



NORGES HØYESTERETT

Den 12. desember 2018 avsa Høyesterett bestående av dommerne Matningsdal, Noer, Bull, Ringnes og Høgetveit Berg dom i

HR-2018-2371-A, (sak nr. 18-042829SIV-HRET), sivil sak, anke over dom:

Hans Joachim Strøm

Berndt Anders Salmonsson

Halvor Vatnar

Kim Rossing Jensen

Trude Mathisen

Anita Johannessen

Oddbjørn Ketil Holsether

René-Charles Gustavsen

Trond Erik Torgersen

Alf Wilhelm Villum Hansen

Anne Marit Breimyr Lindén

(advokat Christen Horn Johannessen – til prøve)

Landsorganisasjonen i Norge (partshjelper)

Norsk Flygerforbund (partshjelper)

(advokat Håkon Angell)

Yrkesorganisasjonenes Sentralforbund
(partshjelper)

(advokat Sigurd-Øyvind Kambestad)

mot

Norwegian Air Norway AS

(advokat Christian Backe – til prøve)

Norwegian Air Shuttle ASA

(advokat Tarjei Thorkildsen)

Næringslivets Hovedorganisasjon
(partshjelper)

(advokat Margrethe Meder)

S T E M M E G I V N I N G :

- (1) Dommer **Bull:** Saken gjelder krav om arbeidsgiveransvar for andre selskaper i et konsern enn de konsernselskapene der arbeidstakerne formelt er ansatt. Kravet begrunnes dels med ulovlig innleie, jf. arbeidsmiljøloven § 14-12 første ledd, og dels i arbeidsgiveransvar på særskilt grunnlag, jf. arbeidsmiljøloven § 1-8 andre ledd.
- (2) Konsernet som i det daglige gjerne omtales som "flyselskapet Norwegian", har vært gjennom en omfattende og langvarig selskapsrettslig omorganisering. Den nye konsernstrukturen innebærer at virksomheten er inndelt i tre forretningsområder: drift, personell og tjenester, og eierrettigheter til flyflåten, med egne selskaper innenfor hvert område. Morselskapet er *Norwegian Air Shuttle ASA*. I fortsettelsen benytter jeg forkortelsen *NAS*. Driftsselskapene, også omtalt som AOC-selskaper, står for selve flyvirksomheten. Innenfor virksomhetsområdet personell og tjenester er pilotene og kabinpersonellet ansatt i separate selskaper. Saken dreier seg om de arbeidsrettslige konsekvensene av denne omorganiseringen.
- (3) *NAS* var opprinnelig det eneste selskapet. Planen er at *NAS* i fremtiden ikke skal drive egen flyvirksomhet. I den perioden som denne saken gjelder, har imidlertid selskapet fortsatt å gjøre det. Det skyldes særlig problemer med å få på plass driftstillatelser, air operator certificates, forkortet AOC, til de nye driftsselskapene.
- (4) Det sentrale driftsselskapet i saken er *Norwegian Air Norway AS*, forkortet *NAN*.
- (5) Saksøkerne er piloter og kabinpersonell, opprinnelig ansatt i *NAS*, som gjennom virksomhetsoverdragelser innen Norwegian-konsernet nå er ansatt i henholdsvis *Norwegian Pilot Services Norway AS* og *Norwegian Cabin Services Norway AS*. Selskapene het opprinnelig *Pilot Services Norway AS* og *Cabin Services Norway AS*, og forkortelsene *PSN* og *CSN* vil bli brukt om selskapene både før og etter navneendringen. *NAS* eier nå disse norske selskapene gjennom et irsk datterselskap, *Norwegian Air Resources Limited*, forkortet *NAR*.
- (6) Pilotene ble først overført fra *NAS* til *NAN* – og deretter til *PSN*. De kabinansatte ble overført direkte fra *NAS* til *CSN*. Kjernespørsmålet i saken er om pilotene og de kabinansatte fortsatt har krav på ansettelse i *NAS*, for pilotenes del også i *NAN*, i tillegg til å være ansatt i *PSN* og *CSN*.
- (7) Det er hensiktsmessig først å si noe om utviklingen i Norwegian. *NAS* ble stiftet i 1993 for å overta flyvirksomheten som det konkursrammede flyselskapet *Busy Bee* hadde drevet med tre propellfly for Braathens *SAFE*. I 2001 ble Braathens *SAFE* kjøpt opp av *SAS*. Kort tid etter oppkjøpet avsluttet *SAS*-konsernet kontrakten med *NAS*. *NAS* besluttet etter dette å starte egne innenriksruter som et lavprisselskap under profilen "Norwegian". Denne virksomheten kom i gang i 2002 med syv Boeing 737-300-fly. Året etter startet selskapet sine første utenriksruter.
- (8) I desember 2003 ble *NAS* registrert på Oslo Børs, og selskapet gjennomførte en emisjon som tilførte 250 millioner kroner. Det finske selskapet *flyNordic* ble ervervet i 2007, og i 2008 kunngjorde *NAS* at det ville overta deler av rutene til det konkursrammede flyselskapet *Sterling Airways*. Nye baser ble etablert i Stockholm og København i

henholdsvis 2007 og 2008. Høsten 2009 kunngjorde NAS at selskapet ville satse på interkontinentale ruter til lavpris, i første omgang til New York og Bangkok.

- (9) Veksten førte til store utvidelser av flyflåten. I mai 2007 leaset selskapet 11 fly av typen Boeing 737-800 som skulle settes inn i trafikk fra 2008. Senere samme år kjøpte selskapet 42 Boeing 737-800, med opsjon på ytterligere 42 fly. Flyene skulle leveres mellom 2009 og 2014 med 10 i året. I 2010 og 2011 ble det bestilt ytterligere 30 Boeing 737-800 og 6 Boeing 787-8. En enda større ordre kom i 2012, da det ble bestilt 222 fly fra Boeing og Airbus, med opsjon på ytterligere 150 fly. I tillegg har selskapet ervervet en rekke Boeing 787-8 og 787-9 og har flere i bestilling.
- (10) Flyene tilhører det irske datterselskapet Arctic Aviation Assets Ltd. (AAA) med underliggende selskaper. Gjennom leie eller fremleie stilles flyene til disposisjon for andre konsernselskaper.
- (11) I dag disponerer Norwegian-konsernet 165 fly og flyr til 155 destinasjoner. Det har nærmere 12 000 ansatte over hele verden. Om lag 2700 er ansatt i Norge. Av disse arbeider rundt 630 i NAS, halvparten av dem i teknisk avdeling.
- (12) Den store ekspansjonen førte til et behov for endringer i organisasjonen. Rettighetene til flyene måtte legges i egne selskaper av hensyn til finansieringen. Det internasjonale systemet med bilaterale og multilaterale luftfartsavtaler førte videre til at man måtte ha driftstillatelse, AOC, fra nasjonale luftfartsmyndigheter i en rekke land. Det er de som gir landings- og overflygningsrettigheter. I praksis medførte det at det måtte opprettes flere selskaper med driftstillatelse, altså AOC-selskaper. NAS vurderte dessuten å opprette ett eller flere selskaper som i egenskap av "shared service centers" kunne levere tjenester til AOC-selskapene.
- (13) Partene er noe uenige om når planleggingen av en ny organisasjonsstruktur startet. De har også forskjellig syn på om enkelte av de omorganiseringene som ble foretatt, først og fremst må betraktes som manøvrering i anledning pågående arbeidskonflikter, eller om dette var endringer som mer tilfeldig falt sammen med arbeidskonfliktene. De ankende parter bestrider imidlertid ikke at ekspansjonen nødvendiggjorde omorganisering, og ankemotpartene erkjenner på sin side at deres handlemåte ikke alltid har vært tidsmessig optimal. Jeg kommer nærmere tilbake til noe av dette.
- (14) Fra 2012 ble det opprettet en rekke nye AOC-selskaper. NAN ble opprettet 28. mai 2013 og fikk norsk driftstillatelse 19. november 2013. Det er også opprettet AOC-selskaper i Irland, Storbritannia, Argentina og Sverige, uten det er nødvendig å gå nærmere inn på disse selskapene her.
- (15) NAR ble opprettet i september 2013 for å forvalte store deler av arbeidskraften i konsernet og for å levere andre fellestjenester. CSN ble opprettet 25. mars 2014, da som et datterselskap av NAS. PSN ble stiftet 2. mars 2015, opprinnelig som et datterselskap av NAN. I mars 2015 ble videre Norwegian Air Resources Shared Services Center AS, NAR SSC, opprettet som et norsk datterselskap av det irske NAR. Det er også flere andre selskaper i NAR-strukturen. De har imidlertid mindre betydning for saken.
- (16) De tillitsvalgte ble først involvert i omorganiseringsprosessen gjennom et informasjons- og drøftelsesmøte 16. september 2013. Det fremgår av ledelsens presentasjon på møtet at

"[d]et vil i fremtiden ikke være naturlig at morselskapet driver operativ virksomhet. Denne virksomheten planlegges gjennomført i operative datterselskaper". Det skulle opprettes et eget ressurskonsern – "Norwegian Resources", altså det som ble NAR med datterselskaper – som skulle levere tjenester til flyselskapene i konsernet. Personellressursene i selskapet knyttet til det enkelte lands virksomhet skulle drives med lønns- og arbeidsvilkår tilpasset forholdene i hvert enkelt land. Samtlige piloter med base i Norge "overføres gjennom en virksomhetsoverdragelse for å drive flyvirksomheten fra norske baser". Norske piloter som ønsket å inngå i "Norwegian Resources", kunne imidlertid søke ansettelse der. Samtidig ble det uttalt at "[k]abinpersonalet planlegges ikke overført i denne omgang".

- (17) NAS har i ettertid tatt selvkritikk for at møtet først ble holdt 16. september 2013, ettersom det hadde vært arbeidet med omstruktureringen en tid forut for dette.
- (18) Den 20. september 2013 ble det holdt et oppfølgingsmøte mellom NAS og Norwegian Pilot Union – NPU – og arbeidstakerorganisasjonen Parat. Det fremgår av referatet at NPU og Parat var opptatt av at den nye organisasjonsstrukturen skulle være fleksibel, slik at norske piloter kunne fly både på norske driftstillatelser og EU-driftstillatelser. NPU fremholdt blant annet at norske piloter burde få muligheten til stillinger innenfor et eget ansettelsesselskap.
- (19) Et siste oppfølgingsmøte ble holdt 10. oktober 2013. NAS meddelte da at pilotene skulle overføres til NAN, som deretter ville inngå tariffavtale som videreførte lønns- og arbeidsvilkårene i NAS. NAN ville også opprette en pensjonsordning i samsvar med gjeldende tariffavtale. Overføringen til AOC-selskapet NAN snarere enn til et ressurselskap var ikke i overensstemmelse med den strategien som var blitt presentert for pilotene tidligere.
- (20) Pilotenes pensjonsordning hadde på dette tidspunkt vært gjenstand for en tvist. På et styremøte i NAS 5. november 2012 ble det truffet vedtak om overgang fra ytelses- til innskuddsbasert pensjonsordning. Innskuddspensjonsordningen ble etablert 1. desember 2012, og fripoliser ble utstedt i løpet av mars 2013. Pilotenes fagforening NPU og Parat mente at dette var i strid med gjeldende tariffavtale for pilotene – pilotavtalen – og anla sak for Arbeidsretten. I dom 5. juni 2013 kom Arbeidsretten til at pilotavtalen forpliktet NAS til å opprettholde en ytelsesbasert pensjonsordning. En ordning tilsvarende den pilotene hadde hatt, skulle gjenopprettes innen 1. september 2013, eventuelt med en kompenserende ordning. Dommen ble anket til Høyesterett, men i kjennelse 23. november 2013 ble ankesaken hevet etter enighet mellom partene.
- (21) Parallelt med omstrukturingsarbeidet høsten 2013 foregikk det meglingsarbeid i forbindelse med revisjon av pilotavtalen. NPU og Parat anklaget NAS for å ville gjennomføre virksomhetsoverdragelsen til NAN for å unngå streik. NAS og NAN benektet dette og fremholdt i et brev til fagforeningene 31. oktober 2013 at tidspunktet for virksomhetsoverdragelsen ville bli valgt på grunnlag av driftsmessige forhold. Samme dag sendte NAS og NAN brev til alle piloter ansatt i NAS om at den operative flyvirksomheten knyttet til baser i Skandinavia skulle overføres fra NAS til NAN, og at dette blant annet innebar virksomhetsoverdragelse av pilotene i arbeidsrettslig forstand. Det ble opplyst om reservasjonsretten som følger av arbeidsmiljøloven. Overføringen fant sted ved døgnskillet mellom 1. og 2. november 2013. Ingen piloter benyttet seg av reservasjonsretten.

