

Høyesteretts dom i Solér-saken

Høyesterett kom enstemmig til at Solér, som aktiv indirekte deleier i et konsern tilknyttet Start fotballklubb, kunne anses å drive personlig investeringsvirksomhet.¹ Avgjørelsen er av prinsipiell betydning både hva gjelder hvilke aktiviteter som kan utgjøre en virksomhet, og for hvilke skattesubjekt en aktivitet kan tilordnes.



Artikkelen er forfattet av:

Advokat
Harald Hauge
Partner Advokatfirmaet Harboe & co og førsteamenuensis II ved NIHH

Om det siste temaet avsa Høyesterett også en dom i Rt. 2013/421 *Tronviken*, og samlet gir disse dommene en avklaring på området, hvilket kommenteres avslutningsvis.

Saksforholdet

Tidligere toppfotballspiller Erik Solér var i perioden 2003–08 investor i selskaper knyttet til fotballklubben Start. Investeringene ble gjort i, og via, en kjede av selskaper: Solér hadde sammen med en medinvestor opprettet holdingselskapet Nye Start AS, som de opprinnelig eide med 50 % hver. Dette selskapet eide opprinnelig 99,9 % av selskapet Start Toppfotball AS, som ble stiftet i 2003 for å drive den kommersielle virksomheten knyttet til toppfotballen i fotballklubben Start.² Sistnevnte selskap hadde også et heleid datterselskap, Start Stadion AS, som stod for byggingen av Sør Arena.

Kapital til Start Toppfotball og Start Stadion ble tilført via egenkapitaltilskudd, lån og garantier for lån som ble tatt opp i Nye Start, og totalt ble det investert og garantert for om lag 25 MNOK. Solér og medinvestoren deltok aktivt i driften av selskapene og klubben, og Solér anslo at han benyttet 50–60 prosent av sin arbeidskapasitet til dette. Arbeidet ble utført uløn-

net. Solér var også styreleder i Start Toppfotball en periode.

Tap i virksomhet?

Start utviklet seg betydelig både sportslig og økonomisk frem til 2007, men det året rykket klubben ned fra eliteserien, hvilket ble starten på en økonomisk nedtur. I 2008 måtte Solér innfri en garanti gitt på vegne av Nye Start med 4,3 MNOK, Nye Start solgte seg ut av Start Toppfotball og Nye Start ble etter hvert avvirket. Garantibeløpet ble ansett for endelig tapt og Solér krevde fradrag for beløpet. Skattekontoret nektet fradrag for tapet fordi det ikke ble ansett oppfret i virksomhet, jf. skatte- loven § 6–2, og standpunktet ble opprettholdt av Skatteklagenemnda.

Seiersgang i domstolene

For domstolene gikk det imidlertid bedre: Både tingrett, lagmannsrett og Høyesterett fant enstemmig at tapet var lidd i personlig investeringsvirksomhet hos Solér, og at tapet var fradragsberettiget etter skatte- loven § 6–2 andre ledd. For Høyesterett frafalt staten anførselen om at det ikke forelå tilstrekkelig tilknytning mellom virksomheten og tapet, etter at både tingrett og lagmannsrett hadde slått fast at vilkåret var oppfylt. Lagmannsretten la til grunn at det dominerende motivet for garantistillelsen var hensynet til egen virksomhet, det vil si å sikre aksjeinvesteringen, for derigjennom å sikre muligheten for senere gevinst.

For tingrett og lagmannsrett hadde Solér for øvrig påberopt seg § 6–1 som alternativt grunnlag. Siden det alternative grunnlaget ikke var prøvd av underrettene, ble saken av Høyesterett avgrenset til kun å gjelde prøving av fradrag etter § 6–2. Førte ikke det grunnlaget frem, ville det innebære at saken

måtte henvises til ny behandling i lagmannsretten hva gjaldt § 6–1.

