

Arbeidsavtalens stilling i offentlig gjeldsforhandling og konkurs⁺

Av Martin Engen*

Innholdsoversikt

1	Innledning	242
1.1	Presentasjon av emnet	242
1.2	Avgrensning	243
1.3	Rettskildesituasjonen	244
1.4	Den videre oppbygningen av fremstillingen	245
2	Offentlig gjeldsforhandling	246
2.1	Generelt	246
2.1.1	Oversikt	246
2.1.2	Frivillig gjeldsordning	247
2.1.3	Tvangsakkord	248
2.1.4	Konkurs	248
2.2	Arbeidsavtalens stilling	248
2.2.1	Avtalen løper videre	249
2.2.2	Oppsigelse	249
2.3	Adgang til å medta lønnskrav i gjeldsforhandlingen?	251
2.3.1	Oversikt	251
2.3.2	Frivillig gjeldsordning	251
2.3.3	Tvangsakkord	252
3	Konkurs	252
3.1	Generelt	252
3.2	Dekningsloven § 7-11	253
3.2.1	Introduksjon	253
3.2.2	Anvendelsesområde	254
3.3	Hovedregel – og modifikasjoner	258
3.4	Situasjonen de tre første ukene etter konkursåpningstidspunktet	263
3.5	Boet trer inn i arbeidsavtalen	269
3.5.1	Hvordan trer boet inn i arbeidsavtalen?	269
3.5.2	Krav om form?	270
3.5.3	Virkningene av boets inntreden i arbeidsavtalen	271
3.5.4	Oppsigelse	275
3.6	Boet trer ikke inn i arbeidsavtalen	276
3.6.1	Erklæring om ikke-inntreden	276
3.6.2	Virkningene av boets erklæring om ikke å tre inn i arbeidsavtalen	278
3.6.3	Oppsigelse	278
3.7	Kan konkursboet tre inn i og ut av hvilke arbeidsavtaler det vil?	278
3.8	Partenes rettigheter og plikter mens oppsigelsesfristen løper	282
3.8.1	Utgangspunkter	282
3.8.2	Rett til å ta annet arbeid	283
3.8.2	Lønnskravet	287
3.9	Særspørsmål	290
3.9.1	Omfanget av arbeidstakers arbeidsplikt i konkurs	290
3.9.2	Skyldnerens tariffavtaler	293
3.9.3	Hva skjer i praksis?	295

forts s. 242

* Martin Engen (f. 1982) er Master i rettsvitenskap (UiO 2007). Fra desember 2007 er han ansatt hos Namsfogden i Oslo.

+ Fremstillingen er en bearbejdet utgave av forfatterens mastergradsavhandling.

4	Lønnskrav i konkurs og lønnsgarantiordningen.....	296
4.1	Innledning	296
4.2	Generelt om lønnskrav i konkurs	296
4.3	Fortrinnsrett etter dekningsloven § 9-3	296
4.3.1	Oversikt	296
4.3.2	Begrensning av den fortrinnsberettigede del av fordringen	297
4.4	Lønnsgarantiordningen	298
4.4.1	Oversikt	298
4.4.2	Begrensning av den dekningsberettigede del av fordringen.....	299
4.4.3	Utvidet dekning	300
4.5	Forholdet mellom staten og arbeidstaker i regressomgangen.....	300
	Litteraturliste	301

1 Innledning

1.1 Presentasjon av emnet

Hvis en arbeidsgiver får økonomiske problemer, kan det medføre at det blir åpnet offentlig gjeldsforhandling eller i ytterste konsekvens konkurs i vedkommendes virksomhet. Begge alternativer kan i større eller mindre grad reise spørsmål knyttet til skyldnerens arbeidskontrakter, eksempelvis om arbeidsavtalens bestående, om arbeidsplikt, oppsigelsesadgang, lønnskrav, etc. Flere av spørsmålene ligger i grensesnittet mellom arbeidsrett og konkursrett. Disse to rettsområdene forsøker å ivareta til dels forskjellige typer hensyn som ikke nødvendigvis er sammenfallende. Arbeidsrettslige regler om vern av arbeidstakere vil tidvis korrespondere dårlig med hensynet til at kreditorene skal få best mulig dekning for sine krav mot skyldneren og med kostnadseffektiv gjeldsforhandling og bobehandling som konkursretten legger opp til. Derfor har det både interesse og betydning å se hvordan de motstridende hensynene er avveid i lovgivningen.

Hovedtemaet i denne fremstillingen er hva slags innvirkning offentlig gjeldsforhandling og konkurs hos arbeidsgiver har på arbeidsavtalen. Konkurs reiser flere og mer omfattende spørsmål på dette området enn hva offentlig gjeldsforhandling gjør. Arbeidsavtalens stilling i konkurs er særskilt lovregulert i dekningsloven av 8. juni 1984 nr. 59 § 7-11. Følgelig vil hovedtyngden av fremstillingen ligge på konkurs og en gjennomgåelse av § 7-11.

1.2 Avgrensning

Fremstillingen begrenser seg til arbeidsforhold som reguleres av arbeidsmiljøloven av 17. juni 2005 nr. 62. Arbeidsforhold i stat og kommune vil ikke bli behandlet, idet konkurs her ikke er aktuelt.

Når konkurs åpnes, oppstår konkursboet som et nytt rettssubjekt. Fremstillingen er derfor i hovedsak en undersøkelse av *rettsstillingen mellom konkursboet og arbeidstaker*. Ved gjeldsforhandlinger vil debitor, under tilsyn av gjeldsnemnda, fortsatt drive sin virksomhet videre. Dermed er det debitor arbeidstaker må forholde seg til under forhandlingene.

Et konkursbo kan, som vi skal se nedenfor, pådra seg kostnader i forbindelse med bobehandlingen. Dersom det ikke er nok midler i boet til å dekke slike kostnader, kan resultatet bli at konkursboet går konkurs – såkalt massekonkurs. Arbeidsavtalens stilling i massekonkurs faller utenfor rammene for denne fremstillingen.

Retts spørsmål knyttet til arbeidstakers rett til å fortsette i stillingen mens tvist om oppsigelse pågår vil ikke bli behandlet.

I det følgende behandler jeg bare gjeldsforhandlinger etter konkursloven av 8. juni 1984 nr. 58. Utenrettslige gjeldsforhandlinger blir således ikke behandlet.

I utgangspunktet behandler jeg bare arbeidstakers stilling som kreditor for lønnskrav overfor debitor eller boet. Andre pengekrav mot debitor eller boet enn lønnskrav faller utenfor rammen for fremstillingen. Heller ikke andre ytelser enn lønn vil bli behandlet; det kan eksempelvis være slikt som bonuser.

For både gjeldsforhandlinger og konkurs gir konkursloven de ansatte rett til representasjon i henholdsvis gjeldsnemnda (§ 8) og kreditorutvalget (§ 84). I tillegg er arbeidstakerne trukket med i beslutningsprosessen om videre drift av skyldnerens virksomhet (§ 119). Bestemmelsene har ikke innvirkning på *arbeidstakers stilling som kontraktspart* i arbeidsavtalen, og faller derfor utenfor det som er emnet her.

Offentlig gjeldsforhandling kan medføre at virksomheten blir overdratt til ny eier. Likeledes kan konkursbehandlingen resultere i at de-

bitors virksomhet blir overdratt som et "going concern" til en ny eier. For konkurs reguleres denne situasjonen til dels av arbeidsmiljølovens kapittel 16 om arbeidstakernes rettigheter ved virksomhetsoverdragelse, jfr. § 16-1 andre ledd. Spørsmål som kan oppstå mellom arbeidstaker og den nye eier, vil ikke bli behandlet i det følgende.

1.3 Rettskildesituasjonen

Rettskildesituasjonen i forhold til hovedtemaet om arbeidsavtalens stilling ved offentlig gjeldsforhandling og konkurs er forholdsvis mager. Man har i hovedsak lovteksten å forholde seg til, samt forarbeidene. De sentrale lovene er konkursloven, dekningsloven, arbeidsmiljøloven og lønnsgarantiloven.

Litteraturen er sparsom i sin behandling av spørsmål som oppstår i forbindelse med håndteringen av arbeidstakere og deres arbeidsavtaler i en gjeldsforhandlings- eller konkurssituasjon. Rettspraksis er så å si fraværende. Det kan tenkes å være flere forklaringer på dette. Én kan være at reglene i dag er så klare at de ikke er gjenstand for uenighet. Tidligere var ikke arbeidsavtalens stilling ved konkurs lovregulert. Man skulle tro at dette ville gitt grobunn for flere konflikter mellom arbeidstakere og konkursboer enn hva tilfellet er i dag med den nye bestemmelsen i dekningsloven § 7-11. Derfor er det bemerkelsesverdig at rettspraksis fra tiden før § 7-11 også er fraværende. En annen forklaring kan være den usikkerhet det vil være for arbeidstaker å anlegge søksmål mot en arbeidsgiver som er tatt under gjeldsforhandling, eller mot dennes senere konkursbo. Det vil som regel være lite å hente for arbeidstakeren ved å gå til søksmål. Et eventuelt erstatningskrav mot arbeidsgiver vil som hovedregel kun få prioritet som dividende krav, og det vil sjelden være noen stilling å gå tilbake til dersom man skulle få kjent en eventuell oppsigelse ugyldig.

På denne bakgrunn kan det være grunn til å reise spørsmål om det har oppstått en egen praksis blant bostyrere som ikke nødvendigvis er i tråd med lovens ordlyd, siden risikoen for søksmål er forholdsvis liten.

Av den grunn har jeg kontaktet flere advokater med erfaring fra gjeldsforhandling og bobehandling. Slike samtaler er selvsagt ingen rettskilde i og for seg, men de kan bidra til å belyse slike spørsmål som tas opp i fremstillingen her. Samtalene har også vært nyttige for å oppklare hvordan man i praksis gjennomfører gjeldsforhandling og konkurs. I punkt 3.9.3 sies det litt om hva som skjer i praksis. Dette kan imidlertid ikke sees på som noe annet eller mer enn uttrykk for noen få aktørers oppfatning av regelverket.

1.4 Den videre oppbygningen av fremstillingen

Den videre fremstillingen er delt i tre: offentlig gjeldsforhandling, konkurs, og til slutt et eget punkt om lønnskrav i konkurs. I sistnevnte punkt er det også viet plass til lønnsgarantiordningen. Selv om jeg har valgt en slik oppdeling, innebærer ikke det at det er vanntette skott mellom offentlig gjeldsforhandling og konkurs. De to alternativene kan fremstå som en sammenhengende prosess. Som det vil fremgå nedenfor, vil mislykkede gjeldsforhandlinger automatisk lede over i konkurs, men konkurs utelukker gjeldsforhandling.¹

For både offentlig gjeldsforhandling og konkurs vil dekningslovens prioritetsregler få betydning i forhold til lønnskrav, jfr. dekningslovens kapittel 9. Reglene gjelder først og fremst i konkurs, men får også betydning for hvilke krav som kan omfattes av en offentlig gjeldsforhandling, jfr. punkt 2.3.2 og 2.3.3. For helhetens skyld er det derfor på sin plass å knytte noen bemerkninger til dekningsrekkefølgen innledningsvis. *Massekrav* reguleres i dekningsloven § 9-2 og er krav som skal ha dekning før annen gjeld i en konkurs. Massekrav er omkostninger ved selve bobehandlingen og en eventuell umiddelbart foregående gjeldsforhandling. Videre er krav som boet pådrar seg under bobehandlingen, massekrav, eksempelvis krav som oppstår når boet velger å drive debtors næringsvirksomhet videre. Hvis det er midler igjen i boet etter at massekravene er dekket fullt ut, skal disse

¹ Det er likevel adgang for skyldneren til å fremsette akkordforslag under konkursen på visse vilkår, se konkursloven kapittel XIV.

fordeles forholdsmessig på dividendekravene. *Dividendekrav* er nærmere regulert i dekningsloven kapittel 6 og er usikrede krav som er oppstått før åpning av bobehandlingen. Som utgangspunktet dekkes dividendekravene med innbyrdes lik rett, se dekningsloven § 9-6. Fra dette utgangspunktet gjøres det imidlertid flere unntak. Dividendekrav deles inn i prioriterte eller fortrinnsberettigede, uprioriterte og etterprioriterte fordringer. Skillet har betydning for dekningsrekkefølgen av kravene. Prioriterte fordringer regnes opp i dekningslovens §§ 9-3 og 9-4. Bestemmelsene skiller mellom henholdsvis prioritet av første og annen klasse. Skillet betyr at krav av første klasse skal dekkes fullt ut før krav av andre klasse, deretter skal uprioriterte krav dekkes. Prioriterte krav av første klasse er eksempelvis lønn eller annet arbeidsvederlag. Annen klasse er krav på skatt, merverdiavgift, trygdeavgift, etc. Dividendekrav som ikke omfattes av dekningsloven §§ 9-3 og 9-4, er følgelig uprioriterte krav. Etterprioriterte krav er regnet opp i dekningsloven § 9-7 og skal dekkes etter alle andre krav.

2 Offentlig gjeldsforhandling

2.1 Generelt

2.1.1 Oversikt

Offentlig gjeldsforhandling er en lovstyrt prosess under tilsyn av tingretten. Når det åpnes offentlig gjeldsforhandling, vil det foregå forhandlinger mellom debitor og hans kreditorer for å komme frem til en avtale om frivillig gjeldsordning eller tvangsakkord. Arbeidstaker med sitt lønnskrav er en av skyldnerens kreditorer. Offentlig gjeldsforhandling reguleres dels av konkurslovens første del, dels av dekningsloven. Disse reglene er omfattende og tidvis av svært teknisk karakter. Jeg har derfor ikke til hensikt å gi en fullgod oversikt over alle sider av regelverket, men vil gi en oversikt over hovedlinjene i offentlig gjeldsforhandling.

Formålet med forhandlingene er å redusere skyldnerens gjeldsbelastning og å avverge konkurs. I motsetning til konkurs er sikte-

målet med offentlig gjeldsforhandling at skyldnerens virksomhet skal drives videre under og etter forhandlingene. Grunnvilkåret for å åpne offentlig gjeldsforhandling er at skyldneren ”ikke kan oppfylle sine forpliktelser etter hvert som de forfaller”, jfr. konkursloven § 1. Skyldneren må altså være illikvid. En arbeidstaker har, på lik linje som øvrige kreditorer, ikke mulighet til å begjære åpning av offentlig gjeldsforhandling hos sin arbeidsgiver. Det er kun skyldneren selv som har adgang til å begjære åpning av gjeldsforhandlinger.

Dersom tingretten tar begjæringen til følge, anses gjeldsforhandlingen åpnet fra det tidspunkt begjæringen kom inn til retten, jfr. konkursloven § 4 fjerde ledd. Åpningstidspunktet er skjæringstidspunktet for hvilke krav som omfattes av forhandlingene, jfr. dekningsloven § 6-1. Krav fra tiden før gjeldsforhandlingen ble åpnet, omfattes av ordningen, dog i alminnelighet ikke prioriterte fordringer i henhold til dekningsloven kapittel 9, fordringer sikret med panterett eller annen sikkerhetsrett, fordringer som kan benyttes til motregning mv, jfr. konkursloven §§ 23 og 55, se punkt 2.3. Etterfølgende krav må dekkes på vanlig måte.

Ved åpning av gjeldsforhandlinger oppnevnes det en gjeldsnemnd. Denne skal føre tilsyn med skyldneren og dennes næringsvirksomhet så lenge forhandlingene pågår, jfr. § 14 første ledd. Nemnda skal i hovedsak lede og administrere arbeidet med å utarbeide og få vedtatt en gjeldsordning.

2.1.2 Frivillig gjeldsordning

En frivillig ordning kan gå ut på betalingsutsettelse, prosentvis reduksjon av gjelden, hel eller delvis likvidasjon av skyldnerens virksomhet uten eller mot at skyldneren blir frigjort for den del av gjelden som ikke dekkes ved likvidasjonen, eller en kombinasjon av disse ordningene, jfr. konkursloven § 23 første ledd. Skal en frivillig ordning bli en realitet, må samtlige fordringshavere stemme ja til forslaget, jfr. § 25.

2.1.3 Tvangsakkord

Kravet til enstemmighet har i praksis vist seg å komplisere forhandlingene.² En alternativ og mer effektiv vei å gå kan være forhandlinger om en tvangsakkord. I grove trekk vil en tvangsakkord gå ut på det samme som en frivillig gjeldsordning, jfr. konkursloven § 30. Forskjellen fra en frivillig ordning ligger hovedsakelig i at et flertall av fordringshaverne kan binde et mindretall til en ordning mot deres vilje etter tingrettens godkjennelse, jfr. § 43. Videre er det krav om en minstedividende på 25 prosent til de alminnelige fordringshaverne, jfr. § 30 andre ledd. Kravet til kvalifisert flertall avhenger av hvor høy dividende det er snakk om å utbetale til kreditorene, se § 38. En annen vesentlig forskjell er at gjeldsnemnda under forhandling om en tvangsakkord, på lik linje som et konkursbo, har adgang til å gjennomføre omstøtelser i henhold til dekningslovens kapittel 5, jfr. konkursloven § 38.

2.1.4 Konkurs

Lykkes ikke gjeldsforhandlingene, skal tingretten innstille disse og åpne konkurs i skyldnerens bo, jfr. konkursloven § 57. Det er med andre ord automatisk konkurs der forhandlingene havarerer.

2.2 *Arbeidsavtalens stilling*

Arbeidsavtalens stilling under offentlig gjeldsforhandling er ikke særskilt regulert slik den er for konkurs, se dekningsloven § 7-11. Helt uten regulering er situasjonen likevel ikke. En arbeidsavtale er å betrakte som en løpende kontrakt. Dekningsloven § 1-6 andre ledd gir kapittel 7 om skyldnerens kontraktsmessige forpliktelser anvendelse på offentlige gjeldsforhandlinger. Kapitlet har flere spesialbestemmelser utformet spesielt for offentlig gjeldsforhandling. I mangel av særskilt regulering må disse bestemmelsene også få anvendelse på skyldnerens arbeidskontrakter.

² Gjerde 2003 s. 35.

