



# ÚLFLJÓTUR

## VEFRIT

# Frjálsir fjármagnsflutningar og fasteignakaup

Eftir Ólaf Jóhannes Einarsson, ritara EFTA-dómstólsins

### Efnisyfirlit

1.	Inngangur .....	3
2.	Frjálsir fjármagnsflutningar samkvæmt 40. gr. EES-samningsins .....	3
2.1	40. gr. EES og 63. gr. sáttmálans um starfshætti Evrópusambandsins .....	3
2.2	Falla kaup á fasteign undir 40. gr. EES ? .....	6
2.3	Lög nr. 19/1966 um eignarrétt og afnotarétt fasteigna .....	8
3.	Skerðingar á frjálsum fjármagnsflutningum og réttlætning á þeim .....	9
4.	Samantekt .....	11

## Ágrip

Í grein þessari eru bornar saman reglur EES-samningsins annars vegar og sáttmálans um starfshætti Evrópusambandsins hins vegar um frjálsa fjármagnsflutninga. Niðurstaðan er sú að þessar reglur eru efnislega sambærilegar og munurinn á reglum EES-réttar og ESB-réttar birtist einungis þegar kemur að réttlætingu takmarkana á frjálsu flæði fjármagns. Samkvæmt dómaframkvæmd Evrópudómstólsins er ljóst að kaup á fasteign njóta sjálfstæðrar verndar samkvæmt 40. gr. EES-samningsins.

Takmarkanir á fasteignaviðskiptum s.s. búsetuskilyrði, krafa um samþykki stjórnvalda, o.fl. teljast ótvírætt til skerðinga á fjármagnsflutningum samkvæmt 40. gr. EES. Til að samrýmast reglum EES þurfa þær að byggjast á lögmætum sjónarmiðum og standast kröfur meðalhófsreglu. Sjónarmið á borð við að halda búsetu í sveitum og jarðnæði í landbúnaðarnotum eru lögmæt. Meðalhófsreglan hefur t.d. verið talin standa í vegi fyrir því að búsetuskilyrði séu persónuleg og mikið þarf til að koma svo unnt sé að mæla fyrir um leyfiskerfi fremur en tilkynningarkerfi.

## Abstract

This article compares the rules in the EEA Agreement on the free movement of capital to the ones laid down in the Treaty on the Functioning of the European Union. The conclusion is that the rules are comparable and the difference between the two legal orders only manifests itself with regard to justification of restrictions on the free movement of capital. It clearly follows from the case-law of the Court of Justice of the European Union that capital movement related to real estate transactions is protected under Article 40 EEA.

Limitations on real estate transactions such as residence requirements, authorisation schemes, etc. undoubtedly constitute as a restriction on the free movement of capital. For such restrictions to be in line with EEA law, they have to be based on objective criteria and comply with the principle of proportionality. Criteria such as maintaining population in rural areas and land in agricultural use are regarded as legitimate. The principle of proportionality has e.g. been considered to prevent that residence requirements are personal and it is only in special circumstances that a notification scheme is not considered sufficient and thus an authorisation scheme regarded as necessary.

## 1. Inngangur

Síðastliðið sumar átti sér stað nokkur umræða um það hvort ástæða væri til að leiða í lög takmarkanir á fasteignakaupum útlendinga á Íslandi í ljósi verulegra fjárfestinga þeirra á hlunnindajörðum.<sup>1</sup> Spannst af þessu nokkur umfjöllun um þær lagalegu spurningar sem slík lagasetning kynni að hafa í för með sér.<sup>2</sup> Á haustmánuðum kom einnig út skýrsla starfshóps sjávarútvegs- og landbúnaðarráðherra um eignarhald á bújörðum, sem nánar verður vikið að í umfjöllun um réttlætningar á takmörkunum á frjálsum fjármagnsflutningum.<sup>3</sup>

Í grein þessari verður fjallað um eitt af þessum álitaeftum, þ.e. hvaða skorður reglur samningsins um Evrópska efnahagssvæðið („EES-samningurinn“ eða „EES“), sbr. lög nr. 2/1993, setja því að leiða í lög takmarkanir á heimildum aðila frá EES-svæðinu til þess að kaupa fasteignir á Íslandi. Sjónum verður í þessu samhengi sérstaklega beint að 40. gr. EES-samningsins, sem fjallar um frjálsa fjármagnsflutninga.

Greinin er þannig uppbyggð að í upphafi verður 40. gr. EES skýrð og borin saman við 63. gr. sáttmálans um starfshætti Evrópusambandsins. Lýtur athuginun að því að kanna hvort og þá að hvaða marki reglur EES-samningsins um frjálsa fjármagnsflutninga eru frábrugðnar reglum ESB-réttar. Í ljósi þeirrar umfjöllunar viku sögunni að því hvaða takmarkanir á fasteignaviðskiptum EES borgara og félaga stofnsettum á EES-svæðinu fela í sér skerðingu á réttinum til frjálsra fjármagnsflutninga í skilningi 40. gr. EES-samningsins og á hvaða grundvelli þær kunna að vera réttlætanlegar. Að lokum eru helstu niðurstöður greinarinnar dregnar saman.

