

**Nefnd um orku- og auðlindamál**

**Um kaup Magma Energy  
Sweden AB á eignarhlutum í  
HS Orku hf**

September 2010

## Efnisyfirlit

1 Inngangur .....	4
1.1 Skipun nefndar um orku- og auðlindamál.....	4
1.2 Starfsgrundvöllur nefndarinnar.....	4
1.3 Verkefni nefndarinnar og starf hennar .....	4
2 Málsatvik.....	7
2.1 Forsaga málsins .....	7
2.1.1 Hitaveita Suðurnesja hf .....	7
2.1.2 Einkavæðing.....	8
2.1.3 Orkuveita Reykjavíkur og samkeppnismál .....	9
2.1.4 Uppskipting Hitaveitu Suðurnesja hf .....	11
2.1.5 Geysir Green Energy ehf og samkeppnismál .....	11
2.2 Aðilar að samningunum.....	12
2.2.1 Orkuveita Reykjavíkur .....	12
2.2.2 Geysir Green Energy ehf .....	12
2.2.3 Magma Energy Corp.....	14
2.2.4 Magma Energy Sweden AB .....	15
2.2.5 Magma Energy Iceland ehf.....	15
2.3 Kaupin sem um ræðir.....	15
2.3.1 Breytingar á HS Orku hf.....	15
2.3.2 Kaup Magma Energy Sweden AB á rúmlega 98% hluta í HS Orku hf .....	16
2.4 Aðkoma stjórnvalda.....	22
2.4.1 Almenn .....	22
2.4.2 Meðferð stjórnvalda á máli Magma Energy .....	22
2.4.3 Niðurstöður nefndar um erlenda fjárfestingu.....	24
3 Löggjöfin .....	27
3.1 Inngangur .....	27
3.2 Íslensk löggjöf um takmarkanir erlendra aðila á fjárfestingu í auðlindum.....	27
3.2.1 Lög nr. 34/1991 um fjárfestingu erlendra aðila í atvinnurekstri .....	27
3.2.2 Friðhelgi eignarréttar skv. 72. gr. stjórnarskrárinnar .....	29
3.2.3 Forsaga laga um takmarkanir á fjárfestingum erlendra aðila.....	29
3.2.4 Lög nr. 19/1966 um eignarrétt og afnotarétt fasteigna .....	32
3.2.5 Nánar um lög nr. 34/1991 um fjárfestingu erlendra aðila í atvinnurekstri.....	33
3.2.6 Breytingar á lögum vegna EES-samningsins.....	35
3.2.7 Réttarstaðan samkvæmt gildandi rétti .....	38
3.2.8 Nánar um breytingu á lögum nr. 34/1991 með lögum nr. 46/1996 .....	38
3.3 Löggjöf um orkuauðlindir og nýtingu þeirra .....	40
3.3.1 Vatnalög.....	40
3.3.2 Lög nr. 57/1998 um rannsóknir og nýtingu á auðlindum í jörðu.....	40
3.3.3 Raforkulög nr. 65/2003.....	42
3.4 Mótun stefnu um orku- og auðlindamál.....	43
3.5 Takmarkanir á varanlegu framsali vatns- og jarðhitaréttinda í eigu opinberra aðila .....	45

3.6 Ákvæði EES-samningsins um staðfesturétt fyrirtækja .....	48
3.6.1 Almennt.....	48
3.6.2 Staðfesturéttur .....	49
3.6.3 Réttihafar staðfesturéttar.....	50
3.6.4 Stofnun félaga og fyrirtækja og ákvörðun „þjóðernis“ þeirra.....	50
3.6.5 Beiting staðfesturéttarins.....	51
3.6.6 Fyrirtæki utan EES-svæðisins.....	51
3.6.7 Takmarkanir á staðfesturéttinum .....	52
4 Hagsmunir á vettvangi orkuvinnslu og dreifingar .....	54
4.1 Yfirráð yfir orkulindum.....	54
4.2 Ólíkir hagsmunir tengdir orkuvinnslu.....	54
4.2.1 Efnahagslegir hagsmunir.....	55
4.2.2 Pólítískir hagsmunir .....	56
4.2.3 Hagsmunir tengdir náttúru og umhverfi.....	62
4.2.4 Ólíkir hagsmunir og forsendur löggjafarinnar .....	63
5 Uppfylltu kaup Magma Energy á eignarhlutum í HS Orku hf skilyrði laga nr. 34/1991 um fjárfestingu erlendra aðila í atvinnurekstri? .....	64
5.1 Heimildir kanadíska félagsins Magma Energy Corp til fjárfestingar á Íslandi .....	64
5.2 Leið Magma Energy Corp inn á Evrópska efnahagssvæðið.....	64
5.3 Heimildir sænska félagsins Magma Energy Sweden AB til fjárfestingar á Íslandi.....	65
5.4 Sjónarmið um sniðgöngu.....	65
5.4.1 Hugtakið lagasniðganga.....	66
5.5 Túlkun ákvæða fjárfestingarlaganna .....	67
5.5.1 Túlkunarvandi.....	67
5.5.2 Skýringakostir.....	69
5.5.3 Beiting ákvæða 2. tölul. 4. gr. fjárfestingarlaganna .....	71
5.6 Áhrif EES-samningsins á sjónarmið um sniðgöngu í íslenskum rétti.....	71
5.7 Sniðgöngumál í Evrópurétti .....	73
6 Hlutverk og heimildir stjórnvalda og möguleikar til endurskoðunar stjórnvaldsákvæðana..	75
6.1 Hlutverk stjórnvalda samkvæmt lögum um fjárfestingu erlendra aðila í atvinnurekstri	75
6.2 Endurupptaka og afturköllun.....	76
6.2.1 Endurupptaka .....	76
6.2.2 Afturköllun.....	76
6.3 Viðbrögð við sérstökum og alvarlegum aðstæðum .....	79
7 Samantekt og niðurstöður.....	82
7.1 Inngangur.....	82
7.2 Stjórnskipuleg staða nefndarinnar og viðfangsefni hennar.....	82
7.3 Atvik málsins og álitafni sem þeim tengjast .....	83
7.4 Samrýmast kaupin íslenskum lögum? .....	83
8 Möguleg viðbrögð.....	89
8.1 Engin einhliða íhlutun í kaup Magma Energy .....	89
8.2 Möguleikar stjórnvalda til að endurskoða álit nefndar um erlenda fjárfestingu .....	90
8.3 Lagasetning um eignarnám .....	91
8.4 Mat á kostnaði .....	92

# 1 Inngangur

## 1.1 Skipun nefndar um orku- og auðlindamál

Í samræmi við yfirlýsingu ríkisstjórnar Íslands frá 27. júlí 2010 skipaði forsætisráðherra nefnd óháðra sérfræðinga til að meta lögmati kaupa fyrirtækisins Magma Energy Sweden AB á eignarhlutum í HS Orku hf og starfsumhverfi orkugeirans hér á landi. Nefndina skipa: Hjördís Hákonardóttir, fyrrverandi hæstaréttardómari, formaður, Bjarnveig Eiríksdóttir, hdl., LL.M. í Evrópurétti og alþjóðaviðskiptarétti, Ólafur Páll Jónsson, dósent í heimspeki við Háskóla Íslands og Aagot V. Óskarsdóttir, lögfræðingur. Nefndin leitaði til nokkurra sérfræðinga við vinnu tiltekinna þátta og naut einnig aðstoðar starfsmanna forsætisráðuneytisins.

## 1.2 Starfsgrundvöllur nefndarinnar

Nefndum á vegum stjórnáætlunar má í meginatriðum skipta í tvo flokka. Annars vegar er um að ræða sjálfstæðar stjórnáætlunefndir og hins vegar svokallaðar verkefnanefndir. Sjálfstæðar nefndir hafa verið skilgreindar þannig að þær fari með málefni á starfssviði ráðherra, þeim sé skipað til hliðar við þau stjórnvöld sem heyra undir yfirstjórnunarheimildir ráðherra og hann fari ekki með almennar stjórnunar- og eftirlitsheimildir gagnvart þeim.<sup>1</sup> Sjálfstæðar stjórnáætlunefndir eru settar á fót með lögum. Verkefnanefndir eru hins vegar ýmist skipaðar að frumkvæði ráðherra eða á grundvelli laga og eru háðar yfirstjórn og eftirlitslutverki ráðherra. Það er þó háð atvikum hvernig eftirliti og afskiptum ráðherra með þeim er háttað.<sup>2</sup> Oft eru sérstakar verkefnanefndir skipaðar á vegum ráðuneyta eða stofnana til að vinna tímabundið að afmörkuðum viðfangsefnum.

Nefnd um orku- og auðlindamál er verkefnanefnd sem ætlað er að vinna sjálfstætt að álitum um það efni sem nánar er markað í erindisbréfi hennar. Nefndin er skipuð af forsætisráðherra. Ekki hafa verið sett sérstök lög um starf hennar og af því leiðir að hún hefur ekki sérstakar rannsóknarheimildir.

## 1.3 Verkefni nefndarinnar og starf hennar

Í erindisbréfi nefndar um orku- og auðlindamál, dags. 27. ágúst 2010, segir að nefndin skuli vinna óháða úttekt og greiningu á þremur þáttum. Fyrsti þátturinn varðar kaup Magma Energy á eignarhlutum í HS Orku hf í gegnum dótturfélag í Svíþjóð. Annar þátturinn beinist að einkavæðingu hlutar ríkisins í Hitaveitu Suðurnesja og tengdum atriðum og sá þriðji að starfsumhverfi orkugeirans. Með skýrslu þessari lýkur nefndin fyrsta hluta verkefnisins.

<sup>1</sup> Páll Hreinsson: „Sjálfstæðar stjórnáætlunefndir.“ *Útfljótur* 2000 (4), bls. 561–562.

<sup>2</sup> Friðgeir Björnsson: *Úrskurðarnefndir í stjórnáætlunni*. Forsætisráðuneytið, Reykjavík 2005, bls. 14.

Fyrsta þætti verkefnis nefndar um orku- og auðlindamál er nánar lýst í erindisbréfi með eftirfarandi hætti:

Nefndin skal gefa rökstutt álit á því hvort kaup Magma Energy á eignarhlut í orku-fyrirtækinu HS Orku í gegnum dótturfélag í Svíþjóð séu samrýmanleg íslenskum lögum og reglum EES-samningsins. Taka skal afstöðu til þess hvaða þýðingu það hafi hvort hið sænska dótturfélag hafi með höndum eiginlega starfsemi, hvort kaupandi sé kanadískur eða sænskur og hvaða hlutverki hið kanadíska móðurfélag gegnir í því að annast eða ábyrgjast greiðslur vegna viðskiptanna og í starfsemi og umsvifum félagsins hér á landi. Jafnframt skal kanna til hlítar hvort kaup Magma á HS Orku standist meginreglur og markmið íslenskra laga á sviði auðlindaréttar og orkunýtingar og sérstaklega skal meta reglur EES-samningsins hvað ofangreinda þætti varðar.

Nefndin skal, á grundvelli ofangreinds, draga fram þau sjónarmið sem stjórnvöld þyrftu að leggja til grundvallar eða líta til við ákvörðun um hvort stöðva eigi eða ógilda umrædd viðskipti Magma Energy með hlut í HS Orku. Nefndin skal enn fremur greina og meta hvaða leiðir eru einkum færar í því sambandi, reifa hverjir eru helstu kostir og gallar hverrar leiðar og áætla líklegan kostnað við hverja leið.

Nefnd um orku- og auðlindamál var skipuð í byrjun ágúst 2010 og samkvæmt erindisbréfi var henni ætlað að skila niðurstöðum sínum um fyrsta þátt verksins fyrir lok sama mánaðar. Nefndinni var því ætlaður mjög knappur tími til verksins sem er margþætt og kemur inn á lögfræðileg álitaefni þar sem skýrar greiningar og niðurstöður dómstóla liggja ekki fyrir.

Eins og áður segir hafa ekki verið sett sérstök lög um starf nefndarinnar og því hafa henni ekki verið fengnar sérstakar rannsóknarheimildir. Nefndin ákvað því að fara þá leið við gagnaöflun að óska eftir því við forsætisráðuneytið að það aflaði samþykkis málsaðila fyrir því að nefndin fengi aðgang að gögnum sem lögð hefðu verið fyrir nefnd um erlenda fjárfestingu. Svör bárust ráðuneytinu frá aðilum málsins á tímabilinu 6. til 10. ágúst. Lögmaður Magma Energy Sweden AB upplýsti að fyrirtækið teldi ekki ástæðu til að leggja gegn því að nefndinni yrði veittur aðgangur að þessum gögnum en tók fram að heimildin væri veitt með þeim fyrirvara að samningsaðilar Magma Energy hefðu fyrir sitt leyti veitt sambærilega heimild að því leyti sem gögn eða upplýsingar kynnu að varða viðkomandi aðila. Forsvarsmáður Geysis Green Energy ehf veitti þau svör að félagið veitti *ekki* heimild til þess að nefnd um orku- og auðlindamál fengi aðgang að umræddum gögnum. Fyrirsvarsmenn Orkuveitu Reykjavíkur, Sandgerðisbæjar og Hafnarfjarðarbæjar veittu hins vegar samþykki að sínu leyti.

Í samræmi við þetta var óskað eftir því við nefnd um erlenda fjárfestingu að hún léti nefnd um orku- og auðlindamál í té afrit af gögnum málsins í samræmi við þær heimildir sem lýst er hér að ofan. Bárust gögnin nefndinni 18. ágúst 2010. Nefndin hélt 20 fundi á tímabilinu 5. ágúst til 13. september.

Sá skammti tími sem nefndinni var ætlaður til þessa verks og sú staðreynd að henni voru ekki greiðar leiðir við gagnaöflun höfðu óhjákvæmilega áhrif á starf hennar. Nefndin hefur leitast við að lýsa málsatvikum eins nákvæmlega og henni var mögulegt og draga síðan fram og fjalla um þau álitaefni sem hún telur að skipti máli. Athugun nefndarinnar hefur einungis beinst að kaupum Magma Energy á hlutum í HS Orku hf en ekki að þætti seljenda í þessum viðskiptum. Efnis-skipan þeirra kafla sem hér fylgja á eftir er svofelld:

Í öðrum kafla eru málsatvik rakin, aðdraganda kaupa Magma Energy Sweden AB á eignarhlutum í HS Orku hf lýst, gerð grein fyrir aðilum þeirra samninga sem gerðir voru um kaupin og efni samninganna rakið. Þá er aðkomu stjórnvalda lýst í stuttu máli.

Í þriðja kafla er gerð grein fyrir íslenskri löggjöf um heimildir erlendra aðila til að fjárfesta í atvinnurekstri hér á landi og til að eiga hér fasteignaréttindi og þeim breytingum sem gerðar voru á þeirri löggjöf samfara aðild Íslands að samningnum um Evrópska efnahagssvæðið. Einnig er gerð grein fyrir löggjöf um orkuauðlindir og nýtingu þeirra. Þá er fjallað um stefnumótun stjórnvalda á undanförunum árum um orku- og auðlindamál og setningu laga um takmarkanir á varanlegu framsali vatns- og jarðhitaréttinda í eigu opinberra aðila árið 2008. Í lok þriðja kafla er gerð grein fyrir ákvæðum EES-samningsins um staðfesturétt.

Fjórði kafla fjallar um hagsmuni á vettvangi orkuvinnslu og dreifingar og þar leitast við að greina þá ólíku hagsmuni sem þar er um að tefla. Fjallað eru um efnahagslega og pólitíska hagsmuni og hagsmuni tengda náttúru og umhverfi og dregin fram þýðing þeirra fyrir það álitaefni sem hér er til umræðu.

Í fimmta kafla er tekist á við spurninguna um það hvort kaup Magma Energy hafi uppfyllt skilyrði laga nr. 34/1991 um fjárfestingu erlendra aðila í atvinnurekstri. Þar er fjallað um heimildir kanadíska félagsins Magma Energy Corp til fjárfestingar á Íslandi, leið þess inn á EES-svæðið og heimildir sænska félagsins Magma Energy Sweden AB til fjárfestingar hér á landi. Þá er ítarlega fjallað um sjónarmið um sniðgöngu og áhrif EES-samningsins á þau.

Sjötti kafla fjallar um hlutverk stjórnvalda samkvæmt lögum um fjárfestingu erlendra aðila í atvinnurekstri og möguleika stjórnvalda til að endurskoða fyrri ákvarðanir sínar. Einnig er fjallað um heimildir ráðherra til að stöðva fjárfestingar vegna sérstakra aðstæðna.

Sjöundi kafla skýrslunnar hefur að geyma samantekt og niðurstöður og í þeim áttunda er fjallað um möguleg úrræði stjórnvalda í því máli sem hér er til umfjöllunar.

## 2 Málsvik

### 2.1 Forsaga málsins

Hitaveita Suðurnesja var stofnuð sem sameignarfélag ríkisins og sjö sveitarfélaga á Suðurnesjum með lögum nr. 100/1974 um Hitaveitu Suðurnesja. Eignarhald samkvæmt þeim lögum skiptist með þeim hætti að Ríkissjóður Íslands átti 40%, og Keflavíkurkaupstaður, Njarðvíkurhreppur, Gerðahreppur, Miðneshreppur, Hafnahreppur, Grindavíkurkaupstaður og Vatnsleysustrandarhreppur áttu samtals 60% sem skiptust innbyrðis í hlutfalli við íbúatölu þeirra 1. desember 1974.<sup>3</sup> Samkvæmt breytingarlögum nr. 16/1995 skiptist eignarhald félagsins með eftirfarandi hætti: Ríkissjóður Íslands 20%, Keflavík-Njarðvík-Hafnir 52,20%, Grindavíkurkaupstaður 11,17%, Sandgerðisbær 6,99%, Gerðahreppur 6,07% og Vatnsleysustrandarhreppur 3,57%. Tilgangur Hitaveitu Suðurnesja, sbr. lög nr. 91/1984, var að virkja jarðhita í Svartsengi eða annars staðar á Reykjanesi, reisa og reka orkuver, aðveitur og orkudreifikerfi á starfssvæði hennar og annast sölu á orku til notenda, sem og önnur nýting á jarðgufu og heitu grunnvatni.<sup>4</sup> Var félaginu veitt einkaleyfi til starfrækslu hitaveitu og rafveitu á starfssvæði sínu.<sup>5</sup>

#### 2.1.1 Hitaveita Suðurnesja hf

Með lögum nr. 10/2001 um stofnun hlutfélags um Hitaveitu Suðurnesja voru Hitaveita Suðurnesja og Rafveita Hafnarfjarðar sameinaðar í eitt hlutfélag. Áður hafði verið samstarf í orkumálum milli Hitaveitu Suðurnesja og annarra sveitarfélaga en þeirra sem voru eigendur fyrirtækisins. Laut áhugi þessara aðila fyrst og fremst að því að kanna möguleika á samstarfi og samvinnu varðandi nýtingu jarðhita sem og aðra alhliða samvinnu á sviði orkumála.<sup>6</sup> Með lögnum varð skipting eignarhluta með eftirfarandi hætti: Ríkissjóður Íslands 16,667%, Reykjanesbær 43,500%, Hafnarfjarðarbær 16,667%, Grindavíkurbær 9,308%, Sandgerðisbær 5,825%, Gerðahreppur 5,058% og Vatnsleysustrandarhreppur 2,975%. Hlutfé félagsins nam 6.800.000.000 króna.<sup>7</sup> Hlutfé var aukið árið 2002.<sup>8</sup> Ríkissjóður nýtti sér ekki kauprétt við aukninguna og var hlutur hans eftir þá breytingu skráður sem 15,203%. Stjórn félagsins átti forkaupsrétt að fölum hlutum fyrir hönd þess og að því frágengnu hluthafar í samræmi við

<sup>3</sup> 2. gr. laga nr. 100/1974 um Hitaveitu Suðurnesja.

<sup>4</sup> 3. gr. laga nr. 100/1974 um Hitaveitu Suðurnesja, sbr. 2. gr. laga nr. 91/1984 um breyting á lögum nr. 100 31. desember 1974, um Hitaveitu Suðurnesja, sbr. lög nr. 26/1980.

<sup>5</sup> 6. gr. laga nr. 100/1974 um Hitaveitu Suðurnesja, sbr. 3. gr. laga nr. 91/1984 um breyting á lögum nr. 100 31. desember 1974, um Hitaveitu Suðurnesja, sbr. lög nr. 26/1980. Sjá einnig: *Einkavæðing 2003–2007: Skýrsla framkvæmdanefndar um einkavæðingu*, júní 2007, bls. 29 og 30. Slóð:

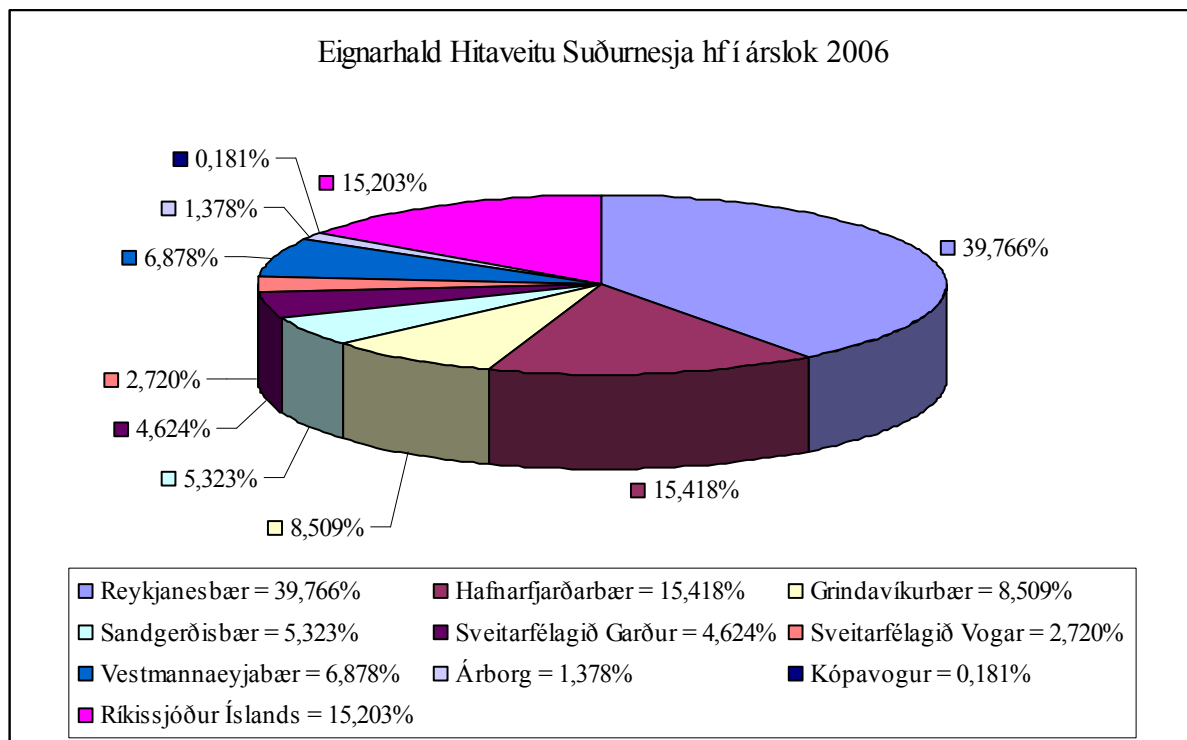
<http://www.forsaetisraduneyti.is/media/Einkavaeding/einkavaeding03-07.pdf.pdf>

<sup>6</sup> Frumvarp til laga um stofnun hlutfélags um Hitaveitu Suðurnesja. 126. lþ. 2000–2001, 520. mál, þskj. 816.

<sup>7</sup> *Einkavæðing 2003–2007*, bls 30 og Stjórnarfundur í Hitaveitu Suðurnesja 1. febrúar 2002, sbr. tilkynning til fyrirtækjaskrár RSK. Móttekið 14. mars 2002.

<sup>8</sup> Stjórnarfundur í Hitaveitu Suðurnesja 1. febrúar 2002, sbr. tilkynningu til fyrirtækjaskrár RSK. Móttekið 14. mars 2002.

hlutafjäreign sína. Var forkaupsréttur virkur í tvo mánuði. Á árunum 2001 til 2005 urðu ýmis viðskipti með hluti í félaginu.<sup>9</sup>



Heimild: Ársskýrsla Hitaveitu Suðurnesja hf 2006.

### 2.1.2 Einkavæðing

Í aðdraganda framangreindra breytinga á Hitaveitu Suðurnesja könnuðu stjórnendur hennar möguleika á að selja hlut ríkisins,<sup>10</sup> en ráðamenn töldu eðlilegt að biða með sölu þar til breytingu sem fyrirhuguð var á rekstrarumhverfi raforkufyrirtækja hefði verið hrundið í framkvæmd. Í svörum viðkomandi ráðuneyta við erindi stjórnendanna var vísað til þess að

... fyrir dyrum stæðu breytingar á löggjöf um raforkumál hérlendis, byggðar á evrópskri fyrirmynd, sem væntanlega myndu hafa í för með sér breytt rekstrarumhverfi orkufyrirtækja á næstu árum, þar sem sala raforku yrði aðskilin frá flutningi og dreifingu raforku og samkeppni mundi verða í framleiðslunni. Þá væri einkavæðing ríkisfyrirtækja, einkum þeirra sem væru í samkeppni við fyrirtæki í eigu einkaaðila, á stefnuskrá ríkisstjórnarinnar.<sup>11</sup>

Með setningu nýrra raforkulaga var framleiðsla og sala á raforku gefin frjáls og samkeppni innleidd á þeim markaði, en flutningur raforku frá virkjun og dreifing til neytenda var eftir sem áður háð einkaleyfi.

Með raforkulögum nr. 65/2003 hófst markaðsvæðing raforkumarkaðarins á Íslandi. Í því fólst meðal annars að komið var á ákveðnu kerfi framleiðenda, heildsala, endurseljenda, flytjenda

<sup>9</sup> *Einkavæðing 2003–2007*, bls. 30.

<sup>10</sup> *Einkavæðing 2003–2007*, bls 30.

<sup>11</sup> *Einkavæðing 2003–2007*, bls. 31.



og dreifingaraðila raforku. Lögin gera ráð fyrir því að flutningur og dreifing rafmagns sé háð sérleyfum en að framleiðsla og sala rafmagns sé samkeppnisstarfsemi og hverjum sem er heimil sem hafi til þess nauðsynleg leyfi. Í samræmi við þetta er raforkumarkaði skipt í fjóra flokka: framleiðslu, flutning, dreifingu og sölu. Ástæða þess að dreifing og flutningur rafmagns er sérleyfisstarfsemi er sú að um náttúrulega einokun er að ræða.

Í árslok 2006 var framkvæmdanefnd um einkavæðingu falið að undirbúa sölu á öllum hlutabréfum ríkissjóðs í Hitaveitu Suðurnesja hf, 15,203%. Að undangengnu útboði var Capacent ehf falið að annast ráðgjöf við sölu. Hluturinn var auglýstur til sölu 7. mars 2007 og lýstu tíu aðilar áhuga á kaupunum. Voru þeir allir taldir uppfylla skilyrði þau sem sett höfðu verið fyrir því að mega bjóða í hlutinn, meðal annars skilyrði 2. tölul. 1. mgr. 4. gr. laga nr. 34/1991 um fjárfestingu erlendra aðila í atvinnurekstri varðandi heimildir erlendra aðila til að fjárfesta í íslenskum orkuvinnslu- og orkudreifingarfyrirtækjum. Önnur skilyrði vörðuðu fjárhagslegan styrk kaupanda og að hluturinn yrði aðeins seldur í einu lagi. Þá var þátttaka takmörkuð þannig að íslensk orkufyrirtæki í opinberri eigu, þ.e. þau félög sem stunduðu starfsemi sem féll undir raforkulög nr. 65/2003, og dótturfélög þeirra eða félög þar sem þau færu með yfirráð í skilningi samkeppnislaga, máttu ekki bjóða í hlutinn.<sup>12</sup> Í endanlegum drögum kaupsamningsins var gerður fyrirvari um að félagið sjálft, þ.e. Hitaveita Suðurnesja hf, og þáverandi hluthafar ættu forkaupsrétt að eignarhlutnum í samræmi við samþykktir félagsins. Frestur til að skila inn bindandi kauptilboði rann út 30. apríl 2007 og voru tilboð opnuð þann dag. Fjögur tilboð bárust og var hæsta tilboði tekið, en það var frá Geysi Green Energy ehf. Tilboðið nam 7.617.000.000 krónum. Kaupsamningurinn var undirritaður 3. maí 2007, tveimur mánuðum eftir að hluturinn var auglýstur til sölu.<sup>13</sup>

### **2.1.3 Orkuveita Reykjavíkur og samkeppnismál**

#### *Ákvörðun samkeppniseftirlitsins nr. 23/2008, 16. apríl 2008*

Í kjölfar einkavæðingarinnar skiptu fleiri hlutir í Hitaveitu Suðurnesja hf um eigendur og varð veruleg breyting á eigendahópnum. Orkuveita Reykjavíkur og Geysir Green Energy ehf, sem ekki höfðu áður átt hluti í félaginu, urðu nú stærstu hluthafarnir ásamt Hafnarfjarðarbæ og Reykjanesbæ, en einnig áttu fleiri smærri hluti. Nokkrir eldri eigendur neyttu forkaupsréttar síns í þessum viðskiptum. Deilur komu upp í kjölfarið um yfirráð í félaginu. Virðist sem myndast hafi tvær „blokkir“, Hafnarfjarðarbær og Orkuveita Reykjavíkur annars vegar og Geysir Green Energy ehf og Reykjanesbær hins vegar. Hluthafar gerðu með sér samkomulag um viss meginatriði í stjórn félagsins 11. júlí 2007.<sup>14</sup>

Samkeppniseftirlitið hóf rannsókn á viðskiptum með hlutabréf í Hitaveitu Suðurnesja hf 6. júlí 2007, sbr. ákvörðun þess 16. apríl 2008 í máli nr. 23/2008.<sup>15</sup> Laut skoðun Samkeppniseftirlitsins fyrst að samruna en síðan að samkeppnishömlum.<sup>16</sup> Í júní og júlí 2007 keypti Orkuveita Reykjavíkur samtals 16,5822% eignarhlut í Hitaveitu Suðurnesja hf af Reykjanesbæ, Hafnar-

<sup>12</sup> *Einkavæðing 2003–2007*, bls. 31–32. Sjá einnig ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 23/08 bls. 7.

<sup>13</sup> Fjármálaráðuneytið, fréttatilkynning nr. 6/2007. Slóð:

<http://www.fjarmalaraduneyti.is/frettir/frettatilkynningar/frettatilkynningar/2007/05/03/nr/8297>

Sótt 24. ágúst 2010.

<sup>14</sup> Úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 7/2008, bls. 5 og 12.

<sup>15</sup> Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 23/08, bls. 1.

<sup>16</sup> Úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 7/2008, bls. 11 og 12.

fjarðarbæ og Grindarvíkurkaupstað.<sup>17</sup> Jafnframt var gerður samningur milli Orkuveitu Reykjavíkur og Hafnarfjarðarbæjar þess efnis að Hafnarfjarðarbær gæti á næstu 6 mánuðum ákveðið að selja Orkuveitu Reykjavíkur hluta af eða alla hluti sína í Hitaveitu Suðurnesja, allt að 15,4178%.<sup>18</sup> Virðist skoðun Samkeppniseftirlitsins hafa haft áhrif á viðskipti með hlutina á þessum tíma, einkum að því er varðaði viðskipti Orkuveitu Reykjavíkur en viðskiptum hennar og Hafnarfjarðarbæjar var frestað og beðið niðurstöðu Samkeppniseftirlitsins.

Í október 2007 var tilkynnt um samruna Reykjavík Energy Invest hf, dótturfélags Orkuveitu Reykjavíkur, og Geysis Green Energy ehf, en 2. nóvember sama ár hafnaði borgarráð samruna þessara félaga og var það tilkynnt samkeppniseftirlitinu 21. sama mánaðar.<sup>19</sup> Í mars 2008 tilkynnti Orkuveita Reykjavíkur að hún hefði engin áhrif á daglega stjórn Hitaveitu Suðurnesja hf og ekkert upplýsingaflæði væri á milli fyrirtækjanna. Hlutur Orkuveitu Reykjavíkur í Hitaveitu Suðurnesja hf væri þannig eingöngu fjárfesting.<sup>20</sup> Á hinn bóginn kemur fram í bréfi Geysis Green Energy ehf til samkeppniseftirlitsins að félagið telji aðkomu Orkuveitu Reykjavíkur að Hitaveitu Suðurnesja hf skapa „ákveðin samkeppnisleg vandkvæði“<sup>21</sup> og að þessi tengsl séu í óþökk þess.<sup>22</sup> Hafnarfjarðarbær átti sölurétt á 15,418% hlut sínum til Orkuveitu Reykjavíkur og vildi virkja hann með þeim hætti að Orkuveitan keypti 95% hlutfjár Hafnarfjarðarbæjar þ.e. 14,647% hlut í HS Orku hf. Hefði hlutur Orkuveitu Reykjavíkur þá verið orðinn liðlega 31%.<sup>23</sup>

Samkeppniseftirlitið komst að þeirri niðurstöðu að þar sem Orkuveita Reykjavíkur og Hitaveita Suðurnesja hf væru tvö af öflugustu orkufyrirtækjum á Íslandi (með sameiginlega markaðshlutdeild um 60%), uppbygging félaganna væri áþekk (þau rækju bæði hitaveitu og seldu raforku til almennings og smærri fyrirtækja og seldu einnig rafmagn til stærri iðnrekenda) þá væru þau í beinni samkeppni á báðum þessum mörkuðum.<sup>24</sup> Samkeppniseftirlitið taldi að með eignarhlut sínum hefði Orkuveita Reykjavíkur möguleika á að hafa samkeppnishamlandi afskipti af helsta keppinaut sínum. Var henni því gert að minnka eða selja alfarið hlut sinn í Hitaveitu Suðurnesja hf<sup>25</sup> og var áskilið að hann yrði ekki stærri en 3%.<sup>26</sup>

Orkuveita Reykjavíkur og Hafnarfjarðarbær kærðu ákvörðun samkeppniseftirlitsins nr. 23/2008 til áfrýjunarnefndar samkeppnismála, sbr. úrskurð hennar 2. júlí 2008 í máli nr. 7/2008. Þar staðfesti áfrýjunarnefndin niðurstöðu samkeppniseftirlitsins með þeirri breytingu að eignarhlutur Orkuveitu Reykjavíkur mætti vera 10%, og engin sérréttindi fylgja hlut. Í kjölfarið auglýsti Orkuveita Reykjavíkur hlut sinn í Hitaveitu Suðurnesja hf til sölu.

<sup>17</sup> Úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 7/2008, bls. 12.

<sup>18</sup> Úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 7/2008, bls. 12. Sjá einnig fundargerð bæjarráðs Hafnarfjarðar nr. 3176 frá 2. júlí 2007. Slóð:

<http://www.hafnarfjordur.is/hafnarfjordur/stjornsysla/fundargerdir/> Sótt 25. ágúst 2010.

<sup>19</sup> Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 23/08, bls. 1–2 og Úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 7/2008, bls. 11.

<sup>20</sup> Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 23/08, bls. 3.

<sup>21</sup> Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 23/08, bls. 3.

<sup>22</sup> Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 23/08, bls. 8 og 13.

<sup>23</sup> Fundargerð bæjarráðs Hafnarfjarðar nr. 3190 frá 17. desember 2007. Slóð:

<http://www.hafnarfjordur.is/hafnarfjordur/stjornsysla/fundargerdir/> Sótt 25. ágúst 2010. Eignarhlutur Orkuveitu Reykjavíkur hefði orðið um 32% ef Hafnarfjarðarbær hefði samþykkt að selja alla hluti sína.

<sup>24</sup> Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 23/08, bls. 10 og 12.

<sup>25</sup> Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 23/08, bls. 14 og 15.

<sup>26</sup> Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 23/08, bls. 16.

### **2.1.4 Uppskipting Hitaveitu Suðurnesja hf**

Síðla árs 2008 var Hitaveita Suðurnesja hf sem slík lögð niður en við hlutverki hennar tóku tvö sjálfstæð fyrirtæki, HS Orka hf og HS Veitur hf. Þetta var gert í kjölfar setningar laga nr. 58/2008 um breytingu á nokkrum lögum á auðlinda- og orkusviði þar sem m.a. er kveðið á um aðskilnað samkeppnis- og sérleyfisstarfsemi í tvö aðskilin og sjálfstæð fyrirtæki sem hafi sjálfstæðar stjórnir.<sup>27</sup> Skipting Hitaveitu Suðurnesja hf var gerð í samræmi við skiptingaráætlun sem undirrituð var af stjórn fyrirtækisins 24. október 2008<sup>28</sup> og samþykkt á hluthafafundi 1. desember sama ár.<sup>29</sup> Í kjölfarið var samþykktum HS Orku hf breytt og hlutafé lækkað sem nam þeim hluta sem felldur var út úr félaginu.<sup>30</sup> Nam hlutafé félagsins HS Orku hf 6.118.387.000 krónum. Samkvæmt samþykktum félagsins er tilgangur þess vinnsla og nýting jarðvarma og hvers konar annarra orkuauðlinda; sala raforku, orkugjafa og annarra afurða félagsins svo sem vinnsla og sala grunnvatns og annarra grunnvökva unnum úr borholum ásamt hverri þeirri starfsemi annari sem nýtt getur rannsóknir, þekkingu eða búnað félagsins. Einnig iðnþróun og nýsköpun af hverju tagi sem er ásamt annari viðskipta- og fjármálastarfsemi samkvæmt ákvörðun stjórnar hverju sinni.<sup>31</sup> Fyrirtækið HS Veitur hf annast aftur á móti dreifingu á rafmagni og heitu og köldu vatni.

Í júlí 2009 seldi HS Orka hf Reykjanesbæ land og jarðhitaréttindi. Um var að ræða 39 hektara land á Reykjanestá og 63 hektara land í Svartsengi. Söluverðið nam 854 millj. kr. Á sama tíma gerði félagið samning um leigu á hinu selda landi og nýtingarrétti jarðhita til næstu 65 ára með möguleika á framlengingu leigutíma um 65 ár eftir það.<sup>32</sup>

### **2.1.5 Geysir Green Energy ehf og samkeppnismál**

*Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 30/2009, 4. sept. 2009*

Hinn 16. júlí 2009 tilkynnti Geysir Green Energy ehf Samkeppniseftirlitinu um kaup sín á 34% hlut í HS Orku hf af Reykjanesbæ. Áður fór Geysir Green Energy ehf með 32% hlutafjárins sem félagið hafði eignast með kaupum á hlut íslenska ríkisins og kaupum á hlutum af ýmsum sveitarfélögum.<sup>33</sup> Hér var því talið vera um samruna í merkingu 17. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 að ræða. Samkeppniseftirlitið komst að þeirri niðurstöðu að vegna skilyrða sem sett hefðu verið væri ekki þörf á að ógilda samrunann. Við meðferð málsins komu fram upplýsingar um að „kanadíska jarðvarmafyrirtækið, Magma Energy“ hefði keypt hlut Orkuveitu Reykjavíkur í HS Orku hf.<sup>34</sup>

<sup>27</sup> 2. gr. laga nr. 58/2008 um breytingu á nokkrum lögum á auðlinda- og orkusviði.

<sup>28</sup> Tilkynning til hlutafélagaskrár um skiptingaráætlun. Móttekin 24. október 2008 hjá fyrirtækjaskrá RSK.

<sup>29</sup> Tilkynning um skiptingaráætlun. Móttekin 22. desember 2008 hjá fyrirtækjaskrá RSK.

<sup>30</sup> Tilkynning um skiptingaráætlun (hluthafafundur 1. desember 2008). Móttekin 22. desember 2008 hjá fyrirtækjaskrá RSK.

<sup>31</sup> Samþykktir fyrir HS Orku hf. Mótteknar 22. desember 2008 hjá fyrirtækjaskrá RSK.

<sup>32</sup> HS Orka hf, Ársskýrsla 2009, bls. 24.

<sup>33</sup> Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 30/2009, frá 4. september 2009, bls. 2.

<sup>34</sup> Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 30/2009, bls. 1 og 3.

## 2.2 Aðilar að samningunum

### 2.2.1 Orkuveita Reykjavíkur

Orkuveita Reykjavíkur er íslenskt sameignarfyrtæki sem stofnað var í desember 2001 og tók til starfa 1. janúar 2002 samkvæmt lögum nr. 139/2001 um stofnun sameignarfyrtækis um Orkuveitu Reykjavíkur, sbr. 8. gr. og 9. gr. Stofnendur voru Akraneskaupstaður, Borgarbyggð, Borgarfjarðarsveit, Garðabær, Hafnarfjarðarkaupstaður og Reykjavíkurborg<sup>35</sup> og er heimilisfang félagsins Bæjarháls 1 í Reykjavík. Núverandi eigendur eru Reykjavíkurborg, Akraneskaupstaður og Borgarbyggð.<sup>36</sup>

Samkvæmt 2. gr. laga 139/2001 er tilgangur Orkuveitu Reykjavíkur vinnsla og framleiðsla raforku, varma og vatns, dreifing og sala afurða fyrtækisins ásamt hverri þeirri starfsemi annarri sem nýtt getur rannsóknir, þekkingu eða búnað fyrtækisins, sem og iðnþróun og nýsköpun af hverju tagi, ásamt annarri viðskipta- og fjármálastarfsemi samkvæmt ákvörðun stjórnar hverju sinni. Orkuveitu Reykjavíkur er heimilt að reka dótturfélög og að eiga hlut í öðrum félögum.

Orkuveita Reykjavíkur hefur einkaleyfi til starfrækslu hita-, vatns- og rafveitu á starfssvæði sínu, sbr. 5.gr. laganna. Sett hefur verið reglugerð nr. 297/2006 um Orkuveitu Reykjavíkur.

### 2.2.2 Geysir Green Energy ehf

ISB Sustainable Energy Investment ehf var stofnað 21. júní 2005. Heimili þess var á Kirkjusandi 2 í Reykjavík og var stofnandi félagsins ÍSB eignarhaldsfélag, síðar Glitnir eignarhaldsfélag ehf, einnig með heimili á Kirkjusandi 2. Samkvæmt samþykktum félagsins var tilgangur þess að eiga og fara með eignarhlut í öðrum félögum og að annast að öðru leyti eignaumsýslu, kaup og sölu eigna, lánastarfsemi og skylda starfsemi. Hlutfé var 500.000 krónur.<sup>37</sup> Nafni félagsins var breytt í Geysir Green Energy ehf á hluthafafundi sem haldinn var í árslok 2006.<sup>38</sup> Í byrjun árs 2007 voru gerðar breytingar á stjórn félagsins og var hlutfé aukið í 930.490.331 krónur með útgáfu nýrra hluta til FL Group, Glitnis banka og VGK-Hönnunar hf. Greitt var með reiðufé ásamt því að Glitni banka og VGK-Hönnun hf var veitt heimild til að greiða með hlutum í Enex hf, Enex-Kína ehf og Exorku ehf.<sup>39</sup> Hlutfé félagsins var aukið yfir árið og nam í árslok 2007 17.384.500.000 krónum.<sup>40</sup> Árið 2007 eignaðist félagið jafnframt hluti í HS Orku, Jarðborunum og varð meirihluta eigandi í Enex hf og Exorku ehf.<sup>41</sup>

<sup>35</sup> Upplýsingar um firma, dags. 28. desember 2001. Móttekið hjá RSK fyrtækjaskrá 24. sept. 2008.

<sup>36</sup> Ársskýrsla Orkuveitu Reykjavíkur 2009, bls. 3. Sótt á heimasíðu Orkuveitu Reykjavíkur 24. ágúst 2010. Eignarhald er óbreytt frá árslokum 2008, sbr. ársreikning 2008, fenginn hjá RSK fyrtækjaskrá.

<sup>37</sup> Tilkygning um stofnun einkahlutafélags. Móttekið hjá fyrtækjaskrá RSK 22. júní 2005.

<sup>38</sup> Tilkygning um breytingu á nafni ehf/hf. Móttekið hjá fyrtækjaskrá RSK 29. desember 2006.

<sup>39</sup> Tilkygningar til fyrtækjaskrár RSK frá 25. janúar og 25. apríl 2007.

<sup>40</sup> Upplýsingar með ársreikningi ásamt samstæðureikningi fyrir reikningsárið 2008, sbr. tilkygning til fyrtækjaskrár RSK. Móttekin 1. ágúst 2007.

<sup>41</sup> Geysir Green Energy ehf keypti dótturfélag sitt, Jarðboranir, ásamt 16% hlut í Enex af Atorku Group í gegnum dótturfélag Atorku, Renewable Energy, 1. ágúst 2007. Samhliða keypti Atorka 32% hlut í Geysi Green Energy ehf og varð þar með kjölfestufjórðingur í félaginu. Í byrjun árs 2008 juku Atorka Group og VGK-Hönnun hf hluti sína í félaginu og nam hlutur Atorku Group þá 44% og VGK-Hönnunar hf 11%. Þá varð Glacier Renewable Energy Fund 42% hluthafi í félaginu þegar FL Group og Glitnir banki fluttu hluti sína í félaginu í sjóðinn. Heimildir: Ársskýrsla Geysis Green Energy ehf 2007, bls. 12 og 13. Slóð:

<http://viewer.zmags.com/showmag.php?mid=gfrpt#/page14/>, Ársskýrsla Geysis Green Energy ehf 2008, bls. 10. Slóð <http://www.geysirgreenenergy.com/about/corporate-info/> Sótt 24. ágúst 2010. Sjá einnig: „Atorka innleysir 11

Í apríl 2008 var gerð sú breyting á samþykktum félagsins að tilgangur þess yrði

að eiga og fara með eignarhluta í öðrum félögum sem beint og óbeint starfa á sviði tengdu endurnýjanlegum orkugjöfum og skyldri starfsemi, þróun, rannsóknir, vinnsla og nýting hvers konar orkulinda, dreifing og sala orku og þekkingar og hver sú starfsemi önnur sem nýtt getur rannsóknir, fjármuni eða þekkingu sem félagið býr yfir.<sup>42</sup>

Á þessum tíma fór félagið með eignarhluta í ýmsum félögum sem beint eða óbeint störfuðu á sviði endurnýjanlegra orkugjafa og í skyldri starfsemi.<sup>43 44</sup> Hlutfé félagsins var hækkað um 3.103.964.215 krónur með tveimur hækkunum í júní<sup>45</sup> og ágúst<sup>46</sup> 2008 og var í árslok 20.488.964.215 krónur.<sup>47</sup>

Tekið skal fram að Geysir Green Energy ehf heimilaði nefnd um orku- og auðlindamál ekki aðgang að gögnum sem félagið hafði afhent nefnd um erlenda fjárfestingu sem starfar á grundvelli 1. mgr. 12. gr. laga nr. 34/1991, um fjárfestingu erlendra aðila í atvinnurekstri. Í umfjöllun sinni hefur nefndin því stuðst við aðrar heimildir.

Upphaf eignarhalds Geysis Green Energy ehf í HS Orku hf má rekja til kaupa félagsins á 15,203% eignarhlut ríkisins í Hitaveitu Suðurnesja hf eftir útboð einkavæðingarnefndar 3. maí 2007 eins og áður hefur komið fram. Hinn 29. júní sama ár, undirritaði félagið samninga um kaup á hlutum í Hitaveitu Suðurnesja hf af eftirtöldum sveitarfélögum: Vestmannaeyjabæ, Árborg, Kópavogi, Vogum, Sandgerði, Grindavík og Garði. Um var að ræða allan hlut þessara sveitarfélaga í Hitaveitu Suðurnesja hf fyrir utan að sveitarfélögin á Suðurnesjum héldu eftir um 1,25% hlut. Í þessum viðskiptum keypti Geysir Green Energy ehf samtals 28,4% hlut í félaginu. Nam heildarkaupverð 15,0 milljörðum króna.<sup>48</sup>

Í júlí 2009 var samið um kaup Geysis Green Energy ehf á hlut Reykjanesbæjar í HS Orku hf fyrir 13,1 milljarð króna. Nefnd um orku- og auðlindamál hefur samninginn ekki undir höndum en samkvæmt fundargerð fundar bæjarstjórnar Reykjanesbæjar frá 14. júlí 2009 samþykkti meiri hluti bæjarstjórnar Reykjanesbæjar „samkomulag um helstu skilmála samnings um kaup og sölu á hlutfé milli Reykjanesbæjar og Geysis Green Energy“ sem áður hafði verið samþykkt í bæjarráði

---

milljarða króna hagnað með sölu Jarðborana til Geysir Green Energy.“ Frétt birt 1. ágúst 2007 á fréttakerfi Nasdaq OMX Iceland. Slóð:

<https://newsclient.omxgroup.com/cdsPublic/viewDisclosure.action?disclosureId=231156&lang=is> Sótt 24. ágúst 2010.

<sup>42</sup> 3. gr. samþykktu Geysis Green Energy ehf. Fundargerð aðalfundar frá 4. apríl 2008, sbr. tilkynning til fyrirtækjaskrár RSK. Móttekin 25. apríl 2008.

<sup>43</sup> Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 30/2009, bls 1.

<sup>44</sup> Þá var stjórn félagsins á sama tíma veitt heimild til að hækka hlutfé félagsins, ýmist skilyrt við ákveðnar fjárfestingar eða skuldbindingar. Sjá fundargerð aðalfundar Geysis Green Energy ehf frá 4. apríl 2008. Móttekin 25. apríl hjá fyrirtækjaskrá RSK.

<sup>45</sup> Tilkynning um hækkun á hlutfé Geysis Green Energy ehf. frá 24. júní 2008. Móttekin 11. júlí hjá fyrirtækjaskrá RSK.

<sup>46</sup> Tilkynning um hækkun hlutfjár í Geysi Green Energy, dags. 24. október 2008. Móttekin 27. október 2008 hjá fyrirtækjaskrá RSK.