2.2.1 Avtalen løper videre

Utgangspunktet etter dekningsloven § 7-3a første ledd er at skyldnerens arbeidskontrakter løper videre etter åpning av gjeldsforhandlinger. Det er ikke et spørsmål om hvorvidt man skal tre inn i skyldnerens arbeidsavtaler eller ikke, slik det er i konkurs. Åpning av offentlige gjeldsforhandlinger vil altså ikke i seg selv få noen umiddelbar innvirkning på skyldnerens arbeidskontrakter. Dette er i og for seg logisk, siden siktemålet med gjeldsforhandlinger er fortsatt drift av skyldnerens virksomhet. Arbeidstaker kan ikke heve arbeidsavtalen som følge av at det åpnes gjeldsforhandling hos arbeidsgiver, jfr. § 7-3a første ledd andre punktum.

Virkingen av at arbeidsavtalen løper videre under gjeldsforhandling, er at skyldneren under forhandlingene er forpliktet og berettiget på avtalens vilkår, jfr. § 7-4a. For arbeidsavtalens del innebærer dette at skyldneren fortsatt må betale lønn og dekke andre goder i henhold til avtalen. Arbeidstaker plikter i henhold til arbeidsavtalen å stille sin arbeidskraft til disposisjon for skyldneren.

2.2.2 Oppsigelse

Det kan være behov for å redusere antall ansatte under en gjeldsforhandling. Man kan tenke seg at skyldnerens virksomhet er helt avhengig av å kutte sine utgifter for å overleve. Lønnskostnadene kan i så fall ønskes redusert. Som regel vil en tilpassing av bemanningen være å foretrekke fremfor forhandlinger med de ansatte om reduksjon av lønn og annet arbeidsvederlag.³

Dekningsloven § 7-6 hjemler ekstraordinær oppsigelsesadgang for skyldneren med sedvanemessig varsel. Men denne bestemmelsen får ikke anvendelse ved oppsigelse av en arbeidsavtale. Arbeidsavtalen er underlagt vern mot oppsigelse gjennom arbeidsrettslovgivningen. Oppsigelsestiden er også utførlig regulert i denne. Paragraf 7-6 repre-

³ Praktikere jeg har vært i kontakt med, fremholdt at forhandlinger med de ansatte om reduksjon av deres betingelser ofte er tidskrevende og usikkert. I tillegg kan en overordnet tariffavtale komplisere forhandlingene. I en hektisk gjeldsforhandling foretrekkes derfor reduksjon av bemanningen.

senterer et unntak fra "avtalens bestemmelser" vedrørende oppsigelsesadgang og oppsigelsesfrister, ikke lovbestemmelser om de samme forhold. Man må derfor falle tilbake på alminnelige arbeidsrettslige regler når oppsigelsesadgangen skal avgjøres når det pågår offentlig gjeldsforhandling hos arbeidsgiver.

Det ligger utenfor fremstillingens ramme å gi en uttømmende behandling av alle regler som kan få betydning ved oppsigelse av arbeidstaker. Nedenfor vil jeg peke på hvordan den omstendighet at det pågår offentlig gjeldsforhandling hos arbeidsgiver, kan få betydning ved oppsigelse i slike tilfeller.

Den sentrale bestemmelsen i denne sammenheng er arbeidsmiljøloven § 15-7 første og andre ledd, som gir arbeidstaker vern mot usaklig oppsigelse. Oppsigelse som kommer i kjølvannet av åpning av offentlig gjeldsforhandling, vil oftest være begrunnet i rasjonaliseringstiltak. Ved oppsigelse på grunn av rasjonalisering skal det foretas en avveining mellom virksomhetens behov og de ulemper oppsigelsen påfører den enkelte arbeidstaker. Det faktum at det er åpnet offentlig gjeldsforhandling, vil være et moment som taler for at oppsigelsen er saklig begrunnet. Vilkåret for å åpne offentlig gjeldsforhandling er at skyldneren er illikvid. Det kan derfor lett påvises at den økonomiske situasjonen i virksomheten er akutt. Når den økonomiske situasjonen er dramatisk, vil hensynet til å ha en mest mulig kostnadseffektiv organisasjon veie tyngre enn hvor bedriften går godt.⁴ Hensynet til den enkelte arbeidstakers sosiale forhold vil derfor ikke være like fremtredende når virksomheten har økonomiske problemer, som det er dersom bedriften har et rimelig godt økonomisk fundament. Utvelgelsen av de arbeidstakere som sies opp, må være saklig, det kan ikke skje usaklig forskjellsbehandling. I Rt. 1986 s. 879 var en industribedrift kommet i en vanskelig økonomisk situasjon som gjorde det nødvendig å redusere antall arbeidstakere. Spørsmålet i saken var om arbeidsgiver kunne si opp arbeidstakere med lengre ansiennitet enn de som fikk beholde jobben. Høyesterett la til grunn at ansiennitet kunne

⁴ Jakhelln 2005 s. 381.

fravikes ikke bare for ansatte som var helt nødvendige for den videre drift, men også på grunn av forskjeller i kvalifikasjoner, erfaring og anvendelighet generelt eller på spesielle områder når dette var tilstrekkelig begrunnet i bedriftens forhold. Dette må langt på vei gjøre seg tilsvarende gjeldende i en gjeldsforhandlingssituasjon. Kan man tilstrekkelig begrunne utvelgelsen av arbeidstakere som må gå, i bedriftens forhold, trekker praksis i retning av at dette er forsvarlig.

2.3 Adgang til å medta lønnskrav i gjeldsforhandlingen?

2.3.1 Oversikt

Arbeidsavtalen er en løpende avtale. Dekningsloven § 7-4a andre ledd regulerer situasjonen der det er snakk om løpende avtaler. Det er kun vederlagskrav som er oppstått før åpningen av gjeldsforhandlingen som kan omfattes av gjeldsordningen. Altså må krav som skriver seg fra tiden etter åpningstidspunktet dekkes fullt ut. Dette har sin forklaring i skjæringstidspunktet som er omtalt ovenfor i punkt 2.1.1. For arbeidskontrakten betyr dette at krav fra tiden før gjeldsforhandlingen ble åpnet, men som ikke er utbetalt, kan omfattes av forhandlingen. Dette utgangspunktet modifiseres ikke ubetydelig i konkursloven § 23 (se punkt 2.3.2). Dekningsloven § 7-1 fastslår at reglene i kapittel 7 bare kommer til anvendelse når ikke annet følger av andre lovbestemmelser. For lønnskrav finnes det avvikende regler i konkursloven. De går følgelig foran reglene i dekningsloven kapittel 7.

2.3.2 Frivillig gjeldsordning

Konkursloven § 23 tredje ledd inneholder unntak fra regelen i andre ledd om at frivillig gjeldsordning må omfatte og likestille samtlige kjente fordringshavere. Etter tredje ledd nr 1 "kan" fordringer som har lovbestemt fortrinnsrett, holdes utenfor ordningen eller, "om de medtas, tilsis bedre dekning enn de øvrige fordringer". Dekningsloven § 9-3 første ledd nr 1 gir "fordring på lønn eller annet arbeidsvederlag i skyldnerens tjeneste" fortrinnsrett, se om dette i punkt 4.3. Som det fremgår av ordlyden i § 23 tredje ledd, foreligger det ikke et absolutt forbud mot å inkludere fortrinnsberettigede fordringer i en frivillig

gjeldsordning. Hvor praktisk dette vil være, er diskutabelt. Etter § 55 første ledd nr 1 er en tvangsakkord ikke bindende for fordringer med lovbestemt fortrinnsrett. Hvis en frivillig gjeldsordning måtte omfatte slike fordringer, ville det antagelig være meget vanskelig å få den vedtatt. Hver enkelt fortrinnsberettiget fordringshaver ville jo være interessert i å fremkalle tvangsakkord, og kan oppnå dette ved å stemme mot forslaget om frivillig ordning.⁵

Dekningsloven § 9 3 inneholder begrensninger i fortrinnsretten, jfr. punkt 4.3. Det kan tenkes at arbeidstaker har lønnskrav til gode fra tiden før åpning av gjeldsforhandling som overstiger fortrinnsretten. Det overskytende kan derfor tenkes medtatt i en frivillig gjeldsordning.

2.3.3 Tvangsakkord

Ovenfor foregrep jeg begivenhetene med å si at en tvangsakkord ikke er bindende for fortrinnsberettigede fordringer, jfr. konkursloven § 55 første ledd nr 1. Det samme gjør seg derfor langt på vei gjeldende for tvangsakkord som for frivillig gjeldsordning. Dersom lønnskravet overstiger fortrinnsretten, kan det overskytende omfattes av tvangsakkorden. Dette kan for eksempel innebære at den del av lønnen som er med i tvangsakkorden, blir redusert mot arbeidstakers vilje.

3 Konkurs

3.1 Generelt

Konkurs innebærer at det gjøres et samlet beslag i debtors formue på vegne av kreditorfellesskapet. Hovedvilkåret for å åpne konkurs er at debitor er insolvent. Når konkurs åpnes, mister debitor rådigheten over sine økonomiske anliggender. Tingretten oppnevner en bostyrer som sammen med de øvrige boorganene overtar forvaltningen av debtors virksomhet. Debtors verdier omgjøres til penger og fordeles deretter forholdsmessig på kreditorene (dividende). Visse krav mot

⁵ NOU 1972: 20 s. 83.

skyldneren har forrang, jfr. prioritetsreglene i dekningsloven kapittel 9. Lønnskrav vil langt på vei være prioritert foran annen gjeld; se mer om dette i avsnitt 4.

Den videre fremstillingen vil omhandle konkurs der debitor har en eller flere ansatte i sin virksomhet.

En av de første og viktigste problemstillingene bostyrer møter i sitt arbeid, er om skyldnerens næringsvirksomhet skal videreføres helt, delvis eller ikke i det hele tatt. Her vil arbeidsavtalene måtte vurderes, siden de ansatte ofte er en nødvendig forutsetning for videre drift. Hjemmel for fortsatt drift av debtors næringsvirksomhet finnes i konkursloven § 119. Også der det ikke besluttes videre drift, kan det være behov for bistand fra arbeidstakere i en kortvarig periode.

Arbeidsavtalen skiller seg fra de fleste av skyldnerens øvrige kontrakter. Arbeidsavtalen forplikter arbeidstaker til å stille sin personlige arbeidskraft til rådighet for arbeidsgiver. Dessuten vil arbeidstaker oftest være sårbar for bortfall av arbeidsvederlaget. Av den grunn er arbeidsavtalens stilling i konkurs særskilt regulert i dekningsloven § 7-11.

3.2 Dekningsloven § 7-11

3.2.1 Introduksjon

Paragraf 7-11 regulerer arbeidsavtalens stilling ved konkurs; den kom inn i dekningsloven ved lov 3. september 1999 nr. 72 og trådte i kraft 1. januar 2000. Tidligere var ikke arbeidsavtalens stilling ved konkurs særskilt lovregulert. Før lovendringen i 1999 var man langt på vei henvist til å vurdere arbeidsavtalenes stilling etter de samme reglene som gjelder for debtors øvrige kontraktsmessige forpliktelser (dekningsloven §§ 7-1 til 7-9).⁶ Dette betyr likevel ikke at man ikke har vært klar over behovet for særskilt regulering av arbeidsavtalen. Allerede under forberedelsene til dekningsloven av 1984 tok Konkurslovutvalget til orde for at man burde få en spesialregel for arbeidsavtaler i § 7-11. Departementet fulgte imidlertid ikke opp forslaget,

⁶ Nygaard Haug 1989 s. 97.

men reserverte plass i § 7-11 for senere innarbeidelse.⁷ Også under revideringen av konkurslovgivningen på 1990-tallet påpekte konkurslovutvalget fra 1993, Falkanger-utvalget, behovet for lovregulering av arbeidsavtalens stilling ved konkurs. Det var utvalgets erfaring at det var forskjellig praksis alt etter hvilken bostyrer og skifterett som behandlet konkursen.⁸ I tillegg påpekte utvalget at det for staten, som forvalter av lønnsgarantien, og for personer som ikke omfattes av lønnsgarantiordningen, var av interesse å få klarhet i lønnskravenes prioritet. Falkanger-utvalget, som blant annet hadde som mandat å utrede behovet for endringer i konkurslovgivningen, fremmet forslag om regulering av arbeidsavtaler i konkurstilfellene i NOU 1993: 16. Forslaget ble i hovedtrekk fulgt opp av departementet og Stortinget.

Hvorvidt den nye bestemmelsen er en videreføring av tidligere praksis, kan ikke besvares med sikkerhet, fordi det eksisterer lite eller ingen rettspraksis fra tiden før og tiden etter lovendringen i 1999.⁹

3.2.2 Anvendelsesområde

Paragraf 7-11 første ledd *første punktum* angir bestemmelsens anvendelsesområde.

For det første følger det av ordlyden at bestemmelsen bare gjelder ved konkurs. Videre fremgår det av dekningsloven § 1-6 andre ledd siste punktum at § 7-11 ikke skal få anvendelse ved offentlig skifte av insolvent dødsbo. Bakgrunnen for dette er at departementet mente at inntreden i arbeidsavtaler i slike tilfeller sjelden er en aktuell problemstilling. Videre vil særlig regelen i § 7-11 om automatisk inntreden hvor boet forholder seg passiv de første tre ukene etter boåpningen, passe dårlig for de insolvente dødsboene. Dette fordi det i praksis vil gå mange måneder før det blir avgjort om det skal åpnes offentlig skifte. Det vil derfor være urimelig at boet av den grunn skal påføres store massekrav som øker risikoen for massekonkurs betraktelig, jfr.

⁷ Ot.prp. nr. 26 (1998-99) s. 144.

⁸ NOU 1993: 16 s. 116-117.

⁹ For en diskusjon av problemstillingene før lovendringen, med et forslag til regulering i en § 7-11, se Nygaard Haug 1989.

Ot.prp. nr. 26 (1998-99) s. 250. Hvorledes eventuelle arbeidsavtaler skal håndteres ved offentlig skifte av insolvent dødsbo, er følgelig et spørsmål som må få sin løsning utenfor lovteksten i § 7-11.

For det annet vil § 7-11 bare få anvendelse på ”arbeidsavtale med arbeidstaker i skyldnerens ervervsvirksomhet”. Her oppstår flere spørsmål. Det må presiseres at det ikke er klare skiller mellom de spørsmålene som drøftes nedenfor. Spørsmålene vil gripe inn i hverandre og til dels henge sammen.

Først og fremst må man få bragt på det rene om det foreligger en *arbeidsavtale*. Hvorvidt en arbeidsavtale er inngått, må avgjøres på grunnlag av alminnelige avtalerettslige prinsipper. Det er ikke avgjørende om skriftlighetskravet i arbeidsmiljøloven § 14-5 er oppfylt. Arbeidsmiljøloven § 14-5 er en ordensregel, ikke en gyldighetsregel.¹⁰ Således omfattes for eksempel også muntlig inngåtte arbeidsavtaler av dekningsloven § 7-11.

Skjæringstidspunktet for avtaleinngåelsen er i denne forbindelse konkursåpningstidspunktet. Det er kun tale om å tre inn i arbeidsavtaler som debitor har inngått før boåpning. Arbeidsavtaler som debitor inngår etter dette tidspunktet, er boet uvedkommende, jfr. konkursloven § 100, og faller utenfor § 7-11.

Det er uten betydning om arbeidsavtalen er fast eller midlertidig, begge former omfattes av dekningsloven § 7-11. Hvis arbeidsavtalen er sagt opp av debitor eller arbeidstakeren selv før boåpning, men oppsigelsesfristen ennå ikke er utløpt, kan boet tre inn i avtalen for den resterende del av oppsigelsesfristen.

Videre må arbeidsavtalen være inngått med en *arbeidstaker*. Paragraf 7-11 definerer ikke begrepet ”arbeidstaker”. Forarbeidene til bestemmelsen sier at ”arbeidstakerbegrepet må forstås på samme måte som i dekningslovens § 9-3”.¹¹ Dekningsloven § 9-3 regulerer strengt tatt hva som er fortrinnsberettigede fordringer av første klasse, ikke hva en arbeidstaker er. Paragraf 9-3 første ledd nr 1 bestemmer at

¹⁰ Jakhelln 2005 s. 211.

¹¹ Ot.prp. nr. 26 (1998-99) s. 258.

”lønn eller annet arbeidsvederlag i skyldnerens tjeneste” er en fortrinnsberettiget fordring av første klasse. Arbeidsmiljøloven § 1-8 søker spesifikt å definere begrepet ”arbeidstaker”. Bestemmelsen definerer en arbeidstaker som ”enhver som utfører arbeid i annens tjeneste”. Det springende punkt er i begge bestemmelsene om man er i en annens ”tjeneste”. Slik sett kan det være en smakssak om man velger å ta utgangspunkt i dekningsloven § 9-3 eller i arbeidsmiljøloven § 1-8 når man søker det nærmere innholdet i arbeidstakerbegrepet. Uttalelsen i forarbeidene om at det skal være korrespondanse mellom arbeidstakerbegrepet i § 7-11 og § 9-3, kan imidlertid skape forvirring. Paragraf 9-3 første ledd litra a til d unntar en rekke lønnskrav som fortrinnsberettigede fordringer av første klasse. Det kan skape inntrykk av at de arbeidstakere som slike krav er knyttet til, ikke skal omfattes av § 7-11. Men det kan ikke være holdbart. Et så omfattede unntak måtte i tilfelle ha forankring i § 7-11 selv.

Jeg mener derfor at det mest ryddige og hensiktsmessige må være å ta utgangspunkt i arbeidsmiljøloven § 1-8, siden dens primære oppgave nettopp er å definere arbeidstakerbegrepet. Ordet ”tjeneste” i arbeidsmiljøloven § 1-8 innebærer ikke at det er et krav om at det foreligger et underordningsforhold.¹² Arbeidstakere i overordnede stillinger omfattes også av dekningsloven § 7-11.

