

MINNISBLAÐ

Sendandi: JURIS lögmannsstofa / Páll Ásgrímsson hdl. / Finnur Magnússon hdl.
Móttakandi: Nefnd um fjárfestingar og afnotarétt útlendinga á fasteignum hér á landi
Dags.: 12. maí 2014.
Efni: Heimild til að takmarka rétt EES ríkisborgara til eignaréttar eða afnotaréttar að fasteignum.

A. Inngangur

1. Með tölvubréfi, dags. 26. mars sl., óskaði innanríkisráðuneytið eftir lögfræðilegu álitum á tilteknum atriðum varðandi heimild íslenska ríkisins, sem samningsaðila að EES-samningnum, til að takmarka rétt EES-ríkisborgara til eignaréttar eða afnotaréttar að fasteignum hér á landi. Í verkefnalýsingu ráðuneytisins segir eftirfarandi:

„Verkefnið væri [...] að yfirfara þau sjónarmið og lagarök sem fram koma, sérstaklega hjá Stefáni [Má Stefánssyni] og Jens [Hartvig Danielsen], og leggja mat á þau. Hér væri einnig spurning hvort vinna þurfi frekari greiningu til að fylla inn í þessa mynd, en viðfangsefni okkar er [...] að svara þeirri spurningu hvort heimilt er að takmarka rétt EES útlendinga til eignaréttar eða afnotaréttar á fasteignum hér á landi ef afnotin tengjast ekki búsetu, staðfestu eða þjónustustarfsemi.“ (undirstrikanir eru höfunda)

2. Með vísan til þessarar verkefnalýsingar verður hér á eftir fjallað um eftirfarandi efnisþætti sérstaklega: (i) sjónarmið og lagarök sem fram koma í álitum Stefáns Más Stefánssonar og Jens Hartvig Danielsen, dags. 6. desember 2012. Hvað þennan efnisþáttinn varðar verður fjallað um þau atriði sem einkum eru lögð til grundvallar af hálfu höfunda minnisblaðsins, þ.á m. hvort að gera beri greinarmun á rétti til fjármagnsflutninga fyrir og eftir gildistöku Maastrichtsáttmálans 1. janúar 1994 og þá hvaða réttaráhrif það kann að hafa á meginmál EES-samningsins og réttargerðir ESB sem settar voru í kjölfarið og innleiddar hafa verið í íslenskan rétt í samræmi við skyldur Íslands samkvæmt EES-samningnum; og (ii) svigrúm íslenska ríkisins til að takmarka rétt EES-borgara til eignaréttar eða afnotaréttar á fasteignum hér á landi ef afnotin tengjast ekki búsetu, staðfestu eða þjónustustarfsemi;

3. Að því leyti sem ný álitamál vakna, einkum ef talið verður að lagarök og sjónarmið í álitum Stefáns Más Stefánssonar og Jens Hartvig Danielsen séu gagnrýniverð, verður fjallað sérstaklega um þau álitaeefni eftir því sem ástæða þykir til.

4. Rétt er að taka fram að í minnisblaðinu verður almennt vísað til stofnsáttmála Evrópusambandsins án tillits til einstakra breytingarsáttmála í kjölfar ríkjaráðstefna sambandsins, s.s. Amsterdam, Nice og Lissabon o.s.frv. Þannig verður einungis fjallað um breytinguna sem varð á frjálsu flæði fjármagns, einkum með samþykkt Maastricht sáttmálans, eftir því sem þurfa þykir og að því marki sem það hefur þýðingu við samningu minnisblaðs þessa. Þá verður fjallað um Evrópusambandið þótt að í einstökum tilvikum eigi umfjöllunin við um Efnahagsbandalag Evrópu, o.s.frv. Sama gildir um dómstóla Evrópusambandsins, þeir verða hér eftir nefndir Evrópu-dómstóllinn. Er þessi tilhöggun höfð til að hagræðis og til að koma í veg fyrir of flókna framsetningu einstakra efnisatriða.¹

B. Helstu niðurstöður

- Einstaklingar og lögaðilar sem falla undir ákvæði EES-samningsins njóta sjálfstæðs réttar samkvæmt 40. gr. EES-samningsins til að kaupa fasteignir hér á landi. Íslensk stjórnvöld geta takmarkað þennan rétt á grundvelli 43. gr. EES-samningsins eða almannahagsmuna.
- Af dómaframkvæmd Evrópudómstólsins er ljóst að unnt er að takmarka rétt erlenda aðila til að kaupa fasteignir hér á landi ef takmörkunin byggir á sjónarmiðum um:
 - skipulag tiltekinna svæða
 - landbúnað og rekstur tiltekinna bújarða
 - stefnu stjórnvalda að búseta skuli vera á tilteknum svæðum allt árið
 - umhverfisvernd og vernd sérstakra menningarsvæða
- Takmörkun á rétti erlendra aðila samkvæmt 40. gr. EES-samningsins má aldrei byggja á ríkisfangi - m.ö.o. mismunun á grundvelli þjóðernis er í andstöðu við EES-samninginn. Þá ber við takmörkun réttar samkvæmt EES-samningnum að gæta meðalhófs í hvívetna.
- Í nýlegri ákvörðun eftirlitsstofnunar EFTA komst hún að þeirri niðurstöðu að norsk lög, sem takmarka rétt aðila til að kaupa fasteignir í Noregi, fælu ekki í sér brot gegn 40. gr. EES-samningsins. Nærtækast væri að líta til norsks réttar varðandi hugsanlegar takmarkanir sem innleiddar yrðu hér á landi.

¹ Um almenna umfjöllun á sögulegum breytingum á réttinum á frjálsu flæði fjármagns vísast til umfjöllunar C. Barnard, *The Substantive Law of the EU - The Four Freedoms*, Oxford University Press, 2013, bls. 579 og áfram, og K. Leanerts, *European Union Law*, Sweet & Maxwell 2011, bls. 285 og áfram. Þess ber að gæta að höfundur síðari bókarinnar er varaforseti Evrópudómstólsins.

C. Um sjónarmið og lagarök Stefáns Más Stefánssonar og Jens Hartvig Danielsen

5. Þann 6. desember 2012 gáfu Stefán Már Stefánsson og Jens Hartvig Danielsen út álitserð til innanríkisráðuneytisins vegna fyrirhugaðrar breytingar ráðuneytisins á lögum og reglum er leitt gætu til takmörkunar á rétti „útlendinga“ til að fjárfesta í fasteignum hér á landi.²

6. Höfundar þessa minnisblaðs eru sammála þeim fjölmörgu sjónarmiðum sem fram koma í álitserð Stefáns Más og Jens Hartvig og varða hefðbundin sjónarmið um efni og inntak ESB-réttar og EES-réttar. Aftur á móti eru gerðar athugasemdir við túlkunaraðferðir og margar af þeim ályktunum sem dregnar eru af þeirra hálfu, s.s. þýðingu samþykktar Maastricht sáttmálans og áhrif gildistöku hans á rétt aðila samkvæmt EES-rétti og hvaða svigrúm samningsaðilar að EES-samningnum njóta við takmörkun á rétti erlendra einstaklinga og lögaðila til að kaupa fasteignir.

7. Höfundar þessa minnisblaðs telja að ef sú aðferðarfræði sem lögð er til grundvallar í álitserð Stefáns Más og Jens Hartvig yrði almennt notuð, þegar réttindi og skyldur samningsaðila að EES-samningnum yrðu ákvarðaðar, væri ljóst, að það fjórfrelsi sem mælt er fyrir um í samningnum væri mun takmarkaðra en það hefur verið um árabíl. Af þessu leiðir, að mati höfunda, að leggja beri aðra nálgun til grundvallar þegar metið er hversu mikið svigrúm Ísland nýtur, sem samningsaðili að EES-samningnum, við takmörkun á rétti einstaklinga og lögaðila til að kaupa fasteignir hér á landi. Það leiðir þó ekki þegar af þeirri ástæðu til annarrar niðurstöðu, sbr. nánar síðar.

8. Eins og ráða má af rökstuðningi Evrópudómstólsins og EFTA dómstólsins nálgast umræddir dómstólar þau álitaeefni sem þeim ber að leysa úr þannig að metið er hvort að réttindi aðila á markaði (e. individuals and economic operators) skerðist þegar samningsríki samþykkja lög og reglur sem áhrif hafa á hið svokallaða fjórfrelsi. Vísast í þessu sambandi til t.d. niðurstöðu EFTA dómstólsins í *Fokus Bank* máli:³

Article 40 EEA prohibits restrictions between the Contracting Parties on the movement of capital belonging to persons resident in EC or EFTA States, and discrimination based on the nationality or the place of residence of natural or legal persons or on the place where such capital is invested. That provision confers a right upon individuals and economic operators to market access (see, with regard to the free movement of services, Case E-1/03 EFTA Surveillance Authority v Iceland, at paragraph 30).