<sup>47</sup> Samþykktir fyrir Geysi Green Energy ehf. Mótteknar 23. september 2009 hjá fyrirtækjaskrá RSK. Sjá einnig vottorð úr fyrirtækjaskrá fyrir Geysi Green Energy ehf, útgefið 17. ágúst 2008 af fyrirtækjaskrá RSK. Í upplýsingum með ársreikningi ásamt samstæðureikningi fyrir reikningsárið 2008 kemur fram í efnahagsreikningi félagsins að hlutfé móðurfélags sé 20.415.299.000 krónur. Mismunurinn, 73.665.215 krónur, getur legið í eignarhaldi félagsins á eigin hlutum.

<sup>48</sup> „Geysir Green Energy kaupir 28,4% hlut í Hitaveitu Suðurnesja.“ Frétt birt 29. júní 2007 á mbl.is. Slóð: <http://www.mbl.is/mm/vidskipti/frettir/2007/06/29/geysir-green-energy-kaupir-28-4-prosent-hlut-i-hita/> Sótt 25. ágúst 2010.



Reykjanesbæjar. Var bæjarráði falið málið til endanlegrar afgreiðslu og að ganga frá kaupsamningi. Samningarnir fólu í sér að Reykjanesbær eignaðist meiri hluta í HS Veitum hf og keypti land og auðlindir af HS Orku hf á Reykjanesi og í Svartsengi fyrir hluti sína í HS Orku hf. Þá var samið við HS Orku hf um nýtingarrétt jarðhitans til 65 ára og er gert ráð fyrir að samningurinn muni færa Reykjanesbæ tekjur upp á 50–70 milljónir króna á ári. Þá kemur fram að í samnings-skilmálunum sé

gert ráð fyrir að skuldabréf sem Reykjanesbær fær sem hlutagreiðslu fyrir hluti í HS Orku beri 3,5% grunnvexti auk verðvísitölu tengdri álverðsþróun á líftíma skuldabréfsins. Samkvæmt framvirkum verðum álverðs í maí 2009 er áætlað að skuldabréfið beri um 7% meðaltalsvexti á líftíma þess. Til tryggingar skuldabréfinu eru hlutir í HS Orku. Þeir hlutir eru varðir með handveði í hlutabréfunum og gjaldfellingarákvæði eru í bréfinu stefni eiginfjárhlutfall HS Orku undir 20%. Auk þess er heimilt að krefjast þess að arður HS Orku verði nýttur til niðurgreiðslu á höfuðstól skuldabréfsins, komi til þess að hann verði greiddur út. Þannig er verðmæti veðsins tryggt eins og mögulegt er.<sup>49</sup>

Á fundi bæjarráðs Reykjanesbæjar 16. júlí 2009 samþykkti meiri hluti bæjarráðs kaupsamning um hlutabréf milli Reykjanesbæjar (seljanda) og Geysis Green Energy ehf (kaupanda) ásamt skuldabréfi og útreikningi á virkum vöxtum.<sup>50</sup> Í fréttatilkynningu á heimasíðu Geysis Green Energy ehf 17. nóvember 2009 er greint frá kaupum Magma Energy Corp á hlutum í HS Orku hf af félaginu og tilgreint að kaupin komi í kjölfar samkomulags Reykjanesbæjar og Geysis Green Energy ehf um breytt eignarhald á HS Orku hf og HS Veitum hf.<sup>51</sup>

### **2.2.3 Magma Energy Corp**

Magma Energy Corp er kanadískt almenningshlutafélag, skráð á hlutabréfamarkaði í Toronto í Kanada með heimilisfang í Vancouver, BC, Kanada. Samkvæmt heimasíðu sinni starfar fyrirtækið á sviði jarðvarma. Dótturfélög eða tengd félög eru tilgreind í Bandaríkjunum, á Íslandi, í Chile og Perú.<sup>52</sup> Stjórn Magma Energy Corp skipa Ross Beaty, stjórnarformaður og forstjóri, David Cornhill, Robert Pirooz, Donald Shumka og Paul Sweeney.<sup>53</sup> Samkvæmt kynningu á Magma Energy Corp frá júlí 2010 er samsetning hluthafa félagsins eftirfarandi:<sup>54</sup> Ross Beaty/Sitka

<sup>49</sup> Fundargerð fundar bæjarstjórnar Reykjanesbæjar nr. 354 (aukafundur), 14. júlí 2009. Slóð: [http://www.reykjanesbaer.is/fundargerdir\\_new.asp?cat\\_id=684&mtg\\_id=1510201805830000&s](http://www.reykjanesbaer.is/fundargerdir_new.asp?cat_id=684&mtg_id=1510201805830000&s) Sótt 25. ágúst 2010.

<sup>50</sup> Fundargerð fundar bæjarráðs Reykjanesbæjar nr. 762, 16. júlí 2009. Slóð: [http://www.reykjanesbaer.is/fundargerdir\\_new.asp?cat\\_id=684&mtg\\_id=1789474266767500&s](http://www.reykjanesbaer.is/fundargerdir_new.asp?cat_id=684&mtg_id=1789474266767500&s) Sótt 25. ágúst 2010.

<sup>51</sup> „Geysir Green Energy Acquires Majority Stake in HS Orka – Geysir Green Energy eignast meirihluta í HS Orku.“ Frétt á heimasíðu Geysis Green Energy ehf. Slóð: <http://www.geysirgreenenergy.com/news/2009/11/17> Sótt 25. ágúst 2010.

<sup>52</sup> Corporate Directory. Heimasíða Magma Energy Corporation. Slóð: <http://www.magmaenergycorp.com/s/CorporateDirectory.asp> Sótt 25. ágúst 2010.

<sup>53</sup> Board Members. Heimasíða Magma Energy Corporation. Slóð: <http://www.magmaenergycorp.com/s/Directors.asp> Sótt 25. ágúst 2010.

<sup>54</sup> Presentations. Heimasíða Magma Energy Corporation: <http://www.magmaenergycorp.com/s/Presentations.asp> Sótt 25. ágúst 2010.

Foundation – 45,38%, stofnanafjárfestar – 34,58%, almennir fjárfestar – 15,48% og AltaGas Income Trust – 4,56%.<sup>55</sup>

### **2.2.4 Magma Energy Sweden AB**

Magma Energy Sweden AB er skráð sænskt einkahlutafélag með heimilisfang í Gautaborg. Samkvæmt upplýsingum frá sænsku hlutafélagaskránni er Magma Energy Sweden AB „privat aktiebolag“ eða einkahlutafélag. Var félagið stofnað þann 24. mars 2009 og skráð hjá sænsku hlutafélagaskránni 8. júní sama ár. Það var upphaflega stofnað undir nafninu Aktiebolaget Grogrunden nr 2455.<sup>56</sup> Eftir sölu á öllu hlutafé félagsins til kanadíska félagsins Magma Energy Corp voru teknar upp nýjar samþykktir fyrir félagið. Var það gert á hluthafafundi 6. júlí 2009 þar sem einnig var kosin ný stjórn. Frá og með þeim tíma var nafni félagsins breytt í núverandi heiti þess, Magma Energy Sweden AB. Skráðir stjórnarmenn, Lyle Emerson Braaten, Kanada, og Johan Rappmann, Svíþjóð, voru viðstaddir hluthafafundinn auk Ross Beaty, Kanada. Í bókun fundarins kemur fram að allir hlutir félagsins 1.000 talsins séu í eigu Magma Energy Corp og fari Lyle Emerson Braaten, Kanada, og Ross Beaty, Kanada, með þá.<sup>57</sup> Í samþykktum félagsins sem hlutafélagaskrá fékk í hendur 6. júlí 2009 er kveðið á um að hlutafé skuli vera 100.000 en að hámarki 400.000 sænskar krónur og hlutir 1.000 en að hámarki 4.000. Þá segir að tilgangur félagsins sé að vinna að rannsóknum og þróun verkefna á sviði jarðhita og að eiga hluti í fyrirtækjum á því sviði.<sup>58</sup>

### **2.2.5 Magma Energy Iceland ehf**

Magma Energy Iceland ehf er íslenskt einkahlutafélag með heimilisfang á Hafnargötu 62 í Reykjanesbæ. Það var stofnað 8. febrúar 2010 og er tilgangur þess samkvæmt samþykktum og stofnsamningi ráðgjöf og önnur þjónusta við hluthafa á sviði orku- og auðlindanýtingar, lánastarfsemi, rekstur fasteigna, fjárfestingar og tengdur atvinnurekstur hér á landi sem og erlendis. Stofnandi félagsins er Magma Energy Corp í Kanada. Stjórn félagsins er skipuð Lyle Braaten, Magma Energy Corp, Kanada og Ásgeiri Margeirssyni sem jafnframt er framkvæmdastjóri félagsins.<sup>59</sup>

## **2.3 Kaupin sem um ræðir**

### **2.3.1 Breytingar á HS Orku hf**

Andlag þeirra samninga sem hér eru til umfjöllunar voru hlutir í félaginu HS Orku hf í Reykjanesbæ. Líkt og að framan greinir áttu sér stað viðskipti með hluti í HS Orku hf þegar Reykjanesbær seldi Geysi Green Energy ehf hluti sína. Þá urðu frekari viðskipti með hluti félagsins með sölu Orkuveitu Reykjavíkur, Hafnarfjarðarbæjar og Sandgerðisbæjar á hlutum

<sup>55</sup> Rétt er að geta þess að þessi listi gæti hafa tekið breytingum bæði vegna hlutafjárútboðs sem lokið var við í lok júlí sem og viðskipta hluthafa á markaði.

<sup>56</sup> Certificate of registration, Magma Energy Sweden AB. Bolagsverket (Sweden Companies Registration Office).

<sup>57</sup> Certificate of registration, Magma Energy Sweden AB. Bolagsverket (Sweden Companies Registration Office) og Protokoll (fundargerð/bókun) frá hluthafafundi Magma Energy Sweden AB 6. júlí 2009 í Gautaborg.

<sup>58</sup> Articles of Association (s. bolagsordning) for Magma Energy Sweden AB.

<sup>59</sup> Stofnfundagerð, 8. febrúar 2010.

sínum í félaginu. Á hluthafafundi HS Orku hf 14. desember 2009 voru samþykktar breytingar á samþykktum félagsins. Var stjórn félagsins veitt heimild til að auka hlutafé félagsins um allt að 1 milljarð króna.<sup>60</sup> Þá voru gerðar breytingar á stjórn félagsins þar sem meðal annars Ross Beaty, stjórnarformaður og forstjóri Magma Energy Corp, og Lyle E. Braaten, lögfræðingur hjá sama félagi, tóku sæti.<sup>61</sup> Hinn 14. júlí 2010 var hlutafé HS Orku hf hækkað um 844.531.548 krónur með áskrift að nýjum hlutum í félaginu.<sup>62</sup>

#### Eignarhald HS Orku hf

Hluthafar í HS Orku hf	Arslok 2006	Arslok 2007	Arslok 2008	Arslok 2009	31. ágúst 2010
Reykjanesbær	39,766%	34,748%	34,748%	0,748%	0,658%
Hafnarfjarðarbær	15,418%	15,418%	15,418%	0%	0%
Grindavíkurbær	8,509%	0,509%	0,509%	0,509%	0,447%
Sandgerðisbær	5,323%	0,323%	0,323%	0%	0%
Sveitarfélagið Garður	4,624%	0,320%	0,320%	0,320%	0,028%
Sveitarfélagið Vogar	2,720%	0,010%	0,010%	0,100%	0,088%
Vestmannaeyjabær	6,878%	0%	0%	0%	0%
Árborg	1,378%	0%	0%	0%	0%
Kópavogur	0,181%	0%	0%	0%	0%
Ríkissjóður Íslands	15,203%	0%	0%	0%	0%
Geysir Green Energy ehf.	0%	32,000%	32,000%	57,380%	14,316%
Orkuveita Reykjavíkur	0%	16,582%	16,582%	0%	0%
Magma Energy Sweden AB	0%	0%	0%	40,943%	84,210%
Samtals:	100%	100%	100%	100%	100%

Heimild: Ársskýrslur HS Orku hf fyrir árin 2007-2009 og hlutaskrá félagsins frá 31. ágúst 2010.

### 2.3.2 Kaup Magma Energy Sweden AB á rúmlega 98% hluta í HS Orku hf

#### Samningur Magma Energy Sweden AB og Geysis Green Energy ehf í júlí 2009

Líkt og fram hefur komið hefur nefndin ekki undir höndum samninga um framangreind viðskipti. Á heimasíðu Geysis Green Energy ehf segir í fréttatilkynningu, dags. 23. júlí 2009:

Geysir Green Energy og kanadíska jarðhitafyrirtækið Magma Energy Corporation (Magma) hafa gert með sér samkomulag um kaup Magma á tæplega 11% hlut í HS Orku af Geysi. Jafnframt er stefnt að samstarfi fyrirtækjanna um frekari þróun og nýtingu jarðvarma, bæði hérlendis og á alþjóðavettvangi. Til að hrinda þeim áformum í framkvæmd leggur Magma HS Orku til umtalsvert nýtt hlutafé. Fjárfestingar Magma á Íslandi nema ríflega fimm milljörðum króna og marka viss tímamót, enda er um að ræða fyrstu umtalsverðu fjárfestingu erlends aðila í íslensku atvinnulífi eftir hrun bankanna.

Kaup Magma Energy á hlut í HS Orku koma í kjölfar samkomulags Reykjanesbæjar og Geysis Green Energy um breytt eignarhald á HS Orku og HS Veitum sem nýlega hefur verið gengið frá. Með því samkomulagi eignaðist Geysir nær allan hlut Reykjanesbæjar í HS Orku en lét á móti hlut sinn í HS Veitum. Jafnframt keypti

<sup>60</sup> Tilkynning á breytingu á samþykktum HS Orku hf og samþykktir fyrir HS Orku hf. Móttekið 25. mars 2010 hjá fyrirtækjaskrá RSK.

<sup>61</sup> Tilkynning um breytingu á stjórn HS Orku hf. Móttekið 3. febrúar 2010 hjá fyrirtækjaskrá RSK.

<sup>62</sup> Samþykktir fyrir HS Orku hf. Móttekna 14. júlí 2010 hjá fyrirtækjaskrá RSK.



Reykjanesbær allar auðlindir út úr HS Orku en leigir félaginu nýtingarréttinn, og tryggir þannig að samfélagið njóti áfram góðs af auðlindunum.

Magma leggur Geysi lið við fjármögnun þessara viðskipta og selur Geysir Magma 10,8% af 66% hlut sínum í fyrirtækinu fyrir rúma þrjá milljarða króna. Þá mun Magma einnig leggja HS Orku til tvo milljarða króna í nýju hlutafé, í hlutafjárukningu sem er fyrirhuguð á næstunni, til að tryggja félaginu frekara fjármagn til framkvæmda. Eignarhlutur Magma í HS Orku mun verða 16% eftir fyrirhugaða hlutafjárukningu og eignarhlutur Geysis 52%.<sup>63</sup>

Þann 17. nóvember 2009 var enn fremur tilkynnt á heimasíðu Geysis Green Energy ehf að félagið, Reykjanesbær og kanadíska jarðhitafyrirtækið Magma Energy Corporation hafi lokið viðskiptum vegna kaupa á 34% hlut Reykjanesbæjar í HS Orku hf. Þá segir enn fremur að Geysir Green Energy ehf selji Magma 8,6% hlut í HS Orku. Þar með sé fyrri áfanga af tveimur náð í sölu Geysis á alls 10,8% hlutafjár í HS Orku til Magma fyrir rúma þrjá milljarða króna. Seinni áfangi sölunnar felist í sölu á 2,2% hlut í ársbyrjun 2010.<sup>64</sup>

Rétt er að benda á að í bréfi HS Orku hf til viðskiptaráðuneytisins, dags. 29. september 2009, þar sem tilkynnt er m.a. um ofangreind kaup er sagt að kaupandinn sé Magma Energy Sweden AB en ekki kanadíska félagið Magma Energy Corp eins og skýrt kemur fram í framangreindum fréttatilkynningum.

#### *Samningur Magma Energy Sweden AB og Orkuveitu Reykjavíkur 31. ágúst 2009*

Frá aðdraganda þessa samnings var sagt í fréttatilkynningu stjórnar Orkuveitu Reykjavíkur sem birt var á vef Orkuveitunnar 17. ágúst 2009. Þar sagði að eignarhluti Orkuveitunnar í HS Orku hf hefði verið í opinberu sölufarli frá því á vormánuðum. Fjöldi aðila hefði sýnt áhuga á að kaupa hlutinn. Stjórn Orkuveitunnar hefði nú ákveðið að ganga til viðræðna við Magma Energy,<sup>65</sup> sem nýverið hefði eignast 11% hlut<sup>66</sup> í HS Orku hf, um kaup þess á hlut Orkuveitu Reykjavíkur í HS Orku hf. Þá sagði að Orkuveita Reykjavíkur ætti 16,58% hlut í Hitaveitu Suðurnesja hf sem hún hefði keypt árið 2007 og þá skuldbundið sig jafnframt til að kaupa liðlega 15% hlut til viðbótar af Hafnarfjarðarbæ. Við uppskiptingu Hitaveitu Suðurnesja hf í HS Veitur hf og HS Orku hf hefðu aðilar eignast samsvarandi hlut í báðum félögum. Tilboð Magma náði til samanlagðs hlutar í HS Orku hf, orkuframleiðsluhluta fyrirtækisins. Samkeppnisyfirlit hafi sett skorður við eignarhlut Orkuveitu Reykjavíkur í HS Orku hf og hafi Orkuveitan því unnið að sölunni innan þess frests

<sup>63</sup> „Geysir Green Energy og Magma Energy taka upp samstarf.“ Frétt á heimasíðu Geysis Green Energy ehf. 23. júlí 2009. Slóð: <http://www.geysirgreenenergy.com/news/nr/126>; Sótt 25. ágúst 2010.

<sup>64</sup> „Geysir Green Energy Acquires Majority Stake in HS Orka – Geysir Green Energy eignast meirihluta í HS Orku.“ Frétt á heimasíðu Geysis Green Energy ehf, dags. 17. nóvember 2009. Slóð:

<http://www.geysirgreenenergy.com/news/2009/11/17> Sótt 25. ágúst 2010. Sjá einnig: „Geysir Green Energy eignast meirihluta í HS Orku.“ Heimasíða HS Orku hf. Slóð: <http://www.hsorka.is/HSArticleDisplay.aspx?WTID=50076&WREC=8957928730&WKEY=%5b65534%3a8957928730%5d&subjectId=10012> Sótt 25. ágúst 2010.

<sup>65</sup> Í tilkynningunni er ekki tilgreint hvort átt er við kanadíska félagið Magma Energy Corp eða sænska félagið Magma Energy Sweden AB.

<sup>66</sup> Hér er líklega átt við þau 10,8% sem Geysir Green Energy ehf selur Magma Energy Sweden AB en ekki hefur verið tekið tillit til þess að þau viðskipti virðast eiga sér stað í tveimur áföngum, þ.e. sala á 8,6% árið 2009 og 2,2% í ársbyrjun 2010.

sem samkeppnisyfírvöld hafi sett. Samhliða viðræðum við Magma muni Orkuveitan leitast við að ná samkomulagi við Hafnarfjarðarbæ um sölu á hlut bæjarins í HS Orku hf.<sup>67</sup>

Hinn 31. ágúst 2009 var undirritað samkomulag milli Orkuveitu Reykjavíkur og Hafnarfjarðarbæjar um uppgjör á samkomulagi sömu aðila frá 2. júlí 2007.<sup>68</sup> Samkvæmt samkomulaginu skyldi Orkuveita Reykjavíkur kaupa 95% af hlutafé Hafnarfjarðarbæjar í HS Orku hf en jafnframt skyldu kaup Orkuveitunnar á samsvarandi hlut Hafnarfjarðarbæjar í HS Veitum hf ganga til baka. Samkomulagið var háð nokkrum fyrirvörum, m.a. þeim að af kaupum Magma Energy Sweden AB á hlutum í HS Orku, sbr. tilboð félagsins dags. 6. ágúst 2009, yrði fyrir 15. desember 2009.<sup>69</sup>

Samningur um sölu á 1.014.563.232 hlutum (um 16,58%) Orkuveitu Reykjavíkur í HS Orku hf til Magma Energy Sweden AB auk sölu 896.154.577 hluta (um 15%), sem Orkuveita Reykjavíkur hafði skuldbundið sig til að kaupa af Hafnarfjarðarbæ, alls liðlega 31% hlut í félaginu, var samþykktur af stjórn Orkuveitu Reykjavíkur 31. ágúst 2009.<sup>70</sup> Kaupverðið nam 6,31 krónu á hvern hlut. Heildarverð fyrir hluti Orkuveitu Reykjavíkur og hluti Hafnarfjarðarbæjar í HS Orku hf nam því um 12 milljörðum króna.<sup>71</sup> Í samningnum er að finna ýmis skilyrði fyrir fullgildingu hans. Er þar helst að nefna samþykki borgarráðs/bæjarstjórna Reykjavíkurborgar, Akraneskaupstaðar og Borgarbyggðar sem eru eigendur Orkuveitu Reykjavíkur.<sup>72</sup> Enn fremur er að finna það skilyrði að Magma Energy Sweden AB skuli hafa afhent „skjalfest sönnunargögn að hlutaðeigandi fyrirtæki Kaupandans hafi samþykkt þennan Samning og heimilað tilnefndum samningsaðila að löggilda þennan Samning.“<sup>73</sup>

#### *Samningar Magma Energy Sweden AB við Sandgerðisbæ og Hafnarfjarðarbæ 31. ágúst 2009*

Samhliða kaupum Magma Energy Sweden AB á hlutum Orkuveitu Reykjavíkur í HS Orku hf voru undirritaðir samningar um kaup félagsins á hlutum Sandgerðisbæjar og Hafnarfjarðarbæjar í HS Orku. Um er að ræða samninga sem eru efnislega samhljóða samningi félagsins við Orkuveitu Reykjavíkur. Magma Energy Sweden AB kaupir þar alla hluti sveitarfélaganna og fór uppgjör vegna kaupanna fram 14. desember 2009.<sup>74</sup>

<sup>67</sup> „OR gengur til viðræðna við Magma Energy.“ Frétt á heimasíðu Orkuveitu Reykjavíkur, 17. ágúst 2009. Slóð: <http://www.or.is/UmOR/Fjolmidlateg/Frettir/Lesafrett/1839> Sótt 25. ágúst 2010.

<sup>68</sup> Samkvæmt samkomulaginu frá 2. júlí 2007 hafði Orkuveita Reykjavíkur skuldbundið sig til að kaupa allt eða hluta hlutafjár Hafnarfjarðarbæjar í Hitaveitu Sudurnesja innan sex mánaða frá undirritun samkomulagsins. Bæjarstjórn Hafnarfjarðar hafði ákveðið á fundi 18. desember 2007 að selja Orkuveitu Reykjavíkur 95% af hlutafé sínu í HS Orku hf. Sjá fundargerð bæjarráðs Hafnarfjarðar nr. 3190 frá 17. desember 2007. Slóð: <http://www.hafnarfjordur.is/hafnarfjordur/stjornsysla/fundargerdir/> Sótt 25. ágúst 2010.

<sup>69</sup> Samkomulag milli Orkuveitu Reykjavíkur og Hafnarfjarðarbæjar um uppgjör á samkomulagi frá 2. júlí 2007. Slóð: <http://www.or.is/UmOR/Fjolmidlateg/Frettir/Lesafrett/1852> Sótt 25. ágúst 2010.

<sup>70</sup> Fundargerð 113. fundar stjórnar Orkuveitu Reykjavíkur frá 31. ágúst 2009. Slóð: <http://www.or.is/UmOR/Stefnaogstjornun/Fundargerdirstjornar/> Sjá einnig samkomulag, dags. 31. ágúst 2009, milli Orkuveitu Reykjavíkur og Hafnarfjarðarbæjar um uppgjör á samkomulagi frá 2. júlí 2007 milli sömu aðila. Slóð: <http://www.or.is/UmOR/Fjolmidlateg/Frettir/Lesafrett/1852> Sótt 24. ágúst 2010.

<sup>71</sup> Ákvæði 1.3 og 3.1 í samningi um sölu og kaup á hlutabréfum HS Orku hf milli Orkuveitu Reykjavíkur og Magma Energy Sweden AB. Slóð: <http://www.or.is/UmOR/Fjolmidlateg/Frettir/Lesafrett/1852> Sótt 24. ágúst 2010.

<sup>72</sup> Ákvæði 4.2.e í samningi um sölu og kaup á hlutabréfum HS Orku hf milli Orkuveitu Reykjavíkur og Magma Energy Sweden AB. Sjá einnig ársskýrslu Orkuveitu Reykjavíkur 2009, bls. 3. Sótt á heimasíðu Orkuveitu Reykjavíkur 24. ágúst 2010. Eignarhald er óbreytt frá árslokum 2008, sbr. ársreikning 2008 fenginn hjá fyrirtækjaskrá RSK.

<sup>73</sup> Ákvæði 4.1.2 í samningi um sölu og kaup á hlutabréfum HS Orku hf milli Orkuveitu Reykjavíkur og Magma Energy Sweden AB.

<sup>74</sup> Samningur um sölu og kaup á hlutabréfum HS Orku hf milli Sandgerðisbæjar og Magma Energy Sweden AB frá 31. ágúst 2009. Samningur um sölu og kaup á hlutabréfum HS Orku hf milli Hafnarfjarðarkaupstaðar og Magma Energy Sweden AB frá 31. ágúst 2009.

Hlutur Magma Energy Sweden AB í HS Orku hf nam í árslok 2009 40,943%. Jafngildir það öllum hlutum Orkuveitu Reykjavíkur, Hafnarfjarðarbæjar og Sandgerðisbæjar miðað við eignarhlut þeirra í árslok 2008 ásamt 8,62% sem Magma Energy Sweden AB keypti af Geysi Green Energy ehf í júlí 2008 líkt og fjallað hefur verið um.

*Samningur Magma Energy Sweden AB og Geysis Green Energy ehf 16. maí 2010*

Eins og áður er fram komið hefur nefnd um orku- og auðlindamál ekki fengið aðgang að samningi þessum.

Í fréttatilkynningu Magma Energy Corp frá 17. maí 2010 sem ber yfirskriftina „Magma Energy Corp To Hold 98.53% Of Iceland Geothermal Energy Producer HS Orka“ er sagt frá því að Magma Energy Corp hafi undirritað samning við Geysi Green Energy ehf um kaup á öllum hlutum þess félags í HS Orku hf<sup>75</sup> og muni hlutur Magma við þetta aukast í 98,53%.<sup>76</sup> Jafnframt kemur fram að dótturfélag sem sé að öllu leyti í eigu Magma Energy Corp, kaupi eftirstandandi eignarhlut Geysis Green Energy ehf í HS Orku hf fyrir 10,56 milljarða króna (sem samsvari 84,5 milljónum dollara) auk þess að yfirtaka skuldabréf útgefið af Geysi Green Energy ehf að nafnverði 6,29 milljarðar króna (núvirði um 36 milljónir dollara). Magma geti kosið að greiða 26,55 milljónir dollara af kaupverðinu með hlutabréfum í Magma Energy Corp miðað við verðlagningu bréfa félagsins seinni hluta júlímánaðar og eftirstöðvar peningagreiðslunnar í tveimur hlutum þannig að 45,45 milljónir dollara séu greiddar fyrir 31. júlí 2010 og 12,5 milljónir dollara fyrir 30. nóvember 2010. Skuldabréfið sem Magma yfirtaki sé tryggt með 27,35% af þeim hlut sem Magma eignist með þessum kaupum í HS Orku hf. Félagið hyggist fjármagna kaupin með brúarláni, hefðbundnum skuldabréfa- og hlutabréfaútgáfum, og/eða sölu á minnihluta í HS Orku hf til íslenskra eða erlendra fjárfesta.<sup>77</sup>

Heildarfjárfesting Magma Energy Sweden AB í HS Orku hf nam um 230,7 milljónum dollara. Þar af greiddi Magma Energy Sweden AB 135,7 milljónir dollara til seljanda.<sup>78</sup> Til að fjármagna greiðsluna hefur Magma Energy Corp meðal annars nýlengið við hlutafjárútbod að fjárhæð 40 milljónir dollara.<sup>79</sup> Það sem eftir stendur er fjármagnað með seljandaláni (e. vendor loans) að fjárhæð um 95 milljónir dollara. Seljandalánin eru tengd þróun álverðs auk meðalvaxta um 2,4% á ársgrundvelli. Lokagjaldagi lánanna er árið 2016.<sup>80</sup> Þá kemur fram í gögnum frá

---

<sup>75</sup> Þarna var um að ræða 52,35% hlut.

<sup>76</sup> „Magma Energy Corp To Hold 98.53% Of Iceland Geothermal Energy Producer HS Orka.“ Fréttatilkynning á heimasíðu Magma Energy Corporation frá 17. maí 2010. Slóð:

<http://www.magmaenergycorp.com/s/NewsReleases.asp?ReportID=400171& Type=News-Releases& Title=Magma-Energy-Corp-To-Hold-98.53-Of-Iceland-Geothermal-Energy-Producer-HS-Or...>

Sótt 25. ágúst 2010.

<sup>77</sup> „Magma Energy Corp To Hold 98.53% Of Iceland Geothermal Energy Producer HS Orka.“ Fréttatilkynning Magma Energy Corporation frá 17. maí 2010.

Sjá einnig: „Magma eignast hlut Geysis Green Energy í HS Orku.“ Frétt á heimasíðu Geysis Green Energy ehf. Slóð: <http://www.geysirgreenenergy.com/news/2010/05/17> Sótt 25. ágúst 2010.

<sup>78</sup> Presentations. Heimasíða Magma Energy Corporation. Slóð:

<http://www.magmaenergycorp.com/s/Presentations.asp> Sótt 25. ágúst 2010.

<sup>79</sup> „Magma Energy Announces Closing of Public Offering of Common Shares and Exercise of Over-Allotment Option.“ Fréttatilkynning Magma Energy Corporation frá 27. júlí 2010. Slóð:

<http://www.magmaenergycorp.com/s/NewsReleases.asp?ReportID=410757& Type=News-Releases& Title=Magma-Energy-Announces-Closing-of-Public-Offering-of-Common-Shares-and-Exer...>

Sótt 25. ágúst 2010.

<sup>80</sup> Presentations. Heimasíða Magma Energy Corporation. Slóð:

<http://www.magmaenergycorp.com/s/Presentations.asp> Sótt 25. ágúst 2010.

Magma Energy Sweden AB sem nefndin hefur undir höndum að fjárfestingar þess hér á landi hafi verið fjármagnaðar af móðurfélaginu með millifélagaláni.<sup>81</sup>

Samkvæmt fréttatilkynningu Magma Energy Corp frá 17. ágúst 2010 var þann dag gengið frá greiðslu vegna hluta af ofangreindum kaupum. Segir að Magma Energy Sweden AB hafi með því eignast 38,03% hlut í HS Orku hf sem hafi verið í eigu Geysis Green Energy ehf. Greiðslan samanstandi af:

- peningagreiðslu að fjárhæð 3.871.195.513 kr. (u.þ.b. 32,3 milljónir dollara);
- útgáfu á 24.808.569 áskriftarskírteinum (subscription receipts) Magma Energy Corp; og
- peningagreiðslu á gjalddaga 30. nóvember 2010 að fjárhæð um 3.062.612.586 kr. (u.þ.b. 25,6 milljónir dollara), sem sé háð tilteknum vaxtaleiðréttingum.

Hvert áskriftarskírteini breytist í einn hlut í Magma Energy Corp 18. desember 2010 án frekari greiðslu. Jafnframt segir að Magma Energy Corp hafi rétt á að kaupa til baka þessi áskriftarskírteini, að hluta eða heild, á verði á bilinu 135,9–142,24 krónur fyrir hvert á tilteknum tímum frá 4. september til 11. desember 2010. Heildar kaupverð áskriftarskírteinnanna muni nema um 29,5 milljónum dollara. Eftir standi að ganga frá umsömdum kaupum á 14,32% hlut sem sé í eigu Geysis Green Energy ehf. Þau viðskipti séu háð tilteknum skilyrðum sem vænta megi að uppfyllt verði í nánustu framtíð.<sup>82</sup> Í fréttatilkynningu á heimasíðu Magma Energy Corp frá 3. september sl. kemur fram að gengið hafi verið frá kaupum Magma Energy Sweden AB á 14,32% af útistandandi hlutfé Geysis Green Energy ehf í HS Orku hf með yfirtöku á skuldabréfi sem sé í eigu Reykjanesbæjar að nafnverði 6,3 milljarðar króna með 3,5% vöxtum og skuli endurgreiðast árið 2016. Höfuðstóll skuldabréfsins er tengdur hreyfingum á álverði í London Metal Exchange. Tengingin er jöfn helmingi af hlutfallslegum mun á raunverði (sem er þak uppá 3.250 dollara pr. tonn) og viðmiðunarverðs uppá 1.500 dollara pr. tonn.<sup>83</sup> Með þessu hefur því verið gengið frá þeim viðskiptum sem fram áttu að fara 30. nóvember 2010.

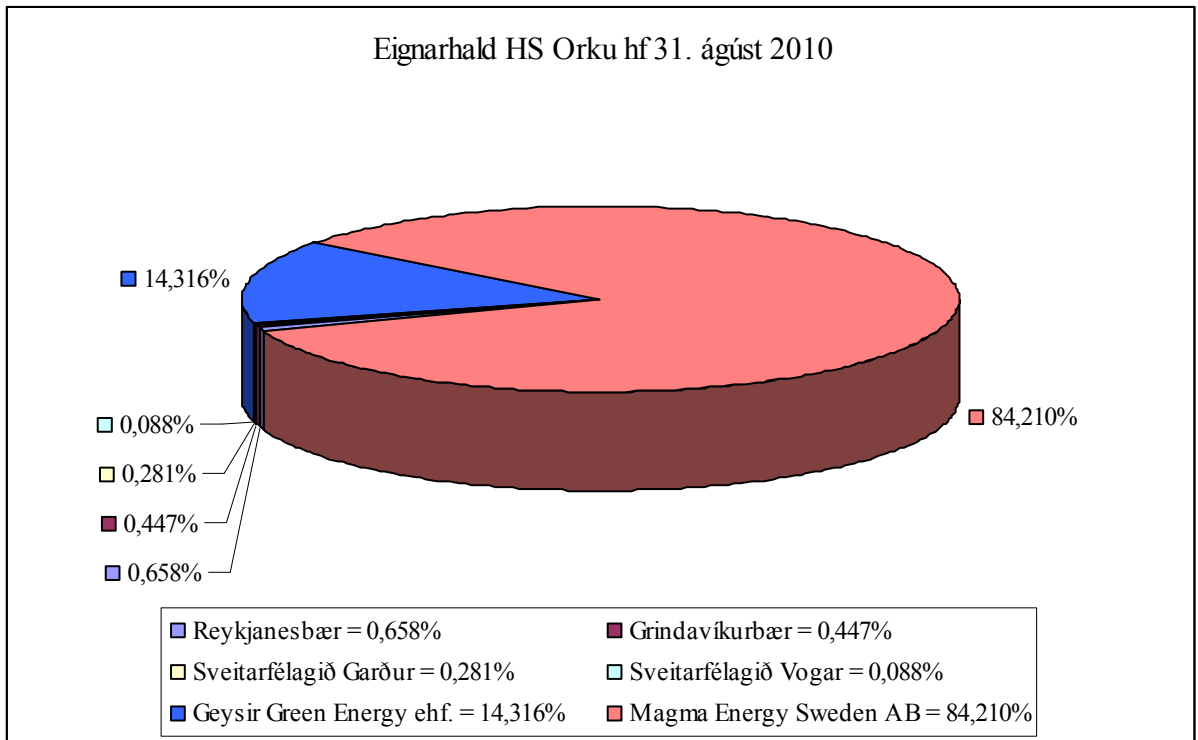
Með samningi Magma Energy Sweden AB og Geysis Green Energy ehf frá 16. maí 2010 um kaup á 3.644.863.114 hlutum í HS Orku hf (eða 52,35% hlut í félaginu) er Magma Energy Sweden AB orðinn eigandi 6.860.311.994 hluta eða 98,53% heildarhlutfjár félagsins. Samkvæmt fjölmiðlum var kaupverðið um 16 milljarðar króna.

---

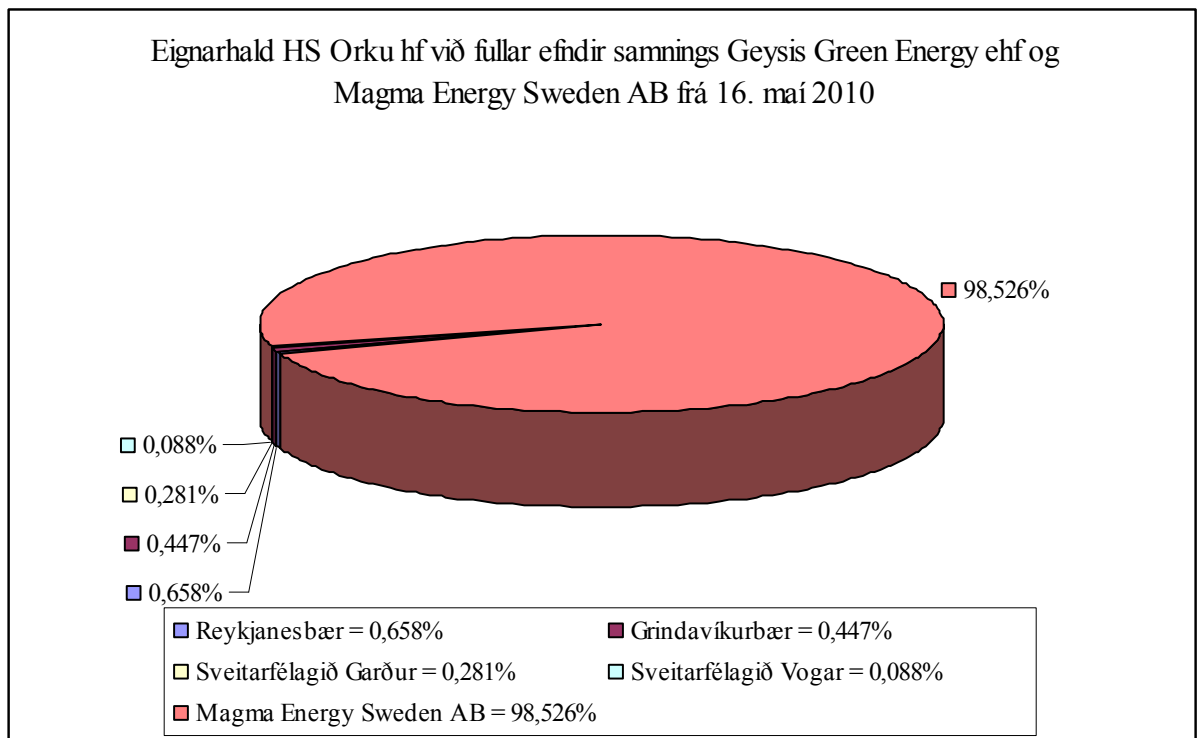
<sup>81</sup> Bréf lögmanns Magma Energy Sweden AB til nefndar um erlenda fjárfestingu, dags.2. febrúar 2010.

<sup>82</sup> „Magma Energy Completes Purchase of a Further Interest in Icelandic Geothermal Energy Producer HS Orka.“ Fréttatilkynning Magma Energy Corp frá 17. ágúst 2010: Slóð: <http://www.magmaenergycorp.com/s/NewsReleases.asp?ReportID=414832& Type=News-Releases& Title=Magma-Energy-Completes-Purchase-of-a-Further-Interest-in-Icelandic-Geotherm...> Sótt 25. ágúst 2010.

<sup>83</sup> „Magma Energy Completes Purchase Of 98.5% Of Icelandic Geothermal Company Hs Orka.“ Fréttatilkynning á heimasíðu Magma Energy Corp frá 3. september 2010. Slóð: <http://www.magmaenergycorp.com/s/NewsReleases.asp?ReportID=417256& Type=News-Releases& Title=Magma-Energy-Completes-Purchase-Of-98.5-Of-Icelandic-Geothermal-Company-Hs-...> Sótt 9. september 2010.



Heimild: Hlutaskrá hlutafélagsins HS Orka hf frá 31. ágúst 2010.



Heimild: Upplýsingar á heimasíðum Magma Energy Corp og HS Orku hf 3. september 2010.

## 2.4 Aðkoma stjórnvalda

### 2.4.1 Almenn

Í 1. mgr. 7. gr. laga nr. 34/1991 um fjárfestingu erlendra aðila í atvinnurekstri (fjárfestingarlaganna) segir að tilkynna beri ráðherra um alla erlenda fjárfestingu jafn skjótt og samningur eða ákvarðanir þar að lútandi liggja fyrir. Tekur tilkynningarskyldan bæði til fjárfestingar erlends aðila í atvinnufyrirtæki sem hann hefur ekki átt áður og til viðbótarfjárfestingar sama aðila í slíku fyrirtæki. Sé um að ræða erlenda fjárfestingu í íslensku atvinnufyrirtæki hvílir tilkynningarskyldan á viðkomandi atvinnufyrirtæki. Um málsmeðferð vegna tilkynninga um erlenda fjárfestingu sem kann að fara gegn ákvæðum 4. gr. fjárfestingarlaganna er kveðið í 5. gr. Slíkar fjárfestingar koma til skoðunar nefndar um erlenda fjárfestingu sem skal meta hvort gengið sé gegn ákvæðum 4. gr.

Samkvæmt 1. mgr. 12. gr. skal nefnd um erlenda fjárfestingu skipuð fimm mönnum, kosnum hlutfallskosningu á Alþingi að afstöðnum almennum þingkosningum. Kosnir skulu jafnmargir varamenn. Virðist gert ráð fyrir að nefndin sé einhvers konar eftirlitsnefnd sem starfi á reglulegum grundvelli, en óljóst er hvernig henni er ætlað að fylgjast með að ákvæðum 4. gr. fjárfestingarlaganna sé framfylgt þar sem tilkynningarskylda samkvæmt þeim er til ráðherra. Nefnd um erlenda fjárfestingu skal jafnframt vera ráðherra til ráðuneytis um leyfisveitingar samkvæmt 3. tölul. 1. mgr. 4. gr.<sup>84</sup> og leita skal álits hennar ef ráðherra ákveður að beita heimild 2. mgr. 12. gr. fjárfestingarlaganna til að stöðva erlenda fjárfestingu (sjá kafla 6.3). Þau álit nefndarinnar sem hér um ræðir lutu að því hvort fjárfesting Magma Energy gengi gegn ákvæðum 4. gr. fjárfestingarlaganna.

### 2.4.2 Meðferð stjórnvalda á máli Magma Energy

Með bréfi 29. september 2009 undirrituðu af forstjóra HS Orku hf var efnahags- og viðskiptaráðuneytinu tilkynnt um kaup Magma Energy Sweden AB á hlutabréfum í HS Orku hf af Geysi Green Energy ehf, Hafnarfjarðarkaupstað, Orkuveitu Reykjavíkur og Sandgerðisbæ. Samkvæmt fyrirbyggjandi gögnum mun ráðuneytið hafa framsent nefnd um erlenda fjárfestingu erindið 12. október 2009. Áður hafði nefndin þó vakið athygli ráðuneytisins á tilkynningaskyldu vegna viðskipta þessara.

Nefnd um erlenda fjárfestingu óskaði eftir frekari upplýsingum um kaup Magma Energy með bréfi til HS Orku hf, dags. 29. október 2009 og barst svar við því 9. nóvember. Fylgdu því samningar Magma Energy Sweden AB annars vegar við Geysi Green Energy ehf og hins vegar við Orkuveitu Reykjavíkur um kaup á hlutum í HS Orku hf. Kemur fram í bréfi HS Orku hf að kaupsamningar á milli Magma Energy og Hafnarfjarðarbæjar og Sandgerðisbæjar hafi ekki borist félaginu. Tilkynningar um eigendaskipti (notice of a change of ownership of shares) hafi borist HS Orku frá þessum aðilum og fylgi þær með. Einnig fylgi með samningur Magma Energy Corp, Magma Energy Sweden AB og Geysis Green Energy ehf um ábyrgðir Magma Energy Corp, Kanada, gagnvart Magma Energy Systems AB (svöl). Eins og áður er getið fékkst ekki heimild frá Geysi Green Energy ehf fyrir því að nefnd um orku- og auðlindamál fengi aðgang að gögnum er það fyrirtæki varðar og hefur nefndin því ekki fengið afrit af þessum samningi. Síðar bárust nefnd um erlenda fjárfestingu gögn úr Félagaskrá Svíþjóðar (Bolagsverket), meðal annars um skráningu Magma Energy Sweden AB, breytingu á nafni félagsins og stjórn þess (sjá kafla 2.2.4).

---

<sup>84</sup> Mun eiga að vera 4. tölul. 1. mgr. 4. gr.

Í bréfi HS Orku hf kemur jafnframt fram að stjórn HS Orku hf hafi fallið frá forkaupsrétti á öllum viðskiptum. Forkaupsréttur hluthafa vegna sölu Geysis Green Energy ehf og Reykjanesbæjar sé útrunninn og enginn hluthafi hafi nýtt sér rétt sinn. Forkaupsréttur vegna sölu Sandgerðisbæjar á sínum hlut renni út 23. nóvember 2009 og forkaupsréttur vegna sölu á hlut Orkuveitu Reykjavíkur renni út 25. nóvember 2009.

Nefnd um erlenda fjárfestingu óskaði eftir því við Lagastofnun Háskóla Íslands að hún léti nefndinni í té lögfræðialit vegna málsins og óskaði svara við tilteknum spurningum. Dóra Guðmundsdóttir lögfræðingur vann álitnið sem dagsett er 26. nóvember 2009. Í álitinu er tekið fram að í samræmi við spurningar nefndarinnar sé lögð megináhersla á að skýra og skilgreina hvaða áhrif ákvæði EES-samningsins hafi á túlkun fjárfestingarlaganna og réttarstöðu aðilanna. Niðurstöður álitsins eru dregnar saman með eftirfarandi hætti af álitsgjafa:

I. Ríki EES-samningsins geta almennt ekki véfengt stofnun félaga í öðrum ríkjum EES-samningsins. Þar sem Magma Energy Sweden AB er stofnað í samræmi við sænsk lög og hefur skráða skrifstofu í Svíþjóð, getur félagið byggt rétt á ákvæðum 31. og 34. gr. EES-samningsins, um staðfesturétt, og ákvæðum 40. gr. EES-samningsins um frjálsa fjármagnsflutninga, sbr. lög nr. 2/1993 um Evrópska efnahagssvæðið, með fyrirvara um reglur um sniðgöngu lagaákvæða.

II. Þær kröfur sem ákv. EES-samningsins gera til íslenskrar löggjafar varðandi inntak staðfesturéttar og réttar til frjálsra fjármagnsflutninga eru fyrst og fremst að reglurnar mismuni ekki á grundvelli þjóðernis eða búsetu aðila innan Evrópska efnahagssvæðisins, auk þess sem allar hindranir sem hafa neikvæð áhrif á félög og fjárfesta innan EES þarf að réttlæta og gæta að meðalhófsreglu. Í álitinu er bent á að reglur EES-samningsins veiti meira svigrúm varðandi útfærslu reglna um eignarhald einstaklinga og lögaðila í *þriðju ríkjum* (utan EES) en notaðar voru í lögum nr. 34/1991. Lögin mæla hins vegar fyrir um „sama rétt“ lögaðila innan EES og eiga við um íslenska aðila, án þess að takmarkanir á eignarhaldi aðila frá þriðju ríkjum í félögum sem búsett eru innan EES séu útfærðar nánar í lögnum. Er því talið ólíklegt að lögin yrðu skýrð þannig að takmarkanir á eignarhaldi aðila frá þriðju ríkjum í lögaðilum sem eru heimilisfastir innan EES ættu stöð í þeim.

III. Ákvæði um sniðgöngu geta komið til skoðunar bæði að landsrétti og EB-rétti (og að öllum líkindum í EES-rétti) ef vísbendingar eru um að ákvæði EB eða EES-samningsins séu notuð til að sniðganga íslenska löggjöf. Dómstólar verða hins vegar að skera úr um það hvort um sniðgöngu er að ræða í tilviki eins og hér er fjallað um og væri íslenskum dómstólum rétt að fá ráðgefandi álit EFTA-dómstólsins um þær reglur um sniðgöngu sem gilda að EES-rétti. Í álitinu kemur fram að sjónarmið EB réttar um sniðgöngu eru að mörgu leyti óljós og ómótuð, auk þess sem skýring ákvæða tekur mið af markmiðum bandalagsréttar um innri markaðinn. Hefur Evrópudómstóllinn sjaldan komist að þeirri niðurstöðu að um sniðgöngu sé að ræða.

Nefndin sendi Dóru Guðmundsdóttur fleiri spurningar með bréfi, dags. 8. desember 2009, og er viðbótarálit hennar dagsett 10. desember sama ár. Þar segir m.a.:

Þar sem Magma Energy Sweden AB er stofnað í samræmi við sænsk lög og heimilisfast í Svíþjóð, og þar sem félagið er aðili að samningnum um kaup á hlut í HS Orku hf., eru að mínu mati meiri líkur en minni á því að leyst yrði úr málinu



Þannig að lítið væri til starfsemi og fjárfestingar Magma Energy Sweden AB innan Evrópska efnahagssvæðisins. Það leiðir til þess, auk þess sem að framan er sagt, að ekki er öruggt að niðurstaðan yrði sú að um sniðgöngu væri að ræða samkvæmt reglum EES-samningsins. Þessi niðurstaða er þó með fyrirvara um að erfitt er að taka afstöðu til sniðgöngu með almennum hætti, án þess að sjónarmið málsaðila og staðreyndir málsins liggi fyrir, og með fyrirvara um það að íslenskir dómstólar ættu endanlegt úrskurðarvald um það hvort um sniðgöngu væri að ræða.