Arbeidsmiljøloven § 1-8 rydder ikke nødvendigvis av veien all tvil om vedkommende er arbeidstaker eller ikke. Ofte kan det oppstå vanskelige avgrensningsspørsmål som må vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle. I forbindelse med konkurs kan et slikt avgrensningsspørsmål oppstå der skyldneren har leid inn eksterne folk til å gjøre oppgaver som naturlig burde ha vært utført av ansatte. Her må det foretas en konkret vurdering av om det innleide personellet skal betraktes som arbeidstakere i relasjon til § 7-11. Et annet eksempel på avgrensingsproblematikken er selvstendig næringsdrivende som har påtatt seg oppdrag for skyldneren. Det er klart at selvstendig næringsdrivende ikke er å anse som ”arbeidstakere”. Likevel kan det fore-

¹² Fougner m.fl. 2003 s. 32.

komme tilfeller der det ikke er klart hvorledes forholdet mellom partene skal bedømmes. Følgelig må det i slike tilfeller foretas en konkret vurdering av om noen er å anse som arbeidstaker eller selvstendig næringsdrivende.

Vurderingen av om man har med en arbeidstaker å gjøre, kan til tider være vanskelig. Momenter som kan komme i betraktning, vil blant annet være hva partene har avtalt eller praktisert når det gjelder personlig arbeidsplikt, styringsrett, adgang til å ha andre arbeidsoppdrag, den økonomiske risikoen for arbeidsresultatet, hvordan vederlaget for arbeidet utbetales og hvem som stiller til rådighet lokaler, maskiner, redskap eller annet driftsutstyr som er nødvendig for arbeidets utførelse.¹³

Dernest er det også et krav at det må dreie seg om arbeidstaker *i skyldnerens ervervsvirksomhet*. Dette vilkåret innebærer blant annet at det må skilles mellom arbeidstakere i skyldnerens ervervsvirksomhet og privat ansatte hos debitor. Forarbeidene nevner barnepike og hushjelp som er privat ansatt hos skyldneren som eksempler på arbeidstakere som faller utenfor dekningsloven § 7-11, jfr. Ot.prp. nr. 26 (1998-99) s. 257.

Spørsmålet videre er hva som er å anse som "ervervsvirksomhet". Dekningsloven definerer ikke dette begrepet. Arbeidsmiljøloven benytter uttrykket "virksomhet" i flere sammenhenger. I arbeidsmiljølovens forstand er uttrykket i første rekke en betegnelse for de driftsmessige aktiviteter som ledes av arbeidsgiver innen en organisatorisk ramme, og som kan være geografisk avgrenset i større eller mindre grad.¹⁴ Dette kan tjene som utgangspunkt for hva som er å betrakte som "ervervsvirksomhet" i dekningsloven § 7 11.

Til forskjell fra arbeidsmiljøloven ligger det en særskilt avgrensning i virksomhetsbegrepet i dekningsloven: Det må være snakk om *ervervsvirksomhet*. Ordlyden tyder på at "ervervsvirksomhet" må forstås dithen at virksomheten må ha et økonomisk formål. Man kan

¹³ Fougner m.fl. 2003 s. 32-33.

¹⁴ Jakhelln 2005 s. 21.

merke seg at den nå opphevede lov om konkurranse i ervervsvirksomhet (konkurranseloven) av 11. juni 1993 nr 65 § 1-2 litra a definerte ”ervervsvirksomhet” som ”all slags økonomisk virksomhet, varig eller leilighetsvis”. Dette betyr selvsagt ikke at man nødvendigvis kan sette likhetstegn mellom innholdet av ervervsvirksomhetsbegrepet i konkurranseloven og dekningsloven.

Ordlyden i dekningsloven § 7-11 trekker likevel i retning av at konkurs i virksomhet som ikke har økonomisk formål, faller utenfor bestemmelsen. Eksempler på slik virksomhet er interesseorganisasjoner med målsetting å fremme medlemmenes interesser, stiftelser uten mål om økonomisk vinning, idrettslag og ideelle organisasjoner. Avgrensningen til *ervervsvirksomhet* er ikke kommentert i forarbeidene til § 7-11. En så omfattende reservasjon burde blitt omtalt. Det kan også merkes at mens lovteksten benytter ordet ”ervervsvirksomhet”, bruker forarbeidene ordet ”næringsvirksomhet” når de skal omtale bestemmelsen, jfr. Ot.prp. nr. 26 (1998-99) s. 257. Det er vanskelig å si helt sikkert om dette innebærer en realitetsforskjell. Jeg har vanskeligheter med å se begrunnelsen for at reglene i § 7-11 ikke skulle være egnet for tilfeller der skyldnerens virksomhet ikke er profittskapende eller ikke har ”økonomisk formål”. Ordlyden i dekningsloven § 9-3 første ledd nr 1 og lønnsgarantiloven § 1 andre ledd har ikke noen tilsvarende avgrensning. Disse bestemmelsene taler om henholdsvis ”lønn eller annet arbeidsvederlag i skyldnerens tjeneste” og ”lønn og annet vederlag for arbeid i tjenesteforhold”. De vil således omfatte arbeidsforhold i virksomhet som ikke er økonomisk motivert. Harmoniseringshensyn tilsier at også dekningsloven § 7-11 må omfatte virksomheter uten økonomisk målsetting. Til tross for ordlyden taler gode grunner for at bestemmelsen får anvendelse på virksomheter både med og uten økonomisk formål.

3.3 Hovedregel – og modifikasjoner

I § 7-11 *første ledd første punktum* fremgår hovedregelen for arbeidsavtalen ved konkurs: Konkursboet ”trer uten særskilt vedtakelse inn i” skyldnerens arbeidsavtaler. Konkursboet trer dermed *automatisk* inn i

arbeidsavtalene. Dette skiller seg fra det som gjelder for de fleste øvrige kontraktsmessige forpliktelser skyldneren måtte ha. Etter § 7-3 gis konkursboet rett til å tre inn i skyldnerens avtaler. Det er følgelig ikke automatikk i at boet trer inn i de kontraktsmessige forpliktelsene. Boet har adgang til å velge hvilke kontrakter det ser seg tjent med å videreføre. Kontrakter som ikke har verdi for boet, kan boet velge å se bort fra. Den avvikende løsning for arbeidsavtaler er begrunnet i arbeidstakernes behov for avklaring.¹⁵ Arbeidsavtalen skiller seg fra andre kontrakter på et vesentlig punkt, nemlig det menneskelige aspektet, som gjør seg sterkt gjeldende for arbeidsavtalens del. Arbeidsavtalen forplikter den enkelte arbeidstaker personlig til å utføre arbeid. Arbeidssituasjonen til den enkelte vil få stor betydning for livssituasjonen til vedkommende og dennes familie. Dette tilsier at arbeidstaker har behov for rask avklaring av sin situasjon når det åpnes konkurs hos arbeidsgiver. Regelen om automatisk inntreden forhindrer langt på vei usikkerheten som måtte oppstå som følge av at boet forholder seg passivt etter konkursåpningen.

Hvor avklart situasjonene er for arbeidstakeren ved at boet automatisk trer inn i arbeidsavtalen, kan man likevel stille spørsmål ved når man leser videre i bestemmelsens første ledd *andre punktum*. Her modifiseres hovedregelen. Bestemmelsen innvilger boet en frist på tre uker til å avgjøre om det ønsker å tre inn i arbeidsavtalen eller ikke. Denne fristen skal regnes fra konkursåpningstidspunktet. Arbeidstaker kan således risikere at arbeidsforholdet er uavklart i tre uker etter konkursåpningstidspunktet. Oversittes fristen til å erklære ikke-inntreden, er konsekvensen at boet automatisk blir part i arbeidsavtalen i samsvar med første ledd første punktum. Man har med denne regelen forsøkt å ta hensyn til boet og dets behov for å få oversikt over skyldnerens virksomhet, samt å begrense boets masseforpliktelser. Den første tiden vil ofte være hektisk for bostyrer. Mange spørsmål må besvares, ikke minst om boet anser det lønnsomt å drive skyldnerens virksomhet videre eller om det mest hensiktsmessige er å innstille driften. Før

¹⁵ Ot.prp. nr. 26 (1998-99) s. 258.

slike spørsmål er avgjort, er det vanskelig for boet å vite om det er aktuelt å videreføre arbeidsavtalen.

Selv om boet er innrømmet en frist på tre uker til å områ seg på, er det ikke meningen at bestemmelsen skal være en sovepute for boet. Departementet har presisert at spørsmålet om inntreden bør avklares raskere enn fristen som fremgår av § 7-11, ut fra det syn at det vil være i alle parter interesse å få en avklaring raskest mulig.¹⁶ Men i praksis vil det nok variere hvor raskt det er mulig å avgjøre spørsmålet om inntreden i arbeidsavtalene i de enkelte tilfellene. I små boer hvor man raskt får oversikt over skyldnerens virksomhet, kan nok en avklaring foreligge før fristen utløper. I store boer med mange ansatte kan tre uker derimot være en knapp frist. Her bør spørsmålet om videre drift, som ofte er helt avgjørende for skjebnen til de ansatte, bli forelagt skiftesamlingen for uttalelse, jfr. konkursloven § 119 andre ledd. I konkursloven § 78 første ledd nr 3 bestemmes det at retten i en kunngjøring skal beramme boets første skiftesamling. Denne bør holdes innen tre uker etter at kunngjøringen er utferdiget. Kunngjøringen skal finne sted umiddelbart etter konkursåpningen, jfr. § 78 første ledd. Altså kan fristen for å erklære ikke-inntreden i arbeidsavtalen i slike tilfeller bli kort.

Oversittelse av fristen medfører, som nevnt, at boet automatisk trer inn i arbeidsavtalen. Inntreden har igjen den konsekvens at arbeidsvederlaget skal utredes som massefordring fra og med konkursåpningstidspunktet, jfr. dekningsloven § 7-11 andre ledd andre punktum (jfr. i punkt 3.5.3). Bostyrer må påse at unødige massekrav unngås. Av frykt for slike massekrav kan boet føle seg tvunget til å erklære at det ikke trer inn i arbeidsavtalen *før* spørsmålet om videre drift er avgjort. Etter at fristen på tre uker er utløpt, kan boet komme frem til at det er grunnlag for videre drift. I så fall kan det inngås nye arbeidsavtaler med arbeidstakere boet tidligere har erklært at det ikke ønsker å videreføre arbeidsavtalene til og har sagt opp. Dette forutsetter at arbeidstakerne er villige til å inngå nye avtaler. Jeg tror like-

¹⁶ Ot.prp. nr. 26 (1998-99) s. 258.

vel at boer i praksis heller vil være villige til å ta risikoen for at arbeidstakerne ønsker å inngå nye arbeidsavtaler, fremfor å risikere at lønnskravene får status som massekrav fra konkursåpningstidspunktet og at det ikke blir videre drift av virksomheten.

Det synes derfor noe paradoksalt at en regel som i utgangspunktet skal ivareta arbeidstakers interesser, kan få som virkning at boet erklærer at det ikke ønsker å tre inn i arbeidsavtalen før det har tatt stilling til spørsmålet om videre drift.

Teoretisk kan man tenke seg en situasjon der boet erklærer at det *ikke* trer inn i arbeidsavtalen innen treukersfristen, og *unnlater å si opp* arbeidstakeren. Arbeidsavtalen vil i et slikt tilfelle fortsatt bestå frem til den sies opp etter arbeidsforholdets alminnelige regler og oppsigelsesfristen er løpt ut, jfr. § 7-11 tredje ledd første punktum. I slike tilfeller har lønnskravet status som dividendekrav fra konkursåpningstidspunktet, og kravet fortsetter å akkumulere seg frem til arbeidsavtalen sies opp og oppsigelsesfristen er ute, jfr. § 7-11 tredje ledd andre punktum.

Hvis det likevel viser seg at boet har behov for arbeidskraft, kan det spørres om konkursboet kan tre inn i arbeidsavtalen til tross for at det tidligere har erklært det motsatte, og fristen på tre uker er utløpt.

Loven åpner for at det kan oppstå en mellomperiode mellom erklæring om å ikke tre inn og oppsigelse, dersom erklæringen og oppsigelsen ikke finner sted samtidig. I en slik mellomperiode kan det stilles spørsmål vedrørende partenes rettigheter og plikter. Jeg tenker spesielt på arbeidsplikten og arbeidstakers rett til å ta annet arbeid. Slike spørsmål behandles nærmere i punkt 3.8. I drøftelsen her vil jeg utelukkende se på boets mulighet til å erklære inntreden etter at fristen på tre uker er passert. Forutsetningen for drøftelsen er at boet *ikke* har sagt opp arbeidstaker, slik at arbeidsavtalen fortsatt består.

Hvorvidt boet har adgang til dette, gir ikke § 7-11 noe klart svar på. Spørsmålet er heller ikke kommentert i forarbeidene. En adgang for boet til å erklære inntreden etter at tre uker er passert fra konkursåpningstidspunktet, må etter mitt skjønn betraktes som en omgåelse av § 7-11 første ledd. Dersom boet skulle ha en slik adgang, ville det medføre en uthuling av treukersfristen. Boet ville i så fall ha mulighet til å kjøpe seg tid på arbeidstakers bekostning. Når man har gitt en

frist på tre uker til å avklare spørsmålet om inntreden, er det fordi man ønsker en snarlig avklaring av arbeidstakernes skjebne (jfr. ovenfor). En adgang for boet til å tre inn i arbeidsavtalen senere enn tre uker etter boåpningen vil derfor være i strid med de hensyn § 7-11 skal ivareta. I lovforarbeidene er det fremholdt at det ikke kan være en stor belastning for boet å sende ut standard oppsigelse etter arbeidsforholdets alminnelige regler så snart det har bestemt seg for ikke å tre inn i avtalen.¹⁷ Det kan derfor se ut som om lovgiver har vært mer opptatt av å ivareta arbeidsrettslige hensyn fremfor å ta hensyn til hva et dobbeltsporet system med erklæring og oppsigelse kan by på av praktiske spørsmål. Dersom erklæring om ikke å tre inn i arbeidsavtalen også ble ansett som en oppsigelse, ville man unngått at det oppstod en mellomperiode.

Svaret på dette spørsmålet er likevel ikke klart. Men sterke grunner trekker i retning av at boet er avskåret fra å tre inn i arbeidsavtalene etter at fristen på tre uker er utløpt.

Dersom man likevel svarer bekreftende på spørsmålet, kan det spørres om hvilken status lønnskravet som følger av arbeidsavtalen, skal ha. Den situasjonen det er tale om her, forutsetter to erklæringer – en som først erklærer at boet ikke trer inn i arbeidsavtalen, og en som senere erklærer det motsatte. Det er klart at lønnskravet har status som massekrav for tiden etter at inntreden i avtalen finner sted, jfr. nedenfor. Spørsmålet er hva slags status lønnskravet skal ha for den mellomliggende perioden fra boet erklærer at det ikke trer inn i arbeidsavtalen til det erklærer at det likevel trer inn.

Paragraf 7-11 andre ledd slår fast at lønnskravet skal utredes som massekrav fra og med konkursåpningstidspunktet ved inntreden i arbeidsavtalen. Bestemmelsen regulerer situasjonen der inntreden skjer *innenfor* fristen på tre uker. Situasjonen der det foreligger to erklæringer, reguleres således ikke direkte av § 7-11. Spørsmålet har dermed ikke fått noen sikker løsning. Etter mitt skjønn vil en regel om at kravet skal ha dividendestatus i den mellomliggende perioden, igjen bli rammet av omgåelsesbetraktninger. En slik løsning vil invitere

¹⁷ Ot.prp. nr. 26 (1998-99) s. 146.

boet til å erklære at det ikke trer inn i arbeidsavtalen og unnlate å si den opp for å vinne tid. En senere erklæring om inntreden vil ikke utsette boet for massekrav frem til den siste erklæringen. Denne løsningen må sies å gå på tvers av formålet med § 7-11. For at boet skal være sikker på at det ikke blir pådratt unødige massekrav når det trenger mer tid enn tre uker til å avgjøre spørsmålet om videre drift, må det erklære at det ikke trer inn i arbeidsavtalen i tillegg til at avtalen må sies opp. Fattes det beslutning om videre drift etter dette, må boet inngå nye arbeidsavtaler med arbeidstakerne.

For arbeidstakernes del vil situasjonen uansett fremstå som mer eller mindre usikker ved konkurs hos arbeidsgiver. Selv om boet velger å tre inn i deres arbeidsavtaler, er det likevel ikke sikkert at det representerer en permanent løsning. Som vi skal se i punkt 3.5.3, har boet mulighet til å tre ut av arbeidsavtalen med en måneds varsel. Dessuten har arbeidstaker ingen garantier for at en eventuell kjøper av skyldnerens virksomhet ikke gjør senere endringer i bemanningen. Det kan derfor spørres hvor mye mer skadelidende arbeidstaker blir dersom fristen for å erklære ikke-inntreden i arbeidsavtalene utvides, slik at det blir mer harmoni mellom konkursloven § 119 andre ledd, jfr. § 78 første ledd nr 3, og dekningsloven § 7-11 første ledd. Tilsvarende gjelder der boet først har erklært at det ikke ønsker å tre inn i arbeidsavtalen og unnlater å si opp arbeidstakerne, for deretter å erklære inntreden i arbeidsavtalene. Det kan synes som en unødvendig tung og tidkrevende vei for boet å først erklære at det ikke trer inn i arbeidsavtalen, samt å gå til oppsigelse, for deretter å inngå nye arbeidsavtaler med arbeidstakerne for å unngå at lønnskravene får massekravsstatus fra konkursåpningstidspunktet.

3.4 Situasjonen de tre første ukene etter konkursåpningstidspunktet

Paragraf 7-11 første ledd regulerer også situasjonen fra konkursåpningstidspunktet frem til konkursboet har tatt stilling til spørsmålet om inntreden i arbeidsavtalen. I forbindelse med det som er sagt ovenfor, må det presiseres at § 7-11 første ledd siste punktum sikter til den erklæring som gis innenfor fristen på tre uker. Hvis man godtar ad-

gang for boet til å komme med to erklæringer, som skissert i 3.3, er det et eget spørsmål hvorledes stillingen er mellom partene i den mellomliggende perioden mellom de to ulike erklæringene. I det følgende drøfter jeg bare erklæring som gis innenfor fristen på tre uker.