## 2. Frjálsir fjármagnsflutningar samkvæmt 40. gr. EES-samningsins

### 2.1 40. gr. EES og 63. gr. sáttmálans um starfshætti Evrópusambandsins

Í 40. gr. EES-samningsins segir að innan ramma ákvæða samningsins skuli engin höft vera milli samningsaðila á flutningum fjármagns í eigu þeirra sem búsettir eru í aðildarríkjum ESB eða EFTA-ríkjum né nokkur mismunun, byggð á ríkisfangi eða búsetu aðila eða því hvar féð er notað til fjárfestingar. Í XII. viðauka séu nauðsynleg ákvæði varðandi framkvæmd þessarar greinar. Ástæða þess að ítarlega er farið í saumana á þessum ákvæðum er sú að í fræðilegri umræðu hefur því verið haldið fram að munur sé á ESB-rétti annars vegar og EES-rétti hins vegar þegar kemur að frjálsri för fjármagns. Hefur því m.a. verið haldið fram að við túlkun EES-réttar sé nauðsynlegt að líta til Evrópuréttar eins og hann var fyrir gildistöku Maastrichtsáttmálans því það sé sá grunnur sem EES-réttur verði að réttu lagi miðaður við.<sup>4</sup> Greinarhöfundur telur hins vegar slíkar staðhæfingar ekki samrýmast túlkun Evrópudómstólsins og EFTA-dómstólsins á 40. gr. EES-samningsins eins og rakið verður hér að neðan.

---

<sup>1</sup> Grein þessi endurspeglar einungis persónulega afstöðu höfundar.

<sup>2</sup> Sjá greinar Guðjóns Ármannssonar og Víðis Smára Petersen: „Jarðakaup erlendra aðila“ og „Jarðakaup erlendra aðila – mögulegar takmarkanir“. Sjá einnig Þorgeir Helgason: „Sigríður Andersen sögð misskilja reglur um jarðakaup“.

<sup>3</sup> Skýrslan er aðgengileg á <https://www.stjornarradid.is/lisalib/getfile.aspx?itemid=37113f8d-c326-11e8-942c-005056bc4d74>

<sup>4</sup> Stefán Már Stefánsson: „Frjálsar fjármagnshreyfingar innan Evrópusambandsins og Evrópska efnahagssvæðisins“, bls. 90. Í grein Stefáns eru þær breytingar sem orðið hafa á reglum ESB-réttar um frjálsa för fjármagns ítarlega raktar og bornar saman við þær reglur sem gilda á grundvelli EES-samningsins.

Þegar ákvæði 40. gr. EES var samið, höfðu þær breytingar sem gerðar voru á Rómarsáttmálanum (Rs.) með Maastrichtsáttmálanum, sem samþykktur var 7. febrúar 1992, ekki tekið gildi og byggði ákvæðið í grunninn á þágildandi 67. gr. Rs.<sup>5</sup> Eftir sem áður er mikilsverður munur á 40. gr. EES-samningsins annars vegar og 67. gr. Rs. hins vegar, sem væntanlega má skýra með því að við samningu fyrrnefndu greinarinnar hafi verið litið til þeirra breytinga sem voru á döfinni með Maastrichtsáttmálanum. Fyrri atriðið sem skilur að greinarnar er sú staðreynd að í 40. gr. EES er, öfugt við 67. gr. Rs., ekki mælt fyrir um neitt aðlögunartímabil. Hið síðara er að í 40. gr. EES er ekki að finna fyrirvara þess efnis að frjálsir fjármagnsflutningar skuli einungis eiga sér stað svo framarlega sem slíks sé þörf til að tryggja virkni innri markaðarins. Þessi fyrirvari var ein helsta röksemd Evrópudómstólsins þegar hann komst að þeirri niðurstöðu í máli *Casati*,<sup>6</sup> að 67. gr. Rs. hefði ekki í för með sér afnám takmarkana á fjármagnsflutningum og að til þess þyrfti atbeina löggjafans með setningu afleiddrar löggjafar.<sup>7</sup>

Því má segja að 40. gr. EES kveði á um grunnregluna um fullt afnám takmarkana á fjármagnsflutningum líkt og Maastrichtsáttmálinn. Sú regla er einnig staðfest með 1. gr. tilskipunar 88/361/EBE um framkvæmd 67. gr. sáttmálans, sem hefur verið að finna í EES-samningnum frá upphafi.<sup>8</sup> Með þessari tilskipun voru gerðar grundvallarbreytingar á reglum Evrópubandalagsins um frjálsa fjármagnsflutninga, sem voru svo gerðar hluti af frumrétti bandalagsins með Maastrichtsáttmálanum. Evrópudómstóllinn taldi þessar breytingar þess eðlis að þær röksemdir sem lágu að baki niðurstöðu hans í áðurnefndu máli *Casati* ættu ekki við um túlkun tilskipunarinnar og því hefði hún bein réttaráhrif.<sup>9</sup>

Í *Ospelt* kom fyrst til athugunar hver væri afstaða Evrópudómstólsins til þess hvort reglur ESB um frjálsa fjármagnsflutninga og 40. gr. EES væru sambærilegar.<sup>10</sup> Málavextir voru þeir að *Ospelt*, sem var frá Liechtenstein hugðist færa eignarhald á fasteign sem hann átti í Austurríki í sjóð, sem stofnsettur var í Liechtenstein. Líkt og önnur viðskipti með land í landbúnaðarnotum voru þau háð samþykki yfirvalda. Um 40. gr. EES sagði Evrópudómstóllinn m.a. eftirfarandi:

*[I]t 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. National measures governing the acquisition of agricultural and forestry plots are therefore no more exempt from the abovementioned rules than under Community law.*

*Furthermore, one of the principal aims of the EEA Agreement is to provide for the fullest possible realisation 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*

---

<sup>5</sup> Almennt um ákvæðið má vísa til: Henrik Bull: *Agreement on the European Economic Area a Commentary*, bls. 473-479.

