

Karriereveilederne i Din Utvikling Rogaland

En vurdering av karriereveiledernes arbeidsrettslige
tilknytningsform

Fiersholm

Karriereveilederne i Din Utvikling Rogaland

En vurdering av karriereveiledernes arbeidsrettslige
tilknytningsform

Oslo, 24. november 2017

Wiersholm

Innhold

1.	BAKGRUNN OG KONKLUSJONER	3
2.	OM UTREDNINGSARBEIDET	4
2.1	Wiersholms team	4
2.2	Metode og avgrensning.....	5
2.3	Samarbeid med ulike relevante aktører	5
2.4	Dokumentinnsamling og dokumentgjennomgang	6
2.5	Kontroll samtaler	6
2.6	Spørreundersøkelse	6
3.	VEIEN VIDERE	7
4.	KORT OM AKTØRENE	8
4.1	NAV Rogaland og NAV Tiltak Rogaland	8
4.2	Din Utvikling	8
5.	KORT OM ARBEIDSMARKEDSTILTAK PÅ ANBUD	9
6.	KORT OM ARBEIDSMARKEDSTILTAKET OPPFØLGING	9
7.	KORT OM SAMARBEIDET MELLOM NAV TILTAK ROGALAND OG DIN UTVIKLING ...	10
8.	KORT OM KONSEKVENSER AV FEILKLASSIFISERING	10
9.	KONKURRANSEGRUNNLAGET	12
10.	TILBUDET FRA DIN UTVIKLING.....	13
11.	AVTALER MED VEILEDERNE	14
11.1	Bakgrunn og oversikt over avtalemodellene.....	14
11.2	Avtalemodell 1: "Tidsbegrenset oppdragsbekreftelse"	15
11.3	Avtalemodell 2: "Leverandøravtale – avtale om tidsbegrenset oppdrag basert på fakturering"	16
11.4	Avtalemodell 3: "Leverandøravtale – avtale om tidsbegrenset oppdrag med selvstendig oppdragstaker/næringsdrivende"	16
11.5	Avtalemodell 4: "Ansettelsesavtale for veiledere og kursholdere"	17
11.6	Avtalemodell 5: "Avtale om midlertidig arbeidsforhold"	18
11.7	Oppsummering.....	18
12.	SPØRREUNDERSØKELSEN.....	19
13.	KONTROLLSAMTALER.....	25
13.1	Om kontroll samtaler	25
13.2	Kontroll samtaler med Veilederne.....	25
13.3	Kontroll samtaler med ledere.....	27
14.	GODTGJØRELSE	27
15.	SKILLET MELLOM OPPDRAGSTAKER OG ARBEIDSTAKER	29
15.1	Innledning	29
15.2	Arbeidstakerbegrepet	29

15.3	Syv relevante momenter.....	31
15.3.1	Innledning	31
15.3.2	Personlig arbeidsplikt.....	32
15.3.3	Ledelse og kontroll	33
15.3.4	Fasiliteter	34
15.3.5	Risiko for arbeidsresultatet.....	34
15.3.6	Lønn	34
15.3.7	Tilknytningsforholdet mellom partene har en noenlunde stabil karakter, og er oppsigelig med bestemte frister.....	35
15.3.8	Arbeid for andre.....	36
15.3.9	Organisasjonssynspunktet.....	36
15.4	Formålsbetraktninger og overordnet analyse	37
16.	JURIDISK VURDERING - ER DE "INNLEIDE" VEILEDERNE OPPDRAGSTAKERE ELLER ARBEIDSTAKERE?.....	39
16.1	Innledning	39
16.2	Har de "innleide" Veilederne personlig arbeidsplikt?	39
16.3	Er de "innleide" Veilederne underlagt Din Utviklings ledelse og kontroll?	41
16.3.1	Innledning	41
16.3.2	Tid og sted for arbeidet.....	41
16.3.3	Innholdet av arbeidet	42
16.3.4	Rapportering	43
16.3.5	Oppsummering	44
16.4	Stiller Din Utvikling ulike fasiliteter til rådighet for de "innleide" Veilederne?	44
16.5	Bærer Din Utvikling risikoen for de "innleide" Veiledernes arbeidsresultat? ..	45
16.6	Får de "innleide" Veilederne en form for lønn?.....	46
16.7	Er tilknytningsforholdet mellom de "innleide" Veilederne og Din Utvikling av stabil karakter?	47
16.8	Utfører de "innleide" Veilederne arbeid kun for Din Utvikling?.....	47
16.9	Sammenfatning og konklusjon.....	48
17.	HAR VEILEDERNE TIDLIGERE VÆRT OPPDRAGSTAKERE ELLER ARBEIDSTAKERE?	50
18.	KAN NAV TILTAK ROGALAND KREVE AT VEILEDERNE HAR LØNNS- OG ARBEIDSVILKÅR I HENHOLD TIL GJELDENE LANDSOMFATTENDE TARIFFAVTALE FOR DEN AKTUELLE BRANSJE?	51
19.	KONKLUSJONER	54
20.	ANBEFALINGER	54

DEL I: INNLEDNING

1. BAKGRUNN OG KONKLUSJONER

NAV Tiltak Rogaland gjennomførte i 2015 en konkurranse etter regelverket for offentlige anskaffelser, og inngikk 17. desember 2015 en rammeavtale ("**Rammeavtalen**") med Din Utvikling AS ("**Din Utvikling**") om leveranse av arbeidsmarkedstiltaket¹ Oppfølging ("**Oppfølging**") i to områder i fylket; henholdsvis kommunene Karmøy, Tysvær og Bokn ("**Tjenesteområde 2**") samt i Stavanger, Sola, Randaberg, Rennesøy og Finnøy ("**Tjenesteområde 3**"). Rammeavtalen trådte i kraft 1. juli 2016 og gjelder for tre år, med mulighet for forlengelse i ytterligere ett år.

Fra 1. januar 2015 ble arbeidsmarkedstiltaket "Arbeid med bistand" slått sammen med arbeidsmarkedstiltaket Oppfølging. Arbeids- og velferdsforvaltningen ("**NAV**") kan beslutte at personer som har behov for omfattende bistand for å skaffe seg, eller beholde, ordinært lønnet arbeid skal motta Oppfølging. Tiltaket består av kartlegging av deltakeren, veiledning av vedkommende i forbindelse med jobbsøk mv. samt oppfølging og tilpasning i forbindelse med utføring av konkret arbeid. Din Utviklings arbeid under Rammeavtalen utføres av karriereveiledere ("**Veilederne**"). Med et par unntak inngikk samtlige Veiledere som ble tilknyttet Din Utvikling i Rogaland sommeren 2016 oppdragsavtaler med selskapet. Siden sommeren 2017 har mange Veiledere i Rogaland inngått arbeidsavtaler med selskapet. Det er likevel fortsatt hele 54,5% av Veilederne som utfører arbeid under Rammeavtalen i Rogaland som har oppdragsavtaler med Din Utvikling.

Høsten 2016 reiste Norsk Tjenestemannslag ("**NTL**") NAV Rogaland spørsmål overfor NAV Rogaland om hvorvidt Veilederne virkelig var å anse som selvstendige oppdragstakere, eller om disse i realiteten var arbeidstakere. I den forbindelse ba NAV Rogaland om bistand fra Arbeids- og velferdsdirektoratet ("**AVD**").

AVD v/Økonomi- og styringsavdelingen, Forretningsjuridisk kontor besluttet høsten 2017 å be om en ekstern juridisk vurdering av følgende forhold:

- 1) Veiledernes nåværende og historiske arbeidsrettslige tilknytningsforhold til Din Utvikling

¹ Arbeidsmarkedstiltak: offentlige tiltak som skal forhindre at personer blir passive mottakere av offentlige ytelser, og som skal styrke deres muligheter til å skaffe seg eller beholde ordinært lønnet arbeid, ref. blant annet Lov om arbeidsmarkedstjenester av 10. desember 2004 ("Arbeidsmarkedsloven") med tilhørende forskrifter, herunder Forskrift om arbeidsmarkedstiltak av 11. desember 2015 ("Tiltaksforskriften").

- 2) Hvorvidt NAV Tiltak Rogaland etter Rammeavtalen kan kreve at Veilederne har lønns- og arbeidsvilkår i henhold til gjeldende landsomfattende tariffavtale for den aktuelle bransje

I tillegg ønsket AVD råd om hvordan NAV Tiltak Rogaland burde gå frem videre, på bakgrunn av konklusjonene på ovenstående spørsmål. AVD har også presisert at det vil være ønskelig med korte vurderinger av om de Veilederne er arbeidstakere i relasjon til reglene om plikt til registrering i arbeidsgiver/arbeidstakerregisteret og plikt til betaling av arbeidsgiveravgift i folketrygdloven, og i relasjon til reglene om rett til ferie og feriepenger i ferieloven.

AVDs tilbudsinnbydelse ble sendt ut 22. september 2017. Advokatfirmaet Wiersholm AS ("**Wiersholm**") innga tilbud til AVD 6. oktober 2017, og ble tildelt oppdraget 23. oktober 2017. Avtale om kjøp av advokattjenester innenfor arbeidsrett ble inngått mellom AVD og Wiersholm 27. oktober 2017. Wiersholms utredning er blitt gjennomført i november 2017 og herværende rapport ("**Rapporten**") ble levert AVD 24. november 2017. Wiersholm legger til grunn at Rapporten besvarer spørsmålene AVD har bedt om å få utredet.

Wiersholms konklusjoner er som følger:

- 1) Veilederne i Din Utvikling Rogaland er arbeidstakere i arbeidslovgivningens forstand.
- 2) Veilederne i Din Utvikling Rogaland har vært arbeidstakere i arbeidslovgivningens forstand siden arbeidet med Oppfølging startet sommeren 2016.
- 3) NAV Tiltak Rogaland kan kreve at Din Utvikling sørger for at Veilederne formelt og reelt får status som arbeidstakere.
- 4) Det er flere landsomfattende tariffavtaler som kan regulere det arbeidet Veilederne utfører, men det er ikke grunnlag for å si at det foreligger en bestemt slik tariffavtale. NAV Tiltak Rogaland kan derfor ikke kreve at Veilederne har lønns- og arbeidsvilkår i henhold til en bestemt tariffavtale for den aktuelle bransje.

2. OM UTREDNING SARBEIDET

2.1 Wiersholms team

Utredningen er blitt gjennomført av Wiersholm under ledelse av advokat (H) og professor II (PhD) Jan Fougner. Advokat Ragnhild J. Nakling og advokatfullmektigene Kristian Foss Aalmo og Helene Bogen har bistått ham i arbeidet. Det er i noen grad også blitt trukket på Wiersholms samlede ressurser i arbeidet.

2.2 Metode og avgrensning

Etter Wiersholms oppfatning har ikke AVD lagt særskilte føringer for hvordan de nødvendige undersøkelser og vurderinger skal foretas. Arbeidet er gjennomført i henhold til anerkjente metoder for faktumundersøkelser og juridiske utredninger. Utredningsarbeidet er ikke blitt gjennomført som noen privat gransking. Rapporten er basert på samtlige nedenstående kilder, samt relevante rettskilder på området.

Mange av Veilederne som utfører arbeid for Din Utvikling under Rammeavtalen er i dag ansatt i selskapet. I denne Rapporten foretar ikke Wiersholm noen inngående vurdering av om disse Veilederne er arbeidstakere eller oppdragstakere, all den tid våre undersøkelser klart tilsier at de reelt sett er arbeidstakere. Hovedproblemstillingen i utredningen har vært om Veilederne som i dag har en oppdragsavtale med Din Utvikling virkelig er oppdragstakere, eller om de i realiteten er arbeidstakere i arbeidsmiljølovens forstand. Arbeidstakerbegrepet i arbeidsmiljøloven tilsvarende ferielovens arbeidstakerbegrepet, og er i det vesentlige tilsvarende i folketrygdloven og forskrift om arbeidsgiver- og arbeidstakerregisteret, se nærmere om dette under punkt 16 nedenfor.

I utredningen vil Wiersholm kalle Veilederne som har oppdragsavtale med Din Utvikling for "innleide", idet både Veilederne og Din Utvikling benytter dette begrepet. Begrepet er imidlertid ikke juridisk korrekt. Selvstendige oppdragstakere har et direkte kontraktsforhold med sin oppdragsgiver, mens innleide arbeidstakere inngår i et trepartsforhold bestående av utleier (arbeidsgiver), innleier og den innleide arbeidstakeren som er ansatt hos utleier.

Wiersholm har i utredningen gjort en samlet vurdering av de "innleide" Veiledernes tilknytningsforhold til Din Utvikling. Det ville gå langt utenfor både tids- og kostnadsrammene for utredningen å gjennomføre individuelle vurderinger av tilknytningsforholdet til hver enkelt av de 24 "innleide" Veilederne. Det er likevel Wiersholms klare inntrykk at de faktiske forholdene er så vidt sammenfallende for mesteparten av de "innleide" Veilederne at det er fullt forsvarlig å vurdere gruppen av "innleide" Veiledere under ett.

Wiersholm har for øvrig kun vurdert det arbeidsrettslige tilknytningsforholdet til Veilederne i Din Utvikling som utfører arbeid under Rammeavtalen. Våre konklusjoner kan følgelig ikke automatisk gjøres gjeldende for veiledere som arbeider med Oppfølging for Din Utvikling andre steder i Norge.

2.3 Samarbeid med ulike relevante aktører

Utredningsarbeidet ble påbegynt under et oppstartsmøte 30. oktober 2017 mellom Wiersholm, NAV Rogaland v/fylkesdirektør Truls Nordahl og avdelingsdirektør Egil Tengs og NAV Tiltak Rogaland v/seksjonsleder Hanne Bernhardt Buvik samt AVD, Forretningsjuridisk kontor v/kontorsjef Eivind

F. Kåresen i direktoratets lokaler. Et særskilt spørsmål var om, og i så fall hvordan, Din Utvikling skulle involveres i utredningsarbeidet. AVD og Wiersholm besluttet i fellesskap å rette en henvendelse til Din Utvikling og be om bistand til å innhente relevant informasjon og dokumentasjon.

Wiersholm avholdt deretter et møte med Din Utvikling v/daglig leder Geir Nordal og strategisk rådgiver/partner Hans V. Sunde 3. oktober 2017, og har siden hatt jevnlig kontakt med selskapet. Din Utvikling har bidratt med en omfattende mengde dokumentasjon til utredningen og har gjennom hele prosessen vært tilgjengelige for spørsmål samt bistått med innhenting av ytterligere relevant informasjon.

Under utredningsarbeidet har Wiersholm vært i jevnlig kontakt med AVD og NAV Tiltak Rogaland. Wiersholm har også vært i kontakt med NTL NAV Rogaland under utredningsarbeidet. Rapportens faktiske del er sendt Din Utvikling før ferdigstilling for å sikre kontradiksjon vedrørende faktiske forhold. NAV Tiltak Rogaland og NTL NAV Rogaland har også gitt innspill til noen avsnitt i Rapporten.

2.4 Dokumentinnsamling og dokumentgjennomgang

Wiersholm har mottatt, gjennomgått og analysert omfattende dokumentasjon og informasjon tilsendt fra AVD, NAV Tiltak Rogaland, NTL NAV Rogaland og som nevnt fra Din Utvikling selv. De personene Wiersholm har gjennomført kontrollsamtaler med er blitt oppfordret til å dele dokumentasjon som kan ha relevans for utredningen.

Helt sentrale dokumenter i utredningsarbeidet har vært konkurransegrunnlaget for konkurransen om levering av Oppfølging i Rogaland, Din Utviklings tilbud i konkurransen, ansettelsesavtaler og oppdragsavtaler mellom Veilederne og Din Utvikling mv.

2.5 Kontrollsamtaler

Wiersholm har gjennomført kontrollsamtaler med fem Veiledere, samt med Din Utviklings avdelingsleder Ineke de Rezende i Tjenesteområde 2, avdelingsleder Cecilia Linn Bie i Tjenesteområde 3, regionleder for Rogaland Monica Forsgren og selskapets HR-sjef Gerd Ljunggren. Alle som har deltatt i kontrollsamtalene har mottatt informasjon i forkant av samtalene, og har blitt gjort kjent med at informasjonen fra samtalene kunne bli benyttet i forbindelse med denne rapporten på anonymisert basis, så godt det lar seg gjøre med et så vidt lite utvalg personer.

2.6 Spørreundersøkelse

For å sikre et best mulig grunnlag for utredningen utarbeidet Wiersholm også en anonym spørreundersøkelse ("Spørreundersøkelsen") for å kartlegge Veiledernes historiske og nåværende arbeidsrettslige tilknytning til Din Utvikling. Spørreundersøkelsen inneholdt blant annet spørsmål om hva slags type kontrakt Veilederne har og har hatt, om de har opprettet enkeltmannsforetak i forbindelse med arbeidet sitt, Din Utviklings ledelse

og kontroll overfor veilederne, samt en rekke andre spørsmål som er relevante ved grensdragningen mellom arbeidstaker- og oppdragstakerforhold. Spørreundersøkelsen ble gjennomgått og kvalitetssikret av IPSOS MMI AS. Din Utvikling fikk anledning til å gjennomgå og komme med innspill til spørsmålene før undersøkelsen ble ferdigstilt.

9. november 2017 ble Spørreundersøkelsen distribuert fra Wiersholm til samtlige nåværende og tidligere Veiledere i Tjenesteområde 2 og Tjenesteområde 3; totalt 60 personer. Undersøkelsen ble gjennomført i perioden 9. november til 16. november 2017. 53 personer, altså 88% av dem som mottok Spørreundersøkelsen, besvarte undersøkelsen i sin helhet. Respondentene som anga at de hadde eller hadde hatt en form for oppdragsavtale med Din Utvikling besvarte langt flere spørsmål enn dem som opplyste av de var fast ansatt i selskapet.

Svarene på Spørreundersøkelsen er analysert av Wiersholm og benyttet i utredningsarbeidet.

3. VEIEN VIDERE

Rapportens Del II inneholder bakgrunnsinformasjon, herunder kortfattet informasjon om NAV Rogaland og Din Utvikling, utsetting av arbeidsmarkedstiltak på anbud samt en nærmere presentasjon av arbeidsmarkedstiltaket Oppfølging mv. I Del III presenteres deler av det faktiske grunnlaget for Rapporten, herunder de viktigste resultatene fra Spørreundersøkelsen. I del IV presenterer Wiersholm vår vurdering av de juridiske spørsmålene AVD har bedt om å få utredet. Avslutningsvis vil vi i Rapportens Del V presentere våre konklusjoner og anbefalinger for veien videre.

DEL II: BAKGRUNNSINFORMASJON

4. KORT OM AKTØRENE

4.1 NAV Rogaland og NAV Tiltak Rogaland

NAV er delt inn i arbeids- og tjenestelinjen, ytelseslinjen og økonomilinen. NAVs fylkeskontorer ligger under arbeids- og tjenestelinjen. NAV Rogaland er ett av NAVs nitten fylkeskontorer. Truls Nordahl er fylkesdirektør og leder omkring 900 ansatte. Fylkeskontoret følger opp, koordinerer og støtter NAVs lokalkontor i Rogaland, samt NAV Arbeidslivssenter, NAV Arbeidsrådgivning, NAV Marked, NAV Serviceenhet og NAV Tiltak i fylket. NAV Tiltak Rogaland er altså en selvstendig enhet under NAV Rogaland.

De siste årene har titusenvis av personer mistet jobben i oljeindustrien og tilliggende bransjer, noe som har rammet Rogaland fylke særlig hardt. Som en følge av dette har NAV Rogaland i samme periode opplevd et meget høyt arbeidspress, og langt flere personer enn tidligere har hatt behov for ulike former for støtte fra etaten. Dette omfatter også behovet for Oppfølging, som har økt i takt med nedturen i oljeindustrien.

I NAV Tiltak Rogaland er det per dags dato omkring 6 ansatte som jobber direkte og daglig/ukentlig med arbeidsmarkedstiltaket Oppfølging.

4.2 Din Utvikling

Din Utvikling ble stiftet i 1992 og har de siste årene opplevd en sterk vekst. Selskapet hadde i 2016 et årsresultat på NOK 17 348 000 og har i dag 133 ansatte². Til sammen er over 300 karriereveiledere tilknyttet Din Utvikling i Norge³. Det vil si at omkring 1/3 av Veilederne på landsbasis er ansatt i selskapet.

Din Utvikling tilbyr tjenester som bistand til rekruttering, lederutvikling, teamutvikling samt karriereutvikling til private og offentlige virksomheter. Din Utvikling er leverandør av tjenester til NAV og har samarbeidet med etaten siden 2009/2010, primært som leverandør av oppfølgingstjenester til personer med svak eller ingen tilknytning til arbeidslivet.

Din Utvikling har arbeidet med Oppfølging i Tjenesteområde 2 og Tjenesteområde 3 i Rogaland siden 1. juli 2016, da Rammeavtalen trådte i kraft. Det er til sammen 44 Veiledere som per i dag utfører arbeid knyttet til Oppfølging i Rogaland på vegne av Din Utvikling. 24 av disse er oppdragstakere, 20 er ansatte, og andelen ansatte Veiledere er altså høyere i Rogaland enn for Din Utviklings Veiledere i resten av landet.