Høyesteretts begrunnelse

Høyesterett tok utgangspunkt i de alminnelige formulerte kriteriene for virksomhet; det vil si aktivitet av en viss varighet og omfang for skattyters regning og risiko, og som er av økonomisk karakter egnet til å gå med overskudd.³ Staten hadde akseptert at kravene til varighet og omfang var oppfylt hvis de skulle tilordnes Solér personlig,⁴ og Høyesterett startet derfor med statens anførsel om at en aksjonærs aktivitet til beste for et selskap alltid må regnes som selskapets egen virksomhet.⁵ I dette la staten at aktiviteten ikke også kunne danne grunnlag for virksomhet på aksjonærens hånd, altså et enten-eller.

Borthen- og Kahrs-dommene

Til støtte for sitt syn hadde staten vist til flere høyesterettsdommer som Høyesterett kommenterer. De to første dommene som kommenteres, gjaldt hvorvidt skattytere som var disponenter kunne anses å drive virksomhet relatert til de selskapene de var disponenter for; Rt. 1937/413 *Borthen* og Rt. 1980/1436 *Kahrs*.

I Borthen-dommen hadde skattyter påberopt seg en praksis som innebar at skips- selskapsdisponenter kunne anses å drive næringsvirksomhet (redervirksomhet). Skattyter var ikke formell disponent for de tre aktuelle skipsaksjeselskapene, men hadde imidlertid stilling som disponent for det mellomliggende eierselskapet. Det var altså skattyters arbeidsgiver som drev næring som skips- selskapsdisponent, og Høyesterett la til grunn at skattyter ikke kunne identifiseres med det selskapet han

¹ Rt. 2015/628 *Solér*, avsa 27.05.15.

² Det følger av Borgarting lagmannsretts dom at Nye Starts eierandel i Start Toppfotball ble redusert til 82,5 % i løpet av 2004 og ble videre redusert til 55,5 % i 2006.

³ Se *Solér*-dommen avsn. 27 flg.

⁴ Se *Solér*-dommen avsn. 44.

⁵ Se *Solér*-dommen avsn. 28.

jobbet for. Resultatet ble derfor at skattyter ikke selv drev virksomhet. Saksforholdet kunne for så vidt minne noe om Solérs situasjon ved at aktiviteten primært bestod i å følge opp selskap som var indirekte eid, men aktiviteten skjedde altså i en rolle som ansatt.

Kahrs-dommen fra 1980 gjaldt også en skattyter ansatt som disponent i et selskap. Høyesterett la også her til grunn at skattyter kun mottok lønn som ansatt, og at det var selskapet som drev virksomheten.

Det avgjørende i de nevnte dommene var altså at skattyterne utøvde sin aktivitet i egenskap av ansatte; ikke at aktiviteter til beste for selskapene alltid må regnes som selskapets egen virksomhet, slik staten hevdet. Høyesterett peker senere i Solér-dommen på at dommene åpner for unntak i andre tilfeller, og at de derfor ikke støtter statens syn.⁶

Gammel lære om aksjer i næring

De neste dommene Høyesterett refererer til, knytter seg også til tematikken *aksjer/fordring i næring*, som primært ble utviklet i relasjon til aksjeskatningen før 1992, men i disse dommene er det primært tilknytningskriteriet som står i sentrum. Skattyterne drev næringsvirksomhet, men spørsmålet var om det forelå slik *særlig og nær tilknytning* mellom virksomheten og det selskapet gevinsten eller tapet relaterte seg til.

Høyesterett kommenterer først Rt. 1986/58 *Asdahl*, hvor spørsmålet var om et tap som en selvstendig næringsdrivende bedriftsrådgiver hadde på et selskap han hadde investert i og hadde styreverv i, var «i næring». Høyesterett kom til at hovedmotivet med investeringen i det aktuelle selskapet ikke var å fremme rådgivervirksomheten, men å oppnå avkastning, og det forelå derfor ikke tilstrekkelig tilknytning til rådgivervirksomheten.