- (22) Partene fortsatte meglingen i tariffoppgjøret, men fra 1. november 2013 overtok NAN for NAS på arbeidsgiversiden i forhandlingene. Den 4. november kom partene til enighet om en ny ettårig tariffavtale. NAS som morselskap avga en ettårig garanti for at NAN ville opprettholde en pilotbemanning på 687 piloter, samt en erklæring om ansettelser og innleie av piloter til ressurselskapene som skulle levere pilottjenester til konsernets EU-AOC-selskap.
- (23) I henhold til protokoll fra styremøtet i NAN 1. november 2013 skulle NAN fra samme dato overta driften av NAS' kortdistanseruter i Norge. NAN overtok 687 piloter fra NAS og forpliktelsen til å ha en ytelsesbasert pensjonsordning. Videre leide NAN 36 Boeing 737 fra NAS – det antall fly som var nødvendig for å fly kortdistanserutene i Norge. Ettersom ikke alle 687 piloter trengtes til å operere disse rutene, skulle en del piloter leies tilbake til NAS. Kabinpersonell, som ikke var blitt virksomhetsoverført, måtte derimot leies inn fra NAS til NAN. Det skulle også inngås avtaler med NAS om levering av flere andre tjenester, blant annet teknisk vedlikehold og administrative tjenester.
- (24) Som tidligere nevnt fikk NAN sin driftstillatelse fra Luftfartstilsynet først 19. november 2013. Dermed måtte NAN i første omgang leie fly med mannskap tilbake til NAS, såkalt wet-lease, slik at flyene kunne operere på grunnlag av NAS' driftstillatelse. Ifølge skriftlig erklæring for Høyesterett fra Geir Magne Steiro, som har innehatt flere ledende stillinger i NAS og NAN, trengte Luftfartstilsynet mer tid enn man hadde antatt for å godkjenne vedlikeholdsprogrammet. Dermed kom tillatelsen ikke på plass til 1. november slik man hadde regnet med.
- (25) De kabinansattes fagforening, Norwegian Kabinforening (NK), deltok også på informasjonsmøtet 16. september 2013 og ble som nevnt da informert om at de kabinansatte foreløpig ikke skulle virksomhetsoverdras. Det lå imidlertid i planene for den nye organisasjonsstrukturen at de på et senere tidspunkt skulle flyttes fra NAS til et annet selskap i konsernet. Det ble avholdt møter mellom NAS og kabinforeningen 10. februar, 6. mars og 11. mars 2014. Ved brev 17. mars 2014 fikk samtlige kabinansatte i NAS med base i Norge beskjed om at de ville bli virksomhetsoverdradd til et nytt selskap, CSN, med planlagt overtakelsestidspunkt 31. mars 2014. De ble informert om at dette innebar virksomhetsoverdragelse i arbeidsrettslig forstand, og at de hadde reservasjonsrett etter arbeidsmiljøloven.
- (26) Parallelt med denne prosessen foregikk det tariffoppgjør for de kabinansatte. I et brev fra Parat 20. mars 2014 om omorganiseringsprosessen fremgikk det at de kabinansatte protesterte mot å bli overflyttet til datterselskaper som i motsetning til NAN, dit pilotene var blitt flyttet, hverken hadde egen AOC eller egne fly:
- "Slik vi oppfatter det skal kabinbesetningen leies ut fra disse selskapene. Denne måten å rigge driften på har ingen fra fagforeningshold verken gitt eller vil gi sin tillatelse til. ... Vi oppfatter at NAS og ledelsen der fortsatt er den reelle arbeidsgiver. Selskapets formaloppdeling av produksjoner, produksjonsmidler og ansatte endrer ikke det faktum at det fortsatt er samme virksomhet som drives av samme arbeidsgiver. Det forholder vi oss til."**
- (27) Virksomhetsoverdragelsen ble fremskyndet til 28. mars 2014. Ingen kabinansatte benyttet seg av reservasjonsretten. Dette var rett før partene skulle møtes til megling i tariffoppgjøret. Partene var uenige om NAS skulle være part i den nye tariffavtalen. Etter megling og streik blant de kabinansatte ble det inngått ny tariffavtale 19. mai 2014. Samme

dag avga CSN en garanti for at "antall årsverk faste kabinansatte" i CSN og det tilsvarende danske datterselskapet til sammen skulle være minst 893 frem til 31. mars 2016. Som morselskap i konsernet garanterte NAS for at CSN ville være økonomisk i stand til å ivareta denne forpliktelsen.

- (28) I forbindelse med etableringen av CSN ble det inngått avtaler om salg av kabintjenester til NAS og NAN. Det ble også inngått avtale om levering av administrative tjenester og ledelsestjenester fra NAS til CSN.
- (29) Driften i NAN gikk med underskudd i 2014. Partene er uenige om underskuddet nærmest var uunngåelig slik avtaleforholdet mellom NAS og NAN var, eller om det skyldtes uforutsette omstendigheter. Ledelsen i NAN mente at uten kapitaltilførsel fra NAS og reduksjon i NANs kostnadsnivå var det fare for at selskapet tidlig i 2015 ikke ville oppfylle luftfartsmyndighetenes kapitalkrav. Dermed ville selskapet miste sin driftstillatelse, og flyene som var leid inn fra NAS, ville bli låst i et konkursrammet NAN. Ulike tiltak ble drøftet med NPU og Parat på et møte 5. februar 2015 uten at man kom til noen løsning.
- (30) Parallelt med dette pågikk tarifforhandlinger mellom NAN og pilotene. Det kom til streik, som varte fra 28. februar til 10. mars 2015. Under streiken arbeidet ledelsen i NAN videre med omstrukturering av selskapet. NPU ble forsøkt innkalt til drøftelsesmøter 1. og 2. mars, men på grunn av streiken møtte foreningen ikke. I brev 3. mars 2015 varslet Parat at NPUs medlemmer ville gå til sak for å få dom for at NAS var pilotenes reelle arbeidsgiver.
- (31) Den 5. mars 2015 vedtok NAN å omorganisere virksomheten slik at pilotene i de tre skandinaviske landene ble virksomhetsoverdradd til tre pilottjenesteselskaper, blant annet PSN som var stiftet 3. mars 2015. Samme dag ble pilotene informert om virksomhetsoverdragelsen, og om at den skulle skje med virkning fra 6. mars 2015. Ingen piloter benyttet seg av reservasjonsretten.
- (32) Da ny tariffavtale ble inngått 10. mars 2015, medundertegnet NAN etter krav fra NPU og Parat protokollen for det tilfelle at overføringen under streik ikke var gyldig. Samtidig avga NAS en erklæring om hvordan selskapet ville utøve sin eiermyndighet som morselskap overfor alle piloter i Norwegian som tjenestegjorde fra de europeiske basene. Her ble det blant annet innført konsernansiennitet. NAS avga videre en erklæring om å opprettholde en pilotbemanning på minst 687 pilotstillinger omfattet av pilotavtalene i Norge, Sverige og Danmark.
- (33) NAS besvarte Parats søksmålsvarsel i brev 25. mars 2015. Selskapet fastholdt at innkjøpet av pilottjenester ikke var ulovlig innleie av arbeidskraft ettersom "NAS kjøper en fullstendig tjeneste fra datterselskapene".
- (34) Pilotene tok ut søksmål mot NAS og NAN 4. mai 2015. De kabinansatte tok ut søksmål mot NAS 24. juni 2015.
- (35) Den 3. juni 2015 ble det holdt et møte med Luftfartstilsynet om det nylig etablerte NAR SSC. Det fremgikk av presentasjonen på møtet at konsernet ønsket å etablere fellestjenester på tvers av alle AOC-selskapene, slik at AOC-selskapene skulle ha "a minimum of required functions". I et oppfølgingsbrev fra NAS til Luftfartstilsynet 7. juli 2015 heter det blant annet at "AOC[-selskap]ene vil dermed fremover hovedsakelig

bestå av de funksjoner som må være på plass for å ivareta myndighetskontrollen og den operative kontrollen i AOC[-selskap]ene".

(36) NAS og NAN ba om stansing av søksmålet til endringene i konsernstrukturen var på plass. Tingretten, som hadde forenet sakene anlagt av pilotene og de kabinansatte til felles behandling, nektet stansing og avsa 30. juni 2016 dom med slik domsslutning:

- "1. **Norwegian Air Shuttle ASA er arbeidsgiver for Alf Wilhelm Villum Hansen, Oddbjørn Ketil Holsether, Berndt Anders Salmonsson, Hans Joachim Strøm, Trond Erik Torgersen, Halvor Vatnar, Marit Lindén, René-Charles Gustavsen, Anita Johannessen, Trude Mathisen, Kim Rossing Jensen og Mette Aarkvisla.**
2. **Norwegian Air Shuttle ASA frifinnes for kravet fra A og B.**
3. **Norwegian Air Norway AS frifinnes.**
4. **Norwegian Air Shuttle ASA dømmes til å betale kr 346.452 – kronertrehundreogførtisekstusenfirehundreogfemti – i sakskostnader til Alf Wilhelm Villum Hansen, Oddbjørn Ketil Holsether, Berndt Anders Salmonsson, Hans Joachim Strøm, Trond Erik Torgersen, Halvor Vatnar, Marit Lindén, René-Charles Gustavsen, Anita Johannessen, Trude Mathisen, Kim Rossing Jensen og Mette Aarkvisla, innen to uker fra forkynnelsen av denne dommen.**
5. **Norwegian Air Shuttle ASA tilkjennes ikke sakskostnader fra A og B.**
6. **Norwegian Air Norway AS tilkjennes ikke sakskostnader."**

(37) NAS og NAN anket tingrettens dom til lagmannsretten så langt selskapene ikke hadde fått medhold. De ansatte anket frifinnelsen av NAN, domsslutningen punkt 3, og frifinnelsen av NAS overfor to av de ansatte, domsslutningen punkt 2.

(38) Mens saksforberedelsen for lagmannsretten pågikk, fortsatte omorganiseringen av Norwegian-konsernet.

(39) Den 1. september 2016 ble det inngått en avtale mellom NAR og AOC-selskapene, kalt "frame service agreement". Denne avtalen regulerer hvilke bemanningstjenester NAR skal levere til AOC-selskapene.