Nefnd um erlenda fjárfestingu óskaði einnig eftir því við Auðlindaréttarstofnun Háskólans í Reykjavík að unnin yrði álitserð um skuldbindingargildi álitser nefndarinnar á grundvelli 5. gr. fjárfestingarlaganna. Kristín Haraldsdóttir vann álitserðina sem er dagsett 5. janúar 2010. Komst Kristín meðal annars að þeirri niðurstöðu að samkvæmt orðum sínum og almennum skýringarreglum kvæðu löggin á um stöðu nefndarinnar sem lögbundins umsagnaraðila í skilningi stjórnsluréttar. Væri efnahags- og viðskiptaráðherra bundinn af mati nefndarinnar ef niðurstaða hennar væri sú að brotið hefði verið gegn ákvæðum 1.–3. tölul. 1. mgr. 4. gr. fjárfestingarlaganna, sbr. 2. mgr. 5. gr. þeirra.

Með bréfi nefndar um erlenda fjárfestingu til lögmans Magma Energy Sweden AB á Íslandi, dags. 27. janúar 2010, var óskað eftir frekari upplýsingum um Magma Energy Sweden AB, þar á meðal um starfsemi þess, fjárhagsstöðu, hvernig félagið hafi greitt fyrir þá hluti sem það keypti í HS Orku hf og fleira. Með bréfi lögmansins, dags. 2. febrúar 2010, fylgdu samþykktir félagsins Magma Energy Sweden AB og fundargerðir stjórnarfunda, dags. 2. og 26. nóvember 2009, þar sem heimild var veitt til að framkvæma þá samninga sem um ræddi. Þá kom fram í bréfinu að Magma Energy Sweden AB væri að fullu í eigu Magma Energy Corp, félags sem skráð væri opinberri skráningu í kauphöll í Kanada, samkvæmt þarlandum lögum. Sú fjárfesting sem um ræði hafi verið fjármögnuð af móðurfélaginu að mestu. Ekki liggi fyrir skriflegur lánasamningur þar að lútandi á milli félaganna tveggja enda um millifélagalán að ræða sem fært sé til bókar hjá báðum félögunum samkvæmt þeim reglum sem um slík lán gildi í viðkomandi löndum. Kaupverð hluta af bréfum Orkuveitu Reykjavíkur, Sandgerðisbæjar og Hafnarfjarðarbæjar hafi svo verið greitt með skuldabréfum útgefnum af Magma Energy Sweden AB, með veði í bréfunum sjálfum. Svar við samhljóða bréfi, sem sent hafði verið sama dag til HS Orku hf, barst nefndinni 24. febrúar 2010. Vék félagið sér undan spurningum hennar með vísan til þess að ekki væri við hæfi að félagið greindi frá afstöðu sinni til skilyrða fyrir fjárfestingu í félaginu vegna hugsanlegra hagsmunaárekstra. Fyrirspurnum um Magma Energy Sweden AB var vísað til félagsins sjálfs og eftir atvikum til viðsemjenda þess og tekið fram að HS Orka hf hefði ekki verið beinn aðili að viðskiptum um hluti sem Magma Energy keypti af Sandgerðisbæ og Hafnarfjarðarkaupstað.

#### ***2.4.3 Niðurstöður nefndar um erlenda fjárfestingu***

Nefnd um erlenda fjárfestingu hefur látið efnahags- og viðskiptaráðherra í té tvö álit vegna þeirra viðskipta sem hér eru til umfjöllunar. Annars vegar 22. mars 2010 vegna tilkynningar frá 29. september 2009 um kaup Magma Energy Sweden AB á hlutum í HS Orku hf af Geysi Green Energy ehf, Hafnarfjarðarkaupstað, Orkuveitu Reykjavíkur og Sandgerðisbæ samtals 43,10298% hlutafjár. Hins vegar 7. júlí 2010 vegna tilkynningar frá HS Orku hf 25. maí 2010 um kaup Magma Energy Sweden AB á viðbótarhlutafé í HS Orku hf. Hafði félagið þá keypt alla hluti Geysis Green Energy ehf í félaginu samtals 52,35% hlutfjár.



*Fyrri álit nefndar 22. mars 2010*

Fyrri álit meirihluta nefndar um erlenda fjárfestingu (þriggja nefndarmanna) um kaup Magma Energy Sweden AB á hlutum í HS Orku hf. er dagsett 22. mars 2010. Í forsendum álitsins segir m.a. eftirfarandi:

Ákvæði laga nr. 34/1991 um fjárfestingu erlendra aðila í atvinnurekstri eru ekki eins skýr og æskilegt hefði verið um heimild aðila á evrópska efnahagssvæðinu til að fjárfesta hér á landi. Við skýringu þeirra er nauðsynlegt að hafa til hliðsjónar almennar skuldbindingar íslenska ríkisins að EES rétti. Af orðalagi ákvæðisins og skýringa með því og í samræmi við viðurkennd sjónarmið um túlkun lagaákvæða verður ekki önnur ályktun dregin en að fyrirtækjum sem heimilisföst eru á evrópska efnahagssvæðinu sé heimilt að fjárfesta á grundvelli 2. tölul. 1. mgr. 4. gr. laganna.

Í þeim gögnum sem liggja fyrir, kemur fram að MES er stofnað í samræmi við sænsk lög og er heimilisfast í Svíþjóð. Félagið stundar efnahagslega starfsemi í gegnum fjárfestingu á hlutum í HS Orku hf. á sviði orkuvinnslu innan evrópska efnahagssvæðisins. Félagið uppfyllir því að mati meirihluta nefndarinnar skilyrði laganna um að teljast lögaðili með heimilisfesti á evrópska efnahagssvæðinu.

Niðurstaða meirihlutans er svohljóðandi:

Niðurstaða meirihluta nefndarinnar er sú að fjárfesting Magma Energy Sweden AB á hlutum í HS Orku hf. [...] gangi ekki gegn ákvæðum 2. tölul. 1. mgr. 4. gr. laga um fjárfestingu erlendra aðila í atvinnurekstri nr. 34/1991.

Í álitinu er vikið að sjónarmiðum um sniðgöngu. Segir þar að óljóst sé hvort sjónarmið um sniðgöngu að íslenskum rétti eigi við í málinu ef horft sé til skýringa með breytingum þeim sem falist hafi í lögum nr. 46/1996 enda hafi tilgangur þeirra verið að samrýma ákvæði laganna skuldbindingum íslenska ríkisins að EES-rétti. Þá er vikið að sniðgöngu í EES/EB rétti en ekki er sett fram skýr niðurstaða nefndarinnar um þessi atriði.

Tveir nefndarmenn skiluðu séráliti þar sem hafnað var fjárfestingu Magma Energy Sweden AB í hlutum í HS Orku hf. Sérálitið er ekki formlegur hluti afgreiðslu nefndarinnar en samkvæmt bréfi hennar til ráðuneytisins er ljóst að það fylgdi með. Afstaða minnihlutans byggir einkum á því að málið varði framtíðarhagsmunum þjóðarinnar og auðlindir og þar sem ákveðin réttaróvissa virðist vera til staðar beri að fara varlega.

*Síðara álit nefndar 7. júlí 2010*

Með bréfi, dags. 25. maí 2010, barst nefnd um erlenda fjárfestingu tilkynning frá HS Orku hf um að 16. maí 2010 hefði Geysir Green Energy selt allt hlutafé sitt í HS Orku hf. til Magma Energy Sweden AB. Um væri að ræða 3.644.863.114 hluti eða 52,35% heildarhlutafjár. Kemur fram að stjórn HS Orku hf hafi ákveðið að nýta ekki forkaupsrétt sinn og að tilkynning hafi verið send öðrum hluthöfum sem ættu forkaupsrétt og væri hann virkur í tvo mánuði frá tilkynningu um viðskiptin.

Með tölvubréfi frá nefnd um erlenda fjárfestingu, dags. 18. júní 2010, til HS Orku hf var óskað eftir upplýsingum um eignarhluti HS Orku hf í öðrum félögum. Svar barst nefndinni 24. júní 2010 með lista yfir 11 félög.

Nefnd um erlenda fjárfestingu sendi efnahags- og viðskiptaráðuneyti „álit nefndar um erlenda fjárfestingu vegna kaupa Magma Energy Sweden AB á viðbótarhlutafé í HS Orku hf“

Þann 7. júlí 2010. Álitid ber einungis undirskrift formanns nefndarinnar. Þar segir að nefndin hafi fjallað um málið og með vísan til álits meiri hluta hennar frá 22. mars 2010 hafi meirihlutinn talið framangreinda fjárfestingu samrýmast ákvæðum 4. gr. laga nr. 34/1991. Frekari rökstuðningur fylgdi ekki.

Í álitinu er á hinn bóginn vikið að upplýsingum um eignarhluti HS Orku hf í dóttur- og hlutdeildarfélögum. Raktar eru skilgreiningar fjárfestingarlaga m.a. á hugtakinu atvinnufyrirtæki undir erlendum yferráðum. Segir að af þessum skilgreiningum megi ráða að telja beri yferráð yfir íslensku atvinnufyrirtæki sem eigi hlut í dóttur- eða hlutdeildarfélögum er falli undir ákvæði fjárfestingarlaga fela í sér erlenda fjárfestingu í skilningi laganna. Með vísan til leiðbeiningarskyldu skv. 7. gr. stjórnslulaga nr. 37/1993 vekir nefndin athygli HS Orku hf á þessu og mælist til að fyrirtækið hlutist til „um viðeigandi tilkynningar“.

Niðurstaða meirihlutans er svohljóðandi:

Niðurstaða meirihluta nefndarinnar er sú að fjárfesting Magma Energy Sweden AB á viðbótarhlutafé í HS Orku hf. [...] gangi ekki gegn ákvæðum 2. tölul. 1. mgr. 4. gr. laga um fjárfestingu erlendra aðila í atvinnurekstri nr. 34/1991.

Álit minnihluta fylgir ekki. Á fundi nefndar um erlenda fjárfestingu 4. júlí 2010 samþykkti meirihlutinn framangreinda niðurstöðu. Minnihlutinn greiddi atkvæði á móti og lét bóka eftirfarandi:

Við undirritaðar gerum athugasemdir við afgreiðslu á kaupum Magma Energy Sweden á meirihluta (98%) í HS Orku. Við teljum óásættanlegt að málið fari í gegn á meðan lagaleg óvissa ríkir um afleiðingar ferilsins.

## 3 Lögjöfin

### 3.1 Inngangur

Það álitafni hvort salan á hlutum í HS Orku hf til erlends aðila samrýmist lögum varðar fyrst og fremst ákvæði laga nr. 34/1991 um fjárfestingu erlendra aðila í atvinnurekstri, þar sem meðal annars er kveðið á um takmarkanir á heimildum erlendra aðila til að fjárfesta í fyrirtækjum í orkuvinnslu og orkudreifingu. Þessi lög eiga rætur að rekja til lagasetningar við upphaf 20. aldarinnar sem takmörkuðu verulega möguleika útlendinga til að eiga fasteignaréttindi á Íslandi og þar með þau réttindi sem eru forsenda þess að stunda hér orkuvinnslu. Þeir hagsmunir sem þessari löggjöf var ætlað að vernda hafa í gegnum tíðina verið viðfangsefni ýmissa laga og samspil þeirra á stundum flókið. Af þessum sökum hefur nefndin litið svo á að til að öðlast viðhlítandi skilning á lögum nr. 34/1991 sé nauðsynlegt að skapa heildarsýn á lagasetningu um fasteignaréttindi og fjárfestingar erlendra aðila sem og lagasetningu um orkuvinnslu og orkudreifingu. Þá sé einnig nauðsynlegt að varpa ljósi á þýðingu EES-samningsins í þessu tilliti og gaumgæfa þær breytingar sem gerðar voru á umræddri löggjöf í tengslum við aðild Íslands að honum. Þessi atriði eru viðfangsefni þessa kafla.

### 3.2 Íslensk löggjöf um takmarkanir erlendra aðila á fjárfestingu í auðlindum

#### *3.2.1 Lög nr. 34/1991 um fjárfestingu erlendra aðila í atvinnurekstri*

Um fjárfestingu erlendra aðila í atvinnurekstri gilda lög nr. 34/1991 (hér eftir fjárfestingarlögin). Samkvæmt 1. gr. þeirra gilda lögin um hvers kyns fjárfestingu erlendra aðila í atvinnurekstri hér á landi nema annað leiði af ákvæðum annarra laga eða reglum settum samkvæmt þeim. Ákvæðið undirstrikar að lögin eru almenn lög og að ákvæði annarra laga sem fjalla um heimildir erlendra aðila til að fjárfesta á einstökum sviðum ganga þeim því framár. Lögin gilda um fjárfestingu erlendra aðila í atvinnurekstri hér á landi hvort sem hinn erlendi aðili hyggst stunda hér atvinnurekstur beint í eigin nafni eða með eignaraðild að íslensku atvinnufyrirtæki.

Í 3. gr. laganna er sett fram meginregla laganna um fjárfestingar erlendra aðila og segir þar að erlendum aðilum sé heimilt að fjárfesta í atvinnurekstri hér á landi með þeim takmörkunum sem í lögnum eða sérlögum greini og að uppfylltum öðrum skilyrðum og fengnum tilskildum leyfum lögnum samkvæmt.

Hugtakið erlendi aðili er skýrt í 2. gr. fjárfestingarlaganna og er það fyrst og fremst búseta einstaklings og heimili lögaðila sem er ráðandi um það hver telst vera erlendi aðili í skilningi laganna.<sup>85</sup>

---

<sup>85</sup> 113. lp. 1990–1991, 320. mál, þskj. 565, athugasemdir við 2. gr.

*Erlendur aðili* telst samkvæmt greininni:

- einstaklingur, búsettur erlendis, án tillits til ríkisfangs,
- félag, stofnun, sjóður eða annar lögaðili, sem á heimili erlendis,
- erlent ríki og ríkisfyrirtæki, og
- atvinnufyrirtæki undir erlendum yfirráðum.

Lögaðili telst eiga heimili erlendis ef hann er skráður til heimilis erlendis eða telur heimili sitt erlendis samkvæmt samþykktum sínum.

Í 4. gr. laganna er kveðið á um þær takmarkanir sem settar eru við fjárfestingu erlendra aðila í atvinnurekstri hér á landi. Fjallað er um takmarkanir sem varða orkuvinnslu og orkudreifingu í 2. tölulið greinarinnar. Fyrri málsgrein hans er svohljóðandi:

Íslenskir ríkisborgarar og aðrir íslenskir aðilar mega einir eiga virkjunarréttindi vatnsfalla og jarðhita önnur en til heimilisnota. Sama á við um fyrirtæki sem stunda orkuvinnslu og orkudreifingu. Sama rétt hafa einstaklingar sem búsettir eru í öðru aðildarríki samningsins um Evrópska efnahagssvæðið, öðru aðildarríki stofnsamnings Fríverslunarsamtaka Evrópu eða Færeyjum og lögaðilar sem heimilisfastir eru í öðru aðildarríki samningsins um Evrópska efnahagssvæðið, öðru aðildarríki stofnsamnings Fríverslunarsamtaka Evrópu eða Færeyjum. Heimilt skal að kveða svo á í fjárfestingarsamningum milli Íslands og ríkja utan Evrópska efnahagssvæðisins að einstaklingar sem þar eru búsettir eða lögaðilar sem þar eru heimilisfastir hafi einnig sama rétt, enda verði slíkir samningar lagðir fyrir Alþingi til staðfestingar með þingsályktun.

Ákvæðið afmarkar það hvaða aðilar mega annars vegar *eiga þau réttindi* sem tilgreind eru og hins vegar *fjárfesta í fyrirtækjum* á orkusviðinu, þ.e. á sviði orkuvinnslu og orkudreifingar.<sup>86</sup> Aðilunum má skipta í tvo hópa, annars vegar íslenska ríkisborgara og aðra íslenska aðila og hins vegar einstaklinga sem búsettir eru í aðildarríkjum þeirra samninga sem tilgreindir eru, eða í Færeyjum og lögaðila sem heimilisfastir eru í þessum sömu ríkjum. Þriðji hópurinn, þ.e. aðilar búsettir í ríkjum utan EES-svæðisins, nýtur hins vegar ekki sömu réttinda.

Hugtakið *íslenskur aðili* er skilgreint í 2. mgr. 4. gr. fjárfestingarlaganna. Þar segir að með íslenskum aðila sé í greininni átt við:

- ríkissjóð og sveitarfélög, svo og stofnanir, fyrirtæki og sjóði hér á landi í fullri eigu þeirra,
- íslenska ríkisborgara sem eiga lögheimili hér á landi og
- lögaðila sem eiga heimili hér á landi og eru að öllu leyti í eigu opinberra aðila hér á landi, íslenskra ríkisborgara sem eiga lögheimili hér á landi eða annarra lögaðila sem eiga heimili hér á landi og eru að öllu leyti í eigu íslenskra ríkisborgara sem eiga lögheimili hér á landi.

Sambærileg viðmið koma ekki fram í lögnum um erlenda lögaðila sem heimilisfastir eru á EES-svæðinu. Því virðist vera ákveðið misræmi varðandi skilyrði sem lögaðilar þurfa að fullnægja

<sup>86</sup> Í lögnum er ekki skilgreint nánar hvað átt sé við með orkuvinnslu og orkudreifingu. Samkvæmt núgildandi raforkulögum nr. 65/2003 felur raforkuvinnsla í sér umbreytingu orku, svo sem vatnsorku, jarðvarma eða efnaorku, í raforku, sbr. 22. tölul. 3. gr. Orkudreifing felur í sér dreifingu raforku á tilteknu svæði og er aðgreind frá raforkuflutningi sem felst í að flytja raforku frá virkjun að dreifiveitu eða til stórnotenda.

til að geta átt virkjunarréttindi og fjárfest í orkufyrirtækjum hér á landi. Ef um er að ræða lögaðila sem heimilisfastir eru í aðildarríkjum ofangreindra samninga eða Færeyjum virðist heimilisfestin í viðkomandi ríkjum vera eina skilyrðið sem uppfylla þarf til að njóta réttar samkvæmt ákvæðinu. Ef hins vegar er um að ræða lögaðila sem eiga heimili hér á landi koma til viðbótarskilyrði er varðar eigendur lögaðilans og lúta þau að ríkisfangi og lögheimili.

Að því er varðar aðila sem búsettir eru í ríkjum utan Evrópska efnahagssvæðisins er skýrt af ákvæðinu að þeim er almennt óheimilt að eiga virkjunarréttindi vatnsfalla og jarðhita önnur en til heimilisnota sem og fyrirtæki sem stunda orkuvinnslu og orkudreifingu. Eini möguleiki þeirra til að eignast umrædd réttindi og eignir er að milli heimaríkis þeirra og Íslands hafi verið gerður fjárfestingarsamningur sem heimilar slíkt og að slíkur samningur hafi verið staðfestur af Alþingi.

Nokkrar spurningar vakna þegar ákvæði fjárfestingarlaganna eru gaumgæfð. Í fyrsta lagi hvort framangreint ákvæði 2. tölul. 1. mgr. 4. gr. veiti erlendum lögaðilum sem heimilisfastir eru á EES-svæðinu rýmri rétt til yferráða yfir íslenskum orkuauðlindum og orkufyrirtækjum en lögaðilum á Íslandi. Í því sambandi virðist óhjákvæmilegt að velta fyrir sér hvaða sjónarmið liggja, og hafi legið, að baki lagasetningu um fjárfestingu erlendra aðila í atvinnurekstri á Íslandi og hvaða hagsmuni þeirri löggjöf er ætlað að vernda. Í öðru lagi nær framangreint ákvæði 2. tölul. 1. mgr. 4. gr. bæði til fasteignarréttinda (virkjunarréttur) og réttar til að fjárfesta í atvinnurekstri. Um rétt til að eiga eða hafa afnot af fasteignum hér á landi gilda sérstök lög, lög um eignarrétt og afnotarétt fasteigna nr. 19/1966. Þá vaknar spurningin hvert samspil þessara laga sé og hvort þau síðarnefndu hafi einhverja þýðingu við túlkun ákvæðisins um virkjunarréttindin? Í þriðja lagi mætti spyrja hvað það felur í sér að lögaðili skuli vera *heimilisfastur* í öðru aðildarríki EES-samningsins, stofnsamnings EFTA eða Færeyjum.

Hér á eftir verður rakin í stuttu máli þróun íslenskrar löggjafar um takmarkanir erlendra aðila til að eiga fasteignarréttindi og fjárfesta í atvinnurekstri hér á landi og verður sjónum einkum beint að réttindum yfir vatnsföllum og virkjunarrétti. Gerð verður grein fyrir samspili laga um eignarrétt og afnotarétt fasteigna og laga um fjárfestingu erlendra aðila í atvinnurekstri og breytingum sem gerðar voru á þeim lögum vegna gildistöku EES-samningsins. Þá verður fjallað um reglur EES-samningsins um staðfesturétt, skilyrði þess að félög og fyrirtæki geti nýtt sér þann rétt og þau atriði sem ákvarða tengsl fyrirtækja við heimaríki.

### **3.2.2 Friðhelgi eignarréttar skv. 72. gr. stjórnarskrárinnar**

Í 72. gr. stjórnarskrár lýðveldisins Íslands er fjallað um vernd eignarréttar. Í 1. mgr. greinarinnar er kveðið á um friðhelgi eignarréttar og skilyrði fyrir því að hann verði skertur. Ákvæðið fjallar raunar ekki um rétt manna til að *eignast* heldur setur takmörk fyrir því að eigur manna verði af þeim teknar eða skertar. Þrátt fyrir vernd eignarréttarins í 1. mgr. 72. gr. er kveðið á um það í 2. mgr. greinarinnar að með lögum megi takmarka rétt erlendra aðila til að eiga fasteignarréttindi eða hlut í atvinnufyrirtæki hér á landi. Ákvæði 2. mgr. 72. gr. getur þó ekki eitt og sér orðið grundvöllur takmarkana á umræddum réttindum útlendinga heldur veitir ákvæðið aðeins löggjafanum heimild til slíkra takmarkana.

### **3.2.3 Forsaga laga um takmarkanir á fjárfestingum erlendra aðila**

Núgildandi lög um takmarkanir erlendra aðila á að fjárfesta í atvinnurekstri eða eiga fasteignarréttindi eiga rætur í tvenns konar lögum frá fyrri hluta 20. aldar. Annars vegar er um að ræða lög nr. 55/1907, sem takmörkuðu möguleika útlendinga til að eignast eða reka vatnsorkuver,

svokölluð fossalög, og hins vegar lög nr. 63/1919 um „eignarrjett og afnotarrjett fasteigna“. Viðleitni Alþingis til að takmarka fasteignaréttindi útlendinga má raunar rekja allt til ársins 1879 en þá kom fram á Alþingi frumvarp þar sem í voru ákvæði um að útlendingar mættu ekki, án sérstaks leyfis, eiga fasteignir á Íslandi.

Árið 1901 var lagt fram á Alþingi frumvarp til laga „um takmörkun á rjetti til fasteignaráða á Íslandi“<sup>87</sup> þar sem gert var ráð fyrir að bæði eignarréttur og notkunarréttur væri bundinn mönnum eða félögum sem heimilisföst væru í Danaveldi. Gerð var undantekning vegna leigu á húsnæði til eins árs í mesta lagi eða til að eignast veiðirétt til eins árs í lengsta lagi.

1. gr.: Engir aðrir en þeir menn, er heimilisfastir eru í Danaveldi, eða fjelög, er stjórn þeirra á þar aðsetur og stjórnarmenn allir eru þar heimilisfastir, mega hjeðan af öðlast eignar- eða notkunarrjett yfir fasteignum á Íslandi [...] Hvers konar rjettur til afnota fasteigna, eins líka veiðirjettur, rjettur til námugraptar, til að nota vatnsaflíð og því um líkt, er talinn notkunarrjettur í lögum þessum.<sup>88</sup>

Í athugasemdum með frumvarpinu voru sett fram sjónarmið sem líkjast þeim sem heyrast í dag um eignarhald og aðgang að auðlindum landsins. Þannig er annars vegar bent á hugsanlegar neikvæðar afleiðingar þess að takmarka rétt erlendra aðila til að fjárfesta á Íslandi.

[Stjórnarráðið er þeirrar skoðunar að] jafnan [sjeu] þeir agnúar á þess konar laga-fyrirmælum, sem óþekkt eru í Danmörku og hjá flestum öðrum þjóðum, að þau geti dregið úr útlendum mönnum vilja og löngun til að verja fje sínu í iðnaðar- og önnur fyrirtæki á Íslandi, er því mætti gagn af verða á ýmsan hátt, en eigi er fjármagn nóg til í landinu sjálfu.

Hins vegar er bent á það í athugasemdum með frumvarpinu að auðlindir þjóðarinnar gætu gengið henni úr greipum.

En þrátt fyrir þetta hefur eigi þótt rjett að láta það afskiptalaust [...] að útlendingar vilja ásælast framleiðslutæki landins, er hingað til hafa legið ónotuð, svo sem einkum hin mörgu vatnsföll þess, án þess þó að ætla sjer að nota þau sjálfir, en með yfirráðum sínum yfir þeim geti á síðan lagt tálmanir fyrir þá er vilja hafa gagn af þeim.<sup>89</sup>

Í athugasemdum við 1. gr. frumvarpsins var tekið fram að markmið laganna væri fyrst og fremst að takmarka ásælni útlendinga í vatnsaflíð. Frumvarpið fékk jákvæða umsögn í báðum deildum þingsins en varð samt ekki að lögum.

Árið 1907 voru í fyrsta skipti sett lög á Íslandi sem takmörkuðu eignar- og afnotarétt útlendinga, *fossalögin*, lög nr. 55/1907. Þessi lög voru samín upp úr frumvarpinu frá 1901 með tveimur afgerandi breytingum. Annars vegar takmörkuðu lögin einungis rétt erlendra manna til að eiga fossa en ekki fasteignir almennt, og hins vegar var miðað við heimilisfesti á Íslandi en ekki í Danaveldi, eins og áður hafði verið gert.

<sup>87</sup> Alþt. 1901, C-deild, bls. 128–134.

<sup>88</sup> Alþt. 1901, C-deild, bls. 130.

<sup>89</sup> Alþt. 1901, C-deild, bls. 130.

1. gr.: Engir aðrir en þeir menn, sem heimilisfastir eru á Íslandi, eða fjelög, er hafa þar heimilisfang, enda sje meiri hluti fjelagsstjórnar skipaður mönnum, sem þar eru heimilisfastir, mega hjeðan af, án sjerstaks leyfis, ná að eignast fossa á Íslandi, hvorki eina nje með löndum þeim, sem þeir eru í, eða notkunarrjett á fossum [...].<sup>90</sup>

Í nefndaráliti sagði eftirfarandi um breyttan skilning á hugtakinu *erlendir menn*:

Í athugasemdum við lagafrumvarp þetta, er þess getið, að stjórnarráðið telji ráðlegt, að reistar sjeu skorður við fossakaupum *erlendra* manna, þeirra er eingöngu horfa til fjárgróða. Þessu áliti stjórnarinnar, er nefndin samþykk, en jafnframt skal það tekið fram, að erlendir menn í þessu sambandi, eins og yfirleitt, að því er snertir atvinnurekstur á Íslandi og í landhelgi við Ísland, verði að teljast allir aðrir en þeir einir, sem hafa löglegt heimilisfang *hjer á landi*, án alls tillits til þjóðernis.<sup>91</sup>

Í umræðu um frumvarpið kom fram að þessi breyting væri gerð „til þess að tryggja sjer það að arðurinn af slíkum fyrirtækjum, sem menn gjöra sjer von um að muni rísa upp, lendi, að svo miklu leyti, sem unnt er, í landinu sjálfu“.<sup>92</sup>

Í umræðu um frumvarpið skiptust menn strax í tvö horn.

Sumir studdu þær hugmyndir að útlendingar riðu á vaðið með virkjanir stærri áanna í þágu rafvæðingar og atvinnuuppbyggingar, þar eð Íslendingar hefðu hvorki fjárhagslegt bolmagn né þekkingu til þess, en auk þess skorti vegi, brýr og hafnir sem yki enn á kostnað slíkra framkvæmda. [...] Aðrir höfnuðu slíkum sjónarmiðum. Slíkt mundi ekki koma Íslendingum til góða heldur binda hendur þeirra og gera þá ófrjálsa í eigin landi.<sup>93</sup>

Árið 1919 voru í fyrsta skipti sett *almenn lög* á Íslandi um takmörkun á eignarrétti útlendinga, lög nr. 63/1919 „um eignarrjett og afnotarjett fasteigna“. Flutningsmaður frumvarpsins var Bjarni Jónsson frá Vog. Greinargerð með frumvarpinu var afar stutt:

Smáþjóðum er það hin mesta hættu, að fasteignir þeirra eða afnot, svo sem auðugar aflindir o. fl., lendi í höndum erlendra manna. Þess vegna ber jeg nú frv. þetta fram. Frv. er tekið nær því orðrjett og án efnisbreytinga að ráði eftir stjórnarfrv. 1901.<sup>94</sup>

Í þessu frumvarpi var fylgt fordæminu frá fossalögum 1907 og byggt á að heimilisfesti á Íslandi væri skilyrði fyrir því að menn gætu öðlast eignarrétt eða notkunarrétt á fasteignum á Íslandi. Í framsögu með frumvarpinu lagði Bjarni áherslu á að fullveldi þjóðarinnar væri í húfi.

Svo sem öllum er vitanlegt, hafa [Íslendingar] nýlega unnið þann sigur, sem mestur hefir verið, þar sem er viðurkenning á fullveldi þessa lands, sem þjóðin þó glataði 1262. En þó að svo giftusamlega hafi tekist nú með þennan sigur, þá má enginn halda að nokkurri ábyrgð sje ljett af mönnum, eða skoða megi fullveldið eins og

<sup>90</sup> Alpt. 1907, A-deild, bls. 334.

<sup>91</sup> Alpt. 1907, A-deild, bls. 1011–1012.

<sup>92</sup> Alpt. 1907, B-deild, bls. 1775.

<sup>93</sup> Unnur Birna Karlsdóttir: *Þar sem fossarnir falla: Náttúrusýn og nýting fallvatna á Íslandi 1900–2008*. Hið íslenska bókmenntafélag, Reykjavík 2010, bls. 26–27.

<sup>94</sup> Alpt. 1919 A-deild, bls. 418–420, sbr. og Alpt. 1901, C-deild, bls. 128–134.

einhvern egypskan eirstöpul, sem standa muni um aldur og æfi aðhlyningarlaust og án umhugsunar.<sup>95</sup>

Litlu síðar í framsöguræðu sinni sagði Bjarni svo:

Vonandi láta menn sjer nú að varnaði verða víti forfeðra vorra, sem ljetu alt af hendi, verslun, siglingar og sjálf skipin, og styðja að því, að tryggja sem fyrst slíkar takmarkanir á rjetti útlendra manna, sem frv. þetta fer fram á; að öðrum kosti vilja menn ekki sjá borgið framtíðarvonum þessa lands og þessarar þjóðar.<sup>96</sup>

Bjarni vísaði svo til reynslu Norðmanna.

Hafa aðrar smáþjódir, og þó stærri en vjer, sjeð þá hættu, sem þessu er samfara. Þannig var nýlega mikið kvartað um það í Noregi hve Englendingum gengi vel að ná eignarrjetti á veiðiskógum, fossum o. fl. o. fl. þar í landi. Gerðu Norðmenn þá ráðstafanir til að sporna við þessu og hafa síðan verið mjög varir um sig. Mættum vjer vel taka þá til fyrirmyndar. Þykir mjer ólíklegt, að til sje nokkur, sem álíti þörfina minni hjer en t. d. í Noregi, þar sem öllum er vitanlegt, að á síðustu áratugum hefir hópur manna haft það fyrir augum að auðga sjálfa sig á því að selja útlendingum skika úr landinu, fossa, vötn eða annað. Þessar „Ettjarðarætur“, sem jeg hefi leyft mjer að nefna svo, hafa þegar unnið landinu stórtjón með fjeðglæfrum sínum og prangi með rjettindi landsins [...].<sup>97</sup>

Mikill einhugur var á þinginu um þetta frumvarp. Helstu efnislegu athugasemdir við það lutu að möguleikum útlendinga til að eiga og reka námur eða virkjanir og voru tvívegis gerðar breytingar á frumvarpinu til að bregðast við þeim. Fyrst var 1. gr. frumvarpsins breytt þannig að námuréttindi yrðu undanþegin lögum en þegar frumvarpið kom næst til umræðu í efri deild þingsins gerði allsherjarnefnd aftur tillögu um að námuréttindi væru ekki undanþegin lögum heldur „að ráðherra hafi vald til að þiggja námurjettindi undan lögum þessum, er svo þykir henta“.<sup>98</sup> Var tillagan samþykkt.

Niðurstaðan varð því sú, að lög nr. 63/1919, um „eignarrjett og afnotarjett fasteigna“, höfðu að geyma almenn ákvæði sem takmörkuðu heimildir útlendinga til að eiga fasteignartengd réttindi hér á landi, þótt sérstaklega væri tekið fram að ráðherra gæti veitt undanþágu þegar um námuvinnslu væri að ræða. Athyglisvert er að í þessum lögum er sambærileg undanþága ekki veitt vegna virkjunar vatnsorku, og þó voru rökin fyrir mikilvægi þess að undanskilja námuvinnslu frá þessum lögum sambærileg þeim rökum sem færð höfðu verið fyrir því að útlendingum yrði gert mögulegt að eignast eða leigja fossa og vatnsréttindi.

### **3.2.4 Lög nr. 19/1966 um eignarrétt og afnotarétt fasteigna**

Lög um eignarrétt og afnotarétt fasteigna nr. 19/1966 leystu af hólmi lög nr. 63/1919. Lög nr. 19/1966 fólu í sér þá breytingu helsta frá eldri lögum að almennt var miðað við íslenskt ríkisfang sem skilyrði fyrir því að mega öðlast eignarrétt eða afnotarétt yfir fasteignum hér á landi.

<sup>95</sup> Alþt. 1919, B-deild, dk. 1976.

<sup>96</sup> Alþt. 1919, B-deild, dk. 1978.

<sup>97</sup> Alþt. 1919, B-deild, dk. 1978–1979.

<sup>98</sup> Alþt. 1919, A-deild, þskj. 520, bls. 1123.



Í lögum nr. 63/1919 hafði hins vegar verið byggt á heimilisfesti hér á landi í þessu tilliti. Ákvæði laga nr. 19/1966 tóku til hvers konar afnotaréttar fasteigna, þar á meðal veiðiréttar og vatnsréttinda, að því leyti sem lög létu eigi öðruvísi um mælt. Eðlilegt er að túlka hugtakið vatnsréttindi með hliðsjón af ákvæðum vatnalaga nr. 15/1923 og þá þannig að það taki m.a. til réttar til virkjunar fallvatna til orkuframleiðslu. Að því er varðaði heimildir félaga með takmarkaðri ábyrgð til að eignast hér fasteignaréttindi var áskilið að félagið ætti hér heimilisfang og varnarþing og skyldu stjórnendur allir vera íslenskir ríkisborgarar. Um hlutafélög gildi einnig að 4/5 hlutar hlutafjár skyldu vera eign íslenskra ríkisborgara og íslenskir ríkisborgarar skyldu fara með meiri hluta atkvæða á hluthafafundum.

Ráðherra gat veitt leyfi til að eignast eignarrétt eða afnotarétt yfir fasteign enda þótt ofangreind skilyrði væru ekki fyrir hendi, *ef ástæða þótti til*. Ekki þurfti þó leyfi til leigu á fasteign eða réttinda yfir henni um þriggja ára tímabil eða ef uppsögn var áskilin með árs fyrirvara eða innan við það.

Á þeim tíma þegar lög nr. 19/1966 voru sett voru í gildi raforkulög nr. 12/1946 en samkvæmt þeim hafði ríkið einkarétt til þess að reisa og reka raforkuver stærri en 100 hestöfl. Var ríkinu óheimilt að framselja þann rétt nema samþykki Alþingis kæmi til.

Samkvæmt þessu gátu erlendir aðilar ekki eignast virkjunarréttindi hér á landi nema með sérstöku leyfi ráðherra og gátu enda ekki nýtt slík réttindi nema að mjög takmörkuðu leyti vegna einkaréttar ríkisins til að framleiða rafmagn í stærri raforkuverum.

Einkaréttur ríkisins til að reisa og reka raforkuver var afnuminn með orkulögum nr. 58/1967. Þau kváðu hins vegar á um að leyfi Alþingis þyrfti til að reisa og reka raforkuver stærri en 2000 kw og leyfi ráðherra raforkumála til að reisa raforkuver 200–2000 kw. Í orkulögum var einnig gert ráð fyrir að ráðherra gæti veitt einstaklingum og lögaðilum einkarétt til raforkudreifingar á tilteknu orkuveitusvæði ef sveitarstjórnir og Rafmagnsveitur ríkisins nýttu sér ekki þann forgangsrétt sem mælt var fyrir um í lögunum.

Í orkulögum var ekki fjallað um það sérstaklega hvernig með skyldi fara ef erlendir aðilar hefðu hug á að starfrækja raforkuvinnslu heldur virðist hafa verið gert ráð fyrir að Alþingi og eftir atvikum iðnaðarráðherra tæki um það sérstaka ákvörðun. Orkulög nr. 58/1967 fólu því ekki í sér fortakslausa hindrun við því að erlendir aðilar stunduðu slíka starfsemi. Lögin um eignarrétt og afnotarétt fasteigna (hér eftir fasteignalögin) gátu hins vegar komið í veg fyrir það vegna takmarkana þeirra laga við því að erlendir aðilar gætu eignast þau réttindi yfir fasteignum, þá einkum vatnsréttindi, sem voru forsenda fyrir starfseminni.

Orkulögin höfðu ekki að geyma skilyrði um íslenskt ríkisfang eða heimilisfesti þeirra aðila sem fengið gátu einkarétt til raforkudreifingar en aftur gátu fasteignalögin takmarkað rétt erlendra aðila í þessu efni. Ákvæði orkulaga nr. 58/1967 um raforkuvinnslu og raforkudreifingu voru felld úr gildi við setningu raforkulaga nr. 65/2003.

### ***3.2.5 Nánar um lög nr. 34/1991 um fjárfestingu erlendra aðila í atvinnurekstri***

#### *Aðdragandi lagasetningarinnar og stefna frumvarpsins*

Lögin um fjárfestingu erlendra aðila í atvinnurekstri voru sett árið 1991. Lögin fólu í sér endurskoðun og samræmingu þeirra ýmsu og dreifðu lagaákvæða sem þá voru í gildi um heimildir erlendra aðila til að fjárfesta í atvinnurekstri hér á landi.

Í frumvarpi því er varð að lögum nr. 34/1991 er gerð grein fyrir þeim almennu viðhorfum innan lands og utan sem höfð voru til hliðsjónar við gerð frumvarpsins.<sup>99</sup> Meðal annars er vikið að viðhorfum innan OECD um að stefna beri að sem mestu frelsi í viðskiptum með fjármagn, vöru og þjónustu. Einnig er í frumvarpinu fjallað um viðræður um Evrópskt efnahagssvæði sem stóðu yfir á þessum tíma. Segir að í viðræðunum hafi EFTA-ríkin þó gert ýmsa fyrirvara gagnvart fullu frelsi í fjárfestingum yfir landamæri og lúti þeir flestir að fjárfestingu í fasteignum og mikilvægum atvinnugreinum og fyrirtækjum. Íslendingar hafi m.a. lagt sérstaka áherslu á bann við fjárfestingum erlendra aðila á sviði fiskveiða, orkuvinnslu og varðandi fasteignakaup erlendra aðila.

Um stefnu frumvarpsins segir að byggt sé á því að full yfirráð Íslendinga verði tryggð yfir náttúruauðlindum lands og sjávar. Auk þess geymi frumvarpið nokkrar aðrar takmarkanir á erlendum fjárfestingum hér á landi. Þær helstu séu á sviði fiskveiða, fiskvinnslu og vegna virkjunarréttinda vatnsfalla og jarðhita.

Þegar fjárfestingarlögin voru sett kváðu þau á um að heimildin til að eignast virkjunarréttindi og fyrirtæki sem stunda orkuvinnslu og orkudreifingu væri bundin við eftirtalda aðila, sbr. 3. tölul. 4. gr.:

- íslenska ríkið
- sveitarfélög,
- íslenska ríkisborgara sem áttu lögheimili hérlendis
- lögaðila sem áttu heimili hér á landi og voru að öllu leyti í eigu íslenskra ríkisborgara sem áttu lögheimili hérlendis.

Samkvæmt þessu áttu erlendir aðilar á þeim tíma ekki kost á að eignast þau réttindi eða fyrirtæki sem ákvæðið fjallar um.

Hér er rétt að hafa í huga að fasteignalögin nr. 19/1966 tóku einnig til vatnsréttinda og þar með virkjunarréttinda. Minnt skal á að samkvæmt þeim lögum gat ráðherra veitt erlendum aðilum leyfi til að eiga réttindi sem lögin tóku til enda þótt ekki væru uppfyllt skilyrði laganna fyrir því. Bæði fjárfestingarlögin og fasteignalögin fjölluðu því um virkjunarréttindi og vaknar þá sú spurning hvor þeirra hafi átt að ganga framur um heimildir erlendra aðila til að eiga slík réttindi. Til að svara þessari spurningu verður að líta til efnisákvæða laganna um þetta atriði. Ákvæði fjárfestingarlaganna fjallar sérstaklega um tiltekin fasteignaréttindi, þ.e. virkjunarréttindi vatnsfalla og jarðhita, og eru það einu fasteignaréttindin sem lögin fjalla um. Ákvæðið, sem er yngri en ákvæði fasteignalaganna, fól í sér þrengingu þeirra heimilda sem fasteignalögin kváðu á um og hindraði alfarið erlenda aðila í að eignast þau réttindi sem þar er fjallað um. Hér að framan var þess getið að fjárfestingarlögin séu almenn lög um heimildir erlendra aðila til að fjárfesta í atvinnurekstri hér á landi. Þrátt fyrir það virðist eðlilegt, með hliðsjón af framangreindum atriðum, að líta á umrætt ákvæði laganna sem sérákvæði um þessi réttindi þannig að það gangi framur almennara ákvæði fasteignalaganna nr. 19/1966.<sup>100</sup>

Eins og áður segir fólu fjárfestingarlögin nr. 34/1991, sbr. 3. gr., í sér þá meginreglu að erlendum aðilum væri heimilt að fjárfesta í atvinnurekstri hér á landi, þó með þeim takmörkunum sem í lögnum eða sérlægum greini og að uppfylltum öðrum skilyrðum sem lög kynnu að áskilja.

<sup>99</sup> 113. lþ. 1990–91, 320. mál, þskj. 565, almennar athugasemdir, II. kafli. Í þessu sambandi er sérstaklega vísað til skýrslu viðskiptaráðherra og forsætisráðherra um erlenda fjárfestingu og íslenskt atvinnulíf. Vætanlega er þar átt við skýrslu sem lögð var fram á 109. lþ. 1986–1987, sjá 389. mál, þskj. 700.

<sup>100</sup> Þessi ályktun byggist á tveimur af svokölluðum forgangsreglum lögskýringarfræðanna, *lex specialis* og *lex posterior*.

Segja má að forsenda þess að erlendir aðilar geti rekið hér atvinnustarfsemi sé að þeim sé heimilt að öðlast réttindi yfir fasteignum sem nauðsynlegar eru í starfseminni, hvort sem um er að ræða eignarrétt eða afnotarétt. Um þetta atriði vísa fjárfestingarlögin til fasteignalaganna nr. 19/1966. Í upphaflegu ákvæði fjárfestingarlaganna um þetta atriði, 1. mgr. 9. tölul. 4. gr., sagði að erlendum aðila væri heimilt að öðlast eignarrétt og afnotarétt yfir fasteign til beinnar notkunar í atvinnustarfsemi sinni samkvæmt ákvæðum laga nr. 19/1966. Til samræmis við þessa tilvísun voru gerðar breytingar á fasteignalögnum með lögum nr. 23/1991. Var þá kveðið á um undanþágu frá skilyrðinu um að erlendir aðilar þyrftu leyfi til að mega öðlast fasteignarréttindi hér á landi. Náði hún til aðila sem rétt höfðu til að stunda atvinnurekstur hér á landi enda væri um að ræða eignarrétt eða afnotarétt á fasteign til eigin nota og eða til notkunar í atvinnustarfsemi þeirra og að fasteigninni fylgdu einungis venjuleg lóðarréttindi. Í athugasemdum við ákvæðið í frumvarpi því er varð að lögum nr. 23/1991 var hnykk á því að eftir sem áður þyrfti leyfi dómsmálaráðherra til að slíkur aðili gæti eignast eða nýtt önnur fasteignarréttindi, svo sem vatns- og veiðiréttindi.<sup>101</sup>

Með sömu lögum var einnig breytt almennum skilyrðum fyrir því að mega öðlast eignarrétt eða afnotarétt á fasteignum hér á landi. Var þannig kveðið á um að lögheimili á Íslandi samfellt í a.m.k. fimm ár nægði til að geta átt þessi réttindi.

Ef dregin eru saman helstu atriðin varðandi heimildir erlendra aðila til að eiga virkjunarréttindi og fjárfesta í orkufyrirtækjum hér á landi áður en breytingar sem tengdust EES-samningnum komu til eru niðurstöðurnar eftirfarandi: Samkvæmt fjárfestingarlögnum var erlendum aðilum almennt heimilt að fjárfesta í atvinnurekstri hér á landi nema sú heimild væri sérstaklega takmörkuð í lögum. Slík takmörkun kom fram í 4. gr. laganna og fól hún m.a. í sér að erlendum aðilum var óheimilt að eiga virkjunarréttindi og fjárfesta í fyrirtækjum sem stunduðu orkuvinnslu og orkudreifingu. Sú regla var fortaklaus og staða hennar sem sérreglu gagnvart almennari ákvæðum fasteignalaganna þýddi að heimild ráðherra samkvæmt þeim lögum til að veita erlendum aðilum leyfi til að eiga fasteignarréttindi þrátt fyrir að skilyrðum væri ekki fullnægt gat ekki náð til virkjunarréttinda. Hins vegar gátu erlendir aðilar öðlast önnur fasteignarréttindi samkvæmt fasteignalögnum til beinnar notkunar í atvinnurekstri sínum.

### **3.2.6 Breytingar á lögum vegna EES-samningsins**

#### *Breytingar á lögum um fjárfestingu erlendra aðila í atvinnurekstri*

Grundvallarbreytingar voru gerðar á fjárfestingarlögnum með lögum nr. 46/1996.<sup>102</sup> Var markmið þeirra að laga reglur um fjárfestingu erlendra aðila í atvinnurekstri hér á landi að ákvæðum EES-samningsins og einnig að heimila óbeina fjárfestingu erlendra aðila í fiskveiðum og fiskvinnslu.<sup>103</sup> Í athugasemdum við frumvarp það er varð að lögum nr. 46/1996 segir m.a. að í því sé lagt til að breytingar verði gerðar á gildandi ákvæðum um eignarhald og fjárfestingu erlendra aðila á orkusviðinu. Sé þar fyrst og fremst verið að hrinda í framkvæmd ákvæðum EES-

<sup>101</sup> 113. lþ. 1990–1991, 321. mál, þskj. 566.

<sup>102</sup> Með lögum nr. 121/1993 voru gerðar lítils háttar breytingar á lögum nr. 34/1991 til að laga ákvæði þeirra að ákvæðum EES-samningsins. Um var að ræða lágmarksbreytingar á lögnum og var til að mynda ekki hröflað við ákvæði 3. tölul. 4. gr. laganna.

<sup>103</sup> 120. lþ. 1995, 254. mál, þskj. 425.

samningsins um rétt aðila á EES-svæðinu til að fjárfesta í þessum greinum hér á landi. Hins vegar sé áfram gert ráð fyrir takmörkunum á fjárfestingum aðila utan EES-svæðisins.<sup>104</sup>

Breytingar þær sem lög nr. 46/1996 fólu í sér lutu þannig m.a. að takmörkunum sem 4. gr. laganna fjallaði um og kom ný grein í hennar stað. Fjallað var um virkjunarréttindi og orkuvinnslu í 2. tölul. 1. mgr. greinarinnar. Samkvæmt henni var heimildin til að eiga virkjunarréttindi vatnsfalla og jarðhita önnur en til heimilisnota, svo og fyrirtæki sem stunda orkuvinnslu og orkudreifingu nú bundin við:

- íslenska ríkisborgara
- aðra íslenska aðila þ.e.
  - ríkissjóð, sveitarfélög, stofnanir, fyrirtæki og sjóði hér á landi í fullri eigu þeirra,
  - íslenska ríkisborgara sem eiga lögheimili hér á landi og
  - lögaðila sem eiga heimili hér á landi<sup>105</sup> og eru að öllu leyti í eigu opinberra aðila hér á landi, íslenskra ríkisborgara sem eiga lögheimili hér á landi eða annarra lögaðila sem eiga heimili hér á landi og eru að öllu leyti í eigu íslenskra ríkisborgara sem eiga lögheimili hér á landi, sbr. 2. mgr. 4. gr.
- einstaklinga búsetta í öðru aðildarríki Evrópska efnahagssvæðisins
- lögaðila sem heimilisfastir eru í öðru EES-ríki.

Með lögum nr. 76/2002 og lögum nr. 108/2006 var heimildin enn víkkuð út og nær nú einnig til einstaklinga sem búsettir eru og lögaðila sem heimilisfastir eru í öðru aðildarríki stofnsamnings EFTA eða Færeyjum.

Með breytingarlögunum nr. 46/1996 var enn fremur bætt við 4. gr. fjárfestingarlaganna heimild til að kveða svo á í fjárfestingarsamningum milli Íslands og ríkja utan Evrópska efnahagssvæðisins að einstaklingar sem þar eru búsettir eða lögaðilar sem þar eru heimilisfastir hafi einnig sama rétt, enda verði slíkir samningar lagðir fyrir Alþingi til staðfestingar með þingsályktun.