<sup>6</sup> Mál 203/80 *Casati*, mgr. 8-12.

<sup>7</sup> Ítarlega umfjöllun um þetta mál er að finna í grein Stefáns Más Stefánssonar: „Frjálsar fjármagnshreyfingar innan Evrópusambandsins og Evrópska efnahagssvæðisins“, bls. 73-74.

<sup>8</sup> Tilskipunina er að finna í 1. lið XII viðauka EES-samningsins.

<sup>9</sup> Henrik Bull: *Agreement on the European Economic Area a Commentary*, bls. 474.

<sup>10</sup> Mál C-452/01 *Ospelt*.

*Agreement are intended to ensure as uniform an interpretation as possible thereof throughout the EEA (see Opinion 1/92 [1992] 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.*<sup>11</sup> (áherslub. höfundar)

EFTA-dómstóllinn komst að sambærilegri niðurstöðu bæði í dómum í málum *Fokus Bank og Piazza*, sem kveðnir voru upp stuttu seinna. Orðrétt segir í forsendum dómanna: „[t]he rules governing the free movement of **capital in the EEA Agreement are essentially identical in substance to those in the EC Treaty**” [Áherslub. höfundar].<sup>12</sup>

Síðan fyrrgreindir dómar voru kveðnir upp hafa gengið fjölmargir dómar bæði hjá EFTA-dómstólnum og Evrópudómstólnum sem staðfesta þann skilning að inntak 40. gr. EES og þess sem nú er 63. gr. sáttmálans um starfshætti Evrópusambandsins sé hið sama.<sup>13</sup> Hefur niðurstaða Evrópudómstólsins um efni greinarinnar verið því sem næst samhljóða í þessum málum. Má t.d. vísa til nýlegs dóms í máli Framkvæmdastjórnarinnar gegn Belgíu en þar segir orðrétt:

*In so far as the provisions of Article 40 of the EEA Agreement have the same legal scope as the substantially identical provisions of Article 63 TFEU, all of the foregoing considerations, concerning the existence of a restriction on the free movement of capital within the meaning of Article 63 TFEU, may, in the circumstances of the present action, be transposed mutatis mutandis to Article 40 of the EEA Agreement.*

EFTA-dómstóllinn hefur nokkrum sinnum staðfest þá niðurstöðu sína, að títtnefndar greinar EES og sáttmálans séu sama efnis og um nýlegt dæmi þessa efnis má vísa til dóms hans í *Fred Olsen*.<sup>14</sup>

Greinarhöfundi er ekki kunnugt um neinn dóm, hvorki frá Evrópudómstólnum né EFTA-dómstólnum, þar sem komist er að þeirri niðurstöðu að greinarmunur sé á efni 63. gr. sáttmálans um starfshætti Evrópusambandsins og 40. gr. EES-samningsins. Með öðrum orðum, hefur verið samhljómur á milli þess hvaða fjármagnshreyfingar falla þar undir og hvað teljist vera skerðing á frjálsum fjármagnsflutningum. Hins vegar hefur Evrópudómstóllinn talið að þegar kemur að réttlætingu skerðinga á frjálsum fjármagnsflutningum á sviði skattamála sé staðan önnur hvað viðvíkur EES-samningnum, sbr. t.d. dóm hans í *Établissements Rimbaud*.<sup>15</sup> Þar var talið að unnt væri að réttlæta lagaákvæði um skattlagningu fasteigna í öðrum EES-ríkjum en Frakklandi gagnvart EFTA-ríkjunum en

---

<sup>11</sup> Mál C-452/01 *Ospelt*, mgr. 28-29. Þessi ummæli Evrópudómstólsins hafa vitaskuld mikla þýðingu við athugun á stöðu EES-samningsins og því hvernig hann tryggir þátttöku EFTA-ríkjanna í innri markaðnum en slík umfjöllun er vitaskuld ekki innan ramma þessarar stuttu greinar.

<sup>12</sup> Mál E-1/04 *Fokus Bank*, mgr. 23 og mál E-10/04 *Piazza*, mgr. 39.

<sup>13</sup> Sem dæmi má nefna nýjustu dóma Evrópudómstólsins: mál C-110/17 *Framkvæmdastjórnin gegn Belgíu*, mgr. 63, mál C-98/16 *Framkvæmdastjórnin gegn Grikklandi*, mgr. 49, mál C-112/14 *Framkvæmdastjórnin gegn Stóra-Bretlandi* mgr. 30, mál C-284/09 *Framkvæmdastjórnin gegn Þýskalandi*, mgr. 96. Tilvísun til annarra mála þar sem komist er að sömu niðurstöðu er t.d. að finna í tilvitnuðum málsgreinum. Sakarefni þessara mála voru margvísleg, t.d. fjallaði tilvitnað samningsbrotamál gegn Belgíu um skattlagningu á fasteignum þar sem mismunandi reglur giltu eftir því hvort fasteignin var í Belgíu eða í öðru EES-ríki.

<sup>14</sup> Sameinuð mál E-3/13 og 20/13 *Fred Olsen o.fl.*, mgr. 110.