Selv om det ikke ble satt på spissen i *Asdahl*-dommen, er det viktig for forståelsen av dommene fra denne perioden – det vil si før skattereformen 1992 – at det var utviklet et prinsipp om at investeringsvirksomhet i seg selv ikke kunne representere en relevant *næring* ved vurderingen av tilknytningsspørsmålet *aksjer/fordring i næring*. Tilknytningen måtte være i forhold til en annen virksomhet. Dette kommer klartest til uttrykk i Rt. 1962/273 *Solvang*, hvor unntaket for investeringsvirksomhet



NEDTUR: Da fotballklubben Start rykket ned fra eliteserien startet den økonomiske nedturen.

begrunnes i lovmotivene til verdipapirunntaket fra 1921.⁷ Denne læren ble sist gjentatt i Rt. 1990/958 *Quatro* som Høyesterett også viser til i Solér-dommen.⁸ Dommene må altså forstås i lys av sin kontekst, og kan ikke tas som uttrykk for at aktivt eierskap ikke kan oppfylle kravene til skattemessig virksomhet – det har i alle fall vært rimelig klart etter skattereformen 1992 da det ble innført generell skatteplikt på aksjer.

At en aksjonærs deltakelse i styring og drift av selskapet ikke i seg selv gir grunnlag for fradragsrett for tap, slik det uttales i Rt. 2008/145 *Norsk Struts* avsn. 58 under henvisning til *Asdahl*-dommen, og som Høyesterett nevner i Solér-dommen,⁹ må for øvrig ses i lys av at de aktuelle virksomhetene til *Asdahl* og *Norsk Struts* ikke hadde tilstrekkelig nærhet til virksomheten i de selskapene tapene gjaldt. At det også ble utøvd en viss aktivitet som eier, kunne ikke da rette på den manglende driftsmessige sammenhengen. Det var ikke tale om noen investeringsvirksomhet i disse sakene.

Grense mot passiv kapitalforvaltning

Ved vurderingen av om det foreligger investeringsvirksomhet, vil det uansett måtte trekkes en grense mot passiv kapitalforvaltning. Høyesterett oppstiller derfor i Solér-dommen som det klare utgangspunktet at alminnelig «*aktivitet i form av kjøp og salg av aksjer, oppfølging av investeringen, deltakelse på generalforsamling osv.*» er passiv kapitalforvaltning.¹⁰ Det uttales derfor at «*som den store hovedregel*» vil ikke aksjonærs tap på lån eller garanti til eget selskap være fradragsberettiget.¹¹

Solér var ikke ansatt

Etter å ha etablert dette utgangspunktet, imøtegår Høyesterett statens syn om at den

påberopte rettspraksisen utelukker fradragsrett etter sktl. § 6–2 for aksjonærer som utøver stor aktivitet til beste for et selskap. Det pekes på at staten har erkjent at forvaltning av en aksjeportefølje kan anses som virksomhet, og at dette også fremgår av Lignings-ABC. Et sentralt moment for Høyesterett var derfor at Solér «*i det vesentlige*» hadde utøvd sin aktivitet utenfor rammen av slike posisjoner som var sammenlignbare med *Borthen*- og *Kahrs*-dommene, og at dommene derfor ikke var avgjørende.¹² Bruken av uttrykket «*i det vesentlige*» må innebære at det ikke var avgjørende at Solér hadde styreposisjoner.

Høyesterett vender også senere i dommen tilbake til dette skillet mellom ansatte og ikke-ansatte, som må anses avgjørende i den forstand at i et ansettelsesforhold kan ikke samme aktiviteter være en del av selvstendig næringsvirksomhet/investeringsvirksomhet. For ikke-ansatte vil aktivitetene derimot måtte regnes med som del av den uavhengige rollen som utøves.

Utviklingen i næringslivet

For ytterligere å berede grunnlaget for sin konklusjon peker Høyesterett på uttalelsene i Rt. 2005/1157 *Commercial Buildings* avsn. 54 og 55 om at de konkrete vurderingene må «*skje i lys av utviklingen i næringslivet*» og at vurderingstemaet har et «*dynamisk element*». Dette må ses i lys av at eldre rettspraksis ikke nødvendigvis er treffende for nåtidens virksomhetsformer, for eksempel i relasjon til venturevirksomhet som oppstod på 80-tallet i Norge. Høyesterett peker på at retten i *Commercial Buildings*-dommen fant støtte i *Torbjørn Gjølstads* artikkel «*Aksjer i næring – nyere grensetilfeller*» fra 1989 hvor han uttaler at «*de mer aktive og reelle utviklings-selskaper forholdsvis greit vil kunne få sin virksomhet klassifisert som næring*».¹³ Høyesteretts henvisning til *Gjølstads* analyse er kanskje ikke helt treffende fordi den må leses i lys av en akademisk debatt som pågikk på 80-tallet vedrørende om unntaket for investeringsvirksomhet fortsatt kunne opprettholdes i relasjon til aksjer/fordring i næring.¹⁴ Når Høyesterett viser til den, må det imidlertid innebære at retten mener at Solérs aktivitet oppfylte de beskrevne kriteriene.