² Í beiðni ráðuneytisins er þetta m.a. orðað svo: „Der ønskes en redegørelse for EØS-aftalens regler om kapitalens frie bevægelighed og EØS-staters mulighed for at betinge udlændinges investeringer i fast ejendom af forudgående tilladelse.“

³ Fokus Bank and The Norwegian State, EFTA Case E-1/04, para 25.

9. Af þessu leiðir að þegar metið er hvort að lög og reglur samningsaðila að takmarki rétt aðila til að flytja fjármagn á grundvelli 40. gr. EES-samningsins frá einu samningsríki til annars, hvort heldur sem það er vegna nýtingar á hinum þáttum fjórfrelsisins eða ekki, s.s. vegna kaupa á fasteign, þá verður metið hvort að réttur *einstaklinga og lögaðila* eins og hann er afmarkaður í EES-samningnum sé skertur. Í því sambandi hefur minni þýðingu hvort og að hvaða leyti einstakir samningsaðilar að EES-samningnum skuldbundu sig að þjóðarétti að teknu tillit til efnis einstakra stofnsáttmála ESB, líkt og álitserð Stefáns Más og Jens Hartvig byggir að mestu leyti á. Byggir þessi afstaða okkar á dómafordæmum EFTA dómstólsins.

10. EFTA dómstóllinn hefur ítrekað vísað til þessa réttar einstaklinga og lögaðila þegar fjallað hefur verið um einstaka þætti fjórfrelsisins. Þessu til viðbótar hefur dómstóllinn lagt áherslu á raunverulegan rétt þessara aðila (e. right to market access) til að nýta sér þau réttindi sem skilgreind eru í EES-samningnum. Í einu máli, *Pálmi Sigmarsson gegn Seðlabanka Íslands*, var fjallað um rétt til að notfæra sér þennan rétt. Málið varðaði rétt íslensks ríkisborgara til að flytja íslenskar krónur, sem keyptar voru erlendis, til að greiða inn á lán ríkisborgarans á Íslandi. Í forsendum dóms EFTA dómstólsins sagði m.a. hvað þetta varðar:

„Article 40 EEA prohibits restrictions between the Contracting Parties on the movement of capital belonging to persons resident in the EEA, and discrimination based on the nationality or the place of residence of natural or legal persons or on the place where such capital is invested. It is settled case-law that this Article confers a right upon individuals and economic operators to market access (see Cases E-1/04 Fokus Bank [2004] EFTA Ct. Rep. 11, paragraph 25, and E-10/04 Piazza [2005] EFTA Ct. Rep. 76, paragraph 32).⁴

11. Samkvæmt þessu er ljóst að þegar metið er hvort að lög og reglur samningsaðila takmarki rétt aðila samkvæmt 40. gr. EES-samningsins, hvort heldur sem það er vegna nýtingar á hinum þáttum fjórfrelsisins eða ekki, þá verður metið hvort að *raunverulegur réttur* sé skertur. Í því sambandi skiptir minna máli lagatæknileg greining á því hvert efni 40. gr. EES-samningsins megi teljast, líkt og álitserð Stefáns Más og Jens Hartvig byggir á, þ.á. m að teknu tillit til þess hvort að Evrópudómstóllinn hafi talið tilskipun 88/261/EEC hafa haft bein réttaráhrif og þá að hvaða leyti mismunandi orðalag stofnsáttmála Evrópusambandsins hafi verið fyrir og eftir samþykkt Maastricht sáttmálans.

⁴ Pálmi Sigmarsson gegn Seðlabanka Íslands, EFTA Case E-3/11, para 29.

12. Í fyrrnefndri álitargerð Stefáns Más og Jens Hartvig er lögð umtalsverð áhersla á að gera verði greinarmun á því hvaða reglur gildi, um rétt erlendra aðila til að kaupa fasteignir hér á landi, eftir því hvort litið sé til dómaframkvæmdar Evrópudómstólsins fyrir eða eftir samþykkt Maastricht sáttmálans. Í því sambandi er lögð á það áhersla að meginregla EES-samningsins um frjálst flæði fjármagns sé efnislega hin sama og eldri regla stofnsáttmála ESB fyrir samþykkt Maastricht sáttmálans, þ.e. fyrir upptöku nánari samruna milli aðildarríkja ESB á sviði gjaldeyrismála og upptöku sameiginlegs gjaldmiðils. Er komist að þeirri niðurstöðu með vísan til dómaframkvæmdar Evrópudómstólsins fyrir og eftir gildistöku Maastricht sáttmálans að ekki sé til staðar sjálfstæður réttur á grundvelli 40. gr. EES-samningsins fyrir erlenda aðila til að kaupa fasteign hér á landi.

13. Höfundar þessa minnisblaðs telja þessa niðurstöðu prófessoranna byggja um of á þeirri staðreynd að Maastricht sáttmálinn hafi haft í för með sér breytingar á því ákvæði ESB sem gildi um frjálst flæði fjármagns og ennfremur hvaða áhrif þessi breyting hafði á samruna og/eða samstarf aðildarríkja Evrópusambandsins. Að okkar mati ber þess í stað að leggja áherslu á að með samþykkt Maastricht sáttmálans breyttist það orðalag í stofnsáttmálum ESB sem gildi um frjálst flæði fjármagns þannig að eftir sáttmálabreytinguna líktist það mun meira orðalagi EES-samningsins um frjálst flæði fjármagns. Í *Ospelt* málinu fjallaði Evrópudómstóllinn um það atriði, hvort 40. gr. EES-samningsins og eldra ákvæði stofnsáttmála ESB, sem nú er 63. gr. Lissabon sáttmálans, væru efnislega samhljóða:

Article 40 of and Annex XII to the EEA Agreement are applicable to the dispute in the main proceedings which relates to a transaction between nationals of States party to that Agreement. The Court may give an interpretation of them where a reference is made by a court of a Member State with regard to the cope within that State of an agreement which forms an integral part of the Community legal system [...].

However, it is apparent from those provisions that the rules laid down in them prohibiting restrictions on the movement of capital and discrimination, so far as concerns relations between the States party to the EEA Agreement, irrespective of whether they are members of the Community or members of EFTA, are identical to those under Community law with regard to relations between the Member States. [...].

Furthermore, one of the principal aim of the EEA Agreement is to provide for the fullest possible realization of the free movement of goods, persons, services and capital within the whole European Economic Area, so that the internal

market established within the European Union is extended to the EFTA States. From that angle, several provisions of the abovementioned Agreement are intended to ensure, as uniform an interpretation as possible thereof throughout the EEA (see Opinion 1/92 [1993] ECR I-2821). It is for the Court, in that context, to ensure that the rules of the EEA Agreement which are identical in substance to those of the Treaty are interpreted uniformly within the Member States.

Accordingly, the answer to the first question must be that rules such as those laid down by the VGVG making transactions relating to agricultural and forestry plots subject to administrative controls must, where a transaction is in issue between nationals of States party to the EEA Agreement, be assessed in the light of Article 40 of and Annex XII to the aforementioned Agreement, which are provisions possessing the same legal scope as that of Article 73b of the Treaty, which is identical in substance.⁵

14. Af framansögðu leiðir að ekki ber einungis að horfa til þess að 63. gr. Lissabonsáttmálans breyttist eftir samþykkt Maastricht sáttmálans, heldur *hvaða breyting* varð á efni ákvæðisins við samþykkt Maastricht sáttmálans. Eins og ráða má af framangreindum rökstuðningi Evrópudómstólsins þá er efni 40. gr. EES-samningsins og 63. gr. Lissabonsáttmálans enn efnislega samhljóða þrátt fyrir þá orðalagsbreytingu sem átti sér stað með samþykkt Maastricht sáttmálans.

15. Af þessum sökum verður að telja að umtalsverðar líkur séu á því að EFTA dómstóllinn muni taka tillit til dóma Evrópudómstólsins þegar metið verður hvort að takmarkanir á rétti erlendra aðila til að kaupa fasteignir hér landi og hugsanlega innleiddar verða brjóti gegn 40. gr. EES-samningsins og eftir atvikum 43. gr. sama samnings. Þessi afstaða mun byggja á orðalagi 40. gr. EES-samningsins, og eftir atvikum 63. gr. Lissabonsáttmálans eins og hún hefur verið túlkuð í dómum Evrópudómstólsins, þ.m.t. í dómum eftir gildistöku Maastricht sáttmálans, svo og 43. og 65. gr. sömu samninga að breyttu breytanda. Þessi afstaða okkar, að byggja á orðalagi EES-samningsins annars vegar og Lissabon samningsins hins vegar, grundvallast á tilhneigingu bæði EFTA dómstólsins og Evrópudómstólsins til að gera slíkt hið sama þegar álitamál rísa um raunveruleg réttaráhrif EES-réttar og ESB-réttar í einstökum málum. Á það ekki síst við þegar samningsaðilar að EES-samningnum eða aðildarríki að ESB innleiða reglur sem ætlaðar eru til þess að takmarka beint eða óbeint rétt einstaklinga og lögaðila til að nýta sér hið svokallað fjórfrelsi.