² www.proff.no

³ www.dinutvikling.no

5. KORT OM ARBEIDSMARKEDSTILTAK PÅ ANBUD

Årlig kjøper offentlig sektor inn varer, tjenester og andre ytelser for om lag 480 milliarder kroner⁴. NAVs årlige anskaffelser av velferdstjenester og –varer utgjør alene omkring 15 milliarder⁵ av disse 480 milliardene. Av de totalt omkring NOK 15 milliarder NAV benyttet til anskaffelse av velferdstjenester og –varer i 2016, utgjorde andelen tilknyttet såkalte arbeidsrettede tjenester, herunder Oppfølging, tilnærmet NOK 6 milliarder⁶. Arbeidsrettede ytelser anskaffes både etter reglene om offentlige anskaffelser, men også gjennom kjøp fra forhåndsgodkjente bedrifter⁷.

Regjeringen Stoltenberg besluttet i 2009 å konkurranseutsette arbeidsmarkedstiltak rettet mot sykemeldte og ordinært arbeidsledige. Regjeringen Solberg besluttet i 2014 å sette arbeidsmarkedstiltak rettet mot personer med nedsatt arbeidsevne ut på anbud. Det nevnes i denne sammenheng at bruk av offentlige anskaffelser skiller seg fra økt privatisering ved at tilbudet om arbeidsrettede tjenester forblir offentlig, mens leveransen skjer fra en privat aktør.

Konkurranseutsettingen av Oppfølging ble gjennomført i løpet av 2015, og det var i den forbindelse NAV Tiltak Rogaland gjennomførte en konkurranse hvoretter Din Utvikling ble tildelt Rammeavtalen i desember 2015.

6. KORT OM ARBEIDSMARKEDSTILTAKET OPPFØLGING

Når en person med svak eller ingen tilknytning til arbeidslivet er kommet i kontakt med NAV, vil etaten i egnede tilfeller beslutte iverksetting av arbeidsmarkedstiltak for vedkommende. Tiltaksstrukturen i NAV har endret seg mye opp gjennom årene, men da arbeidsmarkedstiltaket Oppfølging ble vedtatt etablert fra 1. januar 2015, bestod det som tidligere nevnt av arbeidsmarkedstiltakene "Arbeid med bistand" og "Oppfølging". Det førstnevnte tiltaket ble utelukkende utført i virksomheter som har gått under ulike navn opp gjennom tidene, mest kjent som arbeidsmarkedsbedrifter/attføringsbedrifter ("**AMB**"), mens det andre tiltaket i flere år var blitt utført av private aktører.

AMB støttes økonomisk av NAV både under opprettelse og drift, og er som hovedregel aksjeselskaper med kommunal eller fylkeskommunal aksjemajoritet. AMB driver ulike former for virksomheter, alt fra industriproduksjon til grafisk design, catering og gartnertjenester mv. Felles for alle er imidlertid at de samtidig som de tar inn personer på arbeidsmarkedstiltak også har faste ansatte som tilrettelegger og veileder

⁴ Tall fra Regjeringen.no, <https://www.regjeringen.no/no/tema/naringsliv/konkurransepolitikk/offentlige-anskaffelser-/id2511781/>.

⁵ Årsrapport Anskaffelser 2016 fra AVD v/Økonomi- og styringsavdelingen, Anskaffelsesseksjonen, s. 5.

⁶ Ibid s. 16.

⁷ Ibid.

deltakerne som er på tiltak, og som skal bidra til å få sistnevnte tilbake i ordinært lønnet arbeid – enten i AMB selv eller i andre virksomheter.

Tidligere ble en person som skulle motta arbeidsmarkedstiltaket "Arbeid med bistand" alltid henvist til en AMB. I dag vil en NAV-medarbeider i Rogaland som har besluttet at en person skal motta Oppfølging henvise personen til den bedriften som har vunnet kontrakten under det aktuelle Tjenesteområdet en befinner seg i. For Tjenesteområde 2 og Tjenesteområde 3 er dette Din Utvikling.

Oppfølging skal som tidligere nevnt gi den enkelte deltaker individuelt tilrettelagt oppfølgingsbistand som er nødvendig for å få eller beholde ordinært lønnet arbeid. Det retter seg mot personer med en svak eller ikke-eksisterende tilknytning til arbeidslivet. Selve innholdet i Oppfølging beskrives noe ulikt av aktørene som utfører slikt arbeid, men kan grovt sett deles inn i tre: kartlegging, veiledning/jobbsøk og oppfølging.

I den første fasen må interesser, kompetanse, motivasjon mv. kartlegges av den som skal gjennomføre Oppfølging; hos Din Utvikling Veilederen. I den andre fasen gjennomføres den aktivitet som er nødvendig for å oppnå at deltakeren blir tilknyttet arbeidslivet. Dette kan være helt enkle aktiviteter som å bistå med søknads- og CV-skriving, å sørge for at deltakeren iverksetter ulike former for kompetanseheving (videreutdanning, fagbrev mv.) dersom dette er nødvendig, eller bistand med å sette deltakeren i kontakt med aktuelle arbeidsgivere. Den siste fasen består i oppfølging av deltakeren når vedkommende har begynt å arbeide – enten på en tidligere arbeidsplass, i en praksisplass eller på en ny arbeidsplass.

7. KORT OM SAMARBEIDET MELLOM NAV TILTAK ROGALAND OG DIN UTVIKLING

Din Utviklings arbeid under Rammeavtalen ledes i det daglige av avdelingslederne samt regionlederen. Alle disse har månedlige oppfølgings- og samarbeidsmøter med NAV Tiltak Rogaland. På disse møtene er status for hver enkelt deltaker på Oppfølging samt overordnede resultater for Oppfølging faste temaer. For øvrig diskuteres også rutiner, forbedringspunkter for begge parter, kvalitet i leveransen, spørsmål relatert til Rammeavtalen eller til praktisk gjennomføring av tiltakene og styringsinformasjon fra NAV mv. ved behov. I tillegg har begge avdelingslederne daglig kontakt med NAV Tiltak Rogaland vedrørende lister over deltakere som blir meldt inn eller ut av Oppfølging samt andre praktiske spørsmål.

8. KORT OM KONSEKVENSER AV FEILKLASSIFISERING

Hvorvidt en person er klassifisert som ansatt eller oppdragstaker har stor betydning, både faktisk og rettslig. Dersom en person som har utført arbeid for en virksomhet feilaktig har vært klassifisert som oppdragstaker, kan

både vedkommende og statlige myndigheter rette krav mot virksomheten når feilklassifiseringen avdekkes.

Kort oppsummert omfattes oppdragstakere som hovedregel ikke av arbeidslovgivningen (arbeidsmiljøloven, ferieloven, yrkesskadeforsikringsloven mv.), og de faller som hovedregel også utenfor viktige bestemmelser i folketrygdloven. Viktige rettigheter som sykepenger, pensjon, foreldrepermisjon og opptjening av feriepengene er knyttet til statusen som arbeidstaker.

Videre må virksomheter betale arbeidsgiveravgift til folketrygden for arbeidstakere (for de fleste arbeidsgivere i Rogaland ligger denne på mellom 10-14%), mens godtgjørelse til oppdragstakere ikke er avgiftsbelagt. Hva angår skatt må virksomheten trekke og betale forskuddstrekk av lønnen til ansatte, mens oppdragstakerne selv betaler forskuddsskatt.

Dersom "innleide" Veiledere hos Din Utvikling i Rogaland i realiteten har vært arbeidstakere, risikerer selskapet etter omstendighetene ulike sanksjoner fra myndighetene. I tillegg vil Din Utvikling i et slikt tilfelle også ha arbeidsgiveransvar etter arbeidslovgivningen for de "innleide" Veilederne, noe som kan utløse krav knyttet til for eksempel overtidsbetaling, feriepengene mv.⁸ Klassifiseringsspørsmålet er som ovennevnte illustrerer uansett av stor betydning, ikke bare for Veilederne, men også for Din Utvikling.

⁸ Ifølge Din Utvikling har vederlaget til "innleide" Veiledere ligget så vidt høyere sammenlignet med lønnen til ansatte Veiledere at de "innleide" Veilederne har hatt reell mulighet til selv å dekke utgifter til ferie, pensjonssparing, forsikringer mv.

DEL III: DET FAKTISKE GRUNNLAGET FOR UTREDNINGSARBEIDET

9. KONKURRANSEGRUNNLAGET

Konkurransesgrunnlaget for konkurransen om levering av Oppfølging i Rogaland bestod av tre dokumenter: betingelser for konkurransen, selve Rammeavtalen og bilagene til denne. Betingelsene for konkurransen inneholder ikke mye relevant informasjon av betydning for denne Rapporten. For å sette Veiledernes arbeid inn i en større sammenheng er det imidlertid nødvendig å redegjøre kort for Rammeavtalen med bilag.

Rammeavtalen regulerer NAV Tiltak Rogalands kjøp av arbeidsmarkedstiltaket Oppfølging fra Din Utvikling i Tjenesteområde 2 og Tjenesteområde 3 i Rogaland fylke. Avtalen ble inngått 17. desember 2015, trådte i kraft 1. juli 2016 og løper i tre år, med mulighet for ett års forlengelse.

Rammeavtalen regulerer blant annet gjennomføring av avrop, endringer av avtalen og avrop, NAV Tiltak Rogaland og Din Utviklings plikter i avtaleforholdet, samt eventuelt mislighold og tilhørende misligholdsbeføyelser.

Gjennom bruk av et avropsskjema dekker NAV Tiltak Rogaland til enhver tid sitt behov for Veiledere under tiltaket Oppfølging. NAV Tiltak Rogaland skal godkjenne hver enkelt Veileder som utfører arbeid under Rammeavtalen, jf. punkt 1.6 i Rammeavtalen. Din Utvikling har ansvar for at Veiledningen gjennomføres av nettopp disse personene. Rammeavtalen inneholder imidlertid intet forbud mot å engasjere oppdragstakere for å levere Oppfølging. Din Utvikling har altså ikke påtatt seg noen forpliktelse etter Rammeavtalen til å levere tjenesten kun ved bruk av ansatte Veiledere, tvert imot åpner Rammeavtalen eksplisitt i punkt 4.1.2 for at Din Utvikling kan engasjere underleverandører.

Din Utviklings plikter er utførlig regulert i Rammeavtalen. Formålet med Oppfølging – å gi deltakerne bistand som er nødvendig for å få eller beholde ordinært lønnet arbeid – understøttes av følgende resultatmål:

- *"Personer uten arbeidsforhold: 65% overgang til arbeid ved avslutning av tiltaket.*
- *Personer med arbeidsforhold: 65% full tilbakeføring til arbeid og ytterligere 20% skal ha økt arbeidsdeltakelse ved avslutning av tiltaket"*

Rammeavtalen inneholder imidlertid ingen direkte sanksjoner dersom disse resultatmålene ikke nås.

Rammeavtalens punkt 4.1.4 inneholder spesielle bestemmelse om lønns- og arbeidsvilkår for Din Utviklings ansatte og underleverandører. På områder dekket av forskrift om allmenngjort tariffavtale må lønns- og

arbeidsvilkår være i samsvar med gjeldende forskrifter⁹. På områder som ikke er dekket av slike forskrifter, kreves at lønns- og arbeidsvilkår er i henhold til gjeldende landsomfattende tariffavtale for den aktuelle bransje, jf. samme bestemmelse¹⁰.

Din Utviklings avdelingsledere og regionleder i Rogaland står for det daglige arbeidet med å oppfylle Rammeavtalen. Ansatte ved hovedkontoret i Oslo bidrar også, direkte og indirekte, til å oppfylle Rammeavtalen.

10. TILBUDET FRA DIN UTVIKLING

Din Utviklings tilbud til NAV Tiltak Rogaland i forbindelse med konkurranseutsettelsen av Oppfølging i 2015 inneholder en utførlig beskrivelse av hvordan Din Utvikling skal utføre Oppfølging dersom selskapet blir tildelt oppdraget; en strategisk plan basert på faglige vurderinger. Tilbudet beskriver videre hvordan Veilederne vil bli tett fulgt opp av Din Utvikling, og inngå i en organisatorisk struktur som skal sikre best mulig levering av Oppfølging til NAV Tiltak Rogaland. Tilbudet bygger dermed på et premiss om at det ikke bare er Din Utvikling som innestår for leveransen, men også at det er Din Utvikling som økonomisk og organisatorisk enhet som muliggjør leveransen. Din Utvikling er dermed ikke en tilrettelegger for selvstendige som hver for seg og basert på egen forretning, tilbyr veiledning og Oppfølging.

Formålet med Oppfølging er som kjent størst mulig tilbakeføring til arbeid. Din Utvikling beskriver i sitt tilbud at Veilederne til en viss grad vil stå fritt til å velge det opplegget som etter deres skjønn gir best resultater. Veilederne er dermed forutsatt å ha stor faglig frihet. Sentrale elementer i arbeidet vil likevel alltid inngå; kartlegging, etablering av handlingsplan og aktivitetsstyring, markedsarbeid og karriereveiledning, kompetanseheving og aktiv jobbsøking. Din Utvikling beskriver videre at det også vil være aktuelt med arbeidspraksis og utplassering i bedrifter som har avtale om lønnstilskudd med NAV, og at Veilederne i slike tilfeller normalt vil følge opp deltakerne på arbeidsplassen. Selv om Veilederne har stor faglig frihet, må den altså utøves innenfor en ramme som dels er gitt av NAV Tiltak Rogaland og dels av Din Utvikling.

Din Utvikling fastslår i tilbudet at Veilederne skal ha "*totalansvar*" for "sine" deltakere. Ut fra sammenhengen og de rammer som følger av Rammeavtalen med bilag er uttrykket "*totalansvar*" lite treffende. Dels er det Din Utvikling som kontraktspart som har ansvaret for å realisere leveransen, og dels må Din Utvikling sørge for at Veilederne har tilstrekkelig kompetanse og benytter denne adekvat for å sikre riktig kontraktsoppfyllelse. Det fremgår derfor av tilbudet at Din Utvikling vil stille krav til Veilederne og deres kompetanse for å sikre at Oppfølging gjennomføres som forutsatt. Det er videre slik at Veilederne blir plassert i

⁹ Jf. Forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter av 8. februar 2008 nr. 112 § 5.

¹⁰ Ibid.

interne team for å sikre erfaringsutveksling og dermed kompetanseutvikling. Veilederne får også tilbud om diverse kurs som inngår i det interne akademiet for opplæring av karriererådgivere; "DU-skolen".

Organisatorisk er Veilederne tilordnet et Tjenesteområde. Hvert slikt tjenesteområde har én avdelingsleder som skal være en ressurs for Veilederne og som dessuten skal følge disse opp. Regionen ledes av én regionleder.

I tilbudet beskriver Din Utvikling også hvordan selskapet evaluerer Veilederne. Dette skjer gjennom ulike rapporter Veilederne skal sende inn, vurderinger av de resultatene de oppnår og gjennom diverse fellesmøter, samt samtaler mellom avdelingsleder og den enkelte Veileder. I tillegg innhenter Din Utvikling anonyme evalueringer fra deltakerne som er blitt veiledet. Basert på rapportene og evalueringene som foreligger vil avdelingsleder gjennomføre Oppfølging- og utviklingsamtaler med Veilederne og det enkelte Veilederteam.

11. AVTALER MED VEILEDERNE

11.1 Bakgrunn og oversikt over avtalemodellene

Da Rammeavtalen trådte i kraft sommeren 2016 oppstod det behov for å engasjere Veiledere som kunne utføre Oppfølging. Flere AMB ble nødt til å nedbemanne i forbindelse med at Din Utvikling vant anbudet og dermed skulle gjennomføre Oppfølging i deler av Rogaland de neste tre-fire årene. Din Utvikling knyttet til seg flere Veiledere som allerede arbeidet innen feltet, og som selv tok kontakt etter å ha fått kunnskap om at Din Utvikling hadde vunnet anbudet. Selskapet utlyste i tillegg nye stillinger. Det var kun et fåtall av Veilederne som ble ansatt sommeren 2016 (tre stykker); samtlige andre Veiledere ble engasjert som "innleide" med en form for oppdragsavtale.

Din Utvikling har i løpet av de om lag 18 månedene oppdraget har vart, benyttet ulike kontrakter for å regulere forholdet til Veilederne. Fra starten av var den dominerende modellen det man kan kalle "Selvstendig". Veilederne var ikke ansatte, men hadde ulike kontrakter som dels var betegnet som "Oppdrag" og dels som "Leverandører". Etter at det ble stilt spørsmål ved om denne modellen var lovlig, har Din Utvikling endret kontraktene for samtlige Veiledere.

Etter det Wiersholm har fått opplyst mottok alle Veiledere i Din Utvikling Rogaland beskjed på vårparten 2017 om at de kunne søke på fast stilling som Veileder i selskapet, men dette ble kun kommunisert internt. Etter utløpt søknadsfrist ble det gjennomført intervjuer med søkerne på forsommeren 2017. Det var ikke alle Veiledere som søkte om fast stilling. Samtlige Veiledere som hadde søkt om fast stilling, og som ikke hadde sluttet hos Din Utvikling eller trukket søknaden fordi de ønsket å fortsette som "innleide" Veiledere, mottok tilbud om fast ansettelse i løpet av

sommeren 2017. Ansettelsesavtalene trådte i kraft i august og september 2017.

De Veilederne som valgte ikke å søke på fast stilling eller som takket nei til tilbudet – til sammen om lag halvparten av det totale antall Veiledere som utfører Oppfølging under Rammeavtalen – inngikk nye og modifiserte oppdragsavtaler med Din Utvikling, som legger til rette for oppdrag for også andre enn selskapet. Disse trådte i kraft omkring august 2017.

Basert på den dokumentasjonen Wiersholm har mottatt ser det ut til at Din Utvikling har benyttet fem ulike avtalem modeller for Veiledere som har utført arbeid under Rammeavtalen. De tre første bygger på en forutsetning om at arbeidet leveres av oppdragstakere:

- *"Tidsbegrenset oppdragsbekreftelse"*
- *"Leverandøravtale – avtale om tidsbegrenset oppdrag basert på fakturering"*
- *"Leverandøravtale – avtale om tidsbegrenset oppdrag med selvstendig oppdragstaker/næringsdrivende"*

De to siste bygger på at arbeidet leveres av arbeidstakere. Den ene av disse avtalemalene er for fast ansatte og den andre er for midlertidige ansatte:

- *"Ansettelsesavtale for veiledere og kursholdere"*
- *"Avtale om midlertidig arbeidsforhold"*

Likhetene og forskjellene mellom de fem avtaletypene vil presenteres kort i det følgende. Flere av oppdragsavtalene inneholder elementer som er egnet til å skape tvil om hvilket tilknytningsforhold som i realiteten foreligger, enten dette gjelder språklige formuleringer eller det faktiske innholdet av reguleringene.

11.2 Avtalem modell 1: "Tidsbegrenset oppdragsbekreftelse"

Etter det Wiersholm har fått opplyst ble Avtalem modell 1 benyttet for engasjement av Veiledere fra og med juli 2016 da Rammeavtalen trådte i kraft.

Ifølge avtalen er "*Kunden*" Din Utvikling, og "*Oppdragssted*" Din Utviklings lokaler. Kontraktens omfang angis å være "*forventet*" veiledning av "██████ deltakere" som hver har krav på "*ti timer*" Oppfølging per måned. Basert på ███████ deltakere gir dette et månedlig arbeid med ███████ timer, eller ███████ timer per uke, dvs. et omfang som tilsvarer ███████. Utover dette skal Veilederne være tilgjengelig fire timer i måneden for kompetanseheving og faglig utvikling. Dette er imidlertid ikke fakturerbar tid.

Videre er Veilederne underlagt en konkurranseklausul. I tillegg kan de ikke "*drive annen forretningsvirksomhet eller ta annen ansettelse utenfor Din*

Utvikling", uten skriftlig godkjenning fra daglig leder i selskapet.¹¹ Veilederne fraskriver seg også all rett til samtlige immaterielle rettigheter og "*samtlige andre intellektuelle prestasjoner*" som de skaper i forbindelse med arbeidet som utføres.

Samlet etterlater disse avtalebetingelsene betydelig tvil om de rettslig sett kan klassifiseres som selvstendig oppdrag. Etter Wiersholms oppfatning er det mest nærliggende å se avtalen som en avtale om et regulært ansettelsesforhold. At det er nærliggende understrekes av at avtalen selv stedvis benytter begreper som beskriver et arbeidsforhold, eksempelvis: "*når ansettelsesforholdet opphører, eller på forespørsel fra Din Utvikling, skal den informasjon eller eiendom som har blitt stilt Konsulenten til disposisjon, eller som Konsulenten har produsert under ansettelsesperioden, leveres tilbake til Din Utvikling.*" (vår understrekning).

11.3 Avtalemodell 2: "Leverandøravtale – avtale om tidsbegrenset oppdrag basert på fakturering"

Wiersholm er ikke kjent med om Avtalemodell 2 noen gang ble tatt i bruk overfor noen Veiledere, men vi har mottatt versjoner av avtalen undertegnet av Din Utvikling høsten 2016. Den er så vidt Wiersholm bekjent ikke i bruk i dag. "*Kunden*" er Din Utvikling og "*Oppdragsstedet*" er Din Utviklings lokaler.

Avtalens omfang angis å være "*forventet*" veiledning av "*████████ deltakere*" som hver har krav på "*ti timer*" Oppfølging per måned. Basert på *████* deltakere gir dette et månedlig arbeid med *████* timer, eller *████* timer per uke, dvs. et omfang som tilsvarer *████████████████████*. Avtalen er på dette punkt lik Avtalemodell 1. Videre er det fastsatt at innføring og opplæring før arbeidet påbegynnes ikke er fakturerbar tid, men omfanget er i denne avtalen ikke begrenset slik som i Avtalemodell 1.

