

Skillet mellom arbeidstaker og oppdragstaker (konsulent)

1. Innledning

Mange bedrifter/klubber ønsker å inngå oppdragsavtaler /konsulentavtaler) fremfor å ansette personer. Årsaken til dette skyldes blant annet at ansatte er sterkt vernet av arbeidsmiljølovens bestemmelser, herunder har et sterkt oppsigelsesvern. I tillegg er det knyttet flere kostnader med å ansette personer som for eksempel arbeidsgiveravgift, yrkesskadeforsikring, OTP mv. Det er derfor ofte "fristende" å inngå såkalte oppdragsavtaler til tross for at arbeidsforholdet i realiteten er et ordinært ansettelsesforhold. Nedenfor vil vi foreta en nærmere vurdering av når man legitimt kan inngå oppdragsavtaler og når man er pliktig til å inngå en arbeidsavtale.

2. Arbeidstakere vs. Oppdragstakere

2.1 Innledning

I arbeidsmiljøloven (aml.) § 1-8 defineres «arbeidstaker» på følgende måte: «*med arbeidstaker menes enhver som utfører arbeid i annens tjeneste*». Dette omfatter både faste ansatte og midlertidige ansatte. Utenfor arbeidstakerbegrepet faller oppdragstakere. Definisjonen av arbeidstakerbegrepet i loven er ufravikelig. Det hjelper ikke at partene er enige om at de inngår en oppdragsavtale og bruker begrepet «oppdragstaker» i avtalen. Norske domstoler vil alltid vurdere det reelle forholdet og likevel kunne anse en person som en arbeidstaker selv om partene har inngått en oppdragsavtale.

2.2 Avgrensningen mellom arbeidstaker og oppdragstaker

En arbeidstaker er normalt en person som forplikter seg til å påta seg arbeidsoppgaver for arbeidsgiveren mot vederlag, og å underlegge seg arbeidsgivers styringsrett. Karakteristisk for forholdet er arbeidstakerens avhengige stilling til arbeidsgiveren. Arbeidstaker stiller f eks kun sin arbeidskraft til disposisjon, uten å være ansvarlig for resultatet.

Karakteristisk for oppdragstakere er at de ikke er ansatt hos en arbeidsgiver, men kun utfører enkelte oppdrag for oppdragsgiveren. Oppdraget utføres for oppdragstakers egen regning og risiko, og honoraret utbetales når oppdraget er sluttført.

I de fleste tilfeller er det åpenbart om vedkommende er å anse som en arbeids- eller oppdragstaker, men noen ganger kan dette være uklart.

Følgende momenter taler for at personen er oppdragstaker:

- benytter eget kontor
- har flere oppdrags-/arbeidsgivere
- er ansvarlig for arbeidsresultatet
- holder egne driftsmidler (materialer, redskaper, lokaler)
- kan benytte medhjelpere for egen regning
- styrer egen ferie- og fritid

Listen ovenfor er ikke uttømmende. Det må i hvert enkelt tilfelle alltid foretas en helhetsvurdering. Ett enkelt moment er uansett ikke tilstrekkelig til å konstatere at et oppdragsforhold foreligger.

Følgende momentene taler for at personen er arbeidstaker:

- plikter å stille sin arbeidskraft til disposisjon for arbeidsgiveren
- plikter å utføre arbeidet personlig og kan ikke benytte medhjelpere for egen regning
- plikter å underordne seg arbeidsgiverens instruksjonsmyndighet, ledelse og kontroll av arbeidet
- får stilt til rådighet hjelpemidler som er nødvendig for utførelsen av arbeidet
- bærer ikke risikoen for arbeidsresultatet
- mottar vederlag i en eller annen form for lønn
- arbeidsgivers vurdering av forholdet, f.eks. om det er foretatt skattetrekk, utbetalt feriepenger etc.
- tilknytningsforholdet har en noenlunde stabil karakter og er som regel oppsigelig med bestemte frister

Heller ikke denne listen er uttømmende, og det må alltid foretas en konkret helhetsvurdering, jf. ovenfor.