⁵ C-452/01, Ospelt and Schlössle Weissenberg, ECR I-9785, paras 27-29 og 32.

16. Þessi til viðbótar er rétt að vísa til tveggja samningsákvæða sem taka til þess hvernig farið skuli með dóma Evrópudómstólsins sem kveðnir voru upp *fyrir* og *eftir* undirritunardag EES-samningsins. Í 6. gr. EES-samningsins segir að með fyrirvara um þróun dómsúrlausna Evrópudómstólsins í framtíðinni þá beri við framkvæmd og beitingu ákvæða samningsins að túlka þau til samræmis við dóma Evrópudómstólsins sem máli skipta og kveðnir hafa verið upp *fyrir* undirritunardag EES-samningsins að því tilskildu að þau séu efnislega samhljóða samsvarandi reglum í stofnsáttmálum Evrópusambandsins. Þá segir í 2. mgr. 3. gr. samnings milli EFTA-ríkjanna um stofnun eftirlitsstofnunar og dómstóls að við túlkun og beitingu EES-samningsins og nefnds samnings skuli eftirlitsstofnun EFTA og EFTA-dómstóllinn taka tilhlýðilegt tillit til þeirra meginreglna sem mælt er fyrir um í viðkomandi dómum Evrópudómstólsins sem kveðnir eru upp *eftir* undirritunardag EES-samningsins og varða túlkun stofnsáttmála ESB.⁶ Í framkvæmd hefur EFTA dómstóllinn skilyrt þennan greinarmun og forseti EFTA dómstólsins hefur í fræðigrein talið hann fyrst og fremst hafa pólitískt gildi: „In the EFTA Court’s practice, the politically important distinction between old and new case-law has largely been qualified.“⁷ Hafa þessar stofnanir fylgt eftir þessum ákvæðum og byggt ákvarðanir sínar á dómum Evrópudómstólsins sem túlkað hafa ákvæði stofnsáttmála Evrópusambandsins og gerðum settum á grundvelli þeirra eftir gildistöku Lissabonsáttmálans.⁸

17. Höfundar minnisblaðs benda á að bæði EFTA dómstóllinn og Evrópudómstóllinn hafa í reynd hafnað túlkunaraðferðum á borð við þær sem liggja til grundvallar álitsgerð Stefáns Más og Jens Hartvig. Þannig hafa stjórnvöld aðildarríkjanna iðulega telt fram svipuðum rökum, þ.e. að greinarmunur á markmiði og gildissviði EES-samningsins og stofnsáttmála Evrópusambandsins standi í vegi þess að unnt sé að túlka EES-samninginn í samræmi við markmið hans um einsleitni. Þessu hefur EFTA dómstóllinn alfarið hafnað. Til að mynda hefur dómstóllinn sérstaklega tekið fram að meginreglan um einsleitni leiði til þess að *löglíkur* eru fyrir að ákvæði sem eru efnislega samhljóða í EES-samningnum og stofnsáttmála ESB skuli túlkuð og skýrð

⁶ Sjá S. Norberg, K. Hökborg, M. Johansson, D. Eliasson og L. Dedichen, *EEA Law - A Commentary on the EEA Agreement*, Fritzes 1993, bls. 189-193. Umfjöllun höfunda bókarinnar, sem allir störfuðu sem lögfræðingar hjá EFTA við samningu EES-samningsins, gefur til kynna að dómur Evrópudómstólsins sem uppkveðnir voru *eftir* undirritun EES-samningsins hafi ekki síður þýðingu en dómur sem uppkveðnir voru *fyrir* undirritun samningsins.

⁷ Sjá Carl Baudenbacher, *The EFTA Court and Court of Justice of the European Union: Coming in Parts but Winning Together*, Asser Press, bls. 187.

⁸ Sjá t.d. ákvörðun eftirlitsstofnunar EFTA, dags. 11. júlí 2012, um að fella niður mál nr. 67812 og 68826 vegna kvörtunar á hendur Noregi um að erlendum ríkisborgunum sé mismunað við kaup á fasteignum í Noregi og réttur þeirra samkvæmt 40. gr. EES-samningsins þannig takmarkaður. Í ákvörðun sinni vísar eftirlitsstofnunin til fjölmargra dóma Evrópudómstólsins sem fjalla m.a. um frjálst flæði fjármagns eftir samþykkt Maastricht sáttmálans. Um ákvörðunina verður fjallað síðar.

með sams konar hætti.⁹ Evrópudómstóllinn hefur komist að sömu niðurstöðu og tekið sérstaklega fram að bæði Evrópudómstóllinn og EFTA dómstóllinn hafi viðurkennt þörfina á að tryggja að efnislega samhljóða ákvæði skuli skýrð með sama hætti.¹⁰

18. Í framkvæmd hefur EFTA dómstóllinn byggt á sömu túlkunaraðferðum og Evrópudómstóllinn, þ.e. markmiðstúlkun þar sem framsækin túlkun (e. dynamic interpretation) kemur fyllilega til greina, í stað þeirrar lagatæknilegu nálgunar sem lögð er til grundvallar í álitgerð prófessoranna tveggja. Forseti EFTA dómstólsins hefur lýst þessu svo: „...Special consideration is given to *effet utile*, and dynamic interpretation, i.e. judicial lawmaking, is not ruled out. In practice the EFTA Court follows the *same methods* of interpretation as the ECJ. In Case E-4/04 Pedicel, it found that the fundamental goal of creating dynamic and homogeneous EEA may make a dynamic interpretation of EEA law necessary. In other cases, it held that EEA law must be interpreted in view of its *effectiveness*.”¹¹

19. Af öllu framangreindu leiðir að beita skal markmiðstúlkun en ekki lagatæknilegri og taka ber tillit til dómaframkvæmdar Evrópudómstólsins við mat á efni og inntaki 40. gr. EES-samningsins þegar ákvarðað er hvort og að hvaða marki samningsaðilar að EES-samningnum geta takmarkað rétt erlendra einstaklinga og lögaðila til að kaupa fasteignir hér á landi, að því marki sem það kann að falla undir rétt þeirra til að flytja fjármagn í skilningi 40. gr. EES-samningsins.

D. Almennt um réttinn til fjármagnsflutninga skv. 40. gr. EES-samningsins

20. Í 40. gr. EES-samningsins er mælt fyrir um eina meginreglu fjórfrelsisins, nánar tiltekið meginregluna um frjálst flæði fjármagns, en hún er svohljóðandi:

„Innan ramma ákvæða samnings þessa skulu engin höft vera milli samningsaðila á flutningum fjármagns í eigu þeirra sem búsettir eru í aðildarríkjum EB eða EFTA-ríkjum né nokkur mismunun, byggð á ríkisfangi eða búsetu aðila eða því hvar féð er notað til fjárfestingar. Í XII. viðauka eru nauðsynleg ákvæði varðandi framkvæmd þessarar greinar.“

21. Líkt og þegar hefur komið fram þá ber við skýringu þessa ákvæðis að taka tillit til dóma Evrópudómstólsins, um sambærilegt ákvæði í Lissabon sáttmálanum, þegar efni

⁹ Sjá mál E-2/06, *EFTA Surveillance Authority v. Norway*, 59. mgr.: “[t]he principle of homogeneity enshrined in the EEA Agreement leads to a presumption that provisions identically framed [...] are to be construed in the same way.”

¹⁰ Sjá Case C-268/02 *Bellio Fratelli*, 34. mgr.: “both the Court and the EFTA Court have recognised the need to ensure that the rules of the EEA Agreement which are identical in substance to those of the Treaty are to be interpreted uniformly.”

¹¹ Sjá Carl Baudenbacher, sbr. neðanmálgrein 7, bls. 197.

og inntak ákvæðisins er ákvarðað. Af dómaframkvæmd Evrópudómstólsins er ljóst að dómstóllinn hefur ítrekað komist að þeirri niðurstöðu að unnt sé að takmarka frjálst flæði fjármagns á grundvelli undantekninga sem upp eru taldar í 65. gr. Lissabon sáttmálans annars vegar og almannahagsmuna hins vegar (e. overriding requirements of the general interest). Þannig er ljóst að þrátt fyrir að ákvæðið mæli fyrir um að engin höft skuli vera milli samningsaðila á flutningum fjármagns þá hafa samningsaðilar að EES-samningnum svigrúm til að setja lög og reglur sem takmarka þetta frelsi.

