

Reykjavík 22. mars 2010.

**Efni: Fjárfesting Magma Energy Sweden AB í hlutum í HS Orku hf.**

**I.**

Samkvæmt 12. gr. laga nr. 34/1991 um fjárfestingu erlendra aðila í atvinnurekstri skal sérstök fimm manna nefnd, nefnd um erlenda fjárfestingu, fylgjast með að ákvæðum 4. gr. laganna um takmarkanir á fjárfestingum aðila í atvinnurekstri sé framfylgt. Þá skal nefndin samkvæmt 5. gr. laganna veita ráðherra álit á því hvort tilkynnt fjárfesting gangi gegn ákvæðum 4. gr. laganna sem takmarkar fjárfestingu í tilteknum tilvikum.

Nefnd um erlenda fjárfestingu hefur fjallað um tilkynningu HS Orku hf. um fjárfestingu Magma Energy Sweden AB, MES, á hlutum í HS Orku hf. Tilkynningin, dags. 29. september 2009, var framsend til nefndarinnar þann 12. október 2009.

Í tilkynningunni kemur fram að tilgangur HS Orku hf. sé „vinnsla og nýting jarðvarma og hvers konar annarra auðlinda; sala raforku, orkugjafa og annarra afurða félagsins svo sem vinnsla og sala grunnvatns unnum úr borholum ásamt hverri þeirri starfsemi annarri sem nýtt getur rannsóknir, þekkingu eða búnað félagsins.”

**II.**

Með tilkynningu HS Orku hf., dags. 29. september 2009, um kaup MES á hlutum í félaginu fylgdu vottorð frá fyrirtækjaskrá um HS Orku hf., hluti samninga um kaup MES á hlutum Geysis Green Energy og Orkuveitu Reykjavíkur, tilkynningar um breytingu á eignarhaldi til HS Orku hf. vegna kaupa MES á hlutum Sandgerðisbæjar, Hafnarfjarðarkaupstaðar og ársreikningur HS Orku hf. vegna ársins 2008.

Með bréfi dags. 27. október 2009, óskaði nefndin eftir frekari gögnum. Með bréfi HS Orku hf, dags. 5. nóvember 2009, bárust nefndinni samningar um kaup MES á hlutum í HS Orku hf. annars vegar af Geysi Green Energy og hins vegar af Orkuveitu Reykjavíkur. Þá var upplýst að stjórn HS Orku hf. hafi fallið frá forkaupsrétti á öllum viðskiptum og forkaupsréttur hluthafa vegna sölu Geysis Green Energy til Reykjanesbæjar hafi runnið út án þess að nokkur hluthafa hafi nýtt sér forkaupsrétt. Einnig kom fram að forkaupsréttur vegna Sandgerðisbæjar rynni út 23. nóvember 2009 og forkaupsréttur vegna sölu Orkuveitu Reykjavíkur rynni út 25. nóvember 2009.

Í bréfi nefndarinnar var sérstaklega óskað upplýsinga um ábyrgð Magma Energy Corp. Canada, gagnvart MES en í bréfi HS Orku hf. var vísað til samninga um það atriði.

Nefndinni bárust þann 7. og 9. nóvember 2009 upplýsingar um skráningu MES í Svíþjóð, m.a. skráningargögn og samþykktir félagsins.

Með tölvupósti þann 19. janúar sl. bárust frekari upplýsingar og gögn frá Ástríði Gísladóttur, hdl., lögmanni MES. Þau gögn sem bárust voru samningur milli MES og Sandgerðisbæjar og samningur milli MES og Hafnarfjarðarkaupstaðar um kaup á hlutum í HS Orku hf. og afrit af hlutabréfum MES í HS Orku hf. vegna þeirra viðskipta og afrit af endurútgefnum hlutabréfum í HS Orku hf. í félaginu á nafni MES. Þá var upplýst að í undirbúningi væri stofnun og skráning Magma Energy Iceland ehf., félags sem verði að fullu í eigu Magma Energy Corp., móðurfélags MES, sem muni annast öll mál tengd félögunum á Íslandi.