Avtalen inneholder til forskjell fra Avtalemodell 1 ingen konkurransebegrensninger eller begrensninger i adgangen til å ta oppdrag for andre. Avtalen inneholder heller ikke noen bestemmelser om immaterielle rettigheter. Vilkårene i Avtalemodell 2 er følgelig ikke uforenlig med kravet til selvstendighet som gjelder for oppdragstakere. Om det skulle være noen Veiledere som er bundet av Avtalemodell 2 avhenger det av avtalens praktisering om de er oppdragstakere eller arbeidstakere.

11.4 Avtalemodell 3: "Leverandøravtale – avtale om tidsbegrenset oppdrag med selvstendig oppdragstaker/næringsdrivende"

Avtalemodell 3 ble tatt i bruk på forsommeren 2017 og er siden den eneste oppdragsavtalen som er blitt benyttet.

¹¹ Ifølge Din Utvikling ble ikke denne klausulen praktisert – praksis var at avdelingsleder i Din Utvikling ble informert om og godkjente oppdrag som de "innleide" Veilederne hadde for andre, ikke-konkurrerende oppdragsgivere.

Avtalens bestemmelser om "Kunde" og "Oppdragssted" tilsvarer oppdragsavtalene som er beskrevet i punktene ovenfor, selv om oppdragsadressen mangler i noen av avtalene. Det presiseres for øvrig at *"Oppdragstaker er innforstått med at denne avtale ikke medfører at det er inngått et ansettelsesforhold mellom oppdragsgiver og leverandør/oppdragstaker"*.

Avtalens omfang er ikke angitt, idet antallet deltakere som skal motta veiledning er satt som *"[mellom X og Y]"*, som hver har krav på *"ti timer"* Oppfølging per måned. Videre er det fastsatt at innføring og opplæring i to dager før arbeidet påbegynnes ikke er fakturerbar tid.

Til forskjell fra Avtalemodell 1 inneholder ikke Avtalemodell 3 noen regulering av immaterielle rettigheter, og det er tatt inn en bestemmelse om at Veilederen *"utfører oppdrag for andre oppdragsgivere i tillegg til Din Utvikling og at leverandør/oppdragstaker vil fortsette å ha andre oppdragsgivere i oppdragsperioden i tillegg til Din Utvikling"*. Det er noe uvanlig at en oppdragsgiver indirekte pålegger en oppdragstaker å ha oppdrag for andre, men bestemmelsen gir Avtalemodell 3 et sterkere preg av å være en oppdragsavtale enn de to foregående.¹² Bestemmelsen om at Veilederen selv skal stille med PC og mobiltelefon, og mangelen på regulering av immaterielle rettigheter, trekker i samme retning.

Samtidig inneholder Avtalemodell 3 en konkurranseklausul som forbyr Veilederne å *"påta seg oppdrag for konkurrenter av Din Utvikling"*. Samlet etterlater kontraktbetingelsene derfor noe tvil om Veilederne rettslig sett kan klassifiseres som oppdragstakere. Dette avhenger av avtalens praktisering, se nærmere om dette under drøftelsen i punkt 16.

11.5 Avtalemodell 4: "Ansettelsesavtale for veiledere og kursholdere"

Avtalemodell 4 er en avtale om fast ansettelse, og er blitt benyttet for de Veilederne som gikk over fra oppdragstakeravtale til arbeidsavtale sommeren 2017, samt for Veiledere som siden er blitt ansatt i Din Utvikling i Rogaland.

Ukentlig arbeidstid er 37,5 timer, arbeidstaker har krav på fastlønn samt rett til ferie og feriepenger og lønn under sykdom i tråd med gjeldende lovgivning. Annet arbeid er ikke tillatt uten skriftlig samtykke fra Din Utvikling, og Din Utviklings rett til immaterielle rettigheter er presisert. Oppsigelse reguleres av arbeidsmiljølovens regler. Arbeidsstedet er Din Utviklings kontor i det aktuelle tjenesteområdet. Avtalemodell 4 er en helt kurant ansettelsesavtale som oppfyller arbeidsmiljølovens krav til ansettelsesavtaler.

¹² Ifølge Din Utvikling har de "innleide" Veilederne også positivt informert selskapet om at de løpende har en eller flere andre oppdragsgivere enn Din Utvikling.

11.6 Avtalemodell 5: "Avtale om midlertidig arbeidsforhold"

Avtalemodell 5 ble så vidt Wiersholm bekjent kun benyttet ved et par konkrete ansettelser sommeren 2016. Avtalen inneholder regulære bestemmelser om arbeidstid, ferie, fastlønn mv. Arbeidsforholdets varighet er angitt til tre år og 364 dager. Wiersholm er ikke kjent med forhold som tilsier at det skulle være rettslig grunnlag for midlertidige ansettelser av Veiledere sommeren 2016, og det er derfor tvilsomt om avtaler inngått under denne avtalemodellen var/er lovlige.

11.7 Oppsummering

Som det fremgår av ovennevnte inngikk alle Veiledere som utførte arbeid under Rammeavtalen opprinnelig oppdragsavtaler med Din Utvikling fra og med 1. juli 2016 og frem til juni 2017 (Avtalemodell 1, "Tidsbegrenset oppdragsbekreftelse"). Basert på avtalebetingelsene alene er det høyst tvilsomt om Veilederne reelt sett var oppdragstakere i denne perioden.

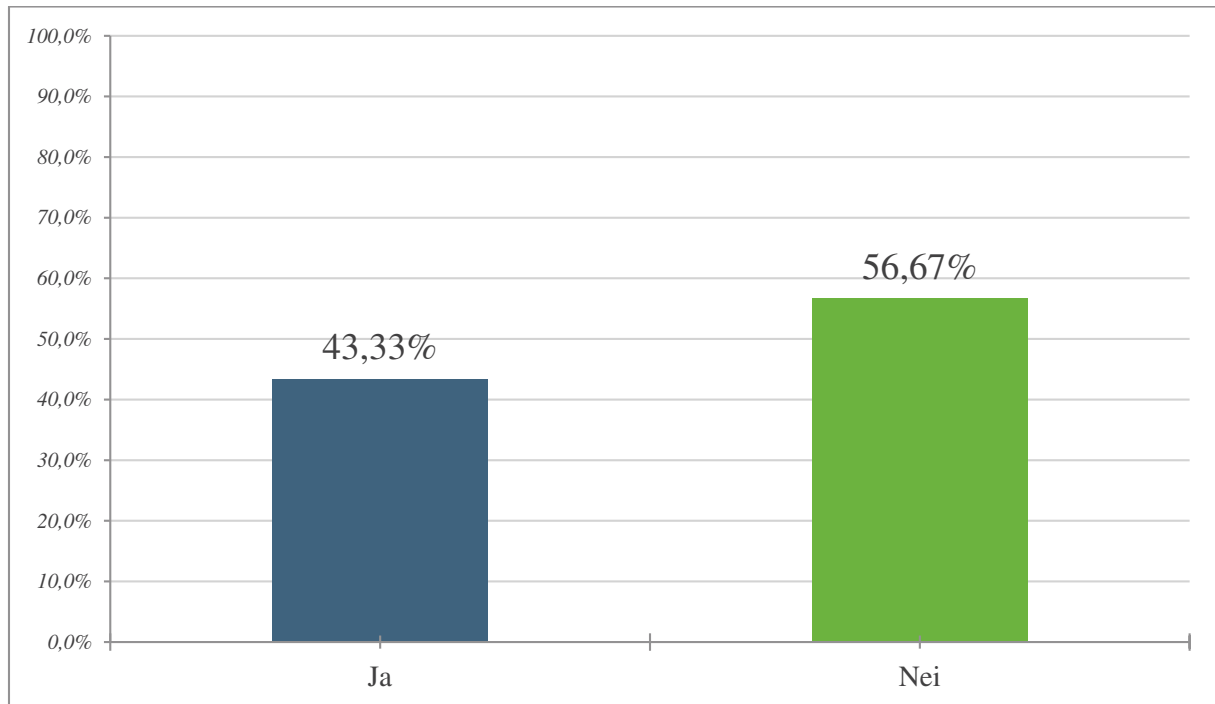
Fra og med juni 2017 har "innleide" Veiledere inngått nye oppdragsavtaler med Din Utvikling (Avtalemodell 3, "Leverandøravtale – avtale om tidsbegrenset oppdrag med selvstendig oppdragstaker/næringsdrivende"). Isolert sett åpner avtalebetingelsene i Avtalemodell 3 for at Veilederne kan være oppdragstakere. Hvorvidt dette også er tilfellet beror på de faktiske forhold og vil bli drøftet under punkt 16 nedenfor.

12. SPØRREUNDERSØKELSEN

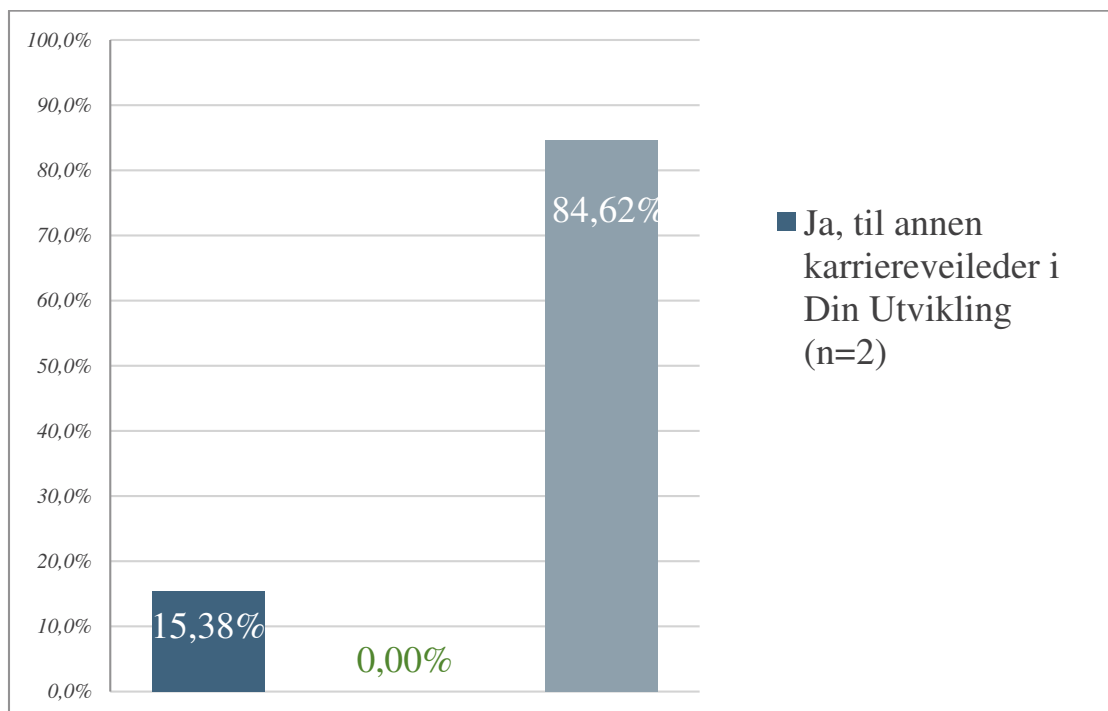
Wiersholm har som angitt i punkt 2.6 laget en Spørreundersøkelse. Den er sendt nåværende og tidligere Veiledere i Din Utvikling Rogaland.

De viktigste resultatene fra spørreundersøkelsen er som følger:

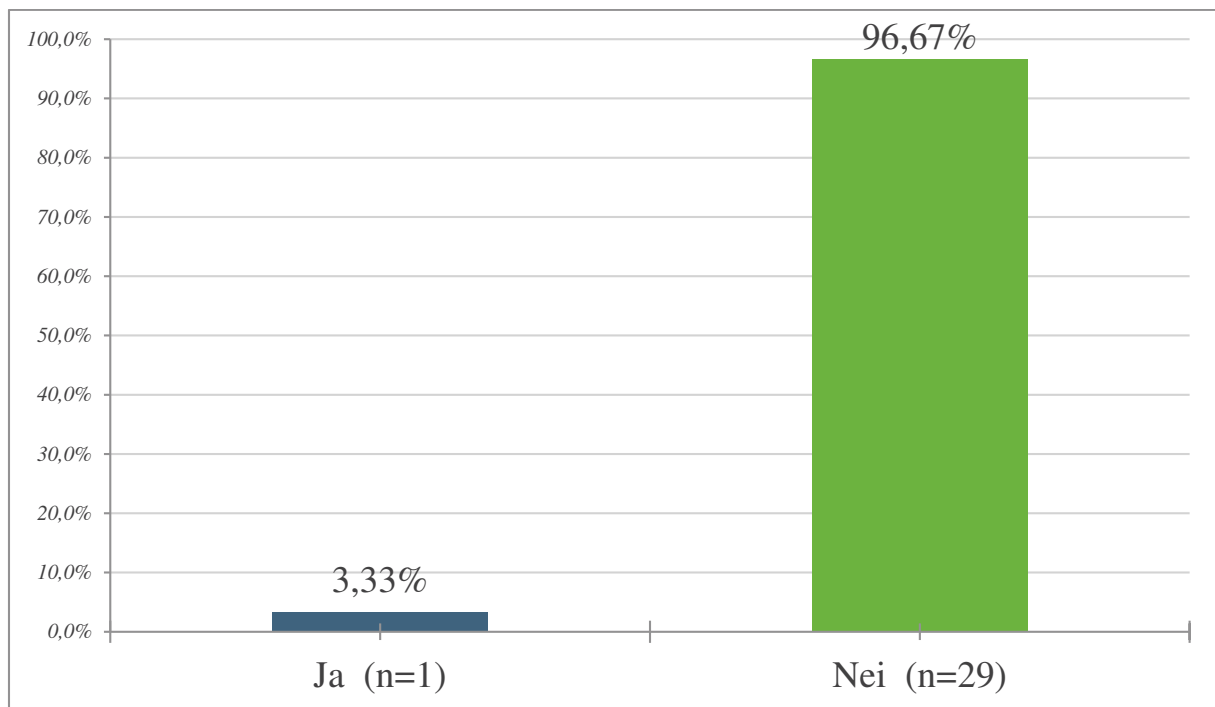
1) Har du som følge av ditt arbeid for Din Utvikling opprettet enkeltmannsforetak?



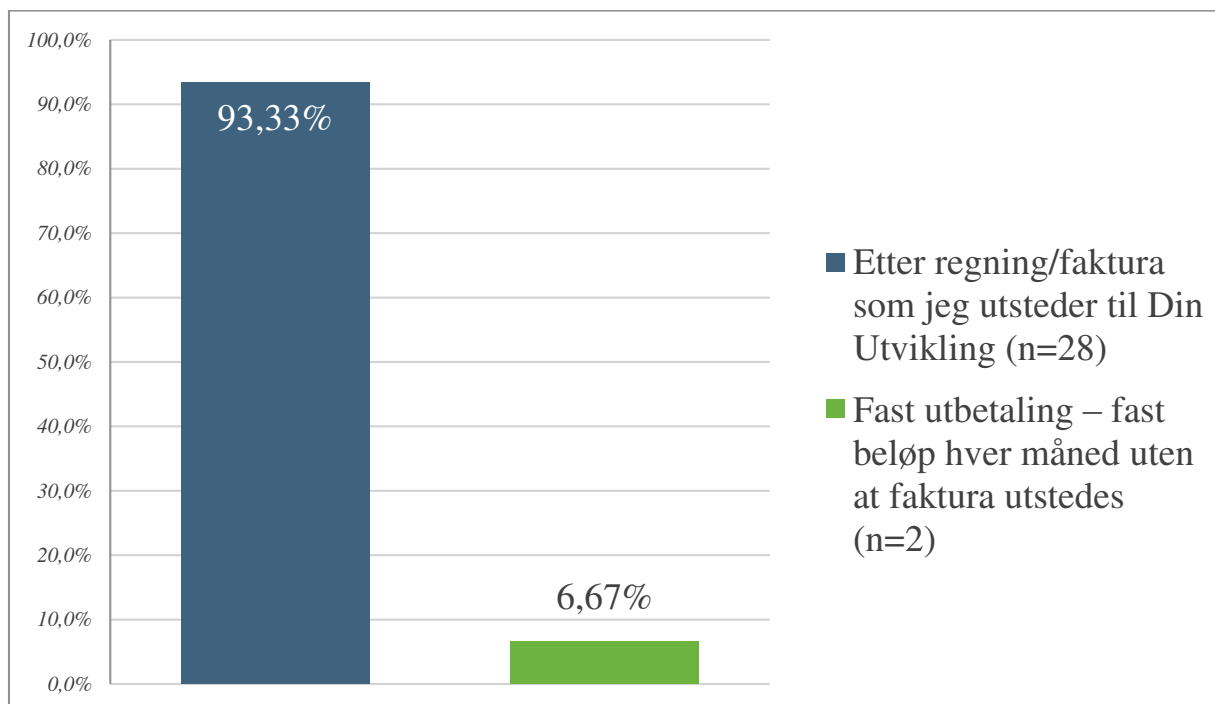
2) Gitt at du har opprettet enkeltmannsforetak, kan du la andre utføre veiledningsarbeidet veiledningsarbeidet i ditt sted?



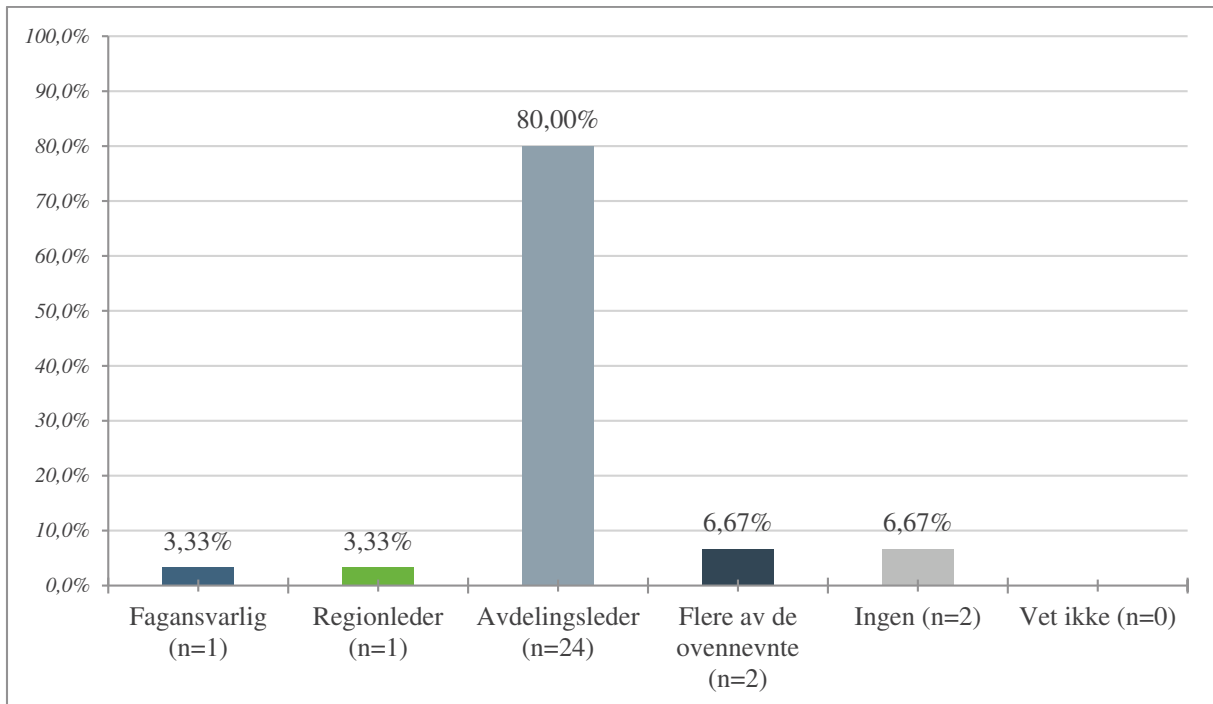
3) Betaler du leie for lokalene hvor du utfører hoveddelen av ditt arbeid som veileder?