(40) En "agreement for contracted activities" ble også inngått 1. september mellom NAR og AOC-selskapene. Her fremgår det at AOC-selskapene fortsatt har operasjonell kontroll og ansvar for flyvirksomheten, slik luftfartstilsynsmyndighetene krever. Det er altså AOC-selskapene som er ansvarlig overfor tilsynsmyndighetene.

(41) Våren og sommeren 2017 fikk NAR SSC virksomhetsoverdradd flere ansatte og oppgaver. Rekruttering, personaladministrasjon, prosjektledelse, helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid samt lønnsutbetalinger ligger dermed nå under NAR SSC.

(42) Høsten 2017 ble CSN og PSN overført til NAR, slik at NAR nå er morselskap for alt pilot- og kabinpersonell i Norge, Sverige og Danmark.

(43) Saken stod dermed i en annen stilling for lagmannsretten enn den gjorde for tingretten.

- (44) Borgarting lagmannsrett avsa 25. januar 2018 dom med slik domsslutning:
- "1. Norwegian Air Shuttle ASA frifinnes.
 2. Anken over tingrettens domsslutning punkt 2 forkastes.
 3. Anken over tingrettens domsslutning punkt 3 forkastes.
 4. Hver part dekker egne sakskostnader for tingretten og lagmannsretten."
- (45) Pilotene og de kabinansatte har anket til Høyesterett over lagmannsrettens dom, domsslutningen punkt 1, 3 og 4. Anken gjelder rettsanvendelsen og deler av bevisbedømmelsen. Norsk Flygerforbund, Landsorganisasjonen i Norge og Yrkesorganisasjonenes Sentralforbund har erklært partshjelp til fordel for de ankende parter. Næringslivets Hovedorganisasjon har erklært partshjelp til støtte for ankemotpartene. Arbeidstakerorganisasjonen Unio har inngitt skriftlig innlegg i medhold av tvisteloven § 15-8.
- (46) Anførselene for Høyesterett er i det vesentlige de samme som for lagmannsretten, men anførselen om at virksomhetsoverdragelsen av piloter fra NAN til PSN i mars 2015 er ugyldig fordi den fant sted under en arbeidskonflikt, er frafalt. Det er inngitt skriftlige erklæringer fra en rekke personer som er eller har vært i ledelsesposisjoner i Norwegian-konsernet, og fra personer som er eller har vært piloter eller kabinansatte.
- (47) De ankende parter – *Alf Wilhelm Villum Hansen, Oddbjørn Ketil Holsether, Berndt Anders Salmonsson, Hans Joachim Strøm, Trond Erik Torgersen, Halvor Vatnar, Anne Marit Breimyr Lindén, René-Charles Gustavsen, Anita Johannessen, Trude Mathisen og Kim Rossing Jensen* – har i hovedsak anført:
- (48) NAS må anses som arbeidsgiver på "særskilt grunnlag", jf. arbeidsmiljøloven § 1-8 andre ledd. Arbeidsmiljøloven bygger på et funksjonelt arbeidsgiverbegrep, der ansvaret pålegges den eller de som reelt sett har opptrådt som arbeidsgiver og utøvet arbeidsgiverfunksjoner. På tross av de formelle endringene i selskapsstrukturen i Norwegian-konsernet, med virksomhetsoverdragelse av piloter og kabinansatte ut av NAS, er det NAS som fortsatt utøver de sentrale arbeidsgiverfunksjonene. NAS er det eneste selskapet i konsernet med selvstendig økonomi, og den formelle begrensningen av arbeidsgivers ansvar fortjener ikke arbeidsrettslig vern.
- (49) Subsidiært er NAS arbeidsgiver fordi selskapet har drevet ulovlig innleie av piloter og kabinansatte for å dekke sitt faste behov for slik arbeidskraft. Innleien er i strid med arbeidsmiljøloven § 14-12, jf. § 14-9 første ledd bokstav a. Dette gjelder for det første for perioden frem til 1. september 2016, der NAS har erkjent at selskapet drev innleie av piloter og kabinansatte. Innleien er ulovlig fordi den ikke faller inn under noen av vilkårene i arbeidsmiljøloven § 14-9 første ledd. NAS har hatt et fast og forutsigbart behov for arbeidskraften, og det har således aldri vært grunnlag for midlertidig innleie. Konsernintern omorganisering gir ikke grunnlag for midlertidig innleie.

- (50) For det andre foreligger det heller ikke en bemanningsentreprise etter 1. september 2016. Vilkårene for dette, slik de blant annet fremgår av dommen i Rt-2013-998 (Quality People), er ikke oppfylt. Tilsynsmyndighetenes de facto aksept av ordningen må bygge på forutsetninger som i arbeidsrettslig forstand leder til at den har karakter av innleie, ikke entrepriser.
- (51) Basert på den ulovlige innleien har pilotene og de kabinansatte krav på fast ansettelse i NAS, jf. arbeidsmiljøloven § 14-14. Pilotene har i tillegg krav på fast ansettelse i NAN. Det er ikke "åpenbart urimelig" at de får dom for fast ansettelse. Dersom de kabinansatte har vært ulovlig innleid også etter 1. september 2016, har de kabinansatte uansett krav på fast ansettelse etter fireårsregelen i arbeidsmiljøloven § 14-12 fjerde ledd, jf. § 14-9 sjette ledd. Dom for fast ansettelse i NAS og NAN innebærer ikke at pilotenes og de kabinansattes ansettelsesforhold i henholdsvis PSN og CSN opphører.
- (52) De ankende parter har nedlagt slik påstand:
- "1. Norwegian Air Shuttle ASA er arbeidsgiver for Alf Wilhelm Villum Hansen, Oddbjørn Ketil Holsether, Berndt Anders Salmonsson, Hans Joachim Strøm, Trond Erik Torgersen, Halvor Vatnar, Marit Linden, René-Charles Gustavsen, Anita Johannessen, Trude Mathisen og Kim Rossing Jensen.
 2. Norwegian Air Shuttle ASA dømmes til å betale sakskostnader for tingrett, lagmannsrett og Høyesterett til Alf Wilhelm Villum Hansen, Oddbjørn Ketil Holsether, Berndt Anders Salmonsson, Hans Joachim Strøm, Trond Erik Torgersen, Halvor Vatnar, Marit Linden, René-Charles Gustavsen, Anita Johannessen, Trude Mathisen og Kim Rossing Jensen.
 3. Norwegian Air Norway AS er arbeidsgiver for Alf Wilhelm Villum Hansen, Oddbjørn Ketil Holsether, Berndt Anders Salmonsson, Hans Joachim Strøm, Trond Erik Torgersen og Halvor Vatnar.
 4. Norwegian Air Norway AS dømmes til å betale sakskostnader for tingrett, lagmannsrett og Høyesterett til Alf Wilhelm Villum Hansen, Oddbjørn Ketil Holsether, Berndt Anders Salmonsson, Hans Joachim Strøm, Trond Erik Torgersen og Halvor Vatnar."
- (53) Partshjelperen *Yrkesorganisasjonenes Sentralforbund* har i hovedsak sluttet seg til de ankende parters anførsler og særlig fremhevet at en korrekt forståelse av arbeidsmiljølovens arbeidsgiverbegrep må føre til at NAS fortsatt er arbeidsgiver for pilotene og de kabinansatte. At det har funnet sted en virksomhetsoverdragelse, er ikke til hinder for det. Det kan gis dom for at NAS er arbeidsgiver uten at det er nødvendig å spesifisere hvilke forhold arbeidsgiveransvaret gjelder for.
- (54) Yrkesorganisasjonenes Sentralforbund har nedlagt slik påstand:
- "Ankemotpartene og ankemotpartenes partshjelper dømmes in solidum til å betale sakskostninger for Høyesterett til Yrkesorganisasjonenes Sentralforbund (YS)."**
- (55) Partshjelperne *Landsorganisasjonen i Norge* og *Norsk Flygerforbund* har også i det vesentlige sluttet seg til de ankende parters anførsler. Det er særlig fremhevet at en selskapsrettslig omstrukturering der arbeidstakerne flyttes nedover i konsernstrukturen, men utfører samme arbeid som før, mens morselskapet beholder avgjørende innflytelse, i seg selv utgjør et særskilt grunnlag for felles arbeidsgiveransvar for morselskapet og det

datterselskapet som de ansatte er overført til. En slik omorganisering svekker arbeidstakernes rettigheter.

- (56) Landsorganisasjonen i Norge og Norsk Flygerforbund har nedlagt slik påstand:
- "Ankemotpartene og ankemotpartenes partshjelper dømmes in solidum til å betale saksomkostninger for Høyesterett til Landsorganisasjonen i Norge og Norsk Flygerforbund."**
- (57) Ankemotpartene – *Norwegian Air Shuttle ASA og Norwegian Air Norway AS* – har i hovedsak anført:
- (58) Selskapsstrukturen i Norwegian-konsernet er nødvendig for å sikre en bærekraftig utvikling av konsernet i et marked preget av bilaterale og multilaterale luftfartsavtaler som regulerer landings- og overflygningsrettigheter. Omorganiseringen, herunder virksomhetsoverdragelsene av pilotene og kabinpersonalet, skyldes behovet for å håndtere de store flykjøpene, den internasjonale veksten i konsernet, etablering av flere AOC-selskaper i ulike land og behovet for en kostnadseffektiv drift uten unødig duplisering av ressurser og funksjoner.
- (59) Det er ikke adgang til å få en generell fastsettelsesdom for at en virksomhet er arbeidsgiver. Ettersom arbeidsgiverbegrepet er relativt, kan man bare få dom for arbeidsgiveransvar i særskilte relasjoner.
- (60) NAS kan uansett ikke anses som arbeidsgiver på særskilt grunnlag. Virksomhetsoverdragelse innebærer at arbeidsforholdet automatisk går over til ny innehaver. Arbeidstakerne utøvet ikke reservasjonsrett i forbindelse med virksomhetsoverdragelsene, og det er ikke bestridt at de i dag er ansatt i PSN og CSN. Etter virksomhetsoverdragelsene har ikke NAS opptrådt som arbeidsgiver. Det er de respektive selskapene PSN og CSN som, sammen med NAR SSC, utøver de sentrale arbeidsgiverfunksjonene. Utøvelse av konsernledelse innebærer ikke utøvelse av arbeidsgiverfunksjoner. Entreprenør utelukker arbeidsgiveransvar på særskilt grunnlag.
- (61) Det bestrides ikke at piloter og kabinansatte var innleid til NAS frem til 1. september 2016, men innleien var midlertidig og derfor lovlig, jf. arbeidsmiljøloven § 14-12, jf. § 14-9 første ledd bokstav a. I strid med NAS' opprinnelige fremdriftsplan var ordningen med bemanningsentreprenør først på plass 1. september 2016, men det var hele tiden klart at løsningen med innleie skulle erstattes av en bemanningsentreprenør. Det er ikke tvilsomt at en reell bemanningsentreprenør var på plass fra 1. september 2016, slik vilkårene for dette er oppsummert i Rt-2013-998 (Quality People). Bemanningsentreprenør er forenlig med det ansvaret AOC-selskapene har ifølge luftfartsregelverket.
- (62) Dersom Høyesterett likevel skulle komme til at innleien var ulovlig, vil det åpenbart være urimelig å gi dom for fast ansettelse, jf. arbeidsmiljøloven § 14-14 første ledd andre punktum. NAS skal ikke selv drive flyoperativ virksomhet i fremtiden, og det er i dag NAR og dets datterselskaper som har den nødvendige bemanningen for å kunne levere pilot- og kabintjenester til AOC-selskapene i Norwegian-konsernet. NAS og NAN har ikke lenger de nødvendige ressursene for å drive flyvirksomhet med eget ansatt flygende personell. Innleien ligger langt tilbake i tid. Eventuell dom for fast ansettelse hos innleier medfører for øvrig at ansettelsesforholdet hos utleier faller bort.