Um ákvæði 2. töluliðar segir í athugasemdum sem fylgdu frumvarpi því er varð að lögum nr. 46/1996 m.a.:

[...] er lagt til að aðilar annars staðar á EES-svæðinu öðlist sama rétt og Íslendingar til að eiga virkjunarréttindi vatnsfalla og jarðhita hér á landi eða stunda orkuvinnslu eða orkudreifingu. Er þetta í samræmi við 40. gr. EES-samningsins, sbr. XII. viðauka hans. Þeir aðilar sem hér um ræðir eru einstaklingar sem búsettir eru og lögaðilar sem heimilisfastir eru í öðru EES-ríki. Ríkisfang einstaklings eða ríkisfang eigenda lögaðila skiptir hér ekki máli. Skilyrði 40. gr. EES-samningsins um búsetu fremur en ríkisfang er í samræmi við það sem almennt tíðkast á sviði gjaldeyrismála, þar með taldar fjárfestingar í atvinnurekstri, en þar er miðað við búsetu aðila en ekki ríkisfang þegar greint er á milli innlendra og erlendra aðila, sbr. lög nr. 87/1992, um gjaldeyrismál. Gert er ráð fyrir að þetta svið verði áfram lokað fyrir öðrum erlendum aðilum. Þó er heimilt við gerð fjárfestingarsamninga við ríki utan EES að opna þetta svið fyrir þarlendum aðilum, enda verði slíkir samningar lagðir fyrir Alþingi til staðfestingar með þingsályktun. Sem dæmi um samninga sem hér

<sup>104</sup> 120. lþ. 1995, 254. mál, þskj. 425.

<sup>105</sup> Samkvæmt 2. mgr. 4. gr. laga nr. 34/1991 telst lögaðili eiga heimili hér á landi ef hann er skráður hér á landi, ef hann telur heimili sitt hér á landi samkvæmt samþykktum sínum eða ef raunveruleg framkvæmdastjórn hans er hér á landi.

um ræðir eru tvíhliða fjárfestingarsamningar sem gerðir eru við einstök ríki, væntanlegur annar áfangi orkusáttmála Evrópu og alþjóðlegur fjárfestingarsamningur sem unnið er að á vegum OECD.<sup>106</sup>

Áfram var vísað til fasteignalaganna um heimild erlendra aðila til að öðlast eignarrétt og afnotarétt yfir fasteign til beinnar notkunar í atvinnustarfsemi sinni, sbr. 5. tölul. 4. gr. fjárfestingalaganna.

#### *Breytingar á lögum nr. 19/1966 vegna EES-samningsins*

Ákvæði 1. gr. laga um eignarrétt og afnotarétt fasteigna (fasteignalaganna) var breytt með lögum nr. 133/1993, um breyting á ýmsum lögum sem varða réttarfar, atvinnuréttindi o.fl. vegna aðildar að samningi um Evrópska efnahagssvæðið.<sup>107</sup> Eftir breytinguna er í 2. mgr. 1. gr. laganna aðeins fjallað um heimild ráðherra til að veita leyfi til að víkja frá skilyrðum 1. mgr. Þetta getur nú gerst í tvenns konar tilvikum:

1. Samkvæmt umsókn frá þeim sem hefur rétt til að stunda atvinnurekstur hér á landi og vill öðlast eignarrétt eða afnotarétt yfir fasteign til beinnar notkunar í atvinnustarfsemi sinni eða til að halda þar heimili.
2. Ef annars þykir ástæða til.

Einnig var bætt við greinina nýrri málsgrein, 4. mgr., og varðaði hún undanþágur frá leyfis-skyldunni. Þar var kveðið á um tvenns konar undanþágur:

1. Þegar um væri að ræða skammtímaleigu og var sú undanþága efnislega óbreytt.
2. Þegar sá sem í hlut ætti nyti réttar hér á landi samkvæmt reglum EES-samningsins um frjálsa fólksflutninga, staðfesturétt eða þjónustustarfsemi. Skyldi ráðherra setja nánari reglur um til hvaða fasteigna þessi réttur tæki og framkvæmd hans að öðru leyti.<sup>108</sup>

<sup>106</sup> 120. lþ. 1995, 254. mál, þskj. 425, athugasemdir við 1. gr.

<sup>107</sup> Í athugasemdum við þær greinar frumvarpsins sem fólu í sér breytingar á lögum nr. 19/1966 segir að það leiði af III. hluta EES-samningsins og viðaukum V., VIII. og XII. að veita verði ríkisborgurum annarra samningsríkja sama rétt til fasteignakaupa hér á landi og íslenskum ríkisborgurum að því leyti sem það er nauðsynlegt til að nýta þau réttindi sem samningurinn veitir til frjálsra fólksflutninga, staðfestu og þjónustustarfsemi. Með ákvæðunum séu lagðar til nauðsynlegar breytingar á lögum nr. 19/1966 þessu til samræmis. Sjá 117. lþ. 1993, 103. mál, þskj. 106, athugasemdir við 20.–23. gr.

<sup>108</sup> Um þetta gildir nú reglugerð nr. 702/2002 um rétt útlendinga sem falla undir samninginn um Evrópska efnahagssvæðið eða stofnsamning Fríverslunarsamtaka Evrópu, til að öðlast eignarrétt eða afnotarétt yfir fasteignum. Í 2. gr. hennar er fjallað um heimild yfir fasteign á grundvelli reglna um frjálsa för fólks, staðfesturétt og þjónustustarfsemi. Heimildin nær til eignar- og afnotaréttar yfir fasteign sem nota á sem bústað fyrir þann sem réttinn vill öðlast og til eignar sem er forsenda þess að viðkomandi geti stundað sjálfstæða starfsemi eða innt af hendi þjónustustarfsemi, sbr. 3. gr. Meðal þeirra sem geta öðlast slíka heimild eru félög, svo og aðrir lögaðilar, sem stofnuð eru í samræmi við löggjöf í aðildarríki og sett hafa á fót eða hyggjast setja á fót útibú eða umboðsskrifstofu eða hyggjast inna af hendi þjónustustarfsemi hér á landi. Samkvæmt 2. mgr. 2. gr. skulu þessir aðilar annaðhvort hafa aðalstöðvar eða aðalstarfsemi í EES- eða EFTA-ríki eða hafa þar heimili samkvæmt samþykktum sínum. Ef um er að ræða heimili samkvæmt samþykktum skal starfsemi lögpersónunnar hafa raunveruleg og viðvarandi tengsl við atvinnulíf í aðildarríki. Hér vaknar sú spurning hvort skilyrðið um raunveruleg tengsl lögpersónu við atvinnulíf í aðildarríki eigi við um heimaríkið, þ.e. skráningarríkið, eða hvort hér sé átt við viðvarandi tengsl við atvinnulíf í einhverju aðildarríki. Af ummælum í athugasemdum við frumvarp það er varð að lögum nr. 133/1993 um reglugerðarheimildina mætti draga þá ályktun að hér sé stefnt að því að koma í veg fyrir að þessir aðilar kaupi fasteignir án þess að það tengjast nokkurri starfsemi á EES-svæðinu. Miðað við það má ætla að skilyrðið sé ekki bundið við starfsemi í skráningarríkinu.

Ákvæði 4. mgr. 1. gr. var breytt með lögum nr. 14/1997 og var þá bætt við tilvísun til reglna EES-samningsins um frjálsa fjármagnsflutninga. Með lögum nr. 76/2002 og lögum nr. 108/2006 var gildissvið ákvæðisins víkkað út þannig að það næði einnig til þeirra sem nytu réttar samkvæmt samsvarandi ákvæðum í stofnsamningi EFTA og samningi milli ríkisstjórnar Íslands annars vegar og ríkisstjórnar Danmerkur og heimastjórnar Færeyja hins vegar.

### **3.2.7 Réttarstaðan samkvæmt gildandi rétti**

Eins og fram hefur komið fólu breytingar þær sem gerðar voru á 4. gr. fjárfestingarlaganna með lögum nr. 46/1996 í sér að takmörkunum á heimild erlendra aðila til að eiga virkjunarréttindi og fyrirtæki sem stunda orkuvinnslu og orkudreifingu var aflétt gagnvart aðilum á EES-svæðinu. Þetta þýðir að einstaklingar sem búsettir eru í öðru aðildarríki EES-samningsins, öðru aðildarríki stofnsamnings EFTA eða Færeyjum mega eiga slík réttindi hér á landi. Sama er að segja um lögaðila sem heimilisfastir eru í þessum sömu ríkjum. Þessir aðilar hafa *sama rétt* og íslenskir ríkisborgarar og *aðrir íslenskir aðilar* í þessu efni. Eins og bent var á hér að framan virðist vera misræmi milli þess hvaða skilyrðum lögaðilum er gert að fullnægja til að geta átt virkjunarréttindi og fjárfest í orkufyrirtækjum hér á landi. Ef um er að ræða lögaðila sem heimilisfastir eru í aðildarríkjum ofangreindra samninga eða Færeyjum virðist heimilisfestin í viðkomandi ríkjum vera *eina* skilyrðið sem uppfylla þarf til að njóta réttar samkvæmt ákvæðinu. Ef hins vegar er um að ræða lögaðila sem eiga heimili hér á landi koma til *viðbótarskilyrði* er varða eigendur lögaðilans og lúta þau að ríkisfangi og lögheimili þeirra. Það má því segja að eins og ákvæði 2. tölul. 4. gr. fjárfestingarlaganna eru nú úr garði gerð veiti þau vissum erlendum lögaðilum rýmri heimildir til að eiga virkjunarréttindi og fyrirtæki sem stunda orkuvinnslu og orkudreifingu en lögaðilum sem hafa heimilisfesti hér á landi. Hér er um að ræða svonefnt öfugt misrétti (e. reverse discrimination).<sup>109</sup> Þessi staða getur komið upp þegar stjórnvöld í aðildarríki EES-samningsins hafa talið sér skylt að afnema takmarkanir í lögum vegna staðfesturéttar aðila frá EES en ákveðið að viðhalda takmörkunum gagnvart innlendum aðilum. Með hliðsjón af langri hefð í íslenskum lögum fyrir því að takmarka fasteignarréttindi útlendinga og tryggja yfirráð Íslendinga yfir vatnsföllum og jarðhita er hér um þýðingamikla breytingu að ræða.

Að því er varðar erlenda aðila utan tilgreinds svæðis, einstaklinga eða lögaðila, þá hafa þeir ekki heimild til þess að fjárfesta í virkjunarréttindum vatnsfalla og jarðhita eða fyrirtækjum í orkuvinnslu eða orkudreifingu nema gert hafi verið um það sérstakt samkomulag í fjárfestingarsamningi milli Íslands og heimaríkis hins erlenda aðila.

### **3.2.8 Nánar um breytingu á lögum nr. 34/1991 með lögum nr. 46/1996**

Í umræðunni um frumvarp það er varð að lögum nr. 46/1996 og áhrif þess á réttarstöðu aðila á EES-svæðinu virtust menn almennt skilja það svo að frumvarpið opnaði algerlega fyrir það að hvaða aðili sem vera kynni, innan EES-svæðisins, gæti fjárfest í fyrirtæki í orkuvinnslu eða orkudreifingu.

Í fyrstu umræðu sagði Steingrímur J. Sigfússon að þær takmarkanir á eignarréttindum útlendinga sem áður voru í lögum og lutu að orkugeiranum verði að engu orðnar þegar frumvarpið verði að lögum. Reyndar var það skilningur hans að slík takmarkandi ákvæði væru þegar fyrir bí

<sup>109</sup> Stefán Már Stefánsson: *Evrópusambandið og Evrópska efnabagsvæðið*. Reykjavík 2000, bls. 472.

þar sem tímabundnir fyrirvarar þar að lútandi, sem Ísland gerði við EES-saminginn, væru fallnir úr gildi.<sup>110</sup> Sama skilning má lesa úr eftirfarandi orðum Sighvats Björgvinssonar:

Þá vil ég víkja að því að í 1. gr. frv., 2. tölul., er gert ráð fyrir því [...] að allir aðilar á EES-svæðinu hafi jafnan rétt til að fjárfesta í íslenskum fyrirtækjum sem nýta sér orku landsins, allir jafnan rétt. Þetta þýðir það, herra forseti, að frá og með gildistöku þessara laga stendur ekkert í veginum fyrir því að t.d. erlent félag á EES-svæðinu keypti bæði Hitaveitu Reykjavíkur og Rafmagnsveitu Reykjavíkur einn góðan veðurdag, ef þær væru til sölu, og flyttu allan arðinn af starfsemi þessara fyrirtækja til útlanda, allan eins og hann leggur sig, án þess að íslenska þjóðin hefði nokkurn hag af virkjun þessara auðlinda [...] Þetta þýðir auðvitað að jafnhliða því og þetta ákvæði gengur í gegn þá verður að gera tvennt: Í fyrsta lagi að treysta þjóðareign á auðlindum í jörðu. [...] Það verður að fylgja á þeim tíma þegar verið er að veita útlendingum jafnan rétt og Íslendingum til þess að hagnýta sér íslensk fiskimið í gegnum fiskmarkaði og til þess að fjárfesta í fyrirtækjum sem vinna orku úr iðrum eða fallvötnum jarðar. Það verður að gera. Í öðru lagi, til þess að tryggja að afrakstur slíkra auðlinda verði ekki fluttur úr landi án þess að íslenska þjóðin hafi nokkrar rentur af þeim auðlindum, þá verður að innleiða veiðigjald, auðlindaskatt í sjávarútvegi og afnotagjald, auðlindaskatt í nýtingu jarðvarma og orku fallvatna. Þetta verður að gera hvort tveggja, öðruvísi gengur dæmið ekki upp.<sup>111</sup>

Þann skilning þeirra Steingríms og Sighvats, að frumvarpið opni algerlega fyrir fjárfestingar aðila innan EES-svæðisins í íslenskum orkufyrirtækjum, staðfesti Finnur Ingólfsson, viðskiptaráðherra og flutningsmaður frumvarpsins, í svari við spurningu frá Sighvati:

Í öðru lagi spurði hv. þm. um jafnan rétt erlendra aðila til að fjárfesta hér í orkunni. Það hefur legið fyrir. Ég gerði glögga grein fyrir því að ég tel í framsögu minni með frv. Um síðustu áramót rann sá takmarkaði tími út sem við gátum varist því að aðilar af Evrópska efnahagssvæðinu gætu fjárfest hér í orkunni. Það var tímabundinn fyrirvari. Ég tek undir það með hv. þm. að það er mikilvægt að lög um eignarhald á auðlindum í jörðu og lög um virkjunarrétt fallvatna komi fyrir þingið og verði samþykkt vegna þess að þau eru hluti af þessu máli. [...] Þetta er í undirbúningi af hálfu ríkisstjórnarinnar. Ég vonaðist reyndar til þess að geta strax að loknu jólaleyfi lagt þessi frv. fram í þinginu og fengið þau samþykkt á þessu þingi. Ég skal viðurkenna að ég er svartsýnn á að ég fái þau samþykkt en áform mín eftir sem áður eru þau að geta lagt málið fram hér til kynningar á þessu þingi.<sup>112</sup>

Umræða um frumvarpið snerist að langmestu leyti um þann hluta þess sem lýtur að sjávarútvegi og fiskvinnslu. Í örfá skipti er vikið að orkuhlutanum og þá virðast allir vera sammála um að öllum takmörkunum á eignarhaldi aðila innan EES-svæðisins sé aflétt. Þeir þingmenn stjórnarandstöðunnar sem tóku til máls binda hins vegar vonir við sérlög um orkugeirann sem setji aftur inn slíkar hindranir og Finnur Ingólfsson, iðnaðarráðherra, segir að slíkra laga sé að vænta, sbr. tilvitnun hér að ofan. Við þriðju umræðu um frumvarpið í maí 1996 vék Hjörleifur Guttormsson enn að boðuðu frumvarpi og spurði iðnaðarráðherra hvað því liði. Benti Hjörleifur jafnframt á að fyrir þinginu lægju þingmannafrumvörp sem fjölluðu um virkjunarréttindi og

<sup>110</sup> 120. þ. 1995–96, 254. mál, 88. fundur, 12. febrúar 1996.

<sup>111</sup> 120. þ. 1995–96, 254. mál, 91. fundur, 15. febrúar 1996.

<sup>112</sup> 120. þ. 1995–96, 254. mál, 91. fundur, 15. febrúar 1996.

miðuðu að því að tryggja rétt Íslendinga yfir fallvötnunum og heimildum til að virkja þau.<sup>113</sup> Finnur Ingólfsson iðnaðarráðherra svaraði því til að nefnd væri að vinna að málinu en það hefði reynt flóknara en menn bjuggust við og því hefði það dregist að frumvarp yrði lagt fram. Afrakstur vinnu nefndarinnar var síðan lagður fram á 122. löggjafarþingi 1997–98 í formi frumvarps til laga um eignarhald og nýtingu auðlinda í jörðu. Frumvarpið varð að lögum með breyttu nafni, lög um rannsóknir og nýtingu á auðlindum í jörðu nr. 57/1998. Frumvarpið tók ekki til virkjunarréttinda vatnsfalla og ekki var lagt fram sérstakt frumvarp um það efni af hálfu stjórnarflokkanna.

### 3.3 Löggjöf um orkuauðlindir og nýtingu þeirra

#### 3.3.1 Vatnalög

Í 2. gr. vatnalaga nr. 15/1923 eru vatnsréttindi landeiganda skilgreind sem réttur til umráða og hagnýtingar því vatni sem á landareign hans er á þann hátt sem löginn heimila. Lögin voru á þeim tíma sem þau voru sett heildarlög um vatn og vatnsréttindi og kváðu með tæmandi hætti á um það hvaða vatnsréttindi fylgdu landareign. Lögin taka til yfirborðsvatns, bæði straumvatns og stöðuvatna. Samkvæmt 1. mgr. 49. gr. vatnalaga er landeiganda heimilt að nýta vatn sem um landareign hans rennur til að vinna úr því orku með tilteknum skilyrðum. Í 2. mgr. greinarinnar er síðan vísað til raforkulaga um leyfi til að virkja fallvatn.

Ný vatnalög voru sett á Alþingi vorið 2006, lög nr. 20/2006. Markmið þeirra er samkvæmt 1. gr. skýrt eignarhald á vatni, skynsamleg vatnsnýting og hagkvæm og sjálfbær nýting vatns. Réttindi yfir vatni eru skilgreind í 4. gr. laganna svofellt:

Fasteign hverri, þar með talið þjóðlendu, fylgir eignarréttur að því vatni sem á henni eða undir henni er eða um hana rennur.

Miklar deilur spunnust um efni laganna, einkum um skilgreiningu réttindanna, og varð að samkomulagi á Alþingi að gildistöku þeirra yrði frestað og að skipuð yrði nefnd sem taka skyldi til skoðunar samræmi laganna við önnur þau lagaákvæði íslensks réttar sem vatn og vatnsréttindi varða. Umrædd nefnd skilaði skýrslu til iðnaðarráðherra í september 2008. Gildistöku vatnalaga nr. 20/2006 hefur ítrekað verið frestað og hafa þau enn ekki tekið gildi. Vatnalög nr. 15/1923 halda því enn gildi sínu.

#### 3.3.2 Lög nr. 57/1998 um rannsóknir og nýtingu á auðlindum í jörðu

Lög nr. 57/1998 um rannsóknir og nýtingu á auðlindum í jörðu (auðlindalög) eru heildarlög um auðlindir í jörðu og ná þar með einnig til grunnvatns og jarðhita. Í 3. gr. laganna er fjallað um eignarrétt yfir auðlindum. Þar er því annars vegar slegið föstu að eignarlandi fylgi eignarréttur að auðlinum í jörðu og hins vegar er lýst yfir eignarrétti íslenska ríkisins á auðlindum í jörðu í þjóðlendum nema aðrir geti sannað eignarrétt sinn til þeirra. Auðlindalögin hafa svo að geyma ítarleg ákvæði um það hvernig nýtingu á auðlindum í jörðu skuli hagað. Meginregla laganna varðandi nýtingu auðlinda er að hún er háð leyfi iðnaðarráðherra hvort sem um er að ræða

<sup>113</sup> 120. þ. 1995–96, 254. mál, 137. fundur 14. maí 1996.



eignarlönd eða þjóðlendur. Undantekningar frá leyfisskyldunni heimila landeiganda m.a. að hagnýta jarðhita í eignarlandi sínu til heimilis- og búsparfa, iðnaðar og iðju, allt að 3,5 MW.

Meginefni auðlindalaganna lýtur þannig að því að skýra eignarhald á auðlindum í jörðu og kveða á um meðferð þeirra. Auðlindalögin hafa ekki að geyma ákvæði um heimildir erlendra aðila til að eignast og nýta hér auðlindir í jörðu. Í lögnum er kveðið á um að landeigandi megi ekki undanskilja eignarlandi sínu jarðhitaréttindi, nema með sérstöku leyfi ráðherra en aðrar takmarkanir á framsali réttindanna voru ekki í lögnum þegar þau voru sett. Með lögum nr. 58/2008 um breytingu á nokkrum lögum á auðlinda- og orkusviði var hins vegar bætt við ákvæðum sem fólu í sér takmarkanir á því að opinberir aðilar geti framselt með varanlegum hætti vatns- og jarðhitaréttindi í sinni eigu. Nánar verður fjallað um þau hér á eftir.

Þegar iðnaðarráðherra mælti fyrir frumvarpi því er varð að auðlindalögum áréttaði hann að brýnt væri að kveða skýrt á um meðferð náttúruauðlinda. Sífellt yrði brýnna að kveða með samræmdum hætti á um nýtingu og tryggja þannig heildstæða sýn yfir auðlindirnar, nýtingarmöguleika og vinnslu. Grundvallarforsenda þess að koma mætti á samræmdu skipulagi í nýtingu auðlinda væri að kveða skýrt á um eignarrétt á þeim. Í réttarframkvæmd hefði eignarréttur landeigenda að auðlindum á eignarlandi hans verið viðurkenndur og væri í frumvarpinu gert ráð fyrir að sú réttarframkvæmd yrði staðfest. Ráðherra vakti athygli á að frumvarp til laga um þjóðlendur sem lagt hafði verið fram á sama þingi kvæði á um eignarréttindi og forræði á vatnsréttindum utan eignarlanda. Þá benti hann á að sérstaklega væri fjallað um raforkumál í þingsályktunartillögu um framtíðarskipan raforkumála sem lögð hefði verið fyrir Alþingi þá um haustið. Þá væri í bígerð að frumvarp til nýrra raforkulaga yrði lagt fyrir Alþingi á haustþingi 1998. Þar yrði fjallað heildstætt um þá þætti raforkuvinnslu sem nú væru í orkulögum, vatnalögum, lögum um raforkuver og sérlögum um tiltekin raforkufyrirtæki. Þá yrði höfð hliðsjón af og gætt samræmis við tilskipun Evrópusambandsins um innri markað raforku.<sup>114</sup>

Iðnaðarráðherra vék ekki að þeim þætti sem laut að heimildum erlendra aðila til að eignast réttindi yfir auðlindum og þýðingu frumvarpsins varðandi það efni. Þingmaðurinn Hjörleifur Guttormsson vakti hins vegar máls á þessu atriði við fyrstu umræðu um frumvarpið og benti á þá breyttu stöðu sem þessi mál væru í eftir tilkomu EES-samningsins:

Að þeim samningi gerðum deila Íslendingar í reynd réttindum með öllum íbúum Vestur-Evrópu að Sviss undanskildu. Útlendingar af þessu svæði geta keypt hér lendum sem á annað borð ganga kaupum og solum án takmarkana. Með því að lögfesta viðtækan einkaeignarrétt á náttúruauðlindum er í reynd verið að afhenda nær 400 millj. manna og innan tíðar enn fleiri ef að líkum lætur rétt til að eignast þær verði þessar auðlindir ekki lýstar sameign þjóðarinnar og það tryggt með lögum og/eða stjórnarskrárákvæðum.<sup>115</sup>

Ekki er að sjá sem þetta atriði hafi verið rætt að neinu marki í umræðum um frumvarp það er varð að auðlindalögum.

Með lögum nr. 5/2006 var gerð breyting á 1. gr. auðlindalaganna og var gildissvið þeirra víkkað þannig að lögin ná nú jafnframt til rannsókna á vatnsafla til raforkuframleiðslu. Nýting vatnsorku til raforkuframleiðslu er hins vegar leyfisskyld samkvæmt ákvæðum raforkulaga nr. 65/2003.

<sup>114</sup> 122. lþ. 1997–98, 359. mál, 60. fundur, 5. febrúar 1998.

<sup>115</sup> 122. lþ. 1997–98, 359. mál, 72. fundur, 19. febrúar 1998.

### 3.3.3 Raforkulög nr. 65/2003

Raforkulög nr. 65/2003 sem byggjast á tilskipun 96/92/EB um innri markað raforku, fólu í sér heildarendurskoðun á löggjöf um vinnslu, flutning, dreifingu og sölu raforku.

Í almennum athugasemdum við frumvarp það er varð að raforkulögum nr. 65/2003 segir að hefðbundin viðhorf til raforkumála hafi verið að breytast. Áður fyrr hafi það verið viðtekin skoðun að hið opinbera hefði óhjákvæmilega lykilhlutverki að gegn á öllum sviðum þeirra vegna þess að markaðslausnir ættu þar ekki við, meðal annars vegna einkaréttar í starfsemi af þessu tagi. Á síðustu árum hafi hins vegar verið þróaðar aðferðir þar sem markaðsöflum hafi verið beitt á þessu sviði, einkum í vinnslu og sölu raforku. Þessi nýju sjónarmið sé sjálfsagt að færa sér í nyt á Íslandi þótt hér eins og annars staðar þurfi jafnframt að taka mið af aðstæðum. Þetta verði best gert með því að endurskipuleggja raforkubúskapinn á núverandi grunni með markaðssjónarmið að leiðarljósi í vinnslu og sölu raforku. Aðskilnaður samkeppnis- og einokunarþátta sé þar höfuðatriði. Í tengslum við slíkar skipulagsbreytingar mæli jafnframt margt með því að hlutafélagsformið taki við af núverandi rekstrarformi. Þannig væri meðal annars unnt að draga úr áhættu hins opinbera af fjárfestingu í orkuvinnslu vegna stóriðju.<sup>116</sup>

Í 6. kafla almennra athugasemda við frumvarp það er varð að raforkulögum nr. 65/2003 sagði m.a. að frumvarpið miði að því að koma á markaðsbúskap í viðskiptum með raforku. Samhliða væri stefnt að því að draga úr opinberum rekstri. Frumvarpið byggi á því að öll vinnsla, flutningur, dreifing og sala á raforku verði rekin á einkaréttarlegum grundvelli.<sup>117</sup>

Eftir gildistöku raforkulaga er vinnsla og sala raforku rekin á samkeppnisgrundvelli í markaðskerfi með þeim takmörkunum sem nauðsynlegar eru taldar vegna öryggis raforkuafhendingar og annarra almannahagsmuna. Aftur á móti er starfsemi þeirra fyrirtækja er annast flutning og dreifingu á raforku byggð á sérleyfi, enda um náttúrulega einokun að ræða.

Markmið raforkulaga samkvæmt 1. gr. þeirra er „að stuðla að þjóðhagslega hagkvæmu raforkukerfi og efla þannig atvinnulíf og byggð í landinu“. Í greininni eru síðan nefnd fjögur atriði sem stuðla eiga að þessu markmiði. Þau eru:

- að skapa forsendur fyrir samkeppni í vinnslu og viðskiptum með raforku
- að stuðla að skilvirkni og hagkvæmni í flutningi og dreifingu raforku
- að tryggja öryggi raforkukerfisins og hagsmuni neytenda
- að stuðla að nýtingu endurnýjanlegra orkugjafa og taka tillit til umhverfissjónarmiða
- að öðru leyti.

Raforkulögin taka samkvæmt 2. gr. til vinnslu, flutnings, dreifingar og viðskipta með raforku á íslensku forráðasvæði *án tillits til orkugjafa*.

Í öðrum kafla laganna er fjallað um raforkuvinnslu. Samkvæmt 4. gr. þarf leyfi ráðherra til að reisa og reka raforkuver. Minni raforkuver, þ.e. uppsett afl undir 1 MW, eru undanþegin leyfisskyldu nema orkan sé afhent inn á dreifikerfi dreifiveitna eða flutningskerfið. Fimmta grein laganna fjallar um skilyrði fyrir veitingu virkjunarleyfis.

Í tengslum við setningu raforkulaga urðu verulegar breytingar á stjórnsýslu og rekstrarumhverfi orkufyrirtækja, m.a. hvað varðar réttarstöðu, rekstrarform og skipulag. Sem dæmi má nefna að leyfisveitingavald til útgáfu virkjunarleyfa var fært frá Alþingi til iðnaðarráðherra, skyldum og réttindum varðandi undirbúning og rekstur virkjana, raforkusölu og raforkuflutning

<sup>116</sup> 128. lþ. 2002–2003, 462. mál, þskj. 700.

<sup>117</sup> 128. lþ. 2002–2003, 462. mál, þskj. 700.

var aflétt af Landsvirkjun á sama tíma og rekstur flutningskerfisins var færður í sérstakt fyrirtæki. Þá voru allar skattaundanþágur orkufyrirtækja afnumdar, sbr. lög nr. 50/2005.

### 3.4 Mótun stefnu um orku- og auðlindamál

Á undanförunum áratugum hefur víða verið gengið nærri náttúruauðlindum heimsins. Til að bregðast við þessu hafa verið þróaðar nýjar aðferðir við auðlindastjórnun. Í þessu tilliti hefur athyglin í vaxandi mæli beinst að hagrænum stjórnækjum, þ.e. stjórnækjum sem takmarka ekki beinlínis nýtingu á náttúruauðlindum en gera það þess í stað ábatasamt fyrir einstaklinga og fyrirtæki að haga nýtingu sinni á náttúruauðlindum þannig að það samræmist hagsmunum heildarinnar. Einkum er um að ræða tvo flokka stjórnækja, þ.e. annars vegar eignarréttarskipan í ýmsum myndum og hins vegar leiðréttandi gjöld og uppbætur.<sup>118</sup> Að því er varðar fyrri flokkinn má segja að þar hafi mest borið á hugmyndum um að leysa megi þann ofnýtingarvanda sem fylgi frjálsum aðgangi að auðlindum með því að breyta sameiginlegum réttindum í einkarétt með því að úthluta afnotarétti til tiltekinna aðila sem jafnframt er framseljanlegur. Þessar hugmyndir þekkjum við Íslendingar vel því kvótakerfi það sem komið var á laggirnar með löggjöf um stjórn fiskveiða felur í stórum dráttum í sér slíkt fyrirkomulag.

Í takt við þessa þróun hefur athygli manna hérlendis á síðustu áratugum beinst í auknum mæli að eignarréttarfyrirkomulagi og hefur áhersla verið lögð á það hvernig betur megi afmarka eignarhald á auðlindum almennt. Þetta endurspeglast m.a. í löggjöf um auðlindir sem sett hefur verið á seinni árum. Í stað þess að í eldri auðlindalöggjöf var kveðið á um umráða- og hagnýtingarrétt hefur nú verið lögð áhersla á að skilgreina beinan eignarrétt á auðlindum. Er þá annars vegar um að ræða einkaeignarrétt landeigenda og hins vegar eignarrétt ríkisins. Í 3. gr. laga nr. 57/1998 um rannsóknir og nýtingu á auðlindum í jörðu er kveðið á um að eignarréttur að auðlindum fylgi eignarlandi og er rétturinn þannig í höndum landeiganda. Jafnframt er lýst yfir eignarrétti ríkisins á auðlindum í jörðu utan eignarlanda. Vatnalög nr. 20/2006 hafa beinlínis að markmiði skýrt eignarhald, sbr. 1. gr. þeirra.<sup>119</sup> Jafnframt þessu hefur verið kveðið skýrar á um skilyrði þess að nýta umræddar auðlindir og þá þannig að það sé að meginstefnu til háð opinberum leyfum. Þannig hefur verið leitast við að setja skýrari ramma um hlutverk ríkisins varðandi ráðstöfun og nýtingu auðlindanna.

Þær ríkisstjórnir sem fóru með völd á 10. áratug síðustu aldar höfðu allar á stefnuskrá sinni að draga úr umsvifum ríkisins í atvinnurekstri og auka samkeppnisrekstur. Í þessu skyni var hrint í framkvæmd umfangsmiklu einkavæðingarferli sem áformað var að næði einnig til orkufyrirtækja. Stefnt var að stóráuknum umsvifum orkufreks iðnaðar með tilheyrandi virkjunarframkvæmdum og markvisst var unnið að því að laða að erlent fjármagn til þessara framkvæmda.<sup>120</sup>

<sup>118</sup> Auðlindanefnd, álitserð. Reykjavík 2000, bls. 18–19. Auðlindanefnd var skipuð árið 1998 og hafði það hlutverk að fjalla um auðlindir sem væru eða kynnu að verða þjóðareign. Var henni ætlað að skilgreina þessar auðlindir og gera tillögur um hvernig með þær skyldi farið.

<sup>119</sup> Sjá 1. mgr. 1. gr.: „Markmið laga þessara er skýrt eignarhald á vatni, skynsamleg vatnsnýting og hagkvæm og sjálfbær nýting vatns.“ Lögin hafa ekki tekið gildi.

<sup>120</sup> Eitt af stefnumiðum í stefnufirlýsingu ríkisstjórnar Sjálfstæðisflokks og Framsóknarflokks 1995 var „að vinna að frekari erlendra fjárfestingu í atvinnulífinu. [...] Utanríkisþjónustan mun leggja meiri áherslu á að kynna möguleika erlendra fjárfesta hérlendis. Unnið verður áfram að undirbúningi orkufreks iðnaðar. Lög um erlenda fjárfestingu verða endurskoðuð í því skyni að laða að erlent fjármagn“. Ríkisstjórn sömu flokka sem tók við völdum 1999 einsetti sér að vinna „áfram í anda þeirra meginþjónarmiða sem lýst [var] í stefnufirlýsingu flokkanna frá 23. apríl 1995“. Í því sambandi var áformað „að breyta skipulagi orkumála þannig að samkeppni [yrði] innleidd til að auka hagkvæmni

Í apríl 1996 skipaði iðnaðarráðherra ráðgjafarnefnd vegna endurskoðunar löggjafar um vinnslu, flutning, dreifingu og sölu raforku. Áttu í henni sæti fulltrúar þingflokka sem þá sátu á Alþingi, og fulltrúar tilnefndir af eftirtöldum samtökum og stjórnvöldum: Sambandi íslenskra sveitarfélaga, Akureyrarbæ, Reykjavíkurborg, Alþýðusambandi Íslands, Vinnuveitendasambandi Íslands, Samorku, Orkustofnun, Landsvirkjun og Rafmagnsveitum ríkisins. Nefndin skilaði skýrslu í október sama ár og nefndist hún „Framtíðarskipan orkumála – tillögur um breytingar.“ Í þeim kafla sem fjallar um starfsskilyrði orkufyrirtækja segir um eignarhald fyrirtækjanna m.a.:

Sterk rök hníga að því að skynsamlegt geti verið fyrir Íslendinga að fá einkafjármagn smátt og smátt inn í raforkugeirann. Íslendingar eiga mikla orku sem hagkvæmt kann að reynast að nýta á komandi árum. Þær hugmyndir sem nú eru uppi á borðinu um stóriðju kalla á nær þreföldun afkastagetu raforkukerfisins. Óvarlegt væri fyrir þjóðarþúið að taka erlend lán til að standa straum af kostnaði við uppbyggingu fjármagnsfrekra virkjana sem ekki eru nú þegar í burðarliðnum. [...] Bæði arðsemisjónarmið og skuldasjónarmið hníga því að því að virkjanir tengdar nýrri stóriðju verði í framtíðinni annaðhvort fjármagnaðar með lánum á grunni einstakra framkvæmda eða með nýju einkafjármagni.

Nýtt fjármagn í raforkugeirann mundi auk þess koma með ferskt blóð inn í hann og orka hvetjandi á stjórnvöld sem meðeiganda að framleiðslutækjunum. Sala á hlut ríkis og sveitarfélaga mundi auk þess bæta fjárhagsstöðu hins opinbera.<sup>121</sup>

Á 122. löggjafarþingi 1997–1998 mælti iðnaðarráðherra fyrir tillögu til þingsályktunar um framtíðarskipan raforkumála og byggði hún að verulegu leyti á starfi og niðurstöðu fyrrnefndrar ráðgjafarnefndar sem og annarrar nefndar sem ráðherra hafði skipað, viðræðunefndar eigenda Landsvirkjunar. Í tillögunni sagði m.a.:

Alþingi ályktar að unnið verði að því að breyta skipulagi raforkumála þannig að sköpuð verði skilyrði til aukinnar samkeppni í vinnslu og sölu raforku. Í upphafi skal unnið að aðskilnaði vinnslu, flutnings, dreifingar og sölu raforku innan orkufyrirtækjanna, endurskipulagningu á meginflutningskerfi raforkunnar og breyttu fyrirkomulagi á orkusölu til stórra notenda. Í kjölfarið verði unnið að því að koma á samkeppni í viðskiptum með raforku.

Í tillögunni var gert ráð fyrir að Alþingi fæli iðnaðarráðherra nánar tilgreind verkefni í þessu skyni. Þeirra á meðal var

- að yfirfara rekstrarform raforkufyrirtækja sem ríkið ætti eignarhlut í og meta markaðsvirði þeirra með það að markmiði að samræma arðgjafar- og arðgreiðslumarkmið þeirra og
- að kanna nýjar leiðir til nýtingar orkulindanna til atvinnuuppbyggingar og undirbúa að í samningum um nýja stóriðju verði laðað fram aukið eigið fé til vinnslu, flutnings, dreifingar og sölu raforku.

---

og lækka orkuverð. [...] Haldið [yrði] áfram uppbyggingu orkufreks iðnaðar og leitað samstarfs við erlenda jafnt sem innlenda fjárfesta um fjármögnun.“ Sjá heimasíðu forsætisráðuneytis, slóð:

<http://www.forsaetisraduneyti.is/radherra/fyrri-radherrar/>

<sup>121</sup> *Framtíðarskipan orkumála – tillögur um breytingar*. Iðnaðar- og viðskiptaráðuneyti, rit 96-6, 1996, bls. 11.

Í athugasemdum sem fylgdu tillögunni voru taldir upp mögulegir áfangar í átt að samkeppni í vinnslu og sölu raforku. Þar sagði m.a. að stefnt yrði að því:

- að breyta stjórnskipulagi fyrirtækjanna þannig að það samræmdist betur við teknum venjum í efnahagslífinu, meðal annars hvað varðar hlutverk ársfundar og verksvið stjórnar og framkvæmdastjóra. Jafnframt mótuðu eigendur orkufyrirtækja stefnu um arðsemi og meðferð arðs þannig að eigendur nytu viðunandi arðsemi af eign sinni.
- að orkufyrirtækjum í eigu ríkisins yrði breytt í hlutafélög.

Um síðarnefnda þáttinn sagði eftirfarandi:

Orkufyrirtækjum sem ríkið á eignarhlut í verði breytt í hlutafélög eigi síðar en á árinu 2003. Leitað verði eftir að fá nýja aðila, innlenda eða erlenda, til að fjárfesta í félögunum.<sup>122</sup>

Skiptar skoðanir voru um tillöguna á Alþingi. Hún var afgreidd úr iðnaðarnefnd en hlaut ekki endanlega afgreiðslu á Alþingi.

Í samræmi við þá stefnu sem ríkisstjórnir Sjálfstæðisflokks og Framsóknarflokks höfðu mótað og gerð er grein fyrir hér að framan voru á árunum 2001 til 2006 sett lög um einstök orkufyrirtæki þar sem kveðið var á um stofnun hlutafélags um rekstur þeirra. Þetta eru lög um stofnun hlutafélags um Hitaveitu Suðurnesja nr. 10/2001, lög um stofnun hlutafélags um Orkubú Vestfjarða nr. 40/2001, lög um stofnun sameignarfyrirtækis um Orkuveitu Reykjavíkur nr. 139/2001, lög um stofnun hlutafélags um Norðurorku nr. 159/2002, lög um stofnun einkahlutafélags um Orkuveitu Húsavíkur nr. 13/2005 og lög um stofnun hlutafélags um Rafmagnsveitur ríkisins nr. 25/2006. Á svipuðum tíma áttu sér stað viðræður eignaraðila að helstu orkufyrirtækjunum og í kjölfarið urðu nokkrar tilfærslur milli ríkis og/eða sveitarfélaga á eignarhlutum í þeim.

Í fjárlögum fyrir árið 2006 var heimild til sölu á hlut ríkisins í Hitaveitu Suðurnesja, sbr. 6. gr. laganna, og sams konar heimild var í fjárlögum fyrir árið 2007. Í árslok 2006 var framkvæmdanefnd um einkavæðingu falið að taka til meðferðar sölu á öllum hlutabréfum ríkissjóðs í Hitaveitu Suðurnesja hf. Því ferli lyktaði með því að ákveðið var í apríllök 2007 að taka tilboði nýstofnaðs félags, Geysis Green Energy, í eignarhlut ríkisins.

### **3.5 Takmarkanir á varanlegu framsali vatns- og jarðhitaréttinda í eigu opinberra aðila**

Ný ríkisstjórn Sjálfstæðisflokks og Samfylkingar var mynduð að afstöðnum kosningum vorið 2007. Í febrúar 2008 var lagt fram á Alþingi frumvarp til laga um breytingu á nokkrum lögum á auðlinda- og orkusviði þar sem m.a. var kveðið á um takmarkanir á því að opinberir aðilar gætu framselt með varanlegum hætti vatns- og jarðhitaréttindi í sinni eigu. Frumvarpið varð að lögum í maí 2008, lög nr. 58/2008, og tóku þau gildi 18. júní sama ár.

Lögin fólu í sér að við 2. gr. vatnalaga nr. 15/1923 var bætt við fimm nýjum málsgreinum svohljóðandi:<sup>123</sup>

<sup>122</sup> 122. lþ. 1997–98, 227. mál, þskj. 259.

Ríki, sveitarfélögum og fyrirtækjum, sem alfarið eru í eigu þeirra, er óheimilt að framselja beint eða óbeint og með varanlegum hætti rétt til umráða og hagnýtingar því vatni sem hefur að geyma virkjanlegt afl umfram 10 MW.

Þrátt fyrir ákvæði 2. mgr. er heimilt að framselja réttindi til ríkis, sveitarfélags eða félags sem alfarið er í eigu ríkis og/eða sveitarfélaga og sérstaklega er stofnað til að fara með eignarhald þessara réttinda.

Ríki, sveitarfélögum og félögum í þeirra eigu, sbr. 3. mgr., er heimilt að veita tímabundið afnotarétt að réttindum skv. 2. mgr. til allt að 65 ára í senn. Handhafi tímabundins afnotaréttar skal eiga rétt á viðræðum um framlengingu réttarins þegar helmingur umsamins afnotatíma er liðinn.

Við ákvörðun um það hverjum skuli veittur afnotaréttur skal gæta jafnræðis. Þá skal gæta þess að ákvörðunin stuðli að hagkvæmri nýtingu auðlindanna og fjárfestinga í mannvirkjum.

Forsætisráðherra skal semja um endurgjald (leigu) fyrir afnotarétt réttinda undir yfirlýðingum ríkisins skv. 4. mgr. Um ráðstöfun og endurgjald fyrir nýtingu réttinda í þjóðlendum fer samkvæmt ákvæðum laga þar að lútandi.

Samsvarandi ákvæðum var bætt í lög nr. 57/1998 um rannsóknir og nýtingu á auðlindum í jörðu að því er varðar eignarrétt ríkis og sveitarfélaga á jarðhita og grunnvatni umfram heimilis- og búsparfir, sbr. 1. mgr. 10. gr. og 14. gr. þeirra laga.

Með lögnum voru einnig gerðar nokkrar breytingar á raforkulögum nr. 65/2003 og orkulögum nr. 58/1967 sem miðuðu að því að skýra mörk samkeppnis- og sérleyfisþátta í starfsemi orkufyrirtækja. Enn fremur var kveðið á um að raforkuflutningsfyrirtæki, dreifiveita og hitaveita sem starfar á grundvelli einkaleyfis skuli ávallt vera í meirihlutaeigu ríkis, sveitarfélaga og/eða fyrirtækja sem alfarið sé í eigu þessara aðila, sbr. 1. mgr. 8. gr., 2. mgr. 14. gr. raforkulaga og 2. mgr. 31. gr. orkulaga.

Í almennum athugasemdum með frumvarpi því er varð að lögum nr. 58/2008 segir að ljóst sé að miklir þjóðhagslegir og samfélagslegir hagsmunir tengist eignarhaldi og nýtingu orku-auðlinda landsins og því sé mikilvægt að þær verði áfram í samfélagslegri eigu.<sup>124</sup> Vikið er að vinnu við gerð Rammaáætlunar um verndun og nýtingu náttúrusvæða og tekið fram að á grundvelli þeirrar vinnu verði mörkuð stefna um nýtingarhraða og röð virkjunarkosta í þeim tilgangi að stuðla að sjálfbærri nýtingu auðlindanna. Opinbert eignarhald á auðlindum auðveldi framkvæmd slíkrar stefnumörkunar.

Í athugasemdunum segir einnig að með frumvarpinu sé stefnt að því að tryggja áframhaldandi opinbert eignarhald orkuauðlinda og meirihlutaeigu opinberra aðila á sérleyfisstarfsemi. Engar slíkar kröfur séu settar um eignarhald fyrirtækja sem stundi vinnslu og sölu raforku enda heimili EES-reglur öllum einstaklingum og lögaðilum innan Evrópska efnahagssvæðisins að reisa og reka orkuvirki. Aðskilnaður samkeppnis- og sérleyfisþátta, áframhaldandi opinbert eignarhald auðlinda sem nú séu í eigu opinberra aðila og meirihluta eignarhald opinberra aðila á fyrirtækjum sem stunda sérleyfisstarfsemi séu grundvallarforsendur þess að unnt sé að halda áfram markaðsvæðingu raforkugeirans.<sup>125</sup>

Vikið er að þeim breytingum sem raforkulög nr. 65/2003 höfðu í för með sér. Segir að þrátt fyrir að komið hafi verið á samkeppni í framleiðslu og sölu á raforku hafi öll stærri orkufyrirtæki

<sup>123</sup> Samsvarandi ákvæðum var bætt við vatnalög nr. 20/2006. Þau lög hafa ekki tekið gildi og ekki útlit fyrir að af gildistöku þeirra verði, sbr. lög nr. 79/2010 og greinargerð með frumvarpi því er varð að þeim lögum.

<sup>124</sup> 135. lþ. 2007–2008, 432. mál, þskj. 688.

<sup>125</sup> 135. lþ. 2007–2008, 432. mál, þskj. 688.

landsins verið alfarið í eigu ríkis eða sveitarfélaga fram til ársins 2007. Í kjölfar sölu ríkisins á hlutum þess í Hitaveitu Suðurnesja vorið 2007 hafi einkaaðili eignast hlut í fyrirtækinu. Í kjölfar þessa hafi sprottið upp umræður um eignarhald á orkulindum í eigu orkufyrirtækja og eignarhald einkaaðila í þeim hluta orkufyrirtækja sem fer með sérleyfisstarfsemi.

Í athugasemdunum með frumvarpi því er varð að lögum nr. 58/2008 er bent á að í gildandi lögum sé ekki að finna takmarkanir á því hver megi eiga auðlindir að undanskildum þeim takmörkunum sem erlendum aðilum eru settar í lögum um eignarrétt og afnotarétt fasteigna, nr. 19/1966, og lögum um fjárfestingu erlendra aðila í atvinnurekstri, nr. 34/1991. Í gildandi lögum sé hins vegar að finna ýmsar hömlur á meðferð slíkra réttinda, bæði hvað varðar ráðstöfun og nýtingu. Þannig sé t.d. í lögum nr. 57/1998 kveðið á um að ekki megi undanskilja eignarlandi rétt til jarðhitaréttinda án leyfis ráðherra.

Við vinnslu frumvarpsins var upphaflega gert ráð fyrir að takmörkunin næði til vatns- og jarðhitaréttinda í eigu ríkis, sveitarfélaga og fyrirtækja í *meirihlutaeigu* þeirra. Þá var Hitaveita Suðurnesja það eina af veigameiri orkufyrirtækjum landsins sem einkaaðili átti hlut í en Geysir Green Energy ehf fór þar með 32% hlut á þessum tíma. Aflað var álitis Eiríks Tómassonar prófessors í lögum á því m.a. hvaða þýðingu fyrirhuguð skerðing á rétti til framsals réttindanna hefði á einkaaðila sem ættu hlut í orkufyrirtækjum í meirihlutaeigu opinberra aðila. Benti hann á að þrátt fyrir að fyrirhuguð takmörkun væri að formi til hugsuð sem almenn takmörkun á eignarrétti yrði ekki framhjá þeirri staðreynd litið að umrætt einkahlutafélag yrði, að því er best yrði séð, eini einkaaðilinn sem takmörkunin myndi bitna á. Vísaði Eiríkur einnig til jafnræðis- sjonarmiða og taldi að umtalsverður vafi léki á því að það samrýmdist 1. mgr. 72. gr. stjórnarskrárinnar, sbr. 65. gr. hennar, að láta takmörkunina taka til fyrirtækja í meiri hluta eigu hins opinbera.<sup>126</sup> Í ljósi þessa varð niðurstaðan að takmarkanir þær sem mælt var fyrir um í frumvarpinu skyldu aðeins ná til fyrirtækja sem væru *alfarið* í eigu ríkis og/eða sveitarfélaga.

