp.nr.71 (1991-1992) s. 5 og lov 27. november 1992 nr. 115

<sup>95</sup> Skjønberg et al. (2017) s. 383

<sup>96</sup> Dir. 2001/23/EF, fortalens punkt 2 og 3

<sup>97</sup> Dir. 2001/23/EF, fortalens punkt 4

arbeidsforholdene overføres til den ervervende virksomhet.<sup>98</sup> Dette kan være tilfellet der overdragende virksomhet har gått med underskudd og det er behov for å redusere arbeidsstokken, eller dersom arbeidstakerne som allerede er ansatt i den ervervende virksomhet er i stand til å utføre de arbeidsoppgavene som følger av overdragelsen. I noen tilfeller vil konkursboet, i kraft av å ha overtatt virksomheten ved et konkursbeslag, holde rollen som arbeidsgiver. For konkursboet vil hensynet til effektiv bobehandling stå sentralt. Dersom en fortsatt drift vil kunne gi en bedre dekning til kreditorene slik at selskapet ikke står igjen som et tapsprosjekt, vil dette være i boets interesse.

Reglene i arbeidsmiljølovens kapittel 16 er hovedsakelig ment å verne om arbeidsforholdets stilling ved virksomhetsoverdragelser. Bestemmelsenes sentrale formål er å legge til rette for at arbeidstakeren ved en slik omorganisering, kan fortsette sitt arbeidsforhold med de samme rettighetene og vilkårene.<sup>99</sup> Der reglene gjør seg gjeldende, kan arbeidstakerne i den overdragende virksomheten påberope seg det spesielle oppsigelsesvernet som er hjemlet i arbeidsmiljøloven § 16-4. Spørsmålet er dermed om reglene for virksomhetsoverdragelser kommer til anvendelse på den overføringen av virksomhet som skjer ved et konkursbeslag. Vurderingen av dette spørsmålet er utslagsgivende for problemstillingen om et konkursbo må forholde seg til et oppsigelsesvern, dersom boet gjennom konkursbehandlingen skal fortsette konkursdebitors drift med redusert arbeidstokk.

## **4.2 Konkursbeslaget og vilkårene for virksomhetsoverdragelse**

Hovedregelen etter arbeidsmiljøloven § 16-1 (1) er at reglene for virksomhetsoverdragelse kommer til anvendelse der det skjer en overdragelse av hele eller deler av en virksomhet til en annen arbeidsgiver. Det er likevel bestemt at kapitlet får begrenset anvendelse «ved overdragelse fra et konkursbo»<sup>100</sup>, som medfører at det særskilte oppsigelsesvernet ikke gjelder ved slike overdragelser. En alminnelig språklig forståelse av ordlyden tilsier at unntaket kommer til anvendelse dersom overdragelsen har skjedd etter at konkursbehandlingen er åpnet. Om en slik forståelse legges til grunn betyr dette at

---

<sup>98</sup> Benson (2019) s. 612

<sup>99</sup> Ot.prp.nr.71 (1991-1992) s. 6

<sup>100</sup> Arbeidsmiljøloven § 16-1 (2)

unntaksbestemmelsen ikke rammer den overføringen av virksomhet et konkursbeslag medfører.

Overføringen som følger av et konkursbeslag er ikke spesifikt regulert i arbeidsmiljøloven. Det må dermed undersøkes om en slik prosess i seg selv må ansees å utgjøre en virksomhetsoverdragelse etter loven. Overdragelsesbegrepet skal her forstås som en «overføring av en selvstendig enhet som beholder sin identitet etter overføringen»<sup>101</sup>. Begrepets innhold har vært gjenstand for omfattende behandling, både i norske domstoler<sup>102</sup> og i EU-domstolen<sup>103</sup>. Overdragelsesbegrepet i arbeidsmiljøloven § 16-1 skal forstås som en kodifisering av denne praksisen, slik at både norsk rettspraksis, praksis fra EU-domstolen og reguleringen i virksomhetsoverdragelsesdirektivet er sentrale rettskilder i vurderingen av begrepets innhold.<sup>104</sup> På denne bakgrunn kan det fastsettes at bestemmelsen i arbeidsmiljøloven § 16-1 inneholder tre kumulative vilkår, som må oppfylles for at reglene for virksomhetsoverdragelse skal komme til anvendelse; overdragelsesvilkåret, enhetsvilkåret og identitetsvilkåret.<sup>105</sup> Hvorvidt disse er oppfylt må besvares på grunnlag av en konkret vurdering i det enkelte tilfellet. Ettersom oppgaven her ikke tar utgangspunkt i en spesifikk sak, men tar stilling til hvorvidt et konkursbeslag generelt kan tenkes å oppfylle vilkårene, må vurderingen baseres på visse antakelser.

#### 4.2.1 Enhetsvilkåret

I direktivet er det lagt til grunn at overdragelsen må gjelde en økonomisk enhet, det vil si en «samling av ressurser som er organisert med det formål å drive økonomisk virksomhet, enten det dreier seg om en hoved- eller en bivirksomhet»<sup>106</sup>. Dette enhetsvilkåret er i norsk rett formulert som et krav om at det som overføres er en «selvstendig, økonomisk enhet», forstått som en «organisert helhet av personer og aktiva, som gjør det mulig å utøve økonomisk virksomhet med et selvstendig formål»<sup>107</sup>. Det stilles ikke noe krav til størrelsen av den

---

<sup>101</sup> Arbeidsmiljøloven § 16 (1) andre pkt.

<sup>102</sup> Se f.eks. Rt. 2006 s. 71, RG 2011 s. 873, Rt. 2011 s. 1755, Rt. 2012 s.983 og Rt. 2015 s. 718

<sup>103</sup> Se f.eks. Sak 24/85 Spijkers, Sak C-13/95 Süzen, Sak C-172/99 Oy Likenne Ab og Sak C-340/01 Abler m.fl.

<sup>104</sup> Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 338

<sup>105</sup> Rt. 2011 s. 1755 (avsnitt 47 til 49)

<sup>106</sup> Direktiv 2001/23/EF artikkel 1 nr. 1 bokstav b

<sup>107</sup> Skjønberg et al. (2017) s. 385, Rt. 2015 s. 718 (avsnitt 64), HR-2017-02277-A (avsnitt 48)

virksomhet som overføres, men et skille må trekkes til de disposisjoner som kun overfører enkeltaktiva.<sup>108</sup>

I vurderingen av hvorvidt overføringen gjelder en selvstendig, økonomisk enhet, har EU-domstolen slått fast at det må gjøres en konkret helhetsvurdering av de faktiske omstendighetene rundt overførselen.<sup>109</sup> Dersom hele virksomheten overføres vil kriteriet om en selvstendig, økonomisk enhet som regel være oppfylt.<sup>110</sup> Dersom det legges til grunn at konkursboet viderefører konkursdebitors virksomhet i sin helhet, slik at alle arbeidsforhold og aktiva tas med i den videre driften, er det dermed sannsynlig at enhetsvilkåret er oppfylt.

Dersom bare deler av virksomheten videreføres er vurderingen mer komplisert. EU-domstolen har slått fast at det avgjørende er om overføringen gjelder en operativ enhet som alene kan stå for levering av de tjenester som er typiske for virksomhetens drift, uten at den må benytte seg av andre driftsmidler eller andre deler av virksomheten.<sup>111</sup> EU-domstolens praksis reflekteres i norsk rettspraksis, hvor det er lagt til grunn at domstolen skal gjøre en helhetsvurdering av hvorvidt det som overføres utgjør «...en stabil og operasjonell enhet, som selv er i stand til å levere de tjenester som er karakteristiske for virksomhetens økonomiske aktivitet»<sup>112</sup>. Ettersom en konkurs rammer virksomheten som en helhet, vil ikke beslaget føre til en delvis overføring av virksomhet. På denne bakgrunn kan det legges til grunn at konkursbeslaget kan oppfylle enhetsvilkåret.

#### 4.2.2 Identitetsvilkåret

Identitetsvilkåret innebærer et krav om at virksomheten som drives etter overdragelsen i det vesentlige er den samme som tidligere, hvilket medfører at det må gjøres en helhetsvurdering med utgangspunkt i en sammenligning av virksomheten før og etter overdragelsen. Det springende punkt i vurderingen vil være hvorvidt det «... etter en samlet vurdering kan slås

---

<sup>108</sup> Benson (2019) s. 618

<sup>109</sup> Sak C-13/95 Süzen, premiss 14

<sup>110</sup> Skjønberg et al. (2017) s. 385-386

<sup>111</sup> Sak C-458/05 Jouini, premiss 34

<sup>112</sup> Rt. 2011 s. 1755 (avsnitt 53), Rt. 2015 s. 718 (avsnitt 64), HR-2017-02277-A (avsnitt 48)

fast at driften etter en overføring til en annen innehaver faktisk fortsetter eller gjenoppstår med samme eller lignende aktiviteter.»<sup>113</sup>

EU-domstolen har oppstilt en rekke relevante momenter som skal vektlegges i vurderingen, blant annet virksomhetens art, om det er overført fysiske aktiva, hvor stor andel av arbeidsforholdene og kundekretsen som er overtatt, samt i hvilken grad de økonomiske aktivitetene er de samme.<sup>114</sup> Hvordan momentene vektles er avhengig av hva som er mest karakteristisk for driften av den overdragende virksomheten, og det trekkes i den forbindelse gjerne et skille mellom «arbeidskraftintensive» og «kapitalintensive» virksomheter.<sup>115</sup>

For en arbeidskraftintensiv virksomhet, hvor selve arbeidsinnsatsen vil være det mest karakteristiske ved driften, vil det for eksempel være relevant å se på hvor stor andel av arbeidsstokken som er overført. Dersom det legges til grunn at konkursdebitor drev en arbeidskraftintensiv virksomhet vil identitetsvilkåret kunne være oppfylt om konkursboet tar over samtlige av arbeidsforholdene, selv om hoveddelen av de fysiske aktiva realiseres i bobehandlingen. Det samme gjelder der en gruppe arbeidstakere er tatt med videre i konkursboets drift, om disse etter antall og kvalifikasjoner må ansees å være en betydelig del av arbeidsstokken.<sup>116</sup>

For kapitalintensive virksomheter har EU-domstolen lagt det til grunn som avgjørende at en betydelig del av de fysiske aktiva ikke overføres, der virksomhetens fysiske aktiva er ansett nødvendige for å sikre en akseptabel drift.<sup>117</sup> Det kan derfor argumenteres at identitetsvilkåret er oppfylt der konkursboet holder en kapitalintensiv virksomhet gående med de aktiva som er nødvendige for å drifte debitors virksomhet, selv om overføringen medførte en betydelig reduksjon av den tidligere arbeidsstokken. På bakgrunn av den ovenstående vil den type overdragelsen konkursbeslaget medfører være i stand til å oppfylle identitetsvilkåret.