<sup>15</sup> Mál C-72/09 *Établissements Rimbaud*, mgr. 40-52. Nánari umfjöllun um þessa dómaframkvæmd má t.d. finna hjá: Henrik Bull: *Agreement on the European Economic Area a Commentary*, bls. 480-481.

ekki gagnvart ESB-ríkjum. Helgaðist það fyrst og fremst af því að reglur ESB um gagnkvæma aðstoð og upplýsingaskipti á sviði skattamála eru ekki hluti af EES-samningnum.<sup>16</sup>

Að síðustu er rétt að taka fram að hér er ekki verið að halda því fram að reglur um fjármagnsflutninga séu að öllu leyti sambærilegar samkvæmt EES-rétti annars vegar og ESB-rétti hins vegar. Gilda t.d. aðrar reglur um fjármagnsflutninga til þriðju ríkja og einnig eru heimildir til verndarráðstafana samkvæmt 43. gr. EES ekki til staðar innan Evrópusambandsins. Frekari umfjöllun um þetta fellur hins vegar utan hins afmarkaða efnis sem hér er til athugunar.<sup>17</sup>

## 2.2 Falla kaup á fasteign undir 40. gr. EES ?

Næst kemur þá til athugunar hvort fasteignaviðskipti falli undir 40. gr. EES þannig að hægt sé að byggja sjálfstæðan rétt til þeirra á greininni. Enginn vafi er á því að slíkan rétt er hægt að byggja á 63. gr. sáttmálans um starfshætti Evrópusambandsins. Hins vegar hefur verið staðhæft að, öfugt við það sem gildir í ESB-rétti, felist hann ekki í 40. gr. EES.<sup>18</sup>

Við þessa athugun er rétt að vísa fyrst til viðauka við áður nefnda tilskipun 88/361 um framkvæmd 67. gr. sáttmálans en þar er að finna reglur um fjármagnshreyfingar sem falla undir gildissvið hennar. Þrátt fyrir að tilskipunin sé komin til ára sinna og hafi innan ESB verið felld úr gildi með Maastrichtsáttmálanum, vísa bæði EFTA-dómstóllinn og Evrópudómstóllinn til þessa viðauka við afmörkun á hvað telja eigi fjármagnsflutninga í skilningi 40. gr. EES og 63. gr. sáttmálans.<sup>19</sup> Samkvæmt nefndum viðauka eru fasteignaviðskipti skilgreind sem kaup á byggingum eða landi eða bygging húsa af hálfu einkaaðila í hagnaðarskyni eða til einkanota og nær hugtakið einnig til ítaka, afnotaréttar og byggingaréttar. Í lista skrárinnar yfir beinar fjárfestingar er einnig að finna tilvísun til fjárfestinga aðila búsettra erlendis í fasteignum innanlands og fjárfestinga aðila búsettra innanlands í fasteignum erlendis. Á þessum grundvelli hefur Evrópudómstóllinn margsinnis komist að þeirri niðurstöðu að kaup á fasteignum falli undir 63. gr. sáttmálans um starfshætti Evrópusambandsins og njóti verndar ákvæðisins.<sup>20</sup>

Í ljósi þeirrar niðurstöðu sem komist var að hér að framan að nefnt ákvæði væri sama efnis og 40. gr. EES-samningsins væri e.t.v. nærtækt að álykta sem svo að lítill vafi gæti leikið á því að niðurstaðan væri sú sama að EES-rétti hvað fasteignaviðskipti áhrærir. Má í því samhengi ekki gleyma því að *Ospelt* varðaði fasteignaviðskipti þannig að afstaða Evrópudómstólsins til þessa ætti að liggja nokkuð ljós fyrir. Engu að síður hefur því verið haldið fram að í *Ospelt* hafi ekki verið tekin endanleg afstaða til þessa álitaefnis og að dómurinn hafi takmarkað fordæmisgildi fyrir það úrlausnatriði hvort 40. gr.

---

<sup>16</sup> Reglur þessar er nú að finna í tilskipun 2011/16/ESB *on administrative cooperation in the field of taxation*. Eins og vikið var að í síðari dómi, C-48/11 *A Oy*, mgr. 34-38, þá geta samningar um gagnkvæma aðstoð á þessu sviði, a.m.k. að vissu marki, bætt úr því að þessar reglur er ekki að finna í EES.

<sup>17</sup> Henrik Bull: *Agreement on the European Economic Area a Commentary*, bls. 490-496.

<sup>18</sup> Stefán Már Stefánsson: „Frjálsar fjármagnshreyfingar innan Evrópusambandsins og Evrópska efnahagssvæðisins“, bls. 90-93.

<sup>19</sup> Í dæmaskyni má vísa til: mál C-222/97 *Trummer og May*, mgr. 21 og mál E-1/00 *Íslandsbanki-FBA*, mgr. 19. Nýlega tilvitnun frá EFTA-dómstólum er að finna í sameinuðum málum 3 og 20/13 *Fred Olsen*, mgr. 109.

<sup>20</sup> Sjá t.d. mál C-370/05 *Festersen*, mgr. 22-23.

EES feli í sér sjálfstæðan rétt fyrir EES-borgara og lögaðila til að fjárfesta í fasteignum utan heimaríkis.<sup>21</sup> Erfitt er að sjá að þessar efasemdir eigi rétt á sér ef liðið er til þeirrar dómaframkvæmdar sem rakin hefur verið hér að framan.