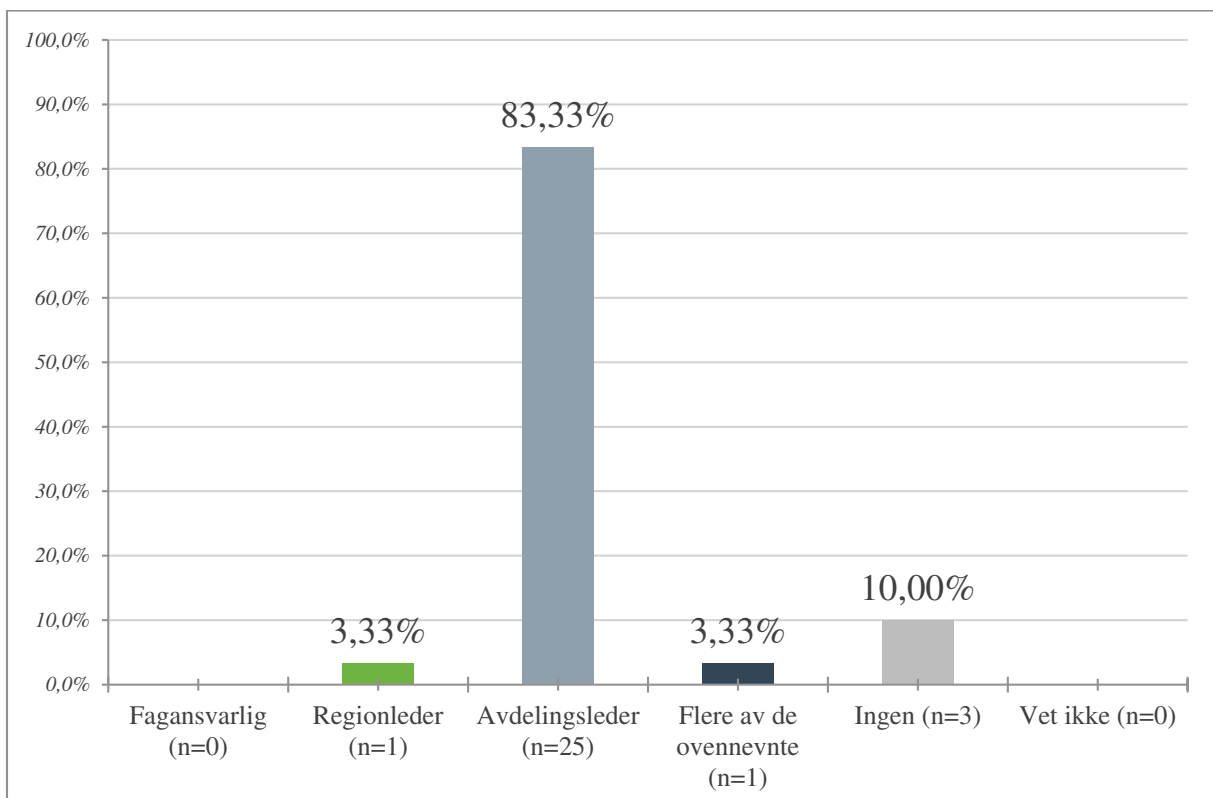
4) Hva slags vederlag mottar du fra Din Utvikling?



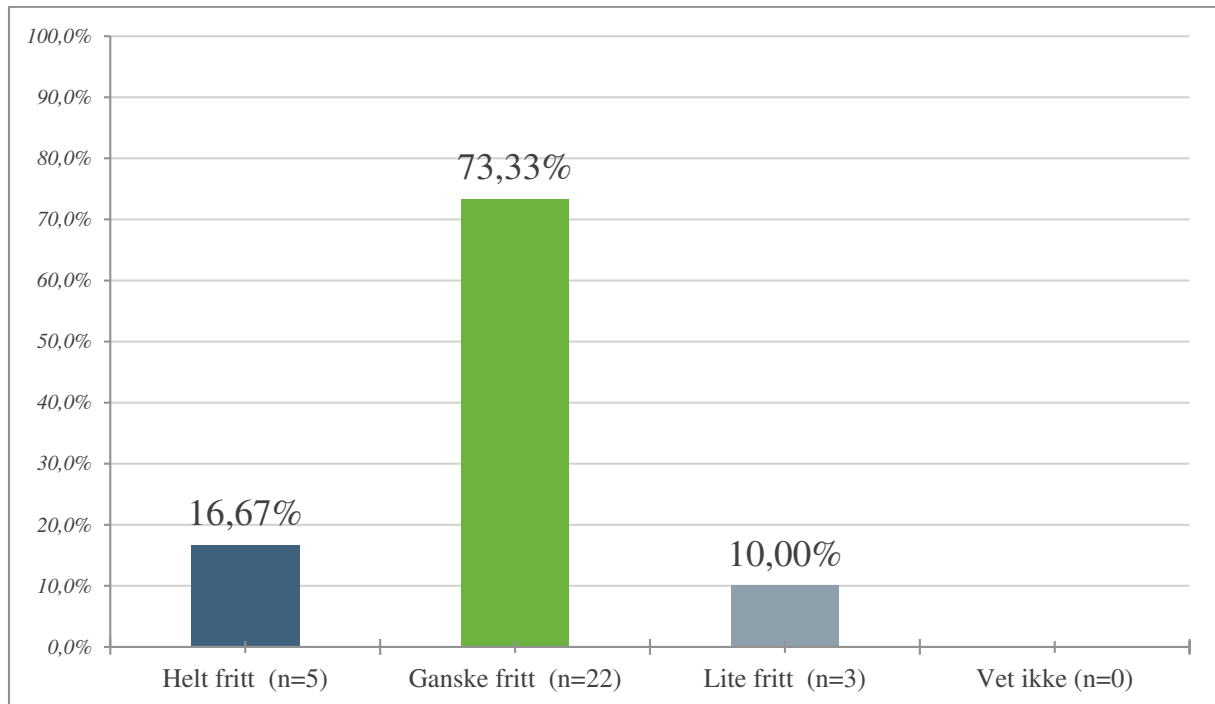
5) Hvem i Din Utvikling rapporterer du til om arbeidet du utfører som veileder?



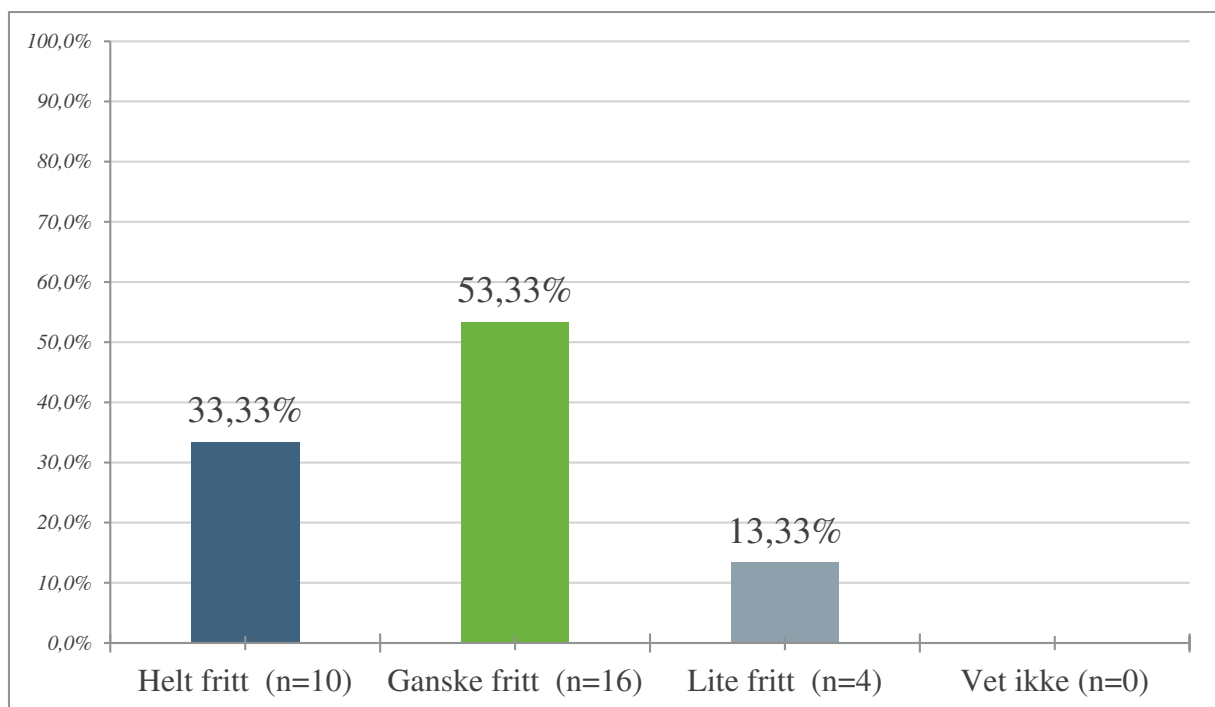
6) Hvem i Din Utvikling følger opp arbeidet du utfører som veileder?



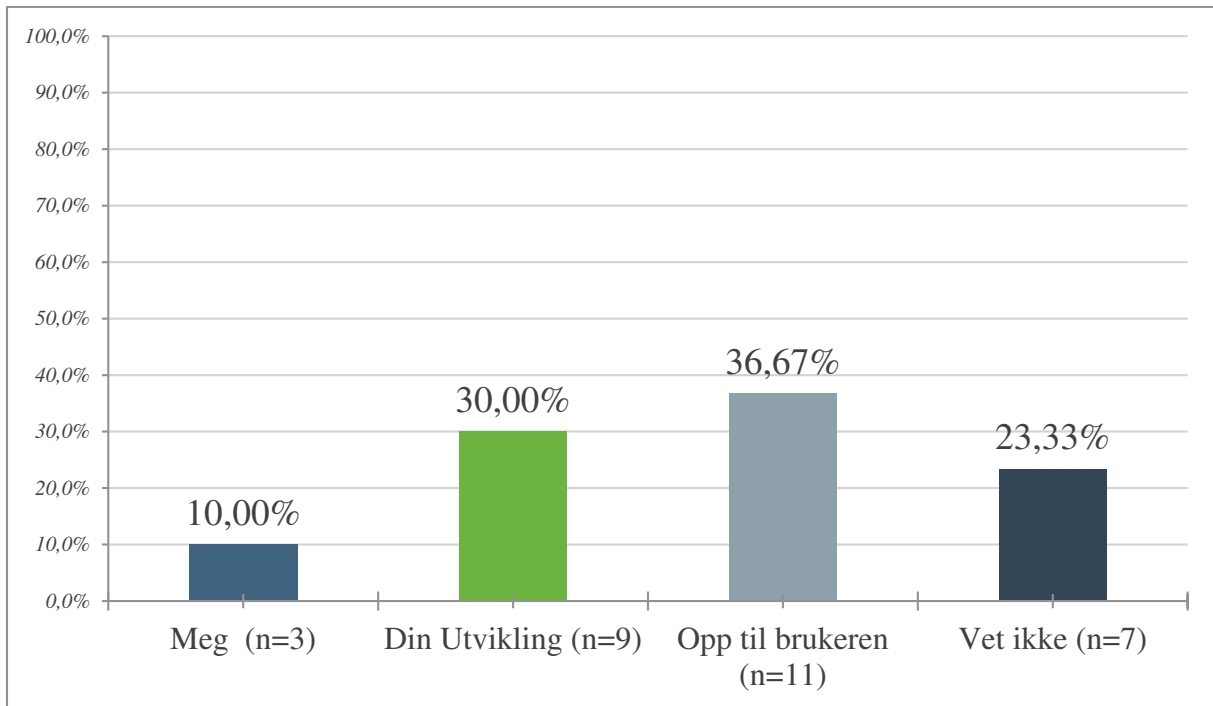
7) Hvor fritt står du til å bestemme innholdet i den karriereveiledningen som du gir deltakerne?



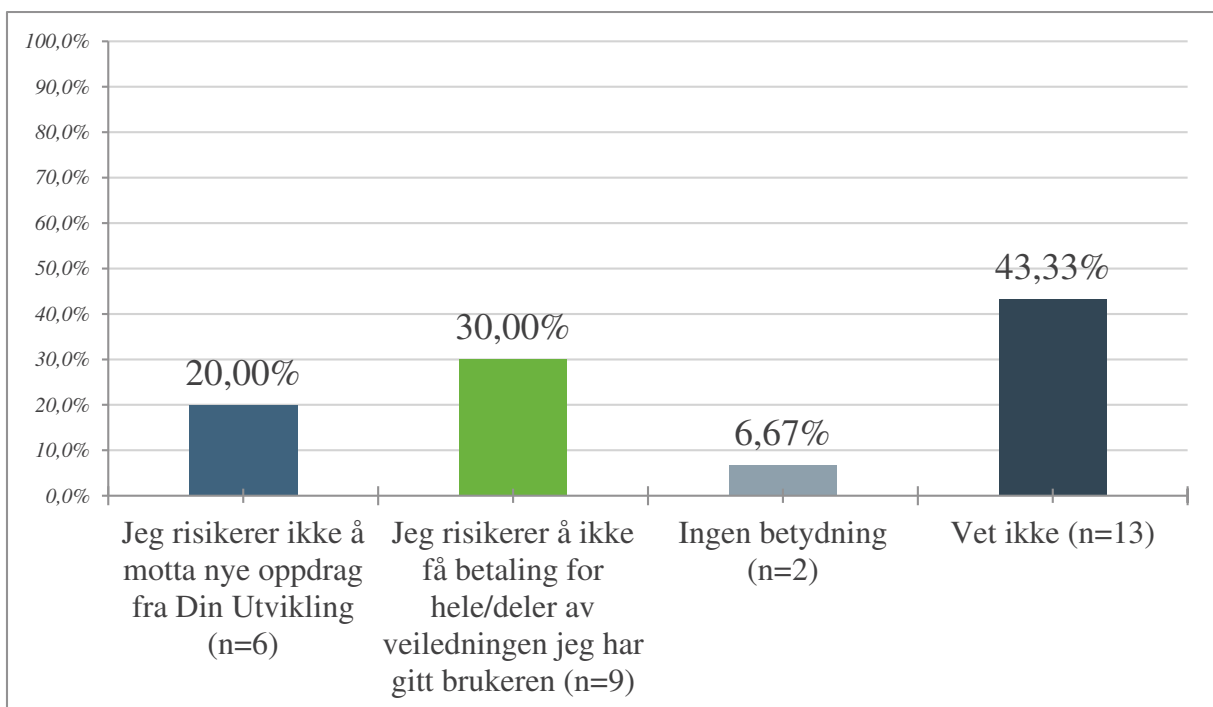
8) Hvor fritt står du til å bestemme hvor og når karriereveiledningen skal utføres?



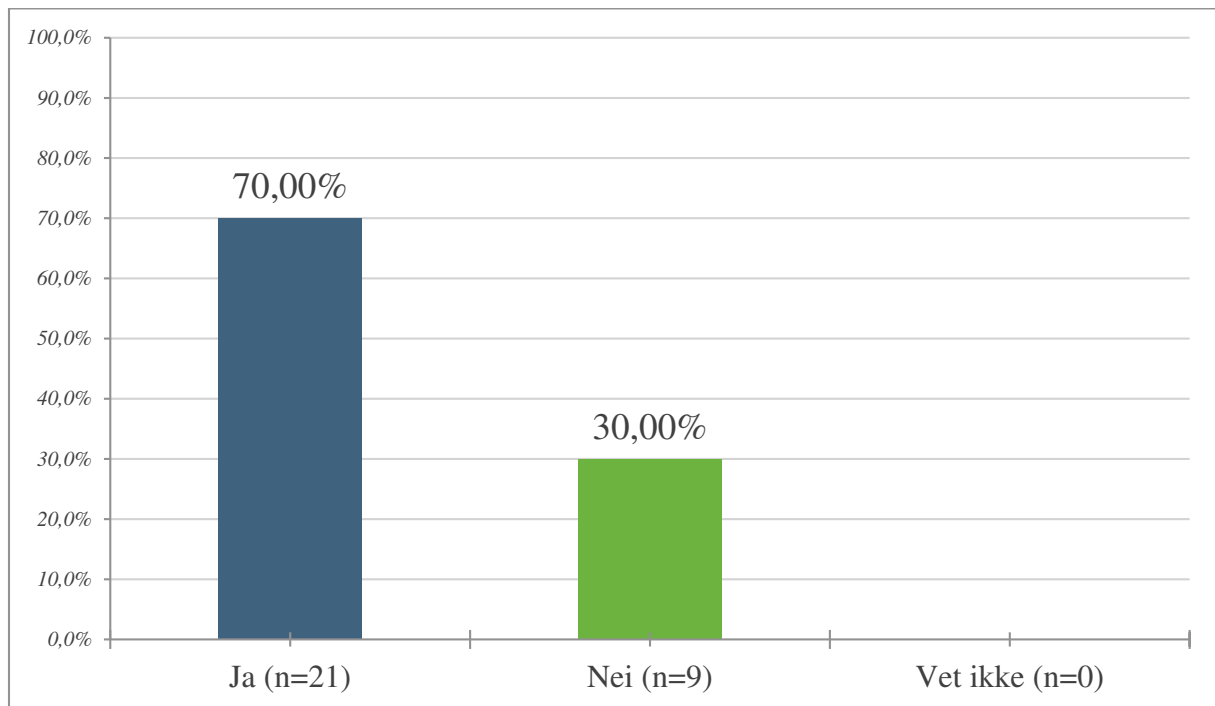
9) Dersom en av dine brukere ikke er tilfreds med veiledningen, skal de henvende seg til de eller Din Utvikling?



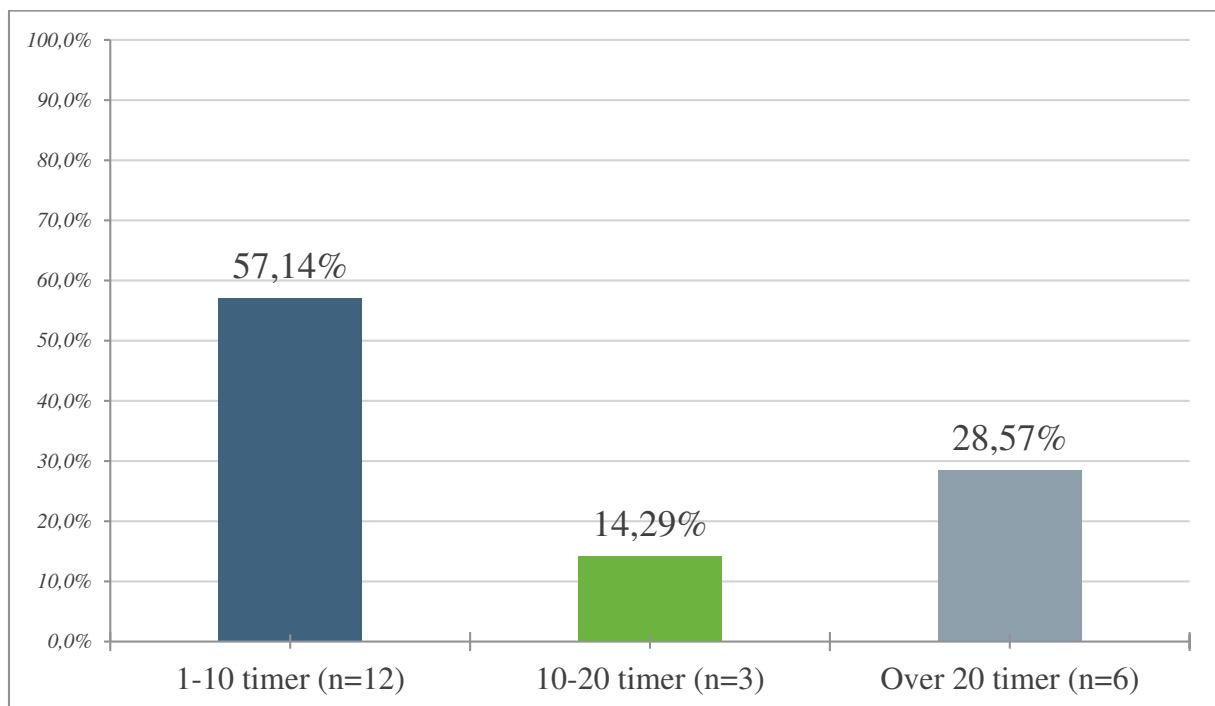
10) Dersom en av dine brukere ikke har mottatt den veiledningen han/hun har krav på, hva slags betydning får dette for deg?



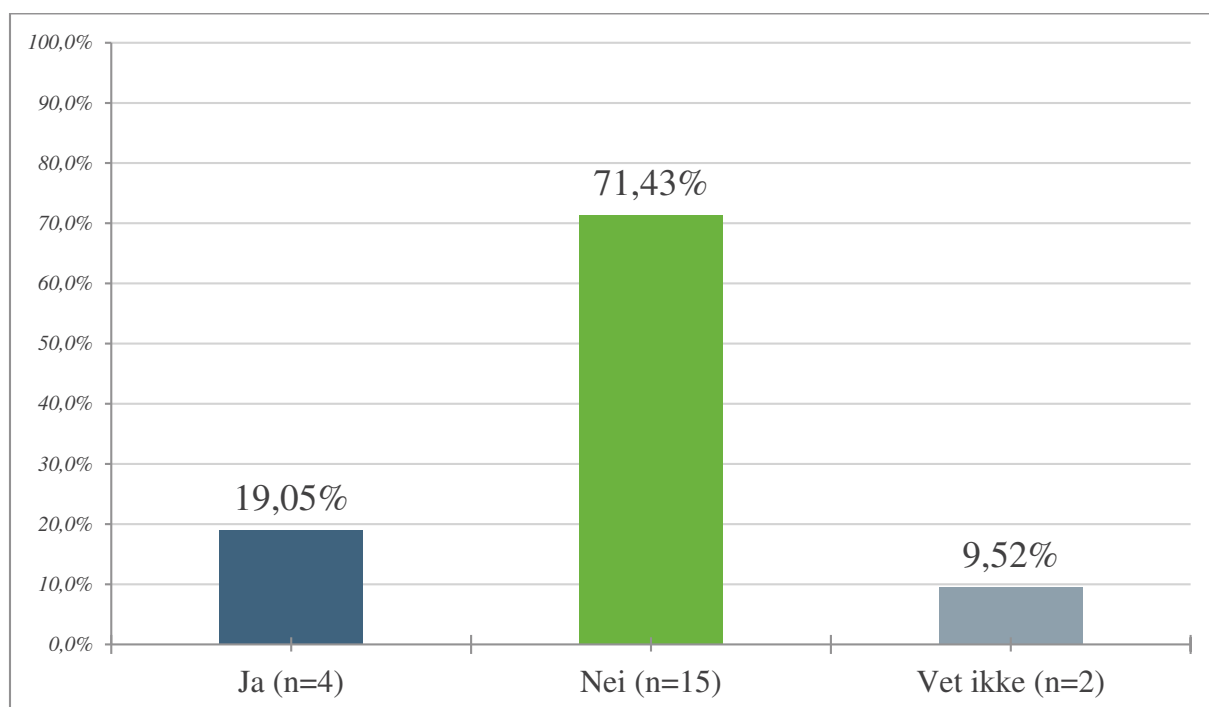
11) Utfører du arbeid for andre enn Din Utvikling mot betaling?