---

<sup>113</sup> Ot.prp.nr.71 (1991-1992) s. 32

<sup>114</sup> Sak 24/85 Spijkers, premiss 13

<sup>115</sup> Skjønberg et al. (2017) s. 389-390

<sup>116</sup> Sak C-13/95 Süzen, premiss 21

<sup>117</sup> Sak C-172/99 Oy Liikenne Ab

### 4.2.3 Overdragelsesvilkåret

Overdragelsesvilkåret har to dimensjoner. Som et utgangspunkt innebærer vilkåret et krav om at overføringen fører med seg et arbeidsgiverskifte, som vil si at reglene for virksomhetsoverdragelse ikke får anvendelse for et rent eierskifte.<sup>118</sup> Det følger av praksis fra EU-domstolen at det sentrale er hvorvidt den juridiske eller fysiske personen ansvarlig for virksomhetens drift endres, slik at en ny aktør pådrar seg forpliktelser overfor de ansatte, i kraft av å være arbeidsgiver.<sup>119</sup> Den gjensidig bebyrdende arbeidsavtalen mellom de opprinnelige partene kan dermed ikke bestå etter en overdragelse. Konkursboet er et selvstendig rettslig subjekt<sup>120</sup>, og der konkursbehandlingen medfører en videreføring av virksomhetens drift er det klart at boet også påtar seg forpliktelser som arbeidsgiver. Dette følger direkte av dekningsloven § 7-11 (2), som fastslår at et konkursbo som trer inn i konkursdebitors arbeidsavtaler blir forpliktet på avtalens vilkår. På denne bakgrunn kan det legges til grunn at et konkursbeslag med påfølgende drift i boets regi, utgjør et skifte av arbeidsgiver i tråd med overdragelsesvilkåret.

Den andre dimensjonen av overdragelsesvilkåret knytter seg til krav om hvordan overføringen av virksomheten skal skje. Et slikt krav fremgår ikke av ordlyden i arbeidsmiljøloven § 16-1, men i virksomhetsoverdragelsesdirektivet er det klart slått fast at overdragelsen skal «... følge av en kontraktmessig overdragelse eller en fusjon»<sup>121</sup>. Uavhengig av hvilke antagelser som legges til grunn for de faktiske forholdene rundt debitors virksomhet og bobehandlingen, vil selve konkursbeslaget utgjøre en spesiell type overføring. Det springende punkt i vurderingen av om reglene for virksomhetsoverdragelse kommer til anvendelse ved et konkursbeslag, blir derfor om en slik overføring kan oppfylle overdragelsesvilkåret.

En alminnelig språklig forståelse av begrepet «kontraktmessig overdragelse» tilsier at en avtalerettslig disposisjon må ligge til grunn for overføringen. Lovforarbeidene ser ut til å ta utgangspunkt i en slik forståelse av overdragelsesvilkåret.<sup>122</sup> Dersom dette er tilfellet vil et konkursbeslag falle utenfor, fordi en overføring i slike tilfeller er et resultat av en rettslig

---

<sup>118</sup> Næss (2013) s. 28

<sup>119</sup> Sak C-392/92 Schmidt, premiss 12 og sak C-209/91 Rask og Christensen, premiss 15

<sup>120</sup> Huser (1988) s. 28

<sup>121</sup> Direktiv 2001/23/EF artikkel 1 nr. 1 bokstav a

<sup>122</sup> Ot.prp.nr.71 (1991-1992) s. 32



kjennelse om konkursåpning, som medfører at konkursdebitor mister den rettslige rådigheten over virksomheten.<sup>123</sup>

EU-domstolen har likevel lagt til grunn at begrepet «kontraktmessig overdragelse» skal forstås vidt, og at det er tilstrekkelig at overføringen skjer innenfor konteksten av et kontraktmessig forhold.<sup>124</sup> Det samme utgangspunktet er lagt til grunn i norsk rett.<sup>125</sup> I Bardufoss Flyservice saken viste Høyesterett til at EU-domstolens forståelse av innholdet i begrepet ikke alltid samsvarer med det som følger av en alminnelig språklig forståelse av direktivets ordlyd, og at formålsbetraktninger skal tillegges betydelig vekt ved fastsettelsen av begrepets innhold.<sup>126</sup> Isolert sett kan uttalelsen peke i retning av at direktivets begrep «kontraktmessig overdragelse» ikke nødvendigvis utelukker overføring som følger av et konkursbeslag. Samtidig er det viktig å understreke at dommen ikke omhandler direktivets anvendelse ved konkurs, og at den dermed ikke utgjør noen endelig avklaring på spørsmålet om en slik overføring er omfattet eller ikke.

Dersom det sees hen til hvordan direktivets overdragelsesbegrep er tolket, foreligger det klare indikasjoner på at det skal gjøres en avgrensning mot konkurstilfeller. EU-domstolen har ved flere anledninger tydeliggjort at direktivet skal gis begrenset anvendelse ved konkurs. Det kan blant annet vises til Abels-saken, hvor domstolen behandlet spørsmålet om overdragelsesbegrepet i direktivets artikkel 1 nr. 1 skulle omfatte de tilfeller hvor overdragende virksomhet er erklært konkurs.<sup>127</sup> I vurderingen viste domstolen til konkursrettens spesielle karakter, og understreket at det sentrale formålet om å veie ulike interesser mot hverandre medfører at konkursretten inneholder regler som kan resultere i at det må gjøres unntak fra andre, generelle bestemmelser, herunder bestemmelser innenfor arbeidsretten.<sup>128</sup>

I vurderingen ble det også lagt betydelig vekt på formålsbetraktninger. Domstolen viste til at det ikke er enighet rundt hvilke type tiltak som best verner arbeidstakere i konkurstilfeller, og

---

<sup>123</sup> Konkursrådet (2012)

<sup>124</sup> Sak 101/87 Bork International A/S, under konkurs, m.fl., premiss 13

<sup>125</sup> Rt. 2010 s. 330 (avsnitt 51)

<sup>126</sup> Rt. 2010 s. 330 (avsnitt 48 og 50)

<sup>127</sup> Sag 135/83 Abels, premiss 7

<sup>128</sup> Sag 135/83 Abels, premiss 15

at det er stor usikkerhet rundt eventuelle konsekvenser av å la reglene for virksomhetsoverdragelse komme til anvendelse ved konkurs. På grunnlag av dette konkluderte retten med at direktivet ikke inneholder en plikt til å gjøre reglene for virksomhetsoverdragelse gjeldende for overføringer som skjer innenfor rammene av en konkursbehandling.<sup>129</sup> Forståelsen som ble lagt til grunn i Abels-saken ble senere reflektert i endringsdirektivet av 1998.<sup>130</sup>

Abels-saken gir ingen klar fasit på hvilken regulering som gjelder ved overdragelse som følge av et konkursbeslag. Konklusjonen om at direktivets regler om virksomhetsoverdragelse ikke må gjøres gjeldende der overdrager er under konkursbehandling er likevel sentral, ettersom den er basert på hensynet til konkursinstituttets spesielle karakter og betraktninger rundt virksomhetsdirektivets formål. Disse argumentene gjør seg i stor grad også gjeldende ved vurderingen av hvorvidt et konkursbeslag skal omfattes av virksomhetsoverdragesdirektivets bestemmelser. Videre uttalte domstolen at dersom direktivet var ment å dekke overføringer hvor overdrager er underlagt konkursbehandling, ville direktivet inneholde en eksplisitt bestemmelse om dette.<sup>131</sup> I tråd med dette kan det argumenteres at dersom konkursbeslaget skulle antas å utgjøre en virksomhetsoverdragelse i direktivets forstand, ville denne regulering være eksplisitt uttrykket i direktivet.

På bakgrunn av den ovenstående gjennomgangen kan det ikke legges til grunn en konklusjon om at konkursbeslaget klart utgjør en overføring av virksomhet som oppfyller overdragesvilkåret, slik dette vilkåret er forstått i EU-retten. Det er likevel av interesse at både EU-domstolen og virksomhetsoverdragesdirektivet forutsetter at medlemslandene selv kan velge å utvide direktivets anvendelsesområde i den aktuelle stat.<sup>132</sup> Det vil si at et konkursbeslag etter nasjonal rett kan være omfattet av reglene for virksomhetsoverdragelse, selv om en slik regulering ikke følger direkte av EU-retten. En slik rettsregel er ikke skriftlig fastsatt i norsk rett, så det må derfor gjøres en vurdering av om lovgiver i Norge kan ha ment å gi reglene for virksomhetsoverdragelse anvendelse ved konkursbeslag.

---

<sup>129</sup> Sag 135/83 Abels, premiss 23

<sup>130</sup> Dir 98/50/EF punkt 7 i fortalet og artikkel 4a

<sup>131</sup> Sag 135/83 Abels, premiss 17

<sup>132</sup> Sag 135/83 Abels, premiss 24, kodifisert i Dir 2001/23/EF artikkel 5.

### 4.3 Forarbeider

Etter den første revideringen av EUs virksomhetsdirektiv<sup>133</sup> ble det også gjort endringer i den daværende arbeidsmiljøloven, slik at norsk rett skulle samsvare med utviklingene forårsaket av endringsdirektivet.<sup>134</sup> I forarbeidene til endringsloven gjorde departementet en vurdering av virksomhetsoverdragelsesreglens stilling ved konkurs. Departementet tok blant annet stilling til spørsmålet om selve konkursbeslaget skulle ansees å være en overdragelse som falt inn under den daværende arbeidsmiljøloven § 73 A om anvendelsesområde for reglene om virksomhetsoverdragelse. Ettersom § 16-1 i gjeldende arbeidsmiljølov erstatter § 73 A og har tilsvarende innhold, er tidligere forarbeider relevante for å belyse spørsmålet om et konkursbeslag utgjør en virksomhetsoverdragelse.<sup>135</sup>

I vurderingen av hvorvidt reglene om virksomhetsoverdragelse kommer til anvendelse for overføringer som følger av et konkursbeslag, peker departementet på at en slik løsning vil medføre betydelige ulemper for konkursboet. For det første ville dette medføre at arbeidstakeres lønnskrav som er opptjent før konkursåpning vil få status som massekrav i boet, i stedet for krav med prioritet av første klasse.<sup>136</sup> En bedre prioritering av lønnskravet er fordelaktig for arbeidstakerne, men medfører samtidig en økonomisk belastning for konkursboet og kan videre være til fortregning for øvrige kreditorer. For det andre ville en slik løsning medføre at boet ved videre drift som et utgangspunkt ville være forpliktet til å tre inn i alle debtors arbeidsavtaler.<sup>137</sup> Det er nærliggende å legge til grunn at departementet med dette mener at konkursboet i slike tilfeller ville være forpliktet til å videreføre arbeidsforhold som foreligger på tidspunktet for overføringen, ettersom arbeidsforholdene ved virksomhetsoverdragelser er omfattet av et særskilt oppsigelsesvern.