2.3 Betydningen av å være arbeidsgiver for en arbeidstaker - arbeidsrettslig

En arbeidstaker har krav på en ansettelseskontrakt som oppfyller vilkårene i arbeidsmiljøloven. Arbeidstakeren er dessuten omfattet av stillingsvernet, dvs. oppsigelse krever saklig grunn. Arbeidstakeren har videre krav på ferie og feriepenger og er omfattet av trygdelovgivningen.

Arbeidsmiljøloven inneholder også en rekke andre plikter som påhviler en arbeidsgiver. En arbeidsgiver er også ansvarlig for å tegne obligatorisk pensjonsforsikring for arbeidstakere i 20 % stilling eller mer. Dette gjelder ikke for oppdragstakere som selv må sørge for egen pensjonssparing. I tillegg må en arbeidsgiver betale yrkesskadeforsikring for sine arbeidstakere.

2.4 Betydningen av å være oppdragsgiver for en oppdragstaker - arbeidsrettslig

Oppdragstakeren har ikke noe stillingsvern etter arbeidsmiljøloven, og har ikke krav på ferie og feriepenger og er ikke omfattet av pensjons- eller yrkesskadeforsikring. Oppdraget er normalt tidsbegrenset og avsluttes i henhold til avtale mellom partene.

2.5 Betydningen av å være arbeidsgiver for en arbeidstaker – skatte- og avgiftsmessig

Det er arbeidsgiver som må trekke vedkommende arbeidstaker i skatt før lønnsutbetaling og arbeidsgiver må betale arbeidsgiveravgift.

2.6 Betydningen av å være oppdragsgiver for en oppdragstaker – skatte- og avgiftsmessig

Skatte- og avgiftsmessig må det her skilles mellom to typer oppdragstakere; hhv. lønnsinntakere og de som driver næringsvirksomhet. Det er oppdragsgiveren som har ansvar for å bringe på det rene om den som engasjeres utfører arbeidet som ledd i næringsvirksomhet. Oppdragstakerens opplysninger kan ikke alltid legges ukritisk til grunn.

Innenfor skatteretten defineres næringsvirksomhet vanligvis som "En vedvarende virksomhet som er egnet til å gi nettoinntekt og som drives for skattyters egen regning og risiko."

Karakteristiske kjennetegn ved en næringsdrivende er:

- Næringsvirksomheten skjer for egen risiko og regning, dvs. at den næringsdrivende selv dekker utgiftene i forbindelse med arbeidet (utgifter til materialer, driftsmidler mv.) og har ansvaret for resultatet av oppdraget, for eksempel kan oppdragsgiveren reklamere over resultatet. Dette er normalt det avgjørende vilkåret for om det dreier seg om næringsvirksomhet.
- Varighet og omfang, dvs. enkeltstående mer tilfeldige oppdrag er ikke næringsvirksomhet.
- Økonomisk overskudd, dvs. virksomheten må være egnet til å gi økonomisk overskudd.
- Aktivitet, dvs. virksomheten må innebære aktivitet.

En "næringsdrivende" vil normalt ha opprettet et enkeltpersonforetak, aksjeselskap eller annen selskapsform. Hvis det er tvil om vedkommende er næringsdrivende, bør likningskontoret i oppdragstakerens kommune kontaktes før lønn/vederlag utbetales. Vi understreker at en oppdragsgiver heller ikke her kan omgå reglene ved å kalle oppdragstakeren for næringsdrivende. Skattemyndighetene vil alltid vurdere de reelle forholdene og kan skjære igjennom og anse at vedkommende ikke er næringsdrivende.

Dersom oppdragstakeren ikke er næringsdrivende, vil ikke oppdragsgiver motta noen faktura fra oppdragstakeren. I slike tilfeller er oppdragstakeren en vanlig lønsmottaker. Oppdragsgiver er da ansvarlig for skattetrekk og må betale arbeidsgiveravgift av lønnen. Det

beregnes imidlertid ikke merverdiavgift i slike tilfeller, fordi det da ikke anses som tjenesteytelser.