Paragraf 7-11 første ledd siste punktum bestemmer at ”arbeidstakeren plikter å stå til disposisjon for konkursboet i perioden før konkursboet har tatt stilling til spørsmålet om inntreden i arbeidsavtalen”. Formålet med bestemmelsen er at boet skal sikres full råderett over debtors virksomhet slik at det umiddelbart etter konkurseråpning kan begynne forberedelsene til avvikling eller fortsatt drift. Bestemmelsen reiser flere spørsmål.¹⁸

Først og fremst kan man spørre hva det vil si å ”stå til disposisjon”. Ordlyden tyder på at konkursboet skal ha rådighet over arbeidstakeren, og at boet kan forlange vedkommendes arbeidsinnsats dersom dette er ønskelig. Tolkningen har støtte i bestemmelsens formål og forarbeider. Forarbeidene peker på at arbeidstakeren har oppfylt sin plikt når vedkommende melder seg til boet som en av skyldnerens arbeidstakere og straks stiller på arbeid dersom boet ber om det.¹⁹ Videre heter det i forarbeidene at arbeidstaker kan ta annet arbeid i treukersperioden, så lenge vedkommende stiller på arbeid for boet dersom boet krever det. Uttalelsen kan synes noe forvirrende når man sammenholder den med § 7-11 fjerde ledd. Der reguleres blant annet arbeidstakers rett til å ta annet arbeid. Som det vil bli redegjort for i punkt 3.8.1, regulerer imidlertid fjerde ledd situasjonen der det i forkant har funnet sted et varsel om uttreden eller oppsigelse. Fjerde ledd setter således ikke en skranke for arbeidstakers rett til å ta annet arbeid i treukersperioden. Om dette er praktisk mulig, er en annen sak. Jeg vil tro at en ny arbeidsgiver er lite villig til å ansette en person som når som helst kan bli kalt inn til tjeneste for konkursboet. I tillegg kan arbeidstakeren risikere å gjøre seg skyldig i avtalebrudd med den nye arbeidsgiveren dersom han må avbryte det nye arbeidsforholdet for å

¹⁸ Ot.prp. nr. 26 (1998-99) s. 258.

¹⁹ Ot.prp. nr. 26 (1998-99) s. 258-259.

gjøre en innsats for konkursboet. Det alminnelige konkursrettslige utgangspunkt er at boet ikke kan "pålegge medkontrahenten å oppfylle fullt ut mot å få dividende av vederlaget".²⁰ I den grad arbeidstaker blir pålagt å utføre arbeid for boet, blir lønnskravet følgelig utredet som massekrav. Hvis boet ikke benytter arbeidstaker i treukersperioden og trer ut av avtalen innen fristen, utredes lønnskravet som dividendefordring. Arbeidstaker er likevel forpliktet til å stå til disposisjon for boet etter første ledd. Til dette fremholder forarbeidene at for de fleste arbeidstakere innebærer det få betenkeligheter å ha plikt til å stå til disposisjon for boet også før spørsmålet om videre ansettelse er avklart. Begrunnelsen er at lønnskravet for denne perioden uansett blir dekket av statens lønnsgarantiordning, jfr. lønnsgarantiloven § 1 tredje ledd, jfr. dekningsloven § 9-3 første ledd nr 1.²¹ Saksbehandlingstiden hos NAV Lønnsgaranti er to til tre måneder.²² I tillegg kan det påløpe ytterligere saksbehandlingstid hos bostyrer før utbetaling til arbeidstaker finner sted. Arbeidstakeren kan derfor risikere at lønnen for tiden han plikter å stå til disposisjon for boet, blir utbetalt lenge etter lønnskravets forfallstid.

Et annet spørsmål i forbindelse med § 7-11 første ledd siste punktum er om *boet* betraktes som *arbeidsgiver* i de tre ukene arbeidstaker plikter å stå til disposisjon. Situasjonen kan være at boet venter med å ta stilling til spørsmålet om inntreden i arbeidsavtalene til tre uker etter konkursåpningstidspunktet. Utgangspunktet er at det først er når boet trer inn i arbeidsavtalene at boet blir berettiget og forpliktet på avtalens vilkår, jfr § 7-11 andre ledd første punktum. Hvorvidt boet benytter seg av arbeidstakerne eller ikke i treukersperioden, er uten betydning for arbeidstakernes plikt. De plikter uansett å stå til disposisjon for boet.

Spørsmålet om boet er arbeidsgiver, kan ha betydning i flere sammenhenger, eksempelvis i forhold til ytelser etter folketrygden, hvem

²⁰ Brækhus 1969 s. 176.

²¹ Ot.prp. nr. 26 (1998-99) s. 258.

²² NAV Lønnsgarantiens servicерklæring.

som er rett saksøkt, etc. Ordlyden gir liten veiledning. I lovforarbeidene heter det at konkursboet i perioden arbeidstakerne plikter å stå til disposisjon for boet, trer inn i debitors arbeidsgiverrolle for så vidt gjelder arbeidsgivers instruksjonsrett.²³ Dette kan tyde på at man her opererer med et relativt arbeidsgiverbegrep. I forhold til styringsretten er boet å betrakte som arbeidsgiver, men ikke nødvendigvis i forhold til øvrige arbeidsgiverfunksjoner og arbeidsgiverplikter. Det samme inntrykket forsterkes når man leser § 7-11 siste ledd. Bestemmelsen sier at boet ikke skal betale arbeidsgiveravgift av dividendebetalinger vedrørende lønn og andre godtgjørelser etter arbeidsavtalen. Med andre ord vil boet være fritatt for arbeidsgiveravgift hvis det ikke benytter arbeidstakerne til å utføre arbeid i treukersperioden og ikke trer inn. Benyttes derimot arbeidstakerne til å utføre arbeid i denne perioden, må boet svare arbeidsgiveravgift for lønnen, samt trekke skatt av den. Forarbeidene presiserer at det ikke er naturlig å anse boet som arbeidsgiver i forhold til skatte- og trygdelovgivningen så lenge boet ikke har trådt inn i arbeidsavtalen og blitt masseforpliktet for lønnen.²⁴ Forarbeidene kan på dette punktet synes noe upresise. Boet har etter § 7-11 adgang til å benytte arbeidstaker i tre uker etter konkursåpningstidspunktet. Innen fristen er ute kan boet erklære at det *ikke* trer inn i arbeidsavtalen. Det man står ovenfor, er en mellomomsituasjon: boet pådras masseforpliktelser for utført arbeid uten å tre inn i arbeidsavtalen. På bakgrunn av dette må boet i alle fall anses som arbeidsgiver i forhold til skatte- og trygdelovgivningen all den tid det benytter arbeidstaker til å utføre arbeid, selv om det senere erklærer at det ikke trer inn i arbeidsavtalen.

Så langt kan det altså tyde på at boet er å anse som arbeidsgiver i forhold til styringsretten, men ikke i forhold til skatte- og trygdespørsmål når boet unnlater å benytte arbeidstaker i den tiden vedkommende plikter å stå til disposisjon.

²³ Ot.prp. nr. 26 (1998-99) s. 258.

²⁴ Ot.prp. nr. 26 (1998-99) s. 261.

Det må understrekes at boet ikke er fritatt for en av de viktigste arbeidsgiverpliktene i perioden på tre uker. Jeg sikter her til ansvaret for lønn i henhold til arbeidsavtalen. Riktignok er lønn i treukersperioden klassifisert som dividendefordring når arbeidstakerne ikke har utført arbeid for boet, og som massefordring bare når arbeidstakerne har utført slikt arbeid, jf § 7-11 tredje ledd andre og tredje punktum. Men uansett er arbeidstakerne berettiget til å melde sine lønnskrav etter arbeidsavtalen i boet, og boet må således betraktes som arbeidsgiver i forhold til lønn. Dersom boet ønsker å komme helt fri fra sine forpliktelser etter arbeidsavtalen, må det erklære at det ikke trer inn i arbeidsavtalen, samt sende oppsigelse etter arbeidsforholdets alminnelige regler, jfr. § 7-11 tredje ledd første punktum. Flere av arbeidsmiljølovens regler får her direkte anvendelse.

I denne sammenheng har det spesiell interesse å se nærmere på arbeidsmiljøloven § 15-4, som omhandler formkrav ved oppsigelse. Paragraf 15-4 andre ledd litra d bestemmer at en oppsigelse skal opplyse om hvem som er arbeidsgiver og rett saksøkt i en eventuell tvist. Spørsmålet blir da om boet er arbeidsgiver i forhold til oppsigelsesreglene i arbeidsmiljøloven. Man kan tenke seg at boet ikke anser seg som arbeidsgiver siden det ikke trer inn i avtalen, og at debitor derfor fortsatt er formell arbeidsgiver. Et slikt resonnement kan neppe føre frem. Det er boet som har oppsigelseskompetanse i medhold av dekningsloven § 7-11, ikke debitor. Dessuten vil det å anse debitor som arbeidsgiver passe dårlig med prinsippet i konkursloven § 100. Paragraf 100 fratrar debitor retten til å råde så vel faktisk som rettslig over de eiendeler som omfattes av konkursbeslaget. Arbeidsavtalen omfattes av konkursbeslaget. Boet må således angi seg selv som arbeidsgiver og som rett saksøkt i en eventuell tvist om oppsigelsen.²⁵

Paragraf 7-11 er, som tidligere påpekt, konstruert slik at arbeidsavtalen løper videre selv om boet erklærer ikke-inntreden. En slik erklæring har bare betydning for hvordan lønnskravet skal utredes. Hvis

²⁵ Slik forholdes det også i praksis, i hvert fall for en del: En av konkursadvokatene jeg har vært i kontakt med, bekreftet at ved hans kontor var det vanlig å gjøre det på denne måten.

meningen med bestemmelsen skulle være at boet også skulle være fri for arbeidsgiverplikter og -funksjoner ut over instruksjonsretten så lenge det ikke trer inn i avtalen, burde det ha vært kommentert i forarbeidene. At arbeidstaker har mulighet til å ta annet arbeid inntil boet har tatt stilling til spørsmålet om inntreden, kan ikke medføre at boet ikke skal anses som arbeidsgiver i treukersperioden. Dette fordi retten til å ta annet arbeid i perioden før boets avgjørelse foreligger, er svært illusorisk på grunn av de praktiske vanskelighetene utøvelse av retten vil medføre. Når det i tillegg kreves at arbeidstakerne skal stå til disposisjon for boet, må det naturlige motstykket være at konkursboet betraktes som arbeidsgiver de tre første ukene etter konkursåpning, ikke bare i forhold til styringsretten, men også i andre relasjoner der spørsmålet har aktualitet. Paragraf 7-11 siste ledd må derfor betraktes som et unntak fra utgangspunktet om at boet er arbeidsgiver i perioden på tre uker.

Videre kan man spørre hva konsekvensen av å ikke stå til disposisjon for boet er for arbeidstakeren. Situasjonen kan være at arbeidstakeren har tatt annet arbeid og så nekter å etterkomme krav fra boet om å utføre arbeid. Selv om § 7-11 taler om "plikt" for arbeidstakerne til å stå til disposisjon for boet, knytter ikke bestemmelsen noen direkte sanksjonsmuligheter til overtredelse av plikten. Det er klart at arbeidstakeren ikke kan kreve lønn for den tiden han ikke står til disposisjon for boet hvis fraværet ikke er saklig begrunnet.²⁶ Ovenfor konkluderte jeg med at boet må anses som arbeidsgiver i de tre første ukene etter konkursåpning, dog med visse unntak. Dersom man legger dette til grunn, må boet være berettiget til å benytte arbeidsrettslige sanksjonsmuligheter overfor arbeidstakere som ikke etterkommer plikten i § 7-11 første ledd siste punktum. Det mest nærliggende alternativet er i så fall avskjedigelse. Paragraf 7-11 første ledd siste punktum presiserer at arbeidstaker har arbeidsplikt overfor boet. Å ikke etterleve arbeidsplikten uten å ha en saklig grunn for det, må sies å være "vesentlig mislighold av arbeidsavtalen", jfr. arbeidsmiljøloven

²⁶ Jakhelln 2005 s. 289.

§ 15-14 første ledd. Avskjed medfører at arbeidsforholdet opphører umiddelbart, uten oppsigelsesfrist. Dette vil igjen bety at arbeidstaker ikke er berettiget til utbetaling av dividende for sitt lønnskrav ut ordinær oppsigelsestid.

3.5 Boet trer inn i arbeidsavtalen

Dette forholdet reguleres i § 7-11 *andre ledd*.

3.5.1 Hvordan trer boet inn i arbeidsavtalen?

Utgangspunktet er at boet automatisk trer inn i arbeidsavtalen, med mindre det tre uker etter konkursåpningstidspunktet erklærer at det ikke trer inn i avtalen, jfr. § 7-11 første ledd og punkt 3.3 ovenfor. Inntreden kan således skje ved passivitet fra boets side.

Spørsmålet videre er om boet aktivt kan erklære inntreden før fristen utløper, altså om boet kan frasi seg adgangen til å erklære at det ikke trer inn i arbeidsavtalen. Spørsmålet er ikke direkte regulert i § 7-11. Forarbeidene til bestemmelsen forutsetter imidlertid at boet bør ta stilling til spørsmålet om inntreden eller ikke-inntreden snarest mulig og helst innen tre uker etter konkursåpningstidspunktet.²⁷ Et slikt ønske om en snarlig avklaring av de ansattes situasjon taler for at boet bør ha adgang til å tre inn i arbeidsavtalene i løpet av treukersfristen. Paragraf 7-11 åpner for at boet aktivt erklærer at det ikke trer inn i arbeidsavtalen i løpet av fristen på tre uker. En fra-det-mer-til-det-mindre-betraktning tilsier at hvis boet kan erklære ikke-inntreden, må det også kunne erklære inntreden før treukersfristen utløper. Følgelig må det være adgang for boet til aktivt å erklære inntreden i arbeidsavtalen før tre uker er passert fra konkursåpningstidspunktet. Konsekvensen blir at virkningene av inntreden, som blant annet reguleres i § 7-11 andre ledd, gjelder fra erklæringstidspunktet, og ikke først fra tre uker etter konkursåpningstidspunktet.

Dernest kan det reises spørsmål om hvorvidt boet kan tre inn i arbeidsavtalen ved konkludent atferd. Spørsmålet har relevans i de tre første ukene etter konkursåpning. Situasjonen kan være at boet an-

²⁷ Ot.prp. nr. 26 (1998-99) s. 258.

moder arbeidstaker om å arbeide i treukersperioden, uten at det samtidig uttrykkelig erklærer inntreden i arbeidsavtalen. Det vil imidlertid stride mot § 7-11 første ledd å tillegge dette virkning som inntreden. Arbeidstaker har etter første ledd plikt til å arbeide for boet før det har tatt stilling til spørsmålet om inntreden. Det er åpenbart ikke meningen med første ledd at materialisering av arbeidsplikten samtidig skal innebære inntreden i arbeidsavtalen for boet. Boet kan derfor ikke anses å tre inn i arbeidsavtalen ved å pålegge arbeidstaker å arbeide i perioden på tre uker etter konkursåpning. Likevel kan det tenkes å foreligge andre omstendigheter som kan gjøre det usikkert om boet har trådt inn i arbeidsavtalen eller ikke. For eksempel kan boets handlemåte, muntlige utsagn fra bostyrer, etc., bidra til forvirring. Slik jeg ser det, må dette være et spørsmål om det er knyttet bestemte formkrav til en erklæring om inntreden i arbeidsavtalen. Dersom svaret er ja, vil det springende punkt være om formkravene er fulgt, ikke om det foreligger øvrige omstendigheter som kan tilsi at boet har trådt inn i arbeidsavtalen.

3.5.2 Krav om form?

Som nevnt regulerer ikke § 7-11 adgangen til uttrykkelig å erklære inntreden i arbeidsavtalene. Følgelig er det heller ikke oppstilt bestemte formkrav til en slik erklæring i § 7-11. Erklæring om *ikke* å tre inn i arbeidsavtalen *er* derimot regulert i første ledd. For en slik erklæring stiller bestemmelsen opp bestemte formkrav, blant annet skriftlighet og opplysningsplikt, se punkt 3.6.1. Formkravene er hovedsakelig gitt for å ivareta arbeidstakers interesser. Ved et krav om skriftlighet unngår man langt på vei tolkningstvil om det foreligger en erklæring om at boet ikke trer inn i arbeidsavtalen. En erklæring om inntreden i arbeidsavtalen har ikke like inngripende konsekvenser for arbeidstaker som en erklæring om ikke å tre inn. Ved inntreden vil avtaleforholdet i det vesentlige fortsette som før. Vernehensyn gjør seg således ikke like sterkt gjeldende ved inntreden som ved ikke-inntreden. Ser man på reguleringen som gjelder for skyldnerens øvrige avtaler, er det ikke der oppstilt formkrav for boets inntreden i disse,

jfr. § 7-3. Trekker man en parallell til avtaleretten, er utgangspunktet at det eksisterer formfrihet for avtaler.²⁸ I mangel av holdepunkter som taler for formkrav, må man falle tilbake på utgangspunktet om formfrihet. Dermed kan det ikke stilles bestemte formkrav for boets erklæring om inntreden i perioden på tre uker etter konkursåpningstidspunktet. Eksempelvis kan boet muntlig erklære at det trer inn. En annen sak er at det mest ryddige er å knytte erklæringen til et skriftstykke som uttrykkelig sier at inntreden finner sted.

3.5.3 Virkningene av boets inntreden i arbeidsavtalen

Forarbeidene fastslår at inntreden i utgangspunktet innebærer at de generelle reglene i dekningsloven kapittel 7 gjelder.²⁹ Utgangspunktet fravikes der annet følger av ”vedkommende rettsforholds egenart”, jfr. § 7-1. Paragraf 7-11 er en spesialregel i forhold til de generelle reglene i kapittel 7. Det følger derfor av vanlige lovtolkningsprinsipper og § 7-1 andre punktum at de øvrige reglene i kapittel 7 må vike dersom annet følger av § 7-11.

Den viktigste virkningen av at boet trer inn i arbeidsavtalen, er at boet blir ”berettiget og forpliktet på avtalens vilkår”, jfr. § 7-11 andre ledd første punktum. Arbeidsavtalen løper med andre ord videre med samme innhold som da debitor var formell arbeidsgiver. Arbeidstaker plikter på sin side å stille sin arbeidskraft til disposisjon for boet, og blir også avskåret fra å ta annet arbeid. På den annen side blir boet å betrakte som arbeidsgiver i alle relasjoner fra det tidspunkt inntreden finner sted. Fra dette tidspunktet kan ikke lenger boet påberope seg § 7-11 femte ledd. Følgelig må boet anses som arbeidsgiver også i forhold til skatte- og trygdespørsmål.