12) Hvis ja, hvor mange timer vil du anslå at du benytter til slik arbeid i måneden?



13) Hvis ja, må du ha tillatelse til dette arbeidet av Din Utvikling?



13. KONTROLLSAMTALER

13.1 Om kontrollsamtalene

Spørreundersøkelsen anses å være representativ da det foreligger svar fra 88 % av Veilederne. Svarene er også relativt tydelige, og spørsmålene synes derfor å være forstått på samme måte av de fleste Veilederne. Wiersholm valgte likevel å gjennomføre kontrollamtaler over telefon med fem tilfeldig utvalgte Veiledere for å verifisere svarene og for å få utfyllende informasjon om Veiledernes arbeidssituasjon, slik som angitt i punkt 2.5 ovenfor. I tillegg gjennomførte Wiersholm kontrollamtaler med de to avdelingslederne i Rogaland samt regionleder og Din Utviklings HR-sjef. Av hensyn til ivaretagelsen av Veiledernes personvern og anonymitet vil utsagn ikke knyttes direkte til enkeltpersoner.

13.2 Kontrollamtaler med Veilederne

De fem Veilederne Wiersholm har gjennomført kontrollamtale med hadde alle enten hatt, eller hadde, oppdragsavtaler med Din Utvikling.

I kontrollsamtalene med Veilederne ble spørsmålene fra Spørreundersøkelsen i stor grad gjentatt og det ble stilt ytterligere utfyllende spørsmål. De sistnevnte omhandlet først og fremst Veiledernes kontraktsforpliktelser, hvordan Veilederne opplever at Din Utvikling er organisert og strukturert og hvordan de selv innpasses i organisasjonsstrukturen, samt spørsmål knyttet til Veiledernes arbeidshverdag.

Samtlige Veiledere uttrykker at de ikke har anledning til å sette bort veiledningsarbeidet til andre. Videre mener Veilederne at de var underlagt et konkurranseforbud etter leverandøraftalene de inngikk i 2016 (Avtalemodell 1), og at også dagens oppdragsavtaler (Avtalemodell 3) inneholder en form for konkurransebegrensning, ved at de heller ikke i dag kan påta seg oppdrag for Din Utviklings konkurrenter. Mange oppgir likevel at de kan påta seg andre oppdrag så lenge disse ikke konkurrerer direkte med Din Utviklings virksomhet.

Hva gjelder oppfølging og rapportering gir samtlige Veiledere uttrykk for at de rapporterer til sin avdelingsleder, og at vedkommende er tilgjengelig for spørsmål og diskusjon, og følger opp veiledningsarbeidet deres.

Veilederne angir deretter at det er påkrevet å rapportere om deltakerne til NAV. Det skal opprettes oppfølgingsplan, statusrapporter og sluttrapporter for deltakerne som sendes til NAV for kontroll etter at de har vært til gjennomsyn hos Din Utvikling ved avdelingsleder.

Utover dette opplyser samtlige Veiledere om at de har obligatoriske avdelingsmøter hver onsdag, hvor både ansatte og oppdragstakere skal være tilstede. I tillegg inngår alle Veiledere i mindre team, bestående av et mindre antall veiledere (uavhengig av arbeidsrettslig status) som skal være kollegastøtte og en erfaringsplattform.

På spørsmål om konsekvensene av at de ikke overholder sine veiledningsforpliktelser uttrykker Veilederne at Din Utvikling i første omgang vil gjennomføre samtaler med Veilederen og tilby/påby oppfølging. Ved grove tilfeller av brudd på avtalen oppgir Veilederne at de tror de kunne blitt "sagt opp".

Hva angår Veiledernes arbeidssituasjon og -hverdag gis det klart uttrykk for at det ikke skilles mellom "innleide" Veiledere og "ansatte" Veiledere. Alle Veiledere har på lik linje tilgang til Din Utviklings lokaler og gjennomfører veiledningen der. De sitter sammen og deler kontorer. De har også tilgang til samme kantine. Arbeidets karakter; oppfølging av enkeltpersoner, medfører at arbeidet ellers må tilpasses den enkelte deltakers situasjon og behov. Dette medfører at alle Veilederne opplever at de har stor grad av frihet hva angår organiseringen av sin arbeidsdag, og at denne i størst grad styres av deltakernes behov og tilgjengelighet. Veiledernes frihet oppleves likevel begrenset i en viss grad da veiledningen må skje innenfor normal arbeidstid av hensyn til deltakerne, samt kravene som følger av Rammeavtalen om at veiledningen som hovedregel skal foregå i Din Utvikling sine lokaler. Veilederne uttrykker også her at det er svært stor likhet mellom "innleide" og "ansatte" Veiledere. Det er videre uklart om Veilederne i det hele tatt har praktisk adgang til å utføre arbeid i Din Utviklings lokaler utenom normal arbeidstid.

Selv om Veilederne uttrykker at de har stor grad av frihet i utførelsen av veiledningen, benytter de likevel Din Utviklings innarbeide arbeidsmetoder,

og holder seg ofte til selskapets metodikk og maler for veiledning. Det fremkommer også at de fleste benytter seg av kurs avholdt av interne kursholdere fra Din Utvikling for deltakerne. Dette gjelder både "innleide" og ansatte Veiledere.

Videre fremkom det at den eneste forskjellen mellom ansatte og "innleide" etter Veiledernes oppfatning er at førstnevnte har halvårlige eller årlige medarbeidersamtaler med avdelingsleder. Ingen av Veilederne Wiersholm gjennomførte kontrollsamtaler med trakk frem at kun "innleide" Veiledere utfører arbeid for andre enn Din Utvikling. Dette kan være fordi også ansatte Veiledere har anledning til å utføre annet arbeid, forutsatt skriftlig samtykke fra Din Utvikling, eller fordi mange "innleide" Veiledere utfører intet eller arbeid av et mindre omfang for andre enn Din Utvikling, ref. punkt 12 om Spørreundersøkelsen ovenfor.¹³

Kontrollsamtalene avdekket imidlertid samtidig at noen Veiledere kan ha en høyere inntjening på annet arbeid enn veiledningsarbeidet de utfører for Din Utvikling, selv om sistnevnte er mer omfattende i timebruk.

Din Utvikling har opplyst til Wiersholm at det ikke er noen av dagens "innleide" Veiledere som ønsker fast ansettelse i selskapet. Det er heller ingen av de "innleide" Veilederne som har gitt direkte uttrykk for noe slikt ønske i kontrollsamtalene.

13.3 Kontrollsamtaler med ledere

Wiersholm har også gjennomført kontrollsamtaler med Gerd Ljunggren, Monica Forsgren, Ineke de Rezende og Cecilia Linn Bie ("Lederne").

Lederne ga uttrykk for at det i praksis ikke er noen forskjell på de ansattes og de "innleides" hverdag. Det ble likevel gitt uttrykk for at Din Utvikling i noe større grad har mulighet til å be de ansatte Veilederne om å ta på seg bestemte tilleggsoppgaver¹⁴. Videre ble det påpekt at Din Utvikling i større grad må sikre at ansatte Veiledere har et fast og konstant antall deltakere for å sikre økonomisk lønnsomhet for selskapet.

I hovedsak bekreftet Lederne det som ble sagt av Veilederne under deres kontrollsamtaler. Redegjørelsen i alle kontrollsamtalene vedrørende relevante forhold i Din Utvikling i Rogaland var i høy grad sammenfallende.

14. GODTGJØRELSE

Wiersholm har mottatt dokumentasjon knyttet til godtgjørelse utbetalt til Veiledere, både ansatte og "innleide". Dokumentasjonen underbygger opplysninger fra kontrollsamtalene om at "innleide" Veiledere har mottatt

¹³ Din Utvikling har påpekt at selskapet ikke er kjent med at ansatte Veiledere i heltidsstilling utfører arbeid for andre, eller har søkt om å utføre slikt arbeid. Selskapet har derfor ingen praksis som tilsier at dette ville blitt godkjent.

¹⁴ Din Utvikling har påpekt at ansettelsene har skjedd svært nylig, og at det må forventes over noe tid at ansatte Veiledere vil få oppgaver av en annen art enn det "innleide" Veiledere har hatt.

betaling etter faktura stilet til Din Utvikling, mens ansatte har mottatt fastlønn og feriepenger mv. i tråd med relevant lovgivning.

DEL IV: RETTSLIG VURDERING

15. SKILLET MELLOM OPPDRAGSTAKER OG ARBEIDSTAKER

15.1 Innledning

Som tidligere nevnt har omkring 54,5% av Veilederne som utfører arbeid under Rammeavtalen oppdragsavtaler i dag. Omkring 45,5% av Veilederne har inngått ansettelsesavtaler med selskapet. Hva slags betegnelse den enkelte Veileder har i sin avtale med Din Utvikling er imidlertid ikke utslagsgivende. Det er de reelle forholdene som avgjør hvorvidt Veilederne er arbeidstakere eller oppdragstakere. Det er disse faktiske forhold Wiersholm har utredet gjennom arbeidet med denne Rapporten.

Forskjellen på en arbeidstaker og en oppdragstaker behøver ikke være så stor eller oppleves særlig vesentlig i praksis, men er prinsipielt meget viktig. Arbeidstakerbegrepet er det mest grunnleggende i norsk og internasjonal arbeidsrett, og angir kretsen av de personer som er beskyttet av den arbeidsrettslige verneavgivning. Hele denne lovgivningen er, med visse mindre modifikasjoner, reservert for arbeidstakeren. Det er imidlertid ikke kun arbeidstakeren som leverer arbeid. Oppdragstakeren er det viktigste eksempelet på en person som leverer arbeid, men som likevel ikke regnes som arbeidstaker. En oppdragstaker kan meget vel utføre samme type arbeid som en arbeidstaker, men oppdragstakeren er engasjert for å løse et bestemt oppdrag mens arbeidstakeren er ansatt for å stille sin arbeidskraft løpende til disposisjon.

Hvorvidt en person er arbeidstaker eller ikke beror helt overordnet på en vurdering av om personen som utfører arbeidet har et beskyttelsesbehov, fordi vedkommende er underlagt en arbeidsgivers styring og kontroll. Begrepets innhold og de hensyn som ligger bak, må være rettesnor for den nærmere grensedragningen som gjøres i det enkelte tilfellet.

15.2 Arbeidstakerbegrepet

Arbeidstakerbegrepet er legaldefinert i både arbeidsmiljøloven § 1-8, ferieloven § 2 samt i § 1 i arbeidstvistloven og permitteringslønnsloven. Legaldefinisjonen ble første gang introdusert i ferieloven av 1947, og det fremgår av forarbeidene til arbeidsmiljøloven¹⁵ at arbeidstakerbegrepet skal fortolkes likt etter ferieloven og arbeidsmiljøloven. AVD har i sin tilbudsinvitasjon rettet fokus mot hvorvidt Veilederne er omfattet av arbeidsmiljøloven. I det følgende tar vi derfor utgangspunkt i arbeidsmiljølovens definisjon av en "arbeidstaker".

Etter arbeidsmiljølovens § 1-8 er arbeidstaker "*enhver som utfører arbeid i annens tjeneste*". Etersom arbeidsmiljøloven er ufravikelig er det som tidligere nevnt ikke avgjørende hvilken betegnelse kontraktsforholdet

¹⁵ NOU 2004:5, s. 154

mellom partene er gitt; det er realitetene som bestemmer hvorvidt en person er arbeidstaker eller ikke.

Ordlyden "*utfører arbeid i annens tjeneste*" gir ingen entydig definisjon av hva en arbeidstaker er. Tvert imot må det foretas en skjønnsmessig helhetsvurdering av det arbeidet som utføres for å avgjøre om dette skjer i annens tjeneste. I helhetsvurderingen har Høyesterett i sine siste dommer på feltet tatt utgangspunkt i en syvpunktliste, se punkt 15.3 nedenfor. En slik helhetlig vurdering fordrer imidlertid også at en hensyntar formålet med arbeidstakerbegrepet, nemlig arbeidstakerens behov for beskyttelse, og andre relevante hensyn.

Arbeidstakerens behov for beskyttelse er viktig, og et helt naturlig og nødvendig utgangspunkt når begrepet "arbeidstaker" skal defineres nærmere. En arbeidstaker vil alltid stå i et underordningsforhold til sin arbeidsgiver. Selv om relasjonen mellom en arbeidstaker og arbeidsgiver har endret seg atskillig fra 1947 og frem til i dag, er det fortsatt slik at en arbeidstaker "*etter sine arbeids- og tilsetningsvilkår må sies å stå i et avhengig arbeids- eller tjenesteforhold*", jf. forarbeidene til ferieloven¹⁶. Dette gjelder selv om mange arbeidstakere og arbeidsgivere i 2017 ikke nødvendigvis føler at underordningsforholdet er særlig tilstedeværende i deres hverdag, og kanskje selv opplever høy grad av fleksibilitet og selvstendighet med tanke på utførelse av arbeidsoppgaver og arbeidstid. Det asymmetriske forholdet mellom partene i avtalerelasjonen er like fullt betegnende for relasjonen.

Arbeidstakerbegrepet har blitt behandlet i en rekke dommer avsagt av Høyesterett de siste tiårene. Bakgrunnen for dette er dels at det ikke alltid er selvinnlysende hvem som bør inkluderes, og dels at begrepets yttergrenser er svært viktig; yttergrensen angir kretsen av de beskyttede. Høyesteretts praksis de siste årene har understreket og befestet en allerede restriktiv holdning til selvstendige oppdragstakerforhold; særlig Avlaster I og II etterlater i praksis lite rom for oppdragstakerforhold utover de rene tilfellene. Det har altså ikke vært noen liberalisering på dette feltet, i motsetning til på andre rettsområder og i samfunnslivet for øvrig.

Det sentrale i Høyesteretts praksis er grensedragningen mellom det regulerte og beskyttede arbeidsforholdet på den ene side, og det frie, men ubeskyttede, på den andre. Grensedragningen er imidlertid ikke klart angitt i noen uttømmende rettslig formel. Klassifiseringen tar utgangspunkt i syv enkeltmomenter som avslutningsvis vurderes samlet med henblikk på overordnede formål og hensyn.

¹⁶ Ot. prp. nr. 104 (1947), s. 21.

15.3 Syv relevante momenter

15.3.1 Innledning

I forarbeidene til ferieloven fra 1947 ble en rekke relevante momenter ved vurderingen av om en person skal regnes som en arbeidstaker eller ikke trukket frem; om vedkommende pliktet å stille sin personlige arbeidskraft til disposisjon for arbeidsgiver, om arbeidsgiver hadde adgang til å kontrollere arbeidet og å gi instruksjoner om utførelsen, om personen bar risikoen for arbeidet, samt om det var avtalt oppsigelsestid eller en form for lønn.

Momentene har siden blitt videreutviklet og bygget ut; først og fremst gjennom rettspraksis, men også gjennom forarbeider og juridisk teori. I forarbeidene til arbeidsmiljøloven¹⁷ ble momentene oppsummert som følger:

- 1) Arbeidstakeren har plikt til å stille sin personlige arbeidskraft til rådighet og kan ikke bruke medhjelpere for egen regning
- 2) Arbeidstakeren har plikt til å underordne seg arbeidsgiverens ledelse og kontroll av arbeidet
- 3) Arbeidstakeren stiller til rådighet arbeidsrom, maskiner, redskap, arbeidsmaterialer eller andre hjelpemidler som er nødvendige for arbeidets utførelse
- 4) Arbeidsgiveren bærer risikoen for arbeidsresultatet
- 5) Arbeidstakeren får vederlag i en eller annen form for lønn
- 6) Tilknytningsforholdet mellom partene har en noenlunde stabil karakter, og er oppsigelig med bestemte frister
- 7) Det arbeides hovedsakelig for én oppdragsgiver

Det ble videre presisert at listen ikke er uttømmende for hvilke momenter som kan være relevante, at dette ikke er absolutte holdepunkter, men en rettesnor for vurderingen av hvorvidt det foreligger et arbeidstakerforhold. Høyesterett har imidlertid i Rt. 2013 s. 342 ("**Beredskapshjem**"), Rt. 2013 s. 354 ("**Avlaster I**") og HR-2016-1366-A ("**Avlaster II**") tatt utgangspunkt i de ovennevnte syv momenter og strukturert drøftelsene sine etter syvpunktlisten.

Selv om det skal tas utgangspunkt i disse syv momentene ved vurderingen av om en person er arbeidstaker eller oppdragstaker, vil andre momenter også måtte tas i betraktning – noe Høyesterett også gjør i flere avgjørelser. Dette gjelder særlig formålet med, og hensynene bak, arbeidslovgivningen. Det er også viktig å holde fast ved begrepets kjerne i analysen; nemlig at en arbeidstaker løpende tilbyr sin personlige arbeidskraft til arbeidsgiveren

¹⁷ NOU 2004:5, s. 154

og underordner seg denne. Som det uttrykkes i forarbeidene til den tidligere arbeidsmiljøloven fra 1977:

*"Utenfor arbeidstakerbegrepet faller oppdrag som går ut på å prestere et bestemt arbeidsresultat uten at det oppstår noe personlig underordningsforhold. Karakteristisk for slike forhold er at den som har påtatt seg arbeidet, også bærer risikoen for at arbeidsresultatet er i samsvar med avtalen."*¹⁸

Det overordnede spørsmålet vil altså ofte være om personen står i et underordningsforhold til en annen og dermed er underlagt dennes styringsrett: *"et fremtredende karakteristika ved arbeidsavtalen er arbeidstakerens avhengige stilling i forhold til arbeidsgiveren og sistnevntes styringsrett i arbeidsforholdet"*¹⁹. Betragtninger knyttet til ledelse og kontroll, samt det såkalte organisasjonssynspunktet (se mer om dette under punkt 15.3.3 og punkt 15.3.9 nedenfor), vil derfor stå meget sentralt i den vurderingen som skal foretas. Det avgjørende i helhetsvurderingen som skal foretas, vil være om tilknytningsforholdet samlet sett fremstår som et arbeidstakerforhold eller ikke.

15.3.2 Personlig arbeidsplikt

Det første momentet som må vurderes er om den som utfører arbeid har en personlig arbeidsplikt. Momentet har helt siden vedtakelsen av ferieloven bli vektlagt av domstolene. I Beredskapshjem tar Høyesterett utgangspunktet i dette momentet og uttaler at *"Cs avtale med Bueftat fastsetter en personlig arbeidsplikt for henne og dette taler i utgangspunkt utvilsomt for at det foreligger et arbeidsforhold"*. Momentet om personlig arbeidsplikt er et naturlig utgangspunkt ettersom dette er grunnlaget for avhengigheten og det underordningsforholdet som kjennetegner arbeidstakeren.

Personlig arbeidsplikt behøver imidlertid ikke være et avgjørende moment for at et tilknytningsforhold er et arbeidstakerforhold. Selv om Høyesterett tok utgangspunkt i momentet i Beredskapshjem som nevnt over, kom retten likevel til at vedkommende ikke var å regne som en arbeidstaker i arbeidsmiljølovens forstand. I Avlaster II ble personlig arbeidsplikt også vurdert, men det ble også uttalt at oppdragets personlige karakter ikke er *"tilstrekkelig til å utelukke at man har med en oppdragsavtale å gjøre. Også slike avtaler kan være strengt personlige"*. Personlig arbeidsplikt er følgelig ikke et nødvendig vilkår for at det foreligger et arbeidstakerforhold. Betydningen av momentet må vurderes ut fra arbeidets karakter og omfang.

¹⁸ Ot.prp.nr.3. 1975-1976, s. 102

¹⁹ NOU 2004:5, s. 153-154

15.3.3 Ledelse og kontroll

Det andre hovedmomentet som må vurderes er i hvilken grad den som utfører arbeid er underlagt en annens ledelse og kontroll. Graden av ledelse og kontroll fra arbeidsgiver er et av de mest sentrale momentene som Høyesterett vektlegger i vurderingen av om en person er arbeidstaker eller oppdragstaker, jf. Avlaster II hvor førstvoterende uttaler i avsnitt 63: "*Blant de mange momentene som inngår i helhetsvurderingen, vil spørsmålet om arbeidsgiverens ledelse og kontroll derfor stå særlig sentralt*".