Departementet fremhever at dersom reglene for virksomhetsoverdragelse skal komme til anvendelse for konkursbeslaget vil det bli vanskeligere for bostyrer å videreføre driften av konkursdebitors virksomhet, selv om dette isolert sett ville vært en gunstigere løsning for å

---

<sup>133</sup> Innføringen av Dir 98/50/EØF

<sup>134</sup> Lov av 15. juni 2001 nr. 33 om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. (virksomhetsoverdragelse m.m.)

<sup>135</sup> Ot.prp.nr. 49 (20004-2005) s. 338

<sup>136</sup> Ot.prp.nr. 79 (2000-2001) s. 12

<sup>137</sup> Ot.prp.nr. 79 (2000-2001) s. 12

sikre størst mulig dekning til kreditorene. Samtidig vektlegges det at en slik løsning ville gå på tvers av bestemmelsen i dekningsloven § 7-11, hvor det er forutsatt at bostyrer selv kan velge hvilke av debtors avtaler boet skal tre inn i.<sup>138</sup> I tolkningen av innholdet i bestemmelsen om reglens anvendelsesområde, legges det etter dette betydelig vekt på hensynet til en effektiv og økonomisk forsvarlig konkursbehandling.

I forarbeidene til endringsloven konkluderte departementet med at reglene for virksomhetsoverdragelse etter gjeldende rett på daværende tidspunktet ikke kom til anvendelse på konkursbeslaget.<sup>139</sup> Samtidig er det verdt å merke at departementets forslag til utforming av daværende § 73 A kun slo fast at reglene om oppsigelsesvern, lønns- og arbeidsvilkår ikke skulle komme til anvendelse «ved overdragelse som skjer fra et konkursbo»<sup>140</sup>. Den faktiske bestemmelsen som ble inntatt i endringsloven var tilsvarende.<sup>141</sup> Departementets gjennomgang av rettstilstanden vedrørende konkursbeslaget resulterte ikke i et faktisk lovforslag, og det kan dermed argumenteres at lovgiver ikke tok stilling til rekkevidden av reglens anvendelsesområde i relasjon til konkursbeslaget. Dersom dette legges til grunn, vil uttalelsen i forarbeidene ha redusert rettskildemessig verdi.

#### **4.4 Rettspraksis**

Det foreligger per i dag ingen rettsavgjørelser som direkte behandler spørsmålet om hvorvidt reglene for virksomhetsoverdragelse får anvendelse ved konkursbeslag, slik at arbeidstakerne i disse tilfeller er omfattet av det spesielle oppsigelsesvernet i arbeidsmiljølovens kapittel 16. Det foreligger likevel rettspraksis som har dannet et utgangspunkt for et argument for at disse reglene skal komme til anvendelse.<sup>142</sup> Det vises i denne forbindelse til Rt. 1995 s. 1636 (Leopold), som omhandler ansvaret for feriepenge etter ferieloven § 12 ved skifte av innehaver.

---

<sup>138</sup> Ot.prp.nr.79 (2000-2001) s. 13

<sup>139</sup> Ot.prp.nr.79 (2000-2001) s. 13

<sup>140</sup> Ot.prp.nr.79 (2000-2001) s. 16

<sup>141</sup> Lov av 15. juni 2001 nr. 33, del I, om § 73 A nytt annet ledd

<sup>142</sup> Ot.prp.nr.79 (2000-2001) s. 12

#### 4.4.1 Rt. 1995 s. 1636 (Leopold)

I Leopold-dommen hadde KS Restaurantinvest drevet musikkpuben Leopold, i lokaler leid fra KS Leopold. Da KS Restaurantinvest fikk betalingsvansker og kreditorer truet med konkursbegjæring, avsluttet selskapet driften av puben og driften ble midlertidig videreført av utleier KS Leopold og to banker. Etter en stund ble det opprettet et selskap, AS Leopold, som skulle ta over driften permanent. Det nye selskapet overtok leierett, varelager, inventar og driftsløsøre, samt de fleste arbeidsforholdene. Spørsmålet i saken var om AS Leopold var ansvarlig for feriepenger etter ferieloven § 12, som fastsetter at dersom virksomheten skifter innehaver vil den nye innehaveren tre inn i tidligere innehavers plikt til å gi ferietid og betale feriepenger.

I denne saken var altså innehaverskiftet skjedd da tidligere innehaver var insolvent, men før selve konkursbeslaget hadde skjedd. I et obiter dictum knytter førstvoterende likevel noen kommentarer til spørsmålet om anvendelsen av ferieloven § 12 for det tilfellet at det ble åpnet konkurs i tidligere innehavers virksomhet, og konkursboet i bobehandlingen valgte å videreføre driften av denne virksomheten.

*«Det er nok så at debtors virksomhet ofte rent faktisk opphører ved hans konkurs. Da blir det selvsagt ikke tale om ansvar etter ferieloven § 12. Men dette er ikke noe unntak; i en slik situasjon blir det overhodet ikke noe skifte av innehaver til den virksomheten som debitor har drevet. Hvis et konkursbo i medhold av konkursloven § 119 velger å videreføre debtors virksomhet – herunder å tre inn i hans avtaler som arbeidsgiver – er det etter min mening mye som taler for at ferieloven § 12 kommer til anvendelse, slik at konkursboet ... blir ansvarlig for feriepenger som er opptjent før konkursen. Konkursbeslaget må etter min mening anses som et skifte av innehaver i forhold til ferieloven § 12.»*

Førstvoterende legger etter dette til grunn at et konkursbeslag ville medføre at det har skjedd et «skifte av innehaver» i ferielovens forstand, slik at konkursboet i slike tilfeller er forpliktet å dekke krav på feriepenger opptjent i konkursdebtors virksomhet. Spørsmålet er om denne uttalelsen medfører at en tilsvarende forståelse må legges til grunn for arbeidsmiljøloven, slik at reglene for virksomhetsoverdragelser kommer til anvendelse ved et konkursbeslag.

Den rettskildemessige betydningen av Leopold-dommen i relasjon til arbeidsmiljølovens bestemmelser om virksomhetsoverdragelser, er diskutabel. Først og fremst er det relevant at ferieloven § 12 regulerer de tilfeller hvor det skjer et «skifte av innehaver», mens arbeidsmiljøloven § 16-1 bruker uttrykket «overdragelse av en virksomhet eller del av virksomhet til en annen arbeidsgiver». En nærmere behandling av uttrykket «skifte av innehaver» ligger utenfor oppgavens tema, men det er klart at overdragelsesbegrepet som ligger til grunn for arbeidsmiljølovens regler er tolket slik at en overføring må oppfylle visse kriterier for at det skal foreligge en virksomhetsoverdragelse. På denne bakgrunn kan det argumenteres at den ulike ordlyden tilsier at det ikke uten videre kan legges til grunn at disse bestemmelsene skal ha det samme anvendelsesområdet.

Ferieloven § 12 gir et særskilt vern av rettighetsovergang for arbeidstakere, der det skjer en overføring av virksomhet.<sup>143</sup> Forutsatt at det kan legges til grunn som sikker rett at bestemmelsen skal komme til anvendelse ved et konkursbeslag, kan dette indikere at det samme skal gjelde for andre regler som gir arbeidstakervern ved virksomhetsoverdragelse. En slik logikk kan virke å ligge til grunn for konsernutvalgets utredning til Kommunal og arbeidsdepartementet, som blant annet omhandlet arbeidstakeres stilling ved overføring av virksomhet.<sup>144</sup> På bakgrunn av formålsbetraktninger argumenterte utvalget for at Leopold-dommen var av betydning for avgrensningen av arbeidsmiljølovens regler for virksomhetsoverdragelse. Utvalget viste til at formålet om å sikre beskyttelse av arbeidstakerne er et viktig moment i forståelsen av ferieloven § 12, og at dette formålet også er svært sentralt for forståelsen av arbeidsmiljølovens regler om virksomhetsoverdragelse.<sup>145</sup>

At reguleringen bygger på det samme prinsippet om å sikre arbeidstakervernet ved overdragelser, kan ikke være tilstrekkelig for at praksis tilknyttet ferieloven skal få avgjørende betydning for rekkevidden av arbeidsmiljølovens regler om virksomhetsoverdragelser. Det kan argumenteres at bestemmelser som bygger på de samme underliggende vernehensyn bør få samsvarende anvendelse, men når det kommer til konkurstilfellene er det ikke opplagt hvorvidt en anvendelse av reglene for virksomhetsoverdragelse faktisk vil styrke vernet av arbeidstakerne eller ikke. Det kan i denne forbindelse vises til Abels-saken, hvor den ene

---

<sup>143</sup> Fougner (ajourført 2019) Kommentar til § 16-1

<sup>144</sup> NOU 1996:6

<sup>145</sup> NOU 1996:6 s. 58

parten argumenterte at anvendelsen av direktivet på konkurstilfeller vil få økonomiske konsekvenser som kan vanskeliggjøre en eventuell videreføring av konkursdebitors virksomhet, slik at arbeidsplasser går tapt.<sup>146</sup>

I tillegg til at Leopold-dommen knytter seg til forståelsen av en bestemmelse i en annen lov, må avgjørelsens rettskildemessige verdi vurderes i lys av at uttalelsen er et obiter dictum. I saken hadde overføringen skjedd på et tidspunkt da tidligere innehaver var insolvent, men før det faktisk ble åpnet konkurs i selskapet. Uttalelsen vedrørende ferieloven § 12 anvendelse ved konkurs hadde altså ikke betydning for utfallet i saken. Det er usikkert om den forståelse som det gis uttrykk for faktisk reflekterer gjeldende rett, og i juridisk teori er det hevdet at spørsmålet om bestemmelsens anvendelse ved konkurs foreløpig ikke er avklart, av verken lovgiver eller i rettspraksis.<sup>147</sup>