¹² Solér-dommen avsn. 34.

¹³ Solér-dommen avsn. 36.

¹⁴ Argumentasjonen for at investeringsvirksomhet kunne skape tilstrekkelig tilknytning synes å ha fått sin avslutning ved Høyesteretts dom i Rt. 1990/958 *Quatro*, hvor det på s. 962 avvises at aktivt eierskap kunne skape tilstrekkelig tilknytning. Etter at aksjeskatningen ble endret i 1992, var det ikke lenger grunnlag for slike begrensninger.

⁶ Se Solér-dommen avsn. 34.

⁷ Se også Rt. 1982/501 *Awilco*.

⁸ Se Solér-dommen avsn. 32.

⁹ Se Solér-dommen avsn. 32.

¹⁰ Solér-dommen avsn. 33.

¹¹ Solér-dommen avsn. 34.

Venturevirksomhet aksepteres ellers

Høyesteretts drøftelse preges etter hvert av at man finner statens anførsel om at aktivt eierskap alltid må regnes som selskapets virksomhet, for å være lite forenlig med statens holdning til venture-virksomhet og myndighetspraksis knyttet til aktivt eierskap som grunnlag for omdanning av virksomhet etter sktd. § 11–20. Det pekes på at Skatt øst i fire bindende forhåndsuttalelser la til grunn at personlige skattytere var å anse som personlig næringsdrivende som følge av svært aktivt eierskap i ett eller flere selskaper, og hvor noen av dem også hadde formelle roller i selskapene. Skattedirektoratets BFU 7/14 synes videre å holde åpent for at aktivt eierskap kunne skape virksomhet for personlige skattytere. Selv om ikke uttalelsene ble ansett å være rettskilder av særlig vekt, pekes det på at de foretar konkrete vurderinger av aktivitetens omfang «uten å streife det som er statens anførsel i foreliggende sak».

Høyesterett peker så på at venturevirksomhet i form av å skaffe seg kontrollerende innflytelse og jobbe aktivt for å skape verdier, etter sin art ikke er forskjellig fra den aktiviteten en enkeltaksjonær kan utøve som aktiv eier. For Høyesterett var det vanskelig å se at det skulle være noen relevant forskjell mellom aktive eiere i form av personer eller selskap. Det pekes på at forskjellen går mellom ansatte som utfører oppgaver i selskapets regi, og aksjonærer som uavhengig av posisjon bruker sin kompetanse, arbeidskraft og kapital til å utvikle selskapet. Statens argument om at dette gav tilfeldige forskjeller, ble her tilbakevist med at det er en reell forskjell på situasjonene.

Konklusjon

Høyesterett konkluderte dermed med at aktive aksjonærer kan anses å drive personlig virksomhet. Men for å avgrense mot passiv kapitalforvaltning må det kreves en aktivitet av «betydelig omfang», og førstvoterende føyer til at han «antar at fradragsrett først og fremst er aktuelt for skattytere som ikke arbeider i og mottar lønn fra selskapet». Det utelukkes altså ikke at også ansatte som er aktive eiere vil kunne anses å drive investeringsvirksomhet, men som jeg vil vende tilbake til under pkt. Personers aktive eierskap kan utgjøre virksomhet for dem, nedenfor, vil det avgjørende da måtte bli hva vedkommendes stilling går ut på.