(63) Norwegian Air Shuttle ASA har nedlagt slik påstand:

- "1. Anken forkastes.
2. Alf Hansen, Oddbjørn Holsether, Anders Salomonsen, Joachim Strøm, Trond Torgersen, Halvor Vatnar, Marit Linden, René-Charles Gustavsen, Anita Johannessen, Trude Mathiesen, Kim Rossing Jensen, Landsorganisasjonen i Norge (LO), Norsk Flygerforbund og Yrkesorganisasjonenes Sentralforbund (YS) tilpliktes in solidum å dekke Norwegian Air Shuttle ASAs saksomkostninger for Høyesterett."

(64) Norwegian Air Norway AS har nedlagt slik påstand:

- "1. Anken forkastes.
2. Alf Hansen, Oddbjørn Holsether, Anders Salomonsen, Joachim Strøm, Trond Torgersen, Halvor Vatnar, Landsorganisasjonen i Norge (LO), Norsk Flygerforbund og Yrkesorganisasjonenes Sentralforbund (YS) tilpliktes in solidum å dekke Norwegian Air Norway AS' saksomkostnader for Høyesterett."

(65) Partshjelperen *Næringslivets Hovedorganisasjon* har i hovedsak sluttet seg til ankemotpartenes anførsler og har særlig gjort gjeldende at det ikke er grunnlag for en utvidet forståelse av arbeidsgiverbegrepet i konsernforhold. En slik utvidet forståelse er tidligere avvist av lovgiver.

(66) Næringslivets Hovedorganisasjon har nedlagt slik påstand:

- "1. Anken forkastes.
2. Alf Hansen, Oddbjørn Holsether, Anders Salomonsen, Joachim Strøm, Trond Torgersen, Halvor Vatnar, Marit Linden, René-Charles Gustavsen, Anita Johannessen, Trude Mathiesen, Kim Rossing Jensen, Landsorganisasjonen i Norge (LO), Norsk Flygerforbund og Yrkesorganisasjonenes Sentralforbund (YS) tilpliktes in solidum å dekke Næringslivets Hovedorganisasjons saksomkostnader for Høyesterett."

(67) *Mitt syn på saken*

(68) Som det har fremgått av min gjennomgang av utviklingen i Norwegian-konsernet og saksgangen for domstolene, har konsernet vært gjennom en omorganisering som har vart i flere år. De ankende parter har nedlagt påstand om at NAS – og for pilotene også NAN – "er" arbeidsgiver for dem. Det er altså bedt om dom for hvordan arbeidsforholdet er nå, ikke hvordan det tidligere har vært.

(69) Det sentrale spørsmålet blir da om det nå foreligger tjenestekjøp i form av en såkalt bemanningsentreprise, eller om det fortsatt dreier seg om innleie av arbeidskraft. Ettersom den nåværende ordningen fra konsernets side er tenkt å være varig, vil det siste bryte med arbeidsmiljølovens vilkår for lovlig innleie av arbeidskraft. Dersom det foreligger en bemanningsentreprise, blir neste spørsmål om NAS likevel er arbeidsgiver på "særskilt grunnlag" ved siden av PSN og CSN fordi NAS fortsatt utøver arbeidsgiverfunksjoner i en slik grad at selskapet er arbeidsgiver. I så fall oppstår videre spørsmålet om det kan gis en generell dom for at selskapet er arbeidsgiver.

- (70) Pilotene og de kabinansatte har videre anført at den innleien av ansatte som i en tidligere periode fant sted fra datterselskapene til NAS, innebærer at de har krav på ansettelse i NAS. Pilotene, men ikke de kabinansatte, krever på samme grunnlag også ansettelse i NAN.
- (71) Arbeidstakerne har i sin prosedyre for Høyesterett lagt opp argumentasjonen i tilnærmet motsatt rekkefølge. Men selv om man tar utgangspunkt i situasjonen slik den var før omorganiseringen, og begynner med spørsmålet om NAS fortsatt er arbeidsgiver ved siden av PSN og CSN, må man ta stilling til om det nå foreligger en bemanningsentreprise og hvilken betydning det i så fall har, for å avgjøre om NAS "er" arbeidsgiver. Jeg behandler derfor først dette spørsmålet.
- (72) De kabinansatte har ikke bestridt at virksomhetsoverdragelsen fra NAS til CSN var gyldig. For Høyesterett har også pilotene akseptert at virksomhetsoverdragelsen av dem fra NAN til PSN var gyldig. Det må da, i tråd med arbeidsmiljøloven § 16-2, tas utgangspunkt i at tidligere arbeidsgiveres rettigheter og plikter er gått over til de nye arbeidsgiverne. Også av denne grunn finner jeg det mest naturlig først å drøfte spørsmålet om det nå foreligger en bemanningsentreprise eller innleie. Arbeidstakerne hevder riktignok at virksomhetsoverdragelsene innebar en illojal omgåelse av NAS' arbeidsgiveransvar. Hverken de kabinansatte eller pilotene ønsker imidlertid en dom som innebærer at de ikke er ansatt i CSN eller PSN. Spørsmålet om illojalitet kommer derfor bare opp ved avgjørelsen av om NAS fortsatt er arbeidsgiver i tillegg til CSN og PSN.
- (73) *Bemanningsentreprise eller innleie av arbeidskraft?*
- (74) Jeg begynner altså med spørsmålet om det nå – etter 1. september 2016 – foreligger bemanningsentreprise eller innleie, og skal først si noe generelt om innleie av arbeidskraft og grensdragningen mot selvstendige oppdrag.
- (75) Den nå opphevede sysselsettingsloven 27. juni 1947 nr. 9 § 27 inneholdt etter en lovendring i 1971 et betinget forbud mot arbeidsutleie, definert som "virksomhet som går ut på å stille egne tilsatte til disposisjon for en oppdragsgiver når disse er underlagt oppdragsgiverens ledelse". Lovens vilkår for at forbudet skulle gjelde, går jeg ikke nærmere inn på. Forarbeidene til bestemmelsen, Ot.prp. nr. 53 (1970–71) side 3, kommenterer grensdragningen mellom arbeidsutleie og entrepriser, altså selvstendige oppdrag, som falt utenfor bestemmelsen. På side 3 fremhever proposisjonen som "[e]t utpreget og helt avgjørende kjennetegn på entreprise ... at entreprenøren faktisk utøver arbeidsledelsen, dvs. at han selv eller gjennom noen som er ansatt hos ham, leder, fordeler og kontrollerer det arbeid som skal utføres". Lovens ordlyd gjengir for så vidt dette kriteriet i kortform. Det heter også at dersom et arbeidsoppdrag skal regnes som en entreprise, må oppdraget på forhånd være klart bestemt. Det er ikke tilstrekkelig at nye avgrensede arbeidsoppgaver bestemmes fra dag til dag.
- (76) Ved lov 4. februar 2000 nr. 10 ble det betingede forbudet mot arbeidsutleie videreført i arbeidsmiljøloven 1977 § 55 K om innleie, nå knyttet opp mot forbudet mot midlertidig tilsetting i lovens § 58 A: Innleie var tillatt i samme utstrekning som det kunne avtales midlertidig tilsetting. I Ot.prp. nr. 70 (1998–1999) side 41 heter det at departementet "legger til grunn at selv om innleie er et nytt begrep i arbeidsmiljøloven, er det innholdsmessig ment å dekke den samme situasjon som utleie, slik begrepet generelt er beskrevet i gjeldende sysselsettingslov § 27", og at "[f]orslaget til regulering av innleie er

heller ikke ment å innebære noen endring i grensedragningen mellom arbeidsleie og entrepris".

- (77) Ot.prp. nr. 70 (1998–1999) bygger på NOU 1998: 15 Arbeidsformidling og arbeidsleie, en utredning avgitt av det såkalte Blaalid-utvalget. Blaalid-utvalget uttaler følgende på side 46 om grensedragningen mellom innleie og selvstendige oppdrag basert på sysselsettingsloven § 27:

"Loven beskriver utleie av arbeidskraft som å

'stille egne ansatte til disposisjon for en oppdragsgiver når disse er underlagt oppdragsgivers ledelse'.

I mange tilfelle kan det likevel ofte være uklart hva som er selvstendige oppdrag (entreprise) som faller utenfor sysselsettingsloven § 27, og hva som er utleie av arbeidskraft. Strekpunktene nevnt nedenfor er momenter i vurderingen av om det foreligger entrepris eller utleie av arbeidskraft. I utgangspunktet er det entrepris når:

- ledelsen av arbeidet er hos entreprenøren og ikke hos oppdragsgiver,
- antall arbeidstakere som nyttes på oppdraget er uvedkommende for oppdragsgiver,
- det er avtalt en fast pris,
- oppdraget er klart avgrenset,
- entreprenøren har et selvstendig ansvar for resultatet, og
- entreprenøren nytter egne materialer og verktøy."

- (78) I någjeldende arbeidsmiljølov står innleieregelen i § 14-12. Det er første ledd som har interesse her, og den lyder slik:

"Innleie av arbeidstaker fra virksomhet som har til formål å drive utleie, er tillatt i samme utstrekning som det kan avtales midlertidig ansettelse etter § 14-9 første ledd bokstav a til e."

- (79) Det fremgår av Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) side 334 at bestemmelsen er en videreføring av § 55 K i arbeidsmiljøloven 1977. Før den någjeldende loven trådte i kraft, kom det til regjeringsskifte, og den nye regjeringen – Stoltenberg II – fikk før ikrafttredelsen vedtatt visse endringer i loven, jf. Ot.prp. nr. 24 (2005–2006). Disse endringene gjaldt imidlertid ikke innholdet i selve innleiebegrepet. Dermed gjelder fortsatt den forståelsen av grensedragningen mellom innleie og entrepris som forarbeidene til tidligere lover gir uttrykk for. Dette er også lagt til grunn av Høyesterett i Rt-2002-1469 (Eksakt Regnskap) på side 1475 og Rt-2013-998 (Quality People) i avsnitt 50, som gjengir det jeg har sitert fra Blaalid-utvalgets utredning. I sistnevnte dom understrekes det at oppregningen ikke er ment å være uttømmende, men at dette må være de sentrale momentene i vurderingen. Det heter videre i avsnitt 59–60:

"Selv om grensedragningen – subsumsjonen – i den enkelte sak kan være vanskelig, bygger de kriterier som i dag anvendes for å avgjøre om det foreligger en entrepris, på sikker rett. Ved den helhetsvurderingen som skal foretas, må det avgjørende etter min oppfatning være hvem av partene som har ansvaret for ledelsen og resultatet av det arbeidet som skal prestes. For sontringen mellom entrepris og innleie kan det ikke være avgjørende om oppdraget går ut på å levere et produkt eller en løpende tjeneste.

Jeg antar at de kriterier som for øvrig må være oppfylt for at arbeidsytelsen etter en helhetlig vurdering skal kunne anses som en entrepris, etter omstendighetene vil kunne fange opp forsøk på rene omgørelser."