Að þessu vék Össur Skarphéðinsson iðnaðarráðherra í framsöguræðu sinni er hann mælti fyrir frumvarpinu og benti á að ýmsum fyndist takmarkanirnar ekki ganga nógu langt. Hann hefði sjálfur kosið að frumvarpið gengi lengra í þessum efnum en hefði talið eðlilegt að fara eftir álitum þess sérfræðings sem fenginn var til að meta það frá sjónarhóli stjórnarskrárinnar.<sup>127</sup>

Við fyrstu umræðu um frumvarpið vék Steingrímur Sigfússon að þeim möguleika að snúa til baka frá einkavæðingu Hitaveitu Suðurnesja. Hann sagði m.a. eftirfarandi:

Ég held að við ættum að fordast að fara lengra út í fenið en menn eru komnir nú þegar. Við ættum að reyna að gangast við mistökunum og leiðréttu hina fáheyrðu aðgerð sem farið var út í þegar hlutur í Hitaveitu Suðurnesja var seldur með þeim skilyrðum að einkaaðilar keyptu. Langeinfaldasta leiðin í þeim efnum er að ríkið bjóðist til að kaupa hlutinn til baka og leysa alla niður úr snörunni. Þá getur það ágæta fyrirtæki fallið undir þessi lög [...] eins og öll önnur.<sup>128</sup>

Í nefndarálitum 1. minnihluta iðnaðarnefndar, fulltrúa Frjálslynda flokksins, um málið var m.a. lögð fram sú breytingartillaga að við frumvarpið bættist nýtt bráðabirgðaákvæði svohljóðandi:

<sup>126</sup> Álitserð Eiríks Tómassonar frá 6. desember 2007.

<sup>127</sup> 135. lþ. 72. fundur, 28. febrúar 2008.

<sup>128</sup> 135. lþ. 72. fundur, 28. febrúar 2008.

Fjármálaráðherra skal að höfðu samráði við hlutaðeigandi sveitarfélög beita sér fyrir því að ríki og/eða sveitarfélög eignist hlut Geysis Green Energy í Hitaveitu Suðurnesja fyrir 1. júlí 2009.<sup>129</sup>

Í framsöguræðu Álfheiðar Ingadóttur, fulltrúa VG í iðnaðarnefnd, þegar hún mælti fyrir nefndaráli 2. minnihluta kom fram að vinstri græn hefðu flutt svipaða tillögu fyrr um veturinn annað hvort við fjárlagagerð eða við gerð fjárukalaga og að flokkurinn myndi styðja tillögu 1. minnihluta.<sup>130</sup> Tillagan var felld.<sup>131</sup> Það er því ljóst að Alþingi tók á þessum tíma beina afstöðu til þess hvort fara ætti í aðgerðir til að vinda ofan af einkavæðingunni á Hitaveitu Suðurnesja. Á þessum tíma var þó ekki meirihluti fyrir því.

### 3.6 Ákvæði EES-samningsins um staðfesturétt fyrirtækja

#### 3.6.1 Almenn

Með lögum nr. 2/1993 um Evrópska efnahagssvæðið, sem fólu í sér lögfestingu á meginmáli EES-samningsins var reglum sambærilegum þeim sem er að finna í stofnsáttmála EB<sup>132</sup> (nú ESB) um innri markaðinn veitt lagagildi á Íslandi. Hér er um að ræða svonefndar fjórfrelsisreglur sem ætlað er að setja skorður við aðgerðum aðildarríkjanna (*e. national measures*), þ.e. lögum, stjórnvaldsfyrirmælum, stjórnvaldsákvörðunum o.þ.h., er hindra för á innri markaði sem og samkeppnis- og ríkisaðstoðarreglur sem segja til um hvernig ríkinu og einkaaðilum ber að haga sér á samkeppnismarkaði.

Reglur EES-samningsins um fjórfrelsið veita einstaklingum og fyrirtækjum á EES-svæðinu rétt til að fara án hindrana um svæðið og eiga hindranalaus viðskipti innan þess. Fjórfrelsisreglurnar fela í sér meginreglurnar um frjálst flæði vöru, frjálsa för launþega og staðfesturétt (eða stofnsetningarrétt) einstaklinga og fyrirtækja, frjáls þjónustuviðskipti og frelsi í fjármagnsflutningum. Geta einstaklingar og lögaðilar byggt rétt á þessum ákvæðum.

Samkvæmt 3. gr. laga nr. 2/1993 ber skýra „lög og reglur, að svo miklu leyti sem við á, til samræmis við EES-samninginn og þær reglur sem á honum byggja“. Með þessu ákvæði var leitast við að tryggja framkvæmd bókuar 35 við EES-samninginn sem mælir fyrir um að samningsaðilar skuldbindi sig til, ef þörf krefur, að lögfesta túlkunarreglur sem tryggi forgang EES-reglna ef upp kemur „misræmi milli EES-reglna sem hafa verið lögfestar og annarra ákvæða í lögum“.<sup>133</sup> Samkvæmt 6. gr. EES-samningsins og 3. gr. samningsins um eftirlitsstofnun og EFTA dómstól hafa dómar Evrópudómstólsins, m.a. varðandi ákvæði stofnsáttmála ESB, fordæmisgildi við túlkun á ákvæðum EES-samningsins sem hafa sama efnisinnihald. Fyrirvari er gerður varðandi dóma sem kveðnir eru upp eftir undirritun EES-samningsins. Í framkvæmd hefur þó meginregla EES-réttar um einsleitni verið lögð til grundvallar vegna fordæma Evrópudómstólsins eftir þann tíma og hefur verið talin leiða m.a. til þess að EFTA-dómstóllinn hefur lagt áherslu á að komast

<sup>129</sup> 135. lþ. 2007–2008, 432. mál, þskj. 1087.

<sup>130</sup> 135. lþ. 108. fundur, 26. maí 2008.

<sup>131</sup> 135. lþ. 111. fundur, 28. maí 2008.

<sup>132</sup> Stofnsáttmáli EB, Rómarsáttmálinn, nefnist eftir gildistöku Lissabon-sáttmálans sáttmálinn um starfsemi Evrópu-sambandsins (*e. Treaty on the Functioning of the European Union*) en til þæginda verður hér eftir notað heitið Rómarsáttmálinn eða RS

<sup>133</sup> 116. lþ. 1. mál, þskj. 1, athugasemdir við bókun 35 við EES-samninginn.



að niðurstöðu sem er samrýmanleg niðurstöðu Evrópudómstólsins jafnvel þó öðrum rökum kunni að vera beitt.<sup>134</sup>

### 3.6.2 Staðfesturéttur<sup>135</sup>

Staðfesturéttur felur í sér rétt einstaklinga og lögaðila í aðildarríki Rómarsamningsins og EES-samningsins til að stofna til varanlegrar atvinnustarfsemi í öðru aðildarríki.<sup>136</sup> Um staðfesturétt einstaklinga er fjallað í 31. gr. EES-samningsins:

1. Innan ramma ákvæða samnings þessa skulu engin höft vera á rétti ríkisborgara aðildarríkis EB eða EFTA-ríkis til að öðlast staðfestu á yfirráðasvæði einhvers annars þessara ríkja. Hið sama gildir einnig þegar ríkisborgarar aðildarríkis EB eða EFTA-ríkis, sem hafa staðfestu á yfirráðasvæði einhvers þeirra, setja á stofn umboðsskrifstofu, útibú eða dótturfyrirtæki.
2. Staðfesturéttur felur í sér rétt til að hefja og stunda sjálfstæða atvinnustarfsemi og til að stofna og reka fyrirtæki, einkum félög eða fyrirtæki í skilningi annarrar málsgreinar 34. gr., með þeim skilyrðum sem gilda að landslögum um ríkisborgara þess ríkis þar sem staðfestan er fengin, þó með fyrirvara um ákvæði 4. kafla.

Í 34. gr. EES eru síðan sérstök ákvæði um staðfesturétt fyrirtækja sem vísa til ofangreindra ákvæða um staðfesturétt einstaklinga:

1. Með félög eða fyrirtæki, sem stofnuð eru í samræmi við lög aðildarríkis EB eða EFTA-ríkis og hafa skráða skrifstofu, yfirstjórn eða aðalstarfsstöð á yfirráðasvæði samningsaðila, skal farið, að því er þennan kafla varðar, á sama hátt og einstaklinga sem eru ríkisborgarar í aðildarríkjum EB eða EFTA-ríkjum.
2. Með félögum eða fyrirtækjum er átt við félög eða fyrirtæki, stofnuð á grundvelli einkamálaréttar eða verslunarréttar, þar með talin samvinnufélög, svo og aðrar lögpersónur sem lúta allsherjarrétti eða einkamálarétti, þó að frátöldum þeim sem eru ekki rekin í hagnaðarskyni.

Staðfesturétti má skipta í *frumstaðfesturétt* og *afleiddan staðfesturétt*. Frumstaðfesturéttur felst í því að einstaklingur eða lögaðili í EES-ríki kaupir eða yfirtekur með öðrum hætti fyrirtæki í öðru aðildarríki eða stofnar það frá grunni.<sup>137</sup> Afleiddur staðfesturéttur felst í því að fyrirtæki í einu EES-ríki rekur starfsemi í gegnum umboðsskrifstofu, útibú eða dótturfyrirtæki á yfirráðasvæði annars EES ríkis.<sup>138</sup>

<sup>134</sup> Sjá hér grein eftir Carl Baudenbacher: „The EFTA Court Ten Years On“, í *The EFTA Court Ten Years On*. 2005, bls. 21.

<sup>135</sup> Um þetta er stundum notað hugtakið stofnsetningarréttur. Hugtakið staðfesturéttur er notað í EES-samningnum og er því einnig notað hér.

<sup>136</sup> Stefán Már Stefánsson: *Evrópusambandið og Evrópska efnabagsvæðið*, bls. 456.

<sup>137</sup> Þessar skilgreiningar er að finna í bók Stefáns Márs Stefánssonar, *Evrópusambandið og Evrópska efnabagsvæðið*, bls. 456. Þessi greinarmunur er mikilvægur í ljósi þess að á meðan Evrópudómstóllinn hefur litið takmarkanir ríkja á afleiddum staðfesturétti alvarlegum augum þá hefur hann heimilað ríkjum takmarkanir á frumstaðfesturéttinum. Þannig hefur dómstóllinn fallist á að aðildarríki (heimarríki) sé heimilt að viðhafa reglur sem setja því skorður að fyrirtæki fletji aðalskrifstofu sína til annars samningsríkis ef það vill jafnframt viðhalda skráningu í heimarríkinu, sbr. t.d. dóma í málum C-208/00 *Überseering* [2001] ECR I-9919, 70 mgr. og C- 210/06 *Cartesio* [2008] ECR I-9641.

<sup>138</sup> Sjá m.a. orðalag í dómi Evrópudómstólsins í máli 270/1983 *Framkvæmdastjórnin gegn Frakklandi* [1986] ECR 273, 16. mgr.

Þegar kaup Magma Energy Sweden AB á eignarhlutum í HS Orku hf eru skoðuð í ljósi EES-reglnanna er hér gengið út frá því að þau varði reglur staðfesturéttar en ekki reglur um fjármagnsflutninga. Er að þessu leyti miðað við dóma Evrópudómstólsins þar sem fram kemur að þegar fjárfesting nær því marki að kaupandinn er talinn hafa raunveruleg áhrif í því félagi sem fjárfest er í eigi reglurnar um staðfesturétt við. Hefur dómstóllinn í þessu sambandi miðað við 25% eignarhlut.<sup>139</sup>

Staðfesturéttur fyrirtækja felur í sér samkvæmt ofangreindu að fyrirtæki í einu EES-ríki geti nýtt sér rétt til frjálstrar farar og stofnað eða eignast með öðrum hætti fyrirtæki eða stofnsett útibú og dótturfélög í öðru aðildarríki. Má stofnsetningin ekki vera háð strangari skilyrðum í gistiríki en gilda við stofnsetningu innlendra fyrirtækja þar.

### 3.6.3 Réttahafar staðfesturéttar

Bæði einstaklingar og fyrirtæki njóta staðfesturéttar. Samkvæmt 34. gr. EES-samningsins hafa félög eða fyrirtæki, sem stofnuð eru í samræmi við lög aðildarríkis EB eða EFTA-ríkis og hafa skráða skrifstofu, yfirstjórn eða aðalstarfsstöð á yfirráðasvæði þessara ríkja rétt til staðfestu á grundvelli ákvæða samningsins. Samkvæmt 2. mgr. greinarinnar nær þetta til félaga eða fyrirtækja sem stofnuð eru á grundvelli einkamálaréttar eða verslunarréttar, þar með talin samvinnufélög, svo og annarra lögpersóna sem lúta allsherjarrétti eða einkamálarétti, þó að frátöldum þeim sem eru ekki rekin í hagnaðarskyni.

Skilyrðin sem ákvæði 34. gr. tilgreina fyrir því að félög eða fyrirtæki njóti staðfesturéttar eru því tvenns konar. Annars vegar þurfa þau að vera stofnuð í samræmi við lög aðildarríkis EB eða EFTA. Hins vegar þarf eitt af eftirtöldum atriðum að eiga við um félagið: 1) að það hafi skráða skrifstofu á yfirráðasvæði þessara ríkja, 2) að það hafi þar yfirstjórn, eða 3) að það hafi þar aðalstarfsstöð. Af þessum þremur atriðum er það helst hið fyrsta sem vafi getur leikið á hvernig beri að túlka. Hér þarf því að taka til skoðunar annars vegar hvað felst í því að félag eða fyrirtæki sé stofnað í samræmi við lög aðildarríkis EB eða EFTA og hins vegar hvað felst í því að félag hafi skráða skrifstofu á yfirráðasvæði þessara ríkja.

### 3.6.4 Stofnun félaga og fyrirtækja og ákvörðun „þjóðernis“ þeirra

Eins og áður sagði nær staðfesturétturinn bæði til einstaklinga og lögaðila. Hvað einstaklinga varðar felur ríkisborgararéttur í EES-ríki í sér þau tengsl sem eru forsenda þess að þeir geti nýtt sér staðfesturéttinn. Að því er varðar félög og fyrirtæki eru ekki sameiginlegar reglur á EES-svæðinu um nauðsynleg tengsl þeirra við ríki á svæðinu svo staðfesturétturinn verði þeim virkur. Það er lítið svo á að það sé viðfangsefni landsréttar að ákvarða það. Tilvist félaga og fyrirtækja byggir því á réttarheimildum landsréttar en ekki á sameiginlegum reglum EES-réttar. Evrópudómstóllinn hefur þannig viðurkennt vald hvers aðildarríkis til að kveða á um með hvaða skilyrðum fyrirtæki innan þess lögsögu teljist löglega stofnað og skráð.<sup>140</sup>

Tvö meginsjónarmið eru uppi um það hvaða tengsl það eru sem ákvarða „þjóðerni“ fyrirtækja. Annars vegar er um að ræða svonefnda *aðalstöðvakenningu* (e. *real seat criterion*) og hins

<sup>139</sup> Sjá m.a. mál C-492/04 *Lasertec* [2007] ECR I-3775, 20-21. mgr. Í málinu vísaði Evrópudómstóllinn til þess að fyrirtæki þurfi að hafa „holdings giving the holder a definite influence on the decisions of the company concerned and allowing him to determine its activities“. Í málinu var miðað við að 25% hlutur veitti slík áhrif.

<sup>140</sup> Sbr. ummæli í máli 81/87 *Daily Mail* [1988] ECR 5483, 19 mgr.: „[C]ompanies are creatures of national law and exist only by virtue of national legislation which determines its incorporation and functioning.“

vegar *skráningarkenningu* (e. incorporation criteria). Aðalstöðvarkenningin gerir ráð fyrir að fyrirtæki heyri undir löggjöf þess ríkis þar sem aðalstarfsstöð fyrirtækisins er staðsett og gerir kröfu um að hún sé í sama ríki og skráð skrifstofa. Samkvæmt skráningarkenningu herra fyrirtæki undir löggjöf ríkisins þar sem þau eru stofnuð óháð því hvar aðalstarfsstöð þess er. Er algengast að nota hugtakið *skráð skrifstofa* (e. *registered office*) í þessu sambandi þegar vísað er til þess að fyrirtæki hafi verið stofnað í tilteknu ríki. Í ríkjum þar sem byggt er á skráningarkenningu geta fyrirtæki sem þar eru skráð flutt aðalstöðvar sínar til annars samningsríkis en haldið upphaflegu „þjóðerni“ þannig að um þau fari áfram að lögum skráningarríkisins. Svíþjóð aðhyllist skráningarkenningu og það gera einnig Danmörk, Finnland, Bretland, Írland og Holland. Flest ríkin á meginlandi Evrópu fylgja hins vegar aðalstöðvarkenningunni.<sup>141</sup> Óhætt er að draga þá ályktun að skráningarkenningin eigi við um Ísland eins og t.d. Danmörku og Svíþjóð enda réttarkerfi þessara landa lík.

### **3.6.5 Beiting staðfesturættarins**

Þegar fyrirtæki hefur verið stofnað með lögformlegum hætti í aðildarríki á EES-svæðinu getur það nýtt sér staðfesturættinn og komið á fót starfsemi í öðrum aðildarríkjum á grundvelli hans. Af dómum Evrópudómstólsins má ráða að ekki skipti þá máli hvort fyrirtækið stundi raunverulega starfsemi í skráningarríkinu. Í þessu sambandi má nefna dóm Evrópudómstólsins í málinu C-212/97, hinu svokallaða *Centros*-máli.<sup>142</sup> Málavextir voru þeir að dönsk hjón höfðu stofnað fyrirtæki á Englandi, *Centros Ltd.*, í þeim tilgangi einum að komast framhjá dönskum lögum um lágmarkshlutfé. Fáum mánuðum eftir stofnun óskaði félagið eftir að skrá útibú í Danmörku. Fyrirtækið hafði enga raunverulega starfsemi á Englandi heldur fór öll starfsemi þess fram í Danmörku. Danska hlutafélagaskráin neitaði að skrá útibúið á þeim grundvelli að ekki væri verið að skrá raunverulegt útibú erlends félags. Evrópudómstóllinn taldi að það væri brot á Rómarsáttmálanum að neita að skrá útibú fyrirtækis sem væri löglega stofnað í öðru aðildarríki, jafnvel þótt það hefði enga starfsemi í því ríki sem það væri stofnað. Það væri ekki brot á stofnsetningarrétti Evrópusambandsins að stofna fyrirtæki í þeim ríkjum þar sem lagaumhverfið væri þeim hagstæðast. Evrópudómstóllinn dæmdi aftur í svipuðu máli nokkrum árum síðar í hinu svokallaða *Inspire Art* máli<sup>143</sup> en þar hátaði svo til að stofnað var félag á Englandi sem aftur stofnaði útibú í Hollandi. Þetta var gert til að komast hjá reglum um lágmarkshlutfé í Hollandi. Var engin starfsemi í enska félaginu önnur en að reka starfsemi í Hollandi. Komst Evrópudómstóllinn að þeirri niðurstöðu að hollenska hlutafélagaskráin gæti ekki gert það að skilyrði, í samræmi við þarlend lög, að útibú erlends félags væri auðkennt og að það notaði í viðskiptum sínum auk firmahættisins orðin „formally foreign company“. Taldi dómstóllinn að 11. félagaréttartilskipunin hefði ekki verið rétt innleidd í Hollandi að þessu leyti.

### **3.6.6 Fyrirtæki utan EES-svæðisins**

Fyrirtæki sem eru skráð í ríkjum utan EES-svæðisins, þ.e. í svokölluðum þriðju ríkjum, eru ekki réttthafar samkvæmt Rómarsáttmálanum eða EES-samningnum og njóta þar af leiðandi ekki staðfesturættar á EES-svæðinu.

<sup>141</sup> Sjá t.d. Ceroni, Luca: *EU corporate law and EU company tax law*. Edward Elgar Publishing Ltd. Cheltenham 2007, bls. 70.

<sup>142</sup> Mál C-212/97 *Centros Ltd v Erhvervs- og Selskabsstyrelsen* [1999] ECR I-1459.

<sup>143</sup> Mál C-167/91 *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam v Inspire Art Ltd* [2003] ECR I-10155.

Ef fyrirtæki frá ríki utan EES-svæðisins hyggst hasla sér völl innan svæðisins, t.d. með stofnun útibús eða dótturfélags, fer um heimild þess eftir utanríkisviðskiptastefnu ríkisins þar sem stofnsetning fer fram, oft á grundvelli tvíhliða samnings sem viðkomandi EES-ríki eða ESB hefur gert við heimaríki fyrirtækisins. Er það alfarið á valdi viðkomandi ríkis að kveða á um aðgang aðila frá þriðju ríkjum. Þegar fyrirtæki hefur verið stofnsett í EES-ríki, t.d. á grundvelli slíks tvíhliða samnings, í samræmi við þá löggjöf sem þar gildir um stofnun fyrirtækja öðlast það hins vegar það sem nefna má EES-„þjóðerni“. Byggi ríkið á skráningarkenningunni er það hin skráða skrifstofa (e. *registered office*) sem tengir fyrirtækið við réttarkerfi viðkomandi EES-ríkis á sama hátt og einstaklingar tengjast heimaríki sínu á grundvelli ríkisfangs.<sup>144</sup> Á grundvelli EES-„þjóðernisins“ á fyrirtækið því rétt til staðfestu í öðrum EES-ríkjum. Þessi regla gildir einnig þótt um sé að ræða félag sem er í eigu aðila frá þriðja ríki.<sup>145</sup>

### 3.6.7 Takmarkanir á staðfesturéttinum

Í 31. gr. EES-samningsins segir að innan ramma ákvæða samningsins skuli „engin höft vera á rétti ríkisborgara aðildarríkis EB eða EFTA-ríkis til að öðlast staðfestu á yfirráðasvæði einhvers annars þessara ríkja“. Þetta gildir hvort heldur um er að ræða frumstaðfestu eða afleidda staðfestu. Sama regla á við um rétt félaga og fyrirtækja til að nýta sér staðfestu, sbr. tilvísun 34. gr. EES-samningsins til 31. gr.

Evrópudómstóllinn hefur skilgreint sem höft eða takmörkun á staðfesturétti hvers kyns aðgerð aðildarríkis, jafnvel aðgerð sem ekki mismunar á grundvelli ríkisfangs, sem er til þess fallin að hindra eða draga úr vilja ríkisborgara aðildarríkjanna til að nýta sér frelsi til staðfesturættar sem tryggt er með Rómarsáttmálanum.<sup>146</sup> Þeir sem kjósa að nýta sér staðfesturéttinn verða á hinn bóginn að virða lög þess ríkis sem þeir öðlast staðfestu í. Það hvernig þeir haga starfsemi sinni í því ríki verður því að samrýmast lögum sem þar gilda.

Bann við takmörkunum á staðfesturétti á bæði við um takmarkanir sem heimaríki setur fyrirtæki sem vill nýta sér rétt til að öðlast staðfestu í öðru samningsríki sem og takmarkanir sem síðarnefnda ríkið, gistiríkið, setur gagnvart fyrirtæki sem vill stofnsetja sig þar.

Í meginmáli EES-samningsins eru, eins og í Rómarsáttmálanum, heimilaðar skýrt afmarkaðar undanþágur frá meginreglunum um að stjórnvöldum sé óheimilt að beita aðgerðum sem takmarka fjórfrelsið. Lögmæltar undanþágur frá meginreglunni um staðfesturétt eru í 32. og 33. gr. EES-samningsins:

32. gr. Ákvæði þessa kafla gilda ekki um starfsemi sem á yfirráðasvæði ákveðins samningsaðila fellur undir meðferð opinbers valds jafnvel þótt svo sé aðeins í einstökum tilvikum.

<sup>144</sup> Þetta hefur staðfest í dómum Evrópudómstólsins, sbr. t.d. mál 79/85 *Segers* [1986] ECR 2375.

<sup>145</sup> Þetta kemur m.a. fram í dómi Evrópudómstólsins í máli C-299/02 *Framkvæmdarstjórnin gegn Hollandi* [2004] ECR I-9761. Hollensk löggjöf gerði kröfu um að eigendur og stjórnendur hollensks félags sem átti skip skráð í Hollandi hefðu þjóðerni ESB eða EES-ríkja. Í málinu tók Evrópudómstóllinn fram að þrátt fyrir að aðildarríkjum væri heimilt að binda skráningu á skipi því skilyrði að eigandi þess hefði tengsl við viðkomandi aðildarríki, þá mættu slík tengsl ekki vera háð ríkisfangi.

<sup>146</sup> Sjá m.a. mál C-299/02 *Framkvæmdarstjórnin gegn Hollandi*, 15. mgr., en þar segir: „It is settled case-law that Article 43 EC precludes any national measure which, even though it is applicable without discrimination on grounds of nationality, is liable to hamper or to render less attractive the exercise by Community nationals of the freedom of establishment guaranteed by the Treaty.“

33. gr. Ákvæði þessa kafla og ráðstafanir í samræmi við þau útiloka ekki að beitt verði ákvæðum í lögum eða stjórnsýslufyrirmælum um sérstaka meðferð á erlendum ríkisborgurum er grundvallast á sjónarmiðum um allsherjarreglu, almannaöryggi eða almannaheilbrigði.

Með starfsemi sem fellur undir meðferð opinbers valds í 32. gr. er átt við störf ýmissa opinberra embættis- og sýslunarmanna sem heimilt er að binda við ríkisborgara eina.<sup>147</sup> Ákvæði 33. gr. samsvarar 52. gr. Rómarsáttmálans. Lagt hefur verið til grundvallar að reglan verði, sem undanþáguregla, skýrð þröngt. Þó er viðurkennt að ríkin hafi ákveðið svigrúm til að ákvarða inntak hennar.<sup>148</sup>

Þá hefur Evrópudómstóllinn í dómum sínum skilgreint frekari undanþáguheimildir frá staðfesturéttinum og mótað nánar skilyrði þess að takmörkunum sé beitt. Þau fela m.a. í sér að:

- takmarkanir mega ekki fela í sér mismunun með tilliti til þjóðernis,
- þær verða að vera rökstuddar með vísan til knýjandi samfélagslegra sjónarmiða (þ.e. fela í sér lögmætt markmið),
- þær verða að vera til þess fallnar að ná því markmiði sem stefnt er að,
- þær mega ekki ganga lengra en nauðsynlegt er til að ná því markmiði.

Meðal þeirra sviða þar sem dómstóllinn hefur viðurkennt að réttlætanlegt geti verið að beita takmörkunum á staðfesturétti má nefna stofnsetningu eða skráningu fyrirtækja, eignarhald fyrirtækja, skattkerfið og vernd og nýtingu náttúruauðlinda. Rétt er þó að áréttu að slíkar takmarkanir verða ávallt að uppfylla ofangreind skilyrði til að þær verði taldar samrýmast ákvæðum Rómarsáttmálans (og þar með EES-samningsins).

Að því er varðar aðgerðir til að hindra aðgang aðila frá þriðju ríkjum að innri markaðnum kemur EES-samningurinn ekki í veg fyrir að aðildarríkin viðhaldi hömlum á staðfesturétti fyrir aðila sem koma frá ríkjum utan EES-svæðisins. Þetta kemur fram í bókun 17 við EES-samninginn en þar segir að ákvæði 34. gr. samningsins skuli ekki koma í veg fyrir að samningsaðilar samþykki löggjöf eða beiti neinum þeim ráðstöfunum sem varða aðgang þriðja lands að mörkuðum þeirra. Í bókuninni er einnig kveðið á um heimildir aðildarríkis til að grípa til ráðstafana til að koma í veg fyrir að reglurnar séu sniðgengnar. Um þetta atriði verður nánar fjallað í kafla 5.4 hér á eftir.

---

<sup>147</sup> 116. þp. 1992–1993, 1. mál, þskj. 1, athugasemdir við 32. gr. EES-samningsins.

<sup>148</sup> Sjá t.d. Kapteyn, P.J.G. og P. VerLoren van Themaat: *Introduction to the Law of the European Communities*. 3. útg. 1999, bls. 740–741.

## 4 Hagsmunir á vettvangi orkuvinnslu og dreifingar

### 4.1 Yfirlit yfir orkulindum

Á fyrri hluta 20. aldar var Alþingi einhuga um mikilvægi þess að takmarka fasteignaréttindi erlendra aðila. Þingmenn tókust á um ýmis mál sem tengdust auðlindum landsins og landnýtingu, en enginn djúpstæður ágreiningur reis um frumvarp Bjarna frá Vogu árið 1919 um „eignarrjett og afnotarrjett fasteigna“ sem fól í sér almenna takmörkun á fasteignaréttindum erlendra manna. Frumvarpið varð að lögum um vorið þetta ár og leysti af hólmi fossalögin frá 1907 sem höfðu meinað erlendum aðilum að eignast íslenska fossa og virkjanaréttindi.

Hvatinn að frumvarpi Bjarna frá Vogu var ekki síst sá að þegar komið var fram á annan áratug 20. aldarinnar höfðu allir helstu fossar í byggð verið seldir eða leigðir fossafélögum. Fossalögunum hafði verið ætlað að stemma stigu við ásælni erlendra manna í íslenska fossa en voru gagnrýnd fyrir að „í skjóli þeirra gætu útlendir menn, sem hluthafar í íslenskum leppfélögum, verslað með vatnsföll á útlendum markaði, auk þess sem hætta væri á að þau yrðu seld aftur á margföldu verði miðað við upphaflegt verð til landeigenda. Hagnaðurinn rynni aðallega til útlendinga og kæmi íslenskum almenningi að litlum notum.“<sup>149</sup>

Þingmenn virtust flestir líta svo á að takmarkanir á fasteignaréttindum útlendinga væru nauðsynlegar til að tryggja ríka hagsmuni sem vörðuðu:

- (a) sjálfstæði eða fullveldi landsins,
- (b) möguleika Íslendinga til að njóta sjálfir arðsins af auðlindinni, og
- (c) mikilvægi þess að arðurinn af orkuauðlindunum stuðli að almannahag en ekki sérhagsmunum þeirra sem kynnu að hafa yfirlit yfir þeim.

Þegar litið er til þeirra laga sem takmarka aðgang útlendinga að íslensku atvinnulífi (t.d. fjárfestingum í orkuviðnaði) eða íslenskum fasteignum (t.d. eignar- og afnotarétt á orkuauðlindum landsins) er vert að spyrja hvort þeir hagsmunir sem knúðu á um lagasetningar á fyrri hluta 20. aldar og fram eftir öldinni eigi enn við í dag.

### 4.2 Ólíkir hagsmunir tengdir orkuvinnslu

Þeir hagsmunir sem varða nýtingu á náttúruauðlindum til orkuframleiðslu, hvort heldur fallvötnum eða jarðvarma, eru a.m.k. af þrennum toga. Hagsmunirnir eru (i) efnahagslegir, (ii) pólitískir, og (iii) náttúrufarslegir. Þótt flokka megi hagsmunina með þessum hætti, þá þýðir það ekki að hagsmunir af einu tagi, t.d. efnahagslegir hagsmunir, séu ekki líka pólitískir eða náttúrufarslegir.

---

<sup>149</sup> Unnur Birna Karlsdóttir: *Þar sem fossarnir falla. Náttúruráðgjafi og nýting fallvatna á Íslandi 1900–2008*. Reykjavík 2010, bls. 71. Hér er vísað til álits meirihluta fossanefndar, bls. VIII–IX.

#### 4.2.1 Efnahagslegir hagsmunir

Þegar hugað er að efnahagslegum hagsmunum sem tengjast orkuvinnslu þá blasir fyrst við hversu miklir þeir eru. Þau verðmæti sem verða til í orkuvinnslu og dreifingu eru einfaldlega mjög mikil. Afurðir orkufreks iðnaðar voru um 35% af útflutningsverðmætum Íslands á árinu 2009–2010.<sup>150</sup> Fyrir utan útflutningsverðmæti sem byggja á stórfelldri orkuvinnslu, þá skiptir rafmagnsframleiðsla til heimilisnota sem og hitaveitur miklu máli fyrir þau lífskjör sem Íslendingar búa við. Raunar má segja að íslenskt hagkerfi sé orkuhagkerfi – ekki síst raforkuhagkerfi – frekar en nokkuð annað. Raforkuframleiðsla á hvern íbúa er meiri á Íslandi en í nokkru öðru landi heims. Á Íslandi er árleg raforkuframleiðsla um 55 kWh á hvern íbúa en samsvarandi tala er um 30 kWh í Noregi og 6,3 kWh í Danmörku.<sup>151</sup> En það er ekki bara umfang þeirra hagsmuna sem um er að ræða í orkugeiranum sem skiptir máli, heldur einnig mikilvægi orkugeirans fyrir margvíslega aðra atvinnustarfsemi, fyrir almannahag og framtíðarmöguleika Íslands á að njóta viðvarandi hagsældar, auk þess sem orkuframleiðsla á Íslandi tengist órjúfanlega annars konar landnotkun, einkum náttúruvernd, og skiptir þannig máli fyrir sjálfsmynd þjóðarinnar.<sup>152</sup>

#### *Almannahagur eða sérhagsmunir*

Þegar horft er til efnahagslegra hagsmuna af virkjunum má gera greinarmun á tvenns konar sjónarmiðum. Annars vegar er sjónarmið sem leggur áherslu á þrönga efnahagslega sýn á þau gæði sem verða til með orkuvinnslu, og hins vegar víðari sýn sem tekur til þess hvers konar gæði verða til, hverjir njóta þeirra og á hvaða forsendum. Fyrri sýnin lítur á orkuvinnslufyrirtæki eins og hver önnur fyrirtæki sem eru tiltölulega afmarkaðar einingar í efnahagslífinu, á meðan seinni sýnin leggur áherslu á sérstöðu orkuvinnslu bæði sem hluta af grunnstöðum samfélagsins (e. *infrastructure*) og sem nýtingar á náttúrulegum auðlindum og tekur þannig til félagslegra, náttúru-farslegra og menningarlegra þátta. Seinni sýnin á samleið með sjónarmiðum um sjálfbæra þróun sem komið hafa fram á síðustu árum og leggja áherslu á að atvinnuuppbygging og nýting náttúrulegra gæða séu sett í langtímasamhengi við félagslega og efnahagslega þætti.

Í deilum um virkjunarréttindi á fyrri hluta 20. aldar – t.d. um virkjun Sogsins – var það ekki síst ólík sýn á efnahagslega hagsmuni sem tekist var á um. Sumir vildu selja fossafélagi í erlendri eigu virkjunarréttindin vegna þess að með því yrði mögulegt að virkja Sogið og „Íslendingar yrðu [...] að þora að gera tilraun til framkvæmda í landinu með erlendu fé, ellegar yrði þess langt að bíða að fossarnir yrðu þjóðinni sú framfarastöð og auðsuppspretta sem flestir ætluðust til“.<sup>153</sup> Þeir sem lögðust gegn því að virkjunarréttindi í Soginu yrðu seld til fossafélags í erlendri eigu lögðu hins vegar m.a. áherslu á að „Sogið [væri] lykill að framtíð landsins og þess vegna óverjandi [...] að annar geymdi þann lykil en þjóðin sjálf“.<sup>154</sup>

<sup>150</sup> Hagstofa Íslands: Útflutningur eftir vinnslugreinum júlí 2009–2010, flokkur 71 Afurðir orkufreks iðnaðar. hagstofan.is Sótt 24. ágúst 2010.

<sup>151</sup> ENTSOE, European Network of Transmission System Operators for Electricity, Annual Statistics. Slóð: <https://www.entsoe.eu/index.php?id=65> Sótt 24. ágúst 2010. Sjá einnig tölur fyrir Ísland á vef Orkustofnunar. Slóð: <http://os.is/yfirflokkur/raforkutolfraedi/orkutolur/> Sótt 24. ágúst 2010.

<sup>152</sup> Í þessu tilliti býr Ísland við mikla sérstöðu í evrópsku samhengi og á ekki samleið nema helst með Noregi. Víðast hvar í Evrópu er raforka framleidd eins og hver önnur iðnaðarframleiðsla, ýmist í kola-, olíu- eða í kjarnorkuverum, og kemur landnýtingu ekki beint við og tengist náttúruvernd einungis með sama almenna hætti og hver önnur mengandi iðnaðarframleiðsla.

<sup>153</sup> Unnur Birna Karlsdóttir: *Þar sem fossarnir falla*, bls. 59.

<sup>154</sup> Unnur Birna Karlsdóttir: *Þar sem fossarnir falla*, bls. 61.

Sjónarmið þeirra sem vildu að þjóðin sjálf geymdi þann lykil að framtíð landsins sem fossarnir væru varð ekki bara ofan á í Sogsmálinu, heldur varð sú stefna ríkjandi í uppbyggingu orkuiðnaðar á Íslandi á komandi áratugum. Þótt miklar deilur hafi risið á fyrri hluta aldarinnar um fyrirkomulag og eignarrétt á virkjanaréttindum, þá virðist fljótt hafa náðst almenn samstaða um að almannahagsmunir skyldu ganga framár sérhagsmunum þegar kæmi að orkuvinnslu. Í þessum anda voru reistar virkjanir framan af öldinni um allt land til að rafvæða byggðina en ekki til að knýja verksmiðjur. Og þótt uppbygging hinna stóru virkjana á Suðurlandi væri tengd verksmiðjum í erlendri eigu, fyrst álbræðslu Alusuisse í Straumsvík, var meginmarkmiðið eftir sem áður þeir almannahagsmunir sem fólust í nægu framboði á rafmagni til almennra nota og traustu dreifikerfi. Nær öll virkjun jarðhita fram undir lok 20. aldar var beinlínis til að mæta almannaþörf. Þetta á sér í lagi við um hitaveiturnar sem allar risu sem samfélagsleg verkefni og þá gjarnan sem samvinna nokkurra sveitar- eða bæjarfélaga.

Við upphaf 20. aldarinnar var tekist á um það hvort almannahagsmunir skyldu ganga framár sérhagsmunum þegar um meiriháttar nýtingu á orkulindum landsins væri að ræða, eða hvort sérhagsmunir einstakra fyrirtækja eða félaga skyldu ráða ferðinni, en almannahagsmunir, s.s. atvinna, skattar og útflutningstekjur, skyldu vera aukageta af séreignarstarfsemi. Í deilum um virkjun Sogsins á fyrri hluta 20. aldar varð niðurstaðan sú að almannahagsmunir skyldu hafa forgang fram yfir sérhagsmuni og um þessa stefnu virðist hafa myndast víðtæk sátt. Í þeim átökum sem risu um Kárahnjúkavirkjun og álbræðslu á Reyðarfirði, var sú afstaða í raun enn ríkjandi en atvinnuuppbygging á Austurlandi var yfirlýst markmið virkjunarinnar þótt deilt væri um skynsemi framkvæmdanna sem leið að því marki.

Sé litið til þeirrar sögu sem rakin hefur verið er ljóst að afgerandi stefnubreyting varð í tíð ríkisstjórnar Sjálfstæðisflokks og Framsóknarflokks árið 2007 þegar ákveðið var að selja hlut ríkisins í Hitaveitu Suðurnesja hf til einkaaðila. Hér skal minnt á það sem áður er rakið að á þeim tíma, sem einkavæðingin fór fram, stóðu lög ekki í vegi fyrir því að einkaaðilar gætu eignast og rekið orkuveitur. Með því að flytja orkufyrirtæki úr samfélagslegri eigu, þar sem hlutverk þeirra var fyrst og fremst að stuðla að almannahagsmunum, yfir í einkarekstur þar sem orkufyrirtækin lúta hefðbundnum arðsemissjónarmiðum fyrirtækja á markaði, var því gerð afgerandi breyting á stefnu þjóðarinnar í orkumálum.<sup>155</sup>

#### 4.2.2 Pólitískir hagsmunir

Þeir ólíku efnahagslegu hagsmunir sem tekist hefur verið á um á sviði orkuframleiðslu frá því á fyrstu áratugum 20. aldar verða ekki skildir frá pólitískum hagsmunum sem varða eignarhald, nýtingu á náttúruauðlindum og samfélagsgerð. Samband efnahagslegra og pólitískra hagsmuna eða sjónarmiða er sérstaklega náð þegar um er að ræða eignarhald og afnotarétt á virkjanaréttindum. Viðurkenning á sérstöðu orkugeirans í þessu tilliti endurspeglast í samþykktum

---

<sup>155</sup> Í útboðsgögnum vegna sölu á hlut ríkisins í Hitaveitu Suðurnesja er orkufyrirtækjum í opinberri eigu bannað að bjóða í hlutinn. „Íslensk orkufyrirtæki (félög sem stunduðu starfsemi sem félli undir raforkulög nr. 65/2003) í opinberri eigu mættu ekki bjóða í eignarhlut íslenska ríkisins. Sama gilti um dótturfélög framangreindra fyrirtækja og önnur félög þar sem þau færu með yfirlýðingum um skilningi samkeppnislaga.“ *Einkavæðing 2003–2007*. Skýrsla framkvæmda- nefndar um einkavæðingu, bls. 32. Slóð: <http://www.forsaetisraduneyti.is/media/Einkavaeding/einkavaeding03-07.pdf.pdf> Sótt 27. ágúst 2010.



Evrópusambandsins, m.a. Energy Charter frá 1991 og í alþjóðlegri samvinnu á sviði orkumála eins og í Energy Charter Treaty frá 1994.<sup>156</sup>

#### *Eignarhald og afnotaréttur á náttúrulegum auðlindum*

Þegar sú stefna var tekin á fyrri hluta 20. aldar að virkjun íslenskra orkuauðlinda skyldi vera samfélagslegt verkefni var það stutt þeim rökum að nýting þessara auðlinda hefði afgerandi áhrif á möguleika þjóðarinnar til að viðhalda sjálfstæði sínu og byggja upp grunnstoðir samfélagsins. Það var fyrst með sölu á hlut ríkisins í Hitaveitu Suðurnesja hf sem þessari stefnu var breytt og litið svo á að fyrirtæki í orkuvinnslu skyldu lúta venjulegum arðsemissjónarmiðum markaðarins.

Í þessu sambandi vakna spurningar sem varða lýðræði og réttlæti, m.a. vegna þess að eignarhald á náttúruauðlindum varðar valdajafnvægi í samfélaginu, misskiptingu auðs og réttmæta ráðstöfun sameiginlegra verðmæta.

(a) Yfirráðum yfir orkulindum, hvort heldur í formi eignarhalds á auðlindunum sjálfum eða afnotaréttar til langs tíma, fylgir mikið vald. Valdið birtist m.a. í því að sá sem hefur virkjanaréttinn í höndum sér getur verið í ráðandi stöðu um möguleika annarra aðila til að stunda atvinnurekstur á stóru svæði. Þannig eru HS Orka hf og Orkuveita Reykjavíkur til að mynda ráðandi um möguleika Norðuráls til að reisa álbræðslu í Helguvík. Lykilatriði í þessu sambandi er að afurðin sem auðlindin getur gefið af sér – rafmagn framleitt með vatnsorku eða jarðhita – er í senn (i) af skörum skammti, (ii) sérstaklega eftirsótt á heimsvísu og ekki annað sýnilegt en að eftirspurnin eigi eftir að aukast enn á komandi árum, og (iii) bundin tilteknum náttúrulegum auðlindum. Það vald sem fylgir virkjanaréttindum er ekki einskorðað við efnahagslífið, því aðili sem er ráðandi um atvinnusköpun og atvinnustefnu sveitarfélags, landsvæðis eða heillar þjóðar, hefur þar með víðtæk og afgerandi pólitísk völd.

(b) Í krafti þess að orkulindirnar geta skapað mikil verðmæti getur eignarhald á orkulindunum verið afdrifaríkt fyrir misskiptingu á auði í samfélaginu. Þótt réttlæti geri ekki ráð fyrir að auði sé skipt fyllilega jafnt þá getur veruleg misskipting auðs haft afgerandi áhrif á valdajafnvægi og lýðræðislega virkni samfélagsins og þar með haft áhrif á möguleika fólks til að taka þátt í lífi samfélagsins á jafnræðisgrundvelli. Af þessum sökum m.a. er misskipting auðs ein af þeim breytum sem máli skipta í mælikvarða Sameinuðu þjóðanna á velmegun þjóða, Human Development Index.

(c) Allt frá fyrri hluta 20. aldar hefur verið litið svo á að öll meiriháttar nýting á orku-auðlindum þjóðarinnar sé samfélagslegt verkefni, jafnvel þótt auðlindin sjálf sé talin eign landeiganda. Þetta sjónarmið er ítrekað í lögum nr. 57/1998 um rannsóknir og nýtingu á auðlindum í jörðu þar sem lagt er skýrt bann við varanlegu framsali opinberra aðila á eignar- og afnotarétti á náttúrulegum auðlindum (sbr. kafla 3.5). Þetta þýðir að afnotarétti auðlindarinnar verður ekki ráðstafað eins og um hverja aðra einkaeign sé að ræða. Þetta endurspeglast m.a. í skýrslu nefndar forsætisráðherra, *Fyrirkomulag varðandi leigu á vatns- og jarðhitaréttindum í eigu íslenska ríkisins*.<sup>157</sup> Í þessu sambandi vaknar spurning um það, hvað séu sanngjarnar forsendur og markmið þegar slíkum auðlindum er ráðstafað, hvort heldur til félaga í einkaeigu eða opinberri eigu. Spurningin er í raun tvíþætt. Annars vegar spurning um eðlilegan arð almennings af orkulindunum og hins vegar spurning um möguleika almennings til að hafa áhrif á nýtingu þeirra.

<sup>156</sup> Sjá vefsíðu orkusáttmálans, <http://www.encharter.org>. Ísland hefur skrifað undir bæði Energy Charter (1991) og Energy Charter Treaty (1994) en ekki fullgilt þessa samninga.

<sup>157</sup> Skýrslan er aðgengileg á vef forsætisráðuneytisins. Slóð: <http://www.forsætisraduneyti.is/media/Skyrslur/leiga-a-vatns-og-jardhitarettindum.pdf> Sótt 25. ágúst 2010.

Þau umskipti í íslenskum orkuviðnaði sem urðu með einkavæðingu Hitaveitu Suðurnesja hf eru sérstaklega umhugsunarverð í ljósi þess að ekki er nóg með að orkulindirnar sem starfsemi fyrirtækisins byggir á hafi verið í sameign, þ.e. í eigu sveitarfélaganna á svæðinu og ríkisins, heldur hefur sú þekking sem er forsenda hagkvæmrar nýtingar þeirra verið byggð upp sem samfélagslegt verkefni.

### *Lýðræði og réttlæti*

Meginmarkmið ríkisvaldsins er að stuðla að réttlátu samfélagi. Spurningin um það, á hvern hátt löggjafinn má hafa afskipti af eignarhaldi eða afnotarétti á orkuauðlindum ætti því að miðast við ráðstafanir til að stuðla að réttlátu samfélagi. Hér vakna því spurningar um það hvort, og þá hvernig, eignarhald og afnotaréttur á náttúrulegum auðlindum varðar lýðræði og réttlæti í samfélaginu.

Þessum spurningum verður ekki svarað í stuttu máli og í raun getur nefndin ekki gert annað en að setja fram dæmi um tiltekna kenningu um réttlæti og lýðræði og skoða hvernig ólíkt fyrirkomulag eignarréttar horfir við henni. Áhrifamesta kenning um réttlæti á seinni tímum er kenning John Rawls sem hann setti fyrst fram árið 1971 í bókinni *Kenning um réttlæti (A Theory of Justice)*. Árið 2003 kom svo endurskoðuð útgáfa af kenningunni út í bókinni *Réttlæti sem sanngirni (Justice as Fairness)*.<sup>158</sup> Í þeirri bók veltir Rawls því m.a. fyrir sér hvers konar samfélagsgerð sé líkleg til að stuðla að réttlæti samkvæmt kenningu hans. Í þessu sambandi gerir hann greinarmun á nokkrum ólíkum samfélagsgerðum, m.a. tveimur sem hann kallar annars vegar kapítalískt velferðarríki og hins vegar séreignarlýðræði. Báðar þessar þjóðfélagsgerðir leggja áherslu á frelsisréttindi borgaranna, leyfa að framleiðslutæki séu í einkaeign og gera ráð fyrir frjálsum markaði fyrir vörur og þjónustu. Þessar tvenns konar samfélagsgerðir eru samt sem áður ólíkar í veigamiklum atriðum og munurinn á þeim skiptir máli þegar kemur að því að meta réttmæti þess að takmarka, með opinberum afskiptum, eignarhald á náttúruauðlindum.

Munurinn á þessum ólíku samfélagsgerðum er einkum af tvennu tagi, annars vegar er hlutverk frjáls markaðar ólíkt og hins vegar er staða grundvallarréttinda ekki hin sama. Hvað fyrri atriðið varðar þá leggur séreignarlýðræði hugmyndina um *virkt lýðræði* til grundvallar samfélagsgerðinni og gerir ráð fyrir markaðshagkerfi sem byggir á séreignarrétti innan þeirra marka sem lýðræðið leyfir. Hið kapítalíska velferðarríki leggur hins vegar til grundvallar markaðshagkerfi, byggt á séreignarrétti, en leitast við að tryggja lágmarksstöðu borgaranna með því að byggja upp velferðarkerfi. Hvað seinna atriðið varðar þá leitast séreignarlýðræði við að tryggja sanngjarnt gildi þeirra réttinda sem borgararnir hafa á meðan hið kapítalíska velferðarríki leggur fyrst og fremst áherslu á formlega viðurkenningu slíkra réttinda.

Í umfjöllun sinni um þessar ólíku samfélagsgerðir gerir Rawls að umtalsefni mikilvægi eignarhalds á atvinnutækjum fyrir valdajafnvægi í samfélaginu. Eitt af lykilatriðum í þeirri samfélagsgerð sem hann kallar séreignarlýðræði er fyrirkomulag á eignarhaldi sem kemur í veg fyrir að óhóflegt vald safnist á fárra hendur:

---

<sup>158</sup> John Rawls: *A Theory of Justice*. Harvard University Press 1971 og *Justice as Fairness*. Harvard University Press, Cambridge, Ma. 2001. Ítarlega umfjöllun um hugmyndir Rawls er að finna í bók Vilhjálms Árnasonar: *Farsalt líf, réttlátt samfélag*. Heimskringla 2008, kafli 14.

[...] grunnstofnanir í séreignarlýðræði miða að því að dreifa eignarhaldi á auði og fjármagni, og koma þannig í veg fyrir að fámennur hópur stjórni hagkerfinu, og óbeint, einnig pólitísku lífi.<sup>159</sup>

Kapítalískt velferðarríki leitast ekki við að koma í veg fyrir að fámennur hópur verði óhóflega valdamikill í krafti auðs sem orðið hefur til á frjálsum markaði. Rawls orðar þetta með eftirfarandi hætti:

Öfugt við þetta leyfir kapítalískt velferðarríki að lítill hluti borgaranna sé nær einráður um framleiðslutækin.