Má einnig líta til úrskurðar Evrópudómstólsins í máli *Projektart* þar sem hann virðist taka af öll tvímæli um það að 40. gr. EES gildi um fasteignaviðskipti. Atvik málsins voru þau að einstaklingar búsettir í Liechtenstein ætluðu að kaupa fasteign í Voralberg í Austurríki en þeim var neitað um leyfi til slíks og var spurningum beint til Evrópudómstólsins um hvort það samrýmdist reglum EES-samningsins.<sup>22</sup> Eins og gerð verður grein fyrir taldi dómstóllinn að sú væri ekki raunin og verður varla annað ályktað en að hann hafi talið þá niðurstöðu vera fremur augljósa þar sem ekki var kveðinn upp dómur í málinu heldur úrskurður. Samkvæmt málsmeðferðarreglum dómstólsins er slíkt heimilt þegar málum er þannig háttað að unnt er að leiða svarið við þeim spurningum sem beint er til dómstólsins af fyrirliggjandi dómaframkvæmd.<sup>23</sup> Vísaði dómstóllinn til áðurnefnds viðauka við tilskipun 88/361 og sagði að kaup af hálfu einstaklinga búsettra í Liechtenstein á fasteign í Austurríki féllu undir tilvitnuð ákvæði. Að því varðaði efni 40. gr. EES segir í forsendum úrskurðarins:

*[i]t is apparent from Article 40 of the EEA Agreement that the rules laid down therein prohibiting restrictions on the movement of capital and discrimination are identical, so far as concerns relations between the States party to the EEA Agreement, irrespective of whether they are members of the European Union or members of EFTA, to the rules under EU law regarding relations between the Member States.<sup>24</sup>*

Einnig má vitna til úrskurðarorða dómstólsins sem sýna afstöðu hans svart á hvítu: „*Article 40 of the European Economic Area Agreement [...] must be interpreted as precluding national legislation such as that in issue in the main proceedings which, [...] prohibits a national of the Principality of Liechtenstein from purchasing a secondary residence situated in a Member State of the European Union, and, therefore, a national authority must disregard such national legislation.*“

Í þessu samhengi er að síðustu rétt að nefna ákvæði 4. mgr. 6. gr. áðurnefndrar tilskipunar 88/361 sem fjallar um fasteignir sem notaðar eru hluta úr ári. Ákvæði þetta var bráðabirgðaákvæði í þeim skilningi að það gilti einungis um þær reglur landsréttar sem voru við lýði við gildistöku tilskipunarinnar og þar til frekari reglur yrðu settar innan Bandalagsins. Í e-lið 1. tölul. XII. viðauka EES-samningsins, er vísað til réttar EFTA-ríkjanna til að setja löggjöf sem sé í samræmi við samninginn og sérstaklega ákvæði er varða kaup á íbúðarhúsnæði, sem notað er hluta úr ári, er samsvara löggjöf sem hefur verið við lýði innan bandalagsins í samræmi við 4. mgr. 6. gr. tilskipunarinnar. Í áðurnefndum úrskurði í *Projektart* var Evrópudómstóllinn spurður um hver væri þýðing nefnds ákvæðis. Taldi dómstóllinn að ekki væri hægt að byggja ákvæði sem skertu rétt borgara í Liechtenstein á ákvæði þessu og sagði að samkvæmt nógildandi rétti hefði það enga lagalega þýðingu.<sup>25</sup> Eins og áður var því niðurstaðan sú að hinar

---

<sup>21</sup> Stefán Már Stefánsson: „Frjálsar fjármagnshreyfingar innan Evrópusambandsins og Evrópska efnahagssvæðisins“, bls. 89-90.

<sup>22</sup> Mál C-476/10 *projektart Errichtungsgesellschaft mbH o.fl.*

<sup>23</sup> Mál C-476/10 *projektart Errichtungsgesellschaft mbH o.fl.*, mgr. 24-25.

<sup>24</sup> Mál C-476/10 *projektart Errichtungsgesellschaft mbH o.fl.*, mgr. 34.

<sup>25</sup> Mál C-476/10 *projektart Errichtungsgesellschaft mbH o.fl.*, mgr. 38-47.

austurrísku reglur voru ekki í samræmi við 40. gr. EES. Að þessu leyti breytti tilvist framangreinds e-liðar 1. tölul. XII. viðauka ekki niðurstöðu dómstólsins m.t.t. EES-samningsins.

Af framangreindu leiðir að efni 40. gr. EES og 63. gr. sáttmálans um starfshætti Evrópusambandsins er sambærilegt. Kaup aðila á fasteign, í öðru EES-ríki en þeir eru búsettir í, er sjálfstæður réttur sem nýtur verndar samkvæmt nefndum greinum. Verður því að ganga út frá því að sömu reglur gildi um takmarkanir á þessum rétti samkvæmt EES-rétti og ESB-rétti, svo sem nánar verður rakið.