- (80) Dette betyr at vi ikke står overfor flere likestilte og kumulative vilkår som må være oppfylt for at det skal foreligge en entreprise, ikke arbeidsinnleie. Det må foretas en helhetsvurdering der de sentrale kriteriene er ansvar for ledelsen og resultatet av det arbeidet som utføres. De øvrige kriteriene tjener mest som sperre mot forsøk på omgåelser.
- (81) Jeg går etter dette over til å se nærmere på om leveringen av flybesetninger fra NAR til NAS og NAN utgjør arbeidsinnleie eller entreprise slik forholdene rettslig og faktisk nå ligger an. Det sentrale spørsmålet er som nevnt *hvem som har ansvaret for å lede arbeidet*. For å fastslå dette er det naturlig å ta utgangspunkt i hvordan oppdraget er beskrevet i avtalegrunnlaget, selv om praktiseringen av avtalen naturligvis kan lede til en annen konklusjon. De ytelsene som skal leveres, fremgår av to "frame service agreements" inngått 1. september 2016 mellom henholdsvis NAS og NAN på den ene side og NAR på den andre. De to avtalene er for alle praktiske formål like i de delene som har interesse her. Oppdraget er beskrevet slik i punkt 3.1:

"Supplier [NAR] shall deliver Crew Services to Operator [NAS/NAN]. Crew Services is the provision of fully planned, trained and qualified Crew Members to operate on Operator's scheduled commercial flights. Supplier undertakes, at all times during the term of this Agreement, to support Operator's continuing flight operation by planning and providing a sufficient number of qualified Crew Members. To sustain its service, Supplier will ensure the availability of required number of Crew Members by recruiting and employing Crew Members in Supplier, or employing Crew Members in own affiliated resource companies, or by hiring Crew Members from third party agencies.

Through its service, Supplier is responsible for advising Operator on required levels of Crew Members through forecasting and providing guidance on resource-related matters. Furthermore, Supplier is responsible for the legal and transparent planning of Crew Member duties onto rosters and, as required, re-plan duties to ensure all flights are covered in due time according to Operator's scheduled program.

Supplier is responsible for ensuring that Crew Members on duty are legal and qualified to operate in accordance with applicable legislation and Operator's specific requirements. Supplier shall ensure that incoming Crew Members are qualified to operate on commercial flights, and ready to undergo Operator's specific training.

The Crew Services shall be provided in accordance with EASA OPS ORO. GEN 105, and regulations from CAA, Operator's manual, company rules, other relevant crew agreements, and in relation to each service as further specified in Clause 3.2 to 3.10."

- (82) Punkt 3.1 i avtalene beskriver en forpliktelse ikke bare til å stille et bestemt antall arbeidstakere til disposisjon, men en mer komplett tjeneste. NAR skal levere trente og kvalifiserte besetninger på rett sted og i rett tid til alle flygninger i henhold til det oppsatte ruteprogram. Det er altså NAR som har ansvaret for at besetningene er faglig kvalifisert og har nødvendig trening for de aktuelle flytypene. Det er også NAR som skal sette opp "roster", det vil si en arbeidsplan som bestemmer hvilke piloter og kabinansatte som skal delta på de ulike flygningene, og det er NAR som har ansvaret for justeringer i denne arbeidsplanen dersom det er påkrevd for at alle flygninger skal få nødvendig bemanning. Det følger videre uttrykkelig av punkt 3.2.4 i avtalene at NAR bestemmer hvilke piloter og kabinansatte som skal utgjøre besetningen på den enkelte flygning. Alt dette trekker klart i retning av at vi står overfor en entreprise, ikke arbeidsinnleie.
- (83) Det følger imidlertid forutsetningsvis av punkt 3.1 tredje ledd at NAS og NAN skal stå for "Operator's specific training". Dette er opplæring og utsjekking som gjelder AOC-spesifikke krav. De kan variere noe fra AOC til AOC for samme flytype. Punkt 3.2.4

gir også NAS og NAN rett til å kreve individuelle piloter og kabinansatte erstattet dersom de ikke tilfredsstillter selskapenes kvalifikasjonskrav eller handler i strid med selskapenes regler eller instruksjoner. Nærmere regler om NAS' og NANs kontroll fremgår av "agreements for contracted activities", også inngått med NAR 1. september 2016. Her heter det blant annet i punkt 5 at "operator" – NAS og NAN – til enhver tid skal ha aktiv kontroll og ansvar for alle "contracted activities". Aktiv kontroll er definert som "being actively involved in the accomplishment of individual contracted activities to the level that the contracting organisation can satisfy itself that these contracted activities are carried out correctly".

- (84) Disse bestemmelsene kan tale for at det foreligger innleie. Etter mitt syn er det likevel mest naturlig å se dem som utslag av den rett til å føre kontroll som også en oppdragsgiver må ha. I Ot.prp. nr. 53 (1970–71) side 23 er det i et vedlegg til den egentlige proposisjonen gitt uttrykk for at "[e]n selvstendig arbeidsledelse fra entreprenørens side er ... ikke til hinder for at oppdragsgiveren kontrollerer arbeidsresultatet på vanlig måte, uansett om denne kontroll skjer fortløpende under arbeidets gang eller først når arbeidet er avsluttet". Kontroll med at flybesetningene utfører sitt arbeid i henhold til myndighetsfastsatte krav, og for øvrig med den kvalitet overfor kundene som oppdragsgiver krever, kan for denne virksomhetens del etter mitt syn karakteriseres som kontroll med "arbeidsresultatet". Kravene har direkte betydning for innholdet i den tjenesten NAS og NAN skal levere til sine kunder, passasjerene, og for opprettholdelse av selskapenes driftstillatelser.
- (85) Oppdragsgivers kontroll, selv om den er myndighetspålagt, kan selvsagt bli så detaljert og direkte at man må konkludere med at det i praksis er oppdragsgiveren som leder arbeidet. En så aktiv og direkte kontroll kan man imidlertid ikke utlede av kontraktene. Krav om å fjerne besetningsmedlemmer skal i henhold til avtalenes punkt 3.2.4 fremsettes overfor NAR, som er ansvarlig for at det skjer. I henhold til punkt 3.2.3 er det NAR som tar alle beslutninger om ansettelser og oppsigelser, og som fastsetter lønn og arbeidsbetingelser. Indirekte har riktignok NAS og NAN, gjennom kravet om bestått AOC-spesifikk trening og utsjekking, en innflytelse på hvem som kan ansettes fast, og punkt 3.2.3 gir visse retningslinjer for minstekrav til lønns- og arbeidsforhold. Det generelle inntrykket som avtalene gir, er likevel at det er tale om overordnet kontroll, ikke om direkte styring av den daglige utførelsen av arbeidet.
- (86) Avtalene sier lite om utførelsen av selve flygningene. Det følger av luftfartsloven § 6-1 og § 6-3 at kapteinen om bord har øverste myndighet. De ankende parter har fremhevet at kapteinen er AOC-selskapets representant om bord, og at det er i denne egenskap at han eller hun utøver ledelsen ombord. Ifølge skriftlig erklæring fra Guro Poulsen, vice president, crew management i NAR, er pilotene under flygning underlagt chief pilot officer, sjefsflyger, i AOC-selskapene. Sjefsflygeren er igjen underlagt AOC-selskapenes flygesjef, director flight operations, som har det overordnede ansvar for flysikkerheten. Dette følger naturlig av at AOC-selskapene bærer ansvaret for en sikker gjennomføring av flygningene. Selskapenes operasjonsmanual del A punkt 1.5.1 bestemmer videre at alt flygende personell er undergitt selskapets "orders and regulations", og at personellet må opptre eksemplarisk og huske på at de er selskapets representanter overfor publikum og kundene.
- (87) Dette kan for så vidt også trekke i retning av å anse NAS og NAN for å lede arbeidet under selve flygningene. Så vidt jeg kan skjønne, utøves det imidlertid normalt ingen arbeidsledelse fra AOC-selskapene – eller NAR – under den enkelte flygning. Da er

besetningene i praksis overlatt til seg selv, selv om de selvsagt skal opptre i henhold til de regler og retningslinjer som er satt opp på forhånd. Det gjelder enten retningslinjene er gitt av AOC-selskapene eller av NAR.

- (88) Som tidligere nevnt er NAS og NAN innrettet som "minimums-AOCer". I NAS er det etter det opplyste nå 27 personer som arbeider med AOC-delen av selskapet, hvorav 22 er direkte ansatt i selskapet. Den myndighetspålagte minimumsbemanningen er oppgitt å være 25 personer. Det sier seg selv at med det antall flygninger som gjennomføres hver dag, er dette ikke tilstrekkelig til å drive nevneverdig arbeidsledelse under den enkelte flygning. Det er først og fremst dersom det oppstår noe uforutsett at kapteinens underordning under sjefsflygeren aktualiseres. Til sammenligning arbeider det om lag 200 personer i NAR-strukturen med planlegging og oppfølging av flybesetninger.
- (89) Pilotene og de kabinansatte har gjort et poeng av at det ikke er søkt om myndighetsgodkjenning av modellen med piloter og kabinpersonell ansatt i egne selskaper, ikke direkte i AOC-selskapene som har ansvaret for flygningene. Det er imidlertid på det rene at Luftfartstilsynet er klar over at Norwegian-konsernet drives etter modellen med "minimums-AOCer" og det flygende personellet ansatt i egne selskaper. Det anføres heller ikke at det er rettslig påkrevd med en slik godkjenning; anførselen går snarere ut på at denne stilltende aksepten må bygge på en forståelse av AOC-selskapenes kontroll og innflytelse over flybesetningene som fører til at forholdet arbeidsrettslig må karakteriseres som innleie, ikke som entrepris. Høyesterett må imidlertid ta selvstendig stilling til de arbeidsrettslige spørsmål saken reiser ut fra bevisføringen i saken.
- (90) Heller ikke for øvrig kan jeg se at NAS og NAN på den ene side eller NAR på den andre i praksis opptre slik at de to førstnevnte selskapene må anses å utøve den reelle arbeidsledelsen. Under NAS og NAN finnes en "chief pilot watch" bestående av erfarne piloter som er utpekt av flygesjefen i disse selskapene. Disse gruppene skal gi veiledning til andre piloter, men primært når uvante situasjoner oppstår. Det dreier seg dessuten om veiledning, ikke operativ ledelse. PSN har på sin side en pilot manager som er kontaktpunkt for pilotene i personalsaker.
- (91) En rekke av de ytelsene som NAR skal levere i henhold til de to avtalene, blant annet det meste av planleggingsarbeidet, utføres av NAR SSC, ikke av PSN eller CSN. Dette reiser for så vidt spørsmål om det mellom NAR på den ene side og PSN og CSN på den andre foregår varig innleie av arbeidskraft i strid med arbeidsmiljølovens bestemmelser. Høyesterett skal imidlertid ikke ta stilling til det, og jeg kan ikke se at det har betydning for spørsmålet om det foreligger en entrepris eller et arbeidsinnleieforhold mellom NAS og NAN på den ene siden og NAR på den andre. Partene har både for lagmannsretten og Høyesterett opplyst at de ønsker å finne en løsning på spørsmålet internt i NAR-delen av Norwegian-konsernet når herværende tvist er avgjort.
- (92) Min konklusjon er etter dette at NAR har den daglige ledelsen av det arbeidet som pilotene og kabinpersonellet utfører. Som fremholdt tidligere taler det sterkt for at det foreligger en entrepris, ikke arbeidsinnleie.
- (93) Før jeg går videre, nevner jeg at denne gjennomgangen etter mitt syn også viser at kravet om at *oppdraget må være klart bestemt på forhånd*, er oppfylt. Det fremgår riktignok av punkt 4 i avtalene at den avtalen – "order" – som inngås om besetningsbehovet for hvert vinter- og sommerprogram, kan oppdateres basert på NAS' og NANs endrede behov for

besetninger i løpet av avtaleperioden. At avtalene åpner for visse justeringer underveis, kan imidlertid ikke diskvalifisere dem fra å være entreprisedokumenter fremfor avtaler om arbeidsinnleie. Endringer i løpet av avtaleperioden er nokså vanlig ved gjennomføringen av entrepriser også på andre områder.