Rawls heldur svo áfram:

Í séreignarlýðræði er komist hjá þessu [þ.e. að lítill hluti borgaranna sé nær einráður um framleiðslutækin], ekki með því að dreifa tekjum upp á nýtt til þeirra sem minnst hafa við lok hvers tímabils, ef svo má segja, heldur með því að tryggja dreift eignarhald á framleiðslutækjum og mannaúði (þ.e. menntun og færni) við upphaf hvers tímabils, í samræmi við kröfuna um jöfn sanngjörn tækifæri.<sup>160</sup>

Hugmynd Rawls er sú að grunnstofnanir samfélagsins, þar með talið fyrirkomulag á eignarrétti, séu þannig úr garði gerðar að tryggt sé að fólk hafi jöfn sanngjörn tækifæri til að sækjast eftir og keppa um þau verðmæti sem eru til skiptanna í samfélaginu. Hugmyndin er ekki að ríkisvaldið þurfi stöðugt að grípa inn í þá skiptingu verðmæta sem verður til á markaðnum („með því að dreifa tekjum upp á nýtt til þeirra sem minnst hafa við lok hvers tímabils“) heldur að ríkisvaldið tryggi að allir hafi jöfn tækifæri og sanngjörn tækifæri til að sækjast eftir þeim verðmætum sem eru til skiptanna. Rawls áréttar þetta í framhaldinu þegar hann segir:

Ætlunin er ekki einfaldlega að hjálpa þeim sem verða undir vegna slysa eða ógæfu (þótt það verði að gera) heldur að gæta þess að allir séu í stöðu til að ráða sínum eigin málum á viðunandi félagslegum og efnahagslegum jafnræðisgrundvelli.<sup>161</sup>

Spurningin sem Rawls varpar síðan fram varðandi greinarmuninn á kapítalísku velferðarríki annars vegar og séreignarlýðræði hins vegar, er hvort þessar ólíku samfélagsgerðir séu líklegar til að stuðla að réttlæti. Rawls færir fyrir því rök að ólíkt séreignarlýðræði þá sé kapítalískt velferðarríki ekki til þess fallið að tryggja réttlæti.

Kapítalískt velferðarríki hafnar [...] sanngjörnu gildi pólitískra frelsisréttinda, og þótt slíkt ríki leggi nokkra áherslu á jöfn tækifæri, þá er þeim aðgerðum sem nauðsynlegar eru til að gera það að veruleika ekki fylgt eftir. Það leyfir mjög mikinn ójöfnuð í eignarhaldi á raunverulegum verðmætum (framleiðslutækjum og náttúrulegum auðlindum) þannig að stjórn efnahagslífsins og verulegs hluta af pólitísku lífi hvílir í fárra höndum. Og þótt velferðarúrræði kunnri að vera býsna rausnarleg og tryggja þokkalegan lífeyri sem dugir fyrir grunnþörfum [...] þá er lögmál um gagnkvæmni í

<sup>159</sup> John Rawls: *Justice as Fairness*, bls. 139.

<sup>160</sup> John Rawls: *Justice as Fairness*, bls. 139.

<sup>161</sup> John Rawls: *Justice as Fairness*, bls. 139.

samfélaginu til að hafa stjórn á efnahagslegum og félagslegum ójöfnuði ekki viðurkennt.<sup>162</sup>

Þær ástæður sem Rawls tilgreinir fyrir því að kapítalískt velferðarríki tryggi ekki réttlæti má greina í þrennt: (i) þótt lögð sé áhersla á frelsisréttindi er lítið gert til að tryggja að þau réttindi sem fólk hefur formlega hafi það gildi eða vægi sem gera þau sannarlega mikilvæg; (ii) efnahagslegur auður er ávísun á áhrif og völd sem ná langt út fyrir mörk efnahagslífsins, m.a. inn á vettvang stjórnmálanna og (iii) engin viðleitni er til að hafa stjórn á ójöfnuði í samfélaginu, hvort sem hann er efnahagslegur eða félagslegur.

Að því marki sem spurningin um eignarhald á framleiðslutækjum varðar réttlæti í samfélaginu, þá varðar hún einnig það álitamál sem hér er til umfjöllunar, þ.e. eignarhald á HS Orku hf. Sú þróun í íslensku samfélagi sem birtist m.a. í einkavæðingu í orkuvinnslu í ríkisstjórnartíð Sjálfstæðisflokks og Framsóknarflokks árið 2007 var greinilega í átt til kapítalísks velferðarríkis í skilningi Rawls. Á sama tíma og sérhagsmunir voru settir framur almannahag í fyrstu skrefum einkavæðingarinnar, þá voru úrræði samfélagsins til að hafa hemil á ójöfnuði í samfélaginu skert og áhrif efnahagslegs auðs á vettvangi stjórnmálanna stórkjóst.<sup>163</sup>

#### *Innlent eða erlent eignarhald*

Við það að yfirráð yfir náttúrulegum auðlindum flyst úr landi færast umtalsvert efnahagslegt vald úr landi og með því pólitískt vald. Á sama tíma minnka möguleikar samfélagsins til að hafa hemil á misskiptingu þess auðs sem verður til í samfélaginu.

Í þessu sambandi er athyglisvert að í fossalögum frá árinu 1907 var tekin sú stefna að fasteignarréttindi skyldu bundin heimilisfesti á Íslandi en í fyrri frumvörpum hafði verið gert ráð fyrir heimilisfesti í Danaveldi. Í umræðu um þessa breytingu var sérstaklega tekið fram að fasteignarréttindi væru ekki bundin *þjóðerni* heldur *heimilisfesti* og má skilja það svo að Alþingi hafi lítið svo á að þeir sem hefðu yfirráð yfir fasteignum ættu að vera búsettir á Íslandi til að deila að því leyti kjörum með öðrum sem hér byggju. Í þeim lögum sem nú gilda – þ.e. lögum nr. 34/1991 með seinni tíma breytingum – virðist ekki hafa verið hugað að því að tryggja staðbundin áhrif þegar kemur að orkuvinnslu og orkudreifingu eða yfirleitt að Íslendingar geti ráðið „sínun eigin málum á viðunandi félagslegum og efnahagslegum jafnræðisgrundvelli“.

Um leið og stærri virkjanir komast í eigu erlendra aðila, þá opnast sá möguleiki að samningar um orkusölu til stóriðju verði í meginatriðum samningsatriði milli erlendra aðila og staða Íslendinga yrði líkari stöðu áhorfenda en leikmanna í slíkri framvindu. Jafnframt er sú hætta fyrir hendi að í auknum mæli myndu hagsmunir erlendra stórfyrirtækja verða ráðandi við uppbyggingu íslensks orkuiðnaðar, bæði orkuvinnslu og stóriðju. Þótt erlend fjárfesting sé jafnan talin jákvæð fyrir efnahagslíf þjóðar þá geta hin jákvæðu áhrif verið skammvinn og sé til lengri tíma lítið kann erlend fjárfesting að leiða til skertra kjara fyrir hið staðbundna samfélag.<sup>164</sup>

<sup>162</sup> John Rawls: *Justice as Fairness*, bls. 137–138.

<sup>163</sup> Sjá t.d. Arnaldur Sölvi Kristjánsson og Stefán Ólafsson: *Heimur hátekuþópanna: Um þróun tekjuskiptingar á Íslandi 1993–2007*. Rannsóknarritgerðir/Working papers nr. 3, Þjóðmálastofnun Háskóla Íslands, Reykjavík 2009. Slóð: [http://ts.hi.is/Heimur\\_hatekuþopanna-lokautgafa.doc](http://ts.hi.is/Heimur_hatekuþopanna-lokautgafa.doc) Sótt 21.ágúst 2010. Segja má að síðarnefnda atriðið sé meginumfjöllunarefni í skýrslu rannsóknarnefndar Alþingis: *Aðdragandi og orsakir falls íslensku bankanna 2008 og tengdir atburðir*. Reykjavík 2010.

<sup>164</sup> Um þetta segir M. Sornarajah m.a. í bók sinni *International Law on Foreign Investment*. Cambridge University Press, Cambridge 2004:

Íslendingar gætu brugðist við slíkri þróun með tvennum hætti. Annars vegar með því að setja ýmsar reglur um orkuvinnslu og dreifingu, og starfskjör virkjana og stóriðju, en þær yrðu fyrst og fremst á sviði umhverfisréttar og hefðu lítið með það að gera að hvaða marki arðurinn af auðlindinni yrði íslensku samfélagi til framdráttar. Hins vegar geta stjórnvöld tekið gjald fyrir nýtingu á orkuauðlindum undir yfirráðum ríkisins, eins og gert er ráð fyrir í núgildandi lögum.<sup>165</sup> Skattlagning á arði af orkuvinnslunni gæti þó orðið vandasöm í þeim tilvikum sem bæði orkuframleiðandinn og orkunýtandinn (t.d. álbræðsla) eru erlendir aðilar – og jafnvel sami aðilinn.

Í þessu sambandi skiptir líka máli hversu lítið og viðkvæmt hið íslenska hagkerfi er. Eins og málum er háttað í dag hafa hvorki íslensk fyrirtæki né íslenska ríkið möguleika á að grípa inn í framkvæmdir eða fjárfestingar í krafti forkaupsréttar eða annarra álíka úrræða þegar um er að ræða sölu á meirihluta í HS Orku hf. Umfang orkuviðnaðarins á Íslandi er slíkt að hann getur hæglega þróast yfir í að vera íslenskum fyrirtækjum og ríkisvaldi ofviða með svipuðum hætti og íslenska bankakerfið óx íslensku samfélagi yfir höfuð á fyrstu árum aldarinnar. Af þeim sökum kunna úrræði eins og takmörkun á fasteignaréttindum erlendra aðila að vera nauðsynleg á Íslandi þótt annars staðar í Evrópu kynni að vera nóg að setja skilyrði um forkaupsrétt eða möguleika á eignarnámi með viðeigandi bótum. Hér kynnu slík úrræði að vera lítils virði, enda gætu bótagreiðslur reynst íslenska ríkinu ofviða. Við þetta má bæta að þegar slakað er á opinberum hömlum í orkuviðnaði, ekki síst ef erlendra fjárfestingum eru engar skorður settar, eru líkur á að markaðsverðmæti auðlindanna hækki, sem aftur takmarkar möguleika ríkisins á leysa til sín réttindin með viðeigandi bótagreiðslum.

#### *Leigutími og réttur komandi kynslóða*

Í núverandi samningum um afnotarétt af orkuauðlindum sem HS Orka hf hefur aðgang að er gert ráð fyrir 65 ára leigutíma með möguleika á framlengingu um önnur 65 ár.<sup>166</sup> Einkaeign á afnotarétti á auðlindum til svo langs tíma takmarkar augljóslega möguleika komandi kynslóðar – jafnvel kynslóða – til að nýta auðlindirnar eins og hún telur sanngjarnast og hagkvæmast. Það er því spurning hvort slíkt framsal geti talist sjálfbært frá félagslegum sjónarhóli, hvernig sem orkuvinnslunni sjálfri er annars háttað. Aðalatriðið er að slík framleiga setur óhóflegar takmarkanir á eðlileg eða náttúruleg skilyrði komandi kynslóðar til að ráða sínum eigin málum. Falli

---

The classical economic theory on foreign investment takes the position that foreign investment is wholly beneficial to the host economy. There are several factors which are relied on to support this view. The fact that foreign capital is brought into the host state ensures that domestic capital available for use could be diverted to other uses of public benefit. The foreign investor usually brings with him technology which is not available in the host state, and this leads to the diffusion of technology within the home economy [...]. (bls. 51)

Skömmu síðar segir hann svo:

Despite all this acceptance of the classical theory, there is no evidence yet that its tenets are based on accurate evidence. Though initial capital inflow may take place through foreign investment, there is evidence that outflows by way of repatriation of profits are greater. Some studies indicate that capital outflows associated with foreign investment may be twice as much as the initial inflows. (bls. 53)

<sup>165</sup> Um núgildandi lög er fjallað í kafla 3.3. Sjá einnig: *Fyrirkomulag varðandi leigu á vatns- og jarðhitaréttindum í eigu íslenska ríkisins*. Skýrsla nefndar forsætisráðherra sem skipuð var samkvæmt III. bráðabirgðaákvæði laga nr. 58/2008, Forsætisráðuneytið 2010.

Slóð: <http://www.forsætisraduneyti.is/media/Skyrslur/leiga-a-vatns-og-jardhitarettindum.pdf> Sótt 26. ágúst 2010.

<sup>166</sup> Í grein 3.5 í samningnum segir: „Það er jafnframt grundvallarforsenda samnings þessa að viðræður um framlengingu afnotasamningsins munu eiga sér stað þegar helmingur þessara 65 ára er liðinn, þ.e.a.s eftir u.þ.b. 32 ár. Skulu þær viðræður taka mið af þeirri forsendu beggja aðila þessa samnings, að HS Orka hf. eigi rétt á framlengingu réttarins eftir lok þessa samnings í samræmi við gildandi lög.“

ráðstöfun orkulindanna utan valdsviðs innlendra aðila eru möguleikar komandi kynslóða á að ráða atvinnuuppbyggingu og innviðum samfélagsins verulega skertir. Þeir hagsmunir sem verða ríkjandi um ráðstöfun auðlindarinnar verða ekki íslenskir hagsmunir – hvorki almannahagur né hagsmunir einkaaðila sem tilheyra íslensku samfélagi – heldur hagsmunir erlendra aðila sem staðsetja sig í alþjóðlegu samhengi orkuvinnslu, orkufreks iðnaðar, fjárfestinga, námuvinnslu o.fl.

Álitamál er varða leigutíma eru þó ekki einhlít því sérhver nýting á orkulind felur í sér einhvers konar takmörkun á afnotarétti. Spurningin hér er því sú, hvenær núverandi valdhafar (ríki eða sveitarfélög) halda sig innan viðeigandi marka um ráðstöfun sameiginlegra gæða og hvenær þeir ganga um of á rétt komandi kynslóða til hins sama. Þegar um er að ræða jafn mikilvæga grein og orkuvinnslu – og grein sem er svo mikil að umfangi að jafnvel stærstu innlendu aðilar geta ekki keppt við erlenda fjárfesta – þá varðar slíkt afsal ekki bara afmarkaða langtímahagsmuni heldur möguleika sjálfs samfélagsins til að ráða sínum eigin málum.

#### **4.2.3 Hagsmunir tengdir náttúru og umhverfi**

Virkjun náttúruauðlinda, hvort heldur vatnsorku eða jarðhita, skiptir verulegu máli fyrir náttúru- far og manngert umhverfi. Um náttúrufarslegar hliðar virkjana er fjallað í *Rammaáætlun um vernd og nýtingu náttúrusvæða með áberslu á vatnsafl og jarðhitasvæði*. Að auki eru margvísleg ákvæði um nýtingu vatnsafls og jarðvarma í sérlögum sem fjalla um orkuvinnslu, náttúruvernd og skyld efni, einkum í vatnalögum nr. 15/1923, orkulögum nr. 58/1967, lögum nr. 57/1998 um rannsóknir og nýtingu á auðlindum í jörðu, raforkulögum nr. 65/2003 og lögum nr. 44/1999 um náttúruvernd.

Átökin um fossana á fyrri hluta 20. aldar vörðuðu náttúruvernd ekki nema að litlu leyti. Segja má að barátta Sigríðar í Brattholti fyrir verndun Gullfoss hafi verið nokkurt einsdæmi. Yfirleitt tókust menn á um eignarhald á fossum og hvort almenn rafvæðing skyldi hafa forgang fram yfir afmarkaða atvinnuuppbyggingu eins og verksmiðjustarfsemi. Deilurnar um virkjun Sogsins á öðrum áratug 20. aldar voru skýrt dæmi um þetta.<sup>167</sup> Á þessu varð alger viðsnúningur á seinni hluta aldarinnar þegar átök um virkjanir tóku að snúast að mestu um náttúruvernd og ekki nema að óverulegu leyti um erlent eignarhald. Þessi umskipti má eflaust skýra með þremur atriðum.

Í fyrsta lagi varð almenn vakning um mikilvægi náttúruverndar á sjöunda áratugnum. Í öðru lagi var farið að huga að miklu stærri virkjunum og umfangsmeiri vatnaflutningum og stærri uppistöðulónum en áður höfðu verið í deiglu, m.a. virkjun stóru jökulánna, fyrst Þjórsár og Jökulsár á Fjöllum á þessum tíma,<sup>168</sup> og þar með voru mun meiri náttúrufarslegir hagsmunir í húfi. Í þriðja lagi höfðu útlendingar ekki greiðan aðgang að íslenskum orkulindum, hvort heldur vatnsafl eða jarðhita, eftir að lög um fasteignaréttindi útlendinga voru sett, þ.e. lög nr. 63/1919 og síðan lög nr. 19/1966. Áhyggjur af því að útlendingar gætu komist yfir íslenskar orkulindir – hvort heldur sem eigendur eða með því að hafa á hendi afnotarétt þeirra til langs tíma – virðast því einfaldlega hafa vikið fyrir öðrum álitamálum.

Öll þau sérlög sem miða að því að vernda náttúrulega eða umhverfislega hagsmuni horfa til þess *hvernig* gengið er um auðlindina eða náttúruna en ekki *hver* gengur um hana. Hvergi er gerður greinarmunur á því hvort einkafyrirtæki í orkuvinnslu sé í erlendri eða innlendri eigu. Í raforkulögum er að vísu kveðið á um að dreifiveitur og flutningsfyrirtækið skuli vera í meirihlutaeigu

<sup>167</sup> Sjá t.d. Unnur Birna Karlsdóttir: *Þar sem fossarnir falla*, 1. kafli, „Fossamál: Umræða um vatnsaflíð á fyrri hluta 20. aldar“.

<sup>168</sup> Sjá t.d. Unnur Birna Karlsdóttir: *Þar sem fossarnir falla*, 3. kafli, „Stórvirkjanastefna og kröfur um náttúruvernd um 1970“ og 4. kafli, „Lón mundi hálfan dalinn fylla: Laxárdeilan 1969–1973“.

opinberra aðila<sup>169</sup> en orkuvinnsla er skilgreind sem samkeppnisrekstur og getur hvaða sjálfstæði lög- og skattaðili sem er sótt um slíkt leyfi.

Gildandi lög gera þannig ekki greinarmun á innlendu eða erlendu eignarhaldi orkufyrirtækis þegar kemur að hagsmunum er varða náttúru og umhverfi. Þó kynni að vera rétt að takmarka aðgang erlendra aðila að orkuvinnslu vegna hagsmuna sem tengjast náttúru og umhverfi. Tvennt má nefna í þessu sambandi.

Í fyrra lagi þá eru orkulindirnar náttúruleg verðmæti og að verulegu leyti í opinberri eigu og því kynni að vera eðlilegt að nýting þeirra sé á forræði þeirra sem mestra hagsmuna hafa að gæta. Í seinna lagi felur virkjun orkulindanna ævinlega í sér veruleg og oftast óafturkræf spjöll á náttúrunni og þótt slík spjöll kunni að vera lögmæt, þá er sú krafa að þeir sem verða fyrir skaðanum – einkum íbúar Íslands í nútíð og framtíð – hafi um það að segja *til hvers* orkan er nýtt. Sú skerðing á sameiginlegum gæðum sem ávallt er fylgifiskur virkjunar, hvort heldur vatnsafls eða jarðvarma, kann að réttlæta að almannahagsmunir, og þar með innlendir hagsmunir, hafi forgang fram yfir einkahagsmuni þegar kemur að því að ráðstafa arðinum af virkjunum. Í umræðu um virkjanir í neðri hluta Þjórsár hafa ýmsir íbúar á bökkum árinna einmitt ítrekað það sjónarmið að þeir séu mótfallnir virkjun árinna til að framleiða orku fyrir álbræðslu en að virkjun komi til greina ef orkan verði notuð í umhverfisvænni og samfélagslega arðbærari starfsemi. Hér verða hinir pólitísku hagsmunir ekki aftengdir þeim hagsmunum sem tengjast náttúru og umhverfi.<sup>170</sup>

#### 4.2.4 Ólíkir hagsmunir og forsendur löggjafarinnar

Ofangreind álitaefni um réttlæti, lýðræði, sjálfbærni og sjálfsforræði samfélagsins hafa ef til vill engin *bein* tengsl við afmörkuð lagaákvæði um erlenda fjárfestingu í atvinnulífi eða möguleika erlendra aðila á að eignast fasteignaréttindi á Íslandi, en þau varða sjónarmið sem eru viðurkennd sem forsendur laga og varða með beinum hætti margvíslegar takmarkanir á reglunum um fjórfrelsið sem eru kjarni samningsins um Evrópska efnahagssvæðið.<sup>171</sup> Þessi sjónarmið eru viðurkennd í evrópskri löggjöf og alþjóðlegum samningum eins og Energy Charter Treaty og í löggjöf einstakra ríkja, til dæmis þýskri löggjöf (sjá nmgr. 189 í kafla 5.7) sem takmarkar möguleika aðila utan EES-svæðisins til að fjárfesta í þýskum orkuverum.

Sjónarmið um réttlæti, lýðræði, sjálfbærni og sjálfsforræði skipta líka máli við mat á því hvort ríkisvaldið gæti meðalhófs þegar það grípur inn í viðskipti á markaði. Af þessum sökum verður almenn umræða um þá hagsmuni sem liggja löggjöfinni til grundvallar, bæði innlendri löggjöf og evrópskri löggjöf, að vera hluti af þeirri umræðu sem miðar að því að skýra tiltekin lagaákvæði eða almenn sjónarmið löggjafans.

<sup>169</sup> Raforkulög nr. 65/2003, 2. mgr. 14. gr. og 1. mgr. 8. gr.

<sup>170</sup> Um samspil efnahagslegra, náttúrufarslegra og pólitískra hagsmuna sjá t.d. Waelde, Thomas og Abba Kolo: „Environmental Regulation, Investment Protection and ‘Regulatory Taking’ in International Law.“ *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 50, No. 4, okt. 2001, bls. 811–848. Greinin er aðgengileg á Jstor, slóð: <http://www.jstor.org/stable/pdfplus/761516.pdf> Sótt 26. ágúst 2010.

<sup>171</sup> Í bókun 17 við samninginn um Evrópska efnahagssvæðið segir t.a.m.: „Ákvæði 34. gr. samningsins [um Evrópska efnahagssvæðið] skulu ekki koma í veg fyrir að samningsaðilar samþykki löggjöf eða beiti neinum þeim ráðstöfunum sem varða aðgang þriðja lands að mörkuðum þeirra.“



## 5 Uppfylltu kaup Magma Energy á eignarhlutum í HS Orku hf skilyrði laga nr. 34/1991 um fjárfestingu erlendra aðila í atvinnurekstri?

### 5.1 Heimildir kanadíska félagsins Magma Energy Corp til fjárfestingar á Íslandi

Í 2. tölul. 4. gr. laga nr. 34/1991 um fjárfestingu erlendra aðila í atvinnurekstri (fjárfestingarlaganna) er fjallað um það hvaða aðilar megi eiga virkjunarréttindi vatnsfalla og jarðhita hér á landi önnur en til heimilisnota sem og fyrirtæki sem stunda orkuvinnslu og orkudreifingu. Af ákvæðinu er ljóst að lögaðilum sem heimilisfastir eru í ríkjum utan Evrópska efnahagssvæðisins er almennt óheimilt að eiga þessi réttindi. Þessir aðilar geta einvörðungu eignast réttindin ef heimild er til þess í fjárfestingarsamningi milli Íslands og viðkomandi ríkis sem Alþingi hefur staðfest með þingsályktun. Ekki er fyrir hendi slíkur samningur milli Kanada og Íslands. Því er kanadíska fyrirtækinu Magma Energy Corp óheimilt að eiga hér á landi þau réttindi og eignir sem 2. tölul. 4. gr. fjárfestingarlaganna fjallar um.

### 5.2 Leið Magma Energy Corp inn á Evrópska efnahagssvæðið

Í sænsku hlutafélagalögunum (aktiebolagslag 2005:551) er kveðið á um það hverjir geti verið stofnendur hlutafélags þar í landi. Samkvæmt lögunum er þessi réttur bundinn við:

1. einstaklinga sem búsettir eru innan Evrópska efnahagssvæðisins
2. sænska lögaðila, eða
3. lögaðila sem eru lögformlega stofnaðir í aðildarríki Evrópska efnahagssvæðisins og sem eiga heimili sitt, aðalskrifstofu eða aðalstarfsemi innan þess.

Samkvæmt þessu er ljóst að kanadíska fyrirtækið Magma Energy Corp uppfyllti ekki skilyrði sænskra laga til að stofna dótturfélag í Svíþjóð. Fyrirtækið fór hins vegar þá leið að kaupa allt hlutafé sænskis einkahlutafélags, Aktiebolaget Grogrunden nr. 2455, sem þegar hafði verið stofnað með löglegum hætti í Svíþjóð. Eftir kaupin voru teknar upp nýjar samþykktir fyrir félagið og heiti þess breytt í Magma Energy Sweden AB. Af heiti félagsins við stofnun og heimilisfangi þess er hugsanlegt að draga þá ályktun að félagið hafi í upphafi verið stofnað af endurskoðunarstofunni þar sem það hefur heimilisfang og verið skúffufyrirtæki sem stofan gat gripið til með litlum fyrirvara fyrir viðskiptavinum sínum sem óskuðu eftir stofnun félags.<sup>172</sup> Um þetta atriði verður

---

<sup>172</sup> Um skúffufélög sjá t.d. Stefán Már Stefánsson: *Hlutafélög, einkahlutafélög og fjármálamarkaðir*. Reykjavík 2003, bls. 131. Þar segir m.a.: „Unnt er að búa til hlutafélög og einkahlutafélög og eiga þau á lager ef svo má segja. Er þá einkum átt við að ákveðnir aðilar stofni félag eða félög en láti starfsemi þess liggja niðri um sinn. Hugmyndin er sú að félagið sé tilbúið að öllu leyti þar til einhver vill kaupa hlutabréf þess eða hluti og hefja starfsemi innan ramma



þó ekki fullyrt hér þar sem nefndin hefur ekki undir höndum stofnsamning félagsins. Samkvæmt 7. gr. í 4. kafla sænsku hlutafélagalaganna eru engar viðskiptahömlur á sölu hluta í hlutafélögum og einkahlutafélögum, nema samkvæmt ákvæðum samþykktu félagsins sjálfs eða samkvæmt fyrirmælum annarra laga. Ekki virðast vera í sænskum lögum ákvæði sem takmarka sölu á hlutafé til erlendra aðila þegar um er að ræða eignarhaldsfélag eins og Magma Energy Sweden AB.

Skráður tilgangur félagsins Magma Energy Sweden AB er rannsóknir, þróun og rekstur jarðhitaverkefna, að eiga og annast hlutafé og rekstur sem þessu samrýmist. Í bréfi lögmanns félagsins frá 10. febrúar 2010 til nefndar um erlenda fjárfestingu kemur fram að starfsemi félagsins einskorðist eins og stendur við eignarhald á hlutafé í HS Orku hf. Samkvæmt vottorði sænsku hlutafélagaskrárinnar er heimilisfang Magma Energy Sweden AB hjá endurskoðunarstofunni Ernst & Young AB í Gautaborg og er heimilisfesti þess skráð í Västra Götalands Län, sveitarfélaginu Gautaborg. Af fundargerðum félagsins má ráða að stjórn félagsins er virk og fundar reglulega og tekur ákvarðanir er varða fjárfestingar sínar í samræmi við skráðan tilgang félagsins. Ekki liggja fyrir upplýsingar um að raunveruleg stjórn félagsins sé á hendi annarra en skráðra stjórnarmanna hennar. Félagið uppfyllir skilyrði sænskra laga um búsetu stjórnarmanna.

### 5.3 Heimildir sænska félagsins Magma Energy Sweden AB til fjárfestingar á Íslandi

Af 2. tölul. 4. gr. fjárfestingarlaganna leiðir að lögaðilar sem *heimilisfastir* eru í öðru aðildarríki EES-samningsins mega eiga virkjunarréttindi vatnsfalla og jarðhita og fyrirtæki sem stunda orkuvinnslu og orkudreifingu. Önnur skilyrði en heimilisfesti eru ekki sett um þessa lögaðila andstætt því sem gildir um íslenska aðila. Til þess að geta eignast þau réttindi sem ákvæðið fjallar um verða lögaðilar sem eiga heimili hér á landi að uppfylla viðbótarskilyrði sem lúta að ríkisfangi og heimilisfesti eigendanna, sbr. 2. mgr. 4. gr. Í lögskýringargögnum er ekki að finna frekari skýringar á því hvað átt er við með orðunum „heimilisfastir í öðru aðildarríki [EES-samningsins]“. Er eðlilegt að skýra það með hliðsjón af þeim sjónarmiðum sem byggt er á í Evrópurétti/EES-rétti um stofnun og skráningu fyrirtækja (sbr. kafli 3.6 hér að framan). Samkvæmt því er eðlilegt að líta svo á að fyrirtæki sem stofnað er með lögmatum hætti í Svíþjóð og skráð þar teljist eiga þar heimilisfesti í skilningi 2. tölul. 4. gr. fasteignarlaganna. Samkvæmt þessu er niðurstaðan sú að sænska fyrirtækið Magma Energy Sweden AB uppfylli formlegt skilyrði framangreinds ákvæðis fyrir því að eiga virkjunarréttindi vatnsfalla og jarðhita og fyrirtæki sem stunda orkuvinnslu og orkudreifingu. Með hliðsjón af því væri hægt að álykta að fyrirtækið sé löglegur kaupandi að hlutum í HS Orku hf.

### 5.4 Sjónarmið um sniðgöngu

Enda þótt Magma Energy Sweden AB uppfylli formleg skilyrði fyrir því að mega kaupa hluti í HS Orku hf er ekki þar með endanlega leyst úr þeirri spurningu hvort fjárfestingin sé í samræmi við íslenska löggjöf. Hið sænska félag er að öllu leyti í eigu kanadíska fyrirtækisins Magma Energy Corp. Í gögnum frá Magma Energy Sweden AB sem nefndin hefur undir höndum kemur fram að

---

þess. [...] kosturinn við það er einkum sá að spara þeim sem vilja hefja rekstur innan hlutafélagsformsins eða einkahlutafélagsformsins fyrirhöfn og tafir sem vilja verða við stofnun þess og skráningu.“

starfsemi félagsins einskorðist eins og stendur við eignarhald á HS Orku hf og að það hafi verið stofnað gagnert til að uppfylla skilyrði íslenskra laga til þeirrar fjárfestingar. Einnig kemur fram að fjárfestingar félagsins hér á landi hafi verið fjármagnaðar af móðurfélaginu, Magma Energy Corp í Kanada, með millifélagaláni.<sup>173</sup> Í kafla 2.3.2 er greint frá því að í fréttatilkynningum bæði á heimasíðu Magma Energy Corp og á heimasíðu Geysis Green Energy ehf vegna viðskiptanna með eignarhlutana í HS Orku hf er málið sett þannig fram að það sé kanadíska félagið sem sé kaupandi hlutanna.

Eins og fram hefur komið uppfyllir kanadíska félagið Magma Energy Corp ekki skilyrði sem sett eru í íslenskum lögum fyrir því að mega eiga fyrirtæki sem stunda orkuvinnslu og orkudreifingu eða virkjunarréttindi vatnsfalla og jarðhita önnur en til heimilisnota. Sú leið sem félagið kaus að fara til þess að geta keypt eignarhluti í HS Orku hf fól í fyrsta lagi í sér að það nýtti möguleika í sænskri löggjöf til að eignast sænskt félag, en Magma Energy Corp uppfyllti sjálf ekki skilyrði sænskra hlutafélagalaga um ríkisfang eða heimilisfesti þeirra aðila sem heimilt er að stofna fyrirtæki í Svíþjóð. Sænsk löggjöf leggur ekki bann við því að aðilar utan Evrópska efnahagssvæðisins kaupi hluti í sænskum fyrirtækjum og því gat Magma Energy Corp keypt alla hluti félagsins „Aktiebolaget Grogrunden nr. 2455“. Þetta gerði fyrirtækið í því skyni að öðlast hlutdeild í réttindum sem samið hefur verið um á samstarfsvettvangi Evrópuríkja og ætlað er að gildi með gagnkvæmum hætti milli ríkja á Evrópska efnahagssvæðinu. Með þessu móti telja forsvarsmenn fyrirtækisins sér mögulegt og heimilt að komast framhjá hindrunum íslenskra laga á eignarhaldi aðila utan Evrópska efnahagssvæðisins á fyrirtækjum í orkuvinnslu hér á landi. Hér vakna því tvennskonar spurningar, í fyrra lagi spurningin um það hvort Magma Energy Corp hafi sniðgengið íslensk lög með því að fara þessa leið og í seinna lagi, ef um sniðgöngu er að ræða, hvort hún hafi þau áhrif að félagið uppfylli í raun ekki skilyrði fjárfestingarlaga fyrir því að mega fjárfesta í orkuvinnslufyrirtæki hér á landi.

#### **5.4.1 Hugtakið lagasniðganga**

Hugtakið lagasniðganga felur í sér að aðilar „notfæra sér ‚göt‘ í löggjöfinni“.<sup>174</sup> Svigrúm skapast oft fyrir sniðgöngu þar sem eru snertifletir réttarsviða. Sem dæmi má nefna að skattasniðganga felur gjarnan í sér að göt sem myndast á mörkum skattaréttar og einkaréttar eru notuð í því skyni að komast hjá greiðslu skatts.<sup>175</sup> Þar er einnig um að ræða árekstur ólíkra hagsmuna, þ.e. hagsmuna einstaklinga af því að lágmarka skattgreiðslur sínar og hagsmuna samfélagsins af því að afla tekna í sameiginlega sjóði og tryggja jafnræði í skattgreiðslum. Lagasniðganga þarf ekki að byggjast á ólögætum gerningum og þótt hún sé andstæð markmiðum þeirrar löggjafar sem sniðgengin er getur hún eftir sem áður talist lögleg. Slíkt tilvik kann þó að fela í sér að sá aðili sem sniðgengur tryggir hagsmuni sína á kostnað annarra og skerðir með því þá hagsmuni sem löggjöf á viðkomandi sviði er ætlað að vernda.

Til að draga upp skýrari mynd af því í hverju sniðganga er fólgin er gagnlegt að skoða skattasniðgöngu. Þar birtist vandamálið til dæmis í því að einstaklingar gera sín á milli samninga sem beinlínis er ætlað að koma þeim undan því að greiða skatt. Samningarnir geta verið fullkomlega löglegir frá sjónarhóli einkaréttar en þeir hafa það að markmiði að færa staðreyndir í annan

<sup>173</sup> Bréf lögmanns Magma Energy Sweden AB til nefndar um erlenda fjárfestingu, dags. 2. febrúar 2010.

<sup>174</sup> *Lögfræðiorðabók með skýringum*. Bókaútgáfan Codex, Reykjavík 2008, bls. 237.

<sup>175</sup> Sjá nánar um skattasniðgöngu: Kristján Gunnar Valdimarsson: „Skattasniðganga.“ *Tímarit lögfræðinga* 1999 (3), bls. 219–262.

búning, ef svo má segja, í því skyni að skattlagningin fari fram á grundvelli annarra reglna en ef skattlagt væri miðað við raunverulegar aðstæður. Samkvæmt reglum skattaréttar kann að vera heimilt að víkja slíkum sýndargerningum til hliðar og skattleggja viðkomandi einstaklinga eins og samningarnir hefðu ekki verið gerðir. Þetta er þá gert á grundvelli svokallaðrar *raunveruleikareglu* en beiting hennar felst í að ákvarða raunverulegar staðreyndir máls og skattleggja á grundvelli þeirra.<sup>176</sup> Það má segja að hér sé raunveruleiki látinn ráða umfram form og rökin að baki því eru þau að ella næðu skattalög ekki tilgangi sínum. Í nokkrum ákvæðum skattalaga er beinlínis gert ráð fyrir beitingu raunveruleikareglu við úrlausn þeirra tilvika sem undir þau falla. Bent hefur verið á að dómstólar hafi byggt á slíkri reglu í öðrum tilvikum sem varða skattgreiðslur og með því í raun slegið því föstu að hér á landi gildi ólögfest meginregla um að heimilt sé að víkja til hliðar sýndargerningum aðila sem hafa það að markmiði að komast hjá greiðslu skatta.<sup>177</sup>

Þegar sú leið sem kanadíska félagið Magma Energy Corp fór til að skapa sér tækifæri til að kaupa HS Orku hf er gaumgæfð virðist nærtækt að fella hana undir sniðgöngu í þeim skilningi sem lagður er í það hugtak í íslenskum rétti. Raunar er það staðfest af forsvarsmönnum fyrirtækisins að kaup þess á sænska fyrirtækinu hafi beinlínis verið gerð til að komast hjá ákvæðum íslenskra laga sem banna fjárfestingar aðila utan EES-svæðisins í orkuvinnslu nema á grundvelli milliríkjasamnings sem Alþingi staðfesti. Hér þarf því að taka afstöðu til þess hvort þessi staðreynd ætti að koma til skoðunar við mat á því hvort skilyrði 2. tölul. 4. gr. fjárfestingarlaganna teljist uppfyllt í því tilviki þegar hlutabréf í HS Orku hf voru seld.

## 5.5 Túlkun ákvæða fjárfestingarlaganna

### 5.5.1 Túlkunarvandi

Áður en fjallað er um þetta atriði er nauðsynlegt að skoða betur ákvæði 2. tölul. 4. gr. fjárfestingarlaganna. Til hægðarauka er gagnlegt að skipta ákvæðinu í fjóra málslíði:

- (1) Íslenskir ríkisborgarar og aðrir íslenskir aðilar mega einir eiga virkjunarréttindi vatnsfalla og jarðhita önnur en til heimilisnota.
- (2) Sama á við um fyrirtæki sem stunda orkuvinnslu og orkudreifingu.
- (3) Sama rétt hafa einstaklingar sem búsettir eru í öðru aðildarríki samningsins um Evrópska efnahagssvæðið, öðru aðildarríki stofnsamnings Fríverslunarsamtaka Evrópu eða Færeyjum og lögaðilar sem heimilisfastir eru í öðru aðildarríki samningsins um Evrópska efnahagssvæðið, öðru aðildarríki stofnsamnings Fríverslunarsamtaka Evrópu eða Færeyjum.
- (4) Heimilt skal að kveða svo á í fjárfestingarsamningum milli Íslands og ríkja utan Evrópska efnahagssvæðisins að einstaklingar sem þar eru búsettir eða lögaðilar sem þar eru heimilisfastir hafi einnig sama rétt, enda verði slíkir samningar lagðir fyrir Alþingi til staðfestingar með þingsályktun.

<sup>176</sup> Kristján Gunnar Valdimarsson, bls. 224.

<sup>177</sup> Kristján Gunnar Valdimarsson, bls. 259.

Í þessum ákvæðum fjárfestingarlaganna er fjallað um það hvaða aðilar hafi heimild til að eiga hér virkjunarréttindi og fyrirtæki í orkuvinnslu og orkudreifingu. Í því sambandi er greint á milli þriggja hópa, þ.e. (1) íslenskra ríkisborgara og annarra íslenskra aðila, (2) EES-aðila (og aðila frá aðildarríkjum stofnsamnings EFTA og Færeyjum) og (3) aðila utan EES-svæðisins. Samkvæmt ákvæðunum er réttarstaða þessara hópa ólík hvað varðar heimildir til fjárfestingar í þeim verðmætum sem þar er fjallað um. Hópar 1 og 2 hafa sama rétt en þó eru íslenskum aðilum sett tiltekin skilyrði að því er varðar ríkisfang og búsetu eigendanna sem ekki eiga við um hóp 2. Hópur 3 hefur sérstöðu þar sem hann hefur ekki heimild til fjárfestingar á umræddu sviði nema á grundvelli sérstakra milliríkjasamninga sem háðir eru samþykki Alþingis. Slíkur samningur er ekki í gildi milli Íslands og Kanada.

Það er ljóst af athugasemdum með frumvarpi því er varð að lögum nr. 46/1996, sem breytti ákvæðum 4. gr. fjárfestingarlaganna og lagaði þau að þátttöku Íslands í EES-samstarfinu, að löggjafinn hefur gert ráð fyrir *raunverulegum* takmörkunum gagnvart aðilum utan EES-svæðisins að þessu leyti:

Gert er ráð fyrir að þetta svið verði áfram lokað fyrir öðrum erlendum aðilum. Þó er heimilt við gerð fjárfestingasamninga við ríki utan EES að opna þetta svið fyrir þarlendum aðilum, enda verði slíkir samningar lagði fyrir Alþingi til staðfestingar með þingsályktun.<sup>178</sup>

Með lögum nr. 46/1996 var takmörkunum aftur á móti aflétt gagnvart einstaklingum og lögaðilum á EES-svæðinu, sbr. 3. málslíð ákvæðisins. Í athugasemdum með frumvarpinu segir m.a. um þennan lið:

Í öðru lagi er lagt til að aðilar annars staðar á EES-svæðinu öðlist sama rétt og Íslendingar til að eiga virkjunarréttindi vatnsfalla og jarðhita hér á landi eða stunda orkuvinnslu eða orkudreifingu. [...] Ríkisfang einstaklings eða ríkisfang eigenda lögaðila skiptir hér ekki máli.<sup>179</sup>

Ef horft er á málslíði (3) og (4) og athugasemdirnar með frumvarpinu sem tilgreindar eru hér að ofan, vaknar ákveðinn túlkunarvandi. Ef málslíður (3) er skilinn með þeim hætti að aðilum utan EES-svæðisins sé heimilt að nýta sér aðstöðu í öðru EES-ríki til að komast hjá þeim takmörkunum sem málslíður (4) kveður á um, og eina skilyrðið er heimilisfesti á EES-svæðinu, þá virðist í raun lítil hindrun vera í málslíð (4) þar sem nánast hver sem er utan EES-svæðisins gæti orðið sér úti um heimilisfesti þar. Efnislega veitir reglan í málslíð (4) þá litla eða enga vernd gegn ótakmörkuðum fjárfestingum aðila utan EES-svæðisins í þeim auðlindum sem 2. tölul. 4. gr. fjárfestingarlaganna er ætlað að vernda. Væri þessi skilningur lagður til grundvallar hefði Alþingi, með breytingarlögunum nr. 46/1996, í raun afsalað Íslendingum þeim rétti sem í orði kveðnu felst í 4. málslíð, rétti til að hafa sjálfir ákvörðunarvald gagnvart ríkjum utan EES-svæðisins um heimildir borgara þeirra og lögaðila til fjárfestingar í orkuauðlindum og orkuvinnslu.

<sup>178</sup> 120. lþ. 1995, 254. mál, þskj. 425.

<sup>179</sup> 120. lþ. 1995, 254. mál, þskj. 425.

### 5.5.2 Skýringakostir

Andspænis þessum túlkunarvanda þarf að huga að mögulegum lögskýringaleiðum. Eitt meginsjónarmið íslensks réttar er að ákvæði laga ber að skýra samkvæmt orðanna hljóðan. Er hér lagt til grundvallar það eðlilega sjónarmið að lagareglur skuli vera skýrar og lögfylgjur þeirra fyrirsjáanlegar.<sup>180</sup> Í því tilviki sem hér um ræðir leiðir sá skýringarkostur ekki til óyggjandi niðurstöðu því að því gefnu að löggjafinn hafi hugsað sér að setja raunverulegar skorður við fjárfestingum aðila utan EES-svæðisins í orkuvinnslu og orkudreifingu, virðast ákvæði 3. og 4. málslíðar stangast á.

Annað meginsjónarmið sem lagt er til grundvallar við lögskýringu er að ganga beri út frá því að löggjafinn leitist við að tryggja að einstök lagaákvæði og lagabálkar myndi rökrétta heild. Þannig ber að skýra einstök ákvæði lagagreinar þannig að samræmi verði náð innan hennar (innri samræmisskýring). Þetta á einnig við um skýringu lagaákvæða innan sama lagabálks. Á sama hátt getur þurft að gæta að samræmi milli lagaákvæða sem er að finna í mismunandi lögum (ytri samræmisskýring).<sup>181</sup> Þetta þýðir meðal annars að efnisreglur 2. tölul. 4. gr. fjárfestingarlaganna þarf enn fremur að túlka til samræmis við EES-samninginn og þau markmið sem liggja honum að baki.

Hér vaknar því sú spurning hvort hægt sé að skýra framangreind ákvæði 2. tölul. 4. gr. fjárfestingarlaganna þannig að þau séu bæði innbyrðis samrýmanleg og að staða þeirra í fjárfestingarlögunum sé í samræmi við þær breytingar sem gerðar voru á íslenskri löggjöf með aðild Íslands að EES-samningnum. Til að svara þessari spurningu þarf að huga nánar að því hvert markmiðið var með setningu þessara ákvæða.

Eins og fram er komið hafa takmarkanir lengi verið í íslenskum lögum á því að erlendir aðilar eignist hér orkuauðlindir og virkjunarréttindi (sbr. kafla 3). Með þeim hefur verið leitast við að tryggja að Íslendingar sjálfir hefðu ákvörðunarvald um það hvernig þessar auðlindir væru nýttar og í hverra þágu.

Með EES-samningnum var stefnt að því að skapa einsleitt evrópskt efnahagssvæði þar sem borgarar og lögaðilar aðildarríkjanna gætu án hindrana skapað sér tækifæri meðal annars til atvinnu og fjárfestingar hvar sem væri á svæðinu. Grundvöllur samningsins er gagnkvæmni, þ.e. hann kveður á um gagnkvæm réttindi borgara þeirra ríkja sem að honum standa. Til þess að markmið EES-samningsins um opið innra markaðssvæði næðist var nauðsynlegt að fella brott ýmis konar takmarkanir og skilyrði í löggjöf aðildarríkjanna sem ella kæmu í veg fyrir að borgarar þeirra gætu nýtt sér þau réttindi sem í samningnum fólust. Þetta þýddi meðal annars að Íslendingar urðu að fórnar nokkru af sérréttindum sínum á móti þeim rétti sem EES-samningurinn skapaði þeim til fjárfestingar og atvinnustarfsemi í öðrum aðildarríkjum samningsins. Á þessum forsendum var sú ákvörðun tekin að afnema það fyrirkomulag að Íslendingar mættu einir eiga virkjunarréttindi og orkufyrirtæki hér á landi.

Af lögum nr. 46/1996, sem breyttu fjárfestingarlögunum, og skýringum með þeim verður ekki ráðið með afgerandi hætti hvers eðlis þessi breyting var. Aftur vaknar spurning um þá togstreitu sem virðist vera á milli 3. og 4. málslíðar 2. tölul. 4. gr. laganna og skýringanna með þeim. Annars vegar má hugsa sér að markmið laganna hafi verið alger opnun gagnvart hvaða löglega aðila sem er á EES-svæðinu. Þennan skilning mætti styðja með þeim orðum í athuga-

<sup>180</sup> Í kafla 5.3 er því lýst hvernig þessu sjónarmiði, að lög beri að skýra samkvæmt orðanna hljóðan, mætti beita til að styðja þá ályktun að Magma Energy Sweden AB hafi verið löglegur kaupandi hluta í HS Orku hf.

<sup>181</sup> Róbert R. Spanó: *Túlkun lagaákvæða*. Bókaútgáfan Codex, Reykjavík 2007, bls. 81–82.

sendum með frumvarpi því er varð að lögum nr. 46/1996 „að ríkisfang einstaklings eða ríkisfang eigenda lögaðila [skipti] hér ekki máli“. Samkvæmt þessum skilningi hefði Alþingi sett inn ákvæðin í 4. málslíð um takmörkun aðila utan EES-svæðisins án þess að ætla þeim að vera meira en formleg hindrun. Samkvæmt þessu mætti álykta að jafnvel þótt Magma Energy Corp hefði sniðgengið íslensk lög með því að fjárfesta í gegnum skúffufyrirtæki í Svíþjóð hefði það enga þýðingu fyrir heimild þess til fjárfestingarinnar (sbr. kafla 5.2).

Sé aftur á móti litið svo á að sú opnun fyrir erlenda fjárfestingu í orkuvinnslu og orku-dreifingu sem gerð var samhliða aðild Íslands að EES-samningnum hafi *einungis verið gagnvart aðilum á EES-svæðinu* er eðlilegast að líta svo á að ákvæðum 4. málslíðar hafi verið ætlað að setja raunverulega hindrun fyrir aðila utan EES-svæðisins til að fjárfesta á þessu sviði. Séu ummælin um „að ríkisfang einstaklings eða ríkisfang eigenda lögaðila [skipti] hér ekki máli“ skilin í þessu samhengi virðist rétt að líta svo á að í þeim sé fyrst og fremst vísað til ríkisfangs *rétthafa* samkvæmt EES-samningnum eða eigenda þeirra, og ekki augljóst að ummælin ein og sér kveði upp úr um lögmati þess að aðilar utan svæðisins nýti sér aðstöðu í einu aðildarríki til að sneiða hjá skýrum takmörkunum í löggjöf annars aðildarríkis við fjárfestingu í mikilvægum atvinnu-rekstri enda myndi það má út ytri mörk EES-svæðisins.

Enda þótt takmörkunum við fjárfestingu í orkuauðlindum og orkuvinnslu hafi verið aflétt gagnvart aðilum á EES-svæðinu með lögum nr. 46/1996 virðist ljóst að löggjafinn ætlaðist ekki til þess að sú breyting hefði jafnframt þau áhrif að Íslendingar glötuðu rétti til að ráða sjálfir fjárfestingastefnu um auðlindir sínar gagnvart aðilum frá ríkjum utan EES-svæðisins. Þetta endurspeglast í því að ekki var látið við það sitja að kveða á um það hverjir hefðu heimild til að eiga umrædd réttindi og verðmæti (eins og gert hafði verið í fyrri löggjöf) heldur var sett sérstakt ákvæði um það hverjum væri það óheimilt nema með sérstöku samþykki Alþingis. Alþingi ákvað að aðilum frá ríkjum utan EES-svæðisins væri áfram óheimilt að fjárfesta í orkuvinnslu hér á landi nema á grundvelli gagnkvæmra fjárfestingarsamninga. Samkvæmt 4. málslíð 2. tölul. 4. gr. fjárfestingarlaganna er ákvörðunarvald um slíkar heimildir lagt í hendur stjórnvalda sem fara með samningsgerð við erlend ríki og jafnframt áskildi Alþingi sér rétt til að meta hvort slíkir samningar samræmdust íslenskum hagsmunum.