22. Eitt fyrsta málið þar sem reyndi á svigrúm aðildarríkja til að takmarka rétt erlendra aðila til að kaupa fasteignir varðaði jarðakaup á Írlandi. Í *Fearon* málinu var fjallað um þá ákvörðun enskra ríkisborgara að kaupa jörð á Írlandi, en sérstakt írskt félag var stofnað af þeirra hálfu í þeim tilgangi. Sérstök nefnd, sem hafði það hlutverk að fjalla um jarðakaup, hafnaði því að kaupin gengu eftir með vísan til þess að ensku ríkisborgararnir væru ekki búsettir á Írlandi líkt og írsk lög gerðu kröfu til. Í dómi Evrópudómstólsins sagði eftirfarandi um það hvort heimilt væri að gera slíka kröfu:

The question raised by the Supreme Court of Ireland seeks to ascertain, however, whether, having regard to the rules laid down in the Treaty, nationals of other Member States who have exercised their right of establishment in Ireland under Article 52 of the Treaty by participating in the formation of a company within the meaning of Article 58 of the Treaty can be required to meet a residence requirement.

That question must be answered in the affirmative if the obligation to reside on or near land is imposed by a Member State, within the framework of legislation concerning the ownership of rural land which is intended to achieve the objectives set out above, both on its own nationals and on those of the other Member States and is applied to them equally. A residence requirement so delimited does not in fact amount to discrimination which might be found to offend against Article 52 of the Treaty.

The reply to the question put to the Court by the Supreme Court of Ireland must therefore be that Article 52 of the Treaty does not prohibit a Member State from making exemption from compulsory acquisition measures adopted under legislation governing the ownership of rural land subject to a requirement that nationals of other Member States who have taken part in the formation of a land-owning company reside on or near the land, if that residence requirement also applies to nationals of that Member State and if

the powers of the compulsory acquisition are exercised in a discriminatory manner.¹²

23. Einstök aðildarríki hafa í landsrétti sínum innleitt mismunandi skilyrði sem uppfylla þarf vegna jarðakaupa eftir því hvort að þeirra eigin ríkisborgarar eða erlendir ríkisborgarar eigi í hlut. Í *Konle* málinu reyndi m.a. á þetta og hvort að heimild væri fyrir setningu mismunandi skilyrða eftir því hvort kaupandinn væri ríkisborgari þess ríkis sem skilyrðin setti eða ríkisborgari annars aðildarríkis ESB. Dómstóllinn hafnaði alfarið því að slíkt fyrirkomulag stæðist bandalagsrétt og taldi að ef vægari skilyrði giltu um eigin ríkisborgara aðildarríkis þá væri það staðfesting þess að unnt væri að ná settu markmiði með vægari hætti. Í dóminum var ennfremur tekið skýrt fram að kaup á fasteignum væru samofin rétti á frjálsum flæði fjármagns. Í forsendum dómsins sagði m.a. um þetta atriði:

[I]t is common ground that national legislation on the acquisition of land must comply with the provisions of the Treaty on freedom of establishment for nationals of Member States and the free movement of capital. The Court has already held that, as is apparent from Article 54(2) of the Treaty, the right to acquire, use or dispose of immovable property on the territory of another Member State is the corollary of freedom of establishment [...]. As for capital movements, they include investments in real estate on the territory of a Member State by non-residents, as is clear from the nomenclature of capital movements set out in Annex I to Council Directive 88/361/EEC of 24 June 1988 for the implementation of Article 67 of the Treaty [...].

Accordingly, a procedure of prior authorization, such as that under the TGVG 1996, which entails, by its very purpose, a restriction on the free movement of capital, can be regarded as compatible with Article 73b of the Treaty only on certain conditions.

In that regard, to the extent that a Member State can justify its requirement of prior authorization by relying on a town and country planning objective such as maintaining, in the general interest, a permanent population and an economic activity independent of the tourist sector in certain regions, the restrictive measure inherent in such a requirement can be accepted only if it is not applied in a discriminatory manner and if the same result cannot be achieved by other less restrictive procedures.¹³

¹² C-182/83 Fearon ECR I-3678, paras 9-11.

¹³ C-302/97 Konle ECR I-3122, paras 22, 39-40.

24. Ef aðildarríki vilja undanskilja einstök svæði á grundvelli sérstakra sjónarmiða þá þarf að koma fram rökstudd afstaða af þeirra hálfu sem réttlætir að mismunandi reglur gildi á mismunandi svæðum sem gætu haft takmarkandi áhrif á rétt erlendra ríkisborgara þegar keyptar eru fasteignir. Í *Albore* málinu reyndi m.a. á þetta atriði. Tveir þýskir ríkisborgarar keyptu fasteign á Ítalíu, en skráningu eignafærslunnar var hafnað á þeim grundvelli að fasteignin væri nálægt herstöð. Við nánari skoðun kom í ljós að þau lög sem takmörkuðu rétt aðila til að kaupa fasteignir í tilteknum landshlutum undanskildu einungis ítalska ríkisborgara frá gildissviði þeirra. Í forsendum Evrópudómstólsins var komist að þeirri niðurstöðu að í þessu fælist mismunun. Í niðurstöðu dómsins var tekið fram að aðildarríki þyrftu að hafa svigrúm til að gæta þjóðaröryggis en þar sagði eftirfarandi um mikilvægi þessa að efnislegt mat lægi fyrir þegar aðildarríki takmörkuðu jarðakaup á tilteknum svæðum:

In that regard, a mere reference to the requirements of defence of the national territory, where the situation of the Member State concerned does not fall within the scope of Article 224 of the EC Treaty (now Article 297 EC), cannot suffice to justify discrimination on grounds of nationality against nationals of other Member States regarding access to immovable property on all or part of the national territory of the first state.

The position would be different only if it were demonstrated, for each area to which the restriction applies, that non-discriminatory treatment of the nationals of all the Member States would expose the military interests of the Member State concerned to real, specific and serious risk which could not be countered by less restrictive measures.¹⁴

25. Í síðari dómum sínum hefur Evrópudómstóllinn komist að þeirri niðurstöðu að regluverk, sem gerir ráð fyrir því að opinbert leyfi þurfi til handa EES-ríkisborgunum og ESB-ríkisborgunum þannig að þeir geti nýtt sér rétt sinn samkvæmt 40. gr. EES-samningsins (63. gr. Lissabon sáttmálans) og keypt fasteign í samningsríki EES eða aðildarríki ESB, sé almennt talið of íþyngjandi. Í því sambandi hefur dómstóllinn lagt áherslu á að regluverk sem byggir á tilkynningu kaupanda sé til þess fallið að ná sama markmiði en þó án þess að brjóta gegn meðalhófsreglu bandalagsréttar. Í *Reisch* málinu var þetta álitamál tekið til umfjöllunar. Austurrískir aðilar keyptu fasteignir í nágrenni Salzburgar, en austurrísk lög gerðu ráð fyrir því að þessir aðilar tilkynntu um kaupin til sérstakrar stofnunar sem þurfti, ef sérstök ástæða var til, að samþykkja

¹⁴ C-423/98 *Albore* ECR I-5995, paras 21-22.

kaupsamninginn.¹⁵ Í forsendum dómsins var komist að þeirri niðurstöðu að sá hluti austurrísku laganna, sem gerði ráð fyrir að tilkynnt væri um viðskiptin fæli ekki í sér brot gegn frjálsu flæði fjármagns, á meðan að sá hluti austurrísku laganna, sem gerði ráð fyrir því að samþykki austurrískra stjórnvalda væri nauðsynlegt gildisskilyrði, bryti gegn 63. gr. Lissabon sáttmálans. Í forsendum dómsins sagði um fyrra atriðið:

It is not in dispute that those measures, by laying down a procedure of prior notification/authorization for the acquisition of immovable property, restrict, by their very purpose, the free movement of capital (see, to that effect, Konle, cited above, paragraph 39).

Such restrictions may nevertheless be permitted if the national rules pursue, in a non-discriminatory way, an objective in the public interest and if they observe the principle of proportionality, that is if the same result could not be achieved by other less restrictive means.

As regards the first requirement, it is apparent from paragraph 40 of the Konle judgment, cited above, that restrictions on the establishment of secondary residences in a specific geographical area, which a Member State imposes in order to maintain, for regional planning purposes, a permanent population and an economic activity independent of the tourist sector, may be regarded as contributing to an objective in the public interest. That finding can only be strengthened by the other concerns which may underly those same measures, such as protection of the environment [...].

As regards the second requirement, the Court held, in paragraphs 44 to 48 of the Konle judgment, cited above that a requirement of declaration prior to the purchase of building plots, coupled with the possibility of penalties for breach of the agreed declaration, for regional planning purposes, did comply with Community law [...].

26. Í forsendum dómsins sagði aftur á móti um seinna atriðið:

¹⁵ Það athugast að leitað var forúrskurðar Evrópudómstólsins þrátt fyrir að málið varðaði ekki flutnings fjármagns milli aðildarríkja ESB, en það er almennt skilyrði fyrir því að meginreglur ESB-réttar komi til skoðunar. Evrópudómstóllinn taldi að þrátt fyrir að fasteignakaupin lytu einungis að viðskiptum innan eins aðildarríkis ESB þá gæti dómstóllinn samt sem áður tekið málið til meðferðar enda ættu sömu viðmið við og þegar kaupandi væri erlendur aðili. Sjá nánar Joined Cases C-515/99, C-519/99 to C-524/99 and C-526/99 to C-540/99 Reisch ECR I-2192, paras 21 og 24-27.