#### **4.5 Konklusjon**

Basert på gjennomgangen i oppgavens kapittel 4, kan det slås fast at verken ordlyden i direktivet eller praksis fra EU-domstolen gir noen holdepunkter for at direktivets bestemmelser er ment å ramme overføringer som skjer som følge av et konkursbeslag. Heller ikke lovteksten i norsk rett tilsier at en slik forståelse må legges til grunn. Selv om rettspraksis fra Høyesterett har dannet utgangspunktet for et argument om at et konkursbeslag kan ansees å utgjøre en virksomhetsoverdragelse i lovens forstand, har en slik forståelse blitt fraveket i lovforarbeidene. Som nevnt resulterte ikke departementets betraktninger i en faktisk lovbestemmelse som unntar konkursbeslaget fra virksomhetsoverdragsreglene, men uttalelsene som kommer til uttrykk i forarbeidene er fortsatt et resultat av vurderinger gjort på departementsnivå, og disse bør ikke avskrives uten videre. På bakgrunn av det ovenstående må det legges til grunn at arbeidsmiljølovens regler om virksomhetsoverdragelser ikke er ment å få anvendelse på selve konkursbeslaget, slik at arbeidstakerne heller ikke kan påberope seg det særskilte oppsigelsesvernet som er hjemlet i arbeidsmiljøloven § 16-4.

---

<sup>146</sup> Sag 135/83 Abels, premiss 21

<sup>147</sup> Holo (2020) note 62

## **5 Arbeidsforholdets stilling ved overdragelse av virksomhet fra konkursbo til ny erverver**

### **5.1 Innledning**

Oppgaven skal i dette kapittelet belyse spørsmålet om hvilke regler som gjelder for oppsigelse der et konkursbo selger debtors virksomhet som ledd i konkursbehandlingen, og den nye erververen ikke ønsker å videreføre alle arbeidsforholdene i debtors virksomhet. Problemstillingen behandles med et utgangspunkt i arbeidsmiljølovens kapittel 16 om virksomhetsoverdragelse, og det er derfor en forutsetning at disse reglene kommer til anvendelse.

Som tidligere nevnt følger reglene for kapittelets anvendelsesområde av § 16-1, hvor det i bestemmelsens andre ledd er gjort unntak for overdragelser fra konkursbo. Bestemmelsen om begrenset anvendelse av reglene ved overføringer fra konkursbo ble først inntatt i arbeidsmiljøloven i 2001. Før endringsdirektivets vedtakelse hadde EU-domstolen lagt til grunn at direktivet ikke skulle komme til anvendelse for overdragelser som skjedde innenfor rammene av en konkursbehandling<sup>148</sup>, og dette var også gjeldende rett i Norge. Denne forståelsen ble modifisert ved endringsdirektiv, hvor det ble bestemt at kun artikkel 3 og 4 skulle unntas ved overdragelser som skjedde i konteksten av konkursbehandling. I Norge ble § 73 A i daværende arbeidsmiljølov endret tilsvarende. Bestemmelsen i § 16-1 om anvendelsesområdet etter gjeldende arbeidsmiljølov er ikke ment å medføre noen realitetsendring, og fortolkes derfor i samsvar med den tidligere § 73 A.<sup>149</sup> Det klare utgangspunkt er derfor at overføringer fra et konkursbo ansees å være virksomhetsoverdragelser i lovens forstand. Det er likevel viktig å understreke at reglene, som ved andre virksomhetsoverdragelser, bare kommer til anvendelse der vilkårene i § 16-1 (1) er oppfylt. I det følgende forutsettes det derfor at overføringen fra konkursboet gjelder en selvstendig, økonomisk enhet, som er overført til en ny innehaver på kontraktrettslig grunnlag, og at virksomheten etter overføringen har bevart sin identitet.

---

<sup>148</sup> Se Abels-saken under oppgavens kap. 4.2.3

<sup>149</sup> Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 338



Arbeidsmiljøloven inneholder ingen eksplisitt regulering av hvilke regler som faktisk gjelder der den nye erververen ikke ønsker å beholde alle arbeidstakere i en virksomhet som overdras fra et konkursbo. Det kan legges til grunn ulike alternativer for hvordan en eventuell nedbemanning kan tenkes gjennomført ved slike virksomhetsoverdragelser.<sup>150</sup> For det første kan det tenkes at den ervervende virksomhet selv forestår nedbemanningen etter at virksomhetsoverdragelsen er gjennomført, og spørsmålet blir da om erverver står fritt i utvelgelsen av hvilke arbeidstakere som sies opp. Et annet alternativ er at konkursboet før overdragelsen sier opp samtlige arbeidsforhold, slik at erverver kan tilby ny stilling til de arbeidstakerne det er aktuelt å videreføre.

Som et utgangspunkt kan det antas at dersom ervervende virksomhet har overtatt ansatte gjennom en virksomhetsoverdragelse fra et konkursbo, slik at arbeidsforholdene er etablert i den overtakende virksomheten, er de ansatte omfattet av de ordinære reglene for oppsigelse. Arbeidstakerne er i en slik situasjon ikke lenger ansatte i et konkursbo, men i en fungerende virksomhet, og det er vanskelig å finne gode grunner for at ansettelsesforholdene da ikke skal være omfattet av arbeidsmiljølovens alminnelige oppsigelsesvern. Det kan også argumenteres at en løsning hvor ervervende virksomhet skal stå fritt i utvelgelsen av arbeidsforhold, vil føre med seg vanskelige grensdragninger med hensyn til hvor lenge en slik frihet eventuelt skal foreligge for arbeidsgiveren.

Hvorvidt en nedbemanning kan gjennomføres ved at konkursboet før overdragelsen sier opp samtlige arbeidsforhold, slik at erverver eventuelt kan tilby stillinger til de arbeidstakerne som ønskes videreført, fremstår som mer uklart. Spørsmålet er dermed hvorvidt boet står fritt til å gjøre en slik nedbemanning, eller om oppsigelsene også her er underlagt reglene om saklig utvelgelse, herunder krav om definering av saklige utvelgelseskriterier, så lenge det er klart at en ervervende virksomhet skal videreføre driften. Det er dette spørsmålet som behandles videre i oppgavens kapittel 5.

---

<sup>150</sup> Jakhelln (2008) s. 210

## 5.2 Lovteksten

Det fremgår av arbeidsmiljøloven § 16-1 (2) at det særskilte vernet i arbeidsmiljøloven § 16-4 «ikke får anvendelse» ved overdragelse fra konkursbo. Oppsigelsesvernet i § 16-4 er som tidligere nevnt en forbudsbestemmelse som medfører at oppsigelser begrunnet i virksomhetsoverdragelser automatisk ansees å være ugyldige. Det er ikke nødvendig å foreta noen nærmere saklighetsvurdering etter arbeidsmiljøloven § 15-7, dersom oppsigelsen kun er begrunnet i overdragelsen.<sup>151</sup> En naturlig, språklig forståelse av ordlyden i § 16-1 tilsier dermed at konkursboet står fritt til å påberope seg selve virksomhetsoverdragelsen som begrunnelse for en oppsigelse, uten at dette medfører at oppsigelsen ansees å være ugyldig.

I juridisk teori er det argumentert at unntaksbestemmelsen i arbeidsmiljøloven § 16-1 (2) kun knytter seg til det særskilte oppsigelsesvernet i kapittel 16, og at bestemmelsen ikke innebærer at reglene i kapittel 15 også er unntatt for oppsigelser som skjer i konteksten av overdragelser fra et konkursbo.<sup>152</sup> En tolkning av ordlyden i § 16-1 (2) gir ingen avklaring av hvorvidt bestemmelsen kan tas til inntekt for at boets oppsigelser ikke er underlagt noen nærmere saklighetsvurdering etter § 15-7. Ettersom lovtekstens ordlyd ikke er avklarende, må problemstillingen belyses på bakgrunn av andre rettskildefaktorer.

## 5.3 Forarbeider

Lovforarbeidene inneholder ingen uttrykkelig uttalelse om hvorvidt en saklighetsvurdering må foretas ved nedbemanning i forbindelse med overdragelser fra et konkursbo. Bakgrunnen for den nevnte beslutningen om å endre rettstilstanden for overdragelser fra et konkursbo, bidrar likevel til å belyse de hensyn som ble utslagsgivende ved utformingen av reglene. I forarbeidene til endringsloven la departementet til grunn at

*«Forslaget ... er begrunnet i en avveining mellom hensynet til arbeidstakerne og hensynet til kreditorenes dekningsrett. Departementet antar at muligheten for at flere*

---

<sup>151</sup> Næss (2013) s. 187

<sup>152</sup> Næss (2013) s. 128 og Jakhelln (2008) s. 215

*virksomheter vil kunne overleve etter en konkurs er større dersom arbeidstakernes rettigheter iht. § 73 B og § 73 C ikke går over.»<sup>153</sup>*

Det sentrale er altså at reglene legger til rette for at virksomheter med alvorlige økonomiske utfordringer skal ha større mulighet for overlevelse. Argumentet anlagt i forarbeidene er at overlevelsesmulighetene blir større, ettersom et unntak fra reglene om oppsigelsesvern begrenser konkursboets forpliktelser og øker deres muligheter for å selge virksomheten som et «going concern». Ved overdragelse av virksomhet fra et konkursbo er det klart at den virksomheten som ble drevet ikke var økonomisk levedyktig. Det er nærliggende å legge til grunn at boet i en slik situasjon er avhengig av å iverksette rasjonaliseringstiltak, som kan innebære omorganiseringer i personalet. Dette må være grunnlaget for at overdragelser fra et konkursbo er unntatt det særskilte oppsigelsesvernet i arbeidsmiljøloven § 16-4. Dersom det likevel skal innfortolkes et saklighetskrav til utvelgelsen, kan det argumenteres at denne unntaksbestemmelsen er av mindre praktisk betydning.