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

Í 1. mgr. 1. gr. laga nr. 19/1966, um eignarrétt og afnotarétt fasteigna, með síðari breytingum, er að finna ýmis skilyrði fyrir því að eignast réttindi yfir fasteign á Íslandi.<sup>26</sup> Sé um einstakling að ræða er t.d. mælt fyrir um að hann skuli vera íslenskur ríkisborgari en á grundvelli 2. mgr. ákvæðisins er ráðherra heimilt að veita undanþágu frá þessum skilyrðum. Í 2. tölul. 4. mgr. segir svo að ekki þurfi að afla leyfis ráðherra þegar sá sem í hlut eigi njóti réttar hér á landi samkvæmt reglum samningsins um Evrópska efnahagssvæðið um frjálsa fólksflutninga, staðfesturétt, þjónustustarfsemi eða fjármagnsflutninga. Tilvísun til fjármagnsflutninga var bætt við með lögum nr. 14/1997 og kemur fram í athugasemdum við það lagafrumvarp að tilgangur breytinganna sé að laga íslensk lög að kröfum EES-samningsins í kjölfar þess að tímabundin undanþága til að viðhalda gildandi reglum um kaup á fasteignum var runnin úr gildi.<sup>27</sup>

Á grundvelli laga nr. 19/1966 hefur verið sett reglugerð nr. 702/2002 um rétt útlendinga, sem falla undir samninginn um Evrópska efnahagssvæðið eða stofnsamning Fríverslunarsamtaka Evrópu, til að öðlast eignarrétt eða afnotarétt yfir fasteignum. Með reglugerð nr. 358/2013 var þessari reglugerð breytt þannig að réttur EES-borgara til fasteignakaupa gat ekki verið byggður á frjálsri för fjármagns.<sup>28</sup> Stuttu eftir setningu þessarar reglugerðar urðu ríkisstjórnarskipti og ákvað nýr innanríkisráðherra að afnema þessar breytingar, sbr. reglugerð 716/2013. Haft var eftir ráðherra að hún teldi að fyrrnefnd breytingareglugerð samræmdist ekki þeim réttindum og skyldum sem Ísland væri skuldbundið til að tryggja samkvæmt EES-samningnum.<sup>29</sup>

Að mati greinarhöfundar er því ljóst að ákvæði laga nr. 19/1966 og reglugerðar nr. 706/2002 byggja á þeim lagaskilningi að í 40. gr. EES felist sjálfstæður réttur til fasteignakaupa. Eins og rakið hefur verið að framan er sá skilningur staðfestur í dómum EFTA-dómstólsins og Evrópu dómstólsins.

---

<sup>26</sup> Ítarlega umfjöllun um þetta ákvæði er að finna í grein Eyvindar G. Gunnarssonar, „Takmarkanir á eignarráðum erlendra aðila yfir fasteignum á Íslandi“, bls. 237-244.

<sup>27</sup> Alpt. 1996-97, A- deild, bls. 1910

<sup>28</sup> Til grundvallar þessari reglugerð lá m.a. álitsgerð þar sem komist var að sambærilegri niðurstöðu um inntak 40. gr. EES og í áður nefndri grein Stefáns Más Stefánssonar, sbr. <https://www.stjornarradid.is/efst-a-baugi/frettir/stok-frett/2013/01/25/Frumvarpsdreg-kynt-um-breytingar-a-logum-um-aignarrett-og-afnotarett-erlendra-adila/>.

<sup>29</sup> „Nemur reglugerð Ögmundar úr gildi“ [www.mbl.is](http://www.mbl.is)



### 3. Skerðingar á frjálsum fjármagnsflutningum og réttlætning á þeim

Í dómaframkvæmd EFTA-dómstólsins og Evrópudómstólsins hefur hugtakið skerðing á frjálsum fjármagnsflutningum verið skilgreint með víðtækum hætti.<sup>30</sup> Í inngangi þessarar greinar var vísað til skýrslu starfshóps ráðherra um eignarhald á bújörðum en þar er m.a. að finna umfjöllun um takmarkanir sem kunni að koma til greina að setja á Íslandi. Slíkar takmarkanir s.s. búsetuskilyrði til að eignast fasteign; takmarkanir á stærð eða fjölda fasteigna sem heimilt er að kaupa; samþykki stjórnvalda á aðilaskiptum; forkaupsréttur, o.fl. teljast til að mynda ótvírætt til skerðinga samkvæmt margnefndu ákvæði EES. Því ræðst lögmæti þeirra samkvæmt EES-rétti af því hvort þær séu réttlætanlegar. En reglur af þessu tagi kunna að vera réttlætanlegar á grundvelli almannahagsmuna að því tilskildu að þær samrýmist meðalhófsreglu. Til þess að svo sé þarf viðkomandi ákvæði, auk þess að stefna að lögmætu markmiði, að vera til þess fallið að ná því markmiði sem stefnt er að og eins má ekki vera völ á öðrum og vægari leiðum til þess að ná því.<sup>31</sup> Að auki þurfa lagaákvæði sem mæla fyrir um takmarkanir af þessu tagi að vera þannig úr garði gerð að þau standist kröfur EES-réttar um lagavissu. Af því leiðir að af viðkomandi lagaákvæðum, eftir atvikum skýrðum með hliðsjón af meginreglum stjórnáskiluréttar, þarf að vera skýrt hvaða sjónarmið stjórnvöldum ber að leggja til grundvallar og svigrúm stjórnvalda má ekki vera ótakmarkað.<sup>32</sup>

Verður stuttlega vikið að dómaframkvæmd Evrópudómstólsins og úrskurðaf framkvæmd Eftirlitsstofnunar EFTA (ESA) um réttlætningu skerðinga er tengjast fasteignaviðskiptum.<sup>33</sup> Í áðurnefndri skýrslu starfshóps ráðherra kemur fram að takmarkanir þær sem fyrirhugað sé að lögfesta í ábúðarlög og jarðalög stefni að því markmiði að viðhalda ræktanlegu landbúnaðarlandi og búsetu í sveitum landsins. Af dómaframkvæmd Evrópudómstólsins leiðir að ekki leikur vafi á því að heimilt sé að réttlæta skerðingar á frjálsum fjármagnsflutningum á grundvelli slíkra markmiða.<sup>34</sup>