En selvstendig oppdragstaker står i prinsippet fritt til å utføre arbeidet på de tider av døgnet eller de dagene i uken som passer vedkommende best. En oppdragstaker i sin reneste form disponerer sin arbeidstid og arbeidskraft etter eget forgodtbefinnende, så lenge oppdraget som skal utføres blir levert innenfor den avtale tidsrammen. I realiteten er det naturligvis også her flytende overganger. Tilstedeværelsen og omfanget av arbeidsgivers ledelse og kontroll vil variere fra et arbeidsforhold til et annet, stillingens karakter og arbeidsoppgavene tatt i betraktning. Én oppdragstaker kan være gjenstand for relativt tett oppfølging av sin oppdragsgiver, mens en arbeidstaker i realiteten kan stå forholdsvis fritt til å disponere sin egen arbeidstid så lenge arbeidsoppgavene utføres. For noen type stillinger vil det ikke være naturlig at arbeidsgiver utøver kontroll og instruksjonsmyndighet i noen særlig stor grad. Det kan imidlertid ikke oppstilles som noen absolutt forutsetning for at en person skal kunne anses som arbeidstaker at personen er aktivt underlagt en arbeidsgivers ledelse og kontroll.

Det er i den forbindelse viktig å skille mellom arbeidsgivers rett til å utøve ledelse, kontroll og instruksjonsmyndighet, og den faktiske bruken av denne retten. Selv om bruken ikke skulle være særlig omfattende, vil eksistensen av ledelse, kontroll og instruksjonsmyndighet i seg selv trekke sterkt i retning av at en person må karakteriseres som arbeidstaker. Førstvoterende understreker dette i Avlaster I, avsnitt 65:

"Etter min oppfatning må det under enhver omstendighet være tilstrekkelig for å konstatere et underordningsforhold at arbeidsgiveren har rettslig adgang til å utøve ledelse og kontroll. Dette følger direkte av sjupunktlisten hvor momentet er formulert som et spørsmål om arbeidstakeren «har plikt til» å underordne seg ledelse og kontroll. Spørsmålet er altså ikke om det rent faktisk utøves arbeidsledelse. Et underordningsforhold kan heller ikke utelukkes av at det i den konkrete situasjonen ikke er noe ledelsesbehov. Dersom det skulle kreves faktisk ledelse eller et ledelsesbehov, ville man åpne for at identiske stillingskategorier måtte bedømmes forskjellig; alt etter tjenesteyterens erfaringer og behov for ledelse. Det ville i tilfellet gjøre arbeidstakerbegrepet lite robust. En slik løsning har ikke gode grunner for seg."

Uttalelsen trekker i retning av at det er arbeidsgivers rett til å lede og kontrollere som vil stå sentralt, fremfor den faktiske tilstedeværelsen av ledelse og kontroll.

15.3.4 Fasiliteter

Om det stilles utstyr/hjelpemidler til rådighet for å utføre arbeidet, og hvem som dekker utgifter, er også av betydning for vurderingen av om en person er en arbeidstaker eller oppdragstaker. Det inngår også som en sentral del av organisasjonssynspunktet. Syvpunktlisten regner ikke eksplisitt opp utgiftsdekning, men i Rt. 1984 s. 1044 ("**Tupperware**") uttalte Høyesterett at:

"Et annet forhold som taler mot å anse selgerne og gruppelederne som arbeidstakere, er at de måtte dekke alle utgifter ved gjennomføringen av sine salg, så som reiseutgifter og utgifter til reklameartikler, porto, trykksaker og emballasje. Som nevnt måtte de også dekke utgifter til demonstrasjonskoffert."

Høyesterett vektla momentet om fasiliteter og utgiftsdekning ulikt i Beredskapshjem og i Avlaster I. I den førstnevnte avgjørelsen stilte den ankende part sitt eget hjem til rådighet, noe som talte mot å anse henne som arbeidstaker, mens i sistnevnte avgjørelse stilte familien som mottok avlastning hjelpemidler til rådighet for avlasteren, som også fikk dekket utgifter i forbindelse med arbeidet. Dette trakk derfor i retning av at hun var arbeidstaker, med tilhørende krav på feriepenger. I Avlaster II tillat ikke førstvoterende det at arbeidstakeren utførte avlasterarbeidet i sitt eget hjem noen nevneverdig vekt.

15.3.5 Risiko for arbeidsresultatet

Det fjerde momentet som må vurderes er hvem som har risikoen for arbeidsresultatet. Momentet er sentralt ettersom et arbeidstakerforhold knytter seg til den ansattes løpende arbeidskraft, mens en selvstendig oppdragstaker kun er ansvarlig for det ferdige arbeidsresultat – og det er da resultatet som står i sentrum, uavhengig av arbeidsinnsatsen som ligger bak. Om en person risikerer å få avkortning i vederlaget om arbeidsresultatet er utilfredsstillende trekker dette i retning av at vedkommende er oppdragstaker, mens en arbeidstaker typisk har krav på å motta full lønn så lenge personen møter opp på jobb. Som Høyesterett påpeker i Beredskapshjem vil det i noen typer arbeid være usikkert hva som skal karakteriseres som "resultatet" av arbeidet, og i slike situasjoner gir dette momentet mindre veiledning enn normalt.

15.3.6 Lønn

At en mottar vederlag i en eller annen form for lønn trekker i retning av at det foreligger et arbeidsforhold mellom to parter. Det henger også tett sammen med risiko-momentet; dersom den som utfører arbeidet mottar betaling uavhengig av arbeidsresultatet trekker dette i retning av et

arbeidsforhold, jf. også følgende uttalelse fra Kommentartutgaven til arbeidsmiljøloven²⁰:

“Dersom det er avtalt ”periodisk vederlag” taler dette for arbeidstakerforhold. Begrunnelsen for å legge vekt på lønnsformen ved grensedragningen må referere seg til at arbeidstakere vanligvis mottar periodisk vederlag, og at det kan fungere som et kjennetegn på at det er arbeidskraften og ikke arbeidsresultatet som betales.”

Dette momentet vil som oftest by på liten tvil, siden det normalt er enkelt å avklare om en person mottar regelmessige utbetalinger, enten i form av en fastlønn eller basert på innleverte timelister o.l., eller om personen først mottar betaling når arbeidsresultatet er levert, salg foretatt og innberettet mv. Hva vederlaget er betegnet som vil ha mindre betydning, siden det er det reelle forhold som skal legges til grunn for vurderingen. I Avlaster I var avlasteren innplassert i kommunens lønnsystem, og hun fikk utbetalt lønn hver måned etter at timelistene hennes var blitt godkjent av kommunen – etter at de hadde foretatt skattetrekk på hennes vegne. Dette ble tillagt vekt av Høyesterett, mens utbetaling av månedlige faste og like store beløp ikke ble ansett å ha særlig betydning i Beredskapshjem. Etter vår mening vil dette momentet sjelden være avgjørende i praksis.

15.3.7 Tilknytningsforholdet mellom partene har en noenlunde stabil karakter, og er oppsigelig med bestemte frister

Dersom tilknytningsforholdet mellom partene er forholdsvis stabilt, og kan sies opp med bestemte frister, vil dette indikere at det foreligger et arbeidsforhold, og at den aktuelle personen må karakteriseres som arbeidstaker. Hvorvidt et tilknytningsforhold skal karakteriseres som stabilt eller ikke må vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle. Momentet henger i noen grad sammen med momentet om personlig arbeidsplikt – om det ikke foreligger noen personlig arbeidsplikt vil det ikke være like naturlig å karakterisere tilknytningsforholdet som stabilt, selv om langvarige oppdragstakerforhold på ingen måte kan utelukkes.

Kontrakten mellom partene vil som oftest gi svar på om det er fastsatt noen form for oppsigelsesfrist eller ikke. For å vurdere om tilknytningen er stabil eller ikke, må det også ses hen til hva kontrakten foreskriver hva angår varighet, men ikke minst til hvordan relasjonen mellom partene har vært i praksis. Dess lengre tid som går, dess bedre grunnlag vil en ha for å kunne avgjøre hvorvidt tilknytningsforholdet har vært stabilt eller ikke – og dess mer sannsynlig er det at forholdet vil karakteriseres som stabilt.

I Avlaster I hadde avlasteren en to måneders kontrakt med kommunen én sommer, og deretter tre selvstendige kontrakter med tilsammen 1 ½ års varighet fra og med påfølgende vinter. Høyesterett anså likevel at momentet om tilknytningen mellom partene trakk i retning av at det forelå

²⁰ Fougner mfl. *Kommentartutgaven til arbeidsmiljøloven* (2011) s. 104

et arbeidstakerforhold. Til tross for at det eksisterte forhold som kunne tilsi at tilknytningsforholdet ikke var helt stabilt, kom Høyesterett like fullt til at også dette momentet talte for å karakterisere den aktuelle personen som en arbeidstaker. Det samme var tilfellet i Rt. 1968 s. 725 ("**Hjemarbeider**") hvor personen som utførte arbeidet ikke hadde personlig arbeidsplikt, og hvor leveranseforpliktelsen fremsto sentralt siden vedkommende fikk betalt per antall flettede par sko. Siden tilknytningsforholdet var stabilt og hadde vart i mange år ga Høyesterett likevel tilslutning til lagmannsretten som hadde konkludert med at kvinnen var arbeidstaker og ikke oppdragstaker.

15.3.8 Arbeid for andre

De langt fleste arbeidstakere er i faste og langvarige arbeidsforhold og arbeider hovedsakelig for én arbeidsgiver, hovedarbeidsgiveren. Det eksisterer imidlertid en rekke andre typer arbeidsforhold, hvor arbeidstakeren jobber for flere ulike virksomheter mv., men hvor vedkommende utvilsomt likevel kan være en arbeidstaker i lovens forstand. I Beredskapshjem slår Høyesterett fast at arbeid for hovedsakelig én oppdragsgiver "*Isolert sett kan [...] indikere at det foreligger et arbeidsforhold*" men tillegger det tilsynelatende liten vekt i den endelige avveiningen. Førstvoterende i Avlaster I uttaler eksplisitt at momentet ikke kan tillegget særlig stor vekt:

"Det siste momentet er om det i hovedsak blir arbeidet for én oppdragsgiver. A arbeidet ikke bare for Oslo kommune, selv om dette arbeidet var det mest omfattende. Hun arbeidet, som nevnt, på timebasis for familien på grunnlag av en kontrakt med den, og fra høsten 2009 arbeidet hun også i Y kommune, flyktningkontoret, som miljøarbeider og støttekontakt. Hun var samtidig student. Noen sterk støtte for at hun var arbeidstaker gir dette momentet derfor ikke. Men etter mitt syn kan det heller ikke veie særlig tungt i motsatt retning."

I Avlaster II følges uttalelsen indirekte opp ved at momentet ikke adresseres overhodet. Det kan dermed se ut til at rettspraksis ikke tillegger momentet stor vekt, men det er like fullt av betydning i helhetsvurderingen.

15.3.9 Organisasjonssynspunktet

Det såkalte organisasjonssynspunktet står i nær sammenheng med momentet ledelse og kontroll. I Rt. 1958 s. 1229 ("**Sceneinstruktør**") la Høyesterett vekt på at arbeidsgiveren stilte en organisasjon til rådighet for å løse oppdraget. Høyesterett sluttet seg til følgende uttalelse fra byretten:

"Retten legger ved sin avgjørelse vesentlig vekt på at arbeidet utføres i arbeidsgiverens virksomhet. Arbeidet utføres på teatrets arbeidsplass og er knyttet fast sammen med teatrets personale for å frembringe det ferdige «produkt», herav følger at instruktøren må avpasse seg etter teatrets virksomhet som enhver annen som er ansatt der. På dette felt står iscenesetteren i en helt annen stilling enn advokaten og arkitekten,

som det er trukket sammenligning med. Arkitekten og advokaten driver en selvstendig næringsvirksomhet fra et kontor, med fullmektiger, assistenter, kontordamer og kan helt eller delvis overlate arbeidet til disse."

Organisasjonssynspunktet er utdypet i juridisk teori, blant annet i Kommentartutgaven til arbeidsmiljøloven²¹:

"Organisasjonssynspunktet er praktisk sett velegnet ved grensedragningen mellom arbeidstakere og oppdragstakere. Dersom en arbeidsperson har sin egen organisasjon, ligger det nær å anta at han er oppdragstaker. Han driver selv sin virksomhet, er kanskje selv arbeidsgiver og burde ha gode muligheter for å ivareta f.eks. behovet for ferie. Hvis på den annen side arbeidspersonen ikke har annet enn sin egen arbeidskraft, mens arbeidsgiveren har en organisasjon, synes det nærliggende å hevde at det foreligger et arbeidstakerforhold. Organisasjonssynspunktet kan derfor gi et nyttig perspektiv ved grensedragningen. Imidlertid er det viktig at man ikke tillegger organisasjonssynspunktet for stor vekt i arbeidstakerdiskvalifiserende retning der arbeidstakers organisasjon er en innretning for å omgå arbeidsmiljø- og skattelovgivning".

Organisasjonssynspunktet er velegnet til å trekke grensen mellom oppdragstakere og arbeidstakere, fordi det sier noe om hvem som er nærmest til å ivareta arbeidstakerens rettigheter; alt fra det overordnede som retten til et fullt forsvarlig fysisk og psykisk arbeidsmiljø og vern mot diskriminering, til det mer konkrete som arbeidstider i tråd med lovgivningen, oppsigelsesvern og rett til feriepenger. Videre er organisasjonssynspunktet et relevant vurderingsmoment i tilfeller hvor arbeidsoppgavene tilsier at det er lite behov for, og kanskje også faktisk fravær av, ledelse og kontroll, men hvor personene som utfører arbeid inngår i en helhetlig organisasjon som er best egnet til å ivareta disses rettigheter.

15.4 Formålsbetraktninger og overordnet analyse

Som ovennevnte illustrerer er det mange momenter som både skal og kan tas i betraktning ved vurderingen av om en person er arbeidstaker eller selvstendig oppdragstaker. Rettspraksis fra flere tiår tilbake og frem til i dag illustrerer at når den endelige avgjørelsen skal fattes, veier formålsbetraktninger også tungt, selv om momentet ikke alltid adresseres eksplisitt av domstolene. I tillegg må det foretas en overordnet analyse. Som det fremgår av Kommentartutgaven til arbeidsmiljøloven²² er det

"... viktig å løfte blikket fra listen over enkeltfaktorer og foreta en sammenfattende analyse, hvor oppfyllelse av lovens formål er det

²¹ Fougner mfl. *Kommentartutgaven til arbeidsmiljøloven* (2011) s. 69.

²² Fougner mfl. *Kommentartutgaven til arbeidsmiljøloven* (2011) s. 109

sentrale siktepunkt. Enhver grensedragnings mellom arbeidstaker- og oppdragstakerforhold bør ta utgangspunkt i at den arbeidsrettslige vernelovgivningen skal nå de personene den er ment å beskytte."

Arbeidervernlovgivningen skal sikre en rekke formål. Arbeidsmiljølovens formål fremgår direkte av lovens § 1-1:

"a) å sikre et arbeidsmiljø som gir grunnlag for en helsefremmende og meningsfylt arbeidssituasjon, som gir full trygghet mot fysiske og psykiske skadevirkninger, og med en velferdsmessig standard som til enhver tid er i samsvar med den teknologiske og sosiale utvikling i samfunnet,

b) å sikre trygge ansettelsesforhold og likebehandling i arbeidslivet,

c) å legge til rette for tilpasninger i arbeidsforholdet knyttet til den enkelte arbeidstakers forutsetninger og livssituasjon,

d) å gi grunnlag for at arbeidsgiver og arbeidstakerne i virksomhetene selv kan ivareta og utvikle sitt arbeidsmiljø i samarbeid med arbeidslivets parter og med nødvendig veiledning og kontroll fra offentlig myndighet,

e) å bidra til et inkluderende arbeidsliv"

Høyesterett har i flere dommer, direkte eller indirekte, vektlagt formålsbetraktninger, blant annet i Hjemarbeider og i Avlaster I. I det siste dommene på området foretar Høyesterett nettopp en slik sammenfattende analyse som Fougner mfl. tilrår i ovennevnte sitat. Førstvoterendes uttalelser i Avlaster I, avsnitt 49, illustrerer at formålsbetraktninger fortsatt utgjør en viktig og overordnet bestanddel ved grensedragningen mellom arbeidstakere og oppdragstakere:

"... Som nevnt er det et uttalt formål at arbeidstakerbegrepet skal fortolkes slik at de som trenger lovens vern, skal få det. Det tilsier at en person som ellers ville vært ansett som arbeidstaker, ikke skal havne i et arbeidsrettslig tomrom fordi den som inngår kontrakten og betaler lønnen, gjør det for å ivareta behovet til en annen, som er den som løpende instruerer om gjennomføringen av arbeidsoppgavene."

Den overordnede analysen som må foretas før en konkluderer på spørsmålet om en person er arbeidstaker eller oppdragstaker må ta opp i seg alle ovennevnte momenter, og i tillegg særlig vektlegge formålsbetraktninger og den konkrete situasjonen. Det er nettopp dette vi vil gjøre i den følgende konkrete vurderingen av om de "innleide" Veilederne i Din Utvikling er arbeidstakere eller oppdragstakere.

16. JURIDISK VURDERING - ER DE "INNLEIDE" VEILEDERNE OPPDRAGSTAKERE ELLER ARBEIDSTAKERE?

16.1 Innledning

Spørsmålet i det følgende er om de 24 "innleide" Veilederne i Din Utvikling som utfører arbeid under Rammeavtalen er oppdragstakere eller arbeidstakere. Som tidligere nevnt vurderer ikke Wiersholm hvorvidt ansatte Veiledere i Rogaland i realiteten er oppdragstakere. Det er intet i den informasjonen vi har fått tilgang til som tyder på at så skulle være tilfelle.

De ulike avtalem modellene for tilknytningsforholdet mellom Veilederne og Din Utvikling er presentert og analysert i punkt 11 ovenfor. Avtaleforholdet mellom samtlige "innleide" Veiledere og Din Utvikling reguleres i dag kun av Avtalem modell 3 ("Leverandøravtale – avtale om tidsbegrenset oppdrag med selvstendig oppdragstaker/næringsdrivende"). Sakens faktiske forhold må følgelig holdes opp mot denne avtalen, for å avgjøre om disse Veilederne er oppdragstakere eller arbeidstakere. Ut fra avtalens betingelser alene er det som nevnt ikke gitt hva slags status Veilederne har. Avtalens tittel og betegnelser for øvrig av Veilederne som "oppdragstakere" mv. er av liten betydning i denne vurderingen, all den tid det er de faktiske forholdene som er avgjørende.

De overordnede vurderingstemaet i det følgende er om de "innleide" Veilederne utfører arbeid i Din Utviklings tjeneste, jf. arbeidsmiljøloven § 1-8 samt redegjørelsen under punkt 15.2. Både vurderingene og konklusjonen vil være tilsvarende for spørsmålet om de "innleide" Veilederne er arbeidstakere etter ferieloven, folketrygdloven og forskrift om arbeidsgiver- og arbeidstakerregisteret, siden arbeidstakerbegrepet i disse regelverkene i all hovedsak skal forstås på samme måte som i arbeidsmiljøloven.

I punkt 16.2 til 16.8 nedenfor vil de "innleide" Veiledernes tilknytningsforhold til Din Utvikling vurderes opp mot de syv momentene som er beskrevet i punkt 15.3. Deretter vil vi foreta en helhetlig vurdering sett i lys av formålet med arbeidslovgivningen.

16.2 Har de "innleide" Veilederne personlig arbeidsplikt?

Spørsmålet i det følgende er om de "innleide" Veilederne har personlig arbeidsplikt. Det fremgår av Høyesteretts vurdering i Avlaster I at en person stiller sin personlige arbeidskraft til disposisjon dersom vedkommende har personlig plikt til å utføre arbeidet og ikke kan overlate dette til andre.

I samtlige avtaler inngått etter Avtalem modell 3 som Wiersholm har fått tilgang til, er Veilederen angitt med fullt navn, og kun ett navn. Arbeidsplikten er dermed knyttet til én enkeltperson, noe som trekker i retning av at det foreligger personlig arbeidsplikt.

Videre er det et krav etter Rammeavtalens punkt 2.3 at Din Utvikling kun skal benytte "*personell som er utpekt*" av avtalepartene i arbeidet med Oppfølging. Det fremgår av samme bestemmelse at alle Veiledere som utfører arbeid under Rammeavtalen skal godkjennes individuelt av NAV Rogaland, samt at NAV Rogaland skal underrettes ved utskiftning av Veiledere eller der nye Veiledere kommer til.

Rammeavtalen forutsetter også at *én* Veileder fra Din Utvikling skal ha hovedansvaret for den enkelte deltaker, og følge denne fra tiltakets begynnelse til slutt²³. Dette for å sikre en best mulig utførelse av oppfølgingsarbeidet. Det er således ikke mulig verken for Veilederen eller Din Utvikling å sette bort oppfølging av *én* deltaker til noen andre enn den Veilederen som opprinnelig ble utpekt.

I tillegg har samtlige Veiledere i kontrollsamtalene gikk uttrykk for at de har personlig arbeidsplikt – de ga uttrykk for at det var "utenkelig" å overlate oppfølgingsarbeidet til andre – og 85 % ga uttrykk for det samme i Spørreundersøkelsen. De resterende 15 % mente at arbeidet kunne overlates til en annen Veileder.

Etter Wiersholms mening foreligger det personlig arbeidsplikt for samtlige av de Veilederne som utfører arbeid under Rammeavtalen. Spørsmålet blir deretter hva slags vekt momentet skal tillegges.