Hva gjelder den konkrete vurderingen av om Solér kunne anses for å drive virksomhet, så ble den relativt enkel for Høyeste-

rett, all den tid staten hadde akseptert at kravene til omfang og varighet var oppfylt hvis aktiviteten kunne knyttes til Solér personlig. Høyesterett er også innom spørsmålet om aktivitetene skjedde for Solérs regning og risiko, hvor hovedpoenget må anses å være at han tok risiko ved å investere og garantere for lån. Det nevnes at verdipotensialet riktignok var av indirekte karakter, altså i datterselskapet, men det var ikke avgjørende. Solér ville jo også personlig kunne få en formuesøkning via sitt eierskap i Nye Start AS. Det pekes også på at lagmannsretten hadde lagt til grunn at Solér selv dekket sine kostnader ved aktivitetene, uten at det kan anses å være noe krav.¹⁵ Når aktiviteten også ble ansett egnet til å gå med overskudd, kunne Høyesterett konkludere med at det ikke heftet feil ved lagmannsrettens rettsanvendelse siden den hadde lagt til grunn at Solér drev virksomhet.

Hvilken rekkevidde har dommen?

Virksomhetsbegrepet

Aktivitetens omfang og varighet

Et naturlig spørsmål som reiser seg, er hvilken betydning dommen har for innholdet av skattelovens virksomhetsbegrep. Primært avklarer den at en persons aktiviteter på vegne av ett eller flere selskaper som vedkommende har investert i, også indirekte, kan utgjøre virksomhet for vedkommende. Denne tilordningen av aktivitet kommer jeg tilbake til nedenfor.

Hva gjelder virksomhetsbegrepets innhold, så anvendes de alminnelige kriteriene i dommen. Ved avgrensningen mot passiv kapitalforvaltning vil det primært være spørsmål om aktivitetene har tilstrekkelig omfang og varighet, de andre kriteriene er som regel mindre problematiske. Spørsmålet er derfor om dommen gir noen nærmere veiledning om grensen mot passiv kapitalavkastning i så henseende.

Beskjeden vs. betydelig aktivitet

Man finner flere steder i dommen en omtale av grensen, og i forbindelse med konklusjonen i avsn. 43 om at aktivt eierskap kan utgjøre virksomhet, uttaler førstvoterende at «det må kreves en aktivitet av betydelig omfang». At aktiviteten omtales som «betydelig» kan kanskje være naturlig siden den må avgrenses mot alminnelig kapitalforvaltning, slik at det må kreves et visst avvik. Men dette blir fort bare ord uten noen ordentlige referansepunkter, og

det er mulig Høyesteretts ordvalg var litt preget av rettspraksis fra rettstilstanden før 1992 hvor investeringsaktivitet ikke ble ansett å kunne utgjøre en næring som kunne skape tilstrekkelig tilknytning til aksjer og fordringer.

Det er uansett de resultatene som følger av rettspraksis og etatspraksis som vil være retningsgivende her, og ser man på de kravene som oppstilles til aktivitetens omfang for å overstige passiv kapitalforvaltning i Rt. 1973/931 *Holst*, er kravene relativt lave. Dommen gjaldt utleievirksomhet, og man bør merke seg Frederik Zimmers kommentar om at passiv kapitalforvaltning vil innebære forvaltning og utleie «i beskjeden målestokk».

Fritidsgeskjeft eller deltidsjobb?

Som veiledning for grensen mellom passiv kapitalforvaltning og investeringsvirksomhet vil man da kunne se på om aktiviteten knyttet til investeringene er leilighetsvis og «fritidspreget», eller om aktivitetene er så vedvarende og omfattende at de i det minste blir som en deltidsjobb. I så fall må det anses å foreligge en investeringsvirksomhet.

I Solér-saken ble det lagt til grunn at Solér «utførte et omfattende arbeid for klubben utover det som normalt følger» av posisjonen som aksjeeier og styreleder. Hans eierskap ble beskrevet som «særdeles aktivt», det strakk seg over fem år og han brukte 50–60 % av sin arbeidskapasitet på investeringene. Solér-saken synes ikke å ha vært noe grensetilfelle, staten hadde akseptert aktiviteten som tilstrekkelig, og man må kunne legge til grunn at den lå godt over grensen.

Skattedirektoratets domskommentar

I Skattedirektoratets kommentar til Solérdommen, publisert 24.06.15, synes man å forsøke å oppstille et særlig kriterium for at investeringsvirksomhet kan anses å foreligge: Aktiviteten må være «årsaken til en eventuell verdistigning på investeringen». Dommen stiller overhodet ikke noen slike krav, og kriteriet virker helt fremmed i forhold til det som kan utledes fra autoritativ praksis og juridisk teori. Bevistemålet er i tillegg ganske håpløst, og man må kunne forvente at dette ikke er noe kriterium som vil bli forfektet av etaten.