Með bréfi dags. 27. janúar sl. til Ástríðar Gísladóttur, hdl., lögmanns MES, var greint frá því að nefndin hefði til skoðunar fjárfestinguna, m.a. „ hvaða skilyrði lögaðili þurfi að uppfylla til að teljast lögaðili sem heimilisfastur er í öðru aðildarríki samningsins um Evrópska efnahagssvæðið, EES samningsins, í skilningi laga nr. 34/1991, þ.e. hvort nægilegt sé að lögaðili sé skráður opinberri skráningu innan EES svæðisins og telja lögheimili sitt þar samkvæmt samþykktum eða hvort jafnframt þurfi til að koma raunverulegt aðsetur félagsins og starfsemi í því ríki sem skráning fer fram og innan svæðisins.” Óskað nefndin eftir afstöðu félagsins til þessa. Þá var óskað frekari upplýsinga um MES, m.a. hvaða starfsemi fari fram í félaginu, hver fjárhagsstaða þess sé, hvernig félagið hafi greitt fyrir þá hluti sem félagið fjárfesti í HS Orku hf. og aðrar þær upplýsingar sem varpað gætu skýrara ljósi á félagið og tengsl þess við móðurfélagið, Magma Energy Corp. Samhljóða bréf var sent HS Orku hf.

Með bréfi dags. 2. febrúar sl. barst nefndinni svar frá Ástríði Gísladóttur, hdl., fyrir hönd MES, þar sem m.a. kom fram að félagið teldi sig ótvírætt falla undir skilyrði 2. tölul. 1. mgr. 4. gr. laga um fjárfestingu erlendar aðila í atvinnurekstri með vísan til orðalags ákvæðisins og umfjöllunar í lögskýringargögnum.

Lögmaður MES vísaði til skilgreiningar á hugtakinu „erlendur aðili” í 1. mgr. 2. gr. laga nr. 34/1991 þar sem komi fram að með erlendum aðila sé m.a. átt við lögaðila sem **heimili eigi erlendis**. Þá segir jafnframt að lögaðili teljist eiga heimili erlendis ef hann er skráður til heimilis erlendis **eða** telur heimili sitt erlendis samkvæmt samþykktum sínum. Ekki þurfi að uppfylla hvorutveggja, heldur er hér um upptalningu að ræða og nægir því að annað hvort sé, skráning eða heimili samkvæmt samþykktum.

Með hliðsjón af skilgreiningu 2. mgr. 4. gr. laga nr. 34/1991 á hugtakinu „íslenskur aðili” mætti ljóst vera að ætlun löggjafans hafi ekki verið að setja aðra reglu um hvaða erlendir aðilar féllu undir undanþáguna en komi skýrlega fram í ákvæðinu. Þar að auki megi til samanburðar vísa til 10. gr. laganna þar sem undanþáguheimild þeirrar greinar væri bundin við ríkisfang viðkomandi, auk búsetu.

Í greinargerð með lögnum væri að auki vísað til 40. gr. EES samningsins sem kveði á um að engin höft skuli vera á milli samningsaðila á flutningum fjármagns í eigu þeirra sem búsettir eru í EES ríki, né nokkur mismunur byggð á ríkisfangi eða búsetu aðila eða því hvar fé er notað til fjárfestinga. Samkvæmt ákvæðum EES-samningsins skuli þannig aðilum í einu ríki innan EES vera heimilt án takmarkana að fjárfesta í atvinnurekstri í öðru ríki á svæðinu, þar á meðal á orkusviðinu. Þá vísaði lögmaðurinn einnig til þess að staðfesturéttur skv. 31. gr. EES

samningsins, væri háður því að lögaðili sé lögformlega stofnaður samkvæmt reglum aðildarríkis EES samningsins og hafi skráða skrifstofu, yfirstjórn eða starfsstöð þar, sbr. 34. gr. EES samningsins. Samkvæmt því skipti ekki nokkru máli hverjir kunna að eiga meirihluta í hlutafélagi eða hvort eigendur þess eru frá ríkjum innan eða utan EES uppfylli viðkomandi skilyrði viðkomandi ríkis um stofnunin og skráningu lögaðila.