En tilsvarende tankegang kan identifiseres i forarbeidene til arbeidsmiljølovens regler om fortrinnsrett til ny ansettelse. Fortrinnsrettsreglene ble endret i 1995, da det ble innført utvelgelseskriterier ved valg mellom flere fortrinnsberettigede.<sup>154</sup> Regelen i nåværende arbeidsmiljølov § 14-2 tilsvarer i det vesentlige bestemmelsen innført i 1995, og tidligere lovforarbeider er dermed relevant for tolkningen av bestemmelsen.<sup>155</sup> Ved utformingen av endringsloven vurderte departementet om kravet om å følge utvelgelseskriterier også skulle komme til anvendelse ved oppbemanning i forbindelse med konkurs. Departementet la til grunn at de hensyn som taler for at arbeidsgiver må forholde seg til et saklighetskrav ved oppbemanning ikke gjør seg gjeldende i like stor grad, dersom arbeidsforholdene ble sagt opp i forbindelse med konkurs.<sup>156</sup> I vurderingen uttalte departementet videre

*«Hvis eierne ikke står fritt med hensyn til prioriteringen ved oppstart etter konkurs, kan dette medføre at det blir vanskeligere å skaffe nye eiere til en virksomhet som har gått konkurs. Etter departementets vurdering, bør derfor den som fortsetter virksomhet*

---

<sup>153</sup> Ot.prp.nr.79 (2000-2001) s. 6

<sup>154</sup> Endringslov av 6. januar 1995 nr. 2

<sup>155</sup> Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 223

<sup>156</sup> Ot.prp.nr.50 (1993-1994) s. 203

*etter en konkurs stå fritt med hensyn til prioritering mellom flere fortrinnsberettigede.»<sup>157</sup>*

Lovgiver tar ikke uttrykkelig stilling til spørsmålet om boets oppsigelser er underlagt reglene om saklig utvelgelse, der virksomheten overdras til en erverver som ikke ønsker å beholde alle eksisterende arbeidsforhold. Det kan likevel argumenteres at forarbeidene gir en tydelig indikasjon på at lovgiver generelt har lagt stor vekt på hensynet til å forenkle konkursbehandlingen og mulighetene for at en eventuell kjøper kan videreføre konkursdebitors virksomhet, i utformingen av regler som omhandler arbeidsforholdets stilling ved konkurs.

## **5.4 Rettspraksis**

Det foreligger ingen rettspraksis som direkte omhandler spørsmålet om det eksisterer et saklighetskrav for utvelgelsen ved overdragelse fra et konkursbo. Høyesterett har likevel behandlet saker som kan bidra til å belyse den fremsatte problemstillingen, og det skal derfor gjøres en nærmere vurdering av disse sakene.

### **5.4.1 Rt. 1995 s. 849 (Keiserinnen)**

I denne saken hadde Cabaret- og Musikkhuset Fregatten drevet restaurantvirksomhet i lokaler leid av Vital Forsikring AS, men driften gikk med underskudd og selskapet klarte til slutt ikke å betale leien ved forfall. På denne bakgrunn avsluttet Fregatten driften og inngikk en kjøpsavtale med Restaurantdrift Ålesund AS, som skulle overta lokalene. Etter at Restaurantdrift hadde inngått en leieavtale med Vital Forsikring, ble samtlige ansatte i Fregatten oppsagt. Kun seks av disse ble tilbudt en stilling av Restaurantdrift, og denne virksomheten ble senere overført til et heleid datterselskap kalt Restaurantdrift Keiserinnen AS. I mellomtiden ble det åpnet konkurs i Fregatten, etter begjæring fra de tidligere ansatte.

Saken for Høyesterett omhandlet forståelsen av den daværende arbeidsmiljøloven § 60 nr. 3, som fastslo at overdragelse av virksomhet ikke kunne gi saklig grunn for oppsigelse av

---

<sup>157</sup> Ot.prp.nr.50 (1993-1994) s. 203

arbeidsforhold. I avgjørelsen la Høyesterett til grunn at overføringen til Keiserinnen utgjorde en virksomhetsoverdragelse, og at Keiserinnen ved oppsigelsen av samtlige arbeidsforhold ikke hadde «...gjort noe forsøk på å sondre mellom de forskjellige arbeidstakere ut fra deres kvalifikasjoner og det behov som det måtte være for dem.»<sup>158</sup> Retten konkluderte deretter at oppsigelsene fremsatt av det overdragende selskapet var ugyldige, fordi de ikke oppfylte det det «grunnleggende prinsipp om individuell saklighet»<sup>159</sup>.

Avgjørelsen gir uttrykk for et prinsipp om at oppsigelser må foretas på grunnlag av en individuell saklighetsvurdering, også der overføring av virksomhet skjer fra et selskap som står overfor store økonomiske utfordringer og som legger ned driften på grunn av dette. Spørsmålet er om denne avgjørelsen kan anvendes utvidende, slik at det samme prinsippet om individuell saklighet må legges til grunn ved overdragelser fra et konkursbo. Jakhelln syntes å legge dette til grunn og fremholder at

*«Når dette uttales i en situasjon hvor overdrager står overfor økonomisk sammenbrudd er det etter mitt syn liten grunn til at ikke det samme skulle gjelde hvor det økonomiske sammenbruddet er et faktum ved at konkurs er åpnet, og konkursboet er trådt inn i arbeidsavtalene.»<sup>160</sup>*

Det er likevel viktig å understreke at kjøpekontrakten i Keiserinnen-saken ble inngått 6. november 1992, mens arbeidsforholdene hos Fregatten ble avsluttet den 10. november 1992. Fregatten ble ikke slått konkurs før 11. desember det samme året. Konkursen inntraff etter at overdragelsen var skjedd, hvilket medførte at det særskilte oppsigelsesvernet i daværende § 60 nr. 3 kom til anvendelse. Det samme ville vært tilfellet etter den gjeldende regelen i arbeidsmiljøloven § 16-4. I Keiserinne-saken var det derfor et grunnleggende utgangspunkt at Fregattens oppsigelser ikke kunne være saklig begrunnet i virksomhetsoverdragelsen. Etersom konkursen enda ikke var et faktum på overdragelsestidspunktet, kunne heller ikke unntaket for konkurser føre til en annen løsning. Dette ble utslagsgivende for Høyesteretts avgjørelse.

---

<sup>158</sup> Rt. 1995 s. 849 (s. 856)

<sup>159</sup> Jakhelln (2008) s. 211

<sup>160</sup> Jakhelln (2008) s. 213

Det er også verdt å merke at avgjørelsen ble avsagt i 1995. Som tidligere nevnt var gjeldende rett på dette tidspunktet at overdragelse i konteksten av konkurs skulle unntas samtlige av lovens regler om virksomhetsoverdragelser, herunder forbudet mot oppsigelser begrunnet i virksomhetsoverdragelser. Dette utgangspunkt ble ikke moderert i EU-retten før i 1998. Sett hen til den rettslige konteksten på daværende tidspunkt kan det argumenteres at Høyesteretts argument strekkes noe langt dersom avgjørelsen ansees å utgjøre et rettslig grunnlag for en regel om at boet må gjøre en individuell saklighetsvurdering ved oppsigelser i forbindelse med virksomhetsoverdragelser.

På bakgrunn av det ovenstående kan ikke Høyesteretts vurderinger i Keiserinne-saken i seg selv medføre at det skal innfortolkes et prinsipp om individuell saklighet, ved oppsigelser i forbindelse med virksomhetsoverdragelse fra et konkursbo. Avgjørelsen har derfor begrenset rettskildemessig vekt.

#### 5.4.2 Rt. 1992 s. 1039

Saken omhandler forståelsen av den daværende arbeidsmiljøloven § 67, som regulerte fortrinnsrett til ny ansettelse, og spørsmålet om forståelsen av regelen der arbeidsgiveren må prioritere mellom flere arbeidstakere med slik fortrinnsrett. Saken ble behandlet av Høyesterett før reglene om utvelgelseskriterier var uttrykkelig tatt inn i bestemmelsen.

I saken ble et selskap tatt under konkursbehandling, og samtlige arbeidstakere ble sagt opp av konkursboet. Virksomheten i det konkursrammede selskapet ble deretter kjøpt opp av et nystiftet selskap, som etter hvert ansatte de fleste av arbeidstakerne i den tidligere virksomheten. Syv arbeidstakere fikk ikke tilbud om stilling på tross av lang ansiennitet, og disse mente seg derfor urettmessig forbigått. Etter en gjennomgang av rettskildene fant retten at det ikke forelå noen uttrykkelig bestemmelse som avklarte spørsmålet. Førstvoterende la vekt på at bestemmelsen om fortrinnsrett var basert på stillingsvernet, men viste likevel til at avgjørelsen ville by på en komplisert avveining mellom «hensynet til å vareta bedriftens produksjonsinteresser og hensynet til å unngå erstatningssaker og erstatningsansvar i forhold til arbeidstakere som mente seg forbigått.»<sup>161</sup>

---

<sup>161</sup> Rt. 1992 s. 1039 (s. 1044)

Det avgjørende i saken ble at spørsmålet ikke var løst i lovteksten, og retten var derfor tilbakeholden med å foreta en slik avveining. Førstvoterende uttalte

*«En regulering av arbeidstakernes stillingsvern reiser vanskelige og vidtrekkende lovgivningspolitiske spørsmål i skjæringspunktet mellom arbeidstakernes interesser, bedriftenes interesser og brede samfunnsmessige hensyn... Spørsmålet om regelen pålegger arbeidsgiveren en plikt – sanksjonert gjennom erstatningsansvar – til å prioritere mellom fortrinnsberettigede på grunnlag av kriteriene i arbeidsmiljøloven § 60 nr. 2, er et viktig spørsmål, og det må etter min mening kreves holdepunkter i loven for å legge en slik ytterligere plikt på arbeidsgiveren.»<sup>162</sup>*

Retten konklusjon er sentralt for vurderingen av den foreliggende problemstillingen. Spørsmålet i den ovenstående saken skiller seg fra oppgavens problemstilling, men likheten er at det springende punktet knytter seg til spørsmålet om stillingsvernets rekkevidde. Om det må innfortolkes et saklighetsprinsipp for oppsigelser som foretas av boet i konteksten av virksomhetsoverdragelse vil dette innebære en betydelig utvidelse av dette vernet, som går på tvers av de hensyn som ligger til grunn for konkursbehandlingen. I en slik situasjon er det gode argumenter for at det bør oppstilles et krav om at en slik tolkning baseres på tydelige holdepunkter i loven.