- (94) Et viktig kriterium er videre *hvem som har ansvar for resultatet* av den arbeidsinnsatsen som ytes. Som jeg har nevnt, følger det av avtalenes punkt 3.1 at NAR er ansvarlig for at det stilles kvalifiserte besetninger til alle flygninger. Det betyr at det er NAR som må håndtere situasjonen og skaffe erstatning for eksempel dersom en pilot eller kabinansatt melder seg "not fit for flight". Av avtalenes punkt 5.1 følger det at dersom det oppstår forsinkelser eller kanselleringer "due to Crew Members within the control of Supplier", altså NAR, skal NAR kompensere NAS eller NAN for erstatninger som disse selskapene må betale til passasjerene. Det heter også at partene er enige om at dette utgjør en rimelig prisjustering som følge av lavere kvalitet på leveransen. Punkt 11.6 fastsetter videre at NAR ikke har noe krav mot NAS eller NAN ved personskade eller dødsfall som rammer NARs ansatte. NAR skal dessuten holde NAS og NAN skadesløse dersom krav rettes mot disse selskapene i anledning en slik skade, med mindre NAS eller NAN har opptrådt uaktsomt. NAR har dermed et klart ansvar for at resultatet av den arbeidsinnsatsen som ytes, er kontraktsmessig.
- (95) De sentrale vilkårene for å anse NARs levering av piloter og kabinpersonell til NAS og NAN som entreprisedokumenter, ikke som arbeidsleie, er dermed oppfylt. Jeg kan ikke se at de andre momentene som nevnes i forarbeider og rettspraksis som relevante i denne sammenheng, kan føre til en annen konklusjon.
- (96) Det mest iøynefallende i så måte er at NAS og NAN *holder det sentrale utstyret* som brukes under flygningene, nemlig flyene. I det jeg har sitert fra Blaaid-utredningen, heter det at i en entreprisedokumenter gjerne oppdragstakeren med egne materialer og verktøy. Dette er altså ikke et absolutt vilkår. Passasjerfly, som på grunn av finansieringen er skilt ut i egne eierselskaper, er nokså atypisk utstyr. Man må videre ta i betraktning den infrastruktur som NAR stiller med for å planlegge og administrere rettidig levering av ferdig oppsatte besetninger til alle flygninger. Innen rammen av den avtalen som er inngått, er det mer nærliggende å se dette som "utstyret". Jeg kan derfor ikke se at dette leder til en annen konklusjon.
- (97) *Vederlaget for de ytelsene som skal leveres* i henhold til "frame service agreement", fastsettes etter avtalens punkt 4.1 som ledd i forhandlingene om den avtalen – "order" – om levering av besetninger som skjer i tilknytning til de enkelte sommer- og vinterprogram. Nærmere retningslinjer for hvordan vederlaget skal fastsettes, gis ikke, men ifølge lagmannsrettens dom har man brukt en "kost pluss-modell". Foretas det endringer i bestillingen, blir vederlaget justert. Det er altså ikke tale om at vederlaget fastsettes etter løpende regning, som ellers kunne tale for at det forelå arbeidsinnleie. Som det fremgår av vedlegget til Ot.prp. nr. 53 (1970–71) side 23–24, utelukker for øvrig ikke betaling etter løpende regning at det kan foreligge entreprisedokumenter.
- (98) *Hvem som bestemmer antall ansatte som skal benyttes* til oppgaven, kan også være av betydning – ved entreprisedokumenter vil det typisk være tjenesteleverandøren. Det er NAS og NAN som fastsetter antall piloter og kabinansatte som kreves til den enkelte flygning, og hvor mange ferdig oppsatte besetninger som skal leveres. Besetningens størrelse på den enkelte flygning vil imidlertid avhenge sterkt av flytype og myndighetsfastsatte krav – det er i

realiteten ikke mye valgfrihet for oppdragsgiver her. Antall ferdig oppsatte besetninger er vel i utgangspunktet et forhandlingsspørsmål, men også her har jeg forstått det slik at offentlige krav til hviletid mv. innebærer at det er lite valgfrihet når først ruteprogrammet er fastsatt.

- (99) Jeg er etter dette kommet til at det klart foreligger en entrepriserule, ikke arbeidsinnleie, i forholdet mellom NAS og NAN på den ene siden og NAR på den andre.
- (100) *NAS som arbeidsgiver på "særskilt grunnlag"?*
- (101) Piloter og kabinansatte har videre anført at selv om det skulle foreligge et entrepriseruleforhold, må NAS anses å være arbeidsgiver for dem, ved siden av PSN og CSN.
- (102) Arbeidsmiljøloven § 1-8 andre ledd definerer "arbeidsgiver" som "enhver som har ansatt arbeidstaker for å utføre arbeid i sin tjeneste". Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) side 76 uttaler følgende om begrepet:

"Departementet foreslår i likhet med flertallet i Arbeidslivslovutvalget at dagens arbeidsgiverbegrep videreføres. Selv om det har skjedd en utvikling i arbeidslivet siden loven kom og nye måter å organisere arbeidet på, tilsier ikke dette etter departementets vurdering en generell utvidelse av arbeidsgiverbegrepet. Gjeldende definisjon av arbeidsgiverbegrepet i arbeidsmiljøloven § 4 og praksis knyttet til denne, er i de aller fleste tilfeller god og treffende med hensyn til hvor den reelle avgjørelsesmyndigheten i arbeidsmiljøspørsmål ligger. Departementet legger til grunn at det etter gjeldende rett blant annet skal legges vekt på hvem som i praksis har opptrådt som arbeidsgiver og som har utøvet arbeidsgiverfunksjoner. Det vises også til at det etter gjeldende rett er åpning for at arbeidsgiveransvaret etter en konkret vurdering kan plasseres hos flere dersom det foreligger et særskilt grunnlag for det, for eksempel at andre reelt har opptrådt som arbeidsgiver og utøvet arbeidsgiverfunksjoner."

- (103) Arbeidsgiverbegrepet er altså funksjonelt. Det skal "blant annet" legges vekt på "hvem som i praksis har opptrådt som arbeidsgiver". Det er en "åpning" for å plassere arbeidsgiveransvaret hos flere dersom det er "særskilt grunnlag" for det, for eksempel dersom også andre enn den formelle arbeidsgiver har opptrådt som arbeidsgiver og utøvd arbeidsgiverfunksjoner. Muligheten for flere arbeidsgivere på særskilt grunnlag er utviklet i rettspraksis og i proposisjonen på side 74–75 sammenfattet slik:

"I rettspraksis har det vært lagt til grunn at flere rettssubjekter kan ha et arbeidsgiveransvar dersom arbeidsgiverfunksjonene har vært delt mellom dem. Sakene om delt arbeidsgiveransvar har vært knyttet til oppsigelsesvernet og plikten til å tilby annet passende arbeid etter § 60 nr. 2. I den grad det etter rettspraksis er oppstilt et delt arbeidsgiveransvar, så har det etter en konkret vurdering vært et særskilt grunnlag for det. Slike særlige grunnlag har i hovedsak vært at det er avtalt flere arbeidsgivere, at flere selskaper reelt har opptrådt som arbeidsgiver og utøvd arbeidsgiverfunksjoner, eller at arbeidsforholdet har kontraktmessige uklarheter."

- (104) I dette tilfellet er det klart nok ikke avtalt flere arbeidsgivere. I avtalenes punkt 3.2.2 står det at "Supplier [NAR] or any contractors to Supplier shall be employer of the Crew Members and shall bear all responsibility of an employer". I punkt 3.2.3 heter det videre at "Operator is hence not employer of any Crew Member, and consequently, not entitled to take decisions regarding employment or termination of any Crew member employment contracts". De formelle og økonomiske sider av arbeidsgiveransvaret ligger altså klart på NAR-siden.

- (105) Som tidligere nevnt har det skjedd virksomhetsoverdragelser, og gyldigheten av dem er ikke bestridt for Høyesterett. De ankende parter har fremhevet at en virksomhetsoverdragelse ikke nødvendigvis innebærer at arbeidsgiveransvaret er fullstendig overdradd. Dette begrunnes med at virksomhetsbegrepet i arbeidsmiljølovens kapittel om virksomhetsoverdragelser og arbeidsgiverbegrepet i lovens § 1-8 ikke er sammenfallende, selv om de ofte vil være det i praksis. Det følger imidlertid av arbeidsmiljøloven § 16-2 første ledd at tidligere arbeidsgivers rettigheter og plikter som følger av arbeidsavtale eller arbeidsforhold som foreligger på tidspunktet for overdragelsen, overføres til den nye arbeidsgiveren. Det skjer altså i utgangspunktet et automatisk og fullstendig debtorskifte, jf. Evju, Virksomhetsoverdragelse og rettsvirkninger, i Arbeidsrett, utvalgte artikler side 451. Dersom det overdragende selskapet etter en konkret vurdering må anses for å ha et arbeidsgiveransvar på "særskilt grunnlag" etter overdragelsen, er det mer naturlig å se det som en reetablering.
- (106) Jeg nevner for ordens skyld at virksomhetsoverdragelse også kan skje innenfor et konsern. Det følger av Rt-2006-71.
- (107) Spørsmålet blir dermed i første omgang om NAS i realiteten fortsatt opptrer som arbeidsgiver for piloter og kabinansatte.
- (108) Sentralt i den rettspraksis som forarbeidene til arbeidsmiljøloven viser til, står Rt-1990-1126 (Wärtsilä). Den saken gjaldt oppsigelse av en arbeidstaker som formelt var ansatt i et datterselskap, men hvor morselskapet hadde beholdt sentrale arbeidsgiverfunksjoner. Datterselskapet betalte hans lønn, og pensjonsrettighetene skulle tilsvare dem han hadde i morselskapet. Arbeidstakerens lønns- og pensjonsforhold i datterselskapet var imidlertid regulert i en avtale mellom ham og morselskapet. Det fremgikk også av avtalen at han var forpliktet til å følge de direktiver som til enhver tid ble gitt fra morselskapets ledelse. Indirekte kunne dermed også morselskapet si ham opp fra datterselskapet ved å si opp denne avtalen, og det var også morselskapet som ga ham den uformelle oppsigelsen fra datterselskapet. Høyesterett kom etter en samlet vurdering til at mor- og datterselskap hadde "felles arbeidsgiveransvar".
- (109) I Rt-2012-983 (Stena Drilling), kom også Høyesterett til at den reelle arbeidsgiver var en annen enn den formelle og bygget i avsnitt 104 på at arbeidsgiverfunksjonene "for alle praktiske formål" ikke lå hos den formelle arbeidsgiver. De ansatte hadde derfor rett til å følge med ved virksomhetsoverdragelsen fra det selskapet der de ikke var formelt ansatt, til et nytt selskap.
- (110) Generelt må man kunne si at rettspraksis, og gjengivelsen av den i forarbeidene, forutsetter at felles arbeidsgiveransvar er en snever unntaksregel – det skal mye til før et annet foretak enn den formelle arbeidsgiveren kan anses for å ha del i arbeidsgiveransvaret.
- (111) Morselskapet i Wärtsilä-saken og det aktuelle selskapet i Stena Drilling-saken hadde en vesentlig større del av arbeidsgiverfunksjonene overfor arbeidstakeren enn det NAS har overfor piloter og kabinpersonell. Jeg viser til min drøftelse av om det foreligger entreprise eller arbeidsinnleie, der jeg konkluderte med at den innflytelsen som NAS har over pilotenes og de kabinansattes arbeid, ikke går ut over det som en oppdragsgiver kan ha i et entrepriseforhold. De samme trekk ved forholdet innebærer at NAS heller ikke kan sies å ha utøvd arbeidsgiverfunksjoner annet enn i helt marginal grad. Slik kriteriene for å skille entreprise fra arbeidsinnleie er utformet, er det i det hele vanskelig å tenke seg at det i

praksis skulle foreligge både et entrepriserforhold og et felles arbeidsgiveransvar for oppdragstaker og oppdragsgiver.