Að mati lögmannsins félli umbjóðandi hans því án nokkurs vafa undir það að vera heimilisfastur í aðildarríki EES samningsins. Ekki stæðu heimildir eða rök til að gera aðrar kröfur en fram koma í lögnum sjálfum eða túlka ákvæði þeirra með öðru hætti.

Þá var greint nánar frá tengslum MES og móðurfélagsins, Magma Energy Corp. en í bréfinu kom fram að móðurfélagið sé skráð opinberri skráningu í kauphöll í Kanada, skv. þarlendum lögum, að fjárfesting MES í HS Orku hf. hafi að mestu verið fjármögnuð af móðurfélaginu með millifélagaláni sem bókað hafi verið hjá báðum félögum samkvæmt reglum sem um slík lán gilda, ennfremur að kaupverð hluta af bréfum Orkuveitu Reykjavíkur, Sandgerðisbæjar og Hafnafjarðabæjar hafi verið greitt með skuldabréfum útgefnum af MES, með veði í bréfunum sjálfum.

Með bréfi dags. 24. febrúar sl. barst svar frá HS Orku hf. þar sem m.a. kom fram að þar sem um lögfræðilegt úrlausnarefni væri að ræða, sem reyni á skilyrði fyrir fjárfestingu í HS Orku hf., teldi félagið ekki við hæfi að það greindi frá afstöðu sinni vegna fyrirsjáanlegs hagsmunarárekesturs.

### **III.**

Í 3. gr. laga nr. 34/1991 um fjárfestingu erlendra aðila í atvinnurekstri, með síðari breytingum, er að finna þá meginreglu að erlendum aðilum sé heimilt að fjárfesta í atvinnurekstri hér á landi með þeim takmörkunum þó sem greindar eru í lögnum eða sér lögum.

Í 4. gr. laganna er hins vegar kveðið á um takmarkanir á fjárfestingu erlendra aðila í atvinnurekstri.

Í 2. tölul. 1. mgr. 4. gr. laganna er m.a. fjallað um þá aðila sem mega eiga virkjunarréttindi vatnsfalla og jarðhita önnur en til heimilisnota og hverjum sé heimilt að stunda orkuvinnslu og orkudreifingu en þeir eru:

- Íslenskir ríkisborgarar og aðrir íslenskir aðilar
- Einstaklingar sem búsettir eru í öðru aðildarríki samningsins um Evrópska efnahagssvæðið, öðru aðildarríki stofnsamnings Fríverslunarsamtaka Evrópu eða Færeyjum.
- Lögaðilar sem heimilisfastir eru í öðru aðildarríki samningsins um Evrópska efnahagssvæðið, öðru aðildarríki stofnsamnings Fríverslunarsamtaka Evrópu eða Færeyjum.

- Einstaklingar eða lögaðilar samkvæmt heimild í fjárfestingarsamningum milli Íslands og ríkja utan Evrópska efnahagssvæðisins, enda verði slíkir samningar lagðir fyrir Alþingi til staðfestingar með þingsályktun.

Í greinargerð með frumvarpi til laga nr. 46/1996, um breytingu á lögum nr. 34/1991, segir um breytingu á 2. tölul. 1. mgr. 4. gr. laganna:

„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. 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.”

Nefndin leitaði eftir álit Lagastofnunar Háskóla Íslands á nokkrum álitaeftum tengdum fjárfestingunni. Var óskað greiningar á 2. tölul. 1. mgr. 4. gr. laga nr. 34/1991 um fjárfestingu erlendar aðila í atvinnurekstri og þeim breytingum sem urðu á ákvæðinu með lögum nr. 46/1996, hvaða skilyrði lögaðili þurfi að uppfylla til að geta talist „lögaðili sem heimilisfastur er í öðru aðildarríki samningsins um Evrópska efnahagssvæðið”, hvort MES uppfylli skilyrði laganna og meginreglna Evrópuréttar um stofnsetningu fyrirtækja og hvort það hefði áhrif á stöðu MES að um er að ræða dótturfélag Magma Energy Corp. sem er kanadískt félag og þar með skráð utan EES svæðisins.