## **5.5 Øvrige rettskilder**

Gjennomgangen så langt viser at verken lovens ordlyd, forarbeider eller rettspraksis eksplisitt pålegger boet å følge et saklighetsprinsipp i utvelgelsen av arbeidsforhold ved nedbemanning, der det er klart at en erververende virksomhet skal videreføre driften. De samme kildene gjør likevel heller ikke noe eksplisitt unntak fra et slikt prinsipp. På bakgrunn av at gjeldende rett fortsatt fremstår som uklart, skal problemstillingen belyses ytterligere på bakgrunn av reelle hensyn.

---

<sup>162</sup> Rt. 1992 s. 1039 (s. 1044)

### 5.5.1 Forholdet til reglene om fortrinnsrett

Sammenhengen mellom reglene om oppsigelse ved virksomhetsoverdragelse fra konkursbo og reglene om arbeidstakeres fortrinnsrett ved oppbemanning er allerede kommentert i forbindelse med en gjennomgang av arbeidsmiljøloven forarbeider. Det kan likevel være grunn til å gjøre en nærmere gjennomgang av disse regelsettene, fordi sammenhengen mellom dem kan bidra til å klargjøre spørsmålet om hvordan nedbemanning kan gjennomføres ved virksomhetsoverdragelse fra et konkursbo.

Fortrinnsretten følger av arbeidsmiljøloven § 14-2, hvor hovedregelen er at en arbeidstaker som er sagt opp på grunn av virksomhetens forhold har fortrinnsrett til ny ansettelse i samme virksomhet. Denne rettigheten gjelder i ett år fra oppsigelsestiden og kan påberopes dersom arbeidstakeren har de rette kvalifikasjoner for stillingen.<sup>163</sup> Under visse forutsetninger kommer fortrinnsretten også til anvendelse for arbeidstakere som er sagt opp i forbindelse med konkurs.<sup>164</sup> Hensynet bak fortrinnsrettsregelen er å sikre et effektivt stillingsvern for arbeidstakere.<sup>165</sup> Ved å oppstille begrensninger i ansettelsesprosessen forhindrer lovgiver at arbeidsgivere gjør midlertidige driftsinnskrenkninger, for kvitte seg med ansatte som ikke kan sies opp på saklig grunnlag. På denne måten vil potensiell omgåelse av oppsigelsesvernet motvirkes.<sup>166</sup>

Dersom det er flere fortrinnsberettigede til en stilling er utgangspunktet at arbeidsgiver må følge de samme prinsippene for utvelgelse, som gjelder ved nedbemanning foretatt på grunnlag av driftsinnskrenkning eller rasjonaliseringstiltak.<sup>167</sup> Dette betyr at arbeidsgiveren må gjøre en avveining mellom virksomhetens behov og valgets konsekvenser for den enkelte arbeidstaker.<sup>168</sup> Det sentrale er at bestemmelsen om arbeidsgiveres prioritet av fortrinnsberettigede ikke kommer til anvendelse ved konkurs.<sup>169</sup> Unntaket fører til at den som

---

<sup>163</sup> Arbeidsmiljøloven § 14-2 (1) og (4)

<sup>164</sup> Arbeidsmiljøloven § 14-2 (7)

<sup>165</sup> Arbeidsrett.no s. 753

<sup>166</sup> Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 222

<sup>167</sup> Arbeidsmiljøloven § 14-2 (6)

<sup>168</sup> Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 222 og LB-1998-1708

<sup>169</sup> Arbeidsmiljøloven § 14-2 (8)



fortsetter driften etter at virksomheten er tatt under konkursbehandling, fritt kan vurdere hvilke fortrinnsberettigede arbeidstakere som får tilbud om ny stilling.

Dersom det oppstilles et saklighetskrav til konkursboets utvelgelse ved nedbemanning i konteksten av virksomhetsoverdragelse, vil dette være lite samsvarende med den klare hovedregelen om at erververs oppbemanning i den samme virksomheten ikke må være basert på en saklig utvelgelse av arbeidsforhold. Regelverkene for både fortrinnsrett og virksomhetsoverdragelse er utformet på bakgrunn av hensynet til ivaretagelsen av oppsigelsesvernet. Når lovgiver har vurdert at dette hensynet i det ene regelverket må vike for å tilrettelegge for videreføring av en virksomhet etter konkurs, bør den samme løsningen gjelde for det andre regelverket. Dette tilsier at konkursboet skal kunne si opp konkursdebitors arbeidstakere, samtidig som at den som gjenopptar virksomheten kan tilby stillinger til de arbeidstakere det er aktuelt å ta med videre, uten at utvelgelsen må foretas på et saklig grunnlag.

I teorien er det likevel argumentert at en løsning hvor konkursboet sier opp samtlige arbeidsforhold, selv om det er klart at en ny erverver skal videreføre driften, utgjør en ulovlig unngåelse av oppsigelsesvernet. Jakhelln legger til grunn at et konkursbo ikke vil ha saklig grunn til å si opp arbeidsforhold som skal fortsette i den ervervende virksomhet.<sup>170</sup> Under henvisning til Keiserinnen-saken argumenterer han at

*«... erverver ikke kan sette som vilkår for å overta virksomheten at konkursboet sier opp arbeidstakere, fordi en slik fremgangsmåte ville innebære en omgåelse av den rettsstillingen som tilkommer de ansatte, slik det er lagt til grunn i Rt-1995-849 (Keiserinnen) ... Under disse forutsetninger synes sammenhengen i det grunnlag som Rt-1995-849 (Keiserinnen) bygger på å måtte innebære at et slikt vilkår vil måtte være ugyldig også overfor konkursboet.»<sup>171</sup>*

Keiserinnen-saken er allerede behandlet under oppgavens kapittel 5.4.1, og det vises til de vurderinger av avgjørelsens rettskildemessige vekt som er foretatt der. I tilknytning til argumentet om omgåelse påpekes det at Høyesterett tidligere har lagt til grunn at partene

---

<sup>170</sup> Jakhelln (2008) s. 213

<sup>171</sup> Jakhelln (2008) s. 213

involvert i en virksomhetsoverdragelse i en viss grad kan styre prosessen, slik at de selv avgjør hvorvidt reglene om stillingsvern ved virksomhetsoverdragelse kommer til anvendelse. Det vises i denne forbindelse til Rt. 2001 s. 248, som omhandlet spørsmålet om rett til ansettelse etter at kommunen hadde overført utførelsen av ambulansetjenester fra et selskap til et annet. Domstolen tok i denne saken utgangspunkt i at vurderingen måtte gjøres på grunnlag av den faktiske situasjonen, og ikke situasjonen dersom den ervervende virksomhet hadde forholdt seg annerledes. I denne forbindelse fremholdt førstvoterende

*«Konsekvensen av dette blir at den overtakende virksomhet ved egne beslutninger kan få en avgjørende innflytelse når spørsmålet om stillingsvern ved virksomhetsoverdragelse skal avgjøres, men lenger kan jeg ikke se at stillingsvernet er utbygget gjennom den praksis som foreligger fra EF- og EFTA-domstolene. Og for øvrig vil den overtakende bedrift allerede på forhånd ha en slik innflytelse, blant annet ved det valg som gjøres med hensyn til overtakelse av aktiva.»<sup>172</sup>*

Det er viktig å understreke at Høyesteretts uttalelser i denne saken i ettertid har vært omdiskutert.<sup>173</sup> En nærmere redegjørelse av i hvilken grad domstolene kan vektlegge erververs omgåelseshensikt ligger utenfor denne oppgavens tema. Det kan likevel argumenteres at dersom erverver har en viss innflytelse på anvendelsen av stillingsvernet ved ordinære virksomhetsoverdragelser, så er det nærliggende å anta at det samme gjelder ved overdragelser fra konkursbo.

### 5.5.2 En side til diskrimineringsvernet

I vurderingen av spørsmålet om boets utvelgelse av arbeidsforhold vil være underlagt en saklighetsvurdering, er forholdet til arbeidsrettens diskrimineringsvern sentralt. Dette fordi diskrimineringsreglene vil kunne sette skranker for hvilke utvelgelseskriterier som kan vektlegges i en nedbemanningsprosess.

---

<sup>172</sup> Rt. 2001 s. 248 (s. 257)

<sup>173</sup> Se Arbeidslivslovutvalgets uttalelser om avgjørelsen, hvor det ble lagt til grunn som paradoksalt at ervervende virksomhet kan påvirke anvendelsen av stillingsvernet, ved å tilpasse feks. overtakelse arbeidstakere. Det ble likevel lagt til grunn at hensyn til konkurranse, næringsutvikling og arbeidstakervern gjorde seg gjeldende med ulik styrke i ulike bransjer, og at utviklingen av mer forutberegnelige prinsipper var utfordrende. Det ble derfor lagt til grunn at videre utvikling burde skje gjennom rettspraksis, jf. NOU 2004:5 (s. 365 flg.)

Med diskriminering menes ulovlig forskjellsbehandling, som gjør at individer behandles dårligere på grunnlag av visse karakteristikk som kjennetegner dem.<sup>174</sup> Diskrimineringsvernet er hjemlet i både arbeidsmiljøloven og i likestillings- og diskrimineringsloven<sup>175</sup>. Arbeidsmiljøloven § 13-1 (1) oppstiller et forbud mot diskriminering i arbeidslivet som utøves på grunnlag av politisk syn, medlemskap i arbeidstakerorganisasjon eller alder. Likestillings- og diskrimineringsloven oppstiller i § 6 et forbud mot diskriminering på grunn av kjønn, graviditet, permisjon i forbindelse med fødsel og adopsjon, omsorgsoppgaver, etnisitet, religion, livssyn, funksjonsnedsettelse, seksuell orientering, kjønnsidentitet, kjønnsuttrykk og «andre vesentlige forhold ved en person». Likestillings- og diskrimineringsloven gjelder på alle samfunnsområder, som betyr at den også kan påberopes av arbeidstakere.<sup>176</sup>

Diskrimineringsforbudet gjelder alle sider ved arbeidsforholdet, herunder arbeidsforholdets opphør, og forbudet begrenser således arbeidsgivers styringsrett.<sup>177</sup> Diskrimineringsvernet er likevel ikke absolutt og forskjellsbehandling kan under visse omstendigheter tillates, dersom den er saklig begrunnet, nødvendig og forholdsmessig.<sup>178</sup> Det understrekes at unntaksbestemmelsen i arbeidsretten er tolket svært restriktivt, og at den kun kan anvendes om det er «nødvendig for utøvelsen av arbeid eller yrke».<sup>179</sup> I forbindelse med en nedbemanningsprosess ved overdragelse fra et konkursbo, kan det vanskelig tenkes et scenario hvor boet er nødt til å legge vekt på faktorer som faller inn under diskrimineringsgrunnlagene. Det kan etter dette argumenteres at diskrimineringsvernet utgjør en begrensning for hvilke forhold konkursboet kan vektlegge, i utvelgelsen av hvilke arbeidstakere som sies opp og hvilke som beholdes. Det sentrale er altså at boet ikke kan foreta en utvelgelse som etter en objektiv vurdering får en diskriminerende virkning.