Videre skal fordring på lønn og annen godtgjørelse utredes som massekrav fra og med konkursåpningstidspunktet, jfr. andre ledd andre punktum. Bestemmelsen tar ikke hensyn til hvorvidt arbeids-

²⁸ Woxholth 2003 s. 26.

²⁹ Ot.prp. nr. 26 (1998-99) s. 259.

taker har utført arbeid eller ikke for boet fra konkursåpningstidspunktet frem til inntreden finner sted. Annet gjelder der boet *ikke* trer inn i arbeidsavtalen, jfr. tredje ledd andre og tredje punktum. Arbeidstaker som *ikke* har utført arbeid for boet frem til inntreden, vil etter andre ledd få sine lønnskrav etter arbeidsavtalen for denne perioden dekket som massekrav. I de tilfellene boet erklærer at det ikke trer inn i arbeidsavtalen, vil lønnskravet ha status som dividendekrav fra og med konkursåpningen, med mindre arbeidstaker har utført arbeid for boet, jfr. tredje ledd andre punktum. Har det blitt utført arbeid for boet, skal lønnskravet ha status som massekrav. Hvis det er behov for å tre inn i mange arbeidsavtaler, kan boet således risikere å bli påført til dels store massekrav for arbeidskraft det ikke har benyttet seg av. Jeg vil tro at inntreden i arbeidsavtalen ville fremstått som mer attraktivt for boet dersom det kun hadde blitt masseforpliktet fra og med inntredelsestidspunktet. I de tilfellene arbeidstaker har utført arbeid for boet i tiden mellom konkursåpningstidspunktet og tidspunktet for inntreden, må lønnskravet for denne innsatsen utredes som massekrav.

Debitor kan skylde lønn for tiden *før* konkursåpningstidspunktet. Spørsmålet er om boets inntreden har betydning for slike krav. Paragraf 7-4 tredje ledd bestemmer at boet blir "bare forpliktet til å utrede vederlaget for tiden fra konkursåpningen som massefordring". Følgelig har lønnskrav fra tiden før boåpning status som dividendekrav, jfr. § 6-1. Krav på lønn eller annet arbeidsvederlag vil i denne forbindelse være en prioritert dividendefordring av første klasse, jfr. § 9-3 første ledd nr.1, og dekkes innenfor visse rammer av lønnsgarantiordningen (se nærmere i avsnitt 4).

Selv om boet trer inn i arbeidsavtalen, kan det tre ut igjen med en måneds varsel, jfr. § 7-11 andre ledd fjerde punktum. Fristen regnes fra den dagen varselet gis. Loven gjør her et unntak fra utgangspunktet om at boet blir berettiget og forpliktet etter avtalens innhold. Retten til å tre ut av arbeidsavtalen knytter seg til boets forpliktelse til å betale vederlaget som massefordring. Etter at fristen på en måned er utløpt, har vederlagskravet status som dividendekrav. Varselet innebærer ingen oppsigelse av arbeidsavtalen. Den består frem til den sies opp

etter arbeidsforholdets alminnelige regler og oppsigelsesfristen er løpt ut, jfr. andre ledd femte punktum. Hensynet bak regelen er å begrense boets masseforpliktelser. De alminnelige oppsigelsesfristreglene i arbeidsmiljøloven § 15-3 kan medføre at oppsigelsestiden blir hele seks måneder for eldre arbeidstakere som har vært ansatt lenge i bedriften. Det ville være en tung byrde for boet hvis det måtte utrede lønnskrevet for oppsigelsestiden som massekrav bare fordi man ønsker å fortsette arbeidsforholdet i en kortere periode.

Arbeidstakeren har ikke arbeidsplikt for boet etter at fristen på en måned har løpt ut, jfr. tredje ledd. Hvis arbeidstakeren likevel utfører arbeid for boet, skal vederlaget dekkes som massefordring, jfr. andre ledd siste punktum. Det vil være urimelig om arbeidstaker mot boets ønske fortsetter å arbeide etter at fristen er utløpt, og på den måten påfører boet masseforpliktelser. Forutsetningen for å få dekket vederlaget som massekrav er at arbeidet er utført etter pålegg fra boet. Forarbeidene har lagt til grunn at vederlag for faktisk utført arbeid må utredes som massekrav, med mindre arbeidstaker har klare holdepunkter for at boet ikke ønsker arbeidet utført.³⁰ Etter mitt skjønn vil et varsel om uttreden av arbeidsavtalene som samtidig opplyser arbeidstakerne om at boet ikke ønsker deres arbeidsinnsats etter utløpet av fristen på en måned, gi tilstrekkelig holdepunkt for at arbeidstakerne ikke kan kreve sitt vederlag som massekrav.

Spørsmålet videre er om varselet kan gis formfritt. Ordlyden gir ikke noe klart svar. Utgangspunktet er, som alt nevnt, at det hersker formfrihet i norsk rett. Som påpekt ovenfor knytter § 7-11 formkrav til erklæring som gis innen tre uker etter konkursåpning om ikke å tre inn i arbeidsavtalen. Det er en parallell mellom de to tilfellene, og de samme hensyn gjør seg langt på vei gjeldende i begge situasjoner. Det synes derfor merkelig at man har formkrav til en erklæring som gis i løpet av de tre første ukene etter boåpning om ikke å tre inn, mens varsel etter andre ledd kan gis formfritt. Gode grunner taler for at man stiller de samme formkravene til varselet etter andre ledd som man har

³⁰ Ot.prp. nr. 26 (1998-99) s. 260.

til erklæringen etter første ledd. Det samme må sies om måten varselet gis på. Erklæringen etter første ledd kan ”gis samlet til alle arbeidstakere ved skriv til tillitsvalgte eller ved oppslag på arbeidsplassen”. Hensynene bak regelen gjør seg også gjeldende ved varsel etter andre ledd. Følgelig bør det kreves at varselet gis på samme måte som erklæring etter første ledd.

Etter dekningsloven § 7-5 andre ledd kan den annen part i et løpende avtaleforhold kreve at boet stiller sikkerhet for sin ytelse dersom boet velger å tre inn i avtalen. Bestemmelsen er et utslag av det obligasjonsrettslige prinsippet om ytelse mot ytelse. Arbeidstaker har etter bestemmelsen adgang til å kreve sikkerhet for sitt lønnskrav for den til enhver tid første forfalte termin som oppstår etter boets inntreden, selv om kravene har status som massekrav. I praksis innebærer dette at arbeidstaker kan kreve at boet stiller sikkerhet for lønnen fra inntreden frem til første lønningsdag. Deretter kan ny sikkerhet for lønnen kreves frem til neste lønningsdag, etc. Dersom boet ikke etterkommer arbeidstakers krav om sikkerhetsstillelse, må arbeidstakeren ifølge forarbeidene ”kunne heve avtalen etter reglene om antesipert mora”.³¹ Følgelig har arbeidstaker ikke arbeidsplikt så lenge boet ikke stiller sikkerhet for lønnskravet.

Praktikerne jeg har vært i kontakt med, opplyste at de svært sjelden hadde opplevd at arbeidstakere benyttet § 7-5. En mulig forklaring på dette kan være at arbeidstaker ikke kjenner regelverket godt nok til å vite at han har rett til sikkerhetsstillelse. Videre kan forklaringen bero på at der boet beslutter videre drift av skyldnerens virksomhet, vil det oftest bli stilt sikkerhet eller garanti for den videre driften. Slik sikkerhet kan bli stilt av kreditorer som ser seg best tjent med at virksomheten fortsetter, eller for eksempel av en bank med varelagerpant. Banken kan se seg bedre tjent med å garantere for videre drift enn å bli sittende med et varelager som vanskelig lar seg realisere. Slik sikkerhetsstillelse kan omfatte arbeidstakers krav på lønn, avhengig av

³¹ Ot.prp. nr. 50 (1980-81) s. 185.

hvordan den utformes. Dermed er det ofte ikke nødvendig for arbeidstaker å kreve særskilt sikkerhetsstillelse i henhold til § 7-5.

3.5.4 Oppsigelse

Hvis boet vil avslutte arbeidsavtalen, må det si opp avtalen ”etter arbeidsforholdets alminnelige regler”. Avtalen anses avsluttet når ”oppsigelsesfristen er løpt ut”, jfr. § 7-11 andre ledd femte punktum.

Bestemmelsen synes å forutsette at det må foreligge en *oppsigelse* fra boets side for at det skal kunne bringe avtaleforholdet til opphør. For faste arbeidsavtaler er dette kurant. Men det kan stilles spørsmål om det må gis oppsigelse der boet har trådt inn i en midlertidig arbeidsavtale. Etter arbeidsmiljøloven § 14-9 siste ledd opphører slike avtaler uten oppsigelse ”ved det avtalte tidsrommets utløp, eller når det bestemte arbeid er avsluttet”, med mindre arbeidstakeren har vært sammenhengende midlertidig ansatt i mer enn fire år. Etter mitt skjønn kan det ikke kreves at boet må gi en særskilt oppsigelse for at avtalen skal opphøre ved ”det avtalte tidsrommets utløp, eller når det bestemte arbeid er avsluttet”. Ønsker boet å avslutte avtalen *tidligere* enn det avtalte tidsrommets utløp, eller før det bestemte arbeid er avsluttet, må det derimot selvsagt foreligge en gyldig oppsigelse. Hensikten med § 7-11 andre ledd femte punktum må være at boet må forholde seg til de regler om opphør som gjelder for vedkommende arbeidsavtale. Dette innebærer at boet er forpliktet til skriftlig å varsle en midlertidig ansatt som har vært ansatt i mer enn ett år om tidspunkt for fratreden senest en måned før fratredelsestidspunktet, jfr. arbeidsmiljøloven § 14-9 fjerde ledd. Likeledes kan det ikke kreves at boet skal komme med en ny oppsigelse for arbeidsavtaler som var gyldig oppsagt av arbeidstaker eller debitor før boåpningstidspunktet. Hvis boet trer inn i avtalen for oppsigelsesfristens del, opphører avtalen når oppsigelsesfristen er utløpt, uten at boet må komme med en ny oppsigelse.

Som en motvekt til boets adgang til å tre ut av arbeidsavtalen med en måneds varsel, har arbeidstaker en ekstraordinær oppsigelsesadgang i henhold til § 7-11 andre ledd andre punktum. Etter denne bestemmelsen kan arbeidstaker si opp arbeidsavtalen med en måneds

varsel. Fristen regnes fra den dagen varselet gis. I motsetning til hva som gjelder for boets rett til å tre ut av arbeidsavtalen, refererer arbeidstakerens rett til å si opp arbeidsavtalen seg til hele avtaleforholdet. Bestemmelsen representerer således et unntak fra de alminnelige oppsigelsesfristene i arbeidsmiljøloven § 15-3 og eventuelle avtalebestemte oppsigelsesfrister. Ut over reglene om oppsigelsesfrister må det antas at arbeidsmiljølovens alminnelige regler gjelder. Følgelig må eventuelle formkrav til arbeidstakers oppsigelse avgjøres på grunnlag av arbeidsmiljøloven § 15-4. I denne sammenheng må det påpekes at kravet om skriftlighet i arbeidsmiljøloven § 15-4 første ledd anses som en ordensregel når oppsigelsen kommer fra arbeidstaker. Med andre ord vil en muntlig oppsigelse fra arbeidstaker være gyldig. Videre er arbeidstaker ikke fritatt for arbeidsplikt i oppsigelsesfristen. Vederlagskravet har status som massekrav frem til oppsigelsesfristens utløp. Dersom arbeidstaker ikke utfører arbeid for boet i oppsigelsestiden, kan det stilles spørsmål om det får betydning for lønnskravet, og i tilfelle hva slags status kravet skal ha. Svaret må bero på årsaken til at arbeidstaker ikke utfører arbeid. Dersom arbeidstaker unnlater å møte på arbeid i oppsigelsestiden, kan det etter omstendighetene gjøre boet berettiget til å heve arbeidsavtalen med øyeblikkelig virkning. I så fall bortfaller boets lønnsplikt fra og med avskjedstidspunktet. Har boet og arbeidstaker kommet frem til en fratredelsesavtale, herunder om fratredelsestidspunkt, vil innholdet i denne være avgjørende for lønnsplikt, samt lønnskravets status. Hvis boet utestenger arbeidstaker fra arbeidsplassen, må arbeidstaker likevel ha krav på lønn med massekravstatus.

3.6 Boet trer ikke inn i arbeidsavtalen

Dette forholdet reguleres i § 7-11 første og tredje ledd.

3.6.1 Erklæring om ikke-inntreden

For å unngå å tre inn i arbeidsavtalen må boet innen tre uker etter konkursåpningstidspunktet erklære at det ikke trer inn, jfr. § 7-11 første ledd andre punktum. Det er knyttet visse formelle krav til erklæringen, jfr. første ledd tredje og fjerde punktum. For det første er det et

krav om skriftlighet. Videre skal erklæringen opplyse om arbeidstakerens rettigheter og plikter i forbindelse med konkursen.

Konkursloven § 84 bestemmer at bostyrer ”skal så tidlig som mulig informere de ansatte i skyldnerens næringsvirksomhet om deres rettigheter og holde dem orientert om bobehandlingen så langt deres interesser berøres”. Opplysningsplikten etter § 7-11 kan derfor synes unødvendig ved siden av bostyrers underretningsplikt etter konkursloven § 84. Man kan betrakte boets opplysningsplikt etter dekningsloven § 7-11 første ledd som en presisering av bostyrers plikt etter § 84 til å holde de ansatte løpende orientert om bobehandlingen. Av spesielle opplysninger arbeidstaker bør få kjennskap til i forbindelse med erklæringen, nevnes spesielt reglene i § 7-11, lønnsgarantien og de alminnelige oppsigelsesreglene.

Det er ingen holdepunkter i ordlyden eller forarbeidene som tyder på at formkravene er ordensregler. Derimot sier ordlyden at erklæringen ”skal” avgis skriftlig, og at erklæringen ”skal” opplyse arbeidstakeren. Man må således legge til grunn at brudd på formkravene medfører at erklæringen om ikke å tre inn, er ugyldig. Boet må i en slik situasjon gi en ny erklæring som oppfyller formkravene.

Paragraf § 7-11 første ledd tredje punktum regulerer videre avgivelsen av erklæringen. Ofte er det vanskelig for boet å komme i kontakt med hver enkelt arbeidstaker. Det kan tenkes at noen er fraværende på grunn av ferie eller permisjoner, eller at boet ikke vet om alle ansatte. Hvis boet skulle gi erklæring om at det ikke trer inn i arbeidsavtalen til hver enkelt ansatt, kunne boet risikere å bli masseforpliktet fordi det i slike tilfeller ikke er mulig å få kontakt med samtlige ansatte. Av den grunn bestemmer første ledd tredje punktum at erklæringen kan gis samlet for alle ansatte ”ved skriv til tillitsvalgte eller ved oppslag på arbeidsplassen”.³²

³² Ot.prp. nr. 26 (1998-99) s. 258.

3.6.2 Virkningene av boets erklæring om ikke å tre inn i arbeidsavtalen

Som for varselet om uttreden etter andre ledd knytter også en erklæring om ikke å tre inn i arbeidsavtalen etter tredje ledd seg til boets forpliktelse til å betale lønn og annen godtgjørelse som massefordring. Erklæringen er ingen oppsigelse av arbeidsavtalen. Virkningen av at boet ikke trer inn i arbeidsavtalen, er først og fremst at vederlagskravet bare skal utredes som dividendefordring fra og med konkursåpningstidspunktet. Dette utgangspunktet modifiseres i tredje ledd siste punktum for de tilfeller der arbeidstaker har utført arbeid for boet etter konkursåpningstidspunktet. Arbeidstaker kan ikke kreve vederlag for utført arbeid som massefordring dersom det forelå holdepunkter for at boet ikke ønsket arbeidet utført. Utfører arbeidstaker arbeid for boet etter at erklæring om uttreden er gitt, kreves enda klarere holdepunkter for at boet ønsket arbeidet utført for å kunne kreve vederlaget som massefordring.³³

3.6.3 Oppsigelse

For å bringe arbeidsavtalen til opphør må boet si opp avtalen ”etter arbeidsforholdets alminnelige regler og oppsigelsesfristen er løpt ut”, jfr. § 7-11 tredje ledd første punktum. Her viser jeg til det som er sagt i punkt 3.5.4 om den tilsvarende regelen der boet gir varsel om uttreden fra arbeidsavtalene.

3.7 *Kan konkursboet tre inn i og ut av hvilke arbeidsavtaler det vil?*

Forutsetningen nedenfor er at det er flere enn en arbeidstaker i skyldnerens ervervsvirksomhet.

Hittil har jeg kun fokusert på den generelle situasjonen når boet henholdsvis trer inn og ikke trer inn i arbeidsavtalen. Utgangspunktet er at boet automatisk trer inn i arbeidsavtalene, med mindre det innen tre uker etter konkursåpningstidspunktet erklærer ikke-inntreden. Et spesielt spørsmål er her om boet har en *valgrett* vedrørende hvilke

³³ Ot.prp. nr. 26 (1998-99) s. 260.

arbeidsavtaler det kan erklære at det ikke trer inn i og hvilke arbeidsavtaler det blir bundet av. En parallell situasjon har man der boet først trer inn i arbeidsavtalene, men etter en tid benytter sin rett etter § 7-11 andre ledd fjerde punktum til å tre ut med en måneds varsel. Spørsmålet er i denne situasjonen om boet har valgt rett vedrørende hvilke arbeidsavtaler det ønsker å forbli part i og hvilke arbeidsavtaler det vil tre ut av.

Det første spørsmålet kan oppstå der bare en begrenset del av skyldnerens virksomhet videreføres. Da vil situasjonen ofte være at boet ikke har behov for å tre inn i samtlige arbeidsavtaler. Det andre spørsmålet kan få aktualitet der det besluttes gradvis nedtrapping av virksomheten. I takt med nedtrappingen minsker behovet for ansatte. Siden likheten mellom de to spørsmålene er stor, vil jeg i det følgende behandle dem under ett.