Høyesterett uttrykker i Avlaster II, avsnitt 70 at personlig arbeidsplikt ikke er "*tilstrekkelig til å utelukke at man har med en oppdragsavtale å gjøre. Også slike avtaler kan være strengt personlige*". Momentet er dermed ikke direkte avgjørende for om de "innleide" Veilederne i Din Utvikling er arbeidstakere eller oppdragstakere, men har like fullt betydning i helhetsvurderingen.

En innvending mot å tillegge dette momentet nevneverdig vekt i denne saken er at Oppfølging vanskelig tenkes gjennomført på en god måte uten at det samtidig stilles krav til personlig arbeidsplikt. For å kunne innrette og tilpasse Oppfølging til den enkelte deltaker på best mulig måte må Veilederen opparbeide seg et tillitsforhold til deltakeren og bli godt kjent med vedkommende. Dette er vanskelig å oppnå dersom Veilederen kan skiftes ut på ethvert tidspunkt, eller kan la andre møte og gjennomføre Oppfølging i sitt sted. Det samme var imidlertid også tilfellet i Avlaster I og Avlaster II. Høyesterett la i disse dommene like fullt vekt på dette momentet, selv om oppdragets karakter tilsa personlig arbeidsplikt. Momentet må også tillegges noe vekt i denne saken.

²³ Rammeavtalen bilag 1 pkt. 7.

16.3 Er de "innleide" Veilederne underlagt Din Utviklings ledelse og kontroll?

16.3.1 Innledning

Spørsmålet om de "innleide" Veilederne er underlagt Din Utviklings ledelse og kontroll står særlig sentralt når det skal avgjøres hvorvidt disse Veilederne er oppdragstakere eller arbeidstakere. Høyesterett har lagt stor vekt på dette momentet i sine avgjørelser. En person som er underlagt en annens ledelse og kontroll mangler nettopp ofte den selvstendighet og frihet som karakteriserer et oppdragsforhold. Vedkommende vil da være underlagt en annens styringsrett, og derigjennom ha et korresponderende behov for det vern arbeidstakerstatusen gir.

I vurderingen som skal foretas legger Høyesterett i Avlaster I og Avlaster II blant annet vekt på hvordan arbeidshverdagen innrettes.

I det følgende vil vi først vurdere hvor fritt de "innleide" Veilederne står til å legge opp sin egen arbeidshverdag hva angår tid og sted for arbeidet (16.3.2), deres frihet til å bestemme over arbeidets innhold (16.3.3) samt om de har rapporteringsplikt (16.3.4).

16.3.2 Tid og sted for arbeidet

Avtalemodell 3 inneholder ingen betingelser som direkte adresserer hvorvidt Din Utvikling har ledelse og kontroll over de "innleide" Veilederne. Arbeidsstedet er for de fleste imidlertid angitt å være Din Utviklings lokaler. Som det fremgår av punkt 16.4 nedenfor forutsetter Din Utvikling også at Veilederne utfører mesteparten av arbeidet sitt herfra. Gjennom denne forutsetningen er de "innleide" Veilederne underlagt en viss grad av kontroll fra Din Utviklings side, og kan ikke innrette arbeidshverdagen sin helt fritt.

Videre følger det av Avtalemodell 3 at de "innleide" Veilederne skal gi hver deltaker ti timer veiledning per måned. Tidspunkt for veiledningen er imidlertid ikke nærmere regulert i avtalen og det fremgår eksplisitt av avtalen at *"leverandøren/oppdragstakeren selv [bestemmer] tidspunkt for oppfølging av deltakere"* og at *"Leverandøren/oppdragstaker kan velge å tilpasse veiledningen i forhold til andre oppdrag og/eller ferie/fridager"*. Isolert sett kan dette trekke i retning av at Veilederne ikke er underlagt kontroll eller ledelse på dette punktet. Samtidig presiseres det eksplisitt i avtalen at veiledningen må utføres *"innenfor rammene av Din Utviklings kundekontrakt, herunder det konsept som Din Utvikling har utarbeidet for den aktuelle kundekontrakten"*. For arbeid med Oppfølging under Rammeavtalen vil dette innebære at arbeidet må skje innenfor normalarbeidstid, da NAV forutsetter at tiltak og kurs mv. for deres brukere finner sted i alminnelig arbeidstid. Videre fremgår det av Avtalemodell 3 at *"... opphold i oppdraget på mer enn en uke skal godkjennes av avdelingsleder [...] og normalt legges til høytider og ordinære ferieperioder i Norge..."*. Dette gir avtalen et langt mindre preg av frihet enn dersom de "innleide" Veilederne kunne tatt friperioder etter eget forgodtbefinnende.

I Spørreundersøkelsen har hele 33 % av de "innleide" Veilederne svart at de står "Helt fritt" til å bestemme hvor og når karriereveiledningen skal utføres. 53% har svart "Ganske fritt", mens 13 % mener de står "Lite fritt", ref. graf nummer 8 under punkt 12 ovenfor. I kontrollsamtalene understreket imidlertid flere Veiledere at de som alt overveiende hovedregel arbeidet i tidsrommet mellom kl. 0800 og 1700. De "innleide" Veilederne står slik Wiersholm vurderer det i realiteten i liten grad fritt til å bestemme når på dagen veiledningen skal finne sted.

16.3.3 Innholdet av arbeidet

For å oppfylle Rammeavtalen og for å gi vellykket veiledning er det nødvendig med individuelt tilpasset Oppfølging, og Veiledernes arbeidsoppgaver varierer dermed meget. Arbeidets karakter gjør det derfor nødvendig med en stor grad av frihet i utforming av arbeidets innhold. Dette er likevel ikke ensbetydende med at de "innleide" Veilederne dermed må karakteriseres som oppdragstakere.

Svært mange arbeidstakere har i dag arbeidsoppgaver som i langt mindre grad enn for noen tiår tilbake krever løpende oppfølging og kontroll fra arbeidsgivers side. Dess mer av arbeidet som avhenger av ens egen person, og må innrettes ulikt avhengig av personene arbeidet rettes mot – slik som Veiledernes arbeid – dess mer frihet må den som utfører arbeidet ha. Dette var blant annet tilfellet i Scenearbeider, hvor Høyesterett på s. 1230 la vekt på at det er

"... innlysende at arbeidstagere av denne klasse [scenearbeidere] i alminnelighet vil innta en meget fri og selvstendig stilling og ikke sjelden vil være undergitt et minimum av instruksjoner. Undertiden kan dette skyldes at arbeidsgiveren likefrem mangler de nødvendige forutsetninger for å utforme instruksjoner i detalj, men det kan også henge sammen med at arbeidstakelsen i en ganske særlig grad er og må være avhengig av arbeidstagerens personlighet og individuelle innstilling."

Betraktningene treffer de "innleide" Veiledernes arbeidssituasjon godt. Deres arbeidstytelse er i særlig grad avhengig av deres personlige egenskaper, og oppstår i samarbeidet med den enkelte deltaker. Innholdet i arbeidshverdagen vil derfor nødvendigvis variere.

I Spørreundersøkelsen angir 73 % at de står "Ganske fritt", 17 % at de står "Helt fritt" og 10 % svarer at de står "Lite Fritt", ref. graf nummer 7 under punkt 12. Basert på kontrollsamtalene er Wiersholms inntrykk at Veilederne i stor grad selv booker og dermed bestemmer rekkefølge på møter, hvilke deltakere de skal ta inn til Oppfølging på hvilke tidspunkt mv., men at de samtidig i stor utstrekning følger Din Utviklings fastsatte arbeidsmetoder. De "innleide" Veilederne har også fortalt at de må delta på ukentlige avdelingsmøter, at de inngår i interne Veiledningsteam med andre Veiledere og at de i stor grad bruker Din Utviklings materiale i sitt arbeid. Din Utvikling krever i tillegg at de "innleide" Veilederne gjennomgår opplæring på lik linje

med ansatte Veiledere, og "DU-skolen" som er under utvikling vil være obligatorisk både for "innleide" og ansatte. Innenfor disse rammene står imidlertid de "innleide" Veilederne fritt til å tilpasse veiledningen til den enkelte deltaker.

De "innleide" Veilederne har etter Wiersholms mening ikke større frihet til å styre innholdet i arbeidet sitt enn det som er typisk for mange arbeidstakere i dag, jf. også Høyesteretts uttalelser i Avlaster I avsnitt 47.

16.3.4 Rapportering

Et annet viktig moment, som særlig fremheves i Avlaster I, er hvorvidt Veilederne har en form for rapporteringsplikt.

Gjennom Rammeavtalen²⁴ pålegges Din Utvikling en omfattende rapporteringsplikt til NAV Tiltak Rogaland. Din Utvikling skal levere statusrapporter for hver enkelt deltaker; ved oppstart av Oppfølging og deretter hver tredje måned. Selskapet skal innlevere en sluttrapport for alle deltakere som avslutter tiltaket, og Din Utvikling skal i tillegg levere månedlige resultatrapporter og halvårlige evalueringsrapporter. For at Din Utvikling skal være i stand til å oppfylle disse rapporteringspliktene må samtlige Veiledere rapportere til selskapet om sitt arbeid. Dette gjelder ansatte og "innleide" Veiledere på lik linje, noe Wiersholm også har fått bekreftet gjennom kontrollsamtalene. Det er Veilederne selv som utformer mesteparten av rapportene.

I Spørreundersøkelsen svarte hele 93 % av de "innleide" Veilederne at de rapporterer til fagansvarlig, regionleder, avdelingsleder eller flere av disse. Kun 7 % svarte at de *ikke* rapporterte til noen om arbeidet sitt, se graf nummer 5 under punkt 12. På spørsmål om hvem som følger opp arbeidet deres har 10 % av de "innleide" Veilederne svart "Ingen", mens 90 % har svart fagansvarlig, regionleder, avdelingsleder eller flere av disse, jf. graf nummer 6 under punkt 12. Disse svarene illustrerer at de langt fleste "innleide" Veiledere rapporterer om arbeidet de utfører, og opplever at arbeidet deres blir konkret fulgt opp av en leder. I kontrollsamtalene ble det påpekt at samtlige Veiledere arbeider i samme bygg som avdelingsleder slik at de har løpende mulighet for å stille spørsmål, eller på annen måte få veiledning ved behov – noe de også benytter seg av. Flere av de "innleide" Veilederne ga i kontrollsamtalene forøvrig uttrykk for at rapporteringsplikten tok mye tid i arbeidshverdagen deres, og "stjal" tid fra Oppfølging.

Samlet sett tilsier både eksistensen av, og omfanget av, rapporteringsplikten at Din Utvikling utøver en form for kontroll med Veilederne og deres arbeid. Også denne rapporteringsplikten kan tilsi at Din Utvikling har en form for kontroll med Veilederne og deres veiledning.

²⁴ Bilag 1, punkt 10.

16.3.5 Oppsummering

Det er som nevnt viktig å skille mellom arbeidsgivers rett til å utøve ledelse, kontroll og instruksjonsmyndighet, og den faktiske bruken av denne retten. Eksistensen av en slik rett alene trekker sterkt i retning av at en person må karakteriseres som arbeidstaker, jf. Avlaster I, avsnitt 65.

Som ovenstående illustrerer har de "innleide" Veilederne i noen utstrekning mulighet til selv å bestemme tid, sted og innholdet av arbeidet sitt. Dette er likevel en frihet som må utøves innenfor klare rammer. Noen av disse rammene er ikke direkte satt av Din Utvikling, men skyldes deltakernes behov eller ulike forutsetninger fra NAVs side. I Avlaster I ble det at også familien til brukeren utøvet en form for "kontroll" over avlasteren imidlertid ikke ansett å være til hinder for at kommunen ble ansett å inneha ledelse og kontroll over henne. Det samme må være tilfellet i vår sak; det er Din Utvikling selv som har besluttet å inngå Rammeavtalen med tilhørende rammer.

Etter Wiersholms mening er det ikke særlig tvilsomt at Din Utvikling har rettslig adgang til å utøve ledelse og kontroll over de "innleide" Veilederne. Som drøftelsen under dette punkt 16.3 illustrerer benytter også Din Utvikling seg av denne adgangen i forholdsvis utstrakt grad. De "innleide" Veilederne er klart underlagt Din Utviklings ledelse og kontroll, og inngår på mange måter i Din Utviklings organisasjon. Dette taler med styrke for at de er arbeidstakere i arbeidsmiljølovens forstand.

16.4 Stiller Din Utvikling ulike fasiliteter til rådighet for de "innleide" Veilederne?

Det tredje momentet på syvpunktlisten er hvorvidt det stilles lokaler, utstyr og hjelpemidler til rådighet for den som utfører arbeidet, og om noen andre dekker utgifter, jf. eksempelvis Tupperware og Avlaster I. Dersom Din Utvikling stiller fasiliteter til rådighet for "innleide" Veiledere og dekker utgiftene deres, er det nærliggende å anse disse Veilederne for å inngå i Din Utviklings organisasjon slik at det foreligger et arbeidsforhold.

Det følger av Avtalemодell 3 at "innleide" Veiledere i Din Utvikling selv skal bekoste arbeidsutstyr, herunder mobiltelefon og PC. Dette er blitt bekreftet i kontrollsamtalene; det er Veilederne selv som kjøper inn dette utstyret og dekker løpende utgifter i den forbindelse. Dette taler for at Veilederne er korrekt klassifisert som oppdragstakere.

På den annen side plikter Din Utvikling "å stille egnede lokaler til disposisjon" for oppfølgingen Veilederne skal utføre²⁵. Nesten samtlige "innleide" Veiledere har også undertegnet avtaler hvoretter oppdragssted er angitt å være Din Utviklings lokaler i Tjenesteområde 2 eller 3. I Spørreundersøkelsen svarte 97 % av "innleide" Veiledere at de ikke betalte

²⁵ Rammeavtalens bilag 1, pkt. 8.

leie for å benytte disse lokalene, og Wiersholm har i kontrollsamtalene fått bekreftet at ingen Veiledere betaler leie for å benytte disse lokalene.

I prinsippet har "innleide" Veiledere imidlertid anledning til å gjennomføre Oppfølging utenfor Din Utviklings lokaler på Karmøy og i Stavanger. Veilederne kan gjennomføre deler av arbeidet ute i offentligheten (på café eller lignende) samt følge opp deltakere ute på arbeidsplasser. Dette gjelder imidlertid i like stor grad for ansatte Veiledere, og Din Utvikling stiller like fullt lokaler til rådighet.

I tillegg er den reelle muligheten til å gjennomføre Oppfølging utenfor Din Utviklings lokaler svært begrenset. I kontrollsamtalene med Lederne nevnte flere av dem at Veilederne bør utføre arbeidet i samme lokaler for å kunne samarbeide og fungere som et kollegium. Samtlige Veiledere inngår som tidligere nevnt i interne team, som blant annet skal bidra til erfaringsutveksling og intern kompetansebygging. Lederne henviste også til dette forholdet som en begrunnelse for hvorfor samtlige Veiledere som hovedregel forutsettes å utføre Oppfølging i Din Utviklings lokaler.

Etter Wiersholms vurdering trekker også dette momentet i retning av at Veilederne er arbeidstakere, men ikke i veldig stor grad. Dette momentet er uansett ikke avgjørende, og har et sterkere preg av å være støttemoment i helhetsvurderingen enn de to foregående. Det taler likevel for å anse de "innleide" Veilederne som en del av Din Utviklings organisasjon, jf. punkt 15.3.9 ovenfor. Se nærmere om dette under punkt 16.9.

16.5 Bærer Din Utvikling risikoen for de "innleide" Veiledernes arbeidsresultat?

Spørsmålet i det følgende er hvem som bærer risikoen for de "innleide" Veiledernes arbeidsresultat. Herunder er spørsmålet hva resultatet av de "innleide" Veiledernes arbeid skal være.

Høyesterett påpeker i Avlaster I og Avlaster II at risiko-momentet ikke er så egnet i tilfeller hvor arbeidet går ut på å levere en løpende omsorgsyttelse. Veiledernes arbeid har omsorgsaspekter, men skiller seg like fullt vesentlig fra typisk omsorgsarbeid: Veilederne skal sørge for at deltakeren oppnår, eller beholder, ordinært lønnet arbeid gjennom kartlegging, veiledning/jobbsøking mv. Samtidig skiller arbeidet seg også fra mer tradisjonelle oppdragstakere, som typisk skal levere et ferdig fysisk produkt. Det er vanskelig å måle resultatene av Veiledernes arbeid.

I bilag 1 til Rammeavtalen er det likefullt fastsatt konkrete måltall for Oppfølging, jf. punkt 9 ovenfor. Resultatforventningen som uttrykkes i bilag 1 til Rammeavtalen er imidlertid ikke skriftlig videreført til de "innleide" Veilederne, Avtalemødel 3 inneholder intet om noen slik resultatforventning og Wiersholm har heller ikke inntrykk av at resultatforventningen er overført til de "innleide" Veilederne på noen annen måte. Både NAV Tiltak Rogaland og Veilederne gir uttrykk for at nevnte resultatforventning er stilet til Din Utvikling alene. Dette taler for at Veilederne kun har en

innsatsforpliktelse: de skal løpende stille sin arbeidskraft til disposisjon for Din Utvikling og følge opp et nærmere fastsatt antall deltakere. Relasjonen mellom Din Utvikling og de "innleide" Veilederne får dermed et preg av underordningsforhold, noe som etter rettspraksis tilsier at man står overfor et klassisk arbeidstakerforhold.

Verken resultatene fra Spørreundersøkelsen eller innholdet i kontrollsamtalene tyder heller på at de "innleide" Veilederne har noen klar oppfatning av om de selv bærer risikoen for arbeidsresultatet, se graf 9 og 10 under punkt 12 ovenfor.

På spørsmål om hvem en misfornøyd bruker skal henvende seg til, svarer kun 10 % at brukeren skal henvende seg til Veilederen, mens 30 % svarer at brukeren skal henvende seg til Din Utvikling. 37 % svarer at dette er opp til brukeren selv, og hele 23 % vet ikke.

På spørsmål om hva slags betydning det får for dem om en deltaker ikke har mottatt den veiledningen vedkommende har krav på er det hele 43 % som svarer "Vet ikke". Samtidig er det likevel 30 % som oppgir at de risikerer ikke å få betalt dersom en deltaker ikke har mottatt den veiledningen vedkommende har krav på. Wiersholm har imidlertid ikke fått inntrykk av at de "innleide" Veilederne risikerer å bli trukket i lønn eller lignende, så lenge de samvittighetsfullt gjennomfører omkring det timeantallet som er fastsatt per deltaker, og forsøker så godt de kan å få vedkommende ut i arbeid. I tillegg ble det understreket i samtlige kontrollsamtaler at det i praksis ikke var noe skille mellom "innleide" og ansatte Veiledere, *"de behandles på godt og vondt likt"* ifølge en av Lederne.

Samlet sett mener Wiersholm det meste taler for at Din Utvikling bærer risikoen for de "innleide" Veiledernes arbeidsresultat, på samme måte som for arbeidsresultatet til ansatte Veiledere. Det er Din Utvikling som står ansvarlig for at Rammeavtalen oppfylles. Dette taler for at de "innleide" Veilederne er arbeidstakere i arbeidsmiljølovens forstand.

16.6 Får de "innleide" Veilederne en form for lønn?

I tråd med syvpunkts-listen har Høyesterett også vektlagt om den aktuelle personen mottar en eller annen form for lønn.

Det fremgår av Avtalemodell 3 at de "innleide" Veilederne skal motta månedlig betaling etter at Din Utvikling har godkjent fakturaen utstedt fra Veilederens aksjeselskap eller enkeltmannsforetak. Spørreundersøkelsen og kontrollsamtalene bekrefter at betalingen til "innleide" Veiledere foretas på denne måten. Dersom Veilederne ikke utsteder faktura har de heller intet krav på betaling, og de utstedte fakturaene varierer noe fra måned til måned. Dette momentet trekker i retning av å anse Veilederne for å være oppdragstakere. Momentet er imidlertid ikke tillagt særskilt vekt i rettspraksis, og får heller ikke avgjørende betydning i vår helhetsvurdering.

16.7 Er tilknytningsforholdet mellom de "innleide" Veilederne og Din Utvikling av stabil karakter?

Et annet moment Høyesterett har vektlagt i grensedragningen arbeidstaker – oppdragstaker er om tilknytningsforholdet mellom partene er av noenlunde stabil karakter. Dette blir imidlertid ikke alltid vektlagt, og ble ikke engang behandlet i Avlaster II.

Avtalemodell 3 fastsetter en begrenset oppdragsperiode på 6-12 måneder. Isolert sett trekker dette klart i retning av at "innleide" Veiledere ikke har noe stabilt tilknytningsforhold til Din Utvikling, og følgelig er oppdragstakere. Samtidig har Wiersholms undersøkelser avdekket at avtalen som tidligere var i bruk for "innleide" Veiledere, Avtalemodell 1, ikke hadde noen spesifisert oppdragsperiode. En slik manglende tidsbegrensning av oppdraget gir relasjonen mellom "innleide" Veiledere og Din Utvikling en karakter av stabilitet.

Det avgjørende blir her som ellers de reelle forholdene i saken. Avtalemodell 3 er som nevnt tidsbegrenset, men i kontrollsamtalene oppfattet ikke Wiersholm det slik at de "innleide" Veilederne forholdt seg til noen utløpsdato for oppdragsforholdet.