As regards the procedure of prior authorization before the Grundverkehrslandeskommission, by contrast, the Court has already held that restrictions on the free movement of capital resulting from the requirement of prior authorization were able to be eliminated by means of an appropriate notification system without thereby detracting from the effective pursuit of the aims of those rules [...].

In the main proceedings, given the opportunity for supervision which the prior notification scheme affords to the public authority, the existence of criminal sanctions and a specific action for annulment which may be brought before the national court should the project carried out fail to comply with the initial declaration, the prior authorization procedure, which [...] may alone initiate on the basis of mere presumptions, cannot be regarded as a measure which is strictly indispensable to prevent infringements of the legislation in issue in the main proceedings in respect of secondary residences. This is all the more so given that the competent authorities may make the grant of prior authorization subject to requirements on which the [law] does not impose any substantive, and require the acquirer of title to provide security up to the value of the property.

The provision of the [law] relating to the prior authorization procedure before the Grundverkehrslandeskommission therefore go beyond both that which is necessary to achieve the chosen regional planning objective and the measures which Member States are entitled to take, as set out in Article 58(1)(b) EC, to prevent infringements of their laws and regulations.¹⁶

27. Evrópudómstólinn hefur lagt ofangreind sjónarmið til grundvallar í síðari dómum. Þar hefur hann ekki útilokað að unnt sé að gera samþykki opinbers stjórnvalds að skilyrði fyrir gildi fasteignakaupa, en þá einungis að ákveðnum skilyrðum fullnægðum. Í *Salzmann* málinu sem ennfremur varðaði fasteignakaup í nágrenni Salzburgar í Austurríki komst dómurinn svo að orði hvað þetta varðar:

Although the wording of Paragraph 8(3) of the VGVG does not establish any formal discrimination between Austrian nationals and nationals of the other Member States of the European Union or the EEA, the prior authorisation procedure which it introduces restricts, by its very purpose, the free movement of capital (see, to that effect, Reisch, paragraph 32). That procedure therefore

¹⁶ Joined Cases C-515/99, C-519/99 to C-524/99 and C-526/99 to C-540/99 *Reisch* ECR I-2192, paras 32-39.

falls within the scope of the prohibition laid down in Article 73b(1) of the Treaty.

Such a measure may nevertheless be permitted, provided that it pursues an objective in the public interest, is applied in a non-discriminatory way and observes the principle of proportionality, that is to say, is appropriate for ensuring that the aim pursued is achieved and does not go beyond what is necessary for that purpose (Konle, paragraph 40; Case C-390/99 Canal Satélite Digital [2002] ECR I-607, paragraph 33, and Reisch, paragraph 33).

[I]t is settled case-law that restrictions on the establishment of secondary residences in a specific geographical area, which a Member State imposes in order to maintain, for town and country planning purposes, a permanent population and an economic activity independent of the tourist sector, may be regarded as contributing to an objective in the public interest.

[...]

It must be acknowledged, in that regard, that a procedure simply involving a declaration is not necessarily sufficient to enable the aim pursued by the public authority by recourse to a prior authorization procedure to be achieved (Konle, paragraph 46).¹⁷

28. Í *Ospelt* málinu reyndi á það hvort að ríkisborgari frá Liechtenstein, sem var eigandi lands í Vorarlberg í Austurríki, gæti afsalað landareign sinni til sjálfseignarstofnunar (e. foundation) sem hann sjálfur hafði stofnað. Tilgangurinn með þessum löggerningi var að koma í veg fyrir að landareignin erfðist eftir andlát ríkisborgarans og að eignarrétturinn dreifðist þannig á marga einstaklinga. Hið afsala féll undir austurrísk lög sem var ætlað að halda ákveðnum jörðum í landbúnaðarnotum og tryggja að tiltekin landbúnaðarstarfsemi væri til staðar á ákveðnum landssvæðum. Stjórnvöld í Vorarlberg synjuðu um leyfi fyrir því að afsalsgerningurinn gengi eftir með vísan til þess að ekki kæmi fram í tilgangi sjálfseignarstofnunarinnar að hún ræki landareignir í landbúnaðarnotum. Dómurinn fjallaði í löngum máli um fyrri dóma sína og þau málefnalegu sjónarmið sem nauðsynlegt væri að grundvalla landslög á til að ekki yrði brotið gegn 63. gr. Lissabonsáttmálans. Í forsendum dómsins sagði m.a.:

By its second question, the referring court asks whether Articles [...] of the Treaty preclude a system of prior authorization such as that established by the VGVG for transactions involving agricultural land.

¹⁷ Case C-300/01 Salzmann ECR I-4922, paras 41-43 og 46.

Measures such as those in issue in the main proceedings which entail, by their very purpose, a restriction on the free movement of capital (see, to that effect Konle, [...] paragraph 39) may nevertheless be permitted provided that, first, they pursue in a no-discriminatory way an objective in the public interest and, secondly, they are appropriate for ensuring that the aim pursued is achieved and do not go beyond what is necessary for that purpose (see, to that effect, Konle, paragraph 40, and Salzmann, paragraph 42). Furthermore, where the granting of prior authorization is concerned, such measures must be based on objective criteria which are known in advance and which allow all persons affected by a restrictive measure of that type to have a legal remedy available to them (see, to that effect, Case 205/99 Analir and Others [2001] ECR I-1271, paragraph 38).

First, as regards the condition as to non-discrimination, it is clear from Paragraph 3 of VGVG that the rules on the acquisition of land by foreigners do not apply, 'in so far as such is clearly required by the law of the European Union', to 'persons and companies carrying out ... investments in immovable property and other transactions involving the free movement of capital'. [...]

On the other hand, as regards the requirement as to residence laid down in Paragraph 5(1)(a) of the VGVG, it is not disputed that it was established within the framework of legislation concerning the ownership of agricultural land which is intended to achieve the specific objectives of preserving agricultural communities and viable farms. Contrary to claims of Ms Ospelt and the Foundation, it does not make any distinction between its own nationals and nationals of other Member States of the Community or, more broadly, of States party to the EEA Agreement. It is therefore not, a priori, discriminatory in nature (see, to that effect, Fearon...).

Secondly, so far as concerns the condition as to the aims of the national measure at issue, there is no doubt that the VGVG pursues public-interest objectives which are such as to justify restrictions on the free movement of capital.

First, preserving agricultural communities, maintaining a distribution of land ownership which allows the development of viable farms and sympathetic management of green spaces and the countryside as well as encouraging a reasonable use of the available land by resisting pressure on land, and preventing natural disasters are social objectives.

Secondly, [...] those objectives are consistent with the objectives of the common agricultural policy which, according to Article 39(1)(b) of the EC Treaty [...] aims 'to ensure a fair standard of living for the agricultural community' in the working-out of which [...] account must be taken 'of the particular nature of agricultural activity, which results from the social structure of agriculture and from structural and natural disparities between the various agricultural regions'.

Thirdly, so far as concerns the condition as to proportionality, it must be borne in mind that a system of prior authorisation may, in certain circumstances, be necessary and proportionate to the aims pursued, if the same objective cannot be attained by less restrictive means, in particular by a system of declarations [...].¹⁸

29. Í síðasta málinu sem hefur hér þýðingu, þ.e. í hinu svokallaða *Festersen* máli, komst dómstóllinn aftur á móti að þeirri niðurstöðu að krafa Danmerkur um að þýskur ríkisborgari, sem keypt hafði fasteign í Danmörku, flytti lögheimili sitt til landeignarinnar sem hann hafði fest kaup á, fæli í sér of íþyngjandi takmörkun og bryti því gegn rétti hans til að kaupa sér fasteign í Danmörku og þar með nýta rétt sinn samkvæmt 63. gr. Lissabonsáttmálans. Í forsendum dómsins var m.a. fjallað um að skilyrði danskra laga um að lögheimili yrði flutt var ekki fylgt eftir með kröfu um að jörðin yrði ræktuð og í landbúnaðarnotum. Um þetta sagði:

As regards whether the national measure at issue in the main proceedings is appropriate, it must be observed that it contains only a residence requirement and is not coupled, for an acquirer of an agricultural property of less than 30 hectares, with a requirement to farm the property personally. Such a measure thus does not appear, in itself, to ensure the attainment of the alleged objective seeking to preserve the traditional form of farming by owner-occupiers.¹⁹

30. Með vísan m.a. til þessa rökstuðnings var málatilbúnaði Danmerkur hafnað í málinu og talið að ekki væri unnt að gera *Festersen* fjársekt eftir að í ljós kom að hann hafði ekki flutt lögheimili sitt til Danmerkur innan tilskilins tíma og fullnægt þannig áskilnaði danskra stjórnvalda sem byggðust á dönskum lögum.

¹⁸ Case C-452/01 *Ospelt* ECR I-9785, paras 33-35 and 37-41.