Først må det konstateres at boet kan velge om det vil tre inn i samtlige, noen eller ingen av skyldnerens arbeidsavtaler. Dette fremgår av forarbeidene, men følger også av konkursrettslige prinsipper.³⁴

Spørsmålet videre er om boet har fri adgang til å velge *hvilke* arbeidsavtaler det vil være bundet av når det ikke er aktuelt å videreføre samtlige avtaler. Det konkursrettslige utgangspunkt er at konkursboet fritt kan velge hvilke avtaler det ønsker å videreføre, jfr. dekningsloven § 7-3. Betydningen av dette er blant annet at en kontraktspart ikke kan forlange at boet trer inn i vedkommendes kontrakt bare fordi det trer inn i en annens kontrakt. Boet har adgang til å ta hensyn til hvorvidt det enkelte kontraktsforhold er lønnsomt for boet å videreføre eller ikke, og på det grunnlaget kan det vurdere spørsmålet om inntreden.

Spørsmålet er om det konkursrettslige utgangspunktet gjelder unntaksfritt for arbeidsavtaler. I forhold til arbeidskontraktene kan fri utvelgelse innebære at boet vil vurdere arbeidstakernes sykefravær, arbeidskapasitet, alder, stilling, etc., når det skal velge hvilke arbeidsavtaler det vil videreføre. I teorien påpekes det at boets valgsituasjon

³⁴ Ot.prp. nr. 26 (1998-99) s. 144.

har klare likhetstrekk med en situasjon der arbeidsgiver sier opp arbeidstakere i forbindelse med en driftsinnskrenkning, jfr. arbeidsmiljøloven § 15-7 første og andre ledd. Av den grunn er det blitt hevdet at boet bør være bundet av de samme reglene som regulerer oppsigelse i forbindelse med driftsinnskrenkninger når boet foretar sitt valg om hvilke arbeidsavtaler som skal videreføres.³⁵ Arbeidsmiljøloven § 15-7 første og andre ledd krever at oppsigelse som skyldes driftsinnskrenkninger eller rasjonaliseringstiltak, må være saklig fundert. Vilkåret om saklighet er ikke oppfylt dersom arbeidsgiver har annet passende arbeid å tilby arbeidstaker. For å avgjøre om oppsigelsen er saklig, skal det foretas en avveining mellom virksomhetens behov og de ulemper arbeidstaker blir påført. Både oppsigelsesgrunnen og saksbehandlingen må være saklig. Fast og langvarig rettspraksis understreker at utvelgelsen av arbeidstakere som skal sies opp må være saklig, jfr. eksempelvis Rt. 1992 s. 776. Dette innebærer at det ikke må forekomme usaklig forskjellsbehandling av arbeidstakerne. Høyesterett har påpekt at det skal tas hensyn til særlig lang ansettelse, men at ansiennitetsprinsippet kan fravikes for ansatte som er helt nødvendige for den videre drift, på grunn av forskjeller i kvalifikasjoner, erfaring og anvendelighet generelt når dette er tilstrekkelig begrunnet i bedriftens forhold, jfr. Rt. 1986 s. 879. Det er med andre ord ikke tilstrekkelig at oppsigelsesgrunnen er saklig, valget av vedkommende arbeidstaker må også være saklig.

Det springende punkt er om slike regler får anvendelse for boets valgsituasjon i forhold til spørsmålet om inntreden i eller uttreden av noen av arbeidsavtalene. Prinsipielt er spørsmålet om inntreden i eller uttreden av avtaler et annet spørsmål enn oppsigelse av arbeidsavtaler. Arbeidsavtalen løper videre uavhengig av om boet velger å ikke tre inn i avtalen. Det samme gjelder der boet velger å tre ut av avtalen etter en tid. Dette kan tale for at boet har frihet til å velge hvilke arbeidsavtaler det vil videreføre. For å bringe arbeidsavtalen til opphør må boet i begge tilfeller si avtalen opp ”etter arbeidsforholdets almin-

³⁵ Nygaard Haug 1989 s. 99.

nelige regler”, jfr. § 7-11 andre ledd femte punktum og tredje ledd første punktum. Ordlyden tyder på at reglene om oppsigelse i arbeidsmiljølovens kapittel 15, herunder § 15-7, får anvendelse i de tilfeller hvor arbeidsforholdet reguleres av denne loven. Når boet erklærer at det ikke trer inn i, eller varsler at det trer ut av, noen av arbeidsavtalene, vil det oftest også si opp vedkommende arbeidstakere. Det gjøres da for å begrense utbetalinger av dividende for lønnskrav som fortsetter å akkumulere inntil oppsigelsesfristen er utløpt. Ved oppsigelse av arbeidsavtaler er boet derfor uansett bundet av reglene om utvelgelse av arbeidstakere som skissert ovenfor. Det er imidlertid på erklærings- og varslingstidspunktet det reelle valget av hvilke arbeidstakere som får fortsette i virksomheten, skjer. Realiteten tilsier derfor at boet må være bundet av reglene om utvelgelse også når det erklærer at det ikke trer inn i, eller varsler at det trer ut av, noen av arbeidsavtalene. I motsatt fall kunne man risikere at boet omgår utvelgelsesreglene ved å erklære at det ikke trer inn i, eller trer ut av, noen av arbeidsavtalene, og samtidig lar være å gå til oppsigelse av de berørte arbeidstakere. *Huser* mener at boet må stå fritt når det skal velge hvilke arbeidsavtaler det vil videreføre.³⁶ Han påpeker at dersom arbeidsmiljøloven skulle ”gå foran veletablerte konkursrettslige prinsipper, måtte en forvente dette omtalt i motivene”. Etter min mening kan man like gjerne snu resonnetet og si at dersom det var meningen at arbeidsmiljøloven ikke skulle få anvendelse på dette området, burde det forventes omtalt i forarbeidene. *Huser* hevdet sitt syn i 1988. Dette var før § 7-11 ble utformet.

Jeg vil tro at saklighetsvurderingen vil stå noe annerledes i konkurs enn i normaltilfellene. Sakligheten vil mest sannsynlig bli knyttet sterkere til boets behov.

³⁶ *Huser* 1988 s. 291.

3.8 *Partenes rettigheter og plikter mens oppsigelsesfristen løper*

3.8.1 *Utgangspunkter*

Paragraf 7-11 fjerde ledd gjelder blant annet partenes rettigheter og plikter mens oppsigelsesfristen løper. Bestemmelsen kommer direkte til anvendelse i to tilfeller, jfr. første punktum.

For det første regulerer bestemmelsen oppsigelsestiden der boet erklærer at det ikke trer inn i arbeidsavtalen og det gis oppsigelse av arbeidsavtalen etter arbeidsforholdets alminnelige regler. Hvorvidt oppsigelsen stammer fra boet eller arbeidstaker, har i denne sammenheng ikke betydning. Ut fra ordlyden må § 7-11 fjerde ledd sies å regulere begge tilfeller.

For det andre regulerer bestemmelsen tiden etter at en måned er passert fra boets varsel i henhold til tredje ledd fjerde punktum om at det trer ut av arbeidsavtalen. Stillingen mellom partene i den første måneden etter varselet må følgelig bestemmes etter alminnelige arbeidsrettslige regler. Man kan merke seg at det ikke er påkrevd at det foreligger en oppsigelse for at fjerde ledd skal gjelde. Det er tilstrekkelig at det foreligger et varsel. Forarbeidene understreker at fjerde ledd regulerer oppsigelsestiden.³⁷

Som tidligere påpekt løper arbeidsforholdet videre selv om boet trer ut med en måneds varsel, så lenge boet eller arbeidstakeren ikke sier opp arbeidsavtalen. Man kan således tenke seg situasjonen der arbeidsforholdet består samtidig som fjerde ledd får anvendelse. Det er derfor noe upresist når forarbeidene sier at fjerde ledd bare regulerer partenes rettigheter og plikter mens oppsigelsesfristen løper. Hvorfor lovgiver har funnet det unødvendig med oppsigelse ved uttreden av arbeidsavtalen for at fjerde ledd skal få anvendelse, er det vanskelig å si noe sikkert om. En forklaring kan være at lovgiver har ønsket å ivareta arbeidstakernes behov for avklaring. Hvis det var et vilkår om oppsigelse etter at boet varsler at det trer ut, ville det medføre en uklar situasjon for arbeidstaker der boet unnlater å gå til oppsigelse. Selv om boet trer ut av arbeidsavtalen og unnlater å si opp

³⁷ Ot.prp. nr. 26 (1998-99) s. 260.

arbeidstakeren, kan det ikke medføre annet enn at fjerde ledd kommer til anvendelse. Man kan ikke innfortolke en oppsigelse fra boet i en slik situasjon.

Arbeidstakers motsats til boets rett til å tre ut med en måneds varsel, er ekstraordinær oppsigelse med en måneds varsel etter andre ledd. Dersom arbeidstaker benytter denne adgangen, vil situasjonen ikke omfattes av fjerde ledd. Forklaringen på dette er at fjerde ledd kun regulerer oppsigelsestiden der oppsigelsen er forankret i tredje ledd, jfr. fjerde ledd første punktum andre alternativ. Partenes rettigheter og plikter i oppsigelsestid som er foranlediget av arbeidstakers oppsigelse etter andre ledd, reguleres av arbeidsforholdets alminnelige regler.

3.8.2 Rett til å ta annet arbeid

Etter dekningsloven § 7-11 fjerde ledd første punktum har arbeidstaker "rett til å ta annet arbeid" i de to situasjonene som er omtalt ovenfor. Dette innebærer at boet ikke lenger kan pålegge arbeidstaker å arbeide for boet. Altså opphører arbeidstakers arbeidsplikt en måned etter at varsel ble gitt etter andre ledd, og i oppsigelsestiden der oppsigelsen er gitt etter tredje ledd. Derved representerer § 7-11 fjerde ledd et unntak fra den alminnelige arbeidsrettslige regel om at arbeidsplikten i utgangspunktet består frem til oppsigelsestiden utløper. Man må legge til grunn at boet ikke er forpliktet til å motta arbeidsytelsen fra arbeidstaker når retten til å ta annet arbeid oppstår for arbeidstaker. Hvis boet skal kunne benytte arbeidstakeren etter at en måned er passert siden varselet ble gitt og frem til oppsigelsestiden er ute, må det bero på en særskilt avtale mellom partene. Tilsvarende gjelder anvendelse av arbeidstakeren i oppsigelsestiden etter tredje ledd. Adgangen til å avtale at arbeidstakeren kan arbeide for boet ut over arbeidspliktens omfang, følger forutsetningsvis av andre ledd siste punktum og tredje ledd siste punktum. I disse bestemmelsene sies det at vederlag for utført arbeid for boet i de ovenfor omtalte periodene skal utredes som massekrav.

Man kan merke seg at det for varsel etter andre ledd er korrespondanse mellom når boet ikke lenger er forpliktet til å utrede lønnen som massekrav, og når retten for arbeidstaker til å ta annet arbeid oppstår. Etter utløpet av en måned etter at boet varslet at det trer ut, skifter lønnskrevet status fra massekrav til dividendekrav. På samme tidspunkt opphører arbeidstakers arbeidsplikt for boet, jfr. ovenfor. Dette kan sees på som et utslag av prinsippet om ytelse mot ytelse. Der arbeidstaker ikke lenger er sikret fullgod dekning for sitt lønnskrev, skal vedkommende heller ikke pålegges å prestere sin arbeidsinnsats.

Ser man på den andre situasjonen som fjerde ledd regulerer, er ikke omstendighetene like klare. Etter tredje ledd består arbeidsavtalen frem til den sies opp, selv om boet har erklært at det ikke trer inn i arbeidsavtalen. Fjerde ledd gir arbeidstaker rett til å ta annet arbeid i oppsigelsestiden. Denne retten forutsetter at det foreligger en oppsigelse. Slik bestemmelsen er konstruert, trenger ikke erklæringen om ikke å tre inn i arbeidsavtalen og oppsigelsen falle på samme tidspunkt. Det kan derfor oppstå en mellomperiode mellom erklæringen om at boet ikke trer inn og oppsigelsestidspunktet. Videre bestemmes det at der boet ikke trer inn, skal vederlaget utredes som dividendekrav fra konkursåpningstidspunktet, med mindre arbeidstaker har utført arbeid for boet.

Man kan dermed få tre forskjellige tidspunkt å forholde seg til, henholdsvis konkursåpningstidspunktet, erklæringstidspunktet og oppsigelsestidspunktet.

Oppsigelsestidspunktet er tidspunktet for når retten til å ta annet arbeid oppstår for arbeidstaker, ifølge fjerde ledd. Frem til erklæringstidspunktet har arbeidstaker plikt til å stå til disposisjon for boet (jfr. punkt 3.4 ovenfor). Hvis erklæring om ikke-inntreden og oppsigelse ikke finner sted samtidig, oppstår spørsmålet om hva som er arbeidsavtalens stilling i den mellomliggende perioden. Man kan hevde at man da må falle tilbake på alminnelige arbeidsrettslige regler. I så fall vil arbeidsplikten bestå frem til arbeidsavtalen sies opp, og arbeidstaker har følgelig ikke rett til å ta annet arbeid. Etter mitt skjønn kan en slik argumentasjon ikke føre frem. Boet har erklært

at det ikke trer inn i arbeidsavtalen. Det som mangler for at fjerde ledd skal komme til anvendelse, er en oppsigelse. Det konkursrettslige utgangspunkt er at boet ikke kan nyttiggjøre seg de avtaler det velger å ikke tre inn i. Om det motsatte skulle gjelde for arbeidsavtaler i denne sammenheng, burde det fremgå av lovteksten. Man kan derfor ikke pålegge arbeidstaker arbeidsplikt samtidig som lønnskravet skal ha status som dividendekrav.

Tredje ledd bestemmer at lønn for utført arbeid for boet etter konkurseråpningstidspunktet skal ha status som massekrav. Spørsmålet blir om denne bestemmelsen kan tas til innekt for at det *likevel* er arbeidsplikt for arbeidstaker i mellomperioden. Ifølge forarbeidene refererer tredje ledd siste punktum til arbeid utført mens arbeidstaker plikter å stå til disposisjon for boet etter første ledd, og til arbeid som blir utført i tiden etter at erklæring kom frem til arbeidstaker.³⁸ Det må derfor legges til grunn at det er adgang til å arbeide etter at boet har erklært at det ikke trer inn i arbeidsavtalen, og at lønn for arbeid som blir utført i mellomperioden, har status som massekrav. Forarbeidene understreker at for å kreve lønnen som massekrav, kreves det at arbeidet utføres etter pålegg fra boet. For mellomperiodens del presiseres det at det må foreligge klare holdepunkter for at arbeidet kan anses utført etter pålegg fra boet.³⁹ Forarbeidene synes derfor å legge til grunn at boet kan pålegge arbeidstakeren å arbeide også etter at det har erklært at det ikke trer inn i arbeidsavtalen. Hvis boet skal kunne pålegge arbeidstaker å arbeide, vil det naturlig tale for at arbeidstaker plikter å utføre arbeid for boet dersom boet krever det. Det synes som at forarbeidene her forutsetter at arbeidsavtalen står i samme stilling som etter første ledd siste punktum frem til oppsigelse finner sted, uavhengig av om boet har erklært at det ikke trer inn. En slik regel vil representere et unntak fra det konkursrettslige utgangspunkt som nevnt ovenfor. Etter mitt skjønn burde en slik regel blitt forankret i lovteksten, ikke bare i forarbeidene. Det er også underlig at man presi-

³⁸ Ot.prp. nr. 26 (1998-99) s. 260.

³⁹ *Ibid.*

serer arbeidstakers plikt til å stå til disposisjon for boet frem til spørsmålet om inntreden er avklart i første ledd siste punktum, mens en tilsvarende plikt for mellomperioden ikke er omtalt i lovteksten. Dersom lovgiver har ment at arbeidstaker skal ha plikt til å stå til disposisjon for boet frem til oppsigelsestidspunktet, ville det vært på sin plass å presisere dette i lovteksten.

Formålet med § 7-11 er blant annet at man ønsker en rask avklaring av situasjonen for arbeidstaker når arbeidsgiver går konkurs. Jeg kan vanskelig se at dette formålet blir oppfylt med en regel som skissert ovenfor. For det første kan boet forholde seg passivt etter at det har erklært at det ikke trer inn og likevel ha mulighet til å pålegge arbeidstaker å utføre arbeid når det måtte ønske. Dette gjør situasjonen svært lite forutsigbar for arbeidstaker. For det andre blir arbeidstaker langt på vei pålagt initiativet til å si opp arbeidsavtalen. Når boet ikke sier opp avtalen, må arbeidstaker selv gjøre det for å stå fri til å ta annet arbeid. Den eneste ulempen for boet ved ikke å si opp arbeidstaker, er at det må betale vederlagskravet som dividende selv om arbeidstaker *ikke* benyttes. På den annen side kan man spørre hvorfor ikke retten til å ta annet arbeid er knyttet til erklæringstidspunktet. Ved å la tidspunktet for erklæringen om at boet ikke trer inn i arbeidsavtalen, være skjæringstidspunkt for arbeidstakers rett til å ta annet arbeid, unngår man problematikken rundt arbeidsavtalens stilling i mellomperioden.

Når man likevel har latt oppsigelsestidspunktet være bestemmende for når arbeidstaker har rett til å ta annet arbeid, må det være en grunn til det. Grunnen kan være at boet skal kunne benytte arbeidstaker i mellomperioden. En annen forklaring kan være at man i forarbeidene ikke har vært klar over denne problemstillingen. I forbindelse med fjerde ledd er muligheten for at det kan oppstå en mellomperiode ikke kommentert i forarbeidene. Forarbeidene synes å forutsette at erklæringen og oppsigelsen finner sted samtidig.⁴⁰ Forarbeidene er derfor ikke entydige. Det som sies om tredje ledd, kan tyde på at boet kan

⁴⁰ *Ibid.*

pålegge arbeidstaker å arbeide også etter at det har erklært at det trer ut av arbeidsavtalen. Forarbeidenes kommentarer til fjerde ledd kan tyde på at det er forutsatt at erklæringen om ikke-inntreden og oppsigelse kommer på samme tidspunkt, og at det av den grunn ikke oppstår noen mellomperiode. Situasjonen må sies å være uklar. Momenter trekker i begge retninger. Jeg mener gode grunner taler for at boet ikke kan pålegge arbeidstaker å arbeide i en mellomperiode, med mindre det inngås en særskilt avtale mellom boet og arbeidstaker.