- (112) De ankende parter har pekt på de garantier NAS som morselskap direkte eller indirekte har gitt ved ulike tariffoppgjør om antall ansatte piloter og kabinpersonell, og hevder at dette innebærer at det er NAS som har den sentrale arbeidsgiverfunksjonen å bestemme antall ansatte. Slik jeg forstår garantiene, er de imidlertid garantier for et minste antall ansatte i datterselskapene, og konsernets strategi var ekspansjon av virksomheten. Jeg mener derfor at de ikke kan tillegges særlig vekt i denne sammenheng.
- (113) Så langt er det etter mitt syn ikke grunnlag for å anse NAS som arbeidsgiver ved siden av PSN og CSN på "særskilt grunnlag".
- (114) Særlig Landsorganisasjonen i Norge har imidlertid pekt på at det her dreier seg om omstrukturering innenfor et konsern. Det anføres at det i seg selv må utgjøre et særskilt grunnlag for felles arbeidsgiveransvar at arbeidstakerne flyttes "nedover" i konsernstrukturen samtidig som de beholder sine arbeidsoppgaver, og morselskapet beholder avgjørende innflytelse over virksomheten. Det er blant annet pekt på at NAS er det eneste selskapet i konsernet med egen økonomi, ved at inntektene fra flyvirksomheten går dit, mens de øvrige selskapene, blant annet selskapene i NAR-strukturen, er avhengig av vederlaget de får fra NAS.
- (115) Utvalget som stod bak NOU 1996: 6, Arbeidstakeres stilling i konsernforhold m.v., Konsernutvalget, hadde som en del av sitt mandat å "vurdere om og i hvilken utstrekning tilpasning av gjeldende rett til ulike konsernmodeller og organiseringer kan skje slik at morselskapet i visse situasjoner blir ansvarlig for datterselskapenes forpliktelser overfor arbeidstakerne (delt arbeidsgiveransvar)". Utvalgets flertall foreslo et tillegg til arbeidsgiverdefinisjonen i daværende arbeidsmiljølov § 4. Tillegget ville innebære at "også ethvert annet foretak som kan utøve bestemmende innflytelse over arbeidsgiver", skulle anses som arbeidsgiver etter loven. I kommentarene til forslaget ble det pekt på at mange konserner er organisert slik at morselskapet ikke bare er et holdingselskap, men ivaretar overordnede ledelsesfunksjoner for selskapet som helhet. Det er tilfellet for NAS.
- (116) Flertallets forslag møtte imidlertid motstand i høringsrunden og ble ikke gjennomført. Jeg har allerede sitert fra Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) side 76, der det ble uttalt at selv om det har skjedd en utvikling med nye måter å organisere arbeidet på, ville man videreføre arbeidsgiverbegrepet slik det var, basert på eksisterende rettspraksis. Videre uttalte departementet på samme side:

"En generell og 'automatisk' utvidelse av arbeidsgiveransvaret til andre enn primærarbeidsgiver, som er betinget av 'bestemmende innflytelse' eller lignende kriterier, ville bli en svært vanskelig bestemmelse å håndtere i praksis. Det er et stort mangfold av ulike virksomhetsorganiseringer, og beslutningsstrukturene kan være kompliserte og ikke nødvendigvis gjennomskuelige. Det kan derfor ofte være vanskelig å fastslå når og hvem som utøver reell innflytelse over en virksomhet."

- (117) Anførselen fra de ankende parter og Landsorganisasjonen i Norge går riktignok ut på en noe snevrere regel, for så vidt som den knytter an til omorganiseringer der arbeidstakerne fortsetter å utføre samme arbeid som tidligere, ved siden av at morselskapet fortsatt har bestemmende innflytelse. Men også en slik regel vil fanges opp av den begrunnelsen som proposisjonen gir for ikke å ta konsernutvalgets flertallsforslag til følge.

- (118) Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) var fremmet av regjeringen Bondevik II. Endringene som regjeringen Stoltenberg II fikk gjennomført i arbeidsmiljøloven før den trådte i kraft, omfattet ikke arbeidsgiverbegrepet. Jeg viser til Ot.prp. nr. 24 (2005–2006).
- (119) Som Høyesterett bemerket i Rt-2013-998 (Quality People) avsnitt 63, kan nye måter å organisere næringsvirksomhet på utfordre arbeidsmiljølovens formål om å sikre trygge ansettelsesforhold. Det er videre slik at flytting av arbeidstakere til andre selskaper innen et konsern får konsekvenser for deres rett til informasjon, samarbeid og medbestemmelse i henhold til hovedavtalen og arbeidsmiljøloven. Gitt de klare lovgiveruttalelsene knyttet til gjeldende arbeidsgiverbegrep må det imidlertid være opp til lovgiver å avgjøre om det bør gis en slik regel som arbeidstakersiden her har argumentert for.
- (120) Jeg er etter dette blitt stående ved at de ankende parter ikke kan få medhold i sin anførsel om at NAS fortsatt er deres arbeidsgiver på grunnlag av læren om felles arbeidsgiveransvar i visse situasjoner.
- (121) De ankende parter har også argumentert for felles arbeidsgiveransvar basert på de ulovfestede reglene om *ansvarsgjennombrudd i selskapsforhold*. Jeg har imidlertid vanskelig for å se at dette kan gi noe i tillegg til den regelen om felles arbeidsgiveransvar på særskilt grunnlag som jeg nettopp har drøftet. Det er nærliggende å se dette som en regel nettopp om ansvarsgjennombrudd basert på arbeidsrettslige hensyn.
- (122) Endelig har de ankende parter argumentert for arbeidsgiveransvar for NAS med grunnlag i *lojalitetsplikt i kontraktsforhold*. Overføringen av pilotene først fra NAS til NAN og deretter til PSN, og overføringen av kabinansatte fra NAS til CSN, er etter deres syn utslag av illojal opptreden fra NAS overfor de ansatte som kontraktsmotparter. Det er imidlertid enighet mellom partene om at den sterke veksten i Norwegian nødvendiggjorde en omorganisering. En endring av den strukturen man hadde, er altså ikke anført å være illojal i seg selv. Partene er uenige om strukturen som ble valgt var den optimale, og ikke minst om tidspunktet for gjennomføringen var påvirket av konfliktene med de ansatte. Til dette vil jeg for det første bemerke at domstolene bør være varsomme med å overprøve det som grunnleggende er forretningsmessige vurderinger av hva som er en hensiktsmessig selskapsstruktur for den virksomheten som drives. Dette er vurderinger som naturlig faller inn under arbeidsgivers rett til foretaksledelse. For det har andre har jeg vanskelig for å se hva som skulle være det rettslige grunnlaget for i dag å anse NAS som arbeidsgiver basert på det som eventuelt måtte ha vært et illojalt valg av tidspunkt for gjennomføringen av enkelte deler av omorganiseringen.
- (123) Det er etter dette ikke nødvendig for meg å gå inn på spørsmålet om det overhodet ville være anledning til å få en generelt utformet dom for at NAS "er arbeidsgiver" – underforstått ved siden av CSN og PSN. Hotvedt, Arbeidsgiverbegrepet side 403 uttaler at "begrenset felles arbeidsgiveransvar" er den mest presise betegnelsen på det som i Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) omtales som "delt" arbeidsgiveransvar" og i Wårtsilå-dommen som "felles" arbeidsgiveransvar. Rettspraksis synes dessuten å være avgrenset til saker der spørsmålet i praksis bare gjaldt visse sider av arbeidsgiveransvaret. En dom for at flere foretak har stilling som arbeidsgiver uten nærmere avgrensning av hvilke forhold det gjelder for, synes å reise flere spørsmål om hva som ville være rettsvirkningene av en slik dom.

- (124) *Ansettelse på grunnlag av ulovlig innleie i tiden frem til 1. september 2016?*
- (125) Som tidligere nevnt ble de kabinansatte virksomhetsoverdradd fra NAS til CSN med virkning fra 28. mars 2014, og pilotene ble virksomhetsoverdradd fra NAN til PSN med virkning fra 6. mars 2015. NAS og NAN har erkjent at piloter og kabinansatte fra disse tidspunktene og frem til 1. september 2016 ble leid inn fra CSN til NAS og fra PSN til NAS og NAN. Grunnen til dette er at de avtalene som ble inngått om salg av pilot- og kabintjenester i forbindelse med virksomhetsoverdragelsene, ikke ble tilstrekkelig gjennomført i praksis. Men NAS og NAN hevder at innleien var midlertidig og dermed lovlig fordi det hele tiden var meningen å komme over i et entrepriseforhold. Selskapene anfører videre at dersom innleien skulle bli ansett for å være ulovlig, ville det uansett være åpenbart urimelig om piloter og kabinansatte nå skulle ha krav på fast ansettelse i NAS og pilotene dessuten i NAN.
- (126) Arbeidsmiljøloven § 14-12 første ledd bestemmer som tidligere nevnt at innleie av arbeidstaker fra virksomhet som har til formål å drive utleie, er tillatt i samme utstrekning som det kan avtales midlertidig ansettelse etter § 14-9 første ledd. I dette tilfellet er det § 14-9 første ledd bokstav a – fra 1. januar 2019, etter ikrafttredelse av lov 22. juni 2018 nr. 46, § 14-9 andre ledd bokstav a – om arbeid "av midlertidig karakter" som er aktuell.
- (127) Frem til endring ved lov 24. april 2015 nr. 20 var formuleringen i § 14-9 første ledd bokstav a "når arbeidets karakter tilsier det og arbeidet atskiller seg fra det som ordinært utføres i virksomheten". Endringen var ikke ment å innebære noen realitetsendring, slik at tidligere rettspraksis fortsatt er relevant, jf. Prop. 39 L (2014–2015) side 118.
- (128) Det følger av arbeidsmiljøloven § 14-14 at dersom bestemmelsene i § 14-12 blir overtrådt, skal retten etter påstand fra den innleide arbeidstakeren avsi dom for at den innleide har et fast arbeidsforhold hos innleier. I "særlige tilfeller" kan retten likevel etter påstand fra innleier avsi dom for at den innleide ikke har et fast arbeidsforhold hos innleier, dersom den etter en avveining av partenes interesser kommer til at det ville være "åpenbart urimelig".
- (129) Før jeg går videre, nevner jeg at arbeidsmarkedsloven § 27 har en bestemmelse om at en virksomhet ikke kan leie ut en arbeidstaker til en av arbeidstakerens tidligere arbeidsgivere før det har gått seks måneder siden arbeidstakeren sluttet hos denne. Dette er imidlertid en bestemmelse som retter seg mot utleier. NOU 1998: 15 Arbeidsformidling og arbeidsleie gir den historiske bakgrunnen for forbudet på side 64–65: Man ville forhindre at utleiefirmaer rekrutterte arbeidstakere ved å tilby dem bedre lønn, for så å leie dem ut til deres tidligere arbeidsgiver, som nå måtte betale mer for arbeidskraften enn tidligere. Uansett understrekes det i forarbeidene til loven, Ot.prp. nr. 62 (2003–2004) side 40, at arbeidsmiljøloven og arbeidsmarkedsloven er ulike reguleringsregimer. Bestemmelsen får dermed ikke anvendelse på det spørsmålet vi her står overfor. Som påpekt av Fougner mfl., Omstilling og nedbemanning, 3. utgave side 127, kan det for øvrig reises spørsmål om bestemmelsen gjelder ved omorganiseringer innenfor et konsern, særlig ved omorganisering i henhold til reglene om virksomhetsoverdragelse.
- (130) I forarbeidene til den bestemmelsen i arbeidsmiljøloven 1977 som tilsvarer någjeldende § 14-9, Ot.prp. nr. 50 (1993–1994), er det på side 179 uttalt at "usikkerhet om eventuell framtidig reduksjon i arbeidsmengde, omorganisering e l vil [ikke] i seg selv være grunnlag for en tidsbegrenset tilsetning". Et tilsvarende synspunkt om hva som er gjeldende