¹⁹ Case C-370/05 *Festersen* ECR I-1144, paras 30.

E. Um svigrúm íslenska ríkisins til að takmarka fasteignakaup erlendra aðila

31. Af þeirri dómaframkvæmd Evrópudómstólsins sem hefur verið reifuð er ljóst að samningsaðilar að EES-samningnum og aðildarríki ESB hafa svigrúm til að takmarka fasteignakaup erlendra aðila sem eru ríkisborgarar eða hafa lögheimili í öðru samningsríki EES-samningsins eða aðildarríki ESB. Óhætt er að fullyrða að umdeilanlegt er hversu víðtækar ályktanir megi draga af dómaframkvæmdinni, ekki síst í ljósi þess að hún kemur fram á löngum tíma. Svo eitt dæmi sé tekið þá taldi Evrópudómstóllinn í fyrsta dómi sínum um fasteignakaup erlendra aðila aðildarríki heimilt að gera búsetu að skilyrði fyrir fasteignakaupunum, á meðan síðasti dómur dómstólsins taldi þetta brjóta gegn 63. gr. Lissabon sáttmálans.²⁰

32. Þrátt fyrir að hinir fjölmörgu dómar Evrópudómstólsins kunni við fyrstu sýn að teljast misvísandi er það mat höfunda minnisblaðsins að unnt sé að finna þar meginreglur sem styðjast beri við þegar metið er hvert svigrúm íslenska ríkisins sé til að takmarka rétt erlendra einstaklinga og lögaðila til að kaupa fasteignir hér á landi. Verður nú gerð grein fyrir þessum sjónarmiðum hér í framhaldi.

a) Takmörkun verður á byggja á EES-samningnum eða almannahagsmunum

33. Almennt má fullyrða, að teknu tilliti til dómaframkvæmdar Evrópudómstólsins að íslenska ríkið getur takmarkað rétt erlenda aðila til að kaupa fasteignir á Íslandi. Í ljósi þess að umrædd takmörkun felur í sér frávik frá 40. gr. EES-samningsins þá er unnt að byggja takmörkunina á tveimur stoðum - annars vegar á undantekningarreglum 43. gr. EES-samningsins eða hins vegar á sjónarmiðum sem byggja á almannahagsmunum. Hvað síðast nefndu takmörkunina varðar hefur EFTA dómstóllinn í framkvæmd tryggt lagalega einsleitni milli EES-samningsins og stofnsáttmála Evrópusambandsins með dómafordæmum sínum. Forseti dómstólsins lýsir þessu svo í áður tilvísaðri fræðigreini: „To give an example, the EFTA Court stated in in Case E-10/05 *Piazza* that the homogeneity principle also applies where the question of *justification* of restrictions on the free movement of capital arises. Although the EEA Agreement does not contain a provision mirroring Article 65 TFEU (ex Article 56 EC), the Court held that national rules restricting the free movement of capital in the EEA may be justified on grounds such as those stipulated in Article 56 EC or on considerations of overriding public interest.“²¹

²⁰ Sjá hér *Fearon* málið, C-182/83 *Fearon* ECR I-3678, paras 9-11, en þar var Írlandi talið heimilt að gera búsetu að skilyrði fyrir enska hluthafa írsks félags er hugðist kaupa jörð á Írlandi. Í *Festersen* málinu, Case C-370/05 ECR I-1144, taldi dómstóllinn hins vegar áskilnað danskra laga um að þýskur ríkisborgari þyrfti að skrá lögheimili sitt á því landi sem hann keypti væri í andstöðu við 63. gr. Lissabon sáttmálans.

²¹ Carl Baudenbacher, sbr. neðanmálsgr. 7, bls. 186.

b) Unnt er að gera aðkomu stjórnvalda að skilyrði fyrir gildi kaupa erlendra aðila

34. Hvað sjónarmið sem byggja á almannahagsmunum varðar þá er enn fremur ljóst af dómaframkvæmd Evrópudómstólsins að unnt er að gera þá kröfu að tilkynna skuli eða leita skuli eftir heimild íslenskra stjórnvalda til að kaupsamningur erlends aðila geti öðlast gildi. Í slíkum tilvikum þurfa að liggja fyrir málefnaleg sjónarmið sem eru útfærð þannig að þau fullnægi áskilnaði um meðalhóf - m.ö.o. ef áskilnaður um tilkynningu nær sama markmiði og áskilnaður um samþykki stjórnvalda þá ber að beita fyrra úrræðinu þar sem það samræmist betur meðalhófsreglu.²²

35. Í nokkrum tilvikum hefur dómstóllinn talið að áskilnaður um tilkynningu sé ekki ávallt heppileg þótt hann gangi skemur en áskilnaður um að samþykki stjórnvalds sé skilyrði fyrir gildi kaupa erlends aðila. Aftur á móti hefur grundvallarþýðingu í þeim tilvikum að innlendum og erlendum aðilum sé ekki mismunað á grundvelli þjóðernis.²³

c) Takmörkun verður að byggja á málefnalegum sjónarmiðum

36. Þau sjónarmið sem Evrópudómstóllinn hefur talið málefnaleg eru sjónarmið sem grundvallast á skipulagslegum rökum (e. country planning) er miða að því að viðhalda ákveðinni tegund byggðar eða ákveðinni tegund efnahagslegrar starfsemi sem ekki tengist ferðaiðnaði (e. a permanent population and an economic activity independent of the tourist sector in certain regions).²⁴ Í þessu sambandi má enn fremur benda á að sjónarmið um vernd umhverfisins hafa verið talin málefnaleg, auk þess sem sérstök sjónarmið, t.d. er varða þjóðaröryggi o.s.frv., hafa verið talin málefnaleg.²⁵ Í þessu samhengi mætti t.d. leiða líkum að því að aðrar reglur giltu í þjóðgörðum og öðrum menningarlega mikilvægum svæðum. Aftur á móti hefur þýðingu í þessu sambandi að innlendum og erlendum aðilum sé ekki mismunað á grundvelli þjóðernis.

d) Er unnt að gera kröfu um búsetu erlends aðila á þeirri eign sem keypt er?

37. Sérstakt álitamál rís vegna dómaframkvæmdar Evrópudómstólsins hvað búsetu varðar - m.ö.o. getur íslenska ríkið gert það að skilyrði að erlendur aðili, sem kaupir fasteign hér á landi, búi á fasteigninni eftir að kaupun hafa átt sér stað? Í *Fearon* málinu komst dómstóllinn að þeirri niðurstöðu að unnt væri að gera það skilyrði að enskir

²² Sjá Joined Cases C-515/99, C-519/99 to C-524/99 and C-526/99 to C-540/99 Reisch ECR I-2192, paras 32-39.

²³ C-300/01 Salzmann ECR I-4922, paras 41-43 og 46.

²⁴ Sjá t.d. C-302/97 Konle ECR I-3122, paras 22, 39-40.

²⁵ Sjá t.d. C-423/98 Albore ECR I-5995, para 18.

hluthafar írsks hlutafélags, sem hugðist kaupa fasteign á Írlandi, byggju á þeirri eign sem málið varðaði. Í *Festersen* málinu komst dómstóllinn hins vegar að þeirri niðurstöðu krafa danskra stjórnvalda um að þýskur ríkisborgari sem keypti fasteign í Danmörku flytti lögheimili sitt á fasteignina væri of íþyngjand og fæli af þeim sökum í sér ólögmæta takmörkun á frelsi hans í skilningi 63. gr. Lissabon sáttmálans.

38. Þótt dómafrankvæmd Evrópudómstólsins sé misvísandi að þessu leyti, þá telja höfundar þessa minnisblaðs að íslenska ríkið geti þrátt fyrir niðurstöðu dómstólsins í *Festersen* málinu gert búsetu að skilyrði fyrir kaupum erlends aðila að fasteign hér á landi. Í þessu sambandi mætti hugsa sér að búsetuskilyrðið teldist lögmætt í þessum skilningi ef það gerði ekki ráð fyrir því að *eigandi fasteignarinnar*, þ.e. hinn erlendi aðili, byggi á fasteigninni. Þannig gæti hinn erlendi aðili uppfyllt búsetuskilyrðið með því að leigja út fasteignina og þannig tryggt búsetu þótt hann byggi þar ekki sjálfur. Með þessari útfærslu væri gætt að sjónarmiðum um meðalhóf við takmörkun á rétti erlendra aðila til að kaupa fasteignir hér á landi.

e) Sjónarmið um brenglaða verðþróun fasteigna vegna kaupna erlendra aðila

39. Ein ástæða þess að ríki innleiða takmarkanir á rétti aðila til að kaupa fasteignir er það áhyggjuefni að innkoma fjársterkra erlendra aðila á fasteignamarkað gæti leitt til brenglunar á verðmyndun fasteigna. Þetta áhyggjuefni virðist hafa verið tekið til skoðunar af Íslands hálfu þegar samningaviðræður um EES-samninginn áttu sér stað. Í þessu sambandi vísast til þess að Ísland lagði fram yfirlýsingu við gerð samningsins þar sem áskilinn var réttur til að grípa til aðgerða vegna þróunar á fasteignamarkaði. Yfirlýsingin er svohljóðandi:

Due to the one-sided nature of its economy and the fact that its territory is sparsely populated, Iceland states its understanding that, without prejudice to the obligations arising under the Agreement, it may take safeguard measures if the application of the Agreement is to cause in particular [...] serious disturbances in the real-estate market.²⁶

40. Í norskum lögum nr. 98/2003 um fasteignakaup er ákvæði sem mælir fyrir um að taka skuli mið af þessu sjónarmiði þegar ákveðið er hvort að veita skuli leyfi fyrir kaupum aðila á fasteignum í landbúnaðarnotum. Í 9. gr. laganna segir að þegar tekin er ákvörðun um hvort leyfi skuli veitt skuli leggja áherslu á „hvort umsamið kaupverð

²⁶ Declaration by the Government of Iceland on the Use of Safeguards Measures under the EEA Agreement. Sjá nánar Council of the European Communities and Commission of the European Communities, *Agreement on the European Economic Area*, Official Publications of the European Communities 1992, bls. 754.

stuðli að samfélagslegri ábyrgri verðþróun“.²⁷ Athygli vekur að eftirlitsstofnun EFTA virðist ekki hafa gert athugasemd við þetta ákvæði í ákvörðun sinni frá 11. júlí 2012 þar sem umrædd löggiöf var tekin til skoðunar og komist að þeirri niðurstöðu að ljúka rannsókn mála vegna kvörtunar um að í lögnum fælist takmörkun í andstöðu við 40. gr. EES-samningsins, sbr. nánar kaflí F.

f) Takmarkanir gagnvart ríkisborgurum þriðju ríkja

41. Gera verður ráð fyrir að unnt sé að takmarka rétt ríkisborgara þriðju ríkja til fjármagnsflutninga og kaupa á fasteignum hér á landi með ríkari hætti en gildir innan EES-svæðisins. Slíkar mögulegar takmarkanir falla utan gildissviðs minnisblaðs þessa og hafa því ekki verið greindar sérstaklega. Þó skal á það bent að svigrúm löggjafans, sem og stjórnvalda, til að innleiða slíkar takmarkanir kann að vera skert vegna þjóðréttarlegra skuldbindinga, einkum vegna gerðar tvíhliða fjárfestingasamninga Íslands við önnur ríki. Slíkir samningar veita öllu jöfnu ekki sjálfstæðan rétt til fjármagnsflutninga eða kaupa á fasteignum. Hins vegar þarf að gæta að því að mismuna ekki aðilum sem heimilað hefur verið að fjárfesta hér á landi á grundvelli slíkra samninga.

F. Hvaða sjónarmið mun eftirlitsstofnun EFTA byggja á gagnvart EES-ríkjum?

42. Rétt er að geta þess að eftirlitsstofnun EFTA hefur í nýlegu máli tekið á þeim álitaefnum sem fjallað hefur verið um í minnisblaði þessu. Þann 11. júlí 2012 komst eftirlitsstofnunin að þeirri niðurstöðu að ljúka rannsókn tveggja mála þar sem kvartað hafði verið vegna skilyrða norskra laga um að erlendir ríkisborgarar, sem keyptu fasteignir í Noregi, væri gert að taka upp búsetu á þeim landareignum sem þeir keyptu.²⁸

43. Í þessum málum reyndi m.a. á það hvort að norsk stjórnvöld gætu sett slíka búsetuskilyrði, en uppgefin ástæða þess var sú að með þeim hætti vildu norsk stjórnvöld tryggja að búseta væri á þeim fasteignum sem um ræddi allt árið um kring. Eftirlitsstofnun EFTA komst að þeirri niðurstöðu að það væri lögmætt markmið að stefna að því að búseta væri fyrir hendi á ákveðnum svæðum allt árið.

44. Hafandi komist að þessari niðurstöðu ákvað eftirlitsstofnunin að taka til skoðunar hvort að útfærsla norskra laga uppfyllti meðalhófsreglu EES-réttar. Í norsku lögnum var það ekki skilyrði að *eigandi fasteignarinnar* byggi þar allt árið um kring, heldur var

²⁷ Ákvæði 1. tölul. 1. mgr. 9. gr. norskra laga um fasteignakaup (n. lov 28. november 2003 nr. 98 om konsesjon for erverv av fast eiendom) hljóðar svo: „om den avtalte prisen tilgodeser en samfunnsmessing forsvarlig prisutvikling“.

²⁸ Ákvörðun eftirlitsstofnunar EFTA, dags. 11. júlí 2012, um að loka málum nr. 67812 og 68836 vegna kvörtunar á hendur Noregi vegna meintra brota á 40. gr. EES-samningsins.

talið fullnægjandi að *annar aðili en eigandi* byggi á fasteigninni. Að mati eftirlitsstofnunar EFTA var þetta talið fullnægja sjónarmiðum um meðalhóf, enda fæli gagnstæð réttarregla það í sér að einungis norskir ríkisborgarar sem byggju í Noregi gætu uppfyllt áskilnað laganna. Með vísan til þess að *annar aðili en eigandi* gat búið á landareign sem væri í eigu erlends ríkisborgara, t.d. á grundvelli ábúðarsamnings, var talið að ekki væri um að ræða takmörkun á 40. gr. EES-samningsins.

G. Niðurstöður

45. Að teknu tilliti til alls framangreinds telja höfundar þessa minnisblaðs niðurstöðurnar vera eftirfarandi:

- (1) Litlar líkur eru á því að að EFTA dómstóllinn (og eftir atvikum eftirlitsstofnun EFTA) fallist á lagatæknilega nálgun við mat á svigrúmi íslenska ríkisins til að takmarka rétt erlendra aðila til að kaupa fasteignir hér á landi. Þannig mun EFTA dómstóllinn í mati sínu leggja áherslu á hvort að réttur einstaklinga og lögaðila sé skertur þegar lög eða reglur eru settar sem áhrif hafa á réttarstöðu aðila að EES-rétti, en ekki horfa til þess hversu umfangsmikil skuldbinding íslenska ríkisins sé að þjóðarétti við gerð EES-samningsins.
- (2) Að teknu tilliti til dóma EFTA-dómstólsins (og eftir atvikum Evrópu-dómstólsins) og nýlegri ákvörðun eftirlitsstofnunar EFTA vegna kvörtunar gegn Noregi verður talið að EES-ríkisborgarar eigi sjálfstæðan rétt til að kaupa fasteignir hér á landi á grundvelli 40. gr. EES-samningsins. Á sama tíma verður talið að íslenska ríkið hafi svigrúm til að takmarka þennan rétt á grundvelli EES-samningsins eða almanna-hagsmuna. Við þá takmörkun er mikilvægt að byggja á lögmætum sjónarmiðum, en af dómaframkvæmd Evrópu-dómstólsins má ráða að ákveðin sjónarmið teljist lögmæt í þessum skilningi. Um er að ræða sjónarmið um:
 - ☐ skipulag tiltekinna svæða
 - landbúnað og rekstur tiltekinna bújarða
 - ☐ stefnu stjórnvalda að búið skuli á tilteknum svæðum allan ársins hring
 - umhverfisvernd og vernd sérstakra menningarsvæða
- (3) Algjört bann er við því að takmarka rétt einstaklinga og lögaðila á grundvelli þjóðernis - m.ö.o. mismunun á grundvelli ríkisfangs er í andstöðu við EES-samninginn. Í þeim tilvikum þar sem réttur einstaklinga og lögaðila er takmarkaður ber samningsríki að EES-

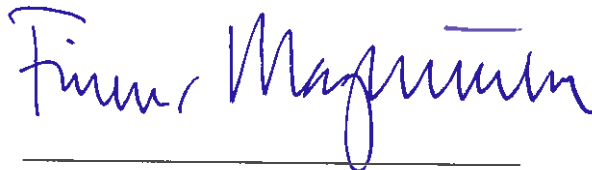
samningnum að gæta meðalhófs. Í því felst að ef samningsríki getur náð markmiðum sínum, um t.d. landbúnað, með öðru og vægara móti en gert er þá ber samningsríki að beita vægara úrræði eftir því sem frekast er kostur.

46. Ef íslenska ríkið hyggst takmarka rétt erlendra aðila á grundvelli 40. gr. EES-samningsins þá er réttast að byggja á ofangreindum sjónarmiðum sem leiða má af dómaframkvæmd Evrópudómstólsins. Höfundar þessa minnisblaðs telja að réttast væri að byggja á sambærilegri löggjöf nágrannaþjóða í því sambandi, enda er slík löggjöf líkust íslenskri löggjöf af sögulegum ástæðum. Í því sambandi væri nærtækast að horfa til norsks réttar, enda liggur fyrir nýleg ákvörðun eftirlitsstofnunar EFTA um að ákvæði norsks réttar brjóti ekki gegn 40. gr. EES-samningsins hvað varðar takmörkun á rétti erlendra aðila samkvæmt nefndu ákvæði.