Videre fremgår det av dokumentasjonen i saken at 13 av de 24 "innleide" Veilederne har arbeidet med Oppfølging under Rammeavtalen helt fra den trådte i kraft for over 16 måneder siden. Dette trekker i retning av et stabilt tilknytningsforhold, jf. Avlaster I hvor avlasteren hadde arbeidet sammenhengende for en familie i halvannet år. Flesteparten av de "innleide" Veilederne utfører arbeid som tilsvarer full stilling, og det er ikke snakk om noe kortvarig prosjekt, men arbeid under en avtale som kan vare frem til sommeren 2020. Etter Wiersholms mening taler det meste for at de "innleide" Veilederne har hatt et stabilt tilknytningsforhold til Din Utvikling.

16.8 Utfører de "innleide" Veilederne arbeid kun for Din Utvikling?

Det siste momentet er om det i hovedsak blir arbeidet for én oppdragsgiver.

Avtalemodell 1 inneholdt som tidligere nevnt et eksplisitt forbud mot å arbeide for andre uten skriftlig godkjenning fra daglig leder i Din Utvikling. Et slikt forbud tilsier normalt at det foreligger et arbeidsforhold. Avtalemodell 3, som regulerer tilknytningsforholdet mellom "innleide" Veiledere og Din Utvikling i dag, inneholder imidlertid en eksplisitt forutsetning om at Veilederne *"utfører oppdrag for andre oppdragsgivere i tillegg til Din Utvikling og vil fortsetter å ta oppdrag for andre"*.

Dersom en person utfører arbeid for en rekke ulike aktører vil det normalt foreligge et oppdragsforhold. De fleste "innleide" Veilederne (70 %, ref. Spørreundersøkelsen) oppgir også at de utfører arbeid for andre enn Din Utvikling. Omfanget av slikt annet arbeid varierer imidlertid kraftig, og ligger i de fleste tilfeller kun i størrelsesorden 1-10 timer per måned, se punkt 12 ovenfor. Mesteparten av arbeidet til de fleste "innleide" Veiledere

utføres for Din Utvikling. [REDACTED]

Det er ikke særlig vanlig at oppdragstakere *pålegges* å utføre oppdrag for andre, og en kan spørre om utførelse av annet arbeid utelukkende utføres på initiativ fra de "innleide" Veilederne selv, eller har oppstått som en følge av Din Utvikling påbud om dette. Det er likevel et såpass stort antall "innleide" Veiledere som utfører arbeid for andre, at det isolert sett etter Wiersholms mening kan tyde på at de er å regne som oppdragstakere. Hvertfall én av de "innleide" Veilederne har sågar størsteparten av sin inntekt fra oppdrag utenfor Din Utvikling.

16.9 Sammenfatning og konklusjon

Hvorvidt de "innleide" Veilederne er oppdragstakere eller arbeidstakere beror på en helhetlig vurdering av momentene i drøftelsene ovenfor. Formålsbetraktninger veier tungt i denne sammenheng: befinner de "innleide" Veilederne i en slik situasjon at de bør beskyttes av den arbeidsrettslige vernelovgivningen?

På svært mange samfunnsområder har utviklingen de siste tiårene i Norge gått i en liberal retning. Slik har det imidlertid ikke vært på arbeidsrettens område. De grunnleggende normene knyttet til arbeidstakerbegrepet, kravet om fast ansettelse og stillingsvernet har ligget fast i mange tiår. Høyesterett har i sin praksis understreket dette gjennom å fastholde en streng linje i alle spørsmål knyttet til det man kan kalle det klassiske arbeidstakervernet. Når det gjelder arbeidstakerbegrepet spesielt har Høyesterett en omfattende og lang praksis.

I de to siste dommene på feltet, Avlaster I og II, følger Høyesterett den strenge linjen som ble trukket opp i Sceneinstruktør-dommen som ble avsagt over 30 år tidligere. Det skal etter praksis mye til for å konstatere et oppdragstakerforhold i en situasjon hvor den som kjøper arbeidet driver en forretning hvor den personen som leverer arbeidet inngår som et tjenende ledd, slik situasjonen både var og er for Veilederne i Din Utvikling Rogaland. I slike forhold er behovet for vern sentralt. Det er ifølge Høyesterett "*... et uttalt formål at arbeidstakerbegrepet skal fortolkes slik at de som trenger lovens vern, skal få det*", jf. Avlaster I, avsnitt 49.

Som det fremgår av drøftelsene ovenfor er det i denne saken flere faktiske forhold som kan tale for at de "innleide" Veilederne er oppdragstakere. De fakturerer Din Utvikling for utført arbeid gjennom enkeltmannsforetak eller aksjeselskap, de har noe frihet til å fastsette tid og sted for Oppfølging og står forholdsvis fritt til å bestemme arbeidets innhold. Videre må de selv

besørge utstyr som PC og mobiltelefon, og viktigst: mange av dem utfører arbeid, til dels i utstrakt grad, for andre enn Din Utvikling.

Etter en helhetlig vurdering er Wiersholm likevel kommet til at de "innleide" Veilederne i Din Utvikling er arbeidstakere i arbeidsmiljølovens forstand. Veilederne har personlig arbeidsplikt, de bærer ikke selv risikoen for arbeidsresultatet og tilknytningsforholdet til Din Utvikling har en stabil karakter – de "innleide" Veilederne utfører et kontinuerlig arbeid for selskapet som er planlagt utført over en lengre periode. De "innleide" Veilederne er også underlagt Din Utviklings ledelse og kontroll. Dette gir seg utslag på flere ulike vis. De "innleide" Veilederne må jevnlig rapportere om arbeidet sitt, i kontrollsamtaler med Lederne ble det uttrykt at Din Utvikling har "styringsrett" over de av Veilederne som har etablert et enkeltmannsforetak og forholdet bærer preg av å være et underordningsforhold, om enn i mindre grad enn for ansatte Veiledere. Graden av ledelse og kontroll fremstår imidlertid ikke som vesensforskjellig fra måten Din Utvikling utøver ledelse og kontroll på overfor ansatte Veiledere.

Samlet sett er det mest treffende å se det slik at de "innleide" Veilederne inngår som et tjenende ledd i Din Utviklings organisasjon og forretning. Det er Din Utviklings organisasjon som, ved hjelp av Veiledernes arbeid, sørger for å oppfylle leveransen Din Utvikling har påtatt seg overfor NAV Tiltak Rogaland gjennom Rammeavtalen. Organisasjonssynspunktet trekker derfor også i retning av å anse de "innleide" Veilederne som arbeidstakere, ref. punkt 15.3.9. Sceneinstruktør-dommen er sentral i den sammenheng. Førstvoterende uttalte på s. 1232 i dommen følgende:

"Instruktørkontraktene må etter det foreliggende ansees å knytte seg til instruktørens person, ikke til iscenesettelsen som et arbeidsresultat. Etter det som er dokumentert under saken synes ankemotpartene å ha dekning for sine uttrykk når de beskriver forholdet derhen at instruktørene «innordnes i teatrets tjeneste for det tidsrom kontrakten gjelder». At instruktørene ifølge kontrakt og sedvane inntar en meget sterk stilling i forhold til skuespillerne og andre medvirkende - at de for så vidt under sin virksomhet på teatret kan sies å opptre på ledelsens vegne - viser bl.a. hvor nøye de er knyttet til teatrets virksomhet."

Instruktørene på teatret hadde stor frihet – tilsynelatende større enn de "innleide" Veilederne – og de kunne ikke instrueres faglig, i motsetning til de "innleide" Veilederne som rapporterer til og mottar innspill fra avdelingsleder mv. Instruktørene inngikk likevel i teatrets organisasjon, og skulle sammen med andre bidra til å levere et produkt på teatrets vegne: en forestilling.

Etter Rammeavtalen som Din Utvikling har inngått med NAV Tiltak Rogaland er selskapet forpliktet til å levere arbeidsmarkedstiltaket Oppfølging. For å kunne oppfylle sine forpliktelser etter Rammeavtalen må Din Utvikling engasjere Veiledere. Selskapet har behov for løpende og stabil arbeidskraft,

bestående av enkeltpersoner som utfører arbeidet over en lengre tidsperiode. Disse Veilederne – både de ansatte og de "innleide" – sørger for at Din Utvikling kan levere tjenesten NAV Tiltak Rogaland skal motta. Det er like fullt Din Utvikling som helhetlig organisasjon som bærer risikoen for leveransen og som står bak denne, ikke den enkelte "innleide" Veileder hver for seg. Det er altså ikke den enkelte Veileders innsats som frembringer forretningen, men summen av samtlige Veilederes arbeid under Din Utviklings ledelse og kontroll som til sammen resulterer i leveranse av Oppfølging til NAV Tiltak Rogaland i tråd med Rammeavtalen.

På samme måte som instruktørene i Sceneinstruktør-dommen inngår de "innleide" Veilederne dermed i Din Utviklings organisasjon. Dette gjelder ikke bare de "innleide" Veilederne som i praksis nesten utelukkende kun arbeider for Din Utvikling, men også de "innleide" Veilederne som mottar størstedelen av sin inntekt fra andre enn Din Utvikling. De "innleide" Veilederne er underlagt Din Utvikling og styres i stor grad av virksomhetens ønsker og behov. De utfører arbeidet sitt i Din Utviklings lokaler uten å betale leie, og benytter seg av Din Utviklings metode for veiledning samt relevant materiell fra selskapet. Alt dette gir relasjonen mellom Din Utvikling og de "innleide" Veilederne karakter av et alminnelig arbeidsforhold. De "innleide" Veilederne har behov for det vern arbeidslovgivningen gir. De "innleide" Veilederne er etter Wiersholms vurdering dermed arbeidstakere i arbeidsmiljøloven, ferieloven, folketrygdloven og forskrift om arbeidsgiver- og arbeidstakerregister sin forstand.

Samlet sett mener Wiersholm det ikke er tvilsomt at de "innleide" Veilederne er arbeidstakere og at Din Utvikling er deres arbeidsgiver.

17. HAR VEILEDERNE TIDLIGERE VÆRT OPPDRAGSTAKERE ELLER ARBEIDSTAKERE?

Svaret på dette spørsmålet er klart: Veilederne har også tidligere vært å anse som arbeidstakere i Din Utvikling.

Fra Din Utvikling startet Oppfølging sommeren 2016 og frem til sommeren 2017 inngikk de fleste Veilederne oppdragsavtaler med selskapet etter Avtalemmodell 1. Denne inneholder flere avtalebetingelser som tyder på et ordinært arbeidsforhold; Veilederne forbys blant annet å påta seg andre oppdrag uten skriftlig godkjenning fra daglig leder. Som angitt under punkt 11.2 er det etter Wiersholms oppfatning mest nærliggende å se Avtalemmodell 1 som en avtale om et regulært ansettelsesforhold.

Veiledernes situasjon frem til de nye oppdragsavtalene etter Avtalemmodell 3 ble inngått sommeren 2017, og etter sommeren 2017, har i praksis vært svært lik. Både Spørreundersøkelsen og kontrollsamtalene har bekreftet dette. Når Wiersholm da mener det ikke er tvilsomt at de "innleide" Veilederne i dag er arbeidstakere, er det i enda mindre grad tvilsomt at

samtligte Veiledere var arbeidstakere fra de først begynte å arbeide for Din Utvikling i 2016 og frem til de nye avtalene ble inngått sommeren 2017.

18. KAN NAV TILTAK ROGALAND KREVE AT VEILEDERNE HAR LØNNS- OG ARBEIDSVILKÅR I HENHOLD TIL GJELDENDE LANDSOMFATTENDE TARIFFAVTALE FOR DEN AKTUELLE BRANSJE?

Din Utviklings plikter etter Rammeavtalen fremgår av avtalens punkt 4.1. Ansatte hos Din Utvikling og eventuelle underleverandører som "*direkte medvirker til å oppfylle*" Rammeavtalen skal ha lønns- og arbeidsvilkår som enten er i samsvar med gjeldende forskrifter om allmenngjorte tariffavtaler, eller i henhold til "*gjeldende landsomfattende tariffavtale for den aktuelle bransje*", jf. punkt 4.1.4 i Rammeavtalen. Hjemmelen for pålegget er Forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter av 8. februar 2008 nr. 112 § 5, jf. Lov om offentlige anskaffelser av 17. juni 2016 nr. 73 § 6.

Formålet med forskriften er å sørge for ordnede lønns- og arbeidsvilkår i bedrifter som utfører tjenester for det offentlige, og å forhindre sosial dumping. Rammeavtalens punkt 4.1.4 skal oppfylle disse formålene. Det er på det rene at Veilederne ikke arbeider på et område som er dekket av noen allmenngjort tariffavtale. Forutsetning for at NAV Tiltak Rogaland skal kunne gjøre bestemmelsen i Rammeavtalen punkt 4.1.4 gjeldende er dermed at det foreligger en "*gjeldende landsomfattende tariffavtale for den aktuelle bransje*". Problemstillingen i det følgende er dermed først hva slags bransje Din Utvikling og Veilederne tilhører, og deretter om det eksisterer noen gjeldende landsomfattende tariffavtale for veiledningsarbeid knyttet til Oppfølging.

Din Utvikling driver som nevnt under punkt 4.2 med ulike typer virksomhet. I Brønnøysundregisteret er de registrert med næringskoden "*70.220 Bedriftsrådgivning og annen administrativ rådgivning*". Dette på bakgrunn av Din Utviklings arbeid med lederutvikling, bistand til virksomheter i forbindelse med rekruttering og teamutvikling mv. Samtidig er Oppfølging rettet mot personer med en svak eller manglende tilknytning til arbeidslivet, hvor Din Utvikling driver veiledning, undervisning og arbeidstrening mv. Dette er ikke tjenesteyting til privat virksomhet. Flere andre aktører i markedet som utfører lignende arbeid er registrert under andre næringskoder i Brønnøysundregisteret; herunder "*88.993 Arbeidstrening for ordinært arbeidsmarked*", "*85.609 Andre tjenester tilknyttet undervisning*" og "*85.599 Annen undervisning ikke nevnt annet sted*". Det er altså ikke gitt hvilken bransje Din Utvikling tilhører med tanke på formell klassifisering. Det er imidlertid på det rene at Veilederne i Din Utvikling arbeider med arbeidsmarkedstiltaket Oppfølging.

Spørsmålet i det følgende er om det eksisterer noen landsomfattende tariffavtale som omfatter veiledere som driver Oppfølging.

Historisk har veiledere som har arbeidet med arbeidsmarkedstiltak, herunder Oppfølging, vært ansatt i AMB og dermed vært underlagt *"Overenskomst mellom Næringslivets Hovedorganisasjon med tilsluttede landsforening på den ene side og Landsorganisasjonen i Norge, Forbund for Ledelse og Teknikk og dets medlemmer som faller inn under overenskomstens omfangsbestemmelser på den annen side"* ("Overenskomsten"). Overenskomsten omfatter fortsatt dem som er fagorganisert og arbeider med Oppfølging i AMB. Forbundet for Ledelse og Teknikk ("FLT") har fremholdt at denne tariffavtalen også må anses "gjeldende" for Veilederne i Din Utvikling. Din Utvikling har på sin side fremholdt at deres Veiledere har en mer variert bakgrunn enn dem som tradisjonelt har vært ansatt i AMB og at nevnte tariffavtale av denne og flere grunner ikke er egnet.

Wiersholm har ikke detaljert kunnskap om bakgrunnen til veiledere ansatt i Din Utvikling og AMB. Formålet med veiledningsarbeidet som utføres både i AMB og i Din Utvikling er imidlertid det samme: å få personer med svak eller ingen tilknytning til arbeidslivet inn i, eller tilbake til, ordinært lønnet arbeid. Wiersholm innehar heller ikke detaljkunnskap om arbeidet veilederne i henholdsvis Din Utvikling og AMB utfører, men arbeidet fremstår i hvertfall i noen grad sammenlignbart og har det samme formålet. Det er på denne bakgrunn hvertfall en mulighet for at Overenskomsten kan benyttes som tariffavtale mellom Din Utvikling og Veilederne. Vi kan likevel ikke konkludere med at Overenskomsten er *"gjeldende tariffavtale i bransjen"*.

Din Utvikling har vært medlem av Virke i flere år. Wiersholm har mottatt informasjon fra Din Utvikling om at selskapet i samarbeid med sine ansatte den siste tiden har startet opp et arbeid for å etablere en tariffavtale for bransjen, idet Din Utvikling selv har vurdert det dit hen at det ikke eksisterer noen relevant tariffavtale for selskapet i dag. De ansatte i Din Utvikling har i samråd med Handel og Kontor ("HK") tatt initiativ til å forsøke å få etablert en tariffavtale mellom HK og Virke på dette området, et initiativ Din Utvikling stiller seg positiv til.

Wiersholm har vært i kontakt med HK, som har opplyst om at forbundet har søkt LO-sekretariatet om å få opprette tariffavtale, "Kontoroverenskomsten" mellom HK og Virke, i Din Utvikling. Wiersholm har fått opplyst at Fagforbundet og NTL overfor LO-sekretariatet har reist innsigelser mot at HK får opprette tariffavtale i Din Utvikling. Wiersholm har også vært i kontakt med FLT som har organisasjons- og avtaleretten for AMB, og som har orientert om at også FLT kommer til å reise innsigelser mot at HK får opprette tariffavtale i Din Utvikling. Saken skal opp til ny vurdering i LO-sekretariatet senere i høst. HK har på sin side fremholdt at Kontoroverenskomsten er tariffavtalen som passer best for de ansatte i Din Utvikling.

Som ovennevnte illustrerer er det flere landsomfattende tariffavtaler som kan regulere det arbeidet Veilederne utfører, men det er ikke grunnlag for

å si at det foreligger én bestemt landsomfattende tariffavtale som er "gjeldende for den aktuelle bransje" i denne saken. Når en ikke kan konkludere med at det eksisterer noen gjeldende landsomfattende tariffavtale for bransjen er det heller ikke mulig å fastslå at NAV Tiltak Rogaland kan kreve at Veilederne har lønns- og arbeidsvilkår i henhold til en bestemt tariffavtale for den aktuelle bransje. NAV Tiltak Rogaland må gå i dialog med Din Utvikling om hvordan dette forholdet bør følges opp, jf. punkt 20 nedenfor.

DEL V: KONKLUSJON OG ANBEFALINGER

19. KONKLUSJONER

- 1) Veilederne i Din Utvikling Rogaland er arbeidstakere i arbeidslovgivningens forstand.
- 2) Veilederne i Din Utvikling Rogaland har vært arbeidstakere i arbeidslovgivningens forstand siden arbeidet med Oppfølging startet sommeren 2016.
- 3) NAV Tiltak Rogaland kan kreve at Din Utvikling sørger for at Veilederne formelt og reelt får status som arbeidstakere.
- 4) Det er flere landsomfattende tariffavtaler som kan regulere det arbeidet Veilederne utfører, men det er ikke grunnlag for å si at det foreligger en bestemt slik tariffavtale. NAV Tiltak Rogaland kan derfor ikke kreve at Veilederne har lønns- og arbeidsvilkår i henhold til en bestemt tariffavtale for den aktuelle bransje.

20. ANBEFALINGER

Veilederne i Din Utvikling både er og har vært arbeidstakere, og har dermed alle tilhørende rettigheter og plikter etter norsk lovverk, jf. punkt 16 og 17. At de "innleide" Veilederne ikke har hatt status som arbeidstakere overfor Din Utvikling, verken formelt eller reelt, representerer et brudd med norsk lov og derigjennom også Rammeavtalen.

Avtaler hviler på en klar, men uuttalt, forutsetning om at de er i tråd med gjeldende lov og rett. Dette gjelder i særlig grad avtaler med det offentlige. Det har formodningen mot seg at NAV Tiltak Rogaland skulle inngå en avtale som hviler på ulovlige arbeidsforhold. Den feilaktige klassifiseringen av "innleide" Veiledere som oppdragstakere representerer derfor et brudd på Rammeavtalen og det foreligger dermed en mangel i avtalens forstand, jf. dens punkt 6.1.3.

Wiersholm anbefaler derfor at NAV Tiltak Rogaland krever avhjelp ved retting, og derigjennom sørger for at de som er "innleide" Veiledere i dag både formelt og reelt får status som arbeidstakere i Din Utvikling, jf. Rammeavtalens punkt 6.1.4. Wiersholm anbefaler også at NAV gjør tilsvarende analyser av tilknytningsforholdet mellom Din Utvikling og deres Veiledere i Norge for øvrig.

Wiersholm anbefaler videre at NAV Tiltak Rogaland går i dialog med Din Utvikling vedrørende tariffinitiativet som Din Utvikling og deres ansatte nå har tatt.

I tiden fremover bør NAV Tiltak Rogaland undersøke det arbeidsrettslige tilknytningsforholdet til veiledere i andre virksomheter som leverer Oppfølging til etaten i Rogaland, for å sikre like konkurransevilkår for aktørene på dette markedet. NAV bør gjøre tilsvarende analyser på

landsbasis. NAV bør også overveie hvorvidt etaten skal innta en forutsetning i Rammeavtaler vedrørende leveranse av Oppfølging om at leverandøren kun skal benytte arbeidstakere i arbeidet, all den tid Rammeavtalen etterlater lite reelt rom for å kunne benytte oppdragstakere.

Wiersholms klare anbefaling avslutningsvis er at NAV bør være særlig oppmerksomme på problematikken denne Rapporten omhandler når etaten inngår og følger opp avtaler om levering av konkurranseutsatte arbeids- og velferdstjenester.