Personers aktive eierskap kan utgjøre virksomhet for dem

Det kanskje mest interessante temaet i dommen er hvem som skal tilordnes den

¹⁵ Se Rt. 2013/421 *Tronviken* avsn. 33 hvor det uttales at kravet om at en aktivitet må være utøvet for skattyters regning og risiko, først og fremst innebærer «en avgrensning mot arbeidsinntekter i tjenesteforhold».

aktivitet som er utøvd. Staten anførte som nevnt at Solérs aktiviteter kun skulle tilordnes selskapene han utøvde aktivitet for, men dette fant altså Høyesterett at det ikke var støtte for. Aktivitet utenfor ansettelsesforhold skal regnes som skattyters egen, og har aktiviteten tilstrekkelig omfang, vil den kunne utgjøre virksomhet. Selv om det ikke følger eksplisitt av dommen, vil aktiviteten også anses å bli utøvet av det selskapet den er til gode for, jf. drøftelsene i neste punkt om prinsippene fra Tronviken-dommen Rt. 2013/421.

Aktiv eier og ansatt?

Spørsmålet er da om ansettelse i det aktuelle selskapet som skattyter er eier i, helt utelukker at skattyters aktivitet kan regnes med i hans eventuelle investeringsvirksomhet. Ikke sjelden vil en eier ta ut lønn fra selskapet. I dommens avsn. 43 uttales det at man antar at virksomhet «først og fremst er aktuelt for skattytere som ikke arbeider i og mottar lønn fra selskapet». Et visst forbehold altså. Det avgjørende må være om den eieraktiviteten som utøves må anses å inngå i den stillingen vedkommende har. Har eier for eksempel stilling som regnskapsmedarbeider, og selskapet ellers har daglig ledelse, vil ulike former for eieraktiviteter som utvikling av strategier for konsernet og salgsforhandlinger med potensielle investorer måtte tilordnes vedkommendes aksjonærposisjon. Disse eieraktivitetene må da kunne utgjøre en investeringsvirksomhet, selv om vedkommende er ansatt. Har en aktiv eier formell posisjon som daglig leder, men ikke mottar lønn, så vil denne aktiviteten også kunne regnes som aksjonærens egen. Solér-dommen utelukker tilordning av aktivitet til aksjonær først når vedkommende står i en stilling og mottar lønn for den.¹⁶

Aktiv eier og styreverv?

Dette bringer oss over på betydningen av styreverv. Slike posisjoner må anses å være i tråd med utøvelse av aktivt eierskap, og utgjør for eksempel en naturlig og nødvendig del av venturevirksomhet. Høyesterett synes å ha regnet med Solérs styreverv som del av den virksomheten han drev,¹⁷ og den parallell retten trekker til venturevirksomhet, underbygger at aktivitet i tilknytning til slike verv må regnes med.

En aktiv eier kan skape virksomhet for sitt mellomliggende investeringselskap
Høyesterett avgjorde at den aktiviteten Solér utøvde på vegne av datterselskapene

også kunne tilordnes ham selv. Det var ikke noen enten/eller, men et både-og. Og dette både-og vil være det typiske; betrakter man oppdrag utenfor ansettelse, vil jo et oppdrag kunne skape virksomhet for flere skattytere, i tråd med det økonomiske innholdet i transaksjonsrekken – en selvstendig næringsdrivende maskinfører kan utføre gravearbeid som underentreprenør for en entreprenør som har tatt oppdrag for en privat tomteeier i forbindelse med utviklingen av tomtene. Maskinførerens oppdrag er en del av hans virksomhet for egen regning og risiko, entreprenøren utøver sin virksomhet for egen regning og risiko vis á vis oppdragsgiver, og den private tomteeieren utfører tomteutvikling for egen regning og risiko ved å hyre inn entreprenøren. Som det følger av Rt. 1967/1570 *Huseby Kvaalen* spiller det ikke noen rolle at aktivitetene rent faktisk er utført av andre, så lenge det gjelder aktivitet som går utover passiv kapitalforvaltning og har fortjeneste for øye.