Dóra Guðmundsdóttir lögfræðingur vann lögfræðialitið og skila nefndinni niðurstöðu sinni 26. nóvember 2009 og viðbót og frekari skýringum þann 10. desember 2009 og 8. janúar 2010.

Þá leitaði nefndin til Kristínar Haraldsdóttur, forstöðumanns Auðlindaréttarstofnunar Háskólans í Reykjavík við meðferð málsins.

Í lögfræðialiti Dóru Guðmundsdóttur er m.a. vikið að túlkun á því hvaða skilyrði lögaðili þurfi að uppfylla til að teljast „lögaðili sem heimilisfastur er í öðru aðildarríki samningsins um Evrópska efnahagssvæðið” segir:

„Af sjónarmiðum um skýringu lagaákvæða er eðlilegt að skýra kröfu um „heimilisfesti” lögaðila sem vísun í skráða skrifstofu þess, eða aðsetur. Í íslenskum félagarétti yrði miðað við heimilisfang félags samkvæmt samþykktum þess, þ.e. stað þar sem félagi er stjórnað frá og þar sem halda skal hluthafafundi þess.

Af því sem að framan er sagt um hugtakið „staðfesturéttur” í rétti EB og í EES-samningnum, má draga þá ályktun um beitingu 31. gr. og 34. gr. EES-samningsins, sbr. lög nr. 2/1993, að nægilegt sé að félag sé skráð með lögætum hætti í einu

aðildarríki EES og hafi skráða skrifstofu, yfirstjórn eða aðalstarfsstöð á yfirráðasvæði EES-samningsins. Eru skilyrðin túlkuð þannig að hvert skilyrði um sig er nægilegt til að félagið falli undir ákvæði samningsins um staðfesturétt.

Eins og fram er komið verða þau viðmið dregin af túlkun á ákvæðum 31. gr. og 34. gr. EES-samningsins að ríki geta almennt ekki véfengt stofnsetningu og skráningu félags í öðru ríki. Það virðist því vera nægilegt sem skilyrði fyrir því að byggja rétt á þessum ákvæðum EES-samningsins að félag sé stofnsett og skráð í Svíþjóð, til að teljast sænskt félag, án tilliti til félagsforms þess og án tillits til eignarhalds þess.

Það verður því að telja að félagið Magma Energy Sweden AB geti byggt á ákvæðum 31. og 34. gr. EES-samningsins, sbr. lög nr. 2/1993, þrátt fyrir stöðu þess sem dótturfélags Magma Energy Corp, þar sem félagið er skráð samkvæmt sænskum reglum og hefur skráð heimili í Svíþjóð, með fyrirvara um að ekki sé vísitandi farið í kringum reglur í aðildarríki (sjá kafla 3). Það leiðir til þeirrar niðurstöðu að Magma Energy Sweden AB geti fallið undir ákvæði 4. gr. laga nr. 34/1991, sem „lögaðilar sem heimilisfastir eru í öðru aðildarríki samningsins um Evrópska efnahagssvæðið”.

40. gr. EES-samningsins verður skýrð með sama hætti og 31. gr. EES-samningsins að þessu leyti og jafnvel þannig að hún geri minni kröfur, þar sem sú grein miðar við að ekki skuli vera höft á flutningi fjármagns í eigu þeirra sem búsettir eru í aðildarríki EB eða EFTA ríkja. Skráð heimili félagsins í Svíþjóð nægir til þess að félagið teljist búsett þar.”

Við meðferð málsins var hugað að því hvort sjónarmið um svokallaða sniðgöngu laga kæmu til álita, í ljósi þess að MES væri í eigu kanadísks móðurfélags, sem ekki njóti réttar til að fjárfesta á grundvelli 2. tölul. 1. mgr. 4. gr. laganna. Óljóst er hvort sjónarmið um sniðgöngu að íslenskum rétti eigi við í þessu máli ef horft er til skýringa með breytingum þeim sem fólust í lögum nr. 46/1996 enda tilgangur þeirra að samrýma ákvæði laganna skuldbindingum íslenska ríkisins að EES rétti.