---

<sup>174</sup> Skjønberg et al (2017) s. 175

<sup>175</sup> Lov 16. juni 2017 nr. 51 om likestilling og forbud mot diskriminering

<sup>176</sup> Likestillings- og diskrimineringsloven § 2 (1) og arbeidsmiljøloven § 13-1 (4)

<sup>177</sup> Arbeidsmiljøloven § 13-2 (1), likestillings- og diskrimineringsloven § 29 (1) og Skjønberg et al. (2017) s. 188

<sup>178</sup> Likestillings- og diskrimineringsloven § 9 og arbeidsmiljøloven § 13-3

<sup>179</sup> Ot.prp.nr.104 (2002-2003) s. 40

### 5.5.3 Formålsbetraktninger

Formålet bak konkursinstituttet er at boets verdier skal realiseres til best mulig pris, for å gi kreditorene høyest mulig dekning for sine krav. Der debitor har løpende virksomhet med ansatte på tidspunktet for konkursåpning kan formålet oppnås enten ved salg av virksomheten som «going concern» eller ved å sørge for en best mulig avvikling. I mange tilfeller vil dette innebære at konkursboet avslutter driften, stykker opp aktiva som driftstilbehør og varelager og selger disse enkeltvis, slik at inntekter fra salget kan fordeles mellom kreditorer med utestående fordringer.<sup>180</sup>

Ved salg som «going concern» selges debtors virksomhet som en fortsatt enhet. Der dette lar seg gjøre kan boet oppnå større inntekter, og i forlengelse av dette også større grad av dekning for kreditorene. Det er klart at hovedformålet med konkursbehandlingen må være å få dekket utestående fordringer i størst mulig grad, samtidig som at behandlingen bør søke å ivareta den delen av virksomheten som eventuelt måtte ansees å være levedyktig.

En innfortolkning av et individuelt saklighetsprinsipp ved oppsigelser boet gjør i forbindelse med en virksomhetsoverdragelse, vil kunne gå utover formålet med konkursbehandlingen. Dersom det gjelder et slikt saklighetsprinsipp for boets utvelgelse av hvilke arbeidsforhold som sies opp, betyr dette først og fremst at arbeidstakerne kan få et rettskrav. Det vil si at en eller flere arbeidstakere kan fremme søksmål, dersom de føler seg urettmessig forbigått, og slike søksmål får gjerne store ringvirkninger. Retten kan, dersom påstanden fra arbeidstaker tas til følge, vurdere at oppsigelsen er ugyldig.<sup>181</sup> Dersom det oppstår en tvist om oppsigelsens saklighet, er også utgangspunktet at arbeidstaker har krav på å fortsette i stillingen mens tvisten pågår.<sup>182</sup> Der arbeidstaker påberoper seg retten til å stå i stillingen, må arbeidsgiver tillate arbeidstakeren å utføre arbeidet og betale lønn som normalt.<sup>183</sup>

Konsekvensen av å gjøre et saklighetskrav gjeldende er at det blir vesentlig vanskeligere for et konkursbo å videreføre driften av en virksomhet, med mål om å selge denne som en fortsatt

---

<sup>180</sup> Huser (1987) s. 34

<sup>181</sup> Arbeidsmiljøloven § 15-12 (1) første pkt.

<sup>182</sup> Arbeidsmiljøloven § 15-11

<sup>183</sup> Dalheim (2019) note 654

enhet. Dette fordi potensielle rettstvister med arbeidstakerne kan gjøre nødvendige omstruktureringer kompliserte og kostbare. Muligheten til å gjøre slik omorganisering vil være spesielt viktig ved overdragelse fra et konkursbo, nettopp fordi virksomheten ble driftet på en måte som førte til konkurs. Det faktum at driften har vist seg å ikke være levedyktig tilsier at det vil være behov for relativt omfattende rasjonaliseringstiltak, dersom det skal være noe verdi å hente for en potensiell kjøper. Dette vil igjen ha betydning for om boet faktisk får solgt virksomheten, og til hvilken pris.

Til en viss grad syntes lovgiver å ha tatt høyde for en slik problemstilling ettersom det er gitt unntak for det særskilte oppsigelsesvernet ved virksomhetsoverdragelse, der overdragelsen skjer fra et konkursbo. Det kan likevel se ut som at lovgiver ikke har vært oppmerksom på de konsekvenser en eventuell anvendelse et generelt oppsigelsesvern vil medføre for boet, som tilsier at dette bør få konsekvenser for hvordan de arbeidsrettslige reglene anvendes.<sup>184</sup>

En løsning hvor boet unntas et krav om saklighetsvurderinger ved oppsigelse behøver ikke nødvendigvis å gå på tvers av hensynet til ivaretagelsen av arbeidsforhold. Der virksomheten går konkurs og konkursbehandlingen fører til at driften avsluttes, vil alle arbeidstakere i virksomheten miste jobben. Der konkursbehandlingen medfører en fortsatt drift av selskapet, er det klare utgangspunkt at boets drift vil være midlertidig. Dersom konkursboet finner en ny kjøper, kan i hvert fall noen av arbeidsforholdene videreføres. En slik transaksjon ivaretar hensynet til trygge og stabile arbeidsforhold, i større grad enn avvikling av driften og enkeltvis salg av virksomhetens aktiva.

## **5.6 Konklusjon**

Gjennomgangen i kapittel 5 viser at spørsmålet om oppsigelser ved overdragelser fra et konkursbo er underlagt en saklighetsvurdering, må besvares på bakgrunn av hvordan en slik nedbemanning gjennomføres. Der ervervende virksomheten gjennom overdragelsen har overtatt de ansatte må det legges til grunn at arbeidsforholdene er omfattet av de ordinære reglene for oppsigelse, slik at erverver er underlagt et slikt saklighetskrav.

---

<sup>184</sup> Huser (1988) s. 291

Dersom boet selv foretar nedbemanningen, må løsningen være annerledes. Verken lovttekst, forarbeider eller rettspraksis gir noe klart grunnlag for å fastslå at konkursboets oppsigelser må underlegges et saklighetsprinsipp, herunder et krav om saklig identifisering av utvelgelseskriterier og konkret vurdering av hver enkelt ansatt sett opp mot disse kriteriene.

Under henvisning til Høyesteretts konklusjon i Rt. 1992 s. 1039, kan det argumenteres at mangelen på eksplisitt regulering i lov og forarbeider er en sterk indikasjon på at det ikke kan oppstilles et saklighetskrav, men mindre det foreligger klare holdepunkter for at lovgiver har ment at et slikt vern skal komme til anvendelse for nedbemanning ved overdragelse fra et konkursbo. Noen slike klare holdepunkter synes ikke å foreligge. Hensynet til et sammenhengende lovverk tilsier at det ikke skal innfortolkes et slikt prinsipp, og formålsbetraktninger bygger opp under den samme forståelsen. Det må likevel legges til grunn som klart at diskrimineringsvernet i gitte situasjoner kan medføre skranker for både boets nedbemanning og for erververs oppbemanning etter oppkjøpet fra boet.

## **6 Oppsummering**

Opgaven hadde som formål å undersøke gjeldende rett knyttet til to problemstillinger. Den første problemstillingen var om et konkursbo må forholde seg til et oppsigelsesvern, dersom konkursbehandlingen innebærer en fortsettelse av konkursdebitors drift med redusert arbeidsstokk. Problemstillingen ble først undersøkt i lys av dekningslovens bestemmelse i § 7-11 om arbeidsavtalers stilling ved konkurs. Etter en undersøkelse av lovtteksten, forarbeider, rettspraksis og underliggende hensyn er konklusjonen at bestemmelsen neppe inneholder et oppsigelsesvern for arbeidstakere.

Problemstillingen ble dermed belyst ved å undersøke om arbeidsmiljølovens regler for virksomhetsoverdragelser kommer til anvendelse for overdragelser som skjer gjennom et konkursbeslag, slik at arbeidstakerne kan påberope seg det særskilte oppsigelsesvernet i § 16-4. Verken EU-retten eller norsk rett ga grunnlag for å legge til grunn at bestemmelsene i kapittel 16 var ment å omfatte konkursbeslag, og konklusjonen ble at heller ikke § 16-4 kunne hjemle et oppsigelsesvern for arbeidstakere overfor konkursboet.

Den andre problemstillingen behandlet i oppgaven knyttet seg til spørsmålet om det må gjøres en saklighetsvurdering for oppsigelser ved overdragelser fra et konkursbo, dersom den nye erververen ikke ønsker å beholde alle arbeidsforholdene. Oppgaven fant at svaret på problemstillingen var tett knyttet til hvordan nedbemanningen gjennomføres. Konklusjonen er at det neppe gjelder noe krav om individuell saklighet ved en nedbemanningsprosess gjennomført i boets regi, der alle de ansatte sies opp med henblikk på at erverver skal tilby ansettelse til de erverver ønsker. Verken lovtekst, forarbeider eller rettspraksis gir grunnlag for å innfortolke et slikt krav. Formålsbetraktninger og hensynet til et sammenhengende lovverk underbygget argumentet om at dette må være gjeldende rett. I vurderingen er det lagt vekt på at Høyesterett har uttalt at spørsmålet er av en slik karakter at det bør foreligge klare holdepunkter fra lovgiver for å tillegge konkursboet en slik plikt. Slike klare holdepunkter synes ikke å foreligge.

## Litteraturliste

### Litteratur

Aasebø, Kristoffer, Leif Petter Madsen og Siv Sandvik. *Dekningsloven med kommentarer*. (1. utgave) Oslo: Gyldendal Juridisk, 2015.

Benson, Thomas. *Arbeidsrettsboka*. (3. utgave), Bergen: Fagbokforlaget, 2019.