Dersom oppdragstakeren er næringsdrivende, vil det bli utstedt faktura til oppdragsgiver. Oppdragstakerne er i slike tilfeller selv ansvarlig for å betale skatt, slik at oppdragsgiver ikke trenger å trekke skatt før utbetaling. Oppdragsgiver betaler heller ikke arbeidsgiveravgift. Når det gjelder merverdiavgift, påhviler det normalt slik avgift på oppdragstakerens tjenester. Et unntak gjelder dersom tjenestene ikke overstiger kr 50 000 i en 12 måneders periode. Enkelte tjenester er også unntatt fra avgift, blant annet undervisningstjenester.

2.7 Betydningen av at en oppdragstaker reelt sett er å anse som en arbeidstaker.

Arbeidsgiveravgift:

En oppdragsgiver kan bli holdt økonomisk ansvarlig for manglende arbeidsgiveravgift dersom en betaling er blitt behandlet som vederlag til næringsdrivende, og den skulle vært behandlet som lønn. Skattemyndighetene kan i slike tilfeller gå 10 år tilbake i tid hva gjelder slik etterberegning.

Yrkesskadeforsikring:

Det er underordnet om arbeidsgiver og arbeidstaker begge er enige om at vedkommende er oppdragstaker. Dersom saken kommer for retten, vil retten alltid foreta en konkret vurdering av de reelle forholdene. I en kjennelse fra Høyesterett ble feks en selvstendig næringsdrivende ansett for å være arbeidstaker. Arbeidsgiver skulle ha betalt yrkesskadeforsikring. Yrkesskadeforsikringsforeningen ble dømt til å utbetale yrkesskadeforsikringen til vedkommende, men arbeidsgiveren risikerer regress fra foreningen på hele beløpet. I tillegg kan arbeidsgiver bli straffet for å ha unnlatt å forsikre en ansatt.

Feriepenger:

Dersom en virksomhet forsettlig eller uaktsomt unnlater å gi ferie og betale feriepenge til en person som reelt sett er en arbeidstaker, følger det av ferieloven § 14 at virksomheten må betale erstatning. Erstatningen skal omfatte det økonomiske tap og en rimelig erstatning for velferdstap. Ansvarer kan lempes dersom det på grunn av skadens omfang eller andre omstendigheter er rimelig at arbeidstaker helt eller delvis bærer skaden selv.

Forskuddstrekk:

Det er arbeidsgiver som skal foreta forskuddstrekk i lønn til ansatte, og skattetrekket skal settes inn på en egen skattetrekkkonto. Unnlater ledelsen å sørge for dette, kan man både bli straffet og bli erstatningsansvarlig. Til orientering unngår man ikke straff dersom man tok feil mht. om det skulle ha vært foretatt forskuddstrekk ved den enkelte utbetaling eller ikke. I følge rettspraksis vil den som er funnet strafferettslig ansvarlig for å ha unnlatt å foreta skattetrekk, også være økonomisk ansvarlig for det beløpet som skulle ha vært trukket og innbetalt til skattemyndighetene. Dette innebærer at selv om man i straffesaken har vært

idømt en forholdsvis beskjedne bot, risikerer man å måtte betale et betydelig beløp til skattemyndighetene.

Obligatorisk tjenestepensjon:

I utgangspunktet plikter alle arbeidsgivere å tegne tjenestepensjon for sine arbeidstakere. Det følger av lov om obligatorisk tjenestepensjon § 3 (2) at dersom foretaket forsømmer sin plikt til å opprette tjenestepensjonsordning, har arbeidstaker krav på tilskudd i samsvar med minstekravene i loven, regnet fra det tidspunkt plikten til å opprette tjenestepensjonsordning oppsto. Det er dessuten mulig at foretaket kan komme i erstatningsmessig ansvar om det er inntrådt uføretilfelle i den perioden foretaket har hatt plikt til å ha tjenestepensjonsordning uten å oppfylle denne plikten.