Dersom arbeidstaker benytter sin rett til å ta annet arbeid, skal vedkommende ”tidligst mulig varsle boet om tiltredelse i et nytt arbeidsforhold”, jfr. fjerde ledd annet punktum. Regelen er gitt av hensyn til boet. Det vil være i boets interesse å ha oversikt over arbeidstakernes arbeidsmessige situasjon. Boet har adgang til å inngå avtale med arbeidstaker om å utføre arbeid der det ikke foreligger arbeidsplikt. Av den grunn er det nødvendig for boet å vite om arbeidstaker fortsatt er tilgjengelig. Videre skal annen inntekt arbeidstaker har istedenfor inntekt i skyldnerens tjeneste, gå til fradrag i arbeidstakers dividende- fordring, jfr. nedenfor. For at boet skal kunne gjøre dette fradraget når det prøver fordringene etter konkursloven kapittel XII, er det avhengig av å vite om grunnlaget for fradraget er til stede.

Det er ikke knyttet særlige sanksjoner til overtredelse av plikten for arbeidstaker om å varsle boet om tiltredelse i et nytt arbeidsforhold.⁴¹

3.8.2 Lønnskrevet

Som antydnet skal annen inntekt arbeidstaker har hatt i oppsigelsestiden etter tredje ledd og i tiden etter at boet trådte ut av avtalen etter andre ledd, trekkes fra dividendekravet som akkumulerer frem til oppsigelsestiden er ute, jfr. § 7-11 fjerde ledd tredje punktum. Regelen er en tapsbergrensningsplikt for arbeidstaker.⁴² Arbeidstaker kan ikke gå arbeidsledig på de øvrige kreditorenes bekostning når det er mulig å ta arbeid et annet sted. Slik sett kan man si at arbeidstaker ikke bare har

⁴¹ *Ibid.*

⁴² *Ibid.*

rett til å ta annet arbeid, men også plikt til aktivt å søke etter annet arbeid.

Ikke enhver annen inntekt kan trekkes fra dividendekravet. Bestemmelsen presiserer at det kun er inntekt som ”kommer istedenfor inntekt i skyldnerens tjeneste”, som er fradragsberettiget. Inntekter fra ekstrajobber som arbeidstaker utførte eller ville utført også når debitor var solvent, kan således ikke trekkes fra. I de tilfellene boet og arbeidstaker inngår særskilt avtale om at arbeidstaker skal utføre arbeid for boet ut over arbeidspliktens omfang, skal lønnen utredes som massekrav, jfr. andre ledd siste punktum og tredje ledd siste punktum. Regelen i fjerde ledd tredje punktum må medføre at slik inntekt trekkes fra dividendekravet. Teknisk sett skal fradraget i tilfelle skje i bruttokravet, ikke i dividendeutbetalingen.⁴³ Regelen har en parallell i dekningsloven § 9-3 første ledd nr 1 femte ledd.

Det kan reises spørsmål om § 7-11 fjerde ledd tredje punktum har selvstendig betydning ved siden av § 9-3 første ledd nr 1 femte ledd. Paragraf 9-3 regulerer fortrinnsberettigede fordringer av første klasse. I forarbeidene fremgår det at fradragsregelen bare gjelder fortrinnsretten.⁴⁴ Det påpekes at restkravet som er igjen etter at fradraget er gjort, vil ha status som uprioritert fordring i boet. Videre er det understreket at ”dersom det finst midlar i konkursbuet til uprioriterte fordringar, vil arbeidstakaren ha eit krav på dividende som svarer til det frådraget som er gjort”.⁴⁵ Paragraf 7-11 fjerde ledd er ikke knyttet til fortrinnsretten, men til fordringen som sådan. Følgelig må fradrag etter fjerde ledd ha som virkning at dividendefordringen reduseres tilsvarende avkortningen som skjer krone for krone. Siden det fradraget som skjer etter § 9-3, som hovedregel samsvarer med den reduksjon som § 7-11 fjerde ledd anviser, vil arbeidstaker som regel ikke ”ha eit krav på dividende som svarer til det frådraget som er gjort” i henhold til § 9-3.

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ Ot.prp. nr. 38 (1997-98) s. 32.

⁴⁵ *Ibid.*

Dersom arbeidstaker ikke har fått annet arbeid, er dividendekravet betinget av at vedkommende ”innen 14 dager har meldt seg hos Arbeids- og velferdsetaten som arbeidssøker, forutsatt at vedkommende har hatt mulighet til det”, jfr. fjerde ledd fjerde punktum. Ytterligere er det en forutsetning for å kreve dividende at arbeidstaker tar imot ”tilbud om passende arbeid”, jfr. fjerde ledd siste punktum. Regelen må sies å være et utslag av arbeidstakers tapsbegrensningsplikt. Det er ikke presisert i bestemmelsen eller forarbeidene når fristen på 14 dager begynner å løpe. Ut fra sammenhengen må det antas at fristen utløses samtidig med at retten til å ta annet arbeid oppstår.

Når det er gjort unntak fra meldeplikten for arbeidstaker som er avskåret fra å melde seg, er det meningen å fange opp de tilfellene der arbeidstaker ikke har mulighet til å melde seg som arbeidssøkende. Forarbeidene nevner som eksempel utlendinger som har fått oppholds- og arbeidstillatelse i forbindelse med et bestemt arbeidsoppdrag.⁴⁶ Det er viktig å være klar over at selv om arbeidstaker må melde seg til Arbeids- og velferdsetaten som arbeidssøker, er det ikke krav om at vedkommende må oppfylle vilkårene for å være reell arbeidssøker i henhold til folketrygdloven § 4-5 for at dividende skal kunne kreves. Med andre ord er det ikke korrespondanse mellom vilkårene for å få dagpenger etter folketrygdloven og vilkårene for å kreve dividende etter dekningsloven ut over kravet om å melde seg som arbeidssøker.

Hva som vil være ”passende arbeid”, må vurderes konkret. Forarbeidene til dekningsloven § 7-11 nevner at bosted, alder, utdanning, yrkespraksis, helse og familiesituasjon er momenter som vil være relevante i vurderingen. Videre bør det vises varsomhet med å kreve flytting.⁴⁷ Oppsigelsestiden kan variere fra en til seks måneder i forskjellige arbeidsforhold, alt ettersom hvor lenge vedkommende har vært ansatt i skyldnerens virksomhet. Vurderingen kan slå forskjellig ut avhengig av vedkommendes oppsigelsestid. For dem med lang opp-

⁴⁶ Ot.prp. nr. 26 (1998-99) s. 261.

⁴⁷ Ot.prp. nr. 53 (2001-2002) s. 5.

sigelsestid kan vurderingen fort bli strengere enn for de med kort oppsigelsestid.

3.9 *Særspørsmål*

3.9.1 Omfanget av arbeidstakers arbeidsplikt i konkurs

Konkursboet har adgang til å benytte arbeidstaker i skyldnerens virksomhet til å utføre arbeid for boet, jfr. ovenfor. Boet kan gjøre bruk av arbeidstaker før det har tatt stilling til spørsmålet om inntreden i arbeidsavtalen i de tre første ukene etter konkursåpningstidspunktet, jfr. § 7-11 første ledd. Etter denne tid er boet avhengig av å tre inn i arbeidsavtalen for å kunne anvende arbeidstaker til å utføre arbeid. I dette punktet skal jeg se nærmere på omfanget av arbeidstakers arbeidsplikt når boet benytter arbeidstaker til å utføre arbeid. Med arbeidsplikt forstås at arbeidstaker skal utføre det arbeid som er avtalt eller må anses for å omfattes av arbeidsavtalen.⁴⁸

Beslattes videre drift slik som tidligere, vil det som regel ikke skje endringer i arbeidstakers oppgaver. I så fall kommer ikke spørsmålet om arbeidspliktens omfang nødvendigvis på spissen. Spørsmålet får først aktualitet når arbeidsoppgavene boet ønsker utført, avviker fra de oppgaver arbeidstaker hadde før konkursen. I praksis vil ofte arbeidsoppgavene endres i større eller mindre grad når det åpnes konkurs hos arbeidsgiver. Spesielt blir dette synlig der boet beslutter å avvikle skyldnerens virksomhet, og det er behov for bistand fra de ansatte i avviklingsperioden. Arbeidet kan da typisk begrense seg til rydding av lokaler samt salg av utstyr og inventar som tilhørte debitor – en såkalt ”koste- og feieperiode”. Da kan arbeidsoppgavene raskt avvike fra de oppgaver arbeidstaker normalt har utført hos skyldneren. Spørsmålet blir om arbeidstaker er forpliktet til å utføre slike arbeidsoppgaver.

Det er naturlig å ta utgangspunkt i de alminnelige regler om arbeidspliktens omfang. Prinsipielt må man ta utgangspunkt i arbeidsavtalen, som kan angi hvilke arbeidsoppgaver arbeidstaker skal utføre. Ofte er det imidlertid ikke avtalt detaljert hva slags arbeidsoppgaver

⁴⁸ Jakhelln 2005 s. 237.

som skal utføres. I slike tilfeller må man tolke og utfylle arbeidsavtalen for å finne arbeidspliktens rekkevidde, jfr. Rt.2000 s. 1602 (1609).⁴⁹ Ved tolkingen og utfyllingen av arbeidsavtalen må det blant annet legges vekt på stillingsbetegnelse, omstendighetene rundt ansettelsen, sedvaner i bransjen, praksis i det aktuelle arbeidsforhold og hva som finnes rimelig i lys av samfunnsutviklingen.⁵⁰ Det må følgelig foretas en konkret vurdering av om arbeidsoppgavene som arbeidsgiver ønsker utført, ligger innenfor arbeidsavtalen til vedkommende arbeidstaker som arbeidsgiver ønsker å benytte.

Arbeidsplikten må i tillegg sees i sammenheng med arbeidsgivers styringsrett. Det ”ligger i selve arbeidsplikten også en plikt for arbeidstageren til å vise lydighet under arbeidet mot arbeidsgiverens ordrer om hvordan han vil ha arbeidet gjort”.⁵¹ Arbeidsgivers styringsrett er tradisjonelt definert som retten til å lede, fordele og kontrollere arbeidet, samt retten til å inngå arbeidsavtaler og bringe dem til opphør.⁵² Endringer i arbeidsoppgavene må hjemles i styringsretten for at de skal kunne gjennomføres. Styringsretten er underlagt begrensninger. Utøvelse av retten ”må skje innenfor rammen av det arbeidsforhold som er inngått”, jfr. Rt. 2000 s. 1602. Rammen for arbeidsforholdet vil være arbeidsavtalen, lovgivningen og eventuelle tariffavtaler. ”Styringsretten begrenses imidlertid også av mer allmenne saktighetsnormer. Utøvelse av arbeidsgivers styringsrett stiller visse krav til saksbehandlingen, det må foreligge et forsvarlig grunnlag for avgjørelsen, som ikke må være vilkårlig, eller basert på utenforliggende hensyn.”, jfr. Rt. 2001 s. 418. Arbeidsgiver er således avskåret fra å pålegge arbeidstaker oppgaver som nevnt ovenfor i medhold av styringsretten hvis dette er i strid med arbeidsforholdets ramme og

⁴⁹ Rt. 2000 s. 1602, ”Nøkk-dommen”, gjelder omfanget av arbeidsgivers styringsrett. Styringsretten må utøves ”innenfor rammen av det arbeidsforhold som er inngått”. Arbeidspliktens rekkevidde setter således grenser for hva arbeidsgiver med hjemmel i styringsretten kan pålegge arbeidstaker å gjøre.

⁵⁰ Rt. 2000 s. 1602 (1609).

⁵¹ Berg 1930 s. 57.

⁵² F.eks. Jakhelln 2005 s. 41 og Rt. 2000 s. 1602 (1609).

allmenne saklighetsnormer. Det vil derfor bero på en konkret vurdering om arbeidsgiver kan benytte sin styringsrett til å beordre arbeidstaker til å gjøre oppgaver som vedkommende vanligvis ikke har utført for arbeidsgiver.

Som utgangspunkt må man legge til grunn at omfanget av arbeidsplikten er den samme overfor boet som den var overfor debitor. Dette fordi det er arbeidsavtalen mellom debitor og arbeidstaker som er grunnlaget for boets anvendelse av arbeidstaker. Arbeidsavtalen må derfor på lik linje som utenfor konkurs tolkes og eventuelt utfylles for å kartlegge arbeidstakers arbeidsplikt overfor konkursboet. Boet trer inn i rollen som arbeidsgiver når det benytter en arbeidstaker til å utføre arbeid. Posisjonen som arbeidsgiver må medføre at boet kan utøve den styringsrett som i alminnelighet tilligger arbeidsgiver. Ønsker boet å endre arbeidsoppgavene som arbeidstaker utførte for debitor, må det i utgangspunktet bero på om endringene kan hjemles i boets styringsrett.⁵³

Som utgangspunkt står arbeidstakers arbeidsplikt i samme stilling i konkurs som utenfor konkurs, jfr. ovenfor. Spørsmålet heretter er om konkurssituasjonen kan være et moment for videre endring.

Dekningsloven § 7-11 hjemler ikke utvidelse av arbeidsplikten når boet benytter arbeidstaker. Rettspraksis og teori har imidlertid lagt til grunn at arbeidsplikten midlertidig kan endres og/eller utvides under ekstraordinære forhold.⁵⁴ Spørsmålet er om konkurs er å betrakte som et ekstraordinært forhold. I Rt. 1964 s. 1345 fikk en arbeidstaker som var ansatt som jordmor, medhold av Høyesterett i at arbeidsgiver ikke kunne pålegge henne å utføre ordinært sykepleierarbeid. Retten uttaler at

”Det kan nok tenkes akutte situasjoner hvor de ansatte må finne seg i midlertidig å utføre arbeid som faller utenom de gjøremål de etter arbeidsavtalen plikter å påta seg. Jeg viser her til Paal Berg: *Arbeidsrett* side 64-65. Som der

⁵³ Der boet ikke trer inn i alle arbeidskontrakter i skyldnerens virksomhet, må det være saklig å legge vekt på omfanget av arbeidsplikten til den enkelte arbeidstaker i utvelgelsesprosessen. Omfanget av arbeidsplikten må i så fall sees i forhold til de arbeidsoppgaver boet ønsker utført.

⁵⁴ Berg 1930 s. 64 og Jakhelln 2005 s. 241, Rt. 1964 s. 1345 og Rt. 1927 s. 297.

nevnt, bør arbeidstagerne ikke kunne sette seg imot at arbeidsplikten midlertidig utvides under særlige forhold, som nødtilstand, sykdom blant andre arbeidere og lignende.”

Den lære som er skissert i praksis og teori, synes å angå situasjoner som er mer akutte enn konkurs. Det som kan begrunne midlertidig utvidelse av arbeidsplikten, er ekstraordinære forhold. Velger boet å *fortsette* skyldnerens virksomhet, kan det ikke bli tale om midlertidig utvidelse av arbeidsplikten. Ved *avvikling* av skyldnerens virksomhet kan den midlertidige driften derimot være så spesiell at det kan begrunne utvidet arbeidsplikt. Eksempelvis kan verdifulle maskiner trenge nedkjøring for ikke å gå i stykker. I et slikt tilfelle kan det være legitimt for boet å pålegge arbeidstaker å foreta nedkjøringen selv om dette strengt tatt ikke omfattes av vedkommendes vanlige arbeidsoppgaver.⁵⁵

For å oppsummere kan man legge til grunn at arbeidsplikten i utgangspunktet er den samme overfor boet som i forhold til debitor. I akutte tilfeller der det er umiddelbar fare for tap og skade på boets aktiva, kan konkurs i seg selv begrunne en midlertidig utvidet arbeidsplikt. Ut over dette står boet i samme posisjon som arbeidsgiver utenfor konkurs.

3.9.2 Skyldnerens tariffavtaler

Spørsmålene knyttet til tariffavtalens stilling i konkurs er mange og kompliserte. Det vil gå ut over rammen for fremstillingen å gå detaljert inn på slike spørsmål. Derfor gis kun en kortfattet omtale i det følgende.

Debitor kan ha vært bundet av en eller flere tariffavtaler, enten ved å ha inngått avtale med en fagforening selv eller ved å være medlem av en arbeidsgiverforening som er part i tariffavtalen. Spørsmålet er om boet blir bundet av skyldnerens eventuelle tariffavtaler når det trer inn i arbeidsavtalen.

Praktikerne hadde forskjellige syn på spørsmålet. Noen mente at boet kunne velge å la være å tre inn i tariffavtalen. Andre mente at arbeidsavtalen og tariffavtalens normative bestemmelser om individuelle vilkår må anses som ett, slik at

⁵⁵ Se Huser 1988 s. 298 note 77.

boet er bundet av tariffbestemmelser som er en del av den personlige arbeidsavtalen hvis boet trer inn i arbeidsavtalen.

Tariffavtalens stilling i konkurs er ikke særskilt lovregulert. Øvrige rettskilder er også få. Under forberedelsene til dekningsloven § 7-11 tok LO til orde for en regel om at boet blir bundet av tariffavtalen. Departementet valgte å ikke gå nærmere inn på forslaget i påvente av Arbeidsrettsrådets innstilling om tariffavtalens stilling ved virksomhetsoverdragelse.⁵⁶ Dette har imidlertid ikke ledet til noe. Arbeidsmiljølovens kapittel 16 om virksomhetsoverdragelse gjelder ikke for overføring fra debitor til konkursboet.⁵⁷ Hittil har det ikke blitt tatt nye initiativ til å avklare spørsmålet i lovgivningen.