Það má því slá því föstu að með ákvæðum 2. tölul. 4. gr. sé leitast við að tryggja jafnan rétt einstaklinga og aðila á EES-svæðinu til fjárfestinga í orkugeiranum á Íslandi en jafnframt að tryggja að Ísland hafi áfram ótvírætt forræði á því að ákveða hvort og þá á hvaða grundvelli þetta svið verði opnað aðilum frá ríkjum utan EES-svæðisins.

Samkvæmt þessum skilningi á lögnum veltur það, hvort skilyrði 4. gr. fjárfestingarlaganna séu uppfyllt, á því hvernig staðreyndir málsins eru metnar, þ.e. hvort raunverulegur kaupandi hlutanna í HS Orku hf sé kanadískt fyrirtæki eða sænskt. Ef lagt er til grundvallar að Magma Energy Corp sé raunverulegur kaupandi, jafnvel þótt kaupin fari í gegnum sænskt fyrirtæki, væri niðurstaðan sú að með kaupunum hefði hið kanadíska fyrirtæki sniðgengið íslensk lög og uppfyllti í raun ekki skilyrði laga til að mega fjárfesta hér á landi.

Hér að framan var bent á þá togstreitu sem verður á milli málslíða (3) og (4) ef málslíður (3) er skilinn með þeim hætti að nægilegt sé að fyrirtæki sé að forminu til skrásett í öðru aðildarríki EES-samningsins til að geta eignast virkjunarrétt orkuauðlinda og fyrirtæki í orkuvinnslu og orkudreifingu hér á landi. Sú túlkun hefur í för með sér að ákvörðunarvaldið um heimildir aðila utan EES-svæðisins til að fjárfesta í þessum réttindum er í raun tekið frá þeim aðilum sem lögin fela þetta verkefni berum orðum, það er stjórnvöldum sem fara með utanríkismál og Alþingi.

### 5.5.3 Beiting ákvæða 2. tölul. 4. gr. fjárfestingarlaganna

Við mat á því hvort kaupandi hlutanna í HS Orku hf uppfylli skilyrði 2. tölul. 4. gr. fjárfestingarlaganna virðast í meginatriðum tvær leiðir koma til álita. Önnur leiðin er sú að líta aðeins til *formlegrar* stöðu þess fyrirtækis sem sagt er kaupandi HS Orku hf og leysa úr málinu á þeim grundvelli. Ef þessi leið er farin þá koma ekki til skoðunar þau tengsl sem fyrirtækið hefur við móðurfélag sitt og þar með er ekki lagt mat á hvort staða þess utan EES-svæðisins hafi þýðingu við úrlausn málsins. Hin leiðin felur í sér að meta í heild kringumstæður fjárfestingarinnar sem og tengsl og áhrif fyrirtækjanna sem þar eiga í hlut, og heimfæra þær síðan undir þá reglu laganna sem gildir um slíkar aðstæður. Samkvæmt þessari leið gæti niðurstaða málsins ráðist ýmist af reglu 3. málslíðar eða reglu 4. málslíðar allt eftir því hvert mat yrði lagt á atvik eða aðstæður þess.

Ákvörðun um það hvaða leið beri að fara við beitingu 2. tölul. 4. gr. fjárfestingarlaganna ræðst samkvæmt framangreindu annars vegar af því hvernig lögin sjálf eru túlkuð og hins vegar af því hvaða afstaða er tekin til þess hvernig ákvarða skuli staðreyndir máls. Rétt er að leggja áherslu á að ákvæði fjárfestingarlaganna kveða ekki á um það hvernig ákvarða skuli staðreyndir málsins. Hér að framan var tekið dæmi af öðru réttarsviði um viðbrögð við sniðgöngu og sagt frá því hvernig svokallaðri raunveruleikareglu er beitt í tilteknum tilvikum til að bregðast við skattasniðgöngu. Í nokkrum ákvæðum skattalaga er beinlínis gert ráð fyrir beitingu raunveruleikareglu en jafnframt hafa dómstólar í öðrum tilvikum sem varða skattamál beitt meginreglu með sama inntaki á ólögfestum grundvelli með vísan til grunnreglu tiltekins ákvæðis skattalaga.<sup>182</sup> Óljóst er hvort í íslenskum rétti yrði byggt á slíkri almennri óskráðri reglu á öðrum málefnasviðum. Þeirri spurningu er því ósvarað hvort talið yrði heimilt að leggja slík sjónarmið til grundvallar við beitingu ákvæða 2. tölul. 4. gr. fjárfestingarlaganna. Það er afstaða nefndarinnar að úr því álitamáli yrði aðeins leyst fyrir dómstólum.

## 5.6 Áhrif EES-samningsins á sjónarmið um sniðgöngu í íslenskum rétti

Áður en hægt er að segja skilið við spurninguna um sniðgöngu þarf að taka til nánari skoðunar hvort það myndi samrýmast EES-samningnum ef íslensk stjórnvöld afréðu að beita ákvæðum fjárfestingarlaganna á þann hátt sem lýst er í seinni leiðinni hér að ofan. Hér ber að hafa í huga að EES-samningurinn felur ekki í sér sameiginlega viðskiptastefnu gagnvart ríkjum utan svæðisins. Ísland hefur með aðild sinni að samningnum ekki afsalað sér fullveldisrétti sínum til að gera eða hafna gerð viðskipta- og fjárfestingarsamninga við önnur ríki. Að baki reglum íslenskra laga um takmarkanir á heimildum erlendra aðila til að fjárfesta í virkjunarréttindum og orkufyrirtækjum liggja sérstakir hagsmunir Íslendinga sem ekki varða önnur aðildarríki EES-samningsins beint.

Við gerð EES-samningsins var gerð sérstök bókun (bókun 17) við 34. gr. samningsins, þ.e. greinina sem fjallar um staðfesturétt. Fyrsta málsgrein bókunarinnar er svohljóðandi:

Ákvæði 34. gr. samningsins skulu ekki koma í veg fyrir að samningsaðilar samþykki löggjöf eða beiti neinum þeim ráðstöfunum sem varða aðgang þriðja lands að mörkuðum þeirra. Farið skal með löggjöf á sviði sem samningurinn tekur til í samræmi við þá málsmæðferð sem mælt er fyrir um í samningnum og samnings-

<sup>182</sup> Kristján Gunnar Valdimarsson, bls. 238. Hér er átt við 1. mgr. 58. gr. eldri skattalaga nr. 75/1981, sbr. nú 1. mgr. 57. gr. laga um tekjuskatt nr. 90/2003. Hér skal bent á að í málum sem varða sjálfa skattskylduna hefur verið litið svo á að gera þurfi strangari kröfur um skýra lagaheimild til beitingar raunveruleikareglu. Sjá t.d. úrskurð yfirskattanefndar í máli 325/2004 og lagabreytingar sem gerðar voru í kjölfar hans á 2. gr. laga nr. 90/2003 um tekjuskatt.

aðilum ber að kappkosta að starfa í samræmi við samsvarandi reglur EES. Samningsaðilum ber í öllum öðrum tilvikum að upplýsa sameiginlegu EES-nefndina um ráðstafanirnar og leitast við, eftir því sem þörf krefur, að samþykkja ákvæði er tryggi að ráðstafanirnar séu ekki sniðgengnar á yfirráðasvæðum annarra samningsaðila. Ef ekki tekst að komast að samkomulagi um slíkar reglur eða ákvæði getur hlutaðeigandi samningsaðili gripið til ráðstafana sem nauðsynlegar kunna að reynast til að koma í veg fyrir sniðgöngu.<sup>183</sup>

Með bókuninni er tekinn af allur vafi um að samningsaðilar geti áfram beitt takmörkunum gagnvart ríkjum utan EES-samningsins. Þetta þýðir t.d. að Ísland getur viðhaldið takmörkunum í lögum gagnvart fjárfestingu aðila frá þriðju ríkjum. Í bókuninni er gert ráð fyrir að samningsaðilar geti í þessu skyni ýmist beitt *lögjöf* eða *ráðstöfunum*. Bókunin mælir svo fyrir um tiltekna málsmeðferð í þessu sambandi. Af athugasemdum við bókunina í frumvarpi því er varð að lögum nr. 2/1993 um Evrópska efnahagssvæðið má ráða hvaða skilning Íslendingar lögðu í hana. Þar segir:

EES-samningurinn hefur í för með sér að aðildarríkin geta haldið áfram hömlum á staðfesturétti fyrir aðila sem koma frá ríkjum utan EES-svæðisins. *Samkvæmt bókun 17 hafa aðildarríkin rétt til þess að grípa til aðgerða til þess að hindra að reglur, sem takmarka staðfesturéttinn eða aðgang að sameiginlega markaðnum verði sniðgengnar af hálfu lands utan EES með því að nýta aðstöðu á landsvæði annars EES-ríkis.* Samkvæmt hinum almennu reglum samningsins ber þó að leitast við að samræma reglur um slíkar aðgerðir á öllu samningssvæðinu.<sup>184</sup>

Ekki verður betur séð en að það mál sem hér um ræðir sé sambærilegt við þau tilvik sem rætt er um í athugasemdunum. Ef ofangreindur skilningur Íslendinga á efni bókunar 17 er réttur má álykta að EES-samningurinn útiloki ekki að leyst yrði úr því hvort skilyrði 2. tölul. 4. gr. fjárfestingarlaganna væru uppfyllt á grundvelli heildarmats á kringumstæðum þeirrar fjárfestingar sem um er að ræða fremur en eingöngu á grundvelli formlegrar stöðu þeirra sem hlut eiga að máli. Það er þó spurning hvort það yrði gert án þess að um það yrði sett sérstakt ákvæði og þá í samræmi við þá málsmeðferð sem mælt er fyrir um í bókun 17.

Ef stjórnvöld færu þá leið að meta aðstæður á grundvelli kringumstæðna fjárfestingarinnar fremur en formlegrar stöðu fyrirtækisins innan EES og málaferli myndu rísa í kjölfarið er ljóst að EFTA-dómstóllinn gæti tekið sjálfstæða ákvörðun um eigin lögsögu í málinu. EFTA-dómstóllinn myndi þá leysa úr því álitafni hvort um væri að ræða mál sem einungis varðaði innri málefni Íslendinga eða hvort málið yrði leyst á grundvelli reglna EES-samningsins um staðfesturétt. Sambærilegt álitamál reis í *Centros*-málinu<sup>185</sup> þar sem dönsk stjórnvöld báru því við að synjun þeirra á stofnun útibús væri innanríkismál og kæmu ákvæði Evrópuréttar þar af leiðandi ekki til álita. Þar var um að ræða danska ríkisborgara, búsetta í Danmörku sem stofnuðu fyrirtæki í

<sup>183</sup> Á ensku er bókunin svohljóðandi: Article 34 of the Agreement shall not prejudice the adoption of legislation or the application of any measures by the Contracting Parties concerning third-country access to their markets. Any legislation in a field which is governed by the Agreement shall be dealt with according to the procedures laid down in the Agreement and the Contracting Parties shall endeavour to elaborate corresponding EEA rules. In all other cases the Contracting Parties shall inform the EEA Joint Committee of the measures and, whenever necessary, endeavour to adopt provisions to ensure that the measures are not circumvented through the territory of the other Contracting Parties. If no agreement can be reached on such rules or provisions, the Contracting Party concerned may take measures necessary to prevent circumvention.

<sup>184</sup> 116. lþ. 1992, 1. mál, þskj. 1, leturbreyting nefndarinnar.

<sup>185</sup> Mál C-212/97.



Bretlandi í þeim eina tilgangi að stofna í kjölfarið útibú í heimalandinu og komast þannig framhá dönskum reglum um lágmarkshlutfé. Evrópudómstóllinn hafnaði þessum rökum og leysti úr málinu á grundvelli ákvæðanna um staðfesturétt. Færi mál Magma Energy fyrir EFTA-dómstóllinn mætti þar af leiðandi búast við að dómstóllinn þyrfti fyrst að skera úr um hvort álitamálið varði eingöngu tvíhliða samband Íslands og Kanada er félli þar með ekki undir lögsögu hans eða hvort um væri að ræða hindrun staðfesturéttar hins sænska félags.

Nefnd um orku- og auðlindamál hefur ekki fundið dæmi þess að sniðganga af hálfu aðila frá ríki utan EES-svæðisins hafi komið til kasta Evrópudómstólsins eða EFTA-dómstólsins í sambærilegu máli er varðar staðfesturétt. EFTA-dómstóllinn hefur fjallað um viðskiptastefnu gagnvart þriðju ríkjum í tveim málum varðandi heimildir norska ríkisins til að takmarka viðskipti með vörur frá þriðju ríkjum á grundvelli sjónarmiða um vernd vörumerkjaréttinda. Í fyrra málinu<sup>186</sup> var tekið undir norsk sjónarmið um takmörkun innflutnings með vísan til forræðis þeirra á viðskiptastefnu sinni gagnvart þriðju ríkjum og þar af leiðandi að ákvæði vörumerkja-tilskipunar EB yrði ekki beitt í samskiptum þeirra við þriðju ríki. Í síðara málinu<sup>187</sup> sneri dómstóllinn við niðurstöðu fyrri dómsins með þeim rökum að ákvæði vörumerkja-tilskipunarinnar kæmu í veg fyrir að norska ríkið gæti hindrað innflutning frá þriðju ríkjum á grundvelli vörumerkjaverndar. Ekki er því útilokað að ákvæði EES-samningsins geti haft áhrif á svigrúm EFTA-ríkja til að ráða viðskiptastefnu sinni gagnvart ríkjum utan svæðisins.

## 5.7 Sniðgöngumál í Evrópurétti

Evrópudómstóllinn hefur í mörgum tilvikum fjallað um mál er varða sniðgöngu af hálfu fyrirtækja innan EES-svæðisins og þá gjarnan þannig að aðilar nýta sér reglur Evrópuréttar til að komast undan íþyngjandi ákvæðum í landslögum á tilteknu sviði. Í bók sinni *Evrópusambandið og Evrópska efnabagsvæðið* segir Stefán Már Stefánsson að almennt gildi að aðilar geti ekki beitt fyrir sig staðfesturéttinum ef ætlun þeirra er að sniðganga ákvæði í eigin landslögum. Þetta gildi þó ekki í öllum tilvikum og fari eftir skýringu bandalagsréttar í hverju einstöku tilviki hvort hann tryggji réttindi óháð sniðgöngusjónarmiðum.<sup>188</sup> Í þessu sambandi má nefna *Centros*-málið sem vikið var að hér að framan.<sup>189</sup> Í málinu höfnuðu dönsk stjórnvöld að skrá útibú félags í eigu danskra eigenda á þeirri forsendu að móðurfélagið í Bretlandi stundaði engin viðskipti og tilgangurinn með stofnun þess og útibúsins hefði verið sá að komast framhá ákvæðum danskra laga um fjárhæð hlutfjár. Evrópudómstóllinn taldi viðbrögð danskra stjórnvalda fela í sér takmörkun á staðfesturétti. Í þessu sambandi lagði dómstóllinn áherslu á að ákvæðum Rómarsáttmálans um staðfesturétt væri sérstaklega ætlað að gera fyrirtækjum sem stofnsett væru í einu aðildarríki kleift að koma upp útibúi í öðru aðildarríki. Dómstóllinn tók hins vegar fram að samkvæmt fordæmum dómstólsins væri aðildarríkjum heimilt að grípa til aðgerða til að fyrirbyggja tilraunir eigin ríkisborgara til að sniðganga (e. evade) innlenda löggjöf undir yfirskini réttinda samkvæmt sáttmálanum. Dómstólar í aðildarríkjunum yrðu samt sem áður að meta slíka háttsemi í ljósi þeirra markmiða sem að væri stefnt með viðkomandi ákvæðum sáttmálans.<sup>190</sup>

<sup>186</sup> Mál E-2/97 Maglite frá 3. desember 1997.

<sup>187</sup> Mál E-9/07 og 10/07 L'Oreal frá 8. júlí 2008.

<sup>188</sup> Stefán Már Stefánsson: *Evrópusambandið og Evrópska efnabagsvæðið*, bls. 471.

<sup>189</sup> Mál C-212/97.

<sup>190</sup> Mál C-212/97, 24. og 25. mgr. Rétt er að taka fram að dómurinn var forúrskurður að beiðni Hæstaréttar Danmerkur.

Gera má ráð fyrir að tekist yrði á um fordæmisgildi *Centros*-málsins ef mál Magma Energy kæmi til kasta EFTA-dómstólsins. Í þessu sambandi er rétt að benda á að aðstæður eru aðrar í því máli en voru í *Centros*-málinu. Eins og áður greinir getur sú staðreynd að um þriðja ríkis sniðgöngu er að ræða haft áhrif á það mat dómstólsins hvort álitamálið yfirleitt félli undir ákvæði EES samningsins, auk þess sem undirliggjandi hagsmunir eru aðrir. Þá má benda á að skerðing á staðfesturétti væri mun takmarkaðri í tilfalli Magma Energy Sweden AB heldur en var í *Centros*-málinu. Með háttsemi sinni er Magma Energy Corp ekki að reyna að komast framhjá reglum íslensks réttar um stofnsetningu fyrirtækja, heldur að reyna að sneiða hjá ákvæðum íslenskra laga sem takmarka möguleika fyrirtækja utan EES-svæðisins til að fjárfesta í fyrirtækjum í orkudreifingu og orkuvinnslu. Ennfremur er ljóst að ekki er alfarið komið í veg fyrir staðfesturétt hins sænska aðila hér á landi, eins og um var að ræða hjá *Centros* fyrirtækinu. Fyrirtækinu væri t.d. vafalaust heimilt að fjárfesta á öðrum sviðum, til dæmis í orkurannsóknnum hér á landi. Við mat á því hvort takmörkun á staðfesturétti Magma Energy Sweden AB væri lögmæt yrði litið til þess hvort henni væri ætlað að vernda lögmæta hagsmuni, hvort hún væri til þess fallin að stuðla að þeirri vernd eða hvort vægari úrræði væru möguleg og þar með hvort gengið væri lengra en nauðsyn krefur.<sup>191</sup>

---

<sup>191</sup> Þýsk stjórnvöld hafa nýverið gert breytingar á gildandi lögum um viðskipti við þriðju ríki sem fela í sér frekari takmarkanir á fjárfestingum, svonefnd Aussenwirtschaftsgesetz AWG. Lögin fela í sér að tilkynna þarf allar beinar og óbeinar fjárfestingar aðila frá þriðju ríkjum sem ógna almannahagsmunum og öryggi. Að því leyti svipar þeim til ákvæða 12. gr. fjárfestingarlaganna. Í lögnum er ákvæði sem ætlað er að bregðast við sniðgöngu.

## 6 Hlutverk og heimildir stjórnvalda og möguleikar til endurskoðunar stjórnvaldsákvarðana

### 6.1 Hlutverk stjórnvalda samkvæmt lögum um fjárfestingu erlendra aðila í atvinnurekstri

Málefni er varða fjárfestingar erlendra aðila í atvinnurekstri eru á verkefnasviði efnahags- og viðskiptaráðherra.<sup>192</sup> Samkvæmt 11. gr. fjárfestingarlaganna nr. 34/1991 annast hann eftirlit með framkvæmd þeirra að svo miklu leyti sem tiltekið eftirlit er ekki samkvæmt ákvæðum laganna falið öðrum. Um hlutverk nefndar um erlenda fjárfestingu er fjallað í 1. mgr. 12. gr. fjárfestingarlaganna. Segir þar meðal annars að nefndin skuli fylgjast með að ákvæðum 4. gr. laganna um takmarkanir á fjárfestingu erlendra aðila í atvinnurekstri sé framfylgt. Í 5. gr. laganna er nánar fjallað um það með hvaða hætti nefndin skal sinna þessu eftirliti.

Í fjárfestingarlögunum er kveðið á um skyldu til að tilkynna ráðherra alla erlenda fjárfestingu jafnskjótt og samningur eða ákvarðanir þar að lútandi liggja fyrir. Tilkynningarskyldan tekur bæði til fjárfestingar erlends aðila í atvinnufyrirtæki sem hann hefur ekki átt í áður og viðbótarfjárfestingar í slíku fyrirtæki, sbr. 7. gr. Ráðherra hefur rétt til upplýsingaöflunar og athugana vegna fjárfestingar erlendra aðila en jafnframt er honum heimilt að fela ríkisstofnun að annast slíka upplýsingaöflun og athuganir.

Í 5. gr. laganna er kveðið nánar á um málsmeðferð þeirra mála sem kunna að varða takmarkanir þær við erlendri fjárfestingu sem kveðið er á um í 4. gr. laganna. Þar er gert ráð fyrir að í kjölfar tilkynningar til ráðherra og gagnaöflunar skuli ráðuneytið senda þau gögn sem það hefur um hlutaðeigandi lögaðila til nefndar um erlenda fjárfestingu sem meti hvort gengið sé gegn ákvæðum 4. gr. laganna. Getur nefndin einnig að eigin frumkvæði aflað frekari gagna til skýringar máli. Nefndin skal skila ráðherra álitu innan fjögurra vikna frá því að málefni berst henni.

Í 2. mgr. 5. gr. er kveðið á um afleiðingar þess ef nefnd um erlenda fjárfestingu kemst að þeirri niðurstöðu að fjárfesting gangi gegn ákvæðum 4. gr. Skal þá ráðherra með úrskurði skylda hlutaðeigandi lögaðila til að selja þann eignarhlut sem ekki er samræmanlegur ákvæðum greinarinnar. Miðað við þessi ákvæði virðist ekki gert ráð fyrir að ráðherra geti endurskoðað slíka niðurstöðu nefndar um erlenda fjárfestingu. Ummæli í athugasemdum frumvarps þess er varð að lögum nr. 46/1996 og breyttu meðal annars 5. gr. styðja þessa niðurstöðu en þar segir: „Ef nefndin kemst að þeirri niðurstöðu að brotið sé gegn ákvæðum [...] 4. gr. skal aðili skyldugur að selja hlut sinn innan fjögurra vikna.“<sup>193</sup> Sú málsmeðferð sem löggin mæla fyrir um leiðir því til þeirrar ályktunar að álit nefndar um erlenda fjárfestingu sé bindandi fyrir ráðherra, a.m.k. ef það felur í sér niðurstöðu um að sú fjárfesting sem um er fjallað brjóti í bága við 4. gr. Þetta leiðir af orðalaginu að ráðherra *skuli* úrskurða um skyldu hlutaðeigandi lögaðila til að selja þann eignarhluta sem ekki samræmist lögnum. Engin ákvæði eru í lögnum um það hver staða ráðherrans

<sup>192</sup> Sbr. 4. tölul. 13. gr. reglugerðar um Stjórnarráð Íslands nr. 177/2007, með síðari breytingum.

<sup>193</sup> 120. lþ. 254. mál, þskj. 425, athugasemdir við 2. gr.

sé í tilvikum þegar nefndin telur að fjárfesting brjóti *ekki* í bága við 4. gr. Ekki virðist gert ráð fyrir að hann úrskurði sérstaklega um málið ef sú er niðurstaðan. Það er því óljóst hvort ráðherra geti tekið ákvörðun sem gengur gegn álitni nefndarinnar í þeim tilvikum. Líkur eru til að hann hafi ekki slíka heimild, sbr. þó heimildir 2. mgr. 12. gr. laganna en um þær verður fjallað í kafla 6.3.

Í því máli sem hér er fjallað um virðast stjórnvöld hafa litið svo á að álit nefndar um erlenda fjárfestingu, annars vegar frá 22. mars 2010 og hins vegar frá 7. júlí 2010, fælu í sér endanlega úrlausn á stjórnslustigi. Efnahags- og viðskiptaráðherra brást ekki við álitum nefndarinnar með því að úrskurða sérstaklega. Það má því segja að niðurstaða nefndar um erlenda fjárfestingu hafi hér sömu réttaráhrif og stjórnvaldsákvörðun enda þótt hún sé sett fram í formi *álits*.<sup>194</sup> Þetta skiptir máli við mat á því hvaða möguleika stjórnvöld hafa til endurskoðunar ákvörðunarinnar. Með hliðsjón af framangreindu verður hér gengið út frá því að ákvæði stjórnslulaga nr. 37/1993 eigi við um þetta atriði.

## 6.2 Endurupptaka og afturköllun

### 6.2.1 Endurupptaka

Um heimild til endurupptöku máls er fjallað í 24. gr. stjórnslulaga nr. 37/1993. Samkvæmt ákvæðinu er heimildin bundin því skilyrði að beiðni um það komi frá aðila máls. Stjórnvöld geta því ekki á grundvelli þessa ákvæðis ákveðið að eigin frumkvæði að taka upp fyrri ákvarðanir sínar. Á sama hátt getur æðra stjórnvald ekki gefið lægra settu stjórnvaldi fyrirmæli um slíka endurupptöku.<sup>195</sup> Ákvæði 24. gr. stjórnslulaga veita því íslenskum stjórnvöldum ekki heimild til að taka mál Magma Energy upp að nýju að eigin frumkvæði.

### 6.2.2 Afturköllun

Í vissum tilvikum geta stjórnvöld afturkallað fyrri ákvarðanir sínar. Með afturköllun er í stjórnslurétti átt við það þegar stjórnvald tekur að eigin frumkvæði aftur lögmeta ákvörðun sína sem þegar hefur verið birt.<sup>196</sup> Ákvörðun um afturköllun er stjórnvaldsákvörðun og þarf því að haga málsmeðferð eftir almennum reglum stjórnsluréttarins. Ákvörðun um afturköllun getur í fyrsta lagi byggst á *sérstökum lagaákvæðum*, til dæmis er í 20. gr. laga nr. 57/1998 um rannsóknir og nýtingu á auðlindum í jörðu kveðið á um heimild iðnaðarráðherra til að afturkalla rannsóknar- eða nýtingarleyfi ef skilyrðum þeirra er ekki fullnægt eða ef bú leyfishafa er tekið til gjaldþrotaskipta eða hann leitar nauðasamninga. Í fjárfestingarlögum er ekki að finna sérstaka heimild til afturköllunar ákvörðunar samkvæmt þeim lögum. Í öðru lagi er í 25. gr. stjórnslulaga lögfest *almenn heimild* stjórnvalda til að afturkalla eigin stjórnvaldsákvæðanir að uppfylltum tilteknum skilyrðum eins og nánar verður vikið að hér á eftir. Í þriðja lagi hefur verið gengið út frá því að heimild til afturköllunar geti byggst á almennri *óskeráðri meginreglu*. Reglan byggir á því sjónarmiði að í einstaka tilvikum geti mál þróast með þeim hætti að ákvörðun sem tekin hefur verið reynist

<sup>194</sup> Um skýringu hugtaksins stjórnvaldsákvörðun sjá Páll Hreinsson: *Hæfisreglur stjórnslulaga*. Reykjavík 2005, bls. 135–169. Niðurstaða Páls er að stjórnvaldsákvörðun megi skilgreina á svofelldan hátt: „Stjórnvaldsákvörðun er ákvörðun sem tekin er í skjóli stjórnsluvalds og er beint milliliðalaust út á við að tilteknum aðila eða aðilum og með henni er kveðið á bindandi hátt um rétt eða skyldur þeirra í ákveðnu og fyrirliggjandi máli.“

<sup>195</sup> Sjá hér t.d. álit umboðsmanns Alþingis í málum nr. 5617/2009 og 2868/1999.

<sup>196</sup> Sjá hér álit umboðsmanns Alþingis frá 27. nóvember 1992 í máli 436/1991.

svo óheppileg að það verði að vera mögulegt að taka hana aftur jafnvel þótt ekki sé sérstaklega kveðið á um það í lögum.

#### *Heimild 25. gr. stjórnsýslulaga til afturköllunar*

Samkvæmt 25. gr. stjórnsýslulaga getur stjórnvald að eigin frumkvæði afturkallað ákvörðun sína sem tilkynnt hefur verið aðila máls við tvenns konar aðstæður. Annars vegar þegar það er ekki til tjóns fyrir aðila og hins vegar þegar ákvörðun er ógildanleg. Í því máli sem hér er til umfjöllunar er óhætt að ganga út frá því að afturköllun yrði til tjóns fyrir aðila málsins og því er ekki fyrir hendi sá möguleiki að beita 1. tölul. 25. gr. stjórnsýslulaga. Þá verður næst fyrir að skýra nánar hvað felst í því að ákvörðun sé ógildanleg. Í því sambandi hefur verið gengið út frá því að þrjú skilyrði þurfi að vera fyrir hendi. Í fyrsta lagi að ákvörðunin sé haldin annmarka að lögum, í öðru lagi að annmarkinn geti talist verulegur og í þriðja lagi að veigamikil rök mæli ekki gegn því að ákvörðunin sé ógilt.<sup>197</sup>

Annmarki á stjórnvaldsákvörðun getur lotið að því að brotið hafi verið í bága við formreglur (til dæmis málsmeðferðarreglur) við töku ákvörðunarinnar. Þetta er kallað formannmarki. Ef hins vegar hefur verið brotið gegn efnisreglum sem gilda um það svið sem ákvörðunin varðar er talað um efnisannmarka. Undir efnisannmarka fellur einnig ef ákvörðun brýtur gegn t.d. jafnræðisreglu og meðalhófsreglu. Efnisannmarkar eru yfirleitt taldir vera verulegir en það á ekki alltaf við um formannmarka. Meðal þeirra atriða sem mælt geta gegn því að ógilda ákvörðun eru réttmætar væntingar málsaðila, góð trú hans og réttaröryggi. Þá mælir það almennt á móti ógildingu ákvörðunar ef eingöngu er um að kenna mistökum stjórnvalds eða langt er um liðið síðan ívilnandi ákvörðun var tekin. Einnig þarf að horfa til þess að almennt þarf mun meira til að koma svo að ívilnandi ákvörðun verði talin ógildanleg heldur en íþyngjandi ákvörðun.<sup>198</sup>

Þegar atvik máls Magma Energy vegna kaupa á eignarhlutum í HS Orku hf eru skoðuð í ljósi þessara sjónarmiða vaknar fyrst sú spurning hvort hægt sé að staðhæfa að ákvörðun sú sem fólst í álitni nefndar um erlenda fjárfestingu sé haldin verulegum annmarka. Kemur þá fyrst og fremst til skoðunar hvort efnislegur annmarki sé á ákvörðuninni. Í því sambandi verður að hafa í huga að enda þótt nefnd um erlenda fjárfestingu hefði getað rökstutt þá niðurstöðu að hafna fjárfestingu Magma í HS Orku hf á þeirri forsendu að réttaróvissa sé uppi um það hvernig beita beri ákvæðum 2. tölul. 4. gr. fjárfestingarlaganna í tilviki eins og þessu og að almannahagsmunir krefjist þess, þá horfir málið talsvert öðruvísi við nú þegar sú ákvörðun sem nefndin tók liggur fyrir. Ekki liggur fyrir óyggjandi niðurstaða um að sú niðurstaða sé röng þótt hér hafi verið bent á að vafi kunní að leika á um það. Af þessu leiðir að tæplega er hægt að *slá því föstu* að ákvörðunin sé haldin verulegum efnisannmarka sem réttlætt geti afturköllun á grundvelli 2. tölul. 25. gr. stjórnsýslulaga.

#### *Afturköllun á ólögfestum grundvelli*

Lítið hefur verið fjallað um afturköllun á ólögfestum grundvelli í íslenskum lögfræðiritum og fá dæmi eru til að styðjast við. Um þetta efni hefur hins vegar gjarnan verið litið til dansks réttar.

Niðurstaða um það hvort heimild sé til afturköllunar á ólögfestum grundvelli byggir á heildarmati á fjölmörgum þáttum. Tvö meginsjónarmið eru þar í forgrunni. Annars vegar tillit til hagsmuna aðila og réttmætra væntinga hans um að upphafleg ákvörðun stjórnvaldsins standi og

<sup>197</sup> Sjá hér t.d. Páll Hreinsson: Stjórnsýslulögin, skýringarrit. Reykjavík 1994, bls. 248.

<sup>198</sup> Páll Hreinsson: Stjórnsýslulögin, bls. 248.

hins vegar tillit til þeirra hagsmuna, venjulega almannahagsmuna, sem mæla með því að ákvörðunin sé afturkölluð.<sup>199</sup>

Afturköllunarástæður eru gjarnan flokkaðar með tilliti til þess hversu mikið vægi þær hafa í heildarmatinu. Í fyrsta flokki eru ástæður sem taldar eru sérstaklega mikilvægar, svokallaðar sterkar afturköllunarástæður. Þetta eru ástæður sem varða líf, heilbrigði og velferð manna, öryggi ríkisins og það að stemma stigu við lögbrotum. Ástæður á borð við þessar veiga þungt við mat á því hvort heimilt sé að afturkalla ákvörðun og veiga þyngra en gagnstæð sjónarmið sem varða hagsmuni aðila málsins. Í annan flokk falla ástæður sem kallaðar eru veikar afturköllunarástæður en í flestum tilvikum duga þær ekki til að réttlæta afturköllun sem er til tjóns fyrir aðila máls. Ástæður sem felldar hafa verið í þennan flokk eru t.d. tillit til efnahags ríkisins og viðleitni í þá átt að tryggja samræmi í stjórnsýsluframkvæmd. Þriðji flokkurinn hefur að geyma ástæður sem hvorki teljast sterkar né veikar. Sem dæmi hafa verið nefndir hagsmunir tengdir utanríkisstefnu landsins, hagsmunir annarra einstaklinga, til dæmis varðandi umhverfi eða fjárhagsmálefni, sem ákvörðunin hefur áhrif á sem og félagsleg verndarsjónarmið almennt. Einnig tilheyra þessum flokki hagsmunir sem teljast mikilvægir samkvæmt þeirri löggjöf sem ákvörðunin byggist á. Ástæður sem felldar eru í þriðja flokk geta stundum réttlætt afturköllun. Lögð skal áhersla á að þessi flokkun afturköllunarástæðna er ekki einhlít. Það ræðst ávallt af heildarmati á atvikum hvers máls hvort afturköllun verður talin heimil á ólögfestum grundvelli.

Fleiri sjónarmið geta haft áhrif á mat um það hvort afturköllun sé heimil. Það getur t.d. mælt með afturköllun ákvörðunar ef nýjar upplýsingar liggja fyrir um málið sem hefðu getað haft áhrif á niðurstöðu þess þegar ákvörðunin var tekin. Ef stjórnvald óskar hins vegar eftir að afturkalla ákvörðun vegna þess að það lítur öðrum augum á staðreyndir málsins, þ.e. metur þær öðruvísi en gert var þegar ákvörðunin var tekin, er meginreglan sú að afturköllun sé ekki heimil á þeim grunni. Í slíkum tilvikum þyrfti mjög veigamiklar afturköllunarástæður til að réttlæta afturköllun. Það hefur einnig þýðingu hversu íþyngjandi afturköllunin er fyrir aðila máls og hvort stjórnvald hafði möguleika til að taka afstöðu til afturköllunarástæðunnar þegar ákvörðunin var tekin.

Sú spurning kann að vakna hvort stjórnvöld geti öðlast rýmri heimildir til afturköllunar í ólögfestum tilvikum ef þau greiða aðila bætur þannig að honum sé bætt allt það tjón sem af afturkölluninni hlýst. Ekki virðist hafa reynt á slíkt tilvik í íslenskum rétti svo þeirri spurningu er ósvarað.

Af framangreindu er ljóst að erfitt er að draga almennar ályktanir um heimildir til afturköllunar á ólögfestum grundvelli. Hafi íslensk stjórnvöld hug á því að grípa til ráðstafana til að stöðva eða ógilda viðskipti Magma Energy á eignarhlutum í HS Orku hf er rökrétt að tekið sé til skoðunar hvort heimilt kunni að vera að afturkalla þær ákvarðanir sem fólust í álitum nefndar um erlenda fjárfestingu, dags. 22. mars og 7. júlí 2010. Að mati nefndar um orku- og auðlindamál yrði það ekki gert á grundvelli 25. gr. stjórnsýslulaga. Því yrði að kanna hvort mögulegt væri að grípa til afturköllunar á ólögfestum grundvelli. Leggja verður áherslu á að mat á því hvort slík heimild sé fyrir hendi yrði að byggjast á heildarmati á aðstæðum og atvikum málsins með hliðsjón af þeim sjónarmiðum sem reifuð eru hér að framan. Í því mati verður að veiga saman þá hagsmuni sem í húfi eru. Einnig ber að hafa í huga að meðalhófsregla stjórnsýsluréttar gerir kröfu til þess að áður en ákveðið er að beita íþyngjandi úrræði eins og afturköllun sé ígrundað hvort unnt sé að ná því markmiði sem að er stefnt með vægara móti.

<sup>199</sup> Revsbech, Karsten: Tilbagekaldelse og ændring af forvaltningsafgørelser. Í: Garde, Jens o.fl.: *Forvaltningsret. Almindelige emner*. 5. útg. Kaupmannahöfn 2009, bls. 500. Umfjöllunin hér um afturköllunarástæður er byggð á þessum bókarkafli Revsbech.

### 6.3 Viðbrögð við sérstökum og alvarlegum aðstæðum

Í fjárfestingarlögum er sérstök heimild fyrir ráðherra til þess að bregðast við alvarlegum og óvenjulegum aðstæðum sem skapast gætu vegna erlendra fjárfestinga. Upphaflega var heimild þessi í 10. gr. laganna og þá í nokkuð annarri mynd en síðar varð, en þar sagði að viðskipta-ráðherra gæti gripið inn í ef nefnd um erlenda fjárfestingu teldi að:

tiltekin erlend fjárfesting [ógnaði] öryggi landsins, [skerti] verulega samkeppni fyrirtækja í viðkomandi atvinnugrein eða [væri] á annan hátt til þess fallin að hafa óæskileg áhrif á atvinnulíf í landinu.<sup>200</sup>

Ákvæðinu var ætlað að vera öryggisventill í tilviki fjárfestinga erlendra aðila sem hvorki væri að lögum bönnuð né háð leyfi en þætti hættuleg eða óæskileg.<sup>201</sup> Í athugasemdum með frumvarpi því er varð að lögum nr. 34/1991 kemur fram að löggjafinn hafði bæði innra og ytra öryggi landsins í huga án þess að skilgreint sé nánar eðli þeirrar ógnar sem um gæti verið að ræða. Þó er tilgreint að með „verulegri skerðingu á samkeppni fyrirtækja“ sé fyrst og fremst haft í huga tilvik sem ætla megi að ganga myndi þvert á löggjöf um auðhringa og hringamyndanir, eins og slíkri löggjöf sé háttað í nágrannaríkjum. Reynslan verði að skera úr um hvaða tilvik kunni á hinn bóginn að falla undir það „að hafa óæskileg áhrif á atvinnulíf í landinu“. Lögð er áhersla á að hér sé aðeins um varúðarákvæði að ræða og ákvörðun um hvort að skilyrði til beitingar þess séu fyrir hendi hljóti alltaf að vera háð mati.<sup>202</sup>

Með 6. gr. laga nr. 46/1996 sem breyttu fjárfestingarlögum var 2. mgr. 12. gr. lögfest í núverandi mynd og er hún svohljóðandi:

Nú telur ráðherra að tiltekin erlend fjárfesting ógni öryggi landsins eða gangi gegn allsherjarreglu, almannaöryggi eða almannaheilbrigði eða ef upp koma alvarlegir efnahagslegir, þjóðfélagslegir eða umhverfislegir erfiðleikar í sérstökum atvinnugreinum eða á sérstökum svæðum, sem líklegt er að verði viðvarandi, og getur hann þá stöðvað slíka fjárfestingu, enda kunngjöri hann ákvörðun sína innan átta vikna frá því að honum berst tilkynning um hlutaðeigandi fjárfestingu, sbr. 7. gr. Áður en slík ákvörðun er tekin skal ráðherra leita álits nefndar um erlenda fjárfestingu. Þegar um er að ræða fjárfestingu aðila frá ríki innan Evrópska efnahagssvæðisins skal gætt ákvæða 112. og 113. gr. sammingsins um Evrópska efnahagssvæðið, sbr. lög nr. 2/1993. Þegar um er að ræða fjárfestingu frá aðila aðildarríkis stofnsammings Fríverslunarsamtaka Evrópu skal gætt ákvæða 40. og 41. gr. í stofnsamningnum.<sup>203</sup>

Breytingin fól í sér að ákvæðið um samkeppnishindranir var tekið út enda hafði því lagasviði verið gerð skil í samkeppnislögum. Á hinn bóginn var sérstök áhersla lögð á heimild til að bregðast við ef upp kæmi einhvers konar neyðarástand eða sú aðstaða að grundvallarþáttum samfélagsins stafaði alvarleg ógn af erlendra fjárfestingu. Hvað um gæti verið að ræða er ekki skilgreint öðru vísi en með orðalagi ákvæðisins en af því er ljóst að þessari lagaheimild verður ekki beitt nema mjög alvarleg staða komi upp og jafnframt að þeir erfiðleikar sem nefndir eru í ákvæðinu séu líklegir til að verða viðvarandi ef ekki yrði brugðist við.

<sup>200</sup> 113. lþ. 1990, 320. mál, þskj. 1029, sbr. 977, 10. gr.

<sup>201</sup> Í 4. gr. var þá eins og nú fjallað um takmarkanir á fjárfestingu erlendra aðila í tilteknum atvinnurekstri, meðal annars í fyrirtækjum sem stunduðu orkuvinnslu og orkudreifingu, sbr. þágildandi 3. tölulið 4. gr.

<sup>202</sup> 113. lþ. 1990, 320. mál, þskj. 565, athugasemd við 10. gr.

<sup>203</sup> Ákvæði 2. mgr. 12. gr. laga nr. 34/1991 eins og því var breytt með lögum nr. 46/1996.

Það er á valdi ráðherra að grípa inn í komi framangreind staða upp. Þessi málaflokkur er í dag á forræði efnahags- og viðskiptaráðherra. Hann getur því stöðvað erlenda fjárfestingu meti hann það svo að einhverjar þær aðstæður séu fyrir hendi sem ákvæðið fjallar um. Framangreind breyting á ákvæðinu laut einnig að því að frumkvæðið að beitingu heimildarinnar var fært til ráðherra frá nefnd um erlenda fjárfestingu, enda þótt honum beri áfram að leita áhlits nefndarinnar. Verður því að skilja ákvæðið svo að ráðherra sé óbundinn af álitni nefndarinnar þegar heimild samkvæmt 2. mgr. 12. gr. er beitt.<sup>204</sup>

Ákvörðun ráðherra myndi byggja á frjálsum mati hans sem hann ber pólitíska og lagalega ábyrgð á. Ljóst er að einungis getur verið réttlætanlegt að beita því við sérstakar og alvarlegar aðstæður og að ráðherra verður að rökstyðja að skilyrði séu til þeirra viðbragða sem hann ákveður.

Ráðherra er skylt að upplýsa viðkomandi hagsmunaaðila um ákvörðunina og eru honum þar sett tímamörk, þ.e. innan átta vikna frá því að honum barst tilkynning um hlutaðeigandi fjárfestingu.

Þegar um er að ræða fjárfestingu aðila frá ríki innan Evrópska efnahagssvæðisins og um er að ræða tilvik sem lýst er í 112. gr. EES samningsins ber einnig sérstaklega að tilkynna hinum samningsaðilunum slíka ákvörðun fyrir milligöngu sameiginlegu EES-nefndarinnar, samkvæmt 113. gr. samningsins um Evrópska efnahagssvæðið, sbr. lög nr. 2/1993. Þar er einnig svo um mælt að ákvörðunin gildi gagnvart öllum samningsaðilum og að þeir skuli tafarlaust bera saman ráð sín, komi slík staða upp, í sameiginlegu EES-nefndinni með það fyrir augum að finna viðunandi lausn fyrir alla aðila. Samkvæmt 3. mgr. 113. gr. samningsins má ekki grípa til öryggisráðstafana fyrr en að liðnum einum mánuði frá dagsetningu tilkynningarinnar til sameiginlegu EES-nefndarinnar. Frá því eru þó tilteknar tvær undantekningar, annars vegar að samráð hafi þegar átt sér stað áður en umræddur frestur var liðinn. Hins vegar að hinar óvenjulegu aðstæður séu þess eðlis að þær krefjist tafarlausra aðgerða og að könnun fyrirfram sé því ekki möguleg. Í slíku tilviki er hlutaðeigandi samningsaðila heimilt að grípa strax til þeirra „verndarráðstafana sem bráðnauðsynlegar teljast til þess að ráða bót á ástandinu“.

Það að sú ákvörðun sem tekin er skuli gilda „gagnvart öllum samningsaðilum“ undirstrikar jafnræðisregluna sem er ein af meginstöðum Evrópuréttar. Það er þó ljóst að gera má ráð fyrir að hvatinn að þeirri ákvörðun sem ráðherra kynni að taka væri einstök fjárfesting, sbr. orðalag 2. mgr. 12. gr. fjárfestingarlaga „tiltekin erlend fjárfesting“. En leggja ber á það áherslu að slík fjárfesting verður að vera þess eðlis að hún þyki hafa víðtækar og alvarlegar afleiðingar.

Vísað er í ákvæðinu til 112. gr. EES-samningsins. Orðlag 1. mgr. þeirrar greinar er efnislega sambærilegt 2. mgr. 12. gr. fjárfestingarlaga:

Ef upp eru að koma alvarlegir efnahagslegir, þjóðfélagslegir eða umhverfislegir erfiðleikar í sérstökum atvinnugreinum eða á sérstökum svæðum, sem líklegt er að verði viðvarandi, getur samningsaðili gripið einhliða til viðeigandi ráðstafana með þeim skilyrðum og á þann hátt sem mælt er fyrir um í 113. gr.

Í 2. mgr. 112. gr. EES-samningsins er sett það skilyrði að slíkar öryggisráðstafanir skuli vera takmarkaðar, að því er umfang og gildistíma varðar, við ráðstafanir sem talist geti bráðnauðsynlegar til þess að ráða bót á ástandinu. Þá skuli leitast við að velja ráðstafanir sem raski sem minnst framkvæmd samningsins. Á þessu er hnykkt frekar í 114. gr. samningsins auk þess sem

<sup>204</sup> 120. lþ. 1995, 254. mál, þskj. 425, athugasemd við 6. gr.



meginreglan um jafnræði samningsaðilanna er ítrekuð. Ennfremur getur sérhver samningsaðilanna farið fram á endurskoðun hvenær sem er, sbr. síðari málslið 5. mgr. 113. gr. samningsins.

Í athugasemdum við 112. gr. EES-samningsins í frumvarpi því er varð að lögum nr. 2/1993 segir að samkomulag hafi náðst um að hafa í samningnum almennt öryggisákvæði sem samningsaðilarnir gætu beitt einhliða ef á þyrfti að halda, til viðbótar við sérstakar öryggisráðstafanir sem víða sé einnig að finna á samningssviðinu og heimilt sé að beita samkvæmt sérstökum reglum.<sup>205</sup> Í sömu athugasemd kemur einnig fram að ríkisstjórn Íslands hafi lagt fram yfirlýsingu með EES-samningnum um beitingu öryggisráðstafana samkvæmt 112. gr. hans. Þar segi að Ísland geti í samræmi við skyldur sínar samkvæmt samningnum gripið til öryggisráðstafana, einkum ef alvarleg röskun verður á vinnumarkaði vegna meiriháttar flutninga starfsfólks sem beinast að sérstökum svæðum, störfum eða atvinnugreinum eða ef alvarleg röskun kemur upp á fasteignamarkaði.

Eins og áður sagði er það á valdi ráðherra að meta það<sup>206</sup> hvort erlend fjárfesting ógni öryggi landsins eða gangi gegn allsherjarreglu, almannaöryggi eða almannaheilbrigði til langs tíma eða hvort upp eru komnir alvarlegir efnahagslegir, þjóðfélagslegir eða umhverfislegir erfiðleikar í sérstökum atvinnugreinum eða á sérstökum svæðum, sem líklegt er að verði viðvarandi. Slíkt mat er vandasamt og hefur einnig áhrif á þann eða þá fjárfestingaraðila sem um ræðir. Orkumál þjóðar varða vissulega almannaöryggi, en vart verður því haldið fram án frekari raka að erlent eignarhald eitt og sér sé ógn við almannaöryggi í skilningi þessa ákvæðis. Á hinn bóginn má færa rök fyrir því að þeir miklu efnahagslegu erfiðleikar sem dunið hafa yfir íslenskt þjóðfélag geri aðstæður sem tengjast orkuauðlindum sérstaklega viðkvæmar. Einnig er ljóst að þessir erfiðleikar eru ekki skammvinnir. Þjóð í miklum fjárhagserfiðleikum er sérstaklega viðkvæm fyrir ásælni utanaðkomandi aðila sem hafa fjármagn. Andlag þeirrar fjárfestingar sem hér er til skoðunar er nýting orkuauðlinda. Starfsemin hefur verið einkavædd en það hefur veruleg áhrif á markaðsverð hennar. Fjárhagsstaða þjóðarbúsins er slæm og virðist ríkisvaldið ekki hafa bolmagn til að keppa við fjársterkan erlendan aðila um kaupin á frjálsum markaði. Það sama virðist gilda um innlenda fjárfesta en um þetta hefur nefndin ekki óyggjandi heimildir. Það er ekki verkefni nefndar um orku- og auðlindamál að endurskoða ákvarðanir stjórnvalda í máli Magma Energy. Það liggur fyrir að efnahags- og viðskiptaráðherra beitti ekki heimild 2. mgr. 12. gr. fjárfestingarlaga í því skyni að stöðva kaup Magma Energy á eignarhlutum í HS Orku hf. Nefndin hefur ekki gögn eða upplýsingar um það hvort ráðherra íhugaði að fara þessa leið og þá hvaða mat hann lagði á stöðu málsins í því sambandi.

