

Reykjavík 22. mars 2010

**Efni: Sérálit minnihluta nefndar um erlenda fjárfestingu - Höfnun á fjárfestingu Magma Energy Sweden AB í hlutum í HS Orku hf.**

Með vísan til 12. gr. laga nr. 34/1991 um fjárfestingar erlendra aðila í atvinnurekstri er það álit okkar undirritaðra, að hafna beri fjárfestingu Magma Energy Sweden AB í HS Orku hf. með kaupum á hlutum í félaginu samkvæmt samningum við Geysir Green ehf., Orkuveitu Reykjavíkur, Sandgerðisbæ og Hafnarfjarðarkaupstað, sem efnahags- og viðskiptaráðuneytinu hefur verið tilkynnt um. Teljum við þetta rétt og skylt á grundvelli þess, að ekki liggi ljóst fyrir samkvæmt framkomnum gögnum, að fjárfestingin samrýmist 2. tölul. 1. mgr. 4. gr. laganna. Minni hluti telur hægt að færa sönnur á því að Magma Energy Sweden AB njóti staðfesturéttar innan EES en telur lögmætt markmið að takmarka staðfesturétt slíks aðila sem er í eigu aðila frá þriðja ríki, sbr. 34. gr. EES, enda endurspegli sú niðurstaða það markmið laganna að takmarka fjárfestingu aðila utan EES í orkuiðnaði á Íslandi. Þann vafa sem ríkir um málið beri að túlka íslenskum almenningi í hag og til verndar auðlindum landsins, samkvæmt markmiðum laganna.

**Greinargerð:**

Um málsmeðferð má lesa í greinargerð meiri hluta nefndar um erlenda fjárfestingu. Minni hlutinn telur nauðsynlegt að víkja sérstaklega að markmiðum laga um fjárfestingu erlendra aðila í atvinnurekstri nr. 34/1991.

Umrædd lög voru sett á sínum tíma til að samræma eldri lagareglur um erlenda fjárfestingu hér á landi og rýmka heimildir til hennar. Jafnframt var það yfirlýstur tilgangur laganna að tryggja og vernda full yferráð Íslendinga yfir náttúruauðlindum til lands og sjávar í þágu öryggis og annarra almannahagsmuna til lengri og skemmri tíma. Þegar lögunum var síðar breytt til að veita borgurum ríkja innan EES jafnan rétt á við Íslendinga var tekið fram, að áfram yrði gert ráð fyrir takmörkunum gagnvart aðilum utan EES.

Í lögunum er sérstaklega bannað að íslensk fyrirtæki undir erlendum yferráðum fjárfesti í sjávarútvegi, orkuiðnaði og flugrekstri. Í lögskýringargögnum með frumvarpi til laga um erlenda fjárfestingu kemur eftirfarandi fram:

Ástæðan fyrir því að íslenskt atvinnufyrirtæki undir erlendum yferráðum er í frumvarpinu skilgreint sem erlendur aðili er sú að þannig á að reyna að *gírða fyrir að erlendir aðili geti farið bakdyrægin inn á svið þar sem fjárfestingu erlendra aðila eru skorður settar*. Ella gæti erlendur aðili fyrst stofnað eða fjárfest í atvinnufyrirtæki hér á landi sem þar með teldist íslenskur aðili og það fyrirtæki síðan fjárfest á umræddu sviði.<sup>1</sup>

Ásetningur löggjafans virðist hér vera að koma í veg fyrir að farið verði framhjá takmörkunum á erlendri fjárfestingu með stofnun dótturfyrirtækja. Í þessu máli er að vísu stofnað fyrirtæki undir erlendum yferráðum innan EES, en markmiðið virðist vera að komast hjá áhrifum laganna. Þannig er það ekki hið nýstofnaða félag sem fer með eignarhaldið á HS Orku í raun og veru, heldur félag staðsett utan EES.

Við endurskoðun laganna árið 1996 er hnykk á takmörkunum á erlendri fjárfestingu, að þessu sinni hvað varðar aðila utan EES svæðisins og enn fremur ítrekað að slík viðskipti skuli fylgja ákveðnum farvegi:

Í frumvarpinu er lagt til að breytingar verði gerðar á gildandi ákvæðum um eignarhald og fjárfestingu erlendra aðila á orkusviðinu og í flugrekstri. Er þar fyrst og fremst verið að hrinda í framkvæmd ákvæðum EES-samningsins um rétt aðila á EES-svæðinu til að fjárfesta í þessum greinum hér á landi. Hins vegar er áfram gert ráð fyrir takmörkunum á fjárfestingum aðila utan EES-svæðisins. Þó er gert ráð fyrir að heimilt sé í fjárfestingarsamningum milli Íslands og ríkja utan EES-svæðisins að veita þarlendum aðilum sama rétt til fjárfestinga á orkusviðinu og

<sup>1</sup> <http://www.althingi.is/altext/113/s/0565.html>, leturbreytingar minnihluta

innlendir aðilar og EES-aðilar hafa, enda verði slíkir samningar lagðir fyrir Alþingi til staðfestingar með þingsályktun.<sup>2</sup>