En tariffavtale kan regulere to forhold: ”arbeids- og lønnsvilkår” eller ”andre arbeidsforhold”, jfr. arbeidstvistloven § 1 nr. 8. Med ”arbeids- og lønnsvilkår” siktes det til bestemmelser som skal gjelde for individuelle arbeidsavtaleforhold. Forutsetningen er at bestemmelsene skal gjelde ubestemte arbeidstakere.⁵⁸ Trer boet inn i arbeidsavtalen, synes det naturlig at boet blir bundet av tariffavtale som regulerer de individuelle arbeidstakeres rettigheter og plikter, herunder lønnsforhold.⁵⁹ Dette fordi slike bestemmelser ofte vil være en del av den personlige arbeidsavtalen. ”Andre arbeidsforhold” sikter til bestemmelser som bare regulerer forholdet mellom tariffavtalens egne parter. Slike tariffavtalebestemmelser er det ikke like naturlig at boet blir bundet av hvis det trer inn i arbeidsavtalen.

I ARD 1931 s. 5 er spørsmålet om tariffavtalens stilling i konkurs berørt. Problemet var hvorvidt arbeidet med demontering av skyldnerens maskineri, i regi av boet, var omfattet av debtors tariffavtale. Flertallet kom til at boet ikke var bundet av skyldnerens tariffavtale, fordi demonteringen var av en annen karakter enn det arbeidet tariffavtalen regulerte. Dommen synes imidlertid å forutsette at boet er bundet av skyldnerens tariffavtale der boet ”på nogen måte vil fort-

⁵⁶ Ot.prp. nr. 26 (1998-99) s. 145.

⁵⁷ Ot.prp. nr. 79 (2000-2001) avsnitt 5.1 flg.

⁵⁸ Evju 2003 s. 119.

⁵⁹ Tilsvarende Huser 1988 s. 292.

sette den av en konkursskyldner tidligere drevne virksomhet". Vekten av dommen kan diskuteres. For det første er den over 70 år gammel. Videre er ikke forutsetningen som ble tatt, avgjørende for resultatet, og den er heller ikke begrunnet. I mangel av andre avgjørende rettskilder kan dommen likevel anses å tale for at boet er bundet av skyldnerens tariffavtaler når det benytter tariffbundne arbeidstakere.

3.9.3 Hva skjer i praksis?

Jeg har vært i kontakt med flere praktikere for å få et innblikk i hvordan dekningsloven § 7-11 praktiseres. Mitt inntrykk er at det foreligger dels felles og dels ulike syn blant bostyrere angående hva konkursboet kan foreta seg vedrørende arbeidsavtalen.

Felles for samtlige er at man har standard maler som i samme dokument erklærer at boet ikke trer inn og sier opp arbeidsavtalen. Denne praksisen er ikke i strid med § 7-11. Fordelen med et slikt felles dokument er at man forhindrer at det oppstår en mellomperiode mellom erklæring og oppsigelse, jfr. ovenfor. Mest praktisk er det å sende ut et slikt dokument der driften ikke skal drives videre.

Det var forskjellige syn på hva det er adgang til der boet har behov for arbeidskraft etter boåpning. Enkelte hevdet at boet kan erklære at det ikke trer inn og så si opp samtlige arbeidstakere rett etter boåpning, for deretter å korttidsansette de arbeidstakere som behøves, etter arbeidsmiljøloven § 14-9. Det ble hevdet at boet står fritt når de inngår nye midlertidige arbeidsavtaler med arbeidstakerne. Dekningsloven § 7-11 sier at arbeidsavtalen skal sies opp "etter arbeidsforholdets alminnelige regler". Jeg nøyer meg med å peke på at det kan reises spørsmål om oppsigelsen er saklig når boet åpenbart har behov for arbeidskraft. Andre påpekte at man må anvende § 7-11 der man har behov for arbeidstakers innsats etter boåpning, hvilket åpenbart må være det rette. Strekker boets behov seg lengre enn tre uker i tid etter boåpning, må boet tre inn i arbeidsavtalen.

4 Lønnskrav i konkurs og lønnsgarantiordningen

4.1 Innledning

For å forstå helheten rundt arbeidsavtalens stilling i konkurs, må det knyttes noen ord til lønnskrav i konkurs og lønnsgarantiordningen. Rammen for fremstillingen tillater kun at hovedlinjene skisseres. Andre krav enn lønnskrav som arbeidstaker har mot skyldneren, vil ikke bli behandlet i det følgende.

4.2 Generelt om lønnskrav i konkurs

Hvis arbeidsgiver går konkurs, blir arbeidstaker å betrakte som en av flere kreditorer. Arbeidstaker kan melde sitt krav på ubetalt lønn mot debitor i boet. Lønnskrevet blir da gjenstand for prøving etter konkursloven kapittel XII. Arbeidstaker kan ikke betinge seg realsikkerhet for sitt lønnskrev.⁶⁰ Lønnskrevet er dermed et dividendekrav. Dette er kun et utgangspunkt. Krav på lønn er gitt en særstilling i konkurs. Jeg sikter her til fortrinnsretten etter dekningsloven § 9-3 og til dekning etter lønnsgarantiordningen. Krav som ikke omfattes av lønnsgarantien eller fortrinnsretten, er alminnelig dividendefordring som dekkes i henhold til dekningsloven § 9-6.

4.3 Fortrinnsrett etter dekningsloven § 9-3

4.3.1 Oversikt

Arbeidstakere skiller seg normalt fra øvrige kreditorer ved at bortfall av lønn ofte vil ramme arbeidstakers personlige økonomi hardt. Dette er blant annet bakgrunnen for at § 9-3 gir arbeidstaker fortrinnsrett i arbeidsgivers konkursbo for ubetalt lønn.⁶¹ Fortrinnsretten gjelder likevel ikke arbeidstakere som har hatt minst 20 prosent av eierandelene i virksomheten eller har vært daglig leder eller styremedlem (unntatt arbeidstakernes valgte representanter), jfr. første ledd nr. 1 litra b til d.

⁶⁰ Her gjelder et unntak i sjøloven § 51. Sjømannsforhold ligger imidlertid utenfor rammen av denne fremstillingen.

⁶¹ Hvem som er arbeidstaker, beror på en konkret vurdering, jfr. punkt 3.2.2.

Kun fordring på "lønn eller annet arbeidsvederlag" er fortrinnsberettiget, jfr. første ledd nr1. Lønn er i første rekke krav på ordinær arbeidslønn.⁶² Det må tas utgangspunkt i avtalen mellom partene for å avgjøre hva som er lønn eller annet arbeidsvederlag. Ytelse som *ikke* skal dekke et behov knyttet til utførelsen av arbeidet, kan være "annet arbeidsvederlag".⁶³ Forutsetningen er at ytelsen bare brukes privat. Eksempelvis fri telefon, aviser etc. Krav på utgiftsdekning påløpt under utførelsen av arbeidet omfattes ikke av fortrinnsretten.⁶⁴

Lønnskrav som er fortrinnsberettiget, dekkes etter massekravene, men før de ordinære dividendekravene. Dersom lønnskrevet ikke dekkes fullt ut av fortrinnsretten, har det resterende status som uprioritert dividendefordring. Det vises i denne forbindelse til det som er sagt ovenfor i punkt 1.4.

4.3.2 Begrensning av den fortrinnsberettigede del av fordringen

Som hovedregel begrenses fortrinnsretten til krav med forfallstid ikke lenger tilbake enn fire måneder før frisdagen og til lønn i seks måneder, jfr. første ledd nr 1 tredje ledd første og andre punktum.

Fortrinnsretten omfatter ikke lønn for oppsigelsestid ut over de oppsigelsesfrister som følger av arbeidsmiljøloven § 15-4 første til fjerde ledd, med mindre lengre oppsigelsesfrist følger av tariffavtale inngått tidligere enn seks måneder før frisdagen, jfr. første ledd nr 1 fjerde ledd. Ovenfor er det påpekt at varsel om å tre ut av arbeidsavtalen etter § 7-11 andre ledd og erklæring om ikke å tre inn i arbeidsavtalen etter tredje ledd ikke trenger å sammenfalle med oppsigelsen. Mellomperioden skal i tilfelle dekkes som dividendefordring, jfr. § 7-11. Begrensningen i fortrinnsretten for oppsigelsesfristen forutsetter at oppsigelse er gitt. Avhengig av når arbeidstaker sies opp, kan vedkommende opparbeide et dividendekrav etter boåpning som i tid overstiger begrensningen. I så fall vil begrensningen på seks

⁶² NAV: Veiledning for bostyrer.

⁶³ Moe 1999 s. 164.

⁶⁴ NAV: Veiledning for bostyrer.

måneder avgjøre hvor meget fortrinnsretten dekker av fordringen som er oppstått etter boåpning.

Har arbeidstaker hatt inntekter etter frisdagen, reduseres fortrinnsretten som hovedregel tilsvarende, jfr. første ledd nr.1 femte ledd første punktum. Bestemmelsen er en fradragsregel som samsvarer med § 7-11 fjerde ledd tredje punktum. Når det gjelder forholdet mellom disse bestemmelsene, viser jeg til punkt 3.8.3.

Paragraf 7-11 fjerde ledd fjerde og femte punktum oppstiller flere vilkår for at arbeidstaker kan kreve dividende av sitt lønnskrav. Krav om å melde seg som arbeidssøker og plikt til å ta imot tilbud om passende arbeid er ikke oppstilt som vilkår for fortrinnsrett. Prinsipielt må det være slik at fortrinnsretten ikke kan overstige den underliggende dividendefordringen. Følgelig kan det ikke kreves fortrinnsrett dersom vilkårene for dividende etter § 7-11 fjerde ledd ikke er oppfylt. For ordens skyld påpeker jeg at vilkårene for å kreve dividende etter § 7-11 fjerde ledd retter seg mot lønnskrav som er opptjent etter konkursåpningstidspunktet. Det kan ikke kreves at arbeidstaker må oppfylle vilkårene i § 7-11 fjerde ledd for å kreve dividende av lønnskrav som er opptjent før konkursåpningen.

4.4 Lønnsgarantiordningen

4.4.1 Oversikt

Andre kreditorgruppers utstrakte bruk av realsikkerhet har medført at man ikke har ansett arbeidstakers dekning som tilfredsstillende, til tross for at de ansatte har fortrinnsrett.⁶⁵ Derfor innestår staten for betaling av lønn som ikke kan dekkes på grunn av arbeidsgivers konkurs. Lønnsgarantiordningen er hjemlet i lov om statsgaranti for lønnskrav ved konkurs m.v. av 14. desember 1973 nr. 61 (lønnsgarantiloven) med tilhørende forskrifter. Ordningens formål er å sikre at arbeidstakere får dekket sine lønnskrav, samt at dekningen skjer mest mulig rettidig. Formålet er ikke å yte støtte til boet, noe som viser seg

⁶⁵ Jakhelln 2005 s. 311.

ved at staten har regress mot boet for sine utbetalinger, jfr. lønns-
garantiloven § 6. NAV Lønnsgaranti administrerer ordningen.

Dersom arbeidsgiver går konkurs, er lønnskravene dekningsberet-
tiggede etter garantien i den utstrekning de har fortrinnsrett i konkurs,
men med noen unntak, jfr. § 1 tredje ledd som viser til dekningsloven
kapittel 9. Se ovenfor om omfanget av fortrinnsretten.

I tillegg til arbeidstakere etter dekningsloven § 9-3 omfatter lønns-
garantien daglig leder og styremedlemmer, jfr. lønnsgarantiloven § 1
tredje ledd andre punktum. Krav fra disse dekkes i samme utstrekning
og på samme vilkår som prioriterte krav av første klasse. Dekker
lønnsgarantien krav fra de nevnte personer, har staten regresskrav mot
boet fortrinnsrett selv om kravene ikke er fortrinnsberettiggede, jfr.
dekningsloven § 9-3 første ledd nr 1 annet ledd siste punktum.

4.4.2 Begrensning av den dekningsberettiggede del av fordringen

Utbetaling fra garantien til den enkelte arbeidstaker er begrenset til to
ganger folketrygdens grunnbeløp på frisdagen, jfr. lønnsgarantiloven
§ 1 tredje ledd første punktum. Utgjør lønnskravet mer enn dette be-
løpet, vil det overskytende være fortrinnsberettiggede dividendekrav så
lenge summen ligger innenfor fortrinnsrettens ramme. Overstiger
kravet også grensene for fortrinnsretten, vil det resterende være et al-
minnelig dividendekrav.

Arbeidstaker som tar arbeid for en arbeidsgiver som han vet eller
burde vite ikke kan dekke de løpende lønnsforpliktelser, kan nektes
dekning, jfr. § 7. Det finnes ikke noen tilsvarende regel i deknings-
loven. Lønnkrav som nektes dekning over lønnsgarantien, beholder
derfor posisjonen som fortrinnsberettiggede dividendefordring.

For at lønnskrav opptjent etter konkursåpningstidspunktet skal
dekkes av lønnsgarantiordningen, kreves det at arbeidstaker som ikke
er i arbeid etter dette tidspunkt, melder seg som arbeidssøker hos
arbeidsformidlingen innen fjorten dager, og tar passende tilbudt
arbeid, jfr. lønnsgarantiforskriften § 3-3. Regelen har en parallell i
dekningsloven § 7-11 fjerde ledd. Jeg viser til det som er sagt om
denne bestemmelsen i punkt 3.8.1.

4.4.3 Utvidet dekning

Utfører arbeidstaker arbeid for konkursboet, skal vederlaget utredes som massekrav, jfr. dekningsloven § 7-11. I utgangspunktet dekkes ikke massekrav av lønnsgarantien. Gjennom forvaltningspraksis i NAV Lønnsgaranti er det imidlertid gjort unntak fra utgangspunktet.⁶⁶

NAV Lønnsgaranti dekker normalt lønnskrav som oppstår ved fortsatt drift av skyldnerens virksomhet i to-tre dager etter konkursåpning, uten at det trengs formell godkjenning. For dekning av massekrav ut over dette kreves at bostyrer kontakter NAV Lønnsgaranti på forhånd for å avklare de nærmere omstendighetene og forutsetningene. Spesielle forhold som gjør at en umiddelbar stans av skyldnerens virksomhet vil medføre skade på boets aktiva, kan tilsa at virksomheten må drives lenger enn to-tre dager etter boåpning. I praksis har NAV Lønnsgaranti ikke akseptert å dekke mer enn 14 dager. NAV Lønnsgaranti kan garantere for løpende lønnskostnader for opptil seks ukers drift der det foreligger vektige samfunnsmessige hensyn som tilsier at bostyrer forsøker å etablere et grunnlag for videre drift med nye eiere. Vektige samfunnsmessige hensyn kan være behov for å redde arbeidsplasser.

Aksepterer NAV Lønnsgaranti å dekke lønnskrav som er massekrav, vil statens regresskrav være et massekrav. Regresskravet vil imidlertid stå tilbake for andre massekrav der det ikke er midler i boet til å dekke massekravene fullt ut.⁶⁷

4.5 Forholdet mellom staten og arbeidstaker i regressomgangen

Arbeidstakers lønnskrav mot arbeidsgiver kan tenkes å overstige grensen på to ganger grunnbeløpet for lønnsgarantidekning. Den overskytende delen kan likevel omfattes av fortrinnsretten. Staten har regresskrav mot boet for den del av kravet som lønnsgarantien dekker. Regresskravet har status som fortrinnsberettiget dividendefordring. I mange boer er det ikke tilstrekkelige midler til at de fortrinnsberet-

⁶⁶ NAV: Veiledning for bostyrer.

⁶⁷ *Ibid.*

tigede fordringene dekkes fullt ut. I så fall skal de fortrinnsberettigede fordringene ha innbyrdes lik rett, jfr. dekningsloven § 9-3 siste ledd. Følgelig konkurrerer staten og arbeidstaker på lik linje om å få dekning for sine krav. Loven modifierer ikke statens regresskrav slik at det må stå tilbake for fortrinnsberettiget lønn der det ikke er nok midler til å dekke samtlige fortrinnsberettigede fordringer.

De lege ferenda kunne en slik modifikasjon i statens regresskrav medføre at arbeidstaker ville fått dekket en større del av sitt tilgodehavende hos debitor. Hvis NAV Lønnsgaranti dekker lønnskrav som formelt er massekrav, er det praksis for at regresskravet mot boet står tilbake for øvrige massekrav der massekravene ikke dekkes fullt ut, se punkt 4.4.3. Det kan reises spørsmål om ikke det samme burde gjelde også for krav med fortrinnsrett. En adgang for arbeidstaker til å få dekket sitt fortrinnsberettigede krav før statens fortrinnsberettigede regresskrav forutsetter en lovendring. Spørsmålet må følgelig besvares på politisk plan.

Litteraturliste

- | | |
|--------------------------|---|
| Berg, Paal 1930 | <i>Arbeidsrett</i> . Oslo 1930 |
| Brækhus, Sjur 1969 | <i>Konkursrett – utvalgte emner</i> . Oslo 1969 |
| Evju, Stein 2003 | ”Tariffavtalen som rettslig instrument”. I Torgeir Aarvaag Stokke, Stein Evju og Hans Otto Frøland, <i>Det kollektive arbeidslivet</i> . Oslo 2003 |
| Fougner, Jan, m.fl. 2003 | <i>Omstilling og nedbemanning</i> . Oslo 2003 |
| Gjerde, Odd Magne 2003 | Juridisk årbok 2003; http://www.steenstrup.no/1/n/dokumenter/doc/Juridisk_arbok_2003_Odd_Magne.pdf [sitert: 24.03.07] |
| Huser, Kristian 1988 | <i>Gjeldsforhandling og konkurs</i> . Bind 2. Bergen 1988 |
| Jakhelln, Henning 2005. | <i>Oversikt over arbeidsretten</i> . 3. utg. Oslo 2005 |

- Moe, Ernst 1999 *Praktisk konkurs Bobehandling*. Sanliurfa 1999.
- NAV: Lønnsgarantiens servicerklæring. Publisert 19.12.2006 –
<http://www.nav.no/805331936.cms> [sitert
11.04.2007]
- NAV: Veiledning for bostyrer <http://www.nav.no/page?id=805311523>
[sitert 06.11.2007]
- Nygaard Haug, Marius 1989 ”Arbeidsavtalens stilling i konkurs”. I: Stein Evju (red.) m.fl.: *Aktuell arbeidsrett*. Oslo 1989
- Woxholth, Geir 2003 *Avtalerett*. Oslo 2003