Ljóst er að ekki verður gripið til aðgerða á grundvelli 2. mgr. 12. gr. nú þar sem tímafrestir samkvæmt ákvæðinu eru löngu liðnir. Ítrekað skal að heimildir ákvæðisins lúta einungis að eins konar neyðarréttarlegum viðbrögðum. Ef frá eru taldar þær hamfarir sem fjárhagskerfi þjóðarinnar varð fyrir verður ekki séð að rök séu fyrir því að telja skilyrði fyrir beitingu stöðvunarréttar samkvæmt ákvæðinu hafa verið fyrir hendi.

---

<sup>205</sup> 116. lþ. 1992, 1. mál, þskj. 1, athugasemd við 112. gr. EES-samningsins. Sambærilegt ákvæði mun vera í samþykkt OECD um afnám hafta á fjármagnsflutningum, sbr. 120. lþ. 1995, 254. mál, þskj. 425, athugasemd við 6. gr.

<sup>206</sup> Ríki ber þó að tilkynna fyrirætlun sína um að beita ákvæðinu til sameiginlegu EES nefndarinnar, sé um aðildarríki samningsins að ræða.

## 7 Samantekt og niðurstöður

### 7.1 Inngangur

Hinn 27. júlí 2010 lýsti ríkisstjórn Íslands því yfir að forsætisráðherra hefði í hyggju að skipa nefnd óháðra sérfræðinga til „að meta lögmæti kaupa fyrirtækisins Magma Energy á eignarhlutum í HS Orku og starfsumhverfi orkugeirans hér á landi“. Nefndin var sett á fót og hefur gengið undir starfsheitinu „nefnd um orku- og auðlindamál“. Í erindisbréfi segir að nefndin skuli vinna óháða úttekt og greiningu á þremur lykilsurningum og þáttum. Fyrsti þátturinn varðar kaup Magma Energy á eignarhlutum í HS Orku hf í gegnum dótturfélag í Svíþjóð. Annar þátturinn beinist að einkavæðingu hlutar ríkisins í Hitaveitu Suðurnesja og tengdum atriðum og sá þriðji að starfsumhverfi orkugeirans. Með skýrslu þessari lýkur nefndin fyrsta hluta verkefnisins.

Að því er varðar fyrsta þáttinn eru í erindisbréfi nefndarinnar skilgreind nokkur álitæfni sem henni er ætlað að fjalla um. Lúta þau annars vegar að því að kaupandi eignarhlutanna í HS Orku hf er erlendur fjárfestir og hins vegar varða þau andlag kaupanna, en sérstakar takmarkanir eru í íslenskum lögum á því að erlendir aðilar geti átt virkjunarréttindi og orkufyrirtæki hér á landi.<sup>207</sup>

Nefndinni var ætlaður mjög knappur tími til verksins sem er margþætt og kemur inn á lögfræðileg álitæfni þar sem skýrar greiningar og niðurstöður dómstóla liggja ekki fyrir. Þá er nefndin verkefnanefnd og hefur ekki sérstakar rannsóknarheimildir. Óhjákvæmilegt er að þessara atriða gæti að einhverju marki í verkinu.

### 7.2 Stjórnskipuleg staða nefndarinnar og viðfangsefni hennar

Gagnrýnt hefur verið að nefnd um orku- og auðlindamál hafi verið skipuð til þess að fara yfir mál sem þingskipuð nefnd hefur þegar afgreitt. Er þar vísað til nefndar um erlenda fjárfestingu sem starfar samkvæmt 1. mgr. 12. gr. laga nr. 34/1991 um fjárfestingu erlendra aðila í atvinnurekstri (fjárfestingarlaganna). Sú nefnd hefur lögbundið hlutverk og eru álit hennar um það hvort fjárfestingar samrýmist 4. gr. laganna taldar fela í sér bindandi niðurstöðu fyrir ráðherra. Í því tilviki sem hér er fjallað um er ljóst að stjórnvöld litu svo á að álit nefndar um erlenda fjárfestingu væri endanleg niðurstaða málsins og greip ráðherra ekki til sérstakra ráðstafana á grundvelli fjárfestingarlaganna í kjölfar hennar. Ákvörðun nefndarinnar verður þar af leiðandi ekki breytt nema samkvæmt reglum um afturköllun eða ógildingu stjórnvaldsákvæðana.

Sú nefnd sem hér skilar álitum hefur enga stjórnskipulega stöðu eða valdheimild til að skera úr um gildi stjórnvaldsákvæðana. Það verkefni sem henni hefur verið falið er á hinn bóginn að greina þau viðskipti sem mál þetta fjallar um og meta sjálfstætt þau álitæfni sem þar voru uppi. Nefndin hefur kosið að gera þetta á þann hátt að lýsa málsatvikum eins og henni er mögulegt og draga síðan fram og fjalla um þau álitæfni sem hún telur að skipti máli. Haft er sérstaklega í huga að andlag þeirra kaupa sem um er rætt er fyrirtæki í orkuvinnslu og meðfylgjandi réttur til

<sup>207</sup> Nánar er fjallað um afmörkun verkefnisins í kafla 1.3.

nýtingar orkuauðlinda. Hér er um lögfræðilega greiningu að ræða og jafnframt hefur nefndin sérstaklega tekið til skoðunar þá hagsmuni sem í húfi eru fyrir samfélagið allt. Í samræmi við erindisbréf nefndarinnar eru hér á eftir reifaðir nokkrir möguleikar stjórnvalda til viðbragða. Nefndin telur sig hins vegar ekki bæra til að mæla beinlínis fyrir um aðgerðir. Það er stjórnvalda einna, og eftir atvikum löggjafans, að meta hvort greiningar nefndarinnar gefi tilefni til þess að gripið verði til einhverra ráðstafana. Það er skýr og sameiginleg niðurstaða nefndarinnar að vissum spurningum þessa máls verði ekki svarað með ótvíræðum hætti nema fyrir dómstólum. Að því er varðar lagaumhverfi orkuauðlinda og orkuvinnslu er það komið undir stjórn mála- mönnum að taka ákvarðanir um framtíðarskipan þess, meðal annars um það hvort aðgengi erlendra fjárfesta verði áfram háð takmörkunum og þá með hvaða hætti.

### 7.3 Atvik málsins og álitæfni sem þeim tengjast

Skipun nefndar um orku- og auðlindamál á rót sína að rekja til deilu í samfélaginu um lögmæti erlendar fjárfestingar í orkuvinnslu hér á landi. Um er að ræða fimm samninga þar sem seldir voru nær allir eignarhlutir í HS Orku hf í Reykjanesbæ, en það félag varð til við skiptingu Hitaveitu Suðurnesja hf í tvö félög, HS Orku hf og HS Veitur hf. Kaupandi hlutanna er í öllum tilvikum sænska einkahlutafélagið Magma Energy Sweden AB, en seljendur voru Geysir Green Energy ehf, Hafnarfjarðarbær, Orkuveita Reykjavíkur og Sandgerðisbær. Stafsemi hins selda félags er fólgin í orkuvinnslu á grundvelli leigusamnings um landsvæði og nýtingu orkuauðlinda þar sem það hefur gert við bæjafélagið Reykjanesbæ til 65 ára. Er það jafnframt forsenda samningsaðila að HS Orka hf eigi rétt á framlengingu samningsins í samræmi við gildandi lög.<sup>208</sup> Kaupandi hlutanna í HS Orku hf, Magma Energy Sweden AB, varð til með þeim hætti að Magma Energy Corp í Kanada keypti sænskt skúffufélag stofnað í Gautaborg. Kanadíska félagið á alla hluti félagsins og telst Magma Energy Sweden AB því dótturfélag þess. Er aðilum málsins og samningunum nánar lýst í kafla 2 hér að framan að því marki sem verkefnið gefur tilefni til, en eins og þar kemur fram hafði nefndin ekki tæmandi upplýsingar undir höndum og ber að lesa málsatvik með þeim fyrirvara. Lögum samkvæmt fjallaði þingskipuð nefnd um erlenda fjárfestingu um kaupin. Er gerð grein fyrir störfum hennar og niðurstöðu í kafla 2.4. Nefndin gerði ekki athugasemd við kaupin og gripu stjórnvöld ekki til frekari ráðstafana á grundvelli fjárfestingarlaganna.

### 7.4 Samrýmast kaupin íslenskum lögum?

Niðurstöður nefndar um orku- og auðlindamál verða ekki settar fram í einföldu máli því álitæfnin eru mörg og af ólíkum toga. Fyrst ber þó að nefna að skoðun nefndarinnar á þeim samningum sem hún fékk aðgang að leiddi ekki í ljós neina augljósa annmarka. Telur nefndin því að frá lagalegum sjónarhóli sé ekki tilefni til að gera athugasemdir við samningana sem slíka. Þá hefur athugun nefndarinnar á fyrirtækinu Magma Energy Sweden AB ekki leitt annað í ljós en að

---

<sup>208</sup> Í grein 3.5 í samningnum segir: „Það er jafnframt grundvallarforsenda samnings þessa að viðræður um framlengingu afnotasamningsins munu eiga sér stað þegar helmingur þessara 65 ára er liðinn, þ.e.a.s eftir u.þ.b. 32 ár. Skulu þær viðræður taka mið af þeirri forsendu beggja aðila þessa samnings, að HS Orka hf. eigi rétt á framlengingu réttarins eftir lok þessa samnings í samræmi við gildandi lög.“

það sé stofnað með lögmatum hætti í Svíþjóð og skráð samkvæmt þeim reglum sem þar gilda (sbr. kafla 5.2).

Öllu flóknari eru þau álitæfni sem rísa vegna ákvæða fjárfestingarlaganna, þar sem meðal annars er kveðið á um takmarkanir á heimildum erlendra aðila til að fjárfesta í fyrirtækjum í orkuvinnslu og orkudreifingu. Þessi lög eiga rætur að rekja til lagasetningar í upphafi 20. aldar sem takmörkuðu verulega möguleika útlendinga til að eiga fasteignaréttindi á Íslandi og þar með þau réttindi sem eru forsenda þess að stunda hér orkuvinnslu.<sup>209</sup> Þeir hagsmunir sem þessari löggjöf var ætlað að vernda hafa í gegnum tíðina verið viðfangsefni ýmissa laga og samspil þeirra á stundum flókið. Það flækir svo myndina enn frekar að aðild Íslands að EES-samningnum hafði bein áhrif á suma þessara hagsmuna en aðra ekki. Af þessum sökum hefur nefndin litið svo á að til að öðlast fullnægjandi skilning á fjárfestingarlögunum nr. 34/1991 sé nauðsynlegt að skapa heildarsýn á lagasetningu um fasteignaréttindi og fjárfestingar erlendra aðila sem og lagasetningu um orkuvinnslu og orkudreifingu. Um löggjöfina er ítarlega fjallað í 3. kafla skýrslunnar. Í þessu sambandi skiptir einnig máli saga eignarhalds og afnotaréttar á orkuauðlindum og virkjunum sem og stefna íslenskra stjórnvalda um það hvort þessi framleiðslutæki skyldu vera í samfélagslegri eigu eða einkaeigu. Loks taldi nefndin mikilvægt að draga fram hvaða hagsmuni þeirri löggjöf sem hér um ræðir hafi verið ætlað að vernda, hvaða hagsmunir skipta máli í núverandi kringumstæðum og hvernig löggjöfinni sé ætlað að ná markmiðum sínum (sjá einkum 4. kafla).

#### *Löggjöfin fram að aðild Íslands að Evrópska efnabagsvæðinu*

Enda þótt sú löggjöf sem máli skiptir taki til ólíkra þátta – fasteignaréttinda, fjárfestinga, auðlindanýtingar og frelsisréttinda – þá er ljóst að fjárfestingarlögin voru, þegar þau voru sett árið 1991, í góðu samræmi við fyrri löggjöf þar sem leitast var við að vernda hagsmuni Íslands sem lítils ríkis sem á mikið undir því að hafa sjálft forræði yfir orkuauðlindum landsins. Þannig voru fossalögin sett árið 1907 til að stemma stigu við ásælni útlendinga í íslensku fossana til hugsanlegrar nýtingar í framtíðinni. Þessi lög báru ekki tilætlaðan árangur og þegar kom fram á annan áratug aldarinnar voru flestir stærri fossar í byggð í eigu fossafélaga sem erlendir aðilar stóðu að. Þessi þróun varð til þess að árið 1919 voru sett lög sem takmörkuðu með almennum hætti fasteignaréttindi útlendinga. Í raforkulögum nr. 12/1946 var svo lögfest einkaleyfi ríkisins á að reisa stærri virkjanir. Rökin fyrir setningu fasteignalaganna árið 1919 voru þau sömu og fyrir fossalögunum 1907, að lítili þjóð væri afar mikilvægt að hafa sjálf yfirráð yfir landi og verðmætum auðlindum ef hún vildi halda sjálfstæði sínu og ef arðurinn af auðlindunum ætti að verða henni sjálfri til hagsældar (sbr. kafla 3.2.3). Þessi stefna endurspegladist áfram í fasteignalögunum nr. 19/1966 og loks í fjárfestingarlögunum sem sett voru 1991. Við upphaf 10. áratugarins voru kringumstæður að vísu orðnar allt aðrar en á fyrri hluta aldarinnar og Ísland fór ekki varhluta af þróun í átt til frelsis í alþjóðavæðisráðum. Fjárfestingarlögin sem sett voru árið 1991 höfðu meðal annars það markmið að samræma íslenska löggjöf um fjárfestingar útlendinga, færa löggjöfina til samræmis við þróun á alþjóðavettvangi en um leið að tryggja full yfirráð Íslendinga yfir náttúruauðlindum lands og sjávar (sbr. kafla 3.2.4–5).

Í löggjöfinni birtist þannig tiltölulega skýr stefna yfirvalda um að fyrirtæki í orkuvinnslu og orkuauðlindir landsins skyldu vera í eigu innlendra aðila, hvort sem það væru opinberir aðilar, íslenskir ríkisborgarar eða lögaðilar sem væru að öllu leyti í eigu íslenskra ríkisborgara, og að erlendir aðilar hefðu ekki heimild til að fjárfesta á þessu sviði.

<sup>209</sup> Hér er vísað til laga nr. 55/1907 (fossalaganna) og laga nr. 63/1919 um „eignarrjett og afnotarrjett fasteigna“.

*Breytingar á löggjöfinni við aðild Íslands að Evrópska efnahagssvæðinu*

Þessa stefnu þurfti að taka til endurskoðunar þegar Ísland gerðist aðili að EES-samningnum. Til þess að markmið EES-samningsins um opið innra markaðssvæði næðist var nauðsynlegt að fella brott ýmis konar takmarkanir og skilyrði í löggjöf aðildarríkjanna sem ella kæmu í veg fyrir að borgarar þeirra gætu nýtt sér þau réttindi sem í samningnum fólust. Þetta þýddi meðalannars að Íslendingar urðu að fórna nokkru af sérréttindum sínum á móti þeim rétti sem EES-samningurinn skapaði þeim til fjárfestingar og atvinnustarfsemi í öðrum aðildarríkjum samningsins. Bann við fjárfestingum erlendra aðila í orkuvinnslu og orkudreifingu var þá endurskoðað í þessu ljósi og með breytingarlögum nr. 46/1996 var sett inn í lögina ákvæði um að aðilar með heimilisfesti á EES-svæðinu hefðu „sama rétt“ og íslenskir aðilar, sbr. 3. másl. 2. tölul. 4. gr. Eftir þessa breytingu varð niðurstaðan raunar sú að íslenskir aðilar þurftu að uppfylla strangari skilyrði til að mega eiga virkjunaréttindi og orkufyrirtæki heldur en aðrir aðilar á EES-svæðinu. Þannig voru sett skilyrði um íslenskt ríkisfang eigenda í tilviki íslenskra fyrirtækja en fyrirtæki annars staðar á EES-svæðinu þurftu einungis að uppfylla skilyrði um heimilisfesti á svæðinu.<sup>210</sup> Eftir sem áður ákváðu Íslendingar að viðhalda takmörkunum á því að aðilar utan EES-svæðisins fjárfestu í orkugeiranum. Sú takmörkun er sett fram með afdráttarlausum hætti í lokamálslið 2. tölul. 4. gr. fjárfestingarlaganna þar sem segir: „Heimilt skal að kveða svo á í fjárfestingarsamningum milli Íslands og ríkja utan Evrópska efnahagssvæðisins að einstaklingar sem þar eru búsettir eða lögaðilar sem þar eru heimilisfastir hafi einnig sama rétt, enda verði slíkir samningar lagðir fyrir Alþingi til staðfestingar með þingsályktun“ (sbr. kafla 3.2.6). Þannig ákvað Alþingi að aðilum frá ríkjum utan EES-svæðisins væri áfram óheimilt að fjárfesta í orkuauðlindum og orkuvinnslu hér á landi nema á grundvelli gagnkvæmra fjárfestingarsamninga. Ákvörðunarvald um slíkar heimildir var lagt í hendur stjórnvalda sem fara með samningsgerð við erlend ríki og jafnframt áskildi Alþingi sér rétt til að meta hvort slíkir samningar samræmdust íslenskum hagsmunum. Það má því segja að með breytingunni sem gerð var á fjárfestingarlögunum með breytingarlögum nr. 46/1996 hafi bæði verið leitast við að tryggja jafnan rétt einstaklinga og aðila á EES-svæðinu til fjárfestinga í orkugeiranum á Íslandi en jafnframt að tryggja að Ísland hafi áfram ótvírætt forræði á því að ákveða hvort og þá á hvaða grundvelli þetta svið verði opnað aðilum frá ríkjum utan EES-svæðisins.

Með aðild að EES-samningnum skuldbatt Ísland sig til að taka þátt í innri markaði Evrópska efnahagssvæðisins og það virðist hafa verið skilningur þingmanna þegar fjárfestingarlögunum var breytt árið 1996 að fjárfesting í orkuvinnslu og orkudreifingu væri algerlega opin fyrir aðilum innan EES-svæðisins. Kom fram bæði hjá þingmönnum minnihlutans á Alþingi sem og hjá iðnaðarráðherra að vegna þessa væri mikilvægt að setja sérstaka löggjöf um orkuauðlindir og orkuvinnslu, meðal annars til að tryggja að arðurinn af og umgengnin um orkulindirnar yrði Íslendingum sjálfum til hagsbóta (sbr. kafla 3.3). Mikilvægt er að hafa í huga, þegar þessi saga er skoðuð, að þótt verulega væri opnað fyrir möguleika útlendinga til að fjárfesta í íslenskum orkuiðnaði, þá var staðreyndin sú að öll helstu orkufyrirtæki landsins voru í opinberri eigu, ýmist sveitarfélaga eða ríkis.

---

<sup>210</sup> Hér er um að ræða svonefnt öfugt misrétti (e. reverse discrimination). Þessi staða getur komið upp þegar stjórnvöld í aðildarríki EES-samningsins hafa talið sér skylt að afnema takmarkanir í lögum vegna staðfesturéttar aðila frá EES en ákveðið að viðhalda takmörkunum gagnvart innlendum aðilum. Sjá t.d. Stefán Már Stefánsson: *Evrópusambandið og Evrópska efnahagssvæðið*. Reykjavík 2000, bls. 472.

#### *Viðskipti Magma Energy með hluti í HS Orku hf*

Í 4. gr. fjárfestingarlaganna er kveðið á um tilteknar takmarkanir á möguleikum erlendra aðila til að fjárfesta í íslenskum fyrirtækjum og í lögnum er einnig kveðið á um ákveðna málsmeðferð þegar fjárfestingar koma til sem kunna að brjóta í bága við þessar takmarkanir. Þannig segir í lögnum að sérstök nefnd um erlenda fjárfestingu, sem kosin er hlutfallskosningu á Alþingi, skuli meta hvort fjárfestingar erlendra aðila, meðal annars í fyrirtækjum í orkuvinnslu, gangi gegn ákvæðum 4. gr. Sú nefnd skilar álitni til viðskiptaráðherra og telji hún að viðskiptin fari í bága við skilyrði greinarinnar skal ráðherra úrskurða um skyldu hlutadeigandi aðila til að selja eignarhlutinn. Af hlutverki nefndarinnar samkvæmt lögnum má álykta að álit hennar sé ígildi stjórnvaldsákvörðunar, að minnsta kosti í þeim tilvikum sem það felur í sér lok málsmeðferðar stjórnvalda.<sup>211</sup> Einnig má ráða að tilgangur nefndarinnar sé að standa vörð um þá hagsmuni sem lögnum er ætlað að vernda (sbr. kafla 6.1). Nefnd um erlenda fjárfestingu úrskurðaði tvisvar um söluna á hlutum í HS Orku hf til Magma Energy, fyrst 22. mars 2010 og síðar 7. júlí 2010. Í bæði skiptin klofnaði nefndin þar sem þrír nefndarmanna úrskurðuðu viðskiptin lögmat en tveir skiluðu séráliti þar sem þeir lögðu til að fjárfestingunni yrði hafnað. Með úrskurði nefndar um erlenda fjárfestingu þess efnis að kaupin væru lögleg var þeirri málsmeðferð sem mælt er fyrir um í fjárfestingarlögnum lokið.

Sú nefnd sem nú skilar niðurstöðum sínum með þessari skýrslu, nefnd um orku- og auðlindamál, hafði meðalannars það hlutverk að leggja *sjálfstætt* mat á það hvort viðskipti Magma Energy með hluti í HS Orku hf samrýmdust íslenskum lögum. Rétt er að áréttta að hlutverk nefndarinnar var ekki að endurskoða forsendur og niðurstöðu nefndar um erlenda fjárfestingu.

Þegar salan á hlutum í HS Orku hf er skoðuð í ljósi fjárfestingarlaganna vaknar spurning um það hvort meta skuli heimild fjárfestisins í ljósi þess ákvæðis laganna sem heimilar aðilum *innan* EES-svæðisins að fjárfesta í orkuiðnaði – eins og nefnd um erlenda fjárfestingu gerði – eða hvort heimildina skuli meta í ljósi þess ákvæðis sem bannar aðilum *utan* EES-svæðisins að fjárfesta í íslenskum orkuiðnaði nema á grundvelli sérstaks milliríkjasamnings sem Alþingi staðfesti. Þetta álitamál vaknar meðal annars vegna þess að ekki er ljóst hvort ákvæði fjárfestingarlaganna, sem og þær skýringar sem fylgja lögnum, séu samrýmanleg og því er ekki augljóst hvernig beri að túlka lögina að þessu leyti.

Sú niðurstaða að Magma Energy Sweden AB uppfylli skilyrði fjárfestingarlaganna og megi því fjárfesta í íslenskum orkuiðnaði byggist á því að horfa fyrst og fremst til þess að hið sænska félag er lögaðili á hinu Evrópska efnahagssvæði og uppfyllir þar með skilyrði laganna fyrir því að mega fjárfesta í íslenskum orkuiðnaði. Þessi túlkun leggur áherslu á mikilvægi staðfesturéttar aðila á Evrópska efnahagssvæðinu og setur í öndvegi að fullnægt sé skilyrðum þess ákvæðis sem fjallar um heimildir aðila á EES-svæðinu til að fjárfesta á þessu sviði. Sú staðreynd að Magma Energy Sweden AB er ekki með neina aðra starfsemi í Svíþjóð en að kaupa og eiga hluti í HS Orku hf, þ.e. að um sé að ræða skúffufyrirtæki, skiptir þá ekki máli í þessu sambandi né heldur sú staðreynd að sænska félagið er að fullu í eigu kanadíska félagsins Magma Energy Corp, fjárhagslega háð því og stjórnað af sömu mönnum.

Á hinn bóginn er á það að líta að fjárfestingarlögin segja ekki einungis að aðilum innan EES-svæðisins sé leyfilegt að fjárfesta í íslenskum orkuiðnaði heldur einnig að aðilum utan EES-svæðisins sé það óheimilt nema á grundvelli fjárfestingarsamnings milli Íslands og viðkomandi ríkis. Enginn slíkur samningur er í gildi milli Íslands og Kanada. Þar með vaknar spurning hvort

<sup>211</sup> Hér er átt við stjórnvaldsákvörðun í skilningi 2. mgr. 1. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993.

rétt sé að líta á Magma Energy Corp í Kanada sem aðila málsins og fjárfestingu þess í sænsku skúffufyrirtæki sem leið til að komast hjá skýru ákvæði íslenskra laga sem bannar aðilum utan EES-svæðisins að fjárfesta í íslenskum orkuiðnaði nema að uppfylltum fyrrgreindum skilyrðum. Í þessu sambandi skiptir einnig máli að um er að ræða fjárfestingu í orkuiðnaði, þ.e. á sviði sem viðurkennt er að hafi sérstakt mikilvægi og njóti margvíslegrar sérstöðu í lagalegu tilliti (sbr. kafla 3 og 4.2.4).

Í kafla 5.4 var fjallað um hugtakið lagasniðganga og tekið til skoðunar hvort hægt sé að fella þá leið sem kanadíska félagið Magma Energy Corp fór til að skapa sér tækifæri til að kaupa HS Orku hf undir það hugtak. Komst nefndin að þeirri niðurstöðu að svo væri enda staðfest af forsvarsmönnum fyrirtækisins að ráðstafanir þess í Svíþjóð hafi beinlínis verið gerðar til að komast hjá ákvæðum íslenskra laga sem banna fjárfestingar aðila utan EES-svæðisins í orkuvinnslu nema á grundvelli fjárfestingarsamninga sem Alþingi hefur staðfest. Þá vaknar sú spurning hvort þessi staðreynd ætti að koma til skoðunar við mat á því hvort skilyrði 2. tölul. 4. gr. fjárfestingarlaganna teljist uppfyllt í því tilviki þegar fyrirtækið keypti hlutabréf í HS Orku hf. Í þessu sambandi þarf að gæta að því að sniðganga þarf ekki að vera ólögleg enda þótt hún sé andstæð markmiðum þeirrar löggjafar sem sniðgengin er.

Þeir ólíku möguleikar á að meta lögmæti fjárfestingar Magma Energy byggjast annars vegar á því að mögulegt er að meta staðreyndir málsins með ólíkum hætti og hins vegar á því að hægt er að túlka þau ákvæði fjárfestingarlaganna sem takmarka fjárfestingar erlendra aðila í íslenskum orkuiðnaði með mismunandi hætti. Þau ólíku sjónarmið sem kostur er á gefa því tilefni til fjögurra möguleika sem dregnir eru upp í eftirfarandi töflu.

	Staðreyndir metnar út frá skráðri stöðu fyrirtækjanna	Staðreyndir metnar í ljósi raunverulegra hagsmuna og tengsla fyrirtækjanna
Áhersla á formlega túlkun lagaákvæða		
Áhersla á samræmis- og markmiðstúlkun lagaákvæða		

Séu staðreyndir metnar á grundvelli skráðrar stöðu fyrirtækisins Magma Energy Sweden AB er litið á fyrirtækið sem fullgildan og sjálfstæðan kaupanda að hlutum í HS Orku hf. Þar með myndi úrlausn um lögmæti kaupanna byggjast á því ákvæði fjárfestingarlaganna sem kveður á um heimild aðila með heimilisfesti á EES-svæðinu til að fjárfesta í íslenskum orkuvinnslufyrirtækjum. Niðurstaðan yrði að kaupin væru lögleg hvort sem lögin eru túlkuð með formlegum hætti eða horft til víðara samhengis og markmiða laganna (sbr. kafla 5.3). Sé aftur á móti litið svo á að Magma Energy Corp í Kanada sé aðili að kaupunum er ekki eins ljóst hver niðurstaðan gæti orðið. Hér skiptir máli hvernig lögin sjálf eru túlkuð og koma tveir möguleikar til greina. Sá fyrri er að túlka lögin með höfuðáherslu á þau formlegu skilyrði sem þar eru sett og draga þá ályktun að þrátt fyrir að kanadískt fyrirtæki standi að baki kaupunum, þá sé skilyrðum laganna fullnægt með því að kaupin fari í gegnum fyrirtæki með heimilisfesti á Evrópska efnahagssvæðinu. Niðurstaðan yrði þá að fjárfestingin væri lögleg jafnvel þótt um væri að ræða sniðgöngu á ákvæði

íslenskra laga. Staðfesturéttur hins sænska fyrirtækis væri þá álitinn fullnægjandi forsenda fyrir því að kaupin samræmdust íslenskum lögum.

Seinni möguleikinn er að líta á Magma Energy Corp í Kanada sem aðila að kaupunum og túlka löginn í ljósi þeirra hagsmuna sem þeim er ætlað að vernda (sbr. kafla 4), þ.e. líta til markmiða laganna, innra samhengis þess lagaákvæðis sem beita þarf (sbr. kafla 5.5.2) og til þess samhengis sem löggjöfin er sprottin úr (sbr. kafla 3). Í þessu samhengi skiptir máli að þeim breytingum sem gerðar voru á fjárfestingarlögunum þegar þau voru aðlöguð að aðild Íslands að EES-samningnum var ætlað að opna fyrir möguleika aðila á EES-svæðinu að fjárfesta í íslenskum orkuiðnaði en ekki að má út ytri mörk Evrópska efnahagssvæðisins hvað þennan málaflokk varðar (sbr. kafla 5.5.2). Sé litið á málið frá þessum sjónarhóli yrði niðurstaðan líklega sú að raunverulegur kaupandi hlutanna í HS Orku hf væri kanadískt félag og þar sem löginn banna fjárfestingar aðila utan EES-svæðisins nema á grundvelli milliríkjasamnings þá væru kaupin ólögleg. Í þessu samhengi skiptir máli að samningnum um Evrópska efnahagssvæðið var ætlað að vernda réttindi og hagsmuni aðila innan svæðisins en ekki að veita aðilum utan þess frjálstan aðgang að innri markaði þess. Ljóst er að EES-samningurinn kemur ekki í veg fyrir að Íslendingar beiti takmörkunum til að bregðast við því að reglur, sem hindra fjárfestingar séu sniðgengnar af hálfu aðila utan EES með því að nýta aðstöðu á landsvæði annars EES-ríkis. Í kafla 5.6 er fjallað um þetta og vísað til bókuar 17 við EES-samninginn í þessu sambandi.

Þessir ólíku möguleikar gera það kleift að fylla inn í ofangreinda töflu á eftirfarandi hátt.

	Staðreyndir metnar út frá skráðri stöðu fyrirtækjanna	Staðreyndir metnar í ljósi raunverulegra hagsmuna og tengsla fyrirtækjanna
Áhersla á formlega túlkun lagaákvæða	Lögleg	Lögleg
Áhersla á samræmis- og markmiðstúlkun lagaákvæða	Lögleg	Ólögleg

Þau álitamál sem hér hafa verið reifuð eru lagalega flókin en varða jafnframt ríka almannahagsmuni. Það er niðurstaða nefndar um orku- og auðlindamál að það sé ekki á færi annarra en dómstóla að kveða endanlega upp úr um hvernig beri að líta á staðreyndir í máli sem þessu og hvaða túlkun laganna sé rétt. Þegar hvort tveggja er metið saman, óvissa um túlkun laga og þeir almannahagsmunir sem málið varðar, hefði að mati nefndarinnar verið eðlilegt að viðhafa meiri varkárni við afgreiðslu málsins þegar það var til meðferðar hjá stjórnvöldum á grundvelli ákvæða fjárfestingarlaganna.



## 8 Möguleg viðbrögð

Nefndinni er í erindisbréfi falið að fjalla um það hvernig stjórnvöld geti brugðist við þeirri stöðu sem upp er komin með kaupum hins erlenda fjárfestis á nær öllum eignarhlutum í HS Orku hf. Verða því settir fram nokkrir valkostir.

Það lögfræðilega álitafni sem hér hefur einkum verið til skoðunar varðar það á hvaða grundvelli leyst verði úr því hvort fjárfestir frá ríki utan EES-svæðisins, sem vill kaupa orkufyrirtæki á Íslandi og stofnar til þess skúffufélag innan EES-svæðisins, uppfylli skilyrði 2. tölul. 4. gr. fjárfestingarlaganna.

Eins og rakið hefur verið telur nefndin að tvær gagnstæðar niðurstöður komi til álita í þessu sambandi og að færa megi gild rök fyrir báðum. Það er jafnframt niðurstaða nefndarinnar að ekki verði úr því leyst á þessum vettvangi hvor niðurstaðan teljist hin rétta.

### 8.1 Engin einhliða íhlutun í kaup Magma Energy

Nefnd skipuð af Alþingi til að fjalla um erlendar fjárfestingar komst að þeirri niðurstöðu að kaup Magma Energy brytu ekki gegn lögum um erlenda fjárfestingu. Stjórnvöld töldu þá niðurstöðu bindandi fyrir ráðherra. Tímastyrkir sem stjórnvöld hafa samkvæmt lögum til að bregðast við fjárfestingunni eru liðnir. Þeir samningar sem um ræðir voru á milli einkaaðila og hafa stjórnvöld því ekki beina aðild að þeim. Af þessum ástæðum má segja að stjórnvöld sitji uppi með orðinn hlut og ef litið er framhjá ágreiningi um málið og þrýstingi í samfélaginu væri edlilegt að þau hefðust ekki frekar að um þessi viðskipti sem slík.

Þó að stjórnvöld eigi ekki beina aðild að þeim einkaréttarlegu samningum sem hér hafa verið til umfjöllunar geta þau eftir sem áður reynt að draga úr þeim áhrifum þeirra á íslenska hagsmuni sem um er deilt og jafnframt stuðlað að því að löggjöf um fjárfestingar erlendra aðila í orkufyrirtækjum verði styrkt og tekin af tvímæli um túlkun þeirra.

#### *Samningaleið*

Ýmsir samverkandi þættir hafa leitt til þess að fyrirtækið HS Orka hf er nú í eigu erlendra aðila. Frammi fyrir þessari staðreynd er einn valkostur stjórnvalda sá, að íhuga hvort hægt sé að komast að samkomulagi við eigandann um lausnir sem draga myndu úr þeim neikvæðu þjóðfélagslegu áhrifum sem samningnum gætu fylgt. Væri þá leitað að ásættanlegri framtíðarlausn fyrir báða aðila. Í slíkum viðræðum myndu stjórnvöld væntanlega reyna að tryggja yfirráð yfir nýtingu auðlindarinnar og að þjóðin nyti arðs af henni þegar til framtíðar er litið. Væntanlega kæmi þar til umræðu breyting á eignarhaldi, að hluta eða að öllu leyti, nú þegar eða á einhverjum tíma í framtíðinni, kjör sem tryggðu að markaðsskilyrði gerðu íslenska ríkinu ekki ómögulegt að uppfylla samning um slíkt og stytting á leigutíma auðlindarinnar. Fleiri atriði kynnu að koma til skoðunar sem varða hagsmuni fyrirtækisins og eigenda þess sem nefndin hefur ekki tók á að útfæra.

### *Breytt lögjög*

Stjórnvöld geta ennfremur reynt að draga úr áhrifum samningsins, að minnsta kosti fordæmi hans er til framtíðar er litið, og reynt að koma í veg fyrir að farið verði á svig við takmarkanir í lögum við fjárfestingum erlendra aðila í framtíðinni. Með því að lagfæra lögjöfina yrði að minnsta kosti komið í veg fyrir að þessi viðskipti yrðu fordæmi fyrir aðra fjárfesta frá löndum utan Evrópu. Mögulegt væri að lögfesta heimildir sem stuðluðu að því að þau nýtingarréttindi sem felast í fjárfestingu Magma Energy féllu í framtíðinni aftur í íslenska eigu, svo sem með ákvæðum um forkaupsrétt við viss skilyrði. Þá mætti setja almennar reglur um hámark leigutíma og endurskoðun leigusamninga að tilteknum tíma liðnum. Ekki er þó útilokað að slík ákvæði gætu leitt til bótaskyldu ef þau hefðu áhrif á samninga sem þegar hafa verið gerðir.<sup>212</sup> Eins gæti komið til skoðunar hvort slík ákvæði, að því marki sem þau bitna sérstaklega á einum aðila, fælu í sér skerðingu eignaréttar sem bryti gegn ákvæði 1. mgr. 72. gr. stjórnarskrárinnar. Í þessu sambandi má vísa til umfjöllunar í kafla 3.5 um það þegar í undirbúningi var að setja lög um takmarkanir á varanlegu framsali vatns- og jarðhitaréttinda í eigu opinberra aðila. Kom þá til álit að láta takmarkanirnar einnig ná til réttinda sem væru að öllu leyti í eigu opinberra aðila. Af það var álit Eiríks Tómassonar prófessors í lögum á því m.a. hvaða þýðingu fyrirhuguð skerðing á rétti til framsals réttindanna hefði á einkaaðila sem ættu hlut í orkufyrirtækjum í meirihlutaeigu opinberra aðila. Niðurstaða hans var að á því léki umtalsverður vafi hvort slík skerðing samrýmdist 1. mgr. 72. gr. stjórnarskrárinnar, sbr. 65. gr. hennar, þegar litið væri til þess að hún myndi bitna eingöngu á einum aðila enda þótt hún væri að formi til hugsuð sem almenn takmörkun á eignarrétti.

Í þessari skýrslu hefur verið bent á að í fjárfestingarlögunum sé ekki tryggt með nægilega afdráttarlausum hætti að aðilar frá þriðju ríkjum geti ekki komist framhjá skýrum ákvæðum laganna um hömlur á því að þeir megi eiga hér virkjunarréttindi og orkufyrirtæki. Hægt er að bregðast við þessu með því að styrkja lögjöfina og koma þannig í veg fyrir að deila þurfi síðar um spurningar um sniðgöngu, ef önnur erlend fyrirtæki utan EES-svæðisins reyna að nota leið eins og þá sem fyrirtækið Magma Energy Corp fór til þess að fjárfesta hér á landi. Skuldbindingar okkar samkvæmt EES-samningnum standa ekki í vegi fyrir því. Á meðan að enn er réttaróvissa um þær kröfur sem gerðar eru til þess að fjárfestir frá þriðja ríki öðlist full réttindi á við fjárfesti frá aðildarríki EES-samningsins á viðkvæmum auðlindamörkuðum Evrópu er sérstaklega brýnt að skerpa íslenska lögjöf að þessu leyti. Hitt er svo pólitísk ákvörðun hvernig haga eigi eignarhaldi orkuauðlinda og þeirra fyrirtækja sem vinna orku og dreifa henni en eins og rakið hefur verið hafa stjórnarmálmennt á ýmsum tímum ekki verið á einu máli um hvernig þar skuli með fara.

## **8.2 Möguleikar stjórnvalda til að endurskoða álit nefndar um erlenda fjárfestingu**

Þegar metnir eru möguleikar stjórnvalda á að grípa inn í kaup Magma Energy á eignarhlutum í HS Orku hf verður að hafa í huga að málið horfir talsvert öðruvísi við nú þegar ákvörðun nefndar um erlenda fjárfestingu liggur fyrir. Enda þótt nefnd um erlenda fjárfestingu hefði getað rökstutt þá niðurstöðu að hafna fjárfestingunni á þeirri forsendu að réttaróvissa væri uppi um það hvernig beita beri ákvæðum 2. tölul. 4. gr. fjárfestingarlaganna í tilviki eins og þessu, þá er ekki hægt að grípa inn í *eftir á með sömu rökum*.

<sup>212</sup> Í þessu sambandi skal þó minnt á dóm Hæstaréttar frá 27. september 2007 í máli nr. 182/2007 (Björgun).

Niðurstaða nefndar um erlenda fjárfestingu í málunum er sett fram í formi álit. Í því tilviki sem hér er fjallað um virðast stjórnvöld hafa litið svo á að álit nefndarinnar fælu í sér endanlega niðurstöðu málsins og séu þar með ígildi stjórnvaldsákvörðunar. Þetta skiptir máli við mat á því hvaða möguleika stjórnvöld hafa til að endurskoða álitin.

Í vissum tilvikum geta stjórnvöld afturkallað fyrri ákvarðanir sínar og þá ýmist á grundvelli *heimildar í lögum*, t.d. er almenn heimild til afturköllunar í 25. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993, eða á grundvelli *ólögfestrar reglu um afturköllun*. Það er niðurstaða nefndar um orku- og auðlindamál að ekki séu uppfyllt skilyrði fyrir því að stjórnvöld afturkalli álit nefndar um erlenda fjárfestingu á grundvelli heimildar 25. gr. stjórnsýslulaga (sjá kafla 6.2.2). Niðurstaða um það hvort stjórnvöldum sé heimilt að afturkalla fyrri ákvörðun sína á *ólögfestum grunni* byggir á heildarmati á fjölmörgum þáttum. Tvö megin sjónarmið eru þar í forgrunni. Annars vegar tillit til hagsmuna aðila máls og réttmætra væntinga hans um að upphafleg ákvörðun stjórnvaldsins standi og hins vegar tillit til þeirra hagsmuna, venjulega almannahagsmuna, sem mæla með því að ákvörðunin sé afturkölluð. Veigamiklar ástæður sem til dæmis varða líf, heilbrigði og velferð manna eða öryggi ríkisins geta réttlætt afturköllun ákvörðunar þrátt fyrir að slíkt sé til tjóns fyrir aðila máls. Ef stjórnvald óskar hins vegar eftir að afturkalla ákvörðun vegna þess að það lítur öðrum augum á staðreyndir málsins, þ.e. metur þær öðruvísi en gert var þegar ákvörðunin var tekin, er meginreglan sú að afturköllun sé ekki heimil á þeim grunni. Í slíkum tilvikum þyrfti mjög veigamiklar ástæður til að réttlæta afturköllun. Við matið kann það einnig að hafa þýðingu hvort stjórnvald hafði möguleika til að taka afstöðu til afturköllunarástæðunnar þegar ákvörðunin var tekin. Fjallað er nánar um vægi afturköllunarástæðna og önnur sjónarmið sem leggja ber til grundvallar mati á því hvort forsendur séu til afturköllunar í kafla 6.2.

Leggja verður ríka áherslu á að niðurstaða um það hvort stjórnvöld gætu beitt afturköllun til að grípa inn í kaup Magma Energy á HS Orku hf yrði að byggjast á heildarmati á aðstæðum og atvikum málsins með hliðsjón af fjölmörgum sjónarmiðum, meðal annars þeim sem nefnd eru hér að ofan. Í því mati verður að veita saman þá hagsmunum sem í húfi eru. Hér gæti einnig haft þýðingu sú heimild sem ráðherra er veitt samkvæmt 2. mgr. 12. gr. fjárfestingarlaga en var ekki nýtt í máli Magma Energy. Einnig ber að hafa í huga að meðalhöfsregla stjórnsýsluréttar gerir kröfu til þess að áður en ákveðið er að beita íþyngjandi úrræði eins og afturköllun sé ígrundað hvort unnt sé að ná því markmiði sem að er stefnt með vægum móti.

### 8.3 Lagasetning um eignarnám

Loks er sá möguleiki fyrir hendi, ef pólitískur vilji stendur til þess, að stjórnvöld kanni þá leið að beita eignarnámi til að grípa inn í kaup Magma Energy á HS Orku hf.

Í 72. gr. stjórnarskrárinnar segir að eignaréttur sé friðhelgur. Á það jafnt við um eignir íslenskra og erlendra manna hér á landi, sbr. 65. gr. stjórnarskrárinnar. Þá segir enn fremur að enginn verði skyldaður til að láta eign sína af hendi nema *almenningsþörf* krefji, til þess sé *lagabeimild* og að *fullar batur* komi fyrir eignina. Hér er vísað til þeirrar skerðingar á eignarétti sem nefnd hefur verið eignarnám.

Löggjöf þar sem mælt er fyrir um eignarnám getur ýmist verið almenn eða varðað einstakar eignir. Hér þyrfti að kanna hvort eignarnámi yrði beitt á grundvelli heimilda í nágildandi lögum eða hvort setja þyrfti um það sérstök lög. Nefnd um orku- og auðlindamál fær ekki séð að nú þegar sé til staðar fullnægjandi heimild í íslenskum lögum til eignarnáms á orkufyrirtækinu HS

Orku hf. Yrði því að afla slíkrar heimildar með sérstökum lögum og skylda þannig núverandi eiganda, Magma Energy Sweden AB, til þess að láta af hendi beinan og óbeinan eignarrétt sinn að fullu eða að hluta, þegar í stað eða eftir tiltekinn tíma, allt eins og nánar yrði ákveðið í lögnum. Myndi eignin þá væntanlega færð til ríkisins.

Ákvæði stjórnarskrárinnar leiða til þess að eignir manna verða ekki af þeim teknar að geðþótta stjórnvalda heldur verður að rökstyðja ákvörðunina með vísan til þess að almenningsspörf sé fyrir hendi sem réttlæti það að aðili sé sviptur eign sinni með lögum. Hugtakið almenningsspörf vísar til samfélagslegra hagsmuna og skilyrðið felur í sér að þær aðstæður þurfi að vera uppi að réttlætanlegt sé að hagsmunir heildarinnar gangi fyrir hagsmunum einstaklinga.

Þriðja skilyrðið fyrir beitingu eignarnáms er að fullt verð komi fyrir eignina. Byggir það á því sjónarmiði að eignarnámsþoli skuli eftir eignarnámið vera eins settur og fyrir það. Nánar er fjallað um eignarnámsbætur í kafla 8.4 hér á eftir.

Rétt er að minna á í þessu sambandi að 2. mgr. 72. gr. stjórnarskrárinnar heimilar að með lögum séu settar reglur um heimildir erlendra aðila til að eiga fasteignaréttindi eða hlut í atvinnufyrirtæki hér á landi. Var um þetta ákvæði fjallað í kafla 3.2. Ákvæðið hróflar þó ekki við rétti erlendra aðila til fullra bóta ef eign þeirra er tekin eignarnámi.

## 8.4 Mat á kostnaði

Samkvæmt erindisbréfinu var lagt fyrir nefndina að áætla líklegan kostnað við hverja leið. Það er niðurstaða nefndarinnar að þetta verkefni verði ekki leyst á þann hátt sem óskað er eftir og hér verður nánar rökstutt.

Eins og fram kemur fyrir í þessum kafla er hægt að sjá fyrir sér nokkrar leiðir sem stjórnvöld geta farið. Má þar fyrst tiltaka að hugsanlegt er að stjórnvöld næðu samkomulagi við eigendur HS Orku hf um lausn sem báðir gætu sætt sig við. Eigi aðilar í samningaviðræðum verður það ekki gert á þeim grundvelli að fyrirfram sé búið að setja verðmiða á samninginn af hálfu annars aðilans.

Ef mögulegt yrði talið að ríkisvaldið afturkallaði ákvörðun nefndar um erlenda fjárfestingu kynni það að hafa þær afleiðingar að bótaréttur stofnaðist vegna ráðstafana sem fyrirtækið hefði gert í þeirri trú að það væri löglegur eigandi HS Orku hf. Ómögulegt er að meta í hverju það tjón yrði fólgið og þar með hverjar bótagreiðslurnar yrðu.

Þá er hugsanlegt að Alþingi samþykki lög sem heimila muni eignarnám á hlutum í HS Orku hf að fullu eða á annan takmarkaðri hátt. Slíkt verður ekki gert nema að fullar bætur komi fyrir eignina. Lög mæla fyrir um hvernig eignarnámsbætur eru ákveðnar. Með það hlutverk fer matsnefnd eignarnámsbóta, sbr. lög nr. 11/1973 um framkvæmd eignarnáms, og er málsmeðferð fyrir nefndinni nokkuð nákvæmlega tilgreind í þeim lögum. Niðurstaða um eignarnámsbætur, náist ekki samkomulag, verður því aðeins fengin að lokinni ítarlegri málsmeðferð og gagnaöflun þar sem sjónarmið málsaðila hafa komið fram.

Loks kemur til greina að ríkisvaldið setji almenn lög sem hafi áhrif á nýtingarrétt fyrirtækisins á orkuauðlindinni á þann hátt að eigendur þess telji sig bíða tjón af því. Í slíku tilviki geta þeir leitað réttar síns fyrir dómstólum. Þeir gætu reynt að vefengja lögina með vísan til stjórnarskrár eða krafist skaðabóta. Þegar slíkar bætur eru ákveðnar geta mörg sjónarmið komið til greina, sem þessi nefnd er ekki í aðstöðu til að gera upp á milli, enda er það á forræði aðila í slíku dómsmáli hvaða kröfur þeir gera og hver grundvöllur þeirra er. Fer það enda eftir umfangi og edli þeirra

skerðingar sem talin er hafa leitt til tjóns og þeirra hagsmuna sem um er deilt. Augljósasta viðmið slíkrar kröfu myndi vera kaupverð og greiðslukjör, en eins og fram hefur komið hefur nefndin ekki alla kaupsamninga um hlutina undir höndum. Þá má nefna ýmis atriði sem kynnu að skipta máli við mat á hagsmunum, til dæmis arðsemi HS Orku hf, orkuverð í nútíð og framtíðarhorfur, hvort kaupin hafi leitt til verðmætisaukningar móðurfélagsins, verðmæti og kjör þess leigusamnings sem heimilar nýtingu auðlindarinnar, verðmæti nýtingarréttarins í nútíð og framtíð, ástand auðlindarinnar og áhætta í rekstrinum. Hér er ekki um tæmandi upptalningu að ræða og um öll þessi atriði gildir að við mat á þeim þarf að líta til margra atriða sem ýmist eru þekkt eða óþekkt. Það gefur því auga leið að nefnd um orku- og auðlindamál hefur engar forsendur til að svara þeirri spurningu sem hér er fyrir hana lögð. Ennfremur má nefna að ef sett væru almenn lög sem haft gætu áhrif á réttindi einkaaðila, þá mætti kveða svo á um í þeim, að um hugsanlegar bætur færi í samræmi við lög um eignarnám, sbr. 1. gr. laga nr. 11/1973.

Reykjavík, 13. september 2010

---

Hjördís Hákonardóttir

---

Aagot Vigdís Óskarsdóttir

---

Bjarnveig Eiríksdóttir

---

Ólafur Páll Jónsson