rett, er fremholdt i Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) side 202 og ordrett gjentatt i Prop. 39 L (2014–2015) side 103. Her heter det at det "ikke [vil være] anledning til å ansette midlertidig ... ved usikkerhet om eventuell fremtidig reduksjon i arbeidsmengde, med sikte på omorganisering eller lignende".

- (131) Tolker man disse uttalelsene strengt etter ordlyden, kan de synes å innebære at § 14-9 første ledd bokstav a er ment å forstås slik at omorganisering av virksomheten aldri kan gi grunnlag for arbeid av "midlertidig karakter". Det er imidlertid etter mitt syn mer nærliggende å forstå uttalelsene slik at de knytter an til den usikkerheten om fremtidig arbeidsmengde som kan oppstå også i forbindelse med omorganiseringer.
- (132) Det er vanskelig å se noen grunn til et totalforbud mot midlertidige ansettelser i forbindelse med omorganiseringer. Ved kompliserte omorganiseringer, for eksempel i store selskaper som har omfattende virksomhet, kan det være vanskelig å få alt til å virke etter hensikten med én gang. Da kan det oppstå et praktisk behov for mellomstadier med midlertidig ansettelse eller innleie. Man må kunne forvente en klarere uttrykt lovgivervilje dersom det var meningen helt å sette bom for dette. Jeg kan her slutte meg til lagmannsretten, som siterer følgende fra tingrettens dom i saken:

"Som det klare utgangspunktet, gir ikke en omorganisering i seg selv grunnlag for midlertidige ansettelser eller innleie, jf Ot.prp. nr. 50 (1993–1994) side 179 og Fougner m.fl., Arbeidsmiljøloven, Kommentartutgave (2. utgave, 2013) side 613. Retten utelukker imidlertid ikke at en konsernintern omorganisering kan være et moment som etter en konkret vurdering kan bidra til at det foreligger en saklig grunn for innleie av arbeidskraft. Retten antar at omfanget og kompleksiteten av omorganiseringen i så fall vil kunne få betydning for lengden av innleien, men også for om det i det hele tatt er anledning til innleie. Store omorganiseringsprosesser kan være ressurskrevende og kan påvirke produksjonen i bedriften i en periode, noe som igjen kan gi saklig grunn for innleie, både utenfra og internt mellom ulike enheter i bedriften. ..."

- (133) Man må altså også i disse tilfellene kunne foreta en nærmere vurdering av de konkrete forhold. I Ot.prp. nr. 50 (1993–1994) side 165 uttales det at hvorvidt arbeidets karakter i det enkelte tilfellet er slik at midlertidige arbeidsavtaler lovlig kan inngås, vil bero på en helhetsvurdering der en rekke hensyn vil spille inn. Det skal blant annet legges vekt på om det foreligger forhold eller hensyn som gjør det nødvendig med en tidsbegrenset arbeidsavtale. Høyesterett har sluttet seg til dette i Rt-2001-1413 (Norsk Folkehjelp), på side 1420.
- (134) I Prop. 39 L (2014–2015) side 103 sies det at bestemmelsen om midlertidig ansettelse skal tolkes strengt, og på side 118 uttales det at rettstilstanden skal opprettholdes. Det er et bevisst lovgivervalg å knytte reglene om innleie til reglene om midlertidige ansettelser, og man må dermed også for innleie legge til grunn at det skal foretas en streng vurdering. Imidlertid gjør ikke hensynet til vern av arbeidstakeren seg gjeldende med samme styrke ved brudd på innleiereglene som ved brudd på reglene om midlertidig ansettelse. Ved innleie har arbeidstakeren fast ansettelse i utleieforetaket, og har dermed en beskyttelse som en midlertidig ansatt arbeidstaker ikke har. Dette må man etter mitt syn kunne ta hensyn til ved den konkrete vurderingen.
- (135) Slik jeg ser det, må det her få vesentlig betydning at NAS' og NANs egen hensikt var å gå direkte over til entreprisemodellen allerede ved virksomhetsoverdragelsene 28. mars 2014 og 6. mars 2015. Selskapene har først i ettertid erkjent at man i første omgang ikke lyktes med dette i praksis. Selskapene selv tok altså ikke sikte på å etablere en innleiesituasjon,

ikke en gang midlertidig. Det relevante spørsmålet som må stilles med hensyn til om innleien var nødvendig frem til en reell entreprisesituasjon ble etablert, er da etter mitt syn om man med rimelighet kunne ha krevd av selskapene at de allerede i utgangspunktet hadde fått etablert entreprismodellen på en ordentlig måte. Jeg har vanskelig for å se at man ikke kunne ha krevd dette. Selv om Norwegian-konsernet stod overfor en komplisert omorganisering med mange usikkerhetsfaktorer, burde et konsern med så store ressurser allerede i 2014 og 2015 ha fått til det som man fikk til fra 1. september 2016. Det hadde nok krevd en grundigere planleggingsprosess, men selskapene har etter mitt syn ikke fremlagt en overbevisende argumentasjon for hvorfor dette ikke skulle ha vært mulig, eventuelt ved at man hadde begynt den konkrete planleggingen av overgangen til entrepriser noe tidligere enn man gjorde. Som tidligere nevnt hadde NAS allerede høsten 2013 presentert en ny organisasjonsmodell for de ansatte som innebar at piloter og kabinansatte skulle overføres til andre selskaper i en egen "ressursdel" av konsernet, selv om pilotene i første omgang ble overført til AOC-selskapet NAN. NAS har selv fremhevet at planleggingen av en ny organisasjonsstruktur startet langt tidligere, og at man diskuterte egne kabin- og pilotselskaper allerede i 2011. I den grad arbeidskonfliktene kan ha virket inn på valg av nøyaktig tidspunkt for virksomhetsoverdragelsene, kan det åpenbart ikke komme selskapene til gode.

- (136) Jeg er derfor kommet til at utleien mellom henholdsvis 28. mars 2014 for de kabinansatte og 6. mars 2015 for pilotene og frem til 1. september 2016 var ulovlig.
- (137) Imidlertid mener jeg at det nå ville være "åpenbart urimelig" å avsi dom for fast arbeidsforhold for piloter og kabinansatte i NAS og for pilotene også i NAN. Det fremgår av Ot.prp. nr. 70 (1998–1999) side 48 at terskelen for å gjøre unntak er noe lavere enn ved den tilsvarende bestemmelsen i § 14-11 som gjelder ulovlige midlertidige ansettelse. Ved ulovlig innleie holder det at "klare rimelighetshensyn" taler mot at hovedregelen om fast ansettelse følges.
- (138) Dersom piloter og kabinansatte nå skulle være direkte ansatt i morselskapet NAS eller i AOC-selskapene, ville det skape store problemer for konsernets drift. Norwegian-konsernets nye struktur må ses på bakgrunn av det nettverk av luftfartsavtaler, mange av dem bilaterale, som selskapet må forholde seg til. Dette krever en rekke AOC-selskaper for å sikre trafikkrettigheter. Dersom disse skulle drives som fullskala flyselskaper med egne ansatte piloter og kabinansatte, ville man i praksis måtte ha en stor overkapasitet på personellsiden eller et komplisert nettverk av avtaler mellom AOC-selskapene om bruk av hverandres besetninger. Man måtte også ha ansatte i det enkelte selskap for å følge opp besetningene. Det ville bli mer komplekst og kostnadskrevenne enn den modellen man har valgt. Det er videre uklart om alle lands luftfartsmyndigheter vil godta at mannskaper ansatt i ett AOC-selskap benyttes av et annet AOC-selskap.
- (139) NAS og NAN har i dag heller ikke de nødvendige ressurser for å følge opp piloter og kabinansatte – de funksjonene ligger nå i NAR-strukturen. Slik NAS og NAN nå er satt opp med få ansatte for øvrig, er det også vanskelig å se at piloter og kabinansatte vil vinne noe i forhold til ansettelse innenfor NAR-delen av konsernet med hensyn til reglene om "annet passende arbeid" i virksomheten ved oppsigelse, jf. arbeidsmiljøloven § 15-7 andre ledd, eller tilrettelegging av arbeid i henhold til samme lovs § 4-6 ved redusert arbeidsevne.

- (140) Spesielt for NAS gjelder at selskapet er i ferd med å tømmes for operativ virksomhet. Dette har riktignok tatt lengre tid enn forventet, men prosessen ser nå ut til å være slutført i begynnelsen av 2019.
- (141) Partene er for øvrig uenige om konsekvensene av en dom for ansettelse i NAS og NAN for de ankende parters ansettelsesforhold i PSN og CSN. Med den konklusjonen som jeg er kommet til, er det unødvendig å gå nærmere inn på dette.
- (142) Jeg er etter dette kommet til at anken må forkastes.
- (143) NAS og NAN har ikke krevd seg tilkjent sakskostnader for tingrett og lagmannsrett, men har fremsatt krav om å få dekket kostnadene ved behandlingen i Høyesterett. Næringslivets Hovedorganisasjon har også krevd seg tilkjent sakskostnader. Etter tvisteloven § 20-2 har den som har vunnet saken, som hovedregel krav på å få sine sakskostnader erstattet. Det kan imidlertid gjøres unntak dersom tungtveiende grunner tilsier det. Saken har stor prinsipiell betydning både for partene, partshjelperne og norsk arbeidsliv. Jeg er derfor kommet til at NAS og NAN bør bære sine egne sakskostnader for Høyesterett. Av de samme grunner mener jeg at heller ikke Næringslivets Hovedorganisasjon bør tilkjennes sakskostnader.
- (144) Jeg stemmer etter dette for denne

D O M :

1. Anken forkastes.
 2. Sakskostnader for Høyesterett tilkjennes ikke.
- (145) Dommar **Høgetveit Berg:** Eg er i det hovudsaklege og i resultatet einig med førstvoterande.
- (146) Dommer **Ringnes:** Likeså.
- (147) Dommer **Noer:** Likeså.
- (148) Dommer **Matningsdal:** Likeså.
- (149) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

1. Anken forkastes.
2. Sakskostnader for Høyesterett tilkjennes ikke.