Í áliti Dóru Guðmundsdóttur var einnig vikið að sjónarmiðum um sniðgöngu kæmu til álita í málinu. Með sniðgöngu væri átt við þær aðstæður þegar aðili komist fram hjá gildandi lögum með því t.d. að skapa formlega skilyrði til að nýta sér tiltekna löggjöf eða komast hjá beitingur hennar.

„Þeir dómar sem til eru og varða sniðgöngu fjalla fyrst og fremst um samskipti aðila innan bandalagsins (þ.e. í viðskiptum yfir landamæri) fremur en þá aðstöðu að aðilar utan EB séu taldir beita sniðgöngu. Geta dómarnir því haft takmarkað fordæmisgildi í máli eins og þessu. Loks gera reglur EB að nokkru marki ráð fyrir að einstaklingar og lögaðilar geti valið að nota reglur eins aðildarríkis fremur en annars, fyrir tilstilli fjórfrelsisákvæðanna, með lögmatum hætti, án þess að það teljist til sniðgöngu. Dómar Evrópudómstólsins um staðfesturétt og stofnun fyrirtækja eru meðal skýrra dæma um þetta og hefur dómstóllinn staðfest að félög geti með lögmatum hætti valið þá lögsögu sem þau kjósa að skrá félag (oft þar sem reglur eru hagstæðastar) í þeim tilgangi að stofna útibú og starfa í öðru aðildarríki (jafnvel heimaríki) án þess að þurfa að fullnægja þarlandum reglum um skráningu (sjá einkum mál C-212/97 Centros [1999] ECR I-1459). Í þessu og sambærilegum málum hefur því verið haldið fram að um sniðgöngu sé að ræða en Evrópudómstóllinn hefur ekki fallist á þau sjónarmið.

Í lögfræðiáliti Dóru Guðmundsdóttur kemur fram að sjónarmið um sniðgöngu hafi ekki náð mikilli fötfestu í EES/EB rétti, reglurnar séu ómótaðar, viðmið óskýr og dómar EB-dómstólsins varði fyrst og fremst viðskipti á innri markaði Evrópusambandsins en ekki við þriðju ríki. Í þeim fáum tilvikum þar sem fallist hafi verið á að um sniðgöngu væri að ræða hafi reynt á túlkun skilyrða EB-réttar um undanþágu frá meginreglunni um frjálsa för en slíkar undanþágur komi aðeins til greina sé um lögmætt markmið að ræða og að uppfylltri kröfunni um að gætt sé meðalhófs. Yfirleitt hafi reynt á túlkun sértækrar löggjafar sem m.a. hafi verið sett til að koma í veg fyrir skattasniðgöngu. Þá kemur fram að reglur EB geri að nokkru marki ráð fyrir að einstaklingar og lögaðilar geti valið að nota reglur eins aðildarríkis fremur en annars með lögmætum hætti án þess að það teljist til sniðgöngu. Enda sé það markmið innri markaðarins að auðvelda staðfestu og auðvelda för einstaklinga og félaga á milli ríkja. Svo lengi sem raunveruleg starfsemi sé stunduð og markmið aðila sé að nota reglur bandalagsréttar til að nýta sér tækifæri innri markaðarins sé um lögmæta aðgerð að ræða, en ekki sniðgöngu.

#### **IV.**

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 meirihlut nefndarinnar skilyrði laganna um að teljast lögaðili með heimilisfesti á evrópska efnahagssvæðinu. Minnihluti nefndarinnar skilaði hins vegar séráliti þar sem lagt er til að umræddum kaupum MES verði hafnað.

**Niðurstaða meirihluta nefndarinnar er sú að fjárfesting Magma Energy Sweden AB á hlutum í HS Orku hf., sbr. tilkynningu HS Orku hf. frá 29. september og þeim gögnum sem síðar hafa verið lögð fram, gangi ekki gegn ákvæðum 2. tölul. 1. mgr. 4. gr. laga um fjárfestingu erlendra aðila í atvinnurekstri nr. 34/1991.**

**Unnur G. Kristjánsdóttir, formaður  
Adolf Berndsen  
Sigurður Hannesson.**