Eckhoff, Torstein og Jan E. Helgesen. *Rettskildelære*, 5. utgave ved Jan E. Helgesen, Oslo: Universitetsforlaget, 2001

Fanebust, Arne. *Innføring i arbeidsrett, Den individuelle del*. (4. utgave), Oslo: Universitetsforlaget, 2015.

Fanebust, Arne. *Oppsigelse i arbeidsforhold*. (5. utgave), Oslo: Universitetsforlaget, 2017.

Fougner, Jan. *Omstilling og nedbemanning*. (3. utgave), Oslo: Universitetsforlaget, 2016.

Fougner, Jan. *Norsk arbeidsrett. Styringsrett, samarbeid og arbeidstakervern*. Oslo: Universitetsforlaget, 2019.

Haaskjold, Erlend. *Obligasjonsrett. En innføring*. Oslo: Universitetsforlaget, 2017

Huser, Kristian. *Gjeldsforhandling og konkurs, bind 1*. Bergen: Juristinformasjon, 1987

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

Høgberg, Alf Petter. «Reelle hensyn» i *Juridisk metode og tenkemåte*. Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehagen Sunde red., Oslo: Universitetsforlaget, 2019, s. 343-356.

Jakhelln, Henning, Helga Aune, Nina Kroken og Claude A. Lenth. *Arbeidsrett.no kommentarer til arbeidsmiljøloven* (3. utgave) Oslo: Cappelen Damm AS, 2011



Lilleholt, Kåre. «Tilsetjingsforholdet som kontrakt – «den almindelige Civilrets Vanmagt»?» i Sui Generis, Festskrift til Stein Evju. Bernard Johan Mulder, Marianne Jenum Hotvedt, Marie Nesvik, Tron Løkken Sundet red., Oslo: Universitetsforlaget, 2016, s. 411-419.

Nygaard, Nils. *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave, Oslo: Universitetsforlaget, 2004.

Næss, Mona. *Virksomhetsoverdragelse*. Oslo: Universitetsforlaget, 2013.

Skjønberg, Alexander Næss, Eirik Hognestad og Marianne Jenum Hotvedt. *Individuell arbeidsrett*. (2. utgave), Oslo: Gyldendal, 2017

Storeng, Nils H. *Arbeidslivets spilleregler*. (5. utgave) Oslo: Universitetsforlaget, 2020.

Wiker, Håvard og Knut Ro. *Konkursloven. Kommentanutgave*. Oslo: Universitetsforlaget, 2003.

### **Artikler/ nettsider**

Blandhol, Sverre. «Er rettsanvendelsen i EU-domstolen og Menneskerettsdomstolen vesensforskjellig fra norsk rettskildelære?» Lov og Rett volum 44, nr. 5-06 (2005) s. 316- 327

Dalheim, Trond. «Kommentar til arbeidsmiljøloven» i Norsk Lovkommentar, Gyldendal Rettsdata 2019, hentet 21.10.2020

Evju, Stein. «Arbeidsrett og styringsrett – et perspektiv.» Arbeidsrett og arbeidsliv, Bind 1 (2003) s. 3-32.

Fjærli, Eirik og Jimmy Khang Tai Hoang. «Koronakrisens innvirkning på antall konkurser.» 2020 <https://www.ssb.no/virksomheter-foretak-og-regnskap/artikler-og-publikasjoner/koronakrisens-innvirkning-pa-antall-konkurser> hentet 23.11.2020

Fougner, Jan, Lars Holo, Tron Løkken Sundet og Tarjei Thorkildsen. (ajourført 2019) «Arbeidsmiljøloven. Lovkommentar.» i Juridika.no, hentet 01.11.2020

Holo, Lars. «Kommentar til ferieloven» i Norsk Lovkommentar, Gyldendal Rettsdata 2020, hentet 02.11.2020

Jakhelln, Henning. «Arbeidsforholdets stilling ved virksomhetsoverdragelse fra konkursbo. En studie i krysningsfeltet mellom kontinuitetshensyn og opphørshensyn med særlig henblikk på adgangen til å avtale prøvetid.» Arbeidsrett volum 15, nr. 3 (2008) s.185-238

Konkursrådet. «Innføring i konkurs» 2012 <https://www.konkursradet.no/innfoering-i-konkurs.305266.no.html#1.1> hentet 30.09.2020

Konkursrådet. «Ansatt i virksomhet som går konkurs» u.å. <https://www.konkursradet.no/ansatt-i-virksomhet-som-gaar-konkurs.304775.no.html#1> hentet 30.09.2020

Statistisk Sentralbyrå. «Tabell 09694: Opna konkursar, etter statistikkvariabel og år.» u.å. <https://www.ssb.no/statbank/table/09694/tableViewLayout1/> hentet 20.10.2020

## Norske rettskilder

### Lover

1984	Lov 8. juni 1984 nr. 10 om gjeldsforhandling og konkurs (konkursloven)
1984	Lov 8. juni 1984 nr. 59 om fordringshavernes dekningsrett (dekningsloven)
1988	Lov 29. april 1988 nr. 21 om ferie (ferieloven)
1992	Lov 27. november 1992 nr. 115 om endringer i lover på arbeidsmiljø- og sikkerhetsområdet m.v. som følge av en EØS-avtale

1995	Lov av 6. januar 1995 nr. 2 om endringer i lov av 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v
2001	Lov av 15. juni 2001 nr. 33 om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. (virksomhetsoverdragelse m.m.)
2005	Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)
2012	Lov 27. januar 2012 nr. 9 om arbeidstvister (arbeidstvistloven)
2017	Lov 16. juni 2017 nr. 51 om likestilling og forbud mot diskriminering (likestilling- og diskrimineringsloven)

### Forarbeider

NOU 1972:20	Gjeldsforhandling og konkurs
Ot.prp.nr.41 (1975-1976)	Om arbeidstid, oppsigelsesvern, arbeidstilsyn m.v. i lov om arbeidervern og arbeidsmiljø
Ot.prp.nr.50 (1980-1981)	Om A) Om lov om gjeldsforhandlinger og konkurs B) lov om fordringshavernes dekningsrett C) lov om ikrafttredelse av ny gjeldsforhandlings- og konkurslovgivning mm.
Ot.prp.nr.71 (1991-1992)	Om lov om endringer i lover på arbeidsmiljø- og sikkerhetsområdet m.v

NOU 1993:16	Etterkontroll av konkurslovgivningen m.v.
Ot.prp.nr.50 (1993-1994) om	Om lov om endringer i lov 4 februar 1977 nr. 4 arbeidervern og arbeidsmiljø m.v
NOU 1996:6	Arbeidstakeres stilling i konsernforhold m.v
Ot.prp.nr.26 (1998-1999)	Om lov om endringer i konkurs- og pantelovgivningen m.v'
Ot.prp.nr.79 (2000-2001)	Om lov om endringer i lov av 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. (virksomhetsoverdragelse m.m.)
Ot.prp.nr.104 (2002-2003)	Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)
NOU 2004:5 trygghet,	Arbeidslivslovutvalget – Et arbeidsliv for inkludering og vekst
Ot.prp.nr.49 (2004-2005)	Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)

### Høyesterettspraksis

Rt. 1974 s. 1277

Rt. 1984 s. 1044

Rt. 1986 s. 879

Rt. 1992 s. 1039

Rt. 1995 s. 849

Rt. 1996 s. 1401

Rt. 1997 s. 698

Rt. 2001 s. 248

Rt. 2006 s. 71

Rt. 2008 s. 749

Rt. 2009 s. 685

Rt. 2011 s. 1755

Rt. 2012 s. 219

Rt. 2012 s. 983

Rt. 2013 s. 342

Rt. 2013 s. 354

Rt. 2015 s. 354

Rt. 2015 s. 718

Rt. 2015 s. 1332

HR-2017-02277-A

Underrettspraksis

RG 1993 s. 1007

LB-1998-1708

LA-1999-806

LA-2008-55470

RG 2011 s. 873

## **Internasjonale rettskilder**

### Direktiver

Dir 77/187/EØF

Rådskonklusjon 77/187/EØF av 14. februar 1977 om tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om ivaretagelse av arbeidstakernes rettigheter ved overdragelse av foretak, bedrifter eller deler av foretak eller bedrifter

Dir 98/50/EF

Rådskonklusjon 98/50/EF av 29. juni 1998 om endring av direktiv 77/187/EØF om tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om ivaretagelse av arbeidstakernes rettigheter ved overdragelse av foretak, bedrifter eller deler av bedrifter

Dir 2001/23/EF

Rådskonklusjon 2001/23/EF av 12. mars 2001 om tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om ivaretagelse av arbeidstakernes rettigheter ved overdragelse av foretak, virksomheter eller deler av foretak eller virksomheter [virksomhetsoverdragelsesdirektivet]

### EU-domstolen

ECLI:EU:C:1985:55

Sak 135/83 H.B.M. Abels mod Direktionen for Bedrijfsvereniging voor de Metaalindustrie en de Electrotechnische Industrie

ECLI:EU:C:1986:127

Sak 24/85 Jozef Maria Antonius Spijkers mod Gebroeders Benedik Abattoir CV og Alfred Benedik en Zonen BV

ECLI:EU:C:1988:308	Sak 101/87 Bork International A/S, under konkurs, m.fl. mod Foreningen af Arbejdsledere i Danmark og Junckers Industrier A/S
ECLI:EU:C:1991:326	Sak C-362/89 Giuseppe d'Urso, Adriana Ventadori m.fl. mod Ercole Marelli Elettromeccanica Generale SpA m.fl.
ECLI:EU:C:1992:436	Sak C-209/91 Anne Watson Rask og Kirsten Christensen mod Iss Kantineservice A/S
ECLI:EU:C:1994:134	Sak C-392/92 Christel Schmidt mod Spar- und Leihkasse der früheren Ämter Bordesholm, Kiel und Cronshagen
ECLI:EU:C:1997:141	Sak C-13/95 Ayse Süzen mod Zehnacker Gebäudereinigung GmbH Krankenhausservice
ECLI:EU:C:2001:59	Sak C-172/99 Oy Likenne Ab mod Pekka Liskojärvi og Pentti Juntunen
ECLI:EU:C:2003:629	Sak C-340/01 Carlito Abler m.fl. mod Sodexo MM Catering Gesellschaft mbH
ECLI:EU:C:2007:512	Sak C-458/05 Mohamed Jouini m.fl. mod Princess Personal Service GmbH (PPS)