Búsetuskilyrði voru til umfjöllunar í dómi Evrópudómstólsins í *Festersen* en þar var til skoðunar dönsk regla sem mælti fyrir um skyldu eiganda til að búa sjálfur á landbúnaðarjörð. Evrópudómstóllinn taldi að slíkt inngrip í rétt manna til að ráða því sjálfir hvar þeir búa væri skerðing sem gengi mjög langt og væri ekki unnt að réttlæta.<sup>35</sup> Í áðurnefndu máli *Ospelt* var niðurstaðan sú að regla sem skyldaði kaupanda jarðar til að stunda sjálfur landbúnað á henni væri ekki í samræmi við meðalhófsreglu.<sup>36</sup> Í ákvörðunum um að loka kvörtunarmálum gagnvart Noregi, taldi ESA leiða af þessum dómum að heimilt kunni að vera að mæla fyrir um skyldu eiganda til þess að tryggja að búseta sé tryggð á eigninni sé honum ekki skylt að búa þar sjálfur.<sup>37</sup>

<sup>30</sup> Sameinuð mál 3 og 20/13 *Fred Olsen*, mgr. 108. Almenna umfjöllun um þetta efni er t.d. að finna hjá Catherine Barnard: *The Substantive Law of the EU*, 5. útgáfa, bls. 532-536.

<sup>31</sup> Um greinargott og ítarlegt dæmi um beitingu á meðalhófsreglunni má vísa til: máls E-8/16 *Netfonds Holding*, mgr. 112-134.

<sup>32</sup> Sjá t.d. mál E-9/11 *ESA gegn Noregi*, mgr. 99-100.

<sup>33</sup> Einnig er áhugaverðan fróðleik að finna í nýlegum leiðbeiningum Framkvæmdastjórnar ESB um aðilaskipti og eignarhald á landi í landbúnaðarnotum. Þær eru aðgengilegar á: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017XC1018\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017XC1018(01)&from=EN)

<sup>34</sup> Sjá t.d. mál C-370/05 *Festersen*, mgr. 28. Einnig má vísa til 3. kafla í áðurnefndum leiðbeiningum Framkvæmdastjórnarinnar.

<sup>35</sup> Mál C-370/05 *Festersen*, mgr. 33-36.

<sup>36</sup> Mál C-452/01 *Ospelt*, mgr. 49-52.

<sup>37</sup> Ákvörðun ESA frá 11. júlí 2012 í málum nr. 67812 og 68836, aðgengileg á: <http://www.eftasurv.int/da/DocumentDirectAction/outputDocument?docId=3178>

Í skýrslunni er einnig vikið að því hvort unnt sé að mæla fyrir um búsetuskilyrði til þess að mega eignast fasteign. Er í því samhengi vísað til þess að í dönskum lögum sé að finna almennan áskilnað um fasta búsetu í Danmörku eða fyrri fasta búsetu um 5 ára skeið til þess að öðlast eignarrétt yfir öllum fasteignum þar í landi. Enginn vafi leikur á því að búsetuskilyrði að þessu tagi fela í sér óbeina mismunum og geta eftir atvikum t.d. falið í sér brot gegn 28. gr. EES um frjálsa för launþega eða 31. gr. EES um stofnsetningarrétt.<sup>38</sup> Hins vegar verður að hafa í huga við athugun á þessari reglu danskra laga að búsetuskilyrðið gildir m.a. ekki um þá sem neyta réttar síns samkvæmt reglum ESB/EES-réttar um frjálsa för launþega, þjónustustarfsemi og stofnsetningarrétt. Að því er varðar frjálsa fjármagnsflutninga ber að athuga að samkvæmt bókun 32 við sáttmálann um starfshætti Evrópusambandsins er Danmörku heimilt að viðhalda gildandi takmörkunum á kaupum á fasteignum sem ekki eru ætlaðar til heilsársbúsetu kaupanda (*secondary residence*).<sup>39</sup> Tilvist þessarar bókonar gerir það að verkum að fara verður varlega í að líta til dansks réttar þegar leitað er að fyrirmyndum fyrir hugsanlegar takmarkanir á fasteignaviðskiptum að íslenskum rétti.

Í eldri jarðalögum nr. 65/1976 var mælt fyrir um samþykki sveitarstjórnar sem skilyrði fyrir aðilaskiptum að fasteign. Var umrætt ákvæði afnumið í kjölfar þess að ESA sendi Íslandi áminningarbréf, dags. 4. júlí 2001.<sup>40</sup> Var gerð krafa um samþykki bæði af hálfu jarðanefnda og sveitarstjórna, þannig að ekki þarf að koma á óvart að ESA hafi ekki talið það fyrirkomulag samrýmast meðalhófsreglu.<sup>41</sup> Til þess að krafa um samþykki yrði talin samrýmast meðalhófsreglunni verður að sýna fram á að markmiðum þess yrði ekki náð fram með vægari hætti eins og t.d. tilkynningarkerfi eins og því sem nú er mælt fyrir um í 10. gr. jarðalaga nr. 81/2004.<sup>42</sup> Munurinn á þessu tvennu er sá að samkvæmt tilkynningarkerfi er aðila einungis skylt að senda stjórnvaldi tiltekna upplýsingar en hann er ekki skuldbundinn til að bíða eftir samþykki þess. Er ljóst að almennt væri mjög erfitt að sýna fram á að þeim lögmætu markmiðum sem stefnt er að yrði ekki náð á grundvelli tilkynningarkerfis. Í skýrslu starfshópsins er ekki talin ástæða til að útiloka lagasetningu sem kveður á um leyfiskerfi en af framangreindu leiðir að talsvert þarf til að koma svo slíkt samrýmist meðalhófsreglu.