Prinsippet om at en aktivitet kan tilordnes flere skattytere, innebærer at Solérs aktivitet også kan tilregnes Nye Start AS. Det var jo i Nye Start venturevirksomheten ble organisert, og det var primært for dette selskapets regning og risiko at aktiviteten skjedde. Investeringene var foretatt av selskapet, og det var dette selskapet som bar risikoen ved låneopptakene.

Regning og risiko

Tronviken-dommen viser for øvrig at kriteriet «regning og risiko» primært har som funksjon å avgrense mot ansettelsesforhold.¹⁸ Mens virksomhetsutøvere er eksponert for aktivitetens potensielle opp- og nedside, er ansatte avlastet risikoen ved den aktiviteten de utøver, og mottar kun betaling for selve aktiviteten. Om virksomhetsutøveren rent faktisk har noen utgifter ved aktivitetene er ikke avgjørende, hvilket var et sentralt premiss i Tronviken-dommen.

Hvem har den reelle interessen?

Tronviken-dommen anviser at det må anlegges bredere betraktning hva gjelder tilordningen av aktivitet, nærmere bestemt i hvem sin interesse en aktivitet er utøvd. Med referanse til Rt. 1967/1570 *Huseby Kvaalen* uttaler førstvoterende i dommens avsn. 36:

«Førstvoterende legger her vekt på hvem som eide tomten, hvem som tok initiativ til utbyggingen og hvem som satte den i gang med fortjeneste for øye. Slik jeg ser det, må

dette være sentrale kriterier i vurderingen av hvem en virksomhet skal tilordnes. Det må vurderes hvem som har den reelle interessen i aktiviteten, og hvem den først og fremst kommer til gode. I dette ligger at man blant annet må se hen til om skattyter bærer tap og får gevinst av det Tronviken har kalt «grunninvesteringen».

Konkret gjaldt saken hvorvidt Tronviken ANS kunne anses å drive passiv kapitalforvaltning siden det bare eide en fordringsmasse og ikke hadde noen ansatte. Inndrivningen av fordringene var imidlertid satt bort til noen inkassoselskaper. Den aktiviteten disse utøvde skjedde i Tronvikens interesse, og Høyesterett konkluderte derfor med at aktiviteten måtte tilordnes Tronviken slik at selskapet ble ansett å drive virksomhet.

Aktivitet kan tilordnes flere

Oppsummert kan det konstateres at et selskap ikke opptre selv, men via ansatte, styremedlemmer, oppdragstakere, eiere eller andre. Så lenge selskapet har en reell interesse i aktivitetene, skal de regnes som selskapets egne, og flere selskaper vil også kunne ha en reell interesse i aktivitetene slik at de må tilordnes flere. Solér-saken kan illustrere det siste ved at også Nye Start AS hadde en reell interesse i Solérs aktiviteter.

Tilknytningsvilkåret – statens aksept gir føringer

Frem til saken stod for Høyesterett, bestred staten at det forelå tilstrekkelig tilknytning mellom tapet og den eventuelle investeringsvirksomheten, men anførselen ble frafalt for Høyesterett.

I Skattedirektoratets domskommentar publisert 24.6.15 uttrykkes det at dommen ikke har betydning siden Høyesterett ikke tok stilling til spørsmålet. Men temaet var bestridt frem til saken stod for Høyesterett, og staten aksepterte da at tilstrekkelig tilknytning forelå hvis Solér ble ansett for å drive virksomhet. Når staten valgte ikke å prosedere på spørsmålet etter to dommer mot seg, må man rimeligvis forvente at det ikke tas omkamp på temaet i lignende saker. Saken må medføre at det anses å foreligge tilstrekkelig særlig og nær tilknytning mellom den eierstrukturen investeringsvirksomheten er organisert via (i Solér-saken var det både han personlig og Nye Start AS), og de selskapene investeringsvirksomheten investerer i og har økonomisk engasjement i tilknytning til (eks. lån og garantier).

¹⁶ Se Solér-dommen avsn. 43.

¹⁷ Se Solér-dommen avsn. 44.

¹⁸ Se Tronviken-dommen avsn. 33.