Dóra Guðmundsdóttir vann álit fyrir nefndina og tekur fram að í þessu máli ríki ákveðinn vafi um að viðskiptin séu í samræmi við markmið laganna. Hún lítur svo á að það sé dómstóla að skera úr um slíkt. Undir þetta tekur minni hluti nefndarinnar. Þá kannaði María Elvira Mendez Pinedo málið út frá sjónarhorni Evrópulaga og telur að færa megi fyrir því rök að takmarka megi staðfesturétt á orkumarkaði.<sup>3</sup> Hún bendir á að a.m.k. þrjú fordæmi séu fyrir því að Evrópuþingdómstóllinn dæmi gjörninga ólöglega, sé verið með þeim að sníða hjá meira íþyngjandi lögum. Á Íslandi hefur fyrir dómstólum verið litið fram hjá gjörningum á borð við samruna félaga, víxla<sup>4</sup> og veðskuldabréf<sup>5</sup> þegar sýnt hefur verið fram á að þeim hafi ekki verið ætlað að hafa þau réttaráhrif sem efni þeirra gefur tilefni til að halda. Þá segir Dóra Sif Tynes, í minnisblaði sem hún vann fyrir nefndina, að Evrópuþingdómarnir beri „með sér að það er ekki gerningurinn per se sem skiptir máli heldur að hann sé framkvæmdur til þess að komast hjá íþyngjandi lagaskyldu ...“ Dóra Sif leggur áherslu á að að nauðsyn ríkis til innheimtu skatta sé almennt viðurkennt markmið og fordæmin eigi því ekki við. Þessu hafnar Elvira þar sem um sambærilega almannahagsmuni sé að ræða.

Ýmis gögn málsins, auk yfirlýsinga móðurfélagsins í fjölmiðlum eftir að gengið var frá samningum þykja gefa til kynna að dótturfyrirtækið í Svíþjóð sé stofnað til að fá aðgengi að markaði sem annars væri fyrirtækinu lokaður nema með sérstökum milliríkjasamningum við Kanada staðfestum af Alþingi í formi þingsályktunar.

Að ofangreindu töldu sýnist undirrituðum ljóst að þessi fjárfesting erlends aðila í íslensku orkufyrirtæki sé á gráu svæði. Þetta er prófmál sem hefur mikið fordæmisgildi og telja undirritaðar að líkur séu á að um misnotkun fjórfrelsisins sé að ræða með þeim afleiðingum að fyrirtækið kæmist hjá íþyngjandi ákvæðum íslenskra laga. Þarna er um að ræða gifurlega framtíðarhagsmuni íslensku þjóðarinnar og nauðsynlegt að úr því verði skorið með dómi hvort slík viðskipti samræmist íslenskri löggjöf. Að öðrum kosti þarf að skýra ásetning löggjafans í núverandi umhverfi með nýrri löggjöf.

Verði núverandi samningar samþykktir virðist það jafngilda því að fyrirtæki utan EES geti fjárfest í íslenskum orkugeira óháð takmörkunum þeim sem lögnum er ætlað að setja. Sá hluti laga nr. 34/1991 er snýr að takmörkunum á fjárfestingu erlendra aðila í orkugeiranum yrði með öðrum orðum algerlega marklaus.

Björk Sigurgeirsdóttir og Silja Bára Ómarsdóttir, nefnd um erlenda fjárfestingu.

<sup>2</sup> <http://www.althingi.is/altext/120/s/0425.html>

<sup>3</sup> As the EU Commissioner has declared (Energy Commissioner. *European Response to energy challenges*. Speech at the EU Energy and Environment Law and Policy Conference, Brussels 22 January 2009. Speech/09/18) the energy sector is a strategic industry requiring protection within the internal market both at national and European level. While we need a strong internal market wholly integrated and safe in the field of energy, we should produce jobs in Europe rather than exporting wealth to energy producers outside the EU.

Investments in energy companies in the EEA territory by EEA companies fall under EEA law. With the jurisprudence of the ECJ and EFTA Court, it is possible to argue that freedom of establishment is the principle but it can be restricted in the following circumstances:

1) for public reasons such as security of supply or isolation/small markets admitted under EU law (see Opinion of the European Commission on the application of Iceland to join the EU – 24 February 2010 and Analytical Report)

2) based on a general public interest, such as the prevention of abuse or fraudulent conduct, or protection of the interests of creditors, minority shareholders, employees or the tax authorities as the Advocate General Maduro has explained in the ECJ case *Cartesio* ruled in 2008 (Judgment of the Court of Justice in Case C-210/06 *Cartesio* Oktató és Szolgáltató bt. And Opinion of advocate general Maduro delivered on 22 May 2008 in *Cartesio*, C-210/06, nyr, (hereinafter, *Cartesio*.) See especially para. 32. of the opinion of Advocate General)

Investments in energy companies in the EEA territory by foreign undertakings outside the EEA fall under national law. It is up for national legislators to decide upon this issue. A precedent has been created by the EU in the case *Gazprom* (Russia, 2007) where the EU decided that the principle of reciprocity could apply so that the EU could restrict foreign access to European energy assets.

Once more, it can be said that the strategic importance of the energy market is essential for Europe and can justify certain restrictions. The EU is currently negotiating energy agreements with third countries in a case by case basis. Access to the EU market is not automatically given. Preference is naturally given to European neighbours and other important energy countries. As far as this author knows, there is no energy agreement to foster cooperation and investments with Canadian firms. There is, for the time being, no clear European external energy strategy with Canada.

<sup>4</sup> <http://www.haestirettur.is/domar?nr=3625>

<sup>5</sup> <http://www.haestirettur.is/domar?nr=1409>