Í VI. kafla jarðalaga er að finna reglur um forkaupsrétt ábúenda. Segir í 1. mgr. 27. gr. laganna að ábúendur sem hafi haft ábúðarrétt í sjö ár eða lengri tíma eigi forkaupsrétt að ábúðarjörðum sínum, enda taki þeir jarðirnar til ábúðar og landbúnaðarstarfsemi. Í tíð eldri jarðalaga var einnig mælt fyrir um forkaupsrétt sveitarfélaga en í áðurnefndu áminningarbréfi ESA var niðurstaðan að sá réttur fæli í sér brot gegn 40. gr. EES. Afstaða ESA byggðist að miklu leyti á því að ákvæðið veitti sveitarstjórnunum of víðtækt svigrúm. Væri m.a. ekki tryggt samkvæmt ákvæðinu að sala lands, í kjölfar þess að forkaupsréttar væri neytt, færi fram á grundvelli málefnalegra sjónarmiða.<sup>43</sup> Þrátt fyrir þessa niðurstöðu ESA er ekki loku fyrir það skotið að forkaupsréttarákvæði jarðalaga gætu verið útvíkuð, eins og nefnt er í margnefndri skýrslu starfshóps ráðherra, þannig að bændur eða aðrir sem hafa í

<sup>38</sup> Sjá t.d. mál E-2/01 *Pucher* og mál E-8/04 *ESA gegn Liechtenstein*.

<sup>39</sup> Karsten Ensig Sørensen, Poul Runge Nielsen, Jens Hartig Danielsen, *EU-retten*, bls. 695.

<sup>40</sup> Bréfið er aðgengilegt á: <http://www.eftasurv.int/da/DocumentDirectAction/outputDocument?docId=4674>

<sup>41</sup> Sjá kafla 3.1.1 í áðurnefndu áminningarbréfi ESA.

<sup>42</sup> Um tilkynningarkerfi annars vegar og leyfiskerfi hins vegar út frá sjónarhóli meðalhófsreglu má vísa til: Catherine Barnard: *The Substantive Law of the EU*, bls. 543-545.

<sup>43</sup> Sjá kafla 3.1.3 í áðurnefndu áminningarbréfi ESA.

hyggju að stunda landbúnað njóti forkaupsréttar í því skyni að tryggja að land haldist í landbúnaðarnotum.

#### **4. Samantekt**

Kaup á fasteignaréttindum falla undir ákvæði 40. gr. EES-samningsins um frjálsa fjármagnsflutninga. Af réttarframkvæmd leiðir að 40. gr. EES og 63. gr. sáttmálans um starfshætti Evrópusambandsins eru efnislega samhljóða þ.m.t. hvað viðvíkur fasteignakaupum. Takmarkanir á borð við búsetuskilyrði, forkaupsrétt og samþykki á aðilaskiptum teljast vera skerðingar í skilningi 40. gr. EES. Slíkar skerðingar má hins vegar réttlæta á grundvelli sjónarmiða um að halda jörðum í byggð og þannig styrkja dreifðar byggðir. Eins og þau dæmi sem að framan voru rakin sýna þá setur meðalhófsreglan því mörk hvernig slíkar takmarkanir mega vera úr garði gerðar svo þær samrýmist reglum EES.

**HEIMILDASKRÁ**

*Agreement on the European Economic Area A Commentary* C.H. Beck, Hart, Nomos, og Universitetsforlaget 2018.

Catherine Barnard: *The Substantive Law of the EU*, 5. útgáfa, Oxford 2016.

Eyvindur G. Gunnarsson: „Takmarkanir á eignarráðum erlendra aðila yfir fasteignum á Íslandi“. *Stjórnsmál og stjórnarsýsla*, 1. tbl. 8. árg. 2012, bls. 231-252.

Guðjón Ármannsson og Víðir Smári Petersen: „Jarðakaup erlendra aðila“. *Morgunblaðið*, 24. júlí 2018.

Guðjón Ármannsson og Víðir Smári Petersen: „Jarðakaup erlendra aðila – mögulegar takmarkanir“. *Morgunblaðið*, 26. júlí 2018.

Karsten Ensig Sørensen, Poul Runge Nielsen, Jens Hartig Danielsen: *EU-retten*, 6. útgáfa Kaupmannahöfn 2014.

„Nemur reglugerð Ögmundar úr gildi“,

[https://www.mbl.is/frettir/innlent/2013/07/25/nemur\\_reglugerd\\_ogmundar\\_ur\\_gildi\\_2/](https://www.mbl.is/frettir/innlent/2013/07/25/nemur_reglugerd_ogmundar_ur_gildi_2/)

Stefán Már Stefánsson: „Frjálsar fjármagnshreyfingar innan Evrópusambandsins og Evrópska efnahagssvæðisins“. *Tímarit lögfræðinga*, 1. hefti 2015, bls. 65-98.

Þorgeir Helgason: „Sigríður Andersen sögð misskilja reglur um jarðakaup“. *Stundin* 3. ágúst 2018 aðgengilegt á <https://stundin.is/grein/7227/>.