Reykjavík, 12. maí 2014



Páll Ásgrímsson hdl.



Finnur Magnússon hdl.

VIÐAUKI
VIÐ MINNISBLAÐ UM TAKMÖRKUN ERLENDRA AÐILA Á KAUPUM FASTEIGNA

A. Ákvæði austurrískra laga um skilyrði fyrir kaupum á fasteignum

(1) This Law (VGVG - innsk höfunda) shall apply to transactions relating to:

- (a) agricultural and forestry plots,*
- (b) building plots,*
- (c) plots to which foreigners acquire title*

...

(3) The purpose of this Law is to:

- (a) preserve agricultural and forestry plots of family farming, establishments in the interest of improving their structural circumstances in accordance with the natural factors prevailing in the Land,¹*

...

- (b) preserve the broadest possible, socially sustainable distribution of land ownership in accordance with the size of the Land, and,*
- (c) place restrictions on the acquisition of land by foreigners who do not have the same status as Austrians under Community law.*

Paragraph 3(1) of the VGVG provides:

Subject to Paragraph 2 and in so far as follows from the law of the European Union, the rules on the acquisition of land by foreigners shall not apply to:

...

- (e) persons and companies for the purpose of direct investment, real property investments and other capital transactions.*

¹ Athugasemd höfunda: Hér mun vera átt við Bundesland sem í þessu tilviki var Vorarlberg. Austurríki er sambandsríki og fellur það undir lögsögu einstakra sambandsríkja, en ekki sambandsríkisins sjálfs, að ákveða hvaða reglur gildi um kaup erlendra aðila á fasteignum.

Paragraph 4(1) of the VGVG is worded as follows:

The transfer of agricultural or forestry plots shall be subject to authorisation by the authority responsible for land transactions where it relates to one of the following rights:

- (a) ownership,*
- (b) the right to build...*
- (c) the right to use or right of usufruct,*
- (d) leasehold rights over agricultural holdings,*

...

Paragraph 5 of the VGVG provides:

1. Acquisition of title shall be authorised only:

- (a) in the case of agricultural plots, where it is consistent with the preservation of an effective agricultural community and the acquirer himself cultivates the plot as part of an agricultural establishment and also has his place of residence there or, where that is not the case, it is not contrary to the preservation and creation of an economically healthy, medium and small-scale agricultural estate,*
- (b) in the case of forestry plots, where it is not contrary to the interest of forestry in particular and to the general economic interest,*

...

2. The conditions laid down in subparagraph (1) are not satisfied in particular where:

- (a) the plot would be withdrawn from agricultural or forestry use without sufficient reason;*

...

- (c) it must be concluded that the plot is being acquired solely to form or extend a large estate or hunting areas;*
- (d) it must be concluded that cultivation by the acquirer himself is not certain in the long term or the acquirer does not have the specialist knowledge necessary to cultivate the plot himself;*

(e) the favourable land ownership arrangement as a result of the restructuring of rural land holdings would be affected without compelling reason;

...

Paragraph 11 of the VGVG provides a long list of transfers for which authorisation is not required, including between persons who are related by blood or by marriage or by persons inheriting as a result of testate succession or testamentary gift.

Under Paragraph 25 of the VGVG, where authorisation is refused, the transfer is retrospectively deprived of legal effects.

B. Ákvæði danskra laga um skilyrði fyrir kaupum á fasteignum

Under Paragraph 2 of the Danish Law on agriculture (landbrugsloven), in the version resulting from Codified Law No 598 (lovbekendtgørelse nr. 598) of 15 July 1999 ('the Law on agriculture'):

1. Agricultural properties shall be subject to an agricultural-use obligation under the provisions of this Law.

2. "Agricultural property" shall mean property which is registered as such in the land register.

...

Paragraph 4(6) of the Law on agriculture provides:

'When an agricultural property is divided up or otherwise reduced to a surface area of less than 2 hectares, the agricultural-use obligation shall no longer be applicable unless the owner wishes it still to apply. ...'

Under Paragraph 7 of that law:

1. An agricultural property shall be maintained as an independent business and provided with an appropriate residential building from which the land shall be farmed by the residents, subject to Paragraph 8(4) and (6), Paragraph 9(1) and (2) and Paragraph 10.

2. The property shall be farmed properly having regard to the opportunities for commercial exploitation, the livestock health requirements, nature and the environment.

...

Paragraph 16 of that law states:

1. Title to an agricultural property which is situated in an agricultural zone and has an area exceeding 30 hectares may be acquired if:

...

(4) the acquirer takes up fixed residence on the property within six months after acquisition,

(5) the acquirer farms the property himself

...

2. Title to an agricultural property which has an area not exceeding 30 hectares may be acquired if the acquirer fulfils the requirements of subparagraph 1(1) to (4).

...

Under Paragraph 18 of the Law on agriculture:

1. Without prejudice to the cases covered by Paragraphs 16, 17 and 17a, title to an agricultural property in an agricultural zone may be acquired only with the authorisation of the Minister for Food, Agriculture and Fisheries.

...

4. The Minister may authorise the acquisition of an agricultural property, if:

(1) the acquisition is for the purposes of a use within the meaning of Paragraph 4(1)(1) and it is expected that the property will be used for the relevant purpose in the near future;

(2) the acquisition is for business purposes relating to a non-agricultural use which is otherwise to be regarded as desirable taking into account the general interests of society;

(3) the acquisition is for particular purposes, including use for scientific, training, general social, health or general recreational purposes;

(4) the acquisition is in connection with the creation of water meadows, the restoration of the environment or similar circumstances, or

(5) other special circumstances mitigate in its favour.

...

Paragraph 27(2) of the Law on agriculture states:

'Where an application for authorisation to acquire or lease agricultural land is not submitted in due time, the competent minister may impose on the owner an order to dispose of the property within a period of a minimum of six months and a maximum of one year or impose on the tenant or lessee an order to cease use within a similar period. The same applies where authorisation is refused or lapses or the conditions placed on authorisation are not satisfied ...'

Paragraph 33 of that law provides:

'1. A fine shall be imposed on any person who:

...

(3) fails to comply with an order under Paragraph 8(5) and (7), Paragraph 9(5) or Paragraph 27.

...

Under Paragraph 62 of Circular No 26 of 22 February 2000 relating to the Law on agriculture:

'Authorisation under Paragraph 18 of the Law [on agriculture] for the acquisition of agricultural property with an exemption from the residence requirement for an indefinite period may be granted only in exceptional cases (see Paragraph 16(1)(4) of the Law on agriculture). This applies for example in cases where due to the characteristics of the site it is physically impossible to fulfil the residence requirement for a large part of the year. The provision must be applied restrictively.'

According to Paragraph 4(1) of Decree No 627 of 26 July 1999 relating to training and residence requirements in connection with the Law on agriculture (bekendtgørelse nr. 627 af 26 juli 1999 om uddannelseskraft og bopælskrav m.v. i henhold til landbrugsloven), the requirement of fixed residence on an agricultural property presupposes that the person lives in a settled and continuous manner on that property and that he spends the night there, except in the event of special circumstances of fixed duration. That person must be listed in the local authority's population register as residing at the property in such a way that it constitutes his principal residence for tax purposes.

Paragraph 4(2) of that decree provides that the acquirer must fulfil the residence requirement for eight years from the acquisition of an agricultural property.

C. Ákvæði norskra laga um skilyrði fyrir kaupum á fasteignum

§ 9. (særlige forhold for landbrukseiendommer)

Ved avgjørelsen av søknad om konsesjon for erverv av eiendom som skal nyttes til landbruksformål skal det legges særlig vekt på:

1. om den avtalte prisen tilgodeser en samfunnsmessig forsvarlig prisutvikling,
2. om erververs formål vil ivareta hensynet til bosettingen i området,
3. om ervervet innebærer en driftsmessig god løsning,
4. om erververen anses skikket til å drive eiendommen,
5. om ervervet ivaretar hensynet til helhetlig ressursforvaltning og kulturlandskapet.

Konsesjon skal i alminnelighet ikke gis dersom det ved ervervet oppstår sameie i eiendommen, eller antallet sameiere økes.

Det kan gis konsesjon til selskaper med begrenset ansvar. Det skal legges vekt på hensynet til dem som har yrket sitt i landbruket.

Første ledd nr. 1 og 4 gjelder ikke sak der nær slekt eller odelsberettiget søker konsesjon fordi de ikke skal oppfylle boplikten etter § 5 annet ledd. I slik sak skal det i tillegg til første ledd nr. 2, 3 og 5 blant annet legges vekt på eiendommens størrelse, avkastningsevne og husforhold. Søkerens tilknytning til eiendommen og søkerens livssituasjon kan tillegges vekt som